

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



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

**MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 198**

Manizales, diez (10) de julio de dos mil veinte (2020).

Radicado: 17001-33-33-001-2017-0306-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Amparo Rodas
Demandado: Nación-Ministerio de Educación-FNPSM.

La Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, decide el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia que negó sus pretensiones.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda (Fls. 1-7 C1)

1.1. Pretensiones

Se declare la nulidad de la Resolución 7251-6 de 13 de septiembre de 2016 y la nulidad parcial de la Resolución 5062 de 19 de octubre de 2011 emitidas por la Secretaria de Educación Departamental de Caldas en representación del FNPSM. En consecuencia se condene a las demandadas por los perjuicios a raíz de los descuentos con destino al sistema de salud, efectuados sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, así como cualquier otro porcentaje cobrado de manera ilegal; y que se indexen las sumas reconocidas y se condene en costas a las accionadas.

1.2. Sustento fáctico relevante

En síntesis expresa que, en el acto administrativo de reconocimiento de la pensión de jubilación, las demandadas dispusieron efectuar descuentos con destino al sistema de salud, equivalentes al 12% o 12.5%, los cuales vienen siendo descontados no solo de las mesadas ordinarias, sino de las adicionales (de junio y diciembre, esta última que se cancela en noviembre de cada año). Que solicitó al FNPSM el cese y devolución de aportes sobre las mesadas adicionales, además, que se descuente solo el 12% sobre toda la mesada y no el 12.5%, petición negada a través de la Resolución 7251-6 de 13 de septiembre de 2016.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

Invocó como normas vulneradas Ley 91/89; Ley 100/93, arts. 50, 142 y 279; Ley 812/03, art. 81; Decreto 3752 de 2003, arts. 1, 4 y 5; Ley 42/82; Ley 43/84, art. 5; Ley 797/03; Decreto 1073/02 y Ley 1250/07. Consideró que, los docentes afiliados al FNPSM no se hallan obligados a pagar los aportes en salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre (también llamadas mesadas 13 y 14); además el FNPSM en ocasiones inaplica las normas en mención mientras que en otros casos las aplica de manera indebida, contrariando su verdadero alcance y la hermenéutica jurisprudencial.

Añade que, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1250 de 2008, el único cobro que se debe hacer por este concepto equivale al 12% y cualquier valor que lo exceda vulnera el ordenamiento jurídico, así mismo, itera que dicho cobro solo es procedente sobre las mesadas ordinarias y no sobre las adicionales.

2. Pronunciamiento de los sujetos procesales

La Nación – Ministerio de Educación – FNPSM (fls 52-67 C.1), se opuso a las pretensiones de la parte demandante y propuso las excepciones denominadas: *‘INEPTITUD SUSTANCIAL DE LA DEMANDA POR FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DE LA NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL’* mencionando que son las entidades territoriales las encargadas de administrar las plantas de personal, por ser los nominadores de los docentes; *‘INEXISTENCIA DEL DEMANDADO –FALTA DE RELACIÓN CON EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO, CONEXO O DERIVADO DEL ACTO ADMINISTRATIVO EXPEDIDO POR LA ENTIDAD TERRITORIAL CERTIFICADA, FALTA DE COMPETENCIA DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN PARA EXPEDIR EL ACTO ADMINISTRATIVO Y RECONOCER EL DERECHO RECLAMADO’*, aduciendo que no existe relación de causalidad entre la prestación reclamada y la entidad accionada; *‘INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DEMANDADA POR INEXISTENCIA DE CAUSA JURÍDICA’* ya que los descuentos realizados se basan en las Leyes 914/89 y 1250/08; *‘CADUCIDAD’*, pues la demanda se presentó por fuera del término de 4 meses; *‘PRESCRIPCIÓN’*, de conformidad con el artículo 488 del CST y los Decretos 3135/68 y 1848/69; *‘BUENA FE’* afirmando que actuó con estricto apego a la ley; y *‘GENÉRICA’*, solicitando que se declaren las excepciones que resulten demostradas en el proceso.

3. Sentencia de primera instancia (fls. 111-117 c.1).

El *a quo* declaró probada la excepción de *“inexistencia de la obligación demandada por inexistencia de causa jurídica”* y negó las súplicas de la parte demandante. Como fundamento de la decisión refirió que, si bien en su redacción original la Ley 91 de 1989 contemplaba una tasa de cotización del 5% para los docentes afiliados al FNPSM en materia de salud, esta situación varió con la expedición de la Ley 812 de 2003, que remite a la Ley 100 de 1993 en este específico tema, norma que a su vez fue reformada por la Ley 1250 de 2008, y contempla un 12% como monto de la cotización.

Acotó que, la sección Cuarta del Consejo de Estado en sentencia del 16 de diciembre de 2015 dentro del expediente radicado 2015-02164-00 expuso que los docentes afiliados al *“FONPREMAG”*, gozan de un régimen pensional excepcional, y que el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 previo que deben efectuar aportes en salud conforme a la previsto en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003. Citó además en el mismo sentido, sentencia de este Tribunal proferida el 24 de febrero de 2017, en el expediente radicado 17001-33-33-004-2015-00055-02 M.P. Augusto Morales Valencia.

4. Recurso de apelación

La **parte actora** (fls. 119-123 c.1) solicitó revocar la sentencia y acceder a sus pretensiones; adujo que, el fallo desconoce que la Ley 91 de 1989 trae incorporada en su artículo 15 una excepción, que implica que a los docentes nacionales o nacionalizados vinculados antes del 31 de diciembre de 1989 se les aplica el régimen prestacional del que venían gozando en los entes territoriales, mientras que quienes ingresaron al servicio educativo a partir del 1º de enero de 1990 son sujetos de las normas que regulan a los servidores públicos del orden nacional. En este sentido, plantea que ninguna de esas normas contiene una autorización para realizar descuentos sobre mesadas adicionales a los docentes, y en algunos casos, incluso prohíben tales cobros.

Con base en providencia del Consejo de Estado¹ referida a la prima de servicios que devengaban algunos docentes nacionalizados señaló que, a partir de los métodos de interpretación gramatical y sistemático, debe aplicarse este fallo por analogía a los descuentos en salud, y en tal sentido, insiste en que los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 no contemplan los descuentos con destino al sistema de salud para las mesadas adicionales.

Que su postura ha sido avalada por diversos tribunales del país, que han entendido que la Ley 100 de 1993 se aplica a los docentes en cuanto atañe al régimen de cotización con destino al sistema de salud en virtud del principio de inescindibilidad normativa, con lo que ha de entenderse derogada tácitamente la regulación que sobre el particular trae la Ley 91 de 1989, de tal forma que se encuentra prohibido realizar descuentos en salud con base en las mesadas de junio y diciembre.

Seguidamente adujo que, la decisión apelada vulnera el derecho a la igualdad previsto en el artículo 13 de la Carta Política e insiste en que la excepción de prescripción no está llamada a prosperar.

5. Alegatos de conclusión en segunda instancia

Las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico

Al analizar la sentencia de instancia y el escrito de impugnación, el asunto jurídico a resolver se centra en dilucidar si *¿Le asiste derecho a 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?*

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

¹ 14 de abril de 2016, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Rad. 3828-14.

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 Constitucional² 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 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...”. (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 4ª 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 - FNPSM, 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

² Sentencia T-835 de 2014.

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. RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES. *El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.*

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

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 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” (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”* (Se resalta).

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 Estado³, que en reciente oportunidad puntualizó:

“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

Ley 91 de 1989 artículo 8-5	5%
Ley 812 de 2003, 4, artículo 81	El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.

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

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 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

³ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda -Subsección B- Consejero ponente: César Palomino Cortés-, 10 de mayo de 2018 -Radicación: 68001-23-31-000-2010-00624-01(0340-14)

⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-529 de 23 de junio de 2010.

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.

Finalmente, 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.

Finalmente, el Tribunal trae a colación los planteamientos esbozados por el Consejo de Estado⁵ 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." (Se subraya).

Por modo, aun cuando los descuentos sobre las mesadas adicionales no se encuentren previstos de manera explícita en la Ley 812 de 2003, la Sala es del criterio que dicha obligación no ha cesado, pues en atención al principio de solidaridad que informa todo el Sistema de Seguridad Social, los descuentos por este concepto se avienen al ordenamiento jurídico.

De otro lado, pretende la parte actora que se le apliquen los Decretos 3135/68, 1848/69 y 1045/78 bajo el razonamiento de que a los docentes vinculados a la entrada en vigencia de la ley 91 de 1989 ha de mantenerseles el régimen prestacional del que eran sujetos (art. 15), no obstante, esta intelección no está llamada a prosperar, en atención a que la situación pensional de los docentes vinculados al Fondo Nacional de

⁵ Sentencia de 14 de septiembre de 2017.

Prestaciones Sociales del Magisterio se halla regulada, según la data de vinculación, por las Leyes 812 de 2003 o 91 de 1989.

En análogo sentido, el análisis de esta controversia tampoco puede realizarse bajo la égida de la providencia citada *in extensu* en el escrito de alzada, pues como lo reconoce la parte nulidisciente, el caso que allí se plantea se relaciona con otro tipo de prestación (prima de servicios), que si bien se refiere al caso de un docente, mal haría en extenderse una regla jurisprudencial a un caso cuyos patrones fácticos distan en grado sumo de aquellos que allí fueron materia de estudio.

2. Análisis del caso concreto

Se encuentra acreditado lo siguiente:

- Mediante la Resolución 5062 de 19 de octubre de 2011 el FNPSM reconoció una pensión de jubilación a favor de la demandante, ordenando además el descuento del 12.5% de cada mesada pensional hasta el 30 de noviembre de 2008, y el 12% a partir del 1º de diciembre de 2008, de conformidad con la Ley 1250 de 2008. (Fls. 14-15 C.1)
- El 9 de agosto de 2016 la demandante solicitó la corrección de la resolución que reconoció la pensión y se ordene la devolución de los dineros descontados con destino al sistema de salud de las mesadas adicionales, y que en caso que se esté aplicando la Ley 1122 de 2007 se corrija y se ordene la devolución de los dineros correspondientes al 0,5% del valor de la pensión, correspondiente a los aportes de salud efectuados anualmente. (Fl. 10 C.1)
- A través de la Resolución 7251-6 de 13 de septiembre de 2016 la Secretaria de Educación del Departamento de Caldas negó lo solicitado por la actora. (Fls. 11-12 C.1)
- De conformidad con los extractos de pago expedidos por la Fiduprevisora S.A. sobre las mesadas adicionales recibidas por la parte actora, le fueron efectuados descuentos por concepto de salud. (fls. 17-19 C.1)

De acuerdo con lo expuesto, los actos administrativos demandados se ajustan a la legalidad en tanto disponen 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.

3. Conclusión

De conformidad con la normativa y la jurisprudencia citada y con fundamento en los hechos debidamente acreditados, estima esta Sala de Decisión que a la parte demandante no le asiste derecho a la devolución y cese de aportes a salud descontados sobre sus mesadas pensionales adicionales y, en tal sentido, se confirmará la sentencia dictada en primera instancia.

4. Costas

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, en concordancia con los numerales 1 y 3 del artículo 365 del CGP, se condenará en costas en esta instancia a la parte demandante, por habersele resuelto desfavorablemente el recurso de apelación interpuesto. Sin agencias en derecho en esta instancia por no haberse causado.

Según lo dispone el artículo 366 del CGP, la liquidación de las costas se hará de manera concentrada por el Juzgado de primera instancia.

Por lo discurrido, el Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMASE la sentencia emanada del Juzgado Primero Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por Amparo Rodas dentro del contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido contra la Nación-Ministerio De Educación-FNPSM.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora y a favor de la accionada. Sin agencias en derecho en esta instancia.

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

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

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 026 de 2020.

NOTIFÍQUESE



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 199

Manizales, diez (10) de julio de dos mil veinte (2020).

Radicado: 17001-33-33-001-2017-0331-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Myriam María Jaramillo Zapata
Demandado: Nación-Ministerio de Educación-FNPSM.

La Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, decide el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia que negó sus pretensiones.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda (Fls. 23-34 C1)

1.1. Pretensiones

Se declare la nulidad de la Resolución 7263-6 de 13 de septiembre de 2016 y la nulidad parcial de la Resolución 4431 de 9 de febrero de 1995 emitidas por la Secretaria de Educación Departamental de Caldas en representación del FNPSM. En consecuencia se condene a las demandadas por los perjuicios a raíz de los descuentos con destino al sistema de salud, efectuados sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, así como cualquier otro porcentaje cobrado de manera ilegal; y que se indexen las sumas reconocidas y se condene en costas a las accionadas.

1.2. Sustento fáctico relevante

En síntesis expresa que, en el acto administrativo de reconocimiento de la pensión de jubilación, las demandadas dispusieron efectuar descuentos con destino al sistema de salud, equivalentes al 12% o 12.5%, los cuales vienen siendo descontados no solo de las mesadas ordinarias, sino de las adicionales (de junio y diciembre, esta última que se cancela en noviembre de cada año). Que solicitó al FNPSM el cese y devolución de aportes sobre las mesadas adicionales, además, que se descuente solo el 12% sobre toda la mesada y no el 12.5%, petición negada a través de la Resolución 7263-6 de 13 de septiembre de 2016.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

Invocó como normas vulneradas Ley 91/89; Ley 100/93, arts. 50, 142 y 279; Ley 812/03, art. 81; Decreto 3752 de 2003, arts. 1, 4 y 5; Ley 42/82; Ley 43/84, art. 5; Ley 797/03; Decreto 1073/02 y Ley 1250/07. Consideró que, los docentes afiliados al FNPSM no se hallan obligados a pagar los aportes en salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre (también llamadas mesadas 13 y 14); además el FNPSM en ocasiones inaplica las normas en mención mientras que en otros casos las aplica de manera indebida, contrariando su verdadero alcance y la hermenéutica jurisprudencial.

Añade que, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1250 de 2008, el único cobro que se debe hacer por este concepto equivale al 12% y cualquier valor que lo exceda vulnera el ordenamiento jurídico, así mismo, itera que dicho cobro solo es procedente sobre las mesadas ordinarias y no sobre las adicionales.

2. Pronunciamiento de los sujetos procesales

La Nación – Ministerio de Educación – FNPSM (fls 52-67 C.1), se opuso a las pretensiones de la parte demandante y propuso las excepciones denominadas: *‘INEPTITUD SUSTANCIAL DE LA DEMANDA POR FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DE LA NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL’* mencionando que son las entidades territoriales las encargadas de administrar las plantas de personal, por ser los nominadores de los docentes; *‘INEXISTENCIA DEL DEMANDADO –FALTA DE RELACIÓN CON EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO, CONEXO O DERIVADO DEL ACTO ADMINISTRATIVO EXPEDIDO POR LA ENTIDAD TERRITORIAL CERTIFICADA, FALTA DE COMPETENCIA DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN PARA EXPEDIR EL ACTO ADMINISTRATIVO Y RECONOCER EL DERECHO RECLAMADO’*, aduciendo que no existe relación de causalidad entre la prestación reclamada y la entidad accionada; *‘INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DEMANDADA POR INEXISTENCIA DE CAUSA JURÍDICA’* ya que los descuentos realizados se basan en las Leyes 914/89 y 1250/08; *‘CADUCIDAD’*, pues la demanda se presentó por fuera del término de 4 meses; *‘PRESCRIPCIÓN’*, de conformidad con el artículo 488 del CST y los Decretos 3135/68 y 1848/69; *‘BUENA FE’* afirmando que actuó con estricto apego a la ley; y *‘GENÉRICA’*, solicitando que se declaren las excepciones que resulten demostradas en el proceso.

3. Sentencia de primera instancia (fls. 82-88 c.1).

El *a quo* declaró probada la excepción de *“inexistencia de la obligación demandada por inexistencia de causa jurídica”* y negó las súplicas de la parte demandante. Como fundamento de la decisión refirió que, si bien en su redacción original la Ley 91 de 1989 contemplaba una tasa de cotización del 5% para los docentes afiliados al FNPSM en materia de salud, esta situación varió con la expedición de la Ley 812 de 2003, que remite a la Ley 100 de 1993 en este específico tema, norma que a su vez fue reformada por la Ley 1250 de 2008, y contempla un 12% como monto de la cotización.

Acotó que, la sección Cuarta del Consejo de Estado en sentencia del 16 de diciembre de 2015 dentro del expediente radicado 2015-02164-00 expuso que los docentes afiliados al *“FONPREMAG”*, gozan de un régimen pensional excepcional, y que el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 previo que deben efectuar aportes en salud conforme a la previsto en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003. Citó además en el mismo sentido, sentencia de este Tribunal proferida el 24 de febrero de 2017, en el expediente radicado 17001-33-33-004-2015-00055-02 M.P. Augusto Morales Valencia.

4. Recurso de apelación

La **parte actora** (fls. 90-94 c.1) solicitó revocar la sentencia y acceder a sus pretensiones; adujo que, el fallo desconoce que la Ley 91 de 1989 trae incorporada en su artículo 15 una excepción, que implica que a los docentes nacionales o nacionalizados vinculados antes del 31 de diciembre de 1989 se les aplica el régimen prestacional del que venían gozando en los entes territoriales, mientras que quienes ingresaron al servicio educativo a partir del 1º de enero de 1990 son sujetos de las normas que regulan a los servidores públicos del orden nacional. En este sentido, plantea que ninguna de esas normas contiene una autorización para realizar descuentos sobre mesadas adicionales a los docentes, y en algunos casos, incluso prohíben tales cobros.

Con base en providencia del Consejo de Estado¹ referida a la prima de servicios que devengaban algunos docentes nacionalizados señaló que, a partir de los métodos de interpretación gramatical y sistemático, debe aplicarse este fallo por analogía a los descuentos en salud, y en tal sentido, insiste en que los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 no contemplan los descuentos con destino al sistema de salud para las mesadas adicionales.

Que su postura ha sido avalada por diversos tribunales del país, que han entendido que la Ley 100 de 1993 se aplica a los docentes en cuanto atañe al régimen de cotización con destino al sistema de salud en virtud del principio de inescindibilidad normativa, con lo que ha de entenderse derogada tácitamente la regulación que sobre el particular trae la Ley 91 de 1989, de tal forma que se encuentra prohibido realizar descuentos en salud con base en las mesadas de junio y diciembre.

Seguidamente adujo que, la decisión apelada vulnera el derecho a la igualdad previsto en el artículo 13 de la Carta Política e insiste en que la excepción de prescripción no está llamada a prosperar.

5. Alegatos de conclusión en segunda instancia

Las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico

Al analizar la sentencia de instancia y el escrito de impugnación, el asunto jurídico a resolver se centra en dilucidar si *¿Le asiste derecho a 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?*

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

¹ 14 de abril de 2016, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Rad. 3828-14.

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 Constitucional² 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 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...”. (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 4ª 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 - FNPSM, 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

² Sentencia T-835 de 2014.

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. RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES. *El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.*

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

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 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” (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”* (Se resalta).

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 Estado³, que en reciente oportunidad puntualizó:

“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

Ley 91 de 1989 artículo 8-5	5%
Ley 812 de 2003, 4, artículo 81	El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.

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

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 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

³ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda -Subsección B- Consejero ponente: César Palomino Cortés-, 10 de mayo de 2018 -Radicación: 68001-23-31-000-2010-00624-01(0340-14)

⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-529 de 23 de junio de 2010.

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.

Finalmente, 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.

Finalmente, el Tribunal trae a colación los planteamientos esbozados por el Consejo de Estado⁵ 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." (Se subraya).

Por modo, aun cuando los descuentos sobre las mesadas adicionales no se encuentren previstos de manera explícita en la Ley 812 de 2003, la Sala es del criterio que dicha obligación no ha cesado, pues en atención al principio de solidaridad que informa todo el Sistema de Seguridad Social, los descuentos por este concepto se avienen al ordenamiento jurídico.

De otro lado, pretende la parte actora que se le apliquen los Decretos 3135/68, 1848/69 y 1045/78 bajo el razonamiento de que a los docentes vinculados a la entrada en vigencia de la ley 91 de 1989 ha de mantenerseles el régimen prestacional del que eran sujetos (art. 15), no obstante, esta intelección no está llamada a prosperar, en atención a que la situación pensional de los docentes vinculados al Fondo Nacional de

⁵ Sentencia de 14 de septiembre de 2017.

Prestaciones Sociales del Magisterio se halla regulada, según la data de vinculación, por las Leyes 812 de 2003 o 91 de 1989.

En análogo sentido, el análisis de esta controversia tampoco puede realizarse bajo la égida de la providencia citada *in extensu* en el escrito de alzada, pues como lo reconoce la parte nulidisciente, el caso que allí se plantea se relaciona con otro tipo de prestación (prima de servicios), que si bien se refiere al caso de un docente, mal haría en extenderse una regla jurisprudencial a un caso cuyos patrones fácticos distan en grado sumo de aquellos que allí fueron materia de estudio.

2. Análisis del caso concreto

Se encuentra acreditado lo siguiente:

- Mediante la Resolución 004431 de 9 de febrero de 1995 el FNPSM reconoció una pensión de jubilación a favor de la demandante, ordenando además el descuento del 5% de cada mesada pensional *“para efectos de la prestación del servicio médico-asistencial en beneficio del jubilado”*. (Fls. 12-13 C.1)
- El 10 de agosto de 2016 la demandante solicitó la corrección de la resolución que reconoció la pensión y se ordene la devolución de los dineros descontados con destino al sistema de salud de las mesadas adicionales, y que en caso que se esté aplicando la Ley 1122 de 2007 se corrija y se ordene la devolución de los dineros correspondientes al 0,5% del valor de la pensión, correspondiente a los aportes de salud efectuados anualmente. (Fl. 9 C.1)
- A través de la Resolución 7263-6 de 13 de septiembre de 2016 la Secretaria de Educación del Departamento de Caldas negó lo solicitado por la actora. (Fls. 10-11 C.1)
- De conformidad con los extractos de pago expedidos por la Fiduprevisora S.A. sobre las mesadas adicionales recibidas por la parte actora, le fueron efectuados descuentos por concepto de salud. (fls. 14-17 C.1)

De acuerdo con lo expuesto, los actos administrativos demandados se ajustan a la legalidad en tanto disponen 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.

3. Conclusión

De conformidad con la normativa y la jurisprudencia citada y con fundamento en los hechos debidamente acreditados, estima esta Sala de Decisión que a la parte demandante no le asiste derecho a la devolución y cese de aportes a salud descontados sobre sus mesadas pensionales adicionales y, en tal sentido, se confirmará la sentencia dictada en primera instancia.

4. Costas

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, en concordancia con los numerales 1 y 3 del artículo 365 del CGP, se condenará en costas en esta instancia a la parte demandante, por habersele resuelto desfavorablemente el recurso de apelación interpuesto. Sin agencias en derecho en esta instancia por no haberse causado.

Según lo dispone el artículo 366 del CGP, la liquidación de las costas se hará de manera concentrada por el Juzgado de primera instancia.

Por lo discurrido, el Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMASE la sentencia emanada del Juzgado Primero Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por Myriam María Jaramillo Zapata dentro del contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido contra la Nación-Ministerio De Educación-FNPSM.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora y a favor de la accionada. Sin agencias en derecho en esta instancia.

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

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

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 026 de 2020.

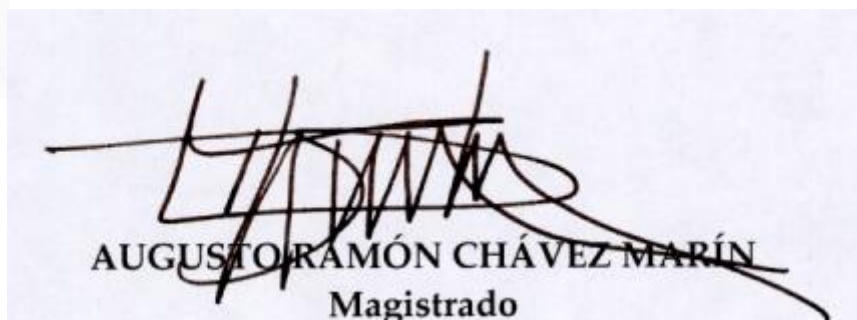
NOTIFÍQUESE



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 200

Manizales, diez (10) de julio de dos mil veinte (2020).

Radicado: 17001-33-33-001-2017-0336-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: María Enoe Osorio Grajales
Demandado: Nación-Ministerio de Educación-FNPSM.

La Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, decide el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia que negó sus pretensiones.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda (Fls. 24-35 C1)

1.1. Pretensiones

Se declare la nulidad de la Resolución 7272-6 de 13 de septiembre de 2016 y la nulidad parcial de la Resolución 6061 de 9 de diciembre de 2009 emitidas por la Secretaria de Educación Departamental de Caldas en representación del FNPSM. En consecuencia se condene a las demandadas por los perjuicios a raíz de los descuentos con destino al sistema de salud, efectuados sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, así como cualquier otro porcentaje cobrado de manera ilegal; y que se indexen las sumas reconocidas y se condene en costas a las accionadas.

1.2. Sustento fáctico relevante

En síntesis expresa que, en el acto administrativo de reconocimiento de la pensión de jubilación, las demandadas dispusieron efectuar descuentos con destino al sistema de salud, equivalentes al 12% o 12.5%, los cuales vienen siendo descontados no solo de las mesadas ordinarias, sino de las adicionales (de junio y diciembre, esta última que se cancela en noviembre de cada año). Que solicitó al FNPSM el cese y devolución de aportes sobre las mesadas adicionales, además, que se descuente solo el 12% sobre toda la mesada y no el 12.5%, petición negada a través de la Resolución 7272-6 de 13 de septiembre de 2016.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

Invocó como normas vulneradas Ley 91/89; Ley 100/93, arts. 50, 142 y 279; Ley 812/03, art. 81; Decreto 3752 de 2003, arts. 1, 4 y 5; Ley 42/82; Ley 43/84, art. 5; Ley 797/03; Decreto 1073/02 y Ley 1250/07. Consideró que, los docentes afiliados al FNPSM no se hallan obligados a pagar los aportes en salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre (también llamadas mesadas 13 y 14); además el FNPSM en ocasiones inaplica las normas en mención mientras que en otros casos las aplica de manera indebida, contrariando su verdadero alcance y la hermenéutica jurisprudencial.

Añade que, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1250 de 2008, el único cobro que se debe hacer por este concepto equivale al 12% y cualquier valor que lo exceda vulnera el ordenamiento jurídico, así mismo, itera que dicho cobro solo es procedente sobre las mesadas ordinarias y no sobre las adicionales.

2. Pronunciamiento de los sujetos procesales

La Nación – Ministerio de Educación – FNPSM (fls 52-67 C.1), se opuso a las pretensiones de la parte demandante y propuso las excepciones denominadas: *‘INEPTITUD SUSTANCIAL DE LA DEMANDA POR FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DE LA NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL’* mencionando que son las entidades territoriales las encargadas de administrar las plantas de personal, por ser los nominadores de los docentes; *‘INEXISTENCIA DEL DEMANDADO –FALTA DE RELACIÓN CON EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO, CONEXO O DERIVADO DEL ACTO ADMINISTRATIVO EXPEDIDO POR LA ENTIDAD TERRITORIAL CERTIFICADA, FALTA DE COMPETENCIA DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN PARA EXPEDIR EL ACTO ADMINISTRATIVO Y RECONOCER EL DERECHO RECLAMADO’*, aduciendo que no existe relación de causalidad entre la prestación reclamada y la entidad accionada; *‘INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DEMANDADA POR INEXISTENCIA DE CAUSA JURÍDICA’* ya que los descuentos realizados se basan en las Leyes 914/89 y 1250/08; *‘CADUCIDAD’*, pues la demanda se presentó por fuera del término de 4 meses; *‘PRESCRIPCIÓN’*, de conformidad con el artículo 488 del CST y los Decretos 3135/68 y 1848/69; *‘BUENA FE’* afirmando que actuó con estricto apego a la ley; y *‘GENÉRICA’*, solicitando que se declaren las excepciones que resulten demostradas en el proceso.

3. Sentencia de primera instancia (fls. 82-88 c.1).

El *a quo* declaró probada la excepción de *“inexistencia de la obligación demandada por inexistencia de causa jurídica”* y negó las súplicas de la parte demandante. Como fundamento de la decisión refirió que, si bien en su redacción original la Ley 91 de 1989 contemplaba una tasa de cotización del 5% para los docentes afiliados al FNPSM en materia de salud, esta situación varió con la expedición de la Ley 812 de 2003, que remite a la Ley 100 de 1993 en este específico tema, norma que a su vez fue reformada por la Ley 1250 de 2008, y contempla un 12% como monto de la cotización.

Acotó que, la sección Cuarta del Consejo de Estado en sentencia del 16 de diciembre de 2015 dentro del expediente radicado 2015-02164-00 expuso que los docentes afiliados al *“FONPREMAG”*, gozan de un régimen pensional excepcional, y que el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 previo que deben efectuar aportes en salud conforme a la previsto en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003. Citó además en el mismo sentido, sentencia de este Tribunal proferida el 24 de febrero de 2017, en el expediente radicado 17001-33-33-004-2015-00055-02 M.P. Augusto Morales Valencia.

4. Recurso de apelación

La **parte actora** (fls. 90-94 c.1) solicitó revocar la sentencia y acceder a sus pretensiones; adujo que, el fallo desconoce que la Ley 91 de 1989 trae incorporada en su artículo 15 una excepción, que implica que a los docentes nacionales o nacionalizados vinculados antes del 31 de diciembre de 1989 se les aplica el régimen prestacional del que venían gozando en los entes territoriales, mientras que quienes ingresaron al servicio educativo a partir del 1º de enero de 1990 son sujetos de las normas que regulan a los servidores públicos del orden nacional. En este sentido, plantea que ninguna de esas normas contiene una autorización para realizar descuentos sobre mesadas adicionales a los docentes, y en algunos casos, incluso prohíben tales cobros.

Con base en providencia del Consejo de Estado¹ referida a la prima de servicios que devengaban algunos docentes nacionalizados señaló que, a partir de los métodos de interpretación gramatical y sistemático, debe aplicarse este fallo por analogía a los descuentos en salud, y en tal sentido, insiste en que los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 no contemplan los descuentos con destino al sistema de salud para las mesadas adicionales.

Que su postura ha sido avalada por diversos tribunales del país, que han entendido que la Ley 100 de 1993 se aplica a los docentes en cuanto atañe al régimen de cotización con destino al sistema de salud en virtud del principio de inescindibilidad normativa, con lo que ha de entenderse derogada tácitamente la regulación que sobre el particular trae la Ley 91 de 1989, de tal forma que se encuentra prohibido realizar descuentos en salud con base en las mesadas de junio y diciembre.

Seguidamente adujo que, la decisión apelada vulnera el derecho a la igualdad previsto en el artículo 13 de la Carta Política e insiste en que la excepción de prescripción no está llamada a prosperar.

5. Alegatos de conclusión en segunda instancia

Las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico

Al analizar la sentencia de instancia y el escrito de impugnación, el asunto jurídico a resolver se centra en dilucidar si *¿Le asiste derecho a 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?*

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

¹ 14 de abril de 2016, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Rad. 3828-14.

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 Constitucional² 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 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...”. (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 4ª 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 - FNPSM, 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

² Sentencia T-835 de 2014.

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. RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES. *El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.*

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

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 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” (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”* (Se resalta).

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 Estado³, que en reciente oportunidad puntualizó:

“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

Ley 91 de 1989 artículo 8-5	5%
Ley 812 de 2003, 4, artículo 81	El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.

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

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 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

³ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda -Subsección B- Consejero ponente: César Palomino Cortés-, 10 de mayo de 2018 -Radicación: 68001-23-31-000-2010-00624-01(0340-14)

⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-529 de 23 de junio de 2010.

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.

Finalmente, 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.

Finalmente, el Tribunal trae a colación los planteamientos esbozados por el Consejo de Estado⁵ 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." (Se subraya).

Por modo, aun cuando los descuentos sobre las mesadas adicionales no se encuentren previstos de manera explícita en la Ley 812 de 2003, la Sala es del criterio que dicha obligación no ha cesado, pues en atención al principio de solidaridad que informa todo el Sistema de Seguridad Social, los descuentos por este concepto se avienen al ordenamiento jurídico.

De otro lado, pretende la parte actora que se le apliquen los Decretos 3135/68, 1848/69 y 1045/78 bajo el razonamiento de que a los docentes vinculados a la entrada en vigencia de la ley 91 de 1989 ha de mantenerseles el régimen prestacional del que eran sujetos (art. 15), no obstante, esta intelección no está llamada a prosperar, en atención a que la situación pensional de los docentes vinculados al Fondo Nacional de

⁵ Sentencia de 14 de septiembre de 2017.

Prestaciones Sociales del Magisterio se halla regulada, según la data de vinculación, por las Leyes 812 de 2003 o 91 de 1989.

En análogo sentido, el análisis de esta controversia tampoco puede realizarse bajo la égida de la providencia citada *in extensu* en el escrito de alzada, pues como lo reconoce la parte nulidisciente, el caso que allí se plantea se relaciona con otro tipo de prestación (prima de servicios), que si bien se refiere al caso de un docente, mal haría en extenderse una regla jurisprudencial a un caso cuyos patrones fácticos distan en grado sumo de aquellos que allí fueron materia de estudio.

2. Análisis del caso concreto

Se encuentra acreditado lo siguiente:

- Mediante la Resolución 6061 de 9 de diciembre de 2009 el FNPSM reconoció una pensión de jubilación a favor de la demandante, ordenando además el descuento del 12.5% de cada mesada pensional hasta el 30 de noviembre de 2008, y el 12% a partir del 1º de diciembre de 2008, de conformidad con la Ley 1250 de 2008. (Fls. 13-14 C.1)
- El 11 de agosto de 2016 la demandante solicitó la corrección de la resolución que reconoció la pensión y se ordene la devolución de los dineros descontados con destino al sistema de salud de las mesadas adicionales, y que en caso que se esté aplicando la Ley 1122 de 2007 se corrija y se ordene la devolución de los dineros correspondientes al 0,5% del valor de la pensión, correspondiente a los aportes de salud efectuados anualmente. (Fl. 9 C.1)
- A través de la Resolución 7272-6 de 13 de septiembre de 2016 la Secretaria de Educación del Departamento de Caldas negó lo solicitado por la actora. (Fls. 10-11 C.1)
- De conformidad con los extractos de pago expedidos por la Fiduprevisora S.A. sobre las mesadas adicionales recibidas por la parte actora, le fueron efectuados descuentos por concepto de salud. (fls. 15-17 C.1)

De acuerdo con lo expuesto, los actos administrativos demandados se ajustan a la legalidad en tanto disponen 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.

3. Conclusión

De conformidad con la normativa y la jurisprudencia citada y con fundamento en los hechos debidamente acreditados, estima esta Sala de Decisión que a la parte demandante no le asiste derecho a la devolución y cese de aportes a salud descontados sobre sus mesadas pensionales adicionales y, en tal sentido, se confirmará la sentencia dictada en primera instancia.

4. Costas

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, en concordancia con los numerales 1 y 3 del artículo 365 del CGP, se condenará en costas en esta instancia a la parte demandante, por habersele resuelto desfavorablemente el recurso de apelación interpuesto. Sin agencias en derecho en esta instancia por no haberse causado.

Según lo dispone el artículo 366 del CGP, la liquidación de las costas se hará de manera concentrada por el Juzgado de primera instancia.

Por lo discurrido, el Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMASE la sentencia emanada del Juzgado Primero Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por María Enoe Osorio Grajales dentro del contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido contra la Nación-Ministerio De Educación-FNPSM.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora y a favor de la accionada. Sin agencias en derecho en esta instancia.

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

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

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 026 de 2020.

NOTIFÍQUESE



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 201

Manizales, diez (10) julio de dos mil veinte (2020).

Radicado: 17001-33-33-003-2017-0350-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Olga Trejos Gil
Demandado: Nación-Ministerio de Educación-FNPSM.

La Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, decide el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia que negó sus pretensiones.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda (Fls. 24-33 C1)

1.1. Pretensiones

Se declare la nulidad de la Resolución 7299-6 de 13 de septiembre de 2016 y la nulidad parcial de la Resolución 9851 de 17 de septiembre de 1997 emitidas por la Secretaria de Educación Departamental de Caldas en representación del FNPSM. En consecuencia se condene a las demandadas por los perjuicios a raíz de los descuentos con destino al sistema de salud, efectuados sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, así como cualquier otro porcentaje cobrado de manera ilegal; y que se indexen las sumas reconocidas y se condene en costas a las accionadas.

1.2. Sustento fáctico relevante

En síntesis expresa que, en el acto administrativo de reconocimiento de la pensión de jubilación, las demandadas dispusieron efectuar descuentos con destino al sistema de salud, equivalentes al 12% o 12.5%, los cuales vienen siendo descontados no solo de las mesadas ordinarias, sino de las adicionales (de junio y diciembre, esta última que se cancela en noviembre de cada año). Que solicitó al FNPSM el cese y devolución de aportes sobre las mesadas adicionales, además, que se descuente solo el 12% sobre toda la mesada y no el 12.5%, petición negada a través de la Resolución 7299-6 de 13 de septiembre de 2016.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

Invocó como normas vulneradas Ley 91/89; Ley 100/93, arts. 50, 142 y 279; Ley 812/03, art. 81; Decreto 3752 de 2003, arts. 1, 4 y 5; Ley 42/82; Ley 43/84, art. 5; Ley 797/03; Decreto 1073/02 y Ley 1250/07. Consideró que, los docentes afiliados al FNPSM no se hallan obligados a pagar los aportes en salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre

(también llamadas mesadas 13 y 14); además el FNPSM en ocasiones inaplica las normas en mención mientras que en otros casos las aplica de manera indebida, contrariando su verdadero alcance y la hermenéutica jurisprudencial.

Añade que, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1250 de 2008, el único cobro que se debe hacer por este concepto equivale al 12% y cualquier valor que lo exceda vulnera el ordenamiento jurídico, así mismo, itera que dicho cobro solo es procedente sobre las mesadas ordinarias y no sobre las adicionales.

2. Pronunciamiento de los sujetos procesales

El **Departamento de Caldas** (fls 56-60 C.1), se opuso a las pretensiones de la parte demandante y propuso las excepciones denominadas: *'falta de legitimación en la causa por pasiva'* mencionando que son las entidades territoriales las encargadas de administrar las plantas de personal, por ser los nominadores de los docentes; *'inexistencia de la obligación con fundamento en la ley'* con fundamento en la Ley 1071 de 2006; *'buena fe'* afirmando que actuó con estricto apego a la ley; *'prescripción'*, de conformidad con el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 y Decreto 3115 de 1995.

La **Nación – Ministerio de Educación – FNPSM** (fls 65-80 C.1), se opuso a las pretensiones de la parte demandante y propuso las excepciones denominadas: *'INEPTITUD SUSTANCIAL DE LA DEMANDA POR FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DE LA NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL'* mencionando que son las entidades territoriales las encargadas de administrar las plantas de personal, por ser los nominadores de los docentes; *'INEXISTENCIA DEL DEMANDADO –FALTA DE RELACIÓN CON EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO, CONEXO O DERIVADO DEL ACTO ADMINISTRATIVO EXPEDIDO POR LA ENTIDAD TERRITORIAL CERTIFICADA, FALTA DE COMPETENCIA DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN PARA EXPEDIR EL ACTO ADMINISTRATIVO Y RECONOCER EL DERECHO RECLAMADO'*, aduciendo que no existe relación de causalidad entre la prestación reclamada y la entidad accionada; *'INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DEMANDADA POR INEXISTENCIA DE CAUSA JURÍDICA'* ya que los descuentos realizados se basan en las Leyes 914/89 y 1250/08; *'CADUCIDAD'*, pues la demanda se presentó por fuera del término de 4 meses; *'PRESCRIPCIÓN'*, de conformidad con el artículo 488 del CST y los Decretos 3135/68 y 1848/69; *'BUENA FE'* afirmó que, actuó con estricto apego a la ley; y *'GENÉRICA'*, solicitando que se declaren las excepciones que resulten demostradas en el proceso.

3. Sentencia de primera instancia (fls. 92-103 c.1).

El *a quo* declaró probada la excepción de *"falta de legitimación por pasiva"* propuesta por el Departamento de Caldas y la de *"inexistencia de la obligación demandada por inexistencia de causa jurídica"*, propuestas por la Nación-Ministerio de Educación-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y negó las pretensiones de la parte demandante.

Analizó el régimen jurídico aplicable a las prestaciones de los docentes, en concreto a la tasa de cotizaciones por concepto de salud, incluyendo los descuentos en las mesadas adicionales de junio y diciembre conforme a los previsiones establecidas en la Leyes 42 de 1982, 91 de 1989, 100 de 1993, 812 de 2003, 1122 de 2007. Hizo referencia a las posturas jurisprudenciales de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, sobre la procedencia de los descuentos de aportes en salud en mesadas adicionales de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Una vez examinadas las pruebas allegadas, determinó de los extractos de pagos entre los años 1997 a 2015 que, a la parte actora se le realizaron los descuentos para servicio médico en

sus mesadas adicionales de junio y diciembre, que además, atendiendo a la fecha de expedición de la resolución de reconocimiento pensional resultan procedentes los descuentos que se vienen realizando en las mesadas adicionales, sin que haya lugar a la devolución de suma alguna por este concepto.

4. Recurso de apelación

La **parte actora** (fls. 108-114 c.1) solicitó revocar la sentencia y acceder a sus pretensiones; adujo que, el fallo desconoce que la Ley 91 de 1989 trae incorporada en su artículo 15 una excepción, que implica que a los docentes nacionales o nacionalizados vinculados antes del 31 de diciembre de 1989 se les aplica el régimen prestacional del que venían gozando en los entes territoriales, mientras que quienes ingresaron al servicio educativo a partir del 1º de enero de 1990 son sujetos de las normas que regulan a los servidores públicos del orden nacional. En este sentido, plantea que ninguna de esas normas contiene una autorización para realizar descuentos sobre mesadas adicionales a los docentes, y en algunos casos, incluso prohíben tales cobros.

Con base en providencia del Consejo de Estado¹ referida a la prima de servicios que devengaban algunos docentes nacionalizados señaló que, a partir de los métodos de interpretación gramatical y sistemático, debe aplicarse este fallo por analogía a los descuentos en salud, y en tal sentido, insiste en que los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 no contemplan los descuentos con destino al sistema de salud para las mesadas adicionales.

Que su postura ha sido avalada por diversos tribunales del país, que han entendido que la Ley 100 de 1993 se aplica a los docentes en cuanto atañe al régimen de cotización con destino al sistema de salud en virtud del principio de inescindibilidad normativa, con lo que ha de entenderse derogada tácitamente la regulación que sobre el particular trae la Ley 91 de 1989, de tal forma que se encuentra prohibido realizar descuentos en salud con base en las mesadas de junio y diciembre.

Seguidamente adujo que, la decisión apelada vulnera el derecho a la igualdad previsto en el artículo 13 de la Carta Política e insiste en que la excepción de prescripción no está llamada a prosperar.

5. Alegatos de conclusión en segunda instancia

Las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico

Al analizar la sentencia de instancia y el escrito de impugnación, el asunto jurídico a resolver se centra en dilucidar si *¿Le asiste derecho a 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?*

2. Descuentos con destino al sistema de salud

El principio de solidaridad constituye uno de los pilares del Sistema General de Seguridad

¹ 14 de abril de 2016, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Rad. 3828-14.

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 Constitucional² 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 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...”. (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 4ª 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 - FNPSM, 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’.

² Sentencia T-835 de 2014.

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. RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

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 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” (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” (Se resalta).

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 Estado³, que en reciente oportunidad puntualizó:

“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

Ley 91 de 1989 artículo 8-5	5%
Ley 812 de 2003, 4, artículo 81	El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.

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

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 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.

Finalmente, 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

³ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda -Subsección B- Consejero ponente: César Palomino Cortés-, 10 de mayo de 2018 -Radicación: 68001-23-31-000-2010-00624-01(0340-14)

⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-529 de 23 de junio de 2010.

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.

Finalmente, el Tribunal trae a colación los planteamientos esbozados por el Consejo de Estado⁵ 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.” (Se subraya).

Por modo, aun cuando los descuentos sobre las mesadas adicionales no se encuentren previstos de manera explícita en la Ley 812 de 2003, la Sala es del criterio que dicha obligación no ha cesado, pues en atención al principio de solidaridad que informa todo el Sistema de Seguridad Social, los descuentos por este concepto se avienen al ordenamiento jurídico.

De otro lado, pretende la parte actora que se le apliquen los Decretos 3135/68, 1848/69 y 1045/78 bajo el razonamiento de que a los docentes vinculados a la entrada en vigencia de la ley 91 de 1989 ha de mantenerseles el régimen prestacional del que eran sujetos (art. 15), no obstante, esta intelección no está llamada a prosperar, en atención a que la situación pensional de los docentes vinculados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se halla regulada, según la data de vinculación, por las Leyes 812 de 2003 o 91 de 1989.

En análogo sentido, el análisis de esta controversia tampoco puede realizarse bajo la égida de la providencia citada *in extensu* en el escrito de alzada, pues como lo reconoce la parte nulidiscente, el caso que allí se plantea se relaciona con otro tipo de prestación (prima de servicios), que si bien se refiere al caso de un docente, mal haría en extenderse una regla jurisprudencial a un caso cuyos patrones fácticos distan en grado sumo de aquellos que allí fueron materia de estudio.

2. Análisis del caso concreto

⁵ Sentencia de 14 de septiembre de 2017.

Se encuentra acreditado lo siguiente:

- Mediante la Resolución 9851 de 17 de septiembre de 1997 el FNPSM reconoció una pensión de jubilación a favor del demandante, ordenando además el descuento del 5% de cada mesada pensional *“para efectos de la prestación del servicio médico-asistencial en beneficio del jubilado”*. (Fls. 6-7 C.1)
- El 11 de agosto de 2016 el demandante solicitó la corrección de la resolución que reconoció la pensión y se ordene la devolución de los dineros descontados con destino al sistema de salud de las mesadas adicionales, y que en caso que se esté aplicando la Ley 1122 de 2007 se corrija y se ordene la devolución de los dineros correspondientes al 0,5% del valor de la pensión, correspondiente a los aportes de salud efectuados anualmente. (Fl. 2 C.1)
- A través de la Resolución 7299-6 de 13 de septiembre de 2016, la Secretaria de Educación del Departamento de Caldas negó lo solicitado por la actora. (Fls. 3-4 C.1)
- De conformidad con los extractos de pago expedidos por la Fiduprevisora S.A. sobre las mesadas adicionales recibidas por la parte actora, le fueron efectuados descuentos por concepto de salud. (fls. 8-12 C.1)

De acuerdo con lo expuesto, los actos administrativos demandados se ajustan a la legalidad en tanto disponen 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.

3. Conclusión

De conformidad con la normativa y la jurisprudencia citada y con fundamento en los hechos debidamente acreditados, estima esta Sala de Decisión que a la parte demandante no le asiste derecho a la devolución y cese de aportes a salud descontados sobre sus mesadas pensionales adicionales y, en tal sentido, se confirmará la sentencia dictada en primera instancia.

4. Costas

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, en concordancia con los numerales 1 y 3 del artículo 365 del CGP, se condenará en costas en esta instancia a la parte demandante, por habersele resuelto desfavorablemente el recurso de apelación interpuesto. Sin agencias en derecho en esta instancia por no haberse causado.

Según lo dispone el artículo 366 del CGP, la liquidación de las costas se hará de manera concentrada por el Juzgado de primera instancia.

Por lo discurrido, el Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMASE la sentencia emanada del Juzgado Tercero Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por Olga Trejos Gil dentro del contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido contra la Nación-Ministerio De Educación-FNPSM.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora y a favor de la accionada. Sin agencias en derecho en esta instancia.

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

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

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 026 de 2020.

NOTIFÍQUESE



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 202

Manizales, diez (10) de julio de dos mil veinte (2020).

Radicado: 17001-33-33-004-2017-0337-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Doris Judith García Loaiza
Demandado: Nación-Ministerio de Educación-FNPSM y el departamento de Caldas.

La Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, decide el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia que negó sus pretensiones.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda (fls. 31-38 C.1)

1.1. Pretensiones

Se declare la nulidad de la Resolución 7195-6 de 13 de septiembre de 2016 y la nulidad parcial de la Resolución 7094 de 16 de diciembre de 2011 emitidas por la Secretaria de Educación Departamental de Caldas en representación del FNPSM. En consecuencia se condene a las demandadas por los perjuicios a raíz de los descuentos con destino al sistema de salud, efectuados sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, así como cualquier otro porcentaje cobrado de manera ilegal; y que se indexen las sumas reconocidas y se condene en costas a las accionadas.

1.2. Sustento fáctico relevante

En síntesis expresa que, en el acto administrativo de reconocimiento de la pensión de jubilación, las demandadas dispusieron efectuar descuentos con destino al sistema de salud, equivalentes al 12% o 12.5%, los cuales vienen siendo descontados no solo de las mesadas ordinarias, sino de las adicionales (de junio y diciembre, esta última que se cancela en noviembre de cada año). Que solicitó al FNPSM el cese y devolución de aportes sobre las mesadas adicionales, además, que se descuente solo el 12% sobre toda la mesada y no el 12.5%, petición negada a través de la Resolución 7195-6 de 13 de septiembre de 2016.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

Invocó como normas vulneradas Ley 91/89; Ley 100/93, arts. 50, 142 y 279; Ley 812/03, art. 81; Decreto 3752 de 2003, arts. 1, 4 y 5; Ley 42/82; Ley 43/84, art. 5; Ley 797/03; Decreto 1073/02 y Ley 1250/07. Consideró que, los docentes afiliados al FNPSM no se hallan obligados a pagar los aportes en salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre (también llamadas mesadas 13 y 14); además el FNPSM en ocasiones inaplica las normas en mención mientras que en otros casos las aplica de manera indebida, contrariando su verdadero alcance y la hermenéutica jurisprudencial.

Añade que, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1250 de 2008, el único cobro que se debe hacer por este concepto equivale al 12% y cualquier valor que lo exceda vulnera el ordenamiento jurídico, así mismo, itera que dicho cobro solo es procedente sobre las mesadas ordinarias y no sobre las adicionales.

2. Pronunciamiento de los sujetos procesales

El **Departamento de Caldas** (fls 54-56 C.1), se opuso a las pretensiones de la parte demandante y en cuanto a los hechos adujo como ciertos los concernientes al reconocimiento pensional y a los descuentos efectuados por concepto de salud. Propuso las excepciones de *'FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA'*, resaltando que con base en la Ley 91 de 1989 (art. 3) la demanda debió dirigirse contra el FNPSM como competente para el reconocimiento de prestaciones docentes, en consonancia con el artículo 2 del Decreto 2831 de 2005; *'BUENA FE'* por su actuación conforme a la ley; *'CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO'* por cuanto la demanda debía presentarse dentro de los cuatro meses contados a partir del día siguiente a la notificación del acto administrativo; *'INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY'*, ya que la Ley 812 de 2003 modificó el concepto de aportes para afiliados al FNPSM indicando que el valor de las cotizaciones corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensión establezcan la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003; y *'PRESCRIPCIÓN'*, en caso de acceder a las súplicas de la parte actora, según lo establecido en los Decretos 1848 de 1969 y 3135 de 1968.

La **Nación – Ministerio de Educación – FNPSM** contestó la demanda en forma extemporánea.

3. Sentencia de primera instancia (fls. 109-119 c.1).

El *a quo* declaró probada la excepción de *"FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA"* propuesta por el departamento de Caldas y negó las súplicas de la parte demandante y la condenó en costas. Como fundamento de la decisión refirió que, si bien en su redacción original la Ley 91 de 1989 contemplaba una tasa de cotización del 5% para los docentes afiliados al FNPSM en materia de salud, esta situación varió con la expedición de la Ley 812 de 2003, que remite a la Ley 100 de 1993 en este específico tema, norma que a su vez fue reformada por la Ley 1250 de 2008, y contempla un 12% como monto de la cotización.

Acotó que, en un principio las Leyes 42 de 1982, 43 de 1984 y el Decreto 1073 de 2002 prohibían los descuentos sobre las mesadas adicionales, la Ley 812 no derogó la Ley 91 de 1989 en cuanto dispone que los docentes, regulados por esa norma especial, sí son sujetos de aportes sobre las mesadas adicionales. En este sentido, la Ley 812 de 2003

regula un tema no previsto en la Ley 100 de 1993, cuyos artículos 50 y 142 no pueden aplicarse a los educadores, se insiste, por cuanto estos se rigen por normas especiales, con la sola excepción del monto de cotización que sí se gobierna por las prescripciones normativas generales.

4. Recurso de apelación

La **parte actora** (fls. 121-125 C.1) solicitó revocar la sentencia y acceder a sus pretensiones; adujo que, el fallo desconoce que la Ley 91 de 1989 trae incorporada en su artículo 15 una excepción, que implica que a los docentes nacionales o nacionalizados vinculados antes del 31 de diciembre de 1989 se les aplica el régimen prestacional del que venían gozando en los entes territoriales, mientras que quienes ingresaron al servicio educativo a partir del 1º de enero de 1990 son sujetos de las normas que regulan a los servidores públicos del orden nacional. En este sentido, plantea que ninguna de esas normas contiene una autorización para realizar descuentos sobre mesadas adicionales a los docentes, y en algunos casos, incluso prohíben tales cobros.

Con base en providencia del Consejo de Estado¹ referida a la prima de servicios que devengaban algunos docentes nacionalizados señaló que, a partir de los métodos de interpretación gramatical y sistemático, debe aplicarse este fallo por analogía a los descuentos en salud, y en tal sentido, insiste en que los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 no contemplan los descuentos con destino al sistema de salud para las mesadas adicionales.

Que su postura ha sido avalada por diversos tribunales del país, que han entendido que la Ley 100 de 1993 se aplica a los docentes en cuanto atañe al régimen de cotización con destino al sistema de salud en virtud del principio de inescindibilidad normativa, con lo que ha de entenderse derogada tácitamente la regulación que sobre el particular trae la Ley 91 de 1989, de tal forma que se encuentra prohibido realizar descuentos en salud con base en las mesadas de junio y diciembre.

Seguidamente adujo que, la decisión apelada vulnera el derecho a la igualdad previsto en el artículo 13 de la Carta Política e insiste en que la excepción de prescripción no está llamada a prosperar.

5. Alegatos de conclusión en segunda instancia

Las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico

Al analizar la sentencia de instancia y el escrito de impugnación, el asunto jurídico a resolver se centra en dilucidar si *¿Le asiste derecho a 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?*

2. Descuentos con destino al sistema de salud

¹ 14 de abril de 2016, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Rad. 3828-14.

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 Constitucional² 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 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...”. (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 4ª 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”.

² Sentencia T-835 de 2014.

En el caso de los educadores, la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FNPSM, 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. RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES. *El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.*

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

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 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” (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” (Se resalta).

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 Estado³, que en reciente oportunidad puntualizó:

“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

Ley 91 de 1989 artículo 8-5	5%
Ley 812 de 2003, 4, artículo 81	El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.

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

A voces de las normas parcialmente reproducidas, el ordenamiento constitucional atribuye a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social – *entre ellos los*

³ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda -Subsección B- Consejero ponente: César Palomino Cortés-, 10 de mayo de 2018 -Radicación: 68001-23-31-000-2010-00624-01(0340-14)

⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-529 de 23 de junio de 2010.

pensionados- el deber de materializar el principio de solidaridad a través de los aportes 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.

Finalmente, 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.

Finalmente, el Tribunal trae a colación los planteamientos esbozados por el Consejo de Estado⁵ 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.” (Se subraya).

Por modo, aun cuando los descuentos sobre las mesadas adicionales no se encuentren previstos de manera explícita en la Ley 812 de 2003, la Sala es del criterio que dicha obligación no ha cesado, pues en atención al principio de solidaridad que informa todo el Sistema de Seguridad Social, los descuentos por este concepto se avienen al ordenamiento jurídico.

De otro lado, pretende la parte actora que se le apliquen los Decretos 3135/68, 1848/69 y 1045/78 bajo el razonamiento de que a los docentes vinculados a la entrada en

⁵ Sentencia de 14 de septiembre de 2017.

vigencia de la ley 91 de 1989 ha de mantenerseles el régimen prestacional del que eran sujetos (art. 15), no obstante, esta intelección no está llamada a prosperar, en atención a que la situación pensional de los docentes vinculados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se halla regulada, según la data de vinculación, por las Leyes 812 de 2003 o 91 de 1989.

En análogo sentido, el análisis de esta controversia tampoco puede realizarse bajo la égida de la providencia citada *in extensu* en el escrito de alzada, pues como lo reconoce la parte nulidisciente, el caso que allí se plantea se relaciona con otro tipo de prestación (prima de servicios), que si bien se refiere al caso de un docente, mal haría en extenderse una regla jurisprudencial a un caso cuyos patrones fácticos distan en grado sumo de aquellos que allí fueron materia de estudio.

2. Análisis del caso concreto

Se encuentra acreditado lo siguiente:

Mediante la Resolución 7094 de 16 de diciembre de 2011 el FNPSM reconoció una pensión de jubilación a favor de la demandante, ordenando además el descuento del 12.5% de cada mesada pensional hasta el 30 de noviembre de 2008, y el 12% a partir del 1º de diciembre de 2008, de conformidad con las Ley 1250 de 2008 (fls. 16-17 C.1)

- El 11 de agosto de 2016 la actora solicitó la corrección de la resolución que reconoció la pensión y se ordene la devolución de los dineros descontados con destino al sistema de salud de las mesadas adicionales, y que en caso que se esté aplicando la Ley 1122 de 2007 se corrija y se ordene la devolución de los dineros correspondientes al 0,5% del valor de la pensión, correspondiente a los aportes de salud efectuados anualmente. (Fl. 10 C.1)

- A través de la Resolución 7195-6 de 13 de septiembre de 2016 la Secretaria de Educación del Departamento de Caldas negó lo solicitado por la actora. (Fls. 18-20 C.1)

De acuerdo con lo expuesto, los actos administrativos demandados se ajustan a la legalidad en tanto disponen 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.

3. Conclusión

De conformidad con la normativa y la jurisprudencia citada y con fundamento en los hechos debidamente acreditados, estima esta Sala de Decisión que a la parte demandante no le asiste derecho a la devolución y cese de aportes a salud descontados sobre sus mesadas pensionales adicionales y, en tal sentido, se confirmará la sentencia dictada en primera instancia.

4. Costas

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, en concordancia con los numerales 1 y 3 del artículo 365 del CGP, se condenará en costas en esta instancia a la parte demandante, por habersele resuelto desfavorablemente el recurso de apelación interpuesto. Sin agencias en derecho en esta instancia por no haberse causado.

Según lo dispone el artículo 366 del CGP, la liquidación de las costas se hará de manera concentrada por el Juzgado de primera instancia.

Por lo discurrido, el Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMASE la sentencia emanada del Juzgado Cuarto Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por Doris Judith García Loaiza dentro del contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido contra la Nación-Ministerio De Educación-FNPSM y el departamento de Caldas.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora y a favor de la accionada. Sin agencias en derecho en esta instancia.

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

CUARTO: NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 026 de 2020.

NOTIFÍQUESE



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA PRIMERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, nueve (9) de julio de dos mil veinte (2020).

RADICADO	17-001-23-33-000-2014-00180-00
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	MARÍA VICTORIA GUTIÉRREZ CASTAÑO
DEMANDADO	DIRECCIÓN TERRITORIAL DE SALUD DE CALDAS ¹

Procede la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, a dictar sentencia de primera instancia dentro del proceso de la referencia.

PRETENSIONES

Se suplica por la parte nulidiscente que se hagan los siguientes pronunciamientos:

1. Que se declare la nulidad de la comunicación DG-100-0587 del 20 de septiembre de 2013 y de la comunicación DG-100-0760 del 26 de diciembre del mismo año, mediante las cuales la entidad demandada negó el reconocimiento y pago de los derechos laborales de la señora María Victoria Gutiérrez Castaño.
2. Como consecuencia de lo anterior, en calidad de restablecimiento del derecho (reparación de daño), pidió se declare la existencia de una relación laboral sin solución de continuidad desde el 18 de agosto del año 2009 hasta el 20 de octubre de 2011, toda vez que a pesar de haber fecha de interrupción entre uno y otro contrato la realidad es que el trabajo se seguía desarrollando inclusive en esas fechas de “interrupción”, siendo de esta manera ejecutada la labor de manera continua por la demandante.
3. Se ordena pagar a favor de la actora a título de reparación del daño (indemnización) el valor de los siguientes emolumentos a cargo de la Dirección Territorial de Salud de Caldas:
 - a. Se ordene el pago total de los salarios, por labores del demandante teniendo en cuenta todos los factores salariales para la cancelación del mismo.

¹ También DTSC

- b. Se ordene cancelar el valor generado por concepto de trabajo suplementario que se ocasionó durante toda la relación laboral.
 - c. Que se ordene cancelar el auxilio de cesantías.
 - d. Que se ordene cancelar los intereses a las cesantías
 - e. Se ordene cancelar las vacaciones compensadas en dinero
 - f. Se ordene cancelar las primas de vacaciones
 - g. Se ordene cancelar las primas de servicios
 - h. Se ordene cancelar las primas de navidad
 - i. Se ordene cancelar la bonificación por servicios prestados correspondiente a los años de servicios ocasionados.
 - j. Se ordene efectuar el reembolso de las pólizas que debió pagar la demandante cada vez que suscribía los contratos así:
 - Contrato nro. 0573 \$23.200
 - Contrato nro. 0034 \$23.200
 - Contrato nro. 0464 \$23.200
 - Contrato nro. 0384 \$23.200
 - k. Se ordene efectuar el reembolso del valor del 2% de estampillas pro-universidad por cada uno de los contratos ejecutados que efectuó la demandante por los siguientes montos:
 - Contrato nro. 0573 \$86.450
 - Contrato nro. 0034 \$109.350
 - Contrato nro. 0464 \$55.500
 - Contrato nro. 00384 \$174.825
 - l. Se ordene efectuar el reembolso del valor de cotización al régimen de salud que debió hacer el ente territorial toda vez que era su obligación como empleador.
 - m. Se ordene efectuar el reembolso del valor de las cotizaciones al fondo de pensiones que debió hacer el ente territorial era que era su obligación como empleador.
 - n. Se ordene cancelar la sanción moratoria especial del Decreto 797 de 1949 por no haberse cancelado, a la terminación del contrato, los salarios, prestaciones e indemnizaciones debidos a la trabajadora.
 - o. Se ordene cancelar la licencia de maternidad a la que tiene derecho la señora María Victoria Gutiérrez.
4. Se ordene que la liquidación de las anteriores declaraciones y condenas se efectúe mediante sumas liquidas de moneda de curso legal en Colombia, y se ajustarán tomando como base el índice de precios al consumidor, o al por mayor, conforme a lo dispuesto por el artículo 192 del CPACA.

5. Se ordene dar aplicación al artículo 195 del CPACA para el cumplimiento de la sentencia.

6. Condenar a la demandada al pago de todas las prestaciones, sanciones e indemnizaciones a título de reparación del daño (indemnización) que el despacho declare probadas a favor de la demandante, en virtud de las facultades ultra y extra petita que la ley le confiere.

7. Condenar en costas procesales y agencias en derecho a la parte demandada.

HECHOS

Como fundamentos fácticos de las pretensiones, la parte accionante esgrimió de manera compendiada:

➤ La señora María Victoria Gutiérrez Castaño estuvo vinculada a la Dirección Territorial de Salud de Caldas desde el 19 de agosto de 2009 hasta el 30 de septiembre de 2010, y volvió a iniciar el 20 de abril de 2011 hasta el 20 de octubre de ese mismo año.

➤ La vinculación de la demandante con la Dirección Territorial de Salud de Caldas se realizó por contratos sucesivos de “prestación de servicios”, y no obstante existir algunos días de interrupción entre los mismos, la relación laboral se realizó de forma continua, sin que se presentara solución de continuidad en sus funciones dado que una vez culminaba el contrato se informaba que continuaría con el otro.

➤ Los contratos que se celebraron fueron el nro. 0573 del 18 de agosto de 2009 al 31 de diciembre de 2009; nro. 0034 del 22 de enero de 2010 al 30 de junio de 2010; contrato nro. 0464 del 16 de julio al 30 de septiembre de 2010; y nro. 0384 del 20 de abril al 20 de octubre de 2011.

➤ Que para ejecutar los contratos se debía constituir una póliza para asegurar el cumplimiento de los mismos equivalente al 10% del valor del contrato, que en este caso para todos los celebrados fue de un valor de \$23.200, la cual abarcaba el término del contrato y en un mes más inclusive.

- Que la demandante pagó con su propio dinero aportes a la seguridad social durante la ejecución de los contratos, así como los aportes al fondo de pensiones y riesgos laborales. También canceló el 2% de estampilla pro-universidad.
- La accionante tenía como funciones auditar y verificar si las facturas que presentaban las distintas EPS del régimen subsidiado para efectuar los recobros al Fosyga por medicamentos y procedimientos NO POS reunían los requisitos, y adicional a esto efectuar todo el procedimiento en el sistema haciendo relación de las personas que conformaban su grupo de trabajo, periodos y horarios, brindando soporte en todo el proceso operativo de la Subdirección de Aseguramiento con apoyo en las tareas administrativas relacionadas con la base de datos magnéticos y físicos, las cuales se desarrollaban en las instalaciones de la entidad demandada y con los insumos que ella otorgaba.
- La señora Gutiérrez Castaño cumplía un horario de 8 a.m. a 12 a.m. y de 2 p.m. a 6 p.m. diariamente, y en ocasiones sábados y domingos, inclusive, con la continuidad y regularidad de una relación de trabajo personal, el cual era de carácter obligatorio, y si por alguna razón faltaba algún día laboral el tiempo debía ser recuperado.
- La accionante estuvo bajo continua subordinación del director de la Subdirección de Aseguramiento, y en el último contrato bajo la subdirección de gestión humana, quienes impartían órdenes en cuanto al modo, tiempo, lugar y cantidad de trabajo.
- Mientras se ejecutaba el contrato 464 de 2010 la demandante quedó embarazada, circunstancia que le valió para que no le fuera renovado el mismo, por lo que se vio en la obligación de presentar una acción de tutela contra la entidad la cual fue falla a su favor en segunda instancia por el Tribunal Superior de Manizales – Sala Penal.
- A la accionante nunca se le han cancelados las prestaciones propias de una relación laboral, y por ello el 3 de agosto de 2013 presentó una reclamación ante la DTSC la cual fue resuelta mediante comunicación DG-100-0587 del 20 de septiembre de 2013 y comunicación DG-100-0760 del 26 de diciembre del mismo año, ambas de manera negativa.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Señaló como normas transgredidas los artículos 6, 13, 25, 53, 83, 122, 123, 125 de la Constitución Política de Colombia; Decreto 3135 de 1968; Decreto 1919 de 2002; Decreto 1045 de 1978; Decreto 1048 de 1978 y Decreto 1042 de 1978.

Hizo alusión especialmente a la violación directa del artículo 53 de la Constitución Política para resaltar la importancia de la primacía de la realidad sobre las formas, norma de la cual además desprendió la vulneración de las demás disposiciones citadas y que le sirvió también de fundamento para señalar que los elementos esenciales del contrato de trabajo son la actividad personal, la subordinación o dependencia, y un salario como retribución del servicio, por lo que en caso de acreditarse la existencia de los mismos se debe concluir que se presenta una relación laboral.

Hizo alusión a la diferencia entre el contrato de prestación de servicios y el contrato de trabajo, y resaltó como características principales del primero la especialidad de la persona natural en la materia o labor que desarrolla; la independencia y autonomía; y que la duración del vínculo es por tiempo limitado; mientras que la relación laboral se caracteriza, principalmente, por la subordinación.

Indicó que la demandante realizó una labor determinada y prestó un servicio personal bajo las instrucciones y órdenes de la entidad demandada, además recibió una remuneración, situaciones que le dan derecho a que se declare la existencia del contrato realidad y en consecuencia se reconozca el pago de la indemnización equivalente a las prestaciones sociales que nunca fueron sufragadas, y que el tiempo laborado sea tenido en cuenta para efectos pensionales.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Dirección Territorial de Salud de Caldas comenzó por pronunciarse sobre las pretensiones, para afirmar que se opone a la prosperidad de las mismas en tanto no existió una relación laboral sino contractual entre las partes.

En relación con los hechos señaló que algunos son ciertos, que otros los son parcialmente, y que de otros se atenía a lo que resultara probado en el proceso.

Propuso las siguientes excepciones:

- **Falta de competencia por no haberse agotado la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad:** señaló que la Ley 640 de 2001, el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, la Ley 270 de 1996 y la Ley 1437 de 2011 establecen la conciliación como requisito de procedibilidad para las demandas en que se formulen pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho; y en este caso se evidencia entonces una falta de competencia por no haber agotado este requisito antes de presentar el libelo petitorio.

- **Inexistencia de la obligación por parte de la DTSC:** la entidad no tiene ninguna obligación con la accionante pues su relación se dio a través de contratos de prestación de servicios y por lo tanto no hubo vínculo laboral alguno; en consecuencia, no existe fundamento para reconocer el pago de prestaciones sociales o suma de dinero proveniente de una relación de ese tipo.

- **Inexistencia de la relación laboral entre las partes:** lo que unió a las partes fue un contrato de prestación de servicios como consta en las pruebas aportadas con la contestación de la demanda; y añadió que las características de una relación laboral y de una de prestación de servicios son disímiles, y en este caso no se acreditaron las de la primera.

- **Nadie está obligado a lo imposible:** señaló que por más que quiera la entidad crear el cargo para desempeñar las funciones establecidas en los contratos de prestación de servicios no le es posible ya que no existen recursos, y tampoco puede ir contravía del artículo 60 de la Ley 715 de 2001.

- **Caducidad de la acción:** de conformidad con el literal d) del numeral 2 del artículo 164 del CPACA solicitó declarar probada esta excepción.

- **Ejecución de contratos en aplicación de la autonomía de la voluntad:** los contratos celebrados lo fueron en autonomía de la voluntad, de modo que la demandante fue consciente de los vínculos que suscribía y que por ello no existía derecho al pago de prestaciones sociales, de manera que no puede pretender el reconocimiento de unas sumas de dinero que desde el inicio de la relación contractual sabía no se iban a pagar.

- **Ejecución de contrato en ejercicio del principio de coordinación administrativa:** solicitó que se desestime la pretendida subordinación laboral y en su lugar se determine que lo que existió fue un factor de coordinación administrativa, sin la cual no podría existir un servicio eficiente y oportuno.

- **Prescripción del derecho:** sin que implique aceptación de las pretensiones propuso esta excepción ya que transcurrieron más de 3 años antes de la fecha de presentación de la demanda.

- **Genérica:** pidió se declare cualquier otra excepción que se encuentre probada.

Como razones de defensa indicó que la entidad no cuenta con personal de planta suficiente para desempeñar las labores que realizaba la accionante, y por ello se vio en la necesidad de vincularla mediante contrato de prestación de servicios. En tal sentido, la relación contractual no puede ser llevada al plano de lo laboral para tratar de obtener los beneficios económicos que de ella se derivan, más cuando no se evidencian los elementos propios de la misma, especialmente el de subordinación.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

PARTE DEMANDANTE: reiteró lo acaecido en el caso de la accionante e indicó que en el proceso está probada la existencia de los contratos, las labores realizadas, los horarios, y todos los aspectos que dan cuenta de los elementos esenciales de una relación laboral, lo cual da lugar a acceder a las pretensiones de la demanda.

PARTE DEMANDADA: adujo que las pruebas que obran en el expediente no son suficientes para acceder a las pretensiones, ya que los contratos de prestación de servicios fueron ejecutados por la accionante con independencia y autonomía, aunado a que conocía desde el inicio de la relación que la misma no daría lugar al pago de ninguna prestación social.

Señaló además que la normativa y la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional ha determinado unos elementos que son necesarios para declarar la existencia de la relación laboral y de acuerdo al material probatorio no fueron demostrados por la demandante; e insistió en la tacha de los testimonios ya que en las declaraciones se observó la intención de favorecer a la accionante.

Agregó además que en este caso no se evidenció una prestación continua e ininterrumpida del servicio según lo consignado en los contratos, y afirmó que esta es una característica propia de los contratos de prestación de servicios.

Insistió finalmente en el tema de la prescripción, y en el hecho de que, en el caso de acceder a pretensiones, la licencia de maternidad debió ser pagada por la EPS a la cual cotizó la accionante.

MINISTERIO PÚBLICO

No presentó concepto.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala no observa irregularidades procedimentales que conlleven a decretar la nulidad parcial o total de lo hasta aquí actuado y procederá en consecuencia a fallar de fondo la litis.

La Dirección Territorial de Salud de Caldas propuso las excepciones de falta de competencia por no haberse agotado la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad; inexistencia de la obligación por parte de la DTSC; inexistencia de la relación laboral entre las partes; nadie está obligado a lo imposible; caducidad; ejecución de contratos en aplicación de la autonomía de la voluntad; ejecución de contratos en ejercicio del principio de coordinación administrativa y prescripción del derecho.

En la audiencia inicial se resolvieron las excepciones de falta de competencia por no haberse agotado la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad y caducidad, las cuales se declararon no probadas, siendo la primera de estas apelada y confirmada por el Consejo de Estado en segunda instancia.

Las demás excepciones, por tocar el fondo del asunto, quedarán subsumidas en el estudio que del caso se realice.

PROBLEMAS JURÍDICOS

En la fijación del litigio se plantearon los siguientes problemas jurídicos:

1. ¿En el vínculo contractual que unió a la señora María Victoria Gutiérrez Castaño con la Dirección Territorial de Salud de Caldas se configuraron los elementos de subordinación, prestación personal del servicio y remuneración, que permitan declarar una verdadera relación laboral?

Si la respuesta es positiva se deberá resolver:

2. ¿Se configuró la prescripción extintiva de los eventuales derechos de la señora Gutiérrez Castaño?

En el evento de que se llegue a demostrar que no hay prescripción extintiva del derecho se deberá determinar:

3. ¿Le asiste derecho a la señora María Victoria Gutiérrez Castaño a que se le reconozcan, liquiden y paguen las prestaciones solicitadas en la demanda?

LO PROBADO

En la fijación del litigio se tuvieron como hechos en los que coincidían las partes los siguientes:

- Que entre la señora María Victoria Gutiérrez Castaño y la Dirección Territorial de Salud de Caldas se suscribieron contratos de prestación de servicios entre los años 2009 a 2011.
- Que la accionante presentó acción de tutela contra la Dirección Territorial de Salud de Caldas solicitando la protección reforzada por maternidad, la cual fue fallada en segunda instancia el día 15 de marzo de 2011 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Manizales.
- Que la accionante radicó derecho de petición el día 30 de agosto de 2013 solicitando el pago de las prestaciones sociales e indemnizaciones de carácter laboral, el cual fue resuelto mediante comunicación DG-100-0587 del 20 de septiembre de 2013 de manera negativa, siendo notificado el día 25 del mismo mes y año.
- Que se presentó recurso de reposición contra el acto administrativo el cual fue resuelto mediante comunicación DG-100-0760 del 26 de diciembre de 2013 confirmando la decisión inicial, siendo notificada el 20 de enero de 2014.

Dentro del cartulario reposan pruebas de lo siguiente:

- Que entre la señora María Victoria Gutiérrez Castaño y la Dirección Territorial de Salud de Caldas se celebraron los siguientes contratos de prestación de servicios (fols. 61 a 65; 88 a 92; 133 a 137; 169 a 173):

CONTRATO NÚMERO	DURACIÓN	FECHA DE INICIO	OBJETO
0573 del 18 de agosto de 2009	Desde la fecha de perfeccionamiento hasta el 31 de diciembre de 2009	18 de agosto de 2009 (fol. 86).	Apoyo a todo el proceso operativo de la Subdirección de Aseguramiento de la Dirección Territorial de Salud de Caldas, y para ello tenía las obligaciones de: 1. Servir de apoyo a la Subdirección de Aseguramiento en todo lo concerniente a la parte operativa. 2. Servir de apoyo operativo al área de auditoría médica. 3. Encargarse de la correspondencia del área de auditoría médica. 4. Apoyar el proceso de elaboración de los respectivos informes del área de auditoría médica.

			5. Apoyar la organización del archivo físico de la Subdirección de Aseguramiento 6. Apoyar el área de autorización por línea de frente. 7. Brindar apoyo operativo al área de radicación de cuentas médicas. 8. Dar cumplimiento a las normas vigentes para con el sistema de seguridad social en salud y pensiones con relación a la cotización que debe hacer el contratista al sistema. 9. Las demás funciones que sean asignadas.
0034 del 22 de enero de 2010	Desde la fecha de perfeccionamiento hasta el 30 de junio de 2010	25 de enero de 2010 (fol. 110 C.2).	Apoyo administrativo en el proceso de recobros de la Subdirección de Aseguramiento, y para ello tenía como obligaciones: 1. Mantener actualizada las bases de datos para la radicación de recobros antes el Fosyga. 2. Buscar en el archivo de la entidad la facturación con sus correspondientes soportes, que son susceptibles de recobro. 3. Apoyar la elaboración de los medios magnéticos y físicos que van a ser enviados para el recobro ante el Fosyga 4. Foliar los archivos físicos que van a ser enviados para el recobro ante el Fosyga 5. Apoyar la consolidación y elaboración de los informes correspondientes a los servicios fuera de POS pagados por la Dirección y que deben ser presentados ante el Fosyga. 6. Las demás actividades que le sean asignadas en el desarrollo del objeto contractual 7. Presentar informes de las acciones realizadas en virtud de las obligaciones descritas.
0464 del 13 de julio de 2010	Desde la fecha de perfeccionamiento hasta el 31 de agosto de 2010	16 de julio de 2010 (fol. 147 y 148 C.1)	Apoyo administrativo en el proceso de recobros de la Subdirección de Aseguramiento, y para ello tenía como obligaciones: 1. Organizar el archivo físico del historial de acciones de tutela de la Dirección Territorial de Salud de Caldas. 2.Determinar desde el punto de vista jurídico la competencia del fallo judicial, y clasificar aquellos servicios en POS y NO POSS 3.Levantar una base de datos de las acciones de tutela, en archivo de Excel que contenga variables, y requerimiento del Ministerio de Protección Social. 4.Dejar organizado el archivo físico y en medio magnético del historial de acciones de tutela de la entidad. 5.Apoyar la selección y organización de los documentos soportes de las acciones de tutela que se encuentran en el archivo central de la DTSC. 6.Dar cumplimiento a las normas vigentes para con el sistema de seguridad social en salud y pensiones con relación a la cotización que se debe hacer. 7.Las demás que sean asignadas por el Subdirector de Aseguramiento para el cabal cumplimiento del objeto del contrato

Adición al contrato 0464	por un mes más, es decir hasta el 30 de septiembre de 2010		
0384 del 18 de abril de 2011- el cual se suscribió en cumplimiento a fallo de tutela	6 meses contados a partir de su suscripción y legalización	20 de abril de 2011 (fol. 179)	Prestar soporte en la digitación de las encuestas de discapacitados realizadas en los 27 municipios del Departamento de Caldas, en el software que para el efecto suministró el Ministerio de la Protección Social; cada encuesta está compuesta por un total de 89 preguntas, así mismo el ingreso de la información en las bases de datos de control de informática. Para ello tenía como obligaciones: 1. Digitar el contenido de las encuestas de discapacitados realizadas en los 27 municipio del Departamento de caldas en el software que para el efecto suministró el Ministerio de la Protección Social. 2. Hacer entregas quincenales al interventor de la información cargada en el sistema 3. Manejar y custodiar las encuestas suministradas. 4. Digitar la información en bases de datos del grupo de informática que le asigne el ingeniero de sistemas de la entidad.

Los contratos tenían una cláusula que establecía que la contratista debía afiliarse o estar afiliada al sistema de seguridad social (salud y pensión), al menos por un tiempo igual al de la ejecución del contrato, de acuerdo con lo establecido en el artículo 23 de la Ley 1150 de 2007, requisito que era indispensable para efectuar los pagos. En otros contratos se estipuló que el contratista debía acreditar que se encontraba al día con el pago de los aportes parafiscales relativos al sistema de seguridad social integral (fol. 63, 92, 136, 172).

➤ A través de providencia del 15 de marzo de 2011, el Tribunal Superior de Manizales – Sala Penal decidió revocar la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Octavo Penal del Circuito dentro de una acción de tutela, y en consecuencia concedió el derecho a la estabilidad reforzada de la señora Gutiérrez Castaño. Por ello ordenó a la Dirección Territorial de Salud de Caldas reintegrar a la demandante al cargo que venía desempeñando o a uno de semejante jerarquía, a afiliar a la accionante y a su hijo durante el primer año de vida al sistema integral de seguridad social en salud y a cancelar la indemnización del artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo y la licencia de maternidad (fol. 39 a 60).

➤ El Registro Civil de Nacimiento del menor Mateo Ortiz Gutiérrez da cuenta que nació el 28 de septiembre de 2010 (fol. 32).

➤ Que mediante petición presentada el 30 de agosto de 2013 la señora María Victoria Gutiérrez Castaño solicitó a la Dirección Territorial de Salud de Caldas el reconocimiento de una relación laboral entre las partes originada en los contratos de prestación de

servicios celebrados desde 18 de agosto de 2009 al 20 de octubre de 2011, reconociendo en consecuencias todos los derechos que de allí emanaran (fols. 26 a 30 C. 1).

➤ Mediante oficio DG-100-0587 del 20 de septiembre de 2013 el Director de la entidad dio respuesta de manera negativa a la petición de la actora en relación con la configuración de un contrato laboral (fol. 33 y 34 C.1), decisión que se confirmó a través de oficio DG-100-0760 del 26 de diciembre de 2013 que desató el recurso de reposición (fol. 36).

Tacha de los testigos

La apoderada de la Dirección Territorial de Salud de Caldas, según la manifestación realizada por el testigo Alejandro Muñoz Álzate en la audiencia de pruebas en relación con que él también tenía una demanda en contra de la entidad por supuestos fácticos similares al presente, de conformidad con el artículo 211 del CGP tachó al testigo, al afirmar que podía tener interés en el resultado del proceso.

Al respecto debe señalar la Sala que de conformidad con lo previsto en el artículo 211 del Código General del Proceso, las partes pueden tachar como sospechosa la declaración de un tercero porque a su juicio se encuentra inmerso en circunstancias que afectan su credibilidad e imparcialidad; pero el mismo artículo deja en libertad al juez para que determine en cada caso y teniendo en cuenta lo declarado, si en verdad esa situación que genera la sospecha conlleva a que el declarante esté parcializado.

En el caso bajo estudio, se considera que la circunstancia de que el testigo hubiese demandado a la DTSC por un caso similar, en ningún momento conllevó a que se observara alguna parcialidad o falta de credibilidad en su declaración, pues sus respuestas fueron coherentes, congruentes, con hilo conductual, sin vacilaciones y sin que se observara de su dicho algún ánimo revanchista o sesgado frente a la entidad demandada.

También lo es que, dada su condición de compañero de la demandante y haber trabajado en la misma área, le permitió conocer de manera directa las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que esta prestó sus servicios en la DTSC, por lo que se valorará su testimonio conforme a las reglas de la sana crítica.

Primer problema jurídico

¿En el vínculo contractual que unió a la señora María Victoria Gutiérrez Castaño con la Dirección Territorial de Salud de Caldas, se configuraron los elementos de subordinación, prestación personal del servicio y remuneración, que permitan declarar una verdadera relación laboral?

Tesis: La Sala defenderá la tesis que entre la señora María Victoria Gutiérrez Castaño y la entidad demandada existió una verdadera relación laboral, habida cuenta que el acervo probatorio recaudado devela los tres elementos constitutivos de la relación laboral como lo son: i) la prestación personal del servicio; ii) la remuneración como contraprestación del mismo; y, iii) la continuada subordinación laboral.

Regulación del contrato de prestación de servicios

Tratándose del contrato de prestación de servicios, el Estatuto de Contratación Estatal - Ley 80 de 1993- en su artículo 32 numeral 3 estableció:

Son contratos de prestación de servicios los que celebran las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad.

Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieren conocimientos especializados.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente necesario (Subrayado fuera de texto).

Valga precisar que los apartes que subraya la Sala fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional mediante sentencia C-154 de 1997, con ponencia del Doctor Hernando Herrera Vergara: “salvo que se acredite la existencia de una relación laboral subordinada”; lo que significa que el trabajador puede acudir en vía judicial a controvertir lo plasmado en el contrato, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, consagrado por el artículo 53 de la Constitución Política:

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.

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

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores (Subrayado fuera de texto).

La Honorable Corte Constitucional en la precitada sentencia, se refirió a este principio manifestando:

El principio constitucional de prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales tiene plena operancia en el asunto, en los casos en que se haya optado por los contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral; de manera que, configurada esa relación dentro de un contrato de esa modalidad el efecto normativo y garantizador del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación que haya adoptado el vínculo que la encuadra, desde el punto de vista formal. De resultar vulnerados con esos comportamientos derechos de los particulares, se estará frente a un litigio ordinario cuya resolución corresponderá a la jurisdicción competente con la debida protección y prevalencia de los derechos y garantías más favorables del "contratista convertido en trabajador" en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales.

En la misma sentencia, la Corte señaló las características del contrato de prestación de servicios y sus diferencias con el contrato de trabajo en los siguientes términos:

a. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en

determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales.

El objeto contractual lo conforma la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada. Podrá, por esta razón, el contrato de prestación de servicios tener también por objeto funciones administrativas en los términos que se establezcan por la ley, de acuerdo con el mandato constitucional contenido en el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, según el cual "...Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley."

b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas.

Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios.

c. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. En el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

A su vez, el Consejo de Estado en jurisprudencia de su Sección Segunda² ha reforzado la anterior postura así:

El principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, previsto en el artículo 53 de nuestra Carta Política, tiene plena operancia en aquellos eventos en que se hayan celebrado contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral; de tal manera que, configurada la relación dentro de un contrato de esa modalidad el efecto normativo y

² Consejo De Estado, Sección Segunda. Sentencia de 16 de febrero de 2012. Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve.

garantizador del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación del vínculo desde el punto de vista formal, con lo cual agota su cometido al desentrañar y hacer valer la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla. Y esta primacía puede imponerse tanto frente a particulares como al Estado.

Adicionalmente, el artículo 25 constitucional, establece que el trabajo es un derecho fundamental que goza "...en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado.". De ahí que se decida proteger a las personas que bajo el ropaje de un contrato de prestación de servicios cumplan funciones y desarrollen actividades en las mismas condiciones que los trabajadores vinculados al sector público o privado, para que reciban todas las garantías de carácter prestacional, independientemente de las formalidades adoptadas por las partes contratantes.

En suma, el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestre que además de la prestación personal del servicio y la remuneración o retribución del mismo, ha tenido también lugar la subordinación o dependencia respecto del empleador, lo que confiere el derecho al pago de prestaciones sociales en favor del contratista en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, y por ello la Sala se adentrará a revisar cada elemento.

i) Prestación personal del servicio

De los acuerdos de voluntades suscritos por la señora Gutiérrez Castaño con la Dirección Territorial de Salud de Caldas se observa como común denominador que se circunscribieron a que ella prestara sus servicios profesionales de apoyo administrativo en la Subdirección de Aseguramiento entre los años 2009 y 2010; y de manera posterior, año 2011, a que brindara soporte en la digitación de las encuestas de discapacitados realizadas en los 27 municipios del Departamento de Caldas, en el software que para el efecto suministró el Ministerio de la Protección Social.

Practicadas las pruebas, efectivamente se demostró que la actora cumplió personalmente las obligaciones a las que se comprometió en los contratos, lo cual se comprueba con las declaraciones y algunas de las actas de interventoría y liquidación de los contratos que fueron aportadas al proceso.

ii) Remuneración como contraprestación del servicio

De acuerdo a lo estipulado en los contratos de prestación de servicios, se estableció una suma global como valor del contrato, la cual posteriormente se fraccionaba de acuerdo a la duración del mismo en pagos generalmente mensuales, lo cual se corrobora con el dicho de los testigos.

Así las cosas, para este juez colegiado es evidente que la demandante recibió remuneración por parte de la entidad demandada como contraprestación por sus servicios, por lo que el segundo de los elementos que configura la relación laboral se encuentra demostrado.

iii) Subordinación laboral

Este elemento se encuentra demostrado en el presente trámite con los testimonios rendidos en audiencia por personas que por haber trabajado en la Dirección Territorial de Salud de Caldas conocieron de manera directa las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que la actora prestó sus servicios, por lo que se valorarán sus declaraciones conforme a las reglas de la sana crítica.

Frente a la subordinación, las declaraciones recibidas son concluyentes frente a la existencia de este elemento en todos los contratos, pues de ellos se desprende lo siguiente:

➤ José Ferney Rivera Álzate

- El testigo laboró en la Dirección Territorial de Salud de Caldas desde el año 2008 hasta el año 2012, primero como auxiliar, después en el área financiera, en auditoría y finalmente en recobros.
- Que conoce a la demandante hace 10 años por motivos laborales, ya que trabajaron en la Dirección Territorial de Salud de Caldas en las mismas dependencias, en el área de aseguramiento, específicamente en recobros. Ambos estaban vinculados por prestación de servicios.
- Que las actividades desarrolladas por la accionante en el área de recobros tenían que ver con hacer el archivo, realizar la auditoría documental para presentar recobros ante el Fosyga, llenar las plataformas, organizar facturación para presentarla, entre otras.
- Que para ejecutar la labor ella tenía que cumplir un horario de 8 a.m. a 12 p.m. y de 2 a.m. a 6 p.m. Que algunas veces se realizaron jornadas de contingencia cuando había labores y

asuntos atrasados, las cuales se llevaban a cabo sábados o domingos; y que en ocasiones también decían que había quedarse más tiempo laborando.

- Que para realizar el trabajo había un sistema operativo, y también había que basarse en las plataformas del ministerio habilitadas para las entidades prestadoras del sistema de salud; por eso tenían claves y cosas específicas para el manejo del software.
- Frente al control de horario adujo que en un tiempo había que firmar un libro, pero que eso después desapareció; y que cuando iban a salir tenían que informar.
- Sobre la vigilancia de la labor señaló que había que cumplir unas directrices y las labores bajo las reglas de la dirección territorial.
- En relación con algún protocolo para pedir permiso, indicó que se recurría al subdirector para solicitarlo, y que en algunos casos había que llevar el soporte documental.
- Que los elementos de trabajo se entregaban con etiqueta y eran adjudicados a cada persona, la cual tenía que responder por ellos.
- Para el pago, que se hacía mensual, se debían entregar como soportes el informe de labores que era elaborado por la entidad y firmado por el interventor; así mismo demostrar el pago de salud y pensiones, los cuales se cancelaban sobre el 40% del valor del contrato.
- Que entre contrato y contrato podía pasar algún tiempo pero que no se podía dejar el puesto abandonado; e incluso a veces en el otro contrato compensaban ese tiempo que se había permanecido laborando sin suscribir aún el nuevo contrato, entonces nunca se terminó el vínculo con la entidad, y más si se tiene en cuenta que el tema de la salud es algo consecutivo y misional, y más en la labor que como contratistas desarrollaban por eso no se podía dejar tirada.
- Indicó que esos cargos que se desarrollaban por prestación de servicios deberían tener la vocación de permanente porque son misionales; que por ejemplo el área de recobros todavía existe porque se necesita para su funcionalidad, y en este momento hay un funcionario de planta.
- Que a los contratistas nunca les cancelaron prestaciones sociales.
- Que las actividades debían ser desarrolladas por la accionante, no podían delegarse.
- Que la entidad les daba oficina y los implementos e insumos para laborar, sobre todo porque se trabajaba en unos software o programas de la entidad.
- Que el subdirector de aseguramiento y el coordinador de cada área eran los que daban las órdenes y asignaban tareas específicas, y eran personas que estaban vinculados de planta a la entidad.
- Que la relación de trabajo de la accionante terminó en el 2011, pero que con ella hubo varios episodios pues ingresó en agosto de 2009, en el 2010 quedó en embarazo y después de mitad de año se enfermó y la hospitalizaron y estando hospitalizada le mandaron una

nota que le terminaban el contrato; ella después ingresó por una tutela y la volvieron a vincular y terminó en el 2011.

- Las actividades que desarrollaban el testigo y la accionante eran similares, y fueron las mismas mientras la demandante estuvo vinculada; y que el volumen de trabajo era mucho precisamente porque se trataba del sistema de salud.
- Que a veces asignaban labores diferentes a las que se habían plasmado en los contratos, y que los lunes por la mañana se hacía reunión o comité con el subdirector para analizar las tareas que tenían.

➤ **Alejandro Muñoz Álzate**

- Informó que laboró en la DTSC del 2009 al 2011.
- Que conoció a la accionante aproximadamente desde agosto de 2009 cuando ingresó a la entidad, él ya laboraba en la dirección, y fueron compañeros de trabajo.
- Señaló que en el proceso que tiene en contra de la entidad, por hechos similares al presente, la accionante está citada como testigo.
- Que las labores de la accionante tenían que ver con el recobro ante el Fosyga y el archivo.
- Que trabajaban en las mismas instalaciones pero las labores del testigo eran de auditor médico y las de la accionante tenían que ver con recobros; y aclaró que aunque compartían la misma área pero tenían funciones diferentes él podía conocer qué actividades desarrollaba la accionante porque ella llevaba las facturas que se necesitaban para el proceso de recobro y había una serie de servicios que tenían que ver con la parte médica de auditoria en salud y ella lo abordaba y le preguntaba al respecto para el concepto médico.
- Que la vinculación de la demandante con la entidad fue por prestación de servicios, y aclaró que para que ella ejecutar su labor no era autónoma ni independiente ya que estaba sujeta a órdenes e instrucciones de sus superiores, que manifestó era el coordinador del área de aseguramiento.
- Que para prestar la labor la entidad ofrecía los elementos de trabajo como escritorio, computador, archivo, y las herramientas, los cuales eran de la DTSC.
- Frente a los permisos indicó que debía realizarse la solicitud y esperar a que se le otorgara, el cual era concedido por el superior.
- Frente a la vigilancia de las labores aclaró que debía presentarse un acta de interventoría, ahí el superior determinaba si se cumplía o no con la labor.
- El horario de trabajo era de 8 a.m. a 12 p.m. y 2 a.m. a 6 p.m., y adicional a ello a veces era extendido cuando había contingencias, que se realizaban los días sábados y domingos,

y eso involucraba todas las áreas. El horario era fijado por la entidad, eran directrices propias de la institución

- Manifestó que el trabajo de la demandante era permanente porque había mucho para hacer en las tareas que desarrollaba.
- La labor de la accionante la calificó como misional, ya que es permanente, incluso aún existe.
- Para el pago señaló que había que demostrar que se habían cancelado los aportes al sistema de seguridad social, el cual se realizaba sobre un porcentaje del contrato, que era del 40%, y eso lo asumía el contratista.
- Que desconoce si le pagaron prestaciones sociales.
- Que entre la terminación de un contrato y la suscripción de otro las actividades se seguían desarrollando de manera normal, se acudía a las instalaciones, incluso en una oportunidad se presentó un lapso de un mes que luego a él le fue reconocido.
- Que la accionante no podía delegar sus funciones, debía prestar los servicios ella directamente.
- Que las órdenes se recibían de la coordinación.
- Que cuando no se cumplían las órdenes se hacían llamados de atención, pero no conoce si a la demandante se le hizo alguno por no cumplir su labor.
- Que los permisos debían solicitarse al coordinador y esperar que lo autorizara.
- Que desconoce si en todos los contratos que celebró la accionante estuvo presente la actividad de recobro.
- Que se hacían reuniones con los superiores y las diferentes áreas donde se pedían cosas, se daban instrucciones y se establecían metas.
- Que por ser contratistas todos presentaban informes de actividades.
- Que para la demandante desarrollar sus funciones, por ejemplo, de recobro, requería instrucciones constantes.

Las anteriores declaraciones son evidencia clara de que efectivamente además de la prestación personal del servicio, las labores prestadas se hicieron bajo la subordinación y dependencia del subdirector y el coordinador del área de aseguramiento de la Dirección Territorial de Salud de Caldas.

Además, considera la Sala que este elemento también se encuentra demostrado bajo las siguientes probanzas:

- El cumplimiento de órdenes

Otro de los indicios que llevó a este Juez Plural a dilucidar la existencia de una relación subordinada, es que de acuerdo a las pruebas que obran en el expediente el servicio debía cumplirse de conformidad en los horarios establecidos por la entidad para ese servicio, con sujeción a las órdenes proferidas e incluso en los mismos aplicativos que para el efecto disponía la territorial de salud.

Igualmente de las pruebas aportadas se deduce que la actora no contaba con autonomía e independencia para realizar las labores encomendadas, pues cumplía su actividad de conformidad con los lineamientos dispuestos para ello, en las instalaciones de la entidad, con el equipo que la misma disponía, y en el horario que se determinaba; y que recibía una remuneración y prestaba personalmente el servicio para el cual fue vinculada, elementos propios de la relación laboral, no de un contrato de prestación de servicios.

- Cumplimiento de horarios

Los testigos fueron claros en afirmar que la demandante tenía que cumplir con una jornada laboral que era de 8 a.m. a 12 p.m. y de 2 p.m. a 6 p.m., e incluso a veces se extendía en caso de ser necesario por asuntos coyunturales de la entidad, y cuando se hacían planes de contingencia debía laborar sábados y domingos.

Así las cosas, conforme a la documentación aportada y las declaraciones acopiadas, se puede afirmar que el vínculo contractual que ligó a la demandante con la entidad accionada trascendió más allá de lo pactado, convirtiéndose en una verdadera relación laboral, en la que estuvieron presentes sus elementos esenciales antes mencionados: prestación personal del servicio, remuneración como contraprestación, y subordinación y dependencia.

Determinada la existencia de una verdadera relación laboral, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, resulta procedente declarar la nulidad de los actos administrativos DG-100-00587 del 20 de septiembre de 2013 y DG-100-0760 del 26 de diciembre de 2013, por medio de los cuales se negó el reconocimiento de una relación laboral.

Y en consecuencia se declararán no probadas las excepciones denominadas inexistencia de la obligación por parte de la DTSC; inexistencia de la relación laboral entre las partes;

nadie está obligado a lo imposible; ejecución de contratos en aplicación de la autonomía de la voluntad; ejecución de contratos en ejercicio del principio de coordinación administrativa

Tercer Problema Jurídico

¿Le asiste derecho a la señora María Victoria Gutiérrez Castaño a que se le reconozcan, liquiden y paguen las sumas de dinero solicitadas en la demanda?

La Sala defenderá la tesis de que a la demandante le asiste derecho a que se le pague una indemnización equivalente a las prestaciones sociales devengadas por los empleados de planta durante el período en que ejerció sus labores; pero no es procedente ordenar el reintegro de las sumas de dinero canceladas por concepto de pólizas y estampillas.

Frente al restablecimiento del derecho en casos de contrato realidad, el Consejo de Estado en providencia del 15 de agosto de 2013³ fue claro al manifestar que por el hecho de reconocer la relación laboral no se le puede otorgar al demandante la calidad de empleado público.

Sin embargo, esto no obsta para que se le reconozcan a manera de indemnización las prestaciones sociales dejadas de percibir basados en los honorarios que devengó:

El fundamento según el cual el contratista que desvirtúa su situación no se convierte automáticamente en empleado público, no restringe la posibilidad de que precisamente luego de probar la subordinación se acceda a la reparación del daño, que desde luego no podrá consistir en un restablecimiento del derecho como el reintegro, ni el pago de los emolumentos dejados de percibir, pues evidentemente el cargo no existe en la planta de personal, pero sí el pago de la totalidad de las prestaciones sociales que nunca fueron sufragadas (...).

Respecto a la liquidación de la condena, encuentra la Sala, que es razonable la posición que ha venido sosteniendo la Sección Segunda al ordenar a título de reparación del daño, el pago de las prestaciones sociales, con base en los honorarios pactados en el contrato, pues en razón a la inexistencia del cargo en la planta de personal dichos emolumentos son la única forma de tasar objetivamente los perjuicios, ya que la otra forma sería asimilarlo a un empleado de condiciones parecidas

³ consejo de estado; sala de lo contencioso administrativo; sección segunda; Subsección b; consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve; Bogotá, D.C., quince (15) de agosto de dos mil trece (2013); radicación número: 18001-23-31-000-2001-00087-01(1622-12)

presentándose una situación subjetiva de la Administración para definir esta identidad, implicando reabrir la discusión al momento de ejecutar la sentencia⁴ (Líneas fuera del texto).

Para el caso *sub examine*, y en atención a lo solicitado en la demanda, se ordenará a la Dirección Territorial de Salud de Caldas reconocer y pagar a la demandante, teniendo como base los honorarios recibidos y el tiempo efectivamente laborado, las prestaciones a que un empleado de la entidad de igual categoría tendría derecho.

En atención a que una de las pretensiones de la demanda se relaciona con reconocer las sanciones a que haya lugar, debe indicarse que en el caso de la sanción moratoria sobre las cesantías no es factible su reconocimiento, como quiera que solo a partir de esta sentencia es que se está declarando la existencia de una relación laboral, y en consecuencia a partir de este momento es que surge la obligación a cargo de la administración de reconocer y pagar el aludido auxilio, tal como lo ha señalado el Consejo de Estado⁵.

En relación con el pago de la licencia de maternidad debe advertirse que al revisar el fallo de tutela proferido el día 15 de marzo de 2011 por el Tribunal Superior de Manizales – Sala Penal, se encuentra que en el literal b) del ordinal tercero de la parte resolutive se ordenó a la DTSC cancelar a la demandante la indemnización de que trata el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo y la licencia de maternidad si a ello tenía derecho, por lo que se evidencia que sobre este punto ya hay una orden emitida por una juez, por lo que no hay lugar a pronunciarse en este momento sobre este asunto.

Frente a las horas extras y el trabajo suplementario, debe advertirse que no hay posición pacífica del Consejo de Estado frente al tema.

En algunos casos el Máximo Tribunal ha optado por negar el reconocimiento de este trabajo suplementario con el argumento de que el Decreto 1042 de 1978 tiene como destinatarios a los empleados públicos, condición de la cual carece la persona que reclama la existencia de una relación laboral, sin que sea posible admitir que el contratista estuvo sujeto a la jornada ordinaria laboral prevista en el artículo 33 del mentado decreto, lo que a su juicio excluye la posibilidad de reconocimiento y pago del trabajo suplementario; sumado a que conforme al artículo 36 *ibídem* ese trabajo suplementario debe ser autorizado previamente mediante comunicación escrita en la

⁴ Consejo de Estado. Sección Segunda, Sent. del 19 de febrero de 2009. Rad. 3074-05. C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

⁵ Ver sentencia del 4 de marzo de 2010, radicado 85001-23-31-000-2003-00015-01(1413-08); sentencia del 23 de febrero de 2011, radicado 25000-23-25-000-2007-00041-01 (0260-09), C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila; sentencia del 19 de enero de 2015, radicado 47001-23-33-000-2012-00016-01(3160-13), Actor: Esteban Paternostro Andrade, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren entre otras, sentencia de fecha 6 de octubre de 2016, radicado 41001-23-33-000-2012-00041-00(3308-13), M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

cual se especifiquen las actividades que van a desarrollarse, lo cual debe demostrarse en el proceso.

En otros fallos se ha accedido a esta pretensión con fundamento en el principio de primacía de la realidad sobre las formas, siempre y cuando la parte demuestre con suficiencia el haber laborado en esa jornada extra, pues si bien no le es posible cambiar al contratista su condición ante el Estado, ello no significa que exista imposibilidad jurídica que le permita acceder al reconocimiento del trabajo suplementario.

Esta Sala acogerá la segunda postura por considerar que es más garantista para el trabajador que logra demostrar la relación laboral, sumado a que se considera que por estar el contratista vinculado mediante prestación de servicios sería difícil cumplir los requisitos del Decreto 1042 de 1978, ya que la naturaleza de la relación no haría posible que se cumplieran estas exigencias.

En relación con el trabajo suplementario, aunque los testigos manifestaron que a veces la jornada laboral se extendía más allá de las seis de la tarde, y que cuando se hacían contingencias se labora sábados y domingos, para este Tribunal ello no es suficiente para reconocer esta modalidad de trabajo.

En sentencia del Consejo de Estado – Subsección B del 21 de julio de 2016 – radicación 68001-23-33-000-2013-00216-00(1046-14) se precisó sobre el tema:

Así las cosas, la regulación normativa precitada es clara en delimitar su campo de aplicación a los empleados públicos⁶, condición de la que precisamente carece el contratista que llegare a demostrar la configuración de una verdadera relación laboral que subyace de la ejecución de contratos de prestación de servicio pero de la cual, no podrá mutar en una relación legal y reglamentaria, conforme las exigencias consagradas en los artículos 122 al 125 de la Carta Superior.

Empero, el contratista que logre demostrar los elementos sustanciales de una relación laboral bajo la égida del principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formas, si bien no le es posible cambiar su condición ante el Estado, es decir, la de un contratista, no significa ello que exista imposibilidad jurídica que le permita acceder al reconocimiento del trabajo suplementario

⁶ Decreto 1042 de 1978, “Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones.

Todo lo anterior, pone de presente un exigente ejercicio probatorio, el cual recae sobre la persona que reclama el reconocimiento y pago del trabajo suplementario. En ese sentido, rige el principio universal de que quien afirma algo, debe demostrarlo y si se trata de trabajo suplementario o en días festivos, la prueba aportada debe ser de una claridad y precisión que permita determinar las horas extras trabajadas, ya que al Juez no le está permitido hacer cálculos o suposiciones para determinar el número probable de horas extras o de días festivos en que pudo haber laborado el trabajador demandante.

Se advierte entonces que en este caso faltó actividad probatoria de la parte demandante para acreditar con suficiencia el trabajo suplementario realizado para de esta manera poder extraer datos precisos frente a unas horas extras, dominicales y festivos para que fueran reconocidas.

En cuanto al tema del reembolso de los dineros cancelados por concepto de póliza y estampillas, el Consejo de Estado⁷ ha indicado que respecto a las sumas descontadas por concepto de pólizas no es procedente la devolución, en tanto la desnaturalización de la vinculación a través de contratos de prestación de servicios no implica el reintegro de dineros que se hayan erogado para su celebración, argumento que comparte esta Sala y que además hace extensivo al reintegro de las sumas que por estampillas canceló la accionante. En consecuencia, se negará esta pretensión.

Sobre los aportes al sistema de seguridad social, también el Máximo Tribunal Administrativo en providencia del 25 de agosto de 2016⁸ estableció que:

3.5 Síntesis de la Sala. A guisa de corolario de lo que se deja consignado, respecto de las controversias relacionas con el contrato realidad, en particular en lo que concierne a la prescripción, han de tenerse en cuenta las siguientes reglas jurisprudenciales:

i) Quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, deberá reclamarlos dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual.

ii) Sin embargo, no aplica el fenómeno prescriptivo frente a los

⁷ Sección Segunda - Subsección B - 3 de septiembre de 2018 - Radicación número: 52001-23-33-000-2013-00225-01(1728-15)

⁸ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter, de fecha veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016), Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15)CE-SUJ2-005-16,

aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional y en armonía con los derechos constitucionales a la igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y los principios de in dubio pro operario, no regresividad y progresividad.

iii) Lo anterior, no implica la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal (que se busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional.

iv) Las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, también están exceptuadas de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA).

v) Tampoco resulta exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito previo para demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que al estar involucrados en este tipo de controversias (contrato realidad) derechos laborales irrenunciables (cotizaciones que repercuten en el derecho a obtener una pensión), que a su vez comportan el carácter de ciertos e indiscutibles, no son conciliables.

vi) El estudio de la prescripción en cada caso concreto será objeto de la sentencia, una vez abordada y comprobada la existencia de la relación laboral, pues el hecho de que esté concernido el derecho pensional de la persona (exactamente los aportes al sistema de seguridad social en pensiones), que por su naturaleza es imprescriptible, aquella no tiene la virtualidad de enervar la acción ni la pretensión principal (la nulidad del acto administrativo que negó la existencia del vínculo laboral).

vii) El juez contencioso-administrativo se debe pronunciar, aunque no se haya deprecado de manera expresa, respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez determinada la existencia del vínculo laboral entre el demandante y la agencia estatal accionada, sin que ello implique la adopción de una decisión extra petita, sino una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador.

De igual modo, se unifica la jurisprudencia en lo que atañe a que (i) el consecuente reconocimiento de las prestaciones por la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral y del tiempo de servicios con fines pensionales proceden a título de restablecimiento del derecho, y (ii) el

ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el maestro-contratista corresponderá a los honorarios pactados.

“...Pese a lo expuesto, la Sala aclara que la prescripción extintiva no es dable aplicar frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional, que los hace imprescriptibles, pues aquellos se causan día a día y en tal sentido se pueden solicitar en cualquier época, mientras que las prestaciones sociales y salariales, al ser pagadas por una sola vez, sí son susceptibles del mencionado fenómeno, por tener el carácter de emolumentos económicos temporales...

Quedó probado de los testimonios, además con las cláusulas de los contratos relativas a la afiliación del contratista a la seguridad social, así como de las actas de interventoría, que la parte actora debió soportar con su propio peculio los aportes al sistema de seguridad social, y conforme a la jurisprudencia antes referida los aportes a pensión son imprescriptibles.

Como según la normativa parte de esos aportes los debió cubrir el patrono en los porcentajes señalados en la ley, debe la entidad devolverle a la demandante las sumas que ella aportó y que no se encuentren prescritos; eso sí, en los porcentajes que le corresponderían al empleador, salvo interrupciones, por lo que la actora deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora.

Cuarto problema jurídico

¿Se configuró la prescripción extintiva del derecho?

La Sala es de la tesis que en el *sub lite* no se presentó prescripción de derechos en relación con los contratos de prestación de servicios, ya que no transcurrieron más de 3 años entre la fecha de finalización de los mismos y la reclamación administrativa.

El artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 consagra: *“Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible”* (subrayado Sala de Decisión). Según lo señalado en la norma, la persona tendría 3 años desde que la respectiva obligación se haya

hecho exigible para realizar el reclamo respectivo, so pena que opere el aludido fenómeno procesal.

Es de aclarar que, conforme a la jurisprudencia antes transcrita, aunque se declare la existencia de un contrato realidad se hace necesario revisar si se configuró la prescripción del derecho a reclamar las prestaciones sociales derivadas de este, y para ello debe verificarse que la reclamación ante la entidad solicitando el reconocimiento de la relación laboral se haya presentado dentro del término de tres años, contados a partir de la terminación del vínculo contractual. Pese a ello, el Consejo de Estado también ha sido claro en exceptuar de esa prescripción los aportes a pensión, en atención a la condición periódica del derecho que los hace imprescriptibles, pues aquellos se causan día a día, y en tal sentido se pueden solicitar en cualquier época.

Del recuento realizado en el cuadro consignado en lo probado dentro del proceso se observa que entre la terminación del primer contrato y la celebración del segundo transcurrieron 25 días; entre la terminación del segundo y el inicio del tercero pasaron 16 días; y entre la terminación del tercero y la iniciación del cuarto, y último, pasaron 6 meses.

Frente a los tres primeros contratos debe advertirse que se evidencia una continuidad, aunado a que los testigos fueron claros en afirmar que se seguían realizando las labores entre la finalización de un vínculo y el inicio del otro, lo que permite inferir que estos fueron ininterrumpidos.

Sin embargo, entre la finalización del tercer contrato y la iniciación del cuarto si pasó un tiempo prolongado en el que se evidencia hubo una interrupción del vínculo entre las partes.

Pese a ello, como la petición mediante la cual se solicitó el reconocimiento de la relación laboral se radicó el 30 de agosto de 2013, es claro que la misma, contabilizando 3 años hacía atrás, abarcaría no solo el último contrato celebrado (que inició el 20 de abril de 2011 y era por 6 meses), sino también los vínculos contractuales del año 2009 a 2010, pues el número 0464 finiquitó el 30 de septiembre de 2010, y como se indicó, entre los contratos 0573, 0034 y 0464 no hubo interrupción. Por ello se declarará no probada la excepción de prescripción.

Es así como en relación con todos los contratos deberán reconocerse la totalidad de prestaciones y factores salariales a los que un empleado de igual categoría tendría

derecho, además de tener la entidad que cancelar los valores que conforme a lo sostenido anteriormente debe devolver a la actora como pagos al sistema de seguridad social en el porcentaje que le correspondería al empleador.

Se declarará además que el tiempo laborado por la demandante mediante contratos de prestación de servicios, salvo sus interrupciones, se deberá computar para efectos pensionales.

Las sumas que debe cancelar la entidad serán ajustadas con sujeción a la siguiente fórmula:

$$VP = VH \frac{\text{Ind. F.}}{\text{Ind. I.}}$$

Dónde:

VP = Suma actualizada

VH = Suma a actualizar

Ind. F. = Índice de precios al consumidor vigente a la fecha de la sentencia.

Ind. I. = Índice de precios al consumidor vigente en cada uno de los meses en los que se causa el derecho.

Se aclara que por tratarse de obligaciones de tracto sucesivo, dicha fórmula debe aplicarse mes por mes, conforme el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

Conclusiones

De acuerdo a las pruebas que reposan dentro del expediente se puede inferir que en el vínculo contractual que unió a la señora María Victoria Gutiérrez Castaño y la Dirección Territorial de Salud de Caldas se configuraron los elementos propios de una relación laboral, por lo que es procedente declarar la nulidad de los oficios DG-100-00587 del 20 de septiembre de 2013 y DG-100-0760 del 26 de diciembre de 2013 y reconocer todos los derechos que de una relación laboral se derivan por el periodo de tiempo que duraron los mismos, pero sin que haya lugar a la devolución de los dineros que por concepto de pólizas y estampillas se cancelaron al momento de celebrar los contratos.

Costas

Conforme al artículo 188 del CPACA, en el presente asunto no se condenará en costas, en atención a que las pretensiones prosperaron parcialmente.

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: DECLÁRESE NO PROBADAS las excepciones denominadas inexistencia de la obligación por parte de la DTSC; inexistencia de la relación laboral entre las partes; nadie está obligado a lo imposible; ejecución de contratos en aplicación de la autonomía de la voluntad; ejecución de contratos en ejercicio del principio de coordinación administrativa y prescripción del derecho, formuladas por **DIRECCIÓN TERRITORIAL DE SALUD DE CALDAS**, según lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: DECLÁRESE la nulidad oficios DG-100-00587 del 20 de septiembre de 2013 y DG-100-0760 del 26 de diciembre de 2013, por medio de los cuales la entidad accionada negó la relación laboral.

TERCERO: A TÍTULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO CONDÉNASE a **LA DIRECCIÓN TERRITORIAL DE SALUD DE CALDAS** a pagar a la señora **MARÍA VICTORIA GUTIÉRREZ CASTAÑO** todas las prestaciones y factores salariales a los que un empleado de igual categoría tendría derecho, tomando como base el valor de los honorarios pactados en los contratos de prestación de servicios, por el periodo de tiempo que duraron los mismos.

Además, deberá devolver a la actora los valores que ella aportó al sistema de seguridad social en el porcentaje que le correspondería al empleador y que fueran asumidos inicialmente por la demandante en el periodo que duraron los contratos de prestación de servicios, salvo las interrupciones; por lo que la demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora.

Se declarará además que el tiempo laborado por la demandante mediante contrato de

prestación de servicios, salvo las interrupciones, se debe computar para efectos pensionales.

Los valores a pagar deberán ser reajustados conforme a la fórmula señalada en la parte considerativa de esta providencia

CUARTO: NEGAR las demás pretensiones.

QUINTO: SIN COSTAS por lo brevemente expuesto.

SEXTO: La demandada deberá dar cumplimiento de la sentencia en los términos señalados en el artículo 192 del CPACA.

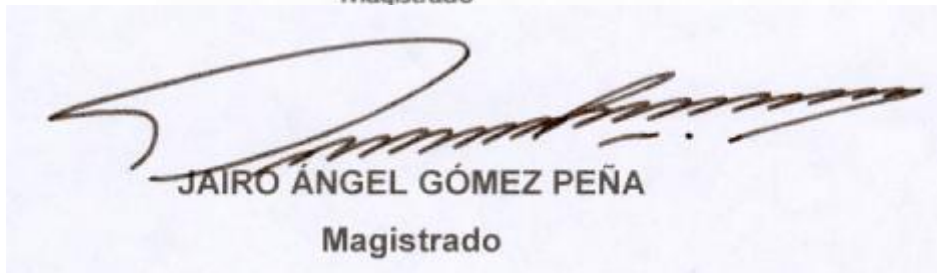
SÉPTIMO: Ejecutoriada esta providencia, **LIQUÍDENSE** los gastos del proceso, **DEVUÉLVANSE** los remanentes si los hubiere, y **ARCHÍVESE** el proceso, previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

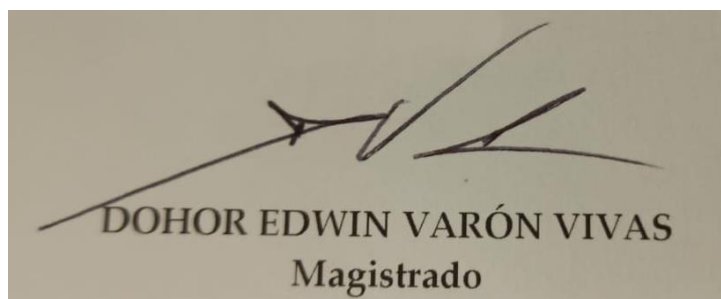
Sentencia proferida en Sala de Decisión Virtual realizada el 9 de julio de 2020, conforme Acta n° 30 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
Magistrado



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la partes por Estado Electrónico No. 082 de fecha 13 de julio de 2020. Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico. Manizales, _____

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA Secretario

CONSTANCIA SECRETARIAL: CONSTANCIA SECRETARIAL:

Manizales, diez (10) de julio de dos mil veinte (2020)

Informando al señor Magistrado que se encuentra pendiente la admisión del recurso de apelación, pasa a despacho para resolver lo pertinente.

Consta de 2 cuadernos



HECTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

Radicado: 17001-33-33 -001-2018-00252-02

Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho

Demandante: Luis de la Cruz Álvarez Iral

Demandado: Nación Ministerio de Educación - Fomag.

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

A.I. 137

Manizales, diez (10) de julio de dos mil veinte (2020)

Revisada la actuación de primera instancia para los efectos de la admisión de los recursos de apelación interpuestos, el Despacho observa que fueron presentados dentro del término oportuno, y que fueron sustentados los motivos de inconformidad ante el Juez que profirió la decisión (fls. 117 a 120, C.1). Que se realizó la audiencia de conciliación que se estableció en el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), a la que efectivamente asistió el apelante.

Así, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA, **ADMITESE** el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida el 25 de septiembre de 2019 por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, que accedió a las pretensiones de la demanda en el proceso de la referencia (fls. 98 a 110 C.1).

Vencido el término de ejecutoria de la admisión del recurso, y en caso de que no exista solicitud de pruebas por practicar en segunda instancia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 247 numeral 4 del CPACA, modificado por el artículo 623 del Código General del Proceso, considerando innecesario citar a audiencia de

Radicado: 17001-33-33 -001-2018-00252-02

alegaciones y juzgamiento, **CORRASE** 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.

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 intervinientes 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: sgtadminclad@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 <u>NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO</u> No. 82 FECHA: 13 de julio de 2020  HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA Secretario

CONSTANCIA SECRETARIAL: CONSTANCIA SECRETARIAL:

Manizales, diez (10) de julio de dos mil veinte (2020)

Informando al señor Magistrado que se encuentra pendiente la admisión del recurso de apelación, pasa a despacho para resolver lo pertinente.

Consta de 2 cuadernos



HECTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

Radicado: 17001-33-33-001-2018-00260-02

Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho

Demandante: María Cristina Gómez Vanegas

Demandado: La Nación Ministerio de Educación - Fomag

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

A.I. 136

Manizales, diez (10) de julio de dos mil veinte (2020)

Revisada la actuación de primera instancia para los efectos de la admisión de los recursos de apelación interpuestos, el Despacho observa que fueron presentados dentro del término oportuno, y que fueron sustentados los motivos de inconformidad ante el Juez que profirió la decisión (fls. 75 a 81, C.1). Que se realizó la audiencia de conciliación que se estableció en el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), a la que efectivamente asistió el apelante.

Así, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA, **ADMITESE** el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida el 24 de septiembre de 2019 por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, que accedió a las pretensiones de la demanda en el proceso de la referencia (fls. 49 a 66 C.1).

Vencido el término de ejecutoria de la admisión del recurso, y en caso de que no exista solicitud de pruebas por practicar en segunda instancia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 247 numeral 4 del CPACA, modificado por el artículo 623 del Código General del Proceso, considerando innecesario citar a audiencia de

Radicado: 17001-33-33-001-2018-00260-02

alegaciones y juzgamiento, **CORRASE** 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.

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 intervinientes 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: sgtadminclad@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 <u>NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO</u> No. 82 FECHA: 13 de julio de 2020  HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA Secretario

CONSTANCIA SECRETARIAL: CONSTANCIA SECRETARIAL:

Manizales, diez (10) de julio de dos mil veinte (2020)

Informando al señor Magistrado que se encuentra pendiente la admisión del recurso de apelación, pasa a despacho para resolver lo pertinente.

Consta de 4 cuadernos



HECTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

Radicado: 17001-33-33-002-2014-00563-02
Medio de Control: Reparación Directa
Demandante: Luz Adriana López Vásquez
Demandado: Fiscalía General de la Nación

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

A.I. 135

Manizales, diez (10) de julio de dos mil veinte (2020)

Revisada la actuación de primera instancia para los efectos de la admisión de los recursos de apelación interpuestos, el Despacho observa que fueron presentados dentro del término oportuno, y que fueron sustentados los motivos de inconformidad ante el Juez que profirió la decisión (fls. 253 as 256 y 258 a 270 C.1-A). Que se realizó la audiencia de conciliación que se estableció en el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), a la que efectivamente asistió el apelante.

Así, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA, **ADMITESE** el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida el 27 de junio de 2019 por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, que accedió a las pretensiones de la demanda en el proceso de la referencia (fls. 237 a 251 y 258 a 257 C.1-A)

Vencido el término de ejecutoria de la admisión del recurso, y en caso de que no exista solicitud de pruebas por practicar en segunda instancia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 247 numeral 4 del CPACA, modificado por el artículo 623 del Código General del Proceso, considerando innecesario citar a audiencia de

Radicado: 17001-33-33-002-2014-00563-02

alegaciones y juzgamiento, **CORRASE** 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.

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 intervinientes 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: sgtadminclad@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 <u>NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO</u> No. 82 FECHA: 13 de julio de 2020  HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA PRIMERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, nueve (9)) de julio de dos mil veinte (2020).

RADICADO	17001-33-33-003-2016-00258-02
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	TERESA DEL CARMEN GARCÍA RAMÍREZ y NATALIA GÓMEZ GARCÍA
DEMANDADO	UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP

Procede la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas a dictar sentencia de segunda instancia con ocasión al recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el fallo que negó pretensiones, proferido por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales el día 30 de enero de 2019, dentro del proceso de la referencia.

PRETENSIONES

Se suplica por la parte que se hagan los siguientes pronunciamientos:

1. Que se declare la nulidad de las Resolución nro. RDP 001285 del 19 de enero de 2016 por medio de la cual se desconoció y negó la reliquidación de la pensión de la accionante con inclusión de todos los factores salariales homologados correspondientes a la pensión de jubilación sustituida a la demandante.

2. Que se declare la nulidad de la Resolución nro. RDP 016674 del 25 de abril de 2016, por medio de la cual se resolvió un recurso de apelación y se confirmó la Resolución RDP 001285 del 19 de enero de 2016.

3. Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, se declare que la actora tiene pleno derecho a que la UGPP le reconozca y ordene pagar su pensión en cuantía de \$1.203.756,50 efectiva a partir del 8 de agosto de 2006, fecha de retiro del servicio oficial del causante señor Adain Darío Gómez Villa, con los reajustes pensionales decretados en las Leyes 4 de 1976 y 71 de 1988.

4. Se condene a la accionada a pagar una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% de la totalidad de los factores de salario devengados y pagados con ocasión de la homologación y nivelación a la planta de cargos del Departamento de Caldas en el año inmediatamente anterior a la fecha de retiro del servicio oficial del causante, o sea, \$1.203.756,50 conforme al régimen ordinario aplicable a los empleados del sector público, Leyes 33/85, 62/85, 71/88 y las demás normas concordantes, por aplicación del principio de favorabilidad para el trabajador pues el causante consolidó más de 15 años de servicios con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, por lo que se hace beneficiario del régimen de transición.

5. Se ordene liquidar y pagar a favor de la demandante la totalidad de las diferencias entre lo que se ha venido cancelando en virtud de la Resolución nro. 16537 del 1 de septiembre de 2003 y la sentencia que ponga fin al proceso, a partir de la fecha de retiro del servicio del causante hasta el momento de inclusión en nómina con la totalidad de los factores salariales de: asignación básica, prima de alimentación, prima técnica, prima de vacaciones, prima de navidad, bonificación por servicios y prima de servicios, además de aquellos que no se tuvieron en cuenta en las resoluciones mencionadas.

6. Que se condene a la accionada a pagar a la parte demandante sobre las mesadas ya reconocidas y canceladas en virtud de la Resolución nro. 16537 del 1 de septiembre de 2003, las sumas necesarias para hacer los ajustes de valor, conforme al IPC o al por mayor.
7. Que se ordene a la entidad demandada dar cumplimiento al fallo en los términos previstos en el inciso segundo del artículo 192 del CCA; igualmente que en virtud de la voluntad contemplada en el poder conferido se haga entrega de los dineros al apoderado.
8. Que se condene a la accionada a pagar los intereses moratorios, conforme lo ordenado en el inciso tercero del artículo 192 del CCA.
9. Que se condene en costas a la UGPP.
10. Que en el fallo que acceda a pretensiones, se ordene expedir al apoderado primera copia que preste mérito ejecutivo, así como copia auténtica con constancia de ejecutoria.
11. Que una vez quede en firme el fallo que acceda a pretensiones, al momento de comunicar a la entidad accionada, se le remita copia auténtica con fecha exacta de la constancia de ejecutoria.

HECHOS

En resumen, los siguientes son los fundamentos fácticos de las pretensiones:

- ✓ El señor Adain Darío Gómez Villa prestó sus servicios al Estado como auxiliar de servicios generales en la Institución Educativa de Anserma – Caldas por más de 20 años.

- ✓ Para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 el causante contaba con más de 15 años de servicios, por lo que era beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la norma mencionada.
- ✓ Cajanal le reconoció y pagó una pensión vitalicia de jubilación conforme a las Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994 mediante Resolución nro. 16537 del 1 de septiembre de 2003, en cuantía de \$309.000 efectiva a partir del 1° de septiembre de 2002, condicionada al retiro definitivo del servicio.
- ✓ El causante siguió laborando hasta el 8 de agosto de 2006, y falleció el 17 de marzo de 2013.
- ✓ A través de Resolución nro. 1798-6 del 22 de marzo de 2013, aclarada con Resolución nro. 4058-6 del 19 de junio de 2013, se ordenó cancelar unos dineros por concepto de homologación y nivelación salarial al señor Gómez Villa.
- ✓ La actora solicitó a la UGPP la reliquidación de la pensión post-mortem, la cual fue resuelta con Resolución RDP 001285 del 19 de enero de 2016 de manera negativa; decisión que fue confirmada con Resolución nro. RDP 016674 del 25 de abril de 2016.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Constitución Política: artículos 2, 6, 25, 53 y 58; Código Civil: artículo 10; Ley 57/87; Ley 1437 de 2011: artículo 138; Ley 100 de 1993: inciso 2 del artículo 36; Ley 33 de 1985; Ley 62 de 1985; Ley 4 de 1966; Decreto 1743 de 1966: artículo 4; Decreto 3135 de 1968; Ley 5 de 1969 y Ley 71 de 1988.

Señaló que la entidad actora desconoció las normas enunciadas toda vez que no reconoció la pensión de jubilación teniendo en cuenta los nuevos valores de los

factores salariales incluidos en el IBL en virtud de la homologación y nivelación salarial de la que fue objeto el causante de la prestación periódica.

Para apoyar su tesis transcribió apartes jurisprudenciales conforme a los cuales es procedente la reliquidación pensional con la inclusión de todos los factores devengados en el último año de servicios.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La UGPP en el escrito de contestación, tras aceptar unos hechos como ciertos de acuerdo a las resoluciones expedidas por la entidad, se opuso a la prosperidad de las pretensiones.

Propuso como excepciones:

- **Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido:** adujo que la entidad no tiene obligación de reconocer a las demandantes la reliquidación de su pensión de sobrevivientes con inclusión de todos los factores salariales devengados por el causante en el último año de servicios, y teniendo en cuenta la homologación y nivelación salarial, pues al causante se le reconoció su pensión de conformidad con el régimen de transición, es decir, con la Ley 33 de 1985 pero solamente en relación con la edad, el tiempo de servicios y el monto, este último concepto entendido como la tasa de reemplazo a aplicar, ya que la liquidación se debía calcular con base en los preceptuado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto es, con el promedio de los 10 últimos años, tal como lo ha determinado la Corte Constitucional en la sentencia C-168 de 1995.

Precisó que la sentencia C-258 de 2013 frente a la aplicación del régimen de transición para los beneficiarios de la Ley 4 de 1992 concluyó que en lo relativo al ingreso base de liquidación el régimen de transición no estableció beneficio alguno, y por tanto debía acudirse a las normas que regulaban el asunto en la Ley

100 de 1993; aunado a esto adujo que solo es posible incluir en el cálculo de la prestación los factores salariales que tengan el carácter de remuneratorios y sobre los cuales se haya cotizado al sistema.

Sostuvo que la Corte Constitucional además ha sido enfática en que las autoridades administrativas deben aplicar la interpretación que más se ajuste a la Constitución y la ley, y por ello aduce que la UGPP se aparta del precedente del Consejo de Estado sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no solo por el desarrollo jurisprudencial que ha realizado la Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia, sino también por cuanto el artículo 102 de la Ley 1437 de 2011 al ordenar la extensión de la jurisprudencia por parte de las autoridades administrativas a terceros contempló la posibilidad fáctica de que el operador administrativo niegue la petición que en este sentido sea elevada.

Agregó que, aunque el artículo 10 del CPACA imprimió la obligatoriedad de atender las sentencias de unificación del Consejo de Estado al momento de resolver casos con idénticos aspectos fácticos y jurídicos, la Corte Constitucional en sentencia C-634 de 2011 indicó que sus precedentes jurisprudenciales deben atenderse de manera preferente.

Señaló que la sentencia SU-230 de 2015 encontró que la sentencia C-258 de 2013 fijó una interpretación abstracta del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y por ello concluyó que el ingreso base de liquidación no es un aspecto de la transición y que son las reglas contenidas en la Ley 100 las que deben observarse para determinar el monto de la pensión con independencia del régimen al que la persona pertenezca.

Precisó además que mediante auto A-326 de 2014 que resolvió la nulidad de la sentencia T-078 del mismo año, la Sala reafirmó la interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establecida en el fallo C-258 de 2013, en el que por primera vez se analizó el tema atinente al IBL en el sentido de que la manera de

promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior en razón a lo ya explicado sobre el régimen de transición.

Sostuvo que las recientes sentencias de tutela dictadas por la Sección Quinta del Consejo de Estado el 17 de noviembre de 2016 y 15 de diciembre de 2016 ratifican una vez más el alcance preferente y vinculante de los precedentes de la Corte Constitucional sobre las reglas de liquidación de pensiones de personas cubiertas por el régimen de transición, máxime la sentencia SU-230 de 2015 la cual indica es de aplicación inmediata, luego no solo cubre las demandas presentadas con posterioridad a la fecha de expedición de la mentada providencia sino también las demandas presentadas y falladas con anterioridad.

- **Irretroactividad:** señaló que la parte actora pretende se reliquide la pensión reconocida al causante teniendo en cuenta la homologación y nivelación salarial realizada en el Departamento de Caldas en el año 2012, o sea que se aplique con retroactividad un acto generado por el empleador en el que nada tuvo que ver la entidad, y que se produjo nueve años después de reconocer el derecho pensional con base en lo legalmente cotizado al sistema.

- **Prescripción:** sin que implique aceptación de las pretensiones solicitó que se declare la prescripción prevista para las acciones laborales y prestaciones periódicas contempladas en el Decreto 1848 de 1969 reglamentario del Decreto 3135 de 1968, y en el artículo 488 del CST y 151 del CPT.

- **Genérica:** instó a que se declare de oficio cualquier otra excepción que resulte probada.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia que data del 30 de enero de 2019, negó pretensiones, tras plantearse como problema jurídico cuál era el monto de la pensión de vejez en aquellos casos de aplicación del régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993; cuáles eran los factores salariales que debían tenerse en cuenta en la liquidación de la pensión de vejez de la demandante; y finalmente si en caso de accederse a las pretensiones de la demanda se había configurado la prescripción.

Para resolver el meollo del asunto citó el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, así como la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2018, y al descender al caso concreto adujo que al señor Adain Darío Gómez Villa se le reconoció la pensión de vejez con la inclusión del sueldo mensual y la bonificación por servicios prestados, y que de conformidad con la sentencia del Máximo Tribunal Administrativo las demandantes no tenían derecho a la reliquidación de su pensión con inclusión de factores salariales adicionales a los ya reconocidos, máxime cuando el IBL de su pensión se calculó de conformidad con el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

Por ello, declaró probada la excepción de “inexistencia de la obligación y cobro de lo debido” propuesta por la UGPP, y en consecuencia negó pretensiones sin condenar en costas a la parte actora en tanto hubo un cambio de precedente jurisprudencial sobre el tema.

Se plasmó en la parte resolutive:

PRIMERO: DECLARAR FUNDADA la excepción de “inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido” propuesta por la entidad demandada conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda dentro del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO instaurado por las señoras NATALIA GÓMEZ GARCÍA Y TERESA DEL CARMEN GARCÍA RAMÍREZ en contra de UNIDAD

*ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y
CONTRIBUCIONES PARAFISCALES (UGPP).*

TERCERO: SIN COSTAS, por lo considerado.

*CUARTO: NOTIFÍQUESE esta sentencia conforme lo
dispone el artículo 203 del CPACA.*

*QUINTO: Expídanse a costa de la parte interesada, las
copias auténticas que sean solicitadas, con
observancia de los parámetros legales establecidos en
el artículo 114 del Código General del Proceso.*

(...)

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante apeló la sentencia de primera instancia a través de memorial que reposa de folios 200 a 204 del expediente.

Hizo alusión a la inaplicabilidad de la jurisprudencia retroactivamente y más en asuntos en los que se ventilen derechos laborales adquiridos según lo dispuesto en los artículos 25 y 53 de la Constitución Política y en el Código Sustantivo del Trabajo, y en tal sentido aseguró que acudir a una sentencia proferida incluso después de presentada la demanda era ir en contravía de lo que el órgano de cierre de la jurisdicción administrativa había sentado como precedente, y por ello la providencia de unificación del 28 de agosto de 2018, referenciada en la sentencia de primera instancia, no podía aplicarse al presente proceso.

En cuanto a la interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 realizada por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado adujo que de manera tajante desconocen que el régimen de transición nunca determinó que se aplicara parte de la transición en beneficio de los pensionados y parte en contra, como asombrosamente lo están haciendo, ya que la filosofía legislativa es permitir que se aplique la norma anterior a las personas destinatarias de la misma.

Que si se atiende lo ordenado en la sentencia de unificación en este caso no se debieron negar pretensiones, ya que, si según la providencia del Máximo Tribunal

Administrativo no había lugar a incluir la totalidad de los factores percibidos en el año de retiro, la sentencia sí debió ordenar la reliquidación de la pensión con el promedio de los factores devengados en los últimos 10 años de servicio o todo el tiempo cotizado.

Respecto a la inclusión de factores salariales citó sentencia del Consejo de Estado radicado 2006-07509 para concluir que la pensión debe liquidarse con la totalidad de factores salariales devengados en el último año de servicios ya que la Ley 33 de 1985 no enuncia en forma taxativa los rubros a incorporar en el IBL sino que estos están enunciados y no impiden la inclusión de otros.

Frente a los descuentos de los aportes a pensión manifestó que el causante está cubierto por la transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y por ello debe aplicarse de manera integral la Ley 33 de 1985 que le da derecho a una pensión equivalente al 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios; y dejó claro que el descuento sobre esos nuevos factores a incluir en el IBL no deben hacerse por toda la vida laboral del trabajador sino por el último año, ya que la Ley 33 no lo consagra así como sí lo hace la ley 100 de 1993; sumado a que el derecho pensional no está en discusión sino solamente el reajuste, pues si no se hubieran hecho aportes no se hubiera podido reconocer la pensión, y también porque el Estatuto Tributario en su artículo 817 dispuso la prescripción de la acción de cobro de las obligaciones parafiscales.

Pidió entonces se revoque en su totalidad la sentencia de primera instancia y en consecuencia se acceda a pretensiones ordenando el reajuste de la pensión de la demandante con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios en los términos de la Leyes 33 y 62 de 1985; y que los descuentos que se ordene realizar sobre los nuevos rubros a incluir en el IBL se realicen solo por el último año de servicios; pero que en caso de que se ordene sea por toda la vida laboral de la demandante se aplique la prescripción y además se aclare que por principio de favorabilidad esos descuentos no pueden ser

superiores a los retroactivos generados como consecuencia de la reliquidación pensional, o en su defecto, en caso de no cubrirse la deuda con los retroactivos, se efectúen una serie de descuentos mensuales hasta completar el capital adeudado.

De manera subsidiaria instó a que, en caso de aplicar la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2018, se ordene la reliquidación de la prestación conforme se ordena allí, es decir, con el promedio de los devengado en los 10 últimos años de servicios.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante: Reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

Parte demandada: Insistió en que por estar el causante cubierto por el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no es posible reliquidar la pensión en los términos solicitados en la demanda, según jurisprudencia de la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y el Tribunal Administrativo de Caldas.

MINISTERIO PÚBLICO

No presentó concepto.

CONSIDERACIONES

No se observa alguna irregularidad en lo adelantado en el proceso que pueda dar lugar a declarar una nulidad, y por ello procede la Sala a resolver de fondo la litis.

Problemas jurídicos

1. ¿A raíz de las sentencias proferidas sobre la interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, especialmente la de unificación del Consejo de Estado el 28 de agosto de 2018, cómo se determina el IBL para liquidar la pensión de las personas beneficiarias del régimen de transición establecido en la norma en comento, que presentaron sus demandas antes de la expedición de la providencia mencionada?
2. ¿Tienen derecho Natalia Gómez García y Teresa del Carmen García Ramírez a que se reliquide su pensión de sobrevivientes con el promedio del salario devengado en el último año de servicios por el causante de la prestación, señor Adain Darío Gómez Villa?
3. ¿Qué factores salariales se deben tener en cuenta para conformar el ingreso base de liquidación de la pensión; especialmente se deben tener en cuenta los ingresos recibidos por concepto de homologación y nivelación salarial?
4. ¿Hay prescripción trienal de las mesadas pensionales?

Lo probado en el proceso

- Mediante Resolución nro. 16537 del 1 de septiembre de 2003 Cajanal reconoció al señor Adain Darío Gómez Villa una pensión vitalicia por vejez en cuantía de \$309.000 efectiva a partir del 1 de septiembre de 2002 pero condicionada al retiro definitivo del servicio. Para conformar el IBL se tuvo en cuenta el promedio de lo devengado en los últimos 8 años y 5 meses conforme el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y los factores salariales de asignación básica y bonificación por servicios prestados (fol. 8 y 9 C.1).
- Que según certificado expedido por la Unidad Administrativa y Financiera de la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, el señor Adain Darío Gómez Villa laboró hasta el 8 de agosto de 2006, y devengó en el último año de servicios

asignación mensual, prima de alimentación mensual, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de vacaciones, prima de navidad y prima técnica del 50% por evaluación del desempeño (fol. 36).

- Mediante Resolución nro. 1798-6 del 22 de marzo de 2013 se reconoció y ordenó un pago por concepto de homologación y nivelación salarial al señor Adain Darío Gómez Villa. Acto administrativo que fue aclarado a través de Resolución nro. 4058-6 del 19 de junio de 2013 (fol. 27 a 33).

- Según los considerandos de la Resolución nro. RDP 029637 del 28 de junio de 2013, el señor Adain Darío Gómez Villa falleció el 17 de marzo de 2013 (fol. 79 vuelto C.2).

- Mediante Resolución RDP 029637 del 28 de junio de 2013 se negó una pensión de sobrevivientes a Natalia Gómez García y Teresa del Carmen García Ramírez, decisión que a través de Resolución RDP 038206 del 20 de agosto de 2013, que resolvió un recurso de reposición, se revocó. En consecuencia, se reconoció una pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del señor Gómez Villa a Teresa del Carmen García Ramírez, en calidad de cónyuge, en un 50%, y a Natalia Gómez García, en calidad de hija, en otro 50%, a partir del 18 de marzo de 2013 (fol. 79 y 80 C.2, y 12 a 16 C.1).

- El 23 de noviembre de 2015 las beneficiarias de la pensión de sobrevivientes radicaron derecho de petición a través del cual solicitaron a la UGPP la reliquidación de la prestación periódica con la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios por el señor Gómez Villa, así como el reajuste de los mismos con los nuevos valores producto de la homologación y nivelación salarial (fol. 37 a 40).

- A través de Resolución nro. RDP 001285 del 19 de enero de 2016 se negó la reliquidación de una pensión de sobrevivientes, decisión que fue confirmada con Resolución RDP 016674 del 25 de abril de 2016 que desató el recurso de apelación (fol. 17 a 26).

Primer problema jurídico

¿A raíz de las sentencias proferidas sobre la interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, especialmente la de unificación del Consejo de Estado el 28 de agosto de 2018, cómo se determina el IBL para liquidar la pensión de las personas beneficiarias del régimen de transición establecido en la norma en comento, que presentaron sus demandas antes de la expedición de la providencia mencionada?

Tesis: El IBL que se tiene en cuenta para liquidar la pensión de las personas beneficiarias de la transición de la Ley 100 de 1993, como es el caso del señor Adain Darío Gómez Villa, se determina conforme lo señala el artículo 21 y el inciso 3 del artículo 36 de la ley en comento, según el caso, ya que la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2018 dispuso que el fallo se aplicaba de forma retrospectiva a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias.

Marco jurisprudencial

Respecto al ingreso base de liquidación que se debe tener en cuenta para liquidar la pensión de las personas beneficiarias del régimen de transición se presentó en el pasado una controversia entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

I. El Consejo de Estado con algunas variables expuso desde la expedición de la Ley 100 de 1993 lo que finalmente determinó en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 (número interno 0112-09), esto es, que las personas que reunían los requisitos de transición de esta ley tenían el beneficio de que para su pensión la edad, tiempo de semanas cotizadas y el monto de la misma se determinara conforme a la ley anterior, Leyes 33 y 62 de 1985.

Además señaló que el término monto incluía no solo la tasa de remplazo sino además la base sobre la cual se aplicaba esta, y que los factores salariales a tener en cuenta no eran únicamente los expresamente señalados en la ley sino todos los que fueron devengados en el último año de servicios y que hayan sido recibidos de manera habitual y periódica como contraprestación, sea que sobre ellos se hubiere cotizado o no, pues en este último caso se autorizaba a las cajas correspondientes para que del mayor valor determinado se descontara lo que correspondía por aportes al sistema.

II. Mediante sentencia C-258 de 2013¹ la Corte Constitucional al estudiar la constitucionalidad del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, que regula el régimen pensional para congresistas, al paso que declaró inexecutable las expresiones *"durante el último año y por todo concepto"* y *"se aumentarán en el mismo porcentaje en que se reajuste el salario mínimo legal"* contenidas en el primer inciso de ese artículo, frente a cómo se determinaría en consecuencia el IBL para estas personas señaló:

4.3.6.3. Sobre el Ingreso Base de Liquidación

(...)

Para el efecto, la Corte acudirá a la regla general de Ingreso Base de Liquidación prevista en los artículos 21 y 36 de la Ley 100. En efecto, el artículo 36 estableció dos reglas específicas en la materia: (i) para quienes el 1º de abril de 1994, les faltara menos de 10 años para pensionarse, el IBL sería (a) "el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta" para reunir los requisitos para causar el derecho a la pensión, o (b) el promedio de lo "cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE". (ii) En los demás casos, es decir, en la hipótesis de las personas a quienes el 1º de abril de 1994 les faltaban más de 10 años para reunir los requisitos de causación de la pensión, a falta de regla

¹ Corte Constitucional. Sala Plena. M.P Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub 7 de mayo de 2013.

especial en el artículo 36 y teniendo en cuenta que el inciso segundo ibídem solamente ordena la aplicación ultractiva de las reglas de los regímenes especiales sobre edad, tiempo de cotización o servicios prestados, y tasa de reemplazo, se les debe aplicar la regla general del artículo 21 de la Ley 100 (...).

Como consecuencia de esta sentencia para la pensión de los congresistas el IBL se determinaría conforme lo señala el artículo 21 y el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, según el caso.

III. Posteriormente la Corte Constitucional en sentencia SU-230 de 2015 dispuso:

Para la Corte Suprema de Justicia el “monto” de la pensión sólo hace referencia al porcentaje (75%); pero el ingreso base de liquidación que se debe tener en cuenta es el que consagra el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993; es decir, el promedio de los salarios devengados que sirvieron de base para los aportes durante los últimos 10 años.

En reiterados pronunciamientos este tribunal de la jurisdicción ordinaria, ha sosteniendo que el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 conservó para sus beneficiarios la aplicación de la normativa anterior en lo relativo a edad, tiempo de servicios y “monto” de la prestación, pero no en lo relacionado con el “ingreso base de liquidación”, el cual está sometido a la definición consagrada en el inciso 3º del artículo 36 de la citada ley. Para esa corporación el “monto” solo se refiere al porcentaje de la base salarial, sin que esta haga parte integrante de aquel, por lo menos en lo que al régimen de transición se refiere, razón por la cual han precisado que se trata de dos nociones distintas e independientes.

En esta providencia la Corte Constitucional extendió lo manifestado en la sentencia C-258 de 2013 a los beneficiarios del régimen de transición, y reiteró las consideraciones allí expuestas relacionadas con el ingreso base de liquidación. Así mismo interpretó lo que a su juicio se debe entender por la expresión “monto” y

señaló que se refiere únicamente a la tasa de remplazo y que no incluye el IBL, el cual se deberá determinar conforme lo señala la Ley 100 de 1993.

IV. El Consejo de Estado por su parte en este interregno expidió sentencias como la de unificación de la Sección Segunda, Consejero Ponente Gerardo Arenas Monsalve, del 25 de febrero de 2016, radicación 25000-23-42-000-2013-01541-01, en la cual reiteró lo consignado en la providencia del 4 de agosto de 2010 sobre la interpretación de la Ley 33 de 1985, y planteó argumentos jurídicos en los cuales debatía los postulados expuestos por la Corte Constitucional en las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015.

Por su parte la Corte Constitucional, entre otras, con las sentencias sentencia SU-427 de 2016 y la SU-395 del 22 de junio de 2017 mantuvo su posición, y exigió que esta interpretación se tuviera en cuenta como precedente obligatorio.

V. Finalmente, el Consejo de Estado en sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de fecha 28 de agosto de 2018, expediente 52001-23-33-000-2012-00143-01, unificó el tema de la siguiente manera:

***Fijación de la Regla Jurisprudencial sobre el IBL en el
régimen de transición***

92. De acuerdo con lo expuesto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo sienta la siguiente regla jurisprudencial:

“El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985”.

93. Para este grupo de beneficiarios del régimen de transición y para efectos de liquidar el IBL como quedó planteado anteriormente, el Consejo de Estado fija las siguientes subreglas:

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

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

(...)

96. La segunda subregla es que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.

97. Esta subregla se sustenta en el artículo 1° de la Constitución Política que consagra el principio de solidaridad como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho.

98. El artículo 48 constitucional define la Seguridad Social como "un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley". El legislador (artículo 2 de la Ley 100 de 1993) explica este principio como "[...] la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil".

99. La interpretación de la norma que más se ajusta al artículo 48 constitucional es aquella según la cual en el régimen general de pensiones, previsto en la Ley 33 de 1985, solo los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional.

100. De conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adiciona el artículo 48, para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio y las semanas de cotización. Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.

101. A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicio, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social. La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones "salario" y "factor salarial", bajo el entendido que "constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios" con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; sin embargo, para esta Sala, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.

102. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo considera que el tomar en cuenta solo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe el Estado,

en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia.

103. Por el contrario, con esta interpretación (i) se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; (ii) se respeta la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema.

De la anterior sentencia de unificación se puede extractar:

- Que el régimen de transición contemplado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 cobija únicamente la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión estipulado en la ley anterior.

- Que la expresión "monto de la pensión" hace referencia únicamente al porcentaje o tasa de remplazo aplicable al IBL, y, por tanto, a las personas cobijadas por el régimen de transición se les debe liquidar su pensión con el IBL en la forma señalada en el artículo 21 y/o inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

-Que deben tenerse en cuenta para la liquidación de la pensión solamente los factores salariales sobre los cuales se hubieren realizado las cotizaciones respectivas.

El Tribunal Administrativo de Caldas acoge los precedentes tanto de la Corte Constitucional como el ahora expuesto en la sentencia de unificación de la Sala Plena del Consejo de Estado de fecha 28 de agosto de 2018, que incluso sobre los efectos de este fallo dispuso lo siguiente:

Efectos de la presente decisión

113. El artículo 237, ordinal 1, de la Constitución Política consagra como una de las atribuciones del Consejo de

Estado el desempeñar las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo. En este sentido, la jurisprudencia que profiere este órgano de cierre es vinculante para resolver los conflictos cuya competencia está atribuida a esta jurisdicción, por la Constitución y la Ley.

114. La Corte Constitucional, en sentencia C-816 de 2011, estableció que las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura -autoridades de cierre de las correspondientes jurisdicciones- y la Corte Constitucional - como guardiana de la Constitución -, tienen valor vinculante por emanar de órganos diseñados para la unificación de la jurisprudencia, y en virtud de los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica previstos en los artículos 13 y 83 de la Constitución Política³⁶. Por lo tanto, su contenido y la regla o norma jurídica que exponen, tienen características de permanencia, identidad y carácter vinculante y obligatorio.

115. La Sala Plena de esta Corporación, por regla general, ha dado aplicación al precedente en forma retrospectiva, método al que se acudirá en esta sentencia, disponiendo que las reglas jurisprudenciales que se fijaron en este pronunciamiento se aplican a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.

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

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

118. Como uno de los efectos de esta decisión comprende los procesos administrativos en curso, la Sala solicita de manera imperiosa a las entidades administradoras de pensiones del Régimen de Prima Media con Prestación Definida que, al momento de efectuar el reconocimiento de la pensión, expliquen precisa, completa y detalladamente cada uno de los factores y/o valores numéricos tenidos en cuenta en la liquidación, de forma que sea comprensible al usuario y garantice un debido proceso administrativo (subrayado Sala de Decisión).

En tal sentido, según lo expuesto por la Corte Constitucional en las sentencias SU-427 de 2016 y la SU-395 del 22 de junio de 2017 sobre la obligatoriedad del precedente frente al tema del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, pero especialmente lo establecido por el Consejo de Estado como órgano de cierre de esta jurisdicción en la providencia del 28 de agosto de 2018, no es de recibo el argumento de la parte actora relacionado con que esta última providencia, especialmente, se aplicó de manera retroactiva al caso de la demandante, puesto que para el momento en que fue proferida la sentencia de primera instancia, y ahora la de segunda instancia, el precedente judicial vigente a través del cual se unificó la controversia en la materia ya había sido expedido, razón por la cual era de obligatorio cumplimiento para el juez natural de la causa.

Como se adujo en líneas anteriores, y frente al primer problema jurídico, la Sala acoge la postura de las Altas Cortes, y especialmente la del Consejo de Estado, que disponen que el IBL que se tiene en cuenta para liquidar la pensión de las personas beneficiarias de la transición de la Ley 100 de 1993, como es el caso del causante de la pensión de sobrevivientes, se determina conforme lo señala el artículo 21 y el inciso 3 del artículo 36 de la ley en comento, según el caso.

Segundo y tercer problema jurídico

¿Tienen derecho Natalia Gómez García y Teresa del Carmen García Ramírez a que se reliquide su pensión de sobrevivientes con el promedio del salario devengado en el último año de servicios por el causante de la prestación, señor Adain Darío Gómez Villa?

¿Qué factores salariales se deben tener en cuenta para conformar el ingreso base de liquidación de la pensión ordinaria; especialmente se deben tener en cuenta los ingresos recibidos por concepto de homologación y nivelación salarial?

Tesis: La Sala defenderá la tesis que las accionantes no tienen derecho a que el IBL de la pensión de sobrevivientes esté conformada por los factores salariales percibidos en el último año de prestación de servicios del señor Gómez Villa, ya que el ingreso base de liquidación debió calcularse según los postulados de la Ley 100 de 1993 y con los factores salariales del Decreto 1158 de 1994, o sobre los que haya cotizado. Sin embargo, sí tienen derecho a que los valores de los factores salariales que fueron incluidos en el IBL de la pensión sean actualizados a los valores reconocidos en virtud de la homologación y nivelación salarial realizada en el Departamento de Caldas.

Conforme a la posición actual de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, que como se indicó será la que acoge esta corporación, se entiende que en aplicación de estas deben respetarse las condiciones de edad, tiempo de servicio y monto (tasa de reemplazo) de la pensión que consagraba el régimen pensional anterior, en este caso la Ley 33 de 1985.

Sin embargo, la liquidación del IBL debe regirse por lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 21 de la misma norma, en atención al tiempo que le faltare al interesado a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones para adquirir el derecho a la prestación.

Así pues, si al 1º de abril de 1994 (empleados nacionales), o al 30 de junio de 1995 (empleados territoriales), a la persona beneficiaria del régimen de transición le faltaren menos de 10 años para adquirir el derecho pensional, la liquidación será el promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciere falta para acceder a la prestación, o el cotizado durante todo el tiempo si fuere superior. Lo anterior, con la correspondiente actualización con base en la variación del IPC.

Ahora, sobre los factores que se deben tener en cuenta, según lo dispuesto por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en sus sentencias de unificación sobre la materia, los únicos que pueden incluirse para determinar el IBL son aquellos devengados durante el tiempo de liquidación referido y que sirvieron de base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones, conforme al Decreto 1158 de 1994, esto es: asignación básica mensual; gastos de representación; prima técnica, cuando sea factor de salario; primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario; remuneración por trabajo dominical o festivo; remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna, y bonificación por servicios prestados.

En este caso la parte demandante solicitó que su pensión de sobrevivientes fuera reliquidada con la inclusión de todos los factores salariales percibidos en el último año de servicios por el señor Adain Darío Gómez Villa, lo cual no es procedente de conformidad con lo discurrido, por cuanto a las personas beneficiarias del régimen de transición, como el caso del causante, se les debe calcular el IBL con base en la Ley 100 de 1993, esto es, con el promedio de lo percibido en los 10 últimos años de servicios o el tiempo que faltare para adquirir el derecho, y con inclusión de los factores del Decreto 1158 de 1994 o sobre lo que haya cotizado.

Ahora, se planteó en el recurso de apelación una petición subsidiaria en caso de no accederse a la reliquidación de la pensión en los términos solicitados en la demanda, y es que se ordene el reajuste de la prestación conforme a la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2018, esto es, con el

promedio de lo devengado en los 10 últimos años o todo el tiempo cotizado, según corresponda.

Frente a esta solicitud debe advertirse que en ningún momento la reclamación administrativa y la demanda tuvo como pretensión que se realizara un reajuste de la pensión en estos términos, y el recurso de apelación no es la oportunidad procesal pertinente para plantear nuevas súplicas.

En punto a la prima técnica, se observa que en el mismo certificado al que se ha hecho alusión se indicó que el señor Gómez Villa percibió la misma por evaluación del desempeño. Esta revelación conlleva a que la Sala de Decisión acuda al artículo 7 del Decreto 1661 de 1991 que a la letra prescribe:

***Artículo 7º.-** Forma de pago, compatibilidad con los gastos de representación. La Prima Técnica asignada se pagará mensualmente, y es compatible con el derecho de percibir gastos de representación. La Prima Técnica constituirá factor de salario cuando se otorgue con base en los criterios de que trata el literal a) del artículo 2 del presente Decreto, y no constituirá factor salarial cuando se asigne con base en la evaluación del desempeño a que se refiere el literal b) del mismo artículo.*

Así las cosas, se tiene que la prima técnica obtenida por evaluación del desempeño no forma parte del salario, lo que trae como consecuencia que no pueda ser tomada en cuenta como base para efectos de la pensión, a diferencia de la prima técnica por experiencia altamente calificada. Y lo anterior es entendible porque la prima por evaluación del desempeño depende en consecuencia de la valoración que se haga en cada año, lo que implica que no sea una prestación permanente.

Así las cosas, y en virtud de la nueva postura acogida por este Tribunal Administrativo de Caldas según las sentencias de unificación del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, las demandantes no tienen derecho a que se le reliquide su pensión con todos los factores salariales devengados en el último

año de servicios por el causante de la prestación, sino únicamente aquellos señalados en el Decreto 1158 de 1994 o sobre los cuales realizó aportes al sistema pensional.

A pesar de lo explicado, la Sala no puede pasar por alto lo relativo a la homologación y nivelación salarial que fue realizada mediante el Decreto Departamental nro. 0337 de diciembre 2 de 2010, que modificó el Decreto Departamental nro. 0399 de 2007, a los empleados administrativos pertenecientes a la planta de personal del Departamento de Caldas - sector educación financiada con recursos del sistema general de participaciones- aspecto sobre el cual no se pronunció el *a quo*.

Debe indicarse que esta homologación y nivelación salarial tenía como metodología: "revisar que las funciones específicas correspondieran al nivel jerárquico, en el cual se encuentra ubicado cada funcionario con los pares del Departamento de Caldas; comparando el salario actual con el salario más aproximado de la escala de la administración central del Departamento, de acuerdo con el nivel jerárquico y los requisitos exigidos para el desempeño del cargo y el de recomendar el nivel, cargo y grado salarial que se debe asignar".

Es decir, claramente esta homologación y nivelación salarial trajo como consecuencia que los salarios percibidos por los empleados referenciados variaran, pues precisamente se trataba de terminar con una situación de desigualdad salarial entre los funcionarios pagados con recursos del sistema general de participaciones y los funcionarios pertenecientes al sector central del Departamento de Caldas; y por ello, para el caso específico del señor Adain Darío Gómez Villa mediante Resoluciones nros. 1798-6 del 22 de marzo de 2013 y 4058-6 del 19 de junio del mismo año se realizó el anterior procedimiento, y se reconoció un retroactivo.

Lo expuesto permite concluir que al modificarse su asignación básica todos los emolumentos y prestaciones sociales percibidas por él entre el año 1997 y 2006

también variaron, y al ser así, los valores que fueron tenidos en cuenta para calcular su pensión no se ajustaban a lo que en realidad debía percibir, y por consiguiente la pensión de sobrevivientes también se reconoció en un valor inferior al que correspondía.

Por ello, a efectos de conformar el ingreso base de liquidación de la pensión de vejez, y de paso de la pensión de sobrevivientes, se deben tener en cuenta los factores salariales que se dispusieron en el acto administrativo de reconocimiento de la prestación periódica del causante, pero su cuantía se deberá ajustar a los valores obtenidos por concepto de homologación y nivelación salarial, situación que claramente varía el valor de la mesada de la pensión de sobrevivientes.

En tal sentido concluye la Sala que sí es procedente acceder a la pretensión relativa a que el IBL de la pensión de sobrevivientes se reajuste con base en la nivelación y homologación salarial, en tanto la entidad demandada no demostró que en la liquidación efectuada en el reconocimiento de esta prestación se hubieran incluido esos factores salariales en sus valores homologados.

Es del caso advertir, que se probó además que sobre esos nuevos valores recibidos en la homologación y nivelación salarial del que fue beneficiario el actor, se hicieron los respectivos descuentos para aportes al sistema pensional, por lo que no se avizora la necesidad de ordenar descuentos por esos nuevos valores.

Por ello la sentencia de primera instancia deberá ser revocada parcialmente, para en su lugar declarar la nulidad parcial de la Resolución RDP 001285 del 19 de enero de 2016 y de la Resolución RDP 016674 del 25 de abril de 2016, y en su lugar acceder a la reliquidación de la pensión de sobrevivientes que perciben las demandantes para que los factores salariales que fueron incluidos en el IBL de la pensión sean reajustados con los valores reconocidos al señor Adain Darío Gómez Villa en virtud de la homologación y nivelación salarial.

Las sumas reconocidas serán reajustadas conforme la siguiente fórmula:

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

R= suma actualizada

Rh= suma a actualizar

Índice final= índice de precios al consumidor vigente a la fecha de la sentencia

Índice inicial= índice de precios al consumidor vigente en cada uno de los meses en los que se causa el derecho.

Por tratarse de pagos sucesivos o continuos, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, por cada mesada pensional debida teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

Solución al cuarto problema jurídico

¿Hay prescripción trienal de las mesadas pensionales?

En tratándose del fenómeno jurídico de la prescripción conviene acudir al Decreto 1848 de 1969, norma que establece en su artículo 102:

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

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

En el caso bajo estudio la pensión de sobrevivientes se reconoció a través de Resolución RDP 038206 del 20 de agosto de 2013.

La homologación y nivelación salarial fue reconocida al señor Gómez Villa en el año 2013, y la petición de reliquidación de la pensión de sobrevivientes se radicó el 23 de noviembre de 2015. La demanda se presentó el 18 de agosto de 2016.

Significa lo expuesto que la fecha a partir de la cual se debe contar la prescripción es desde que se reconoció la homologación y nivelación al señor Gómez Villa, pues en este momento surgió el derecho a solicitar la reliquidación de la pensión por nuevos valores de los factores salariales que hacían parte del IBL.

Por lo anterior, es claro que entre la fecha en que efectivamente se reconoció la homologación y nivelación salarial, el reclamo ante la entidad para que se reliquidara la pensión de sobrevivientes y la presentación de la demanda no transcurrieron más de 3 años, por lo que se declarará no probada la excepción de prescripción.

Conclusión

De conformidad con la normativa y la jurisprudencia citada, los hechos debidamente acreditados y en un cambio de postura al acoger las sentencias de unificación de las altas cortes, especialmente la del Consejo de Estado que debe aplicarse a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial, estima esta Sala de decisión que a la parte actora no le asiste derecho de acceder a la reliquidación pensional que reclama en tanto el IBL de las pensiones de las personas sujetas al régimen de transición debe calcularse conforme a lo dispuesto por la Ley 100 de 1993 y no de la forma como lo solicitó la parte actora, y por esta razón se confirmará la sentencia de primera instancia en relación con este tema.

Sin embargo, las demandantes sí tienen derecho a que se reliquide su pensión de sobrevivientes en tanto los rubros que fueron incluidos en el IBL de la pensión deben reajustarse con los valores reconocidos en virtud de la homologación y

nivelación salarial de la que fue objeto el señor Adain Darío Gómez Villa, y por ello se revocará la sentencia de primera instancia en este aspecto.

Costas

En el presente asunto no se condenará en costas por dos razones. La primera, porque la reclamación en sede judicial se realizó con fundamento en la tesis que para el momento de prestación de la demanda planteaba el Consejo de Estado en relación con el régimen de transición; y la segunda, porque en este caso las pretensiones de la parte actora prosperaron parcialmente.

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: REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales el 30 de enero de 2019 dentro del proceso que en ejercicio del medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovieron **TERESA DEL CARMEN GARCÍA RAMÍREZ** y **NATALIA GÓMEZ GARCÍA** contra **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP**, según lo consignado en la parte motiva, y en su lugar:

DECLARESE la nulidad parcial de las Resoluciones RDP 001285 del 19 de enero de 2016 y RDP 01674 del 25 de abril de 2016.

En consecuencia, se ordena a la UGPP que proceda a reliquidar la pensión de sobrevivientes que perciben las demandantes reajustando los factores salariales que fueron incluidos en el IBL de la pensión de vejez del causante, señor Adain Darío

Gómez Villa, con los valores reconocidos en el proceso de homologación y nivelación salarial de la que fue beneficiario el señor Gómez Villa.

Las sumas reconocidas deben pagarse dentro de los términos fijados por el artículo 192 del CPACA, debidamente indexadas conforme al artículo 187 *ibídem*, es decir, actualizados mediante la aplicación de los ajustes de valor, para lo cual la demandada tendrá en cuenta la formula citada en la parte motiva de esta providencia y la forma cómo deberán hacer esos ajustes.

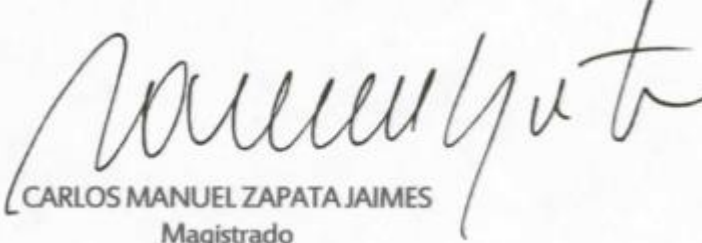
SEGUNDO: CONFIRMAR EN LO DEMÁS la providencia de primera instancia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia por lo brevemente expuesto.

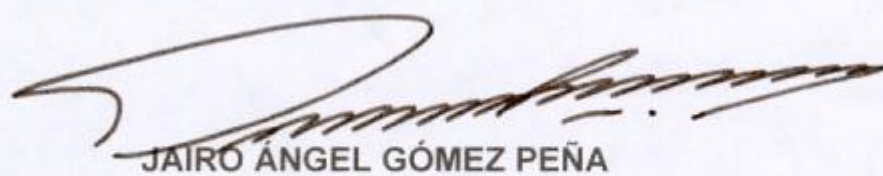
CUARTO: ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático "Justicia Siglo XXI"

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

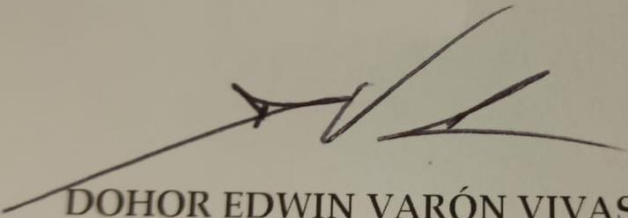
Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Virtual realizada el 9 de julio de 2020, conforme Acta n° 30 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
Magistrado


DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la partes por Estado Electrónico No. 082 de fecha 13 de julio de 2020. Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.
Manizales, _____



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
- Sala Quinta de Decisión -

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.I.: 150

Asunto:	Decreta prueba de oficio
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-33-003-2018-00140-02
Demandante:	Albanery Martínez Taborda
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

**Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n°
017 del 27 de marzo de 2020**

Manizales, diez (10) de julio de dos mil veinte (2020).

Encontrándose el proceso de la referencia a Despacho para sentencia, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 213 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA, esta Sala de Decisión considera necesario decretar de oficio la práctica de la siguiente prueba de carácter documental.

Por la Secretaría de esta Corporación, **OFÍCIESE** a la Secretaría de Educación del Municipio de Manizales para que en un término no mayor a diez (10) días siguientes al recibo de la correspondiente comunicación, remita con destino a este proceso, certificación de los factores salariales devengados por la señora Albanery Martínez Taborda en el período comprendido entre el 31 de agosto de 2012 y el 31 de agosto de 2013, y en el último año de servicios en caso de haberse retirado de la docencia oficial.

Aportada la prueba en mención, por la Secretaría de la Corporación, **CÓRRASE** traslado de la misma a las partes, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 110 del Código General del Proceso.

Surtido lo anterior, **REGRESE** inmediatamente el expediente al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia para proyectar la decisión que en derecho corresponda.

Notifíquese y cúmplase



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

No. 82

FECHA: 13 de julio de 2020

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA

Secretario



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
- Sala Quinta de Decisión -

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.I.: 149

Asunto:	Decreta prueba de oficio
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-33-003-2018-00177-02
Demandante:	Ruby Alzate Gómez
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

**Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n°
017 del 27 de marzo de 2020**

Manizales, diez (10) de julio de dos mil veinte (2020).

Encontrándose el proceso de la referencia a Despacho para sentencia, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 213 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA, esta Sala de Decisión considera necesario decretar de oficio la práctica de la siguiente prueba de carácter documental.

Por la Secretaría de esta Corporación, **OFÍCIESE** a la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas para que en un término no mayor a diez (10) días siguientes al recibo de la correspondiente comunicación, remita con destino a este proceso, certificación de los factores salariales devengados por la señora Ruby Alzate Gómez en el período comprendido entre el 31 de diciembre de 2014 y el 31 de diciembre de 2015, y en el último año de servicios en caso de haberse retirado de la docencia oficial.

Aportada la prueba en mención, por la Secretaría de la Corporación, **CÓRRASE** traslado de la misma a las partes, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 110 del Código General del Proceso.

Surtido lo anterior, **REGRESE** inmediatamente el expediente al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia para proyectar la decisión que en derecho corresponda.

Notifíquese y cúmplase



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

No. 82

FECHA: 13 de julio de 2020

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA

Secretario

CONSTANCIA SECRETARIAL: CONSTANCIA SECRETARIAL:

Manizales, diez (10) de julio de dos mil veinte (2020)

Informando al señor Magistrado que se encuentra pendiente la admisión del recurso de apelación, pasa a despacho para resolver lo pertinente.

Consta de 3 cuadernos



HECTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

Radicado: 17001-33-33-003-2018-00204-02

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante: UGPP

Demandado: Teresa de Jesús Bedoya Mena

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

A.I. 134

Manizales, diez (10) de julio de dos mil veinte (2020)

Revisada la actuación de primera instancia para los efectos de la admisión de los recursos de apelación interpuestos, el Despacho observa que fueron presentados dentro del término oportuno, y que fueron sustentados los motivos de inconformidad ante el Juez que profirió la decisión (fls. 196 a 199 C.1).

Así, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA, **ADMITESE** el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida el 06 noviembre de 2019 por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda en el proceso de la referencia (fls. 188 a 199 C.1).

Vencido el término de ejecutoria de la admisión del recurso, y en caso de que no exista solicitud de pruebas por practicar en segunda instancia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 247 numeral 4 del CPACA, modificado por el artículo 623 del Código General del Proceso, considerando innecesario citar a audiencia de alegaciones y juzgamiento, **CORRASE** traslado común a las partes por el término de diez (10) días, para que presenten sus alegatos de conclusión.

Radicado: 17001-33-33-003-2018-00204-02

Vencido el término concedido a las partes, el Ministerio Público DISPONDRÁ igualmente de diez (10) días para emitir su concepto, sin retiro del expediente.

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 intervinientes 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: sgtadminclad@notificacionesrj.gov.co

Cualquier documento enviado a otra dirección de correo no se tendrá por presentado.

Notifíquese y cúmplase.



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS <u>NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO</u> No. 82 FECHA: 13 de julio de 2020  HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA Secretario

CONSTANCIA SECRETARIAL: CONSTANCIA SECRETARIAL:

Manizales, diez (10) de julio de dos mil veinte (2020)

Informando al señor Magistrado que se encuentra pendiente la admisión del recurso de apelación, pasa a despacho para resolver lo pertinente.

Consta de 2 cuadernos



HECTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

Radicado: 17001-33-39-005-2017-00500-02

Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho

Demandante: Inés Menjura Ortiz

Demandado: Nación Ministerio de Educación - Fomag

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

A.I. 133

Manizales, diez (10) de julio de dos mil veinte (2020)

Revisada la actuación de primera instancia para los efectos de la admisión de los recursos de apelación interpuestos, el Despacho observa que fueron presentados dentro del término oportuno, y que fueron sustentados los motivos de inconformidad ante el Juez que profirió la decisión (fls. 184 a 191 C.1).

Así, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA, **ADMITESE** el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida el 16 de diciembre de 2019 por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las pretensiones de la demanda en el proceso de la referencia (fls. 174 a 181 C.1)

Vencido el término de ejecutoria de la admisión del recurso, y en caso de que no exista solicitud de pruebas por practicar en segunda instancia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 247 numeral 4 del CPACA, modificado por el artículo 623 del Código General del Proceso, considerando innecesario citar a audiencia de alegaciones y juzgamiento, **CORRASE** traslado común a las partes por el término de diez (10) días, para que presenten sus alegatos de conclusión.

Radicado: 17001-33-39-005-2017-00500-02

Vencido el término concedido a las partes, el Ministerio Público DISPONDRÁ igualmente de diez (10) días para emitir su concepto, sin retiro del expediente.

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 intervinientes 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: sgtadminclad@notificacionesrj.gov.co

Cualquier documento enviado a otra dirección de correo no se tendrá por presentado.

Notifíquese y cúmplase.



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

No. 82
FECHA: 13 de julio de 2020



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

CONSTANCIA SECRETARIAL:

Manizales, diez (10) de julio de dos mil veinte (2020)

Informando al señor Magistrado que se encuentra pendiente la admisión del recurso de apelación, pasa a despacho para resolver lo pertinente.

Consta de 2 cuadernos



HECTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

Radicado: 17001-33-39-005-2018-00124-02

Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho

Demandante: María Edilma López Restrepo

Demandado: Nación Ministerio de Educación - Fomag

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

A.I. 132

Manizales, diez (10) de julio de dos mil veinte (2020)

Revisada la actuación de primera instancia para los efectos de la admisión de los recursos de apelación interpuestos, el Despacho observa que fueron presentados dentro del término oportuno, y que fueron sustentados los motivos de inconformidad ante el Juez que profirió la decisión (fls. 62 a 77, C.1).

Así, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA, **ADMÍTESE** el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida el 02 de diciembre de 2019 por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las pretensiones de la demanda en el proceso de la referencia (fls. 55 a 59 C.1).

Vencido el término de ejecutoria de la admisión del recurso, y en caso de que no exista solicitud de pruebas por practicar en segunda instancia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 247 numeral 4 del CPACA, modificado por el artículo 623 del Código General del Proceso, 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.

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 intervinientes 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: sgtadminclad@notificacionesrj.gov.co

Cualquier documento enviado a otra dirección de correo no se tendrá por presentado.

Notifíquese y cúmplase.



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS <u>NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO</u> No. 82 FECHA: 13 de julio de 2020  HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA Secretario

CONSTANCIA SECRETARIAL:

Manizales, diez (10) de julio de dos mil veinte (2020)

Informando al señor Magistrado que se encuentra pendiente la admisión del recurso de apelación, pasa a despacho para resolver lo pertinente.

Consta de 2 cuadernos



HECTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

Radicado: 17001-33-39-005-2018-00129-02

Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho

Demandante: Luz Dary Martínez Hernández

Demandado: Nación Ministerio de Educación - Fomag

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

A.I. 131

Manizales, diez (10) de julio de dos mil veinte (2020)

Revisada la actuación de primera instancia para los efectos de la admisión de los recursos de apelación interpuestos, el Despacho observa que fueron presentados dentro del término oportuno, y que fueron sustentados los motivos de inconformidad ante el Juez que profirió la decisión (fls. 62 a 77, C.1).

Así, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA, **ADMITESE** el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida el 06 de diciembre de 2019 por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las pretensiones de la demanda en el proceso de la referencia (fls. 54 a 59 C.1).

Vencido el término de ejecutoria de la admisión del recurso, y en caso de que no exista solicitud de pruebas por practicar en segunda instancia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 247 numeral 4 del CPACA, modificado por el artículo 623 del Código General del Proceso, considerando innecesario citar a audiencia de alegaciones y juzgamiento, **CORRASE** 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.

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 intervinientes 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: sgtadminclcd@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 <u>NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO</u> No. 82 FECHA: 13 de julio de 2020  HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA Secretario



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.I.: 151

Asunto:	Decreta prueba de oficio
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-39-006-2016-00348-02
Demandante:	Elvira Morales de Duque
Demandado:	Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n° 29 del 5 de junio de 2020

Manizales, diez (10) de julio de dos mil veinte (2020).

Encontrándose el proceso de la referencia a Despacho para sentencia, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 213 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA, esta Sala de Decisión considera necesario decretar de oficio la práctica de la siguiente prueba de carácter documental.

Por la Secretaría de esta Corporación, **OFÍCIESE** a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP para que en un término no mayor a diez (10) días siguientes al recibo de la correspondiente comunicación, remita con destino a este proceso, lo siguiente:

- Certificación en la que se indique si la pensión de jubilación post-mortem reconocida al señor Octavio Duque Castaño, la cual fue sustituida a la señora Elvira Morales de Duque y a las hijas del señor Duque Castaño en la Resolución n°02827 del 16 de marzo de 1984, fue objeto de algún ajuste entre el 14 de mayo de 1977 (fecha de causación del derecho) y el 16 de marzo de 1984 (fecha de reconocimiento y pago de la prestación).
- Certificación de los pagos realizados por concepto de pensión a la señora Elvira Morales de Duque y a las hijas del señor Duque Castaño

en el año 1984; en virtud de la pensión de jubilación post-mortem reconocida al señor Octavio Duque Castaño en la Resolución n°02827 del 16 de marzo de 1984.

Lo anterior, teniendo en cuenta que en la Resolución n°02827 del 16 de marzo de 1984 se reconoció a favor de la parte actora por sustitución pensional, una pensión de jubilación en cuantía de \$3.777 efectiva a partir del 14 de mayo de 1977; y en la estimación razonada de la cuantía al corregirse la demanda (folio 55, C.1), se afirmó que la demandante recibió mensualmente por concepto de pensión en el año 1984, la suma de \$12.743.

Así mismo, en el acto administrativo de reconocimiento (Resolución 2827 de 1984), se indicó en el artículo sexto que *“Los reajustes de ley a que tenga derecho y las operaciones de orden contable que haya lugar, se efectuarán por la Sección Registro de Pensiones de esta Entidad”* (Resaltado fuera de texto); no obstante, no hay prueba de la realización de esos ajustes o una certificación de pagos para verificar lo recibido por concepto de pensión en el año 1984.

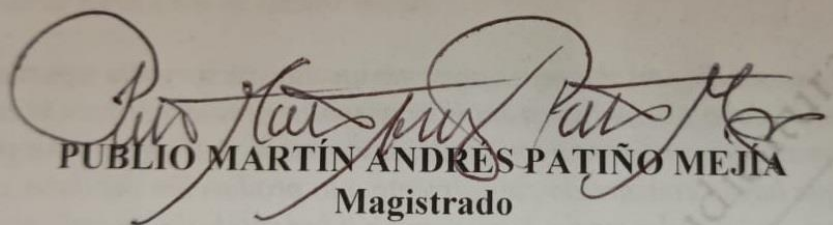
Aportada la prueba en mención, por la Secretaría de la Corporación, CÓRRASE traslado de la misma a las partes, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 110 del Código General del Proceso.

Surtido lo anterior, REGRESE inmediatamente el expediente al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia para proyectar la decisión que en derecho corresponda.

Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

No. 82
FECHA: 13 de julio de 2020



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

CONSTANCIA SECRETARIAL: CONSTANCIA SECRETARIAL:

Manizales, diez (10) de julio de dos mil veinte (2020)

Informando al señor Magistrado que se encuentra pendiente la admisión del recurso de apelación, pasa a despacho para resolver lo pertinente.

Consta de 2 cuadernos



HECTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

Radicado: 17001-33-39-006-2018-00524-02

Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho

Demandante: Alba Elsa López Ocampo

Demandado: Nación Ministerio de Educación - Fomag

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

A.I. 130

Manizales, diez (10) de julio de dos mil veinte (2020)

Revisada la actuación de primera instancia para los efectos de la admisión de los recursos de apelación interpuestos, el Despacho observa que fueron presentados dentro del término oportuno, y que fueron sustentados los motivos de inconformidad ante el Juez que profirió la decisión (fls. 122 a 133 , C.1).

Así, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA, **ADMITESE** el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida el 18 de octubre de 2019 por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las pretensiones de la demanda en el proceso de la referencia (fls. 107 a 118 C.1).

Vencido el termino de ejecutoria de la admisión del recurso, y en caso de que no exista solicitud de pruebas por practicar en segunda instancia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 247 numeral 4 del CPACA, modificado por el artículo 623 del Código General del Proceso, considerando innecesario citar a audiencia de alegaciones y juzgamiento, **CORRASE** 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.

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 intervinientes 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: sgtadminclcd@notificacionesrj.gov.co

Cualquier documento enviado a otra dirección de correo no se tendrá por presentado.

Notifíquese y cúmplase.



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS <u>NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO</u> No. 82 FECHA: 13 de julio de 2020  HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA Secretario

CONSTANCIA SECRETARIAL:

Manizales, (10) de julio de dos mil veinte (2020)

Informando al señor Magistrado que ejecutoriado como se encuentra el auto que admitió el recurso de apelación, queda pendiente correr traslado de alegatos.

Consta de 2 cuadernos



HECTOR JAIME CASTRO CSTAÑEDA
Secretario

Radicado: 17001-33-39-008-2018-00068-02
Medio de Control: Acción Popular
Demandante: José Fernando Londoño González
Demandado: Municipio de La Dorada Caldas

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

A.S. 075

Manizales, (10) de julio de dos mil veinte (2020)

Encontrándose a Despacho del suscrito Magistrado el presente medio de control y no habiendo pruebas que practicar, CÓRRASE traslado común a las partes y al Ministerio Público por el término de cinco (5) días para que presenten sus alegatos de conclusión.

Lo anterior, por virtud de la interpretación sistemática de los artículos 37 de la Ley 472 de 1998 y 327 del Código General del Proceso, y aplicación analógica del artículo 33 de la primera de dichas leyes.

Se advierte a las partes y demás intervinientes 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: sgtadminclad@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 ELECTRÓNICO

No. 82
FECHA: 13 de julio de 2020



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA PRIMERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, nueve (9) de julio de dos mil veinte (2020)

PROCESO No.	17001-33-33-003-2018-00334-02
CLASE	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	BLANCA LELIA LONDOÑO RÍOS
ACCIONADO	NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

Procede la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas a dictar sentencia de segunda instancia, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra el fallo que negó las pretensiones, proferido por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, en audiencia inicial celebrada el 22 de agosto de 2019, dentro del proceso de la referencia.

PRETENSIONES

Solicitó declarar la nulidad parcial de la Resolución nº 6122-6 del 13 de julio de 2018 respecto de la no inclusión de la prima de servicios y la bonificación por servicios prestados en la liquidación de la pensión de jubilación de la actora.

Declarar que la demandante tiene derecho a que la entidad demandada le reconozca y pague el reajuste o reliquidación de la pensión de jubilación a partir del 9 de abril de 2009, fecha en que adquirió el estatus pensional, teniendo en cuenta la prima de servicios y la bonificación por servicios prestados.

Que, como consecuencia de la declaración de nulidad, se ordene como restablecimiento del derecho, la reliquidación de la pensión ordinaria de jubilación del demandante, teniendo en cuenta la prima de servicios y la bonificación por servicios prestados.

Que se condene al pago de los intereses moratorios propios del artículo 366 del Código Civil, y la indexación a que haya lugar, así como al reconocimiento y pago de los intereses comerciales generados durante los primeros seis meses contados a partir de la ejecutoria del acto administrativo que revisó la pensión de jubilación.

Que se condene al pago de la indexación a que haya lugar, así como al reconocimiento y pago de los intereses que correspondan, de acuerdo a lo establecido en la Ley 1437 de 2011.

Que se condene a la parte demandada en costas y gastos del proceso.

HECHOS

La señora Londoño Ríos laboró al servicio docente por más de 20 años, por lo que al cumplir con los requisitos de ley le fue reconocida una pensión de jubilación por parte de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En la liquidación de la pensión de jubilación no se tuvieron en cuenta la prima de servicios y la bonificación por servicios prestados.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Ley 91 de 1989; Ley 33 de 1985; Ley 62 de 1985 y Decreto Nacional 1045 de 1978.

Afirmó que la normativa en mención es clara en consagrar que los docentes nacionales nacionalizados y territoriales vinculados al servicio público antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, se les deben aplicar las normas vigentes anteriores a la entrada en rigor de la misma ley.

Haciendo alusión al derecho a la igualdad, destacó que hay otros docentes a los que sí se les liquidó su pensión con inclusión de los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del estatus, lo que constituye un trato discriminatorio en el caso de la actora, a quien solo se le reconoció la misma con el salario básico.

Finalmente se refirió a sentencia del Consejo de Estado en la cual se unificó la jurisprudencia,

dejando claro que el objetivo de la nueva tesis es garantizar los principios de igualdad material, progresividad, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, lo que permite incluir en la base de liquidación, todos los factores salariales devengados por el servidor, sin distinción alguna, en lo que claramente está incluido el gremio docente.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Nación - Ministerio de Educación - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio: no contestó.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 22 de agosto de 2019, negó las pretensiones de la demanda.

El Juez A-quo se planteó como problema jurídico, determinar si a la actora le asiste derecho a que se reliquide su pensión de jubilación con la inclusión de la totalidad de los factores devengados en el último año de prestación de servicios, especialmente la prima de servicios y la bonificación por servicios prestados.

Con fundamento en la jurisprudencia de unificación indico en el caso concreto que a la actora no le asiste derecho a que su pensión sea reliquidada teniendo en cuenta la bonificación por servicios prestados ni la prima de servicios por no estar consagrados en la Ley 33 de 1985.

RECURSO DE APELACIÓN

Señaló que conforme a la sentencia de unificación, la mesada pensional de la actora debe ser reliquidada con la inclusión de los factores salariales consagrados en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, en los cuales se encuentra expresamente consagrada la bonificación por servicios prestados.

En este orden de ideas debe revocarse el fallo de primera instancia y ordenar la reliquidación pensional de la señora Londoño Ríos con la inclusión de la bonificación por servicios prestados.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante: se ratificó en los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

Parte demandada: guardó silencio.

Ministerio Público: guardó silencio.

CONSIDERACIONES

La Sala no observa irregularidades procedimentales que conlleven a decretar la nulidad parcial o total de lo hasta aquí actuado, y procederá en consecuencia a fallar de fondo la litis.

Problemas jurídicos.

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

- ¿Es procedente para el caso concreto reliquidar la pensión de jubilación de la señora Blanca Lelia Londoño Ríos teniendo en cuenta la prima de servicios y la bonificación por servicios prestados devengada en el último año de servicios?

LO PROBADO

Para el caso bajo estudio, se encuentra demostrado lo siguiente:

- Conforme a la Resolución n.º. 3048 del 12 de mayo de 2010 la señora Londoño Ríos laboró como docente del 1976/04/19 al 2009/04/09 (folio 25, C.1).
- La señora Londoño Ríos nació el 1954/04/09, adquiriendo el derecho pensional el 2009/04/09. (ibídem)
- A la señora Londoño Ríos se le reconoció una pensión de jubilación a partir del 2009/04/10, teniendo en cuenta además del sueldo básico, la prima de navidad, la prima de vacaciones, la prima de alimentación y la prima académica, mediante la Resolución n.º. 3048 del 12 de mayo de 2010. Siendo notificada el 9 de junio de 2010 (Fol. 25-26 Ibídem).

- Mediante Resolución n° 6122-6 del 13 de julio de 2018 se niega la solicitud de reliquidación pensional de la actora con la inclusión de la prima de servicios y la bonificación por servicios prestados (fol. 24 y Vto. , Cuaderno 1)
- Conforme al certificado de salarios visible a folio 27, la señora Londoño Ríos devengó en año inmediatamente anterior a la adquisición del status pensional además del salario básico, subsidio de alimentación, prima de navidad, y prima de vacaciones.
- La parte apelante allega un recibo de pago donde se informa que la Londoño Ríos se le canceló un rubro por bonificación por servicios prestados, de conformidad con la sentencia del Tribunal Administrativo de Caldas del 25 de septiembre de 2014 (fol. 43 a 50, C.1) mediante la cual se reconoce a favor de la actora la prima de servicios y la bonificación por servicios prestados (fol. 99, C.1)

Régimen legal aplicable

Para determinar cuál es el régimen aplicable a los docentes, debe hacerse referencia inicialmente al artículo 81 de la Ley 812 de 2003¹, que reguló dos eventos:

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

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

PARÁGRAFO TRANSITORIO 1o. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones

¹ “Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario”.

legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003.

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

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

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

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

2. Pensiones: [...]

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

Para el caso concreto, de conformidad con lo manifestado en la parte motiva de la Resolución n° 3048 del 12 de mayo de 2010 (fol. 25, C.1), la señora Londoño Ríos prestó sus servicios en el ramo de la educación **desde el 1976/04/19**, esto es, con anterioridad a la Ley 812 de 2003. En ese orden de ideas, le es aplicable en materia pensional el régimen vigente para los pensionados del sector público nacional, es decir, el previsto en la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año.

Así lo precisó igualmente el Consejo de Estado en reciente sentencia de unificación del 25

de abril de 2019², en la que indicó que *«El régimen pensional para los servidores públicos del orden nacional a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, era el previsto en la Ley 33 de 1985. Por lo tanto, el régimen aplicable a los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados³, y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, por remisión de la misma Ley 91 de 1989, es el previsto en la citada Ley 33 de 1985⁴»*

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

Ingreso base de liquidación pensional y factores salariales a reconocer

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

En lo que respecta al ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación y a la manera de establecerlo, debe precisarse que a la parte demandante no le es aplicable la Ley 100 de 1993 ni el régimen de transición previsto en dicha normativa en razón de la fecha de su vinculación al servicio docente y, por ende, no le es predicable la regla⁵ y primera subregla⁶

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Dr. César Palomino Cortés. Sentencia de unificación del 25 de abril de 2019. Radicado número: 68001-23-33-000-2015-00569-01(0935-2017).

³ Cita de cita: Se fijó el 1 de enero de 1981, tal y consta en los antecedentes históricos de la norma, por ser el momento de la nacionalización de la educación a la luz de la Ley 43 de 1975.

⁴ Cita de cita: “Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público”.

⁵ De conformidad con la sentencia de unificación, la regla es la siguiente: **“El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985”** (negrilla es del texto).

⁶ Atendiendo lo indicado en la sentencia de unificación, la primera subregla es la siguiente:

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

- Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el

establecidas en la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2018⁷, relacionadas con la interpretación adecuada del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Por el contrario, tal como quedó expuesto en sentencia de unificación del Consejo de Estado del 25 de abril de 2019, *«La regla que rige para el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a periodo y factores. Lo que quiere decir que el periodo es el de un (1) año y los factores son únicamente los que se señalan en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985»*.

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

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

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

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en

tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

- Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.”.

⁷ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. César Palomino Cortés. Sentencia del 28 de agosto de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 52001-23-33-000-2012-00143-01(IJ).

jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes. (negritas y subraya fuera del texto)

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

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

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

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

Para el caso que convoca la atención de esta Sala, se observa que a la señora Londoño Ríos le reconocieron pensión de jubilación, en cuya liquidación se incluyeron la asignación básica mensual, así como la prima de alimentación, la prima de vacaciones y la prima de navidad.

En la demanda promovida, la parte actora reprocha que se hubiera omitido incluir la bonificación por servicios prestados, pues también fue devengada en el último año anterior a la adquisición del status pensional, conforme a la sentencia del Tribunal Administrativo de Caldas que ordena su reconocimiento a favor de la accionante.

Conforme a la regla fijada por el Consejo de Estado en materia de ingreso base de liquidación de las pensiones de jubilación de los docentes vinculados antes de la Ley 812 de 2003, los factores que deben tenerse en cuenta son sólo aquellos sobre los que se

hubieran efectuado los aportes, esto es, únicamente los señalados expresamente en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, así: asignación básica mensual, gastos de representación, primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación cuando fueran factor de salario, dominicales y festivos, horas extras, **bonificación por servicios prestados**, y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

En ese orden de ideas, la parte demandante no tiene derecho a la reliquidación que reclama, pues no puede tomarse como factor salarial la prima de servicios, dado que aquella no constituye base de liquidación de los aportes, pero si a que se le tenga en cuenta la bonificación por servicios prestados por estar expresamente consagrada en la ley.

Así pues, la Sala de Decisión encuentra que la reliquidación pensional reclamada procede sólo respecto de la bonificación por servicios prestados, toda vez que de acuerdo a lo probado dicho factor fue devengado por la actora en el año de adquisición del status pensional.

De otro lado, debe aclarar la Sala que pese a que en la Resolución n° 3048 del 12 de mayo de 2010 tuvo en cuenta además de la asignación básica mensual la prima de navidad, la prima de vacaciones y la prima de alimentación para liquidar la pensión de jubilación de la parte demandante –factores que no están incluidos en la Ley 62 de 1985–, dicho acto de reconocimiento pensional no puede modificarse en ese aspecto, en tanto la nulidad solicitada sólo recae sobre la no inclusión de la prima de servicios y de la bonificación por servicios prestados como factores adicionales.

Llegar a una conclusión diferente implicaría, como lo sostuvo el Consejo de Estado⁸, no sólo desbordar el objeto del litigio fijado, sino que afectaría principios y derechos constitucionales como el debido proceso, la confianza legítima y la tutela efectiva de los derechos que pretende quien impugna una decisión administrativa a través de este medio de control.

Restablecimiento del derecho

Como hay lugar a que se le adicione al IBL, se ordenará a la **Nación-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, que reliquide la pensión de la actora, incluyendo en

⁸ Así lo precisó en la sentencia de unificación del 29 del 25 de abril de 2019 ya citada.

el IBL además de los factores ya reconocidos lo recibido por la docente a título de bonificación por servicios prestados. Los mayores valores determinados deberán actualizarse conforme a la siguiente fórmula financiera

$$R = RhX \frac{\text{índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh) que es el que corresponde a la prestación social que se reclama, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria del pago) por el índice final (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago)” esto es a partir del 2009/04/10.

Como se trata de mesadas pensionales la actualización se deberá realizar mes a mes.

Prescripción de mesadas

En el presente caso la pensión fue reconocida el 12 de mayo de 2010, presentándose la reclamación de reliquidación el 06/07/2018, siendo presentada la demanda el 31/07/2018, es decir que han transcurrido más de tres años entre la expedición de la resolución que concedió la pensión de jubilación y la reclamación, por lo que hay lugar a declarar prescripción de mesadas anteriores al 06/07/2015.

Conclusión

De conformidad con la normativa y la jurisprudencia citada y con fundamento en los hechos debidamente acreditados, estima esta sala de decisión que a la parte demandante únicamente le asiste derecho a que adicionalmente a los factores reconocidos se tenga en cuenta lo recibido por bonificación por servicios prestados, más no con respecto a la prima de servicios.

En ese sentido, se REVOCARÁ la sentencia de primera instancia, para declarar la nulidad del acto por medio del cual se niega la reliquidación pensional con la inclusión de la bonificación por servicios prestados y en su lugar se ordena la reliquidación de la pensión de jubilación de la señora Londoño Ríos incluyendo en el IBL, lo percibido por la docente a título de bonificación por servicios prestados.

Costas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, este Tribunal considera que en el presente asunto debe condenarse en costas en ambas instancias a la entidad demandada, pues en razón a la negativa del reconocimiento de la reliquidación, la parte debió acudir a abogado y correr con los gastos de sus servicios y del proceso correspondiente.

Las costas se liquidarán por el Juzgado de Primera instancia, conforme lo señala los artículos 365 y subsiguientes del C.G. del P.

Se fijan agencias en derecho a favor de la parte demandante en \$ 170.000.00.

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

FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 22 de agosto de 2019 proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora BLANCA LELIA LONDOÑO RÍOS contra la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Lo anterior, atendiendo las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

En su lugar:

DECLARAR la nulidad parcial del acto ficto o presunto, por medio de la cual la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** en cuanto negó la reliquidación de la pensión de jubilación de la señora Londoño Ríos con la inclusión de la bonificación por servicios prestados.

A TÍTULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, la demandada deberá reliquidar la pensión de jubilación de la actora, incluyendo dentro del IBL, además de los factores tenidos en cuenta, lo percibido en el último año de servicios a título de bonificación por servicios prestados y las mesadas se reconocerán a partir del 06/07/2015 por prescripción.

Los mayores valores determinados deberán ser objeto de actualización mes por mes, conforme a la fórmula matemática señalada en la parte motiva.

SEGUNDO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

TERCERO: CONDENAR en costas en ambas instancias a la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, las cuales se liquidarán por el Juzgado de Primera instancia conforme a los artículos 365 y subsiguientes del C.G. del P.

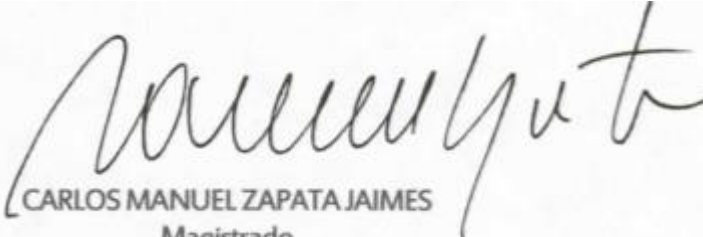
Reconocer agencias en derecho a favor de la parte demandante y a cargo de la demandada por valor de \$170.000.00

CUARTO: NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

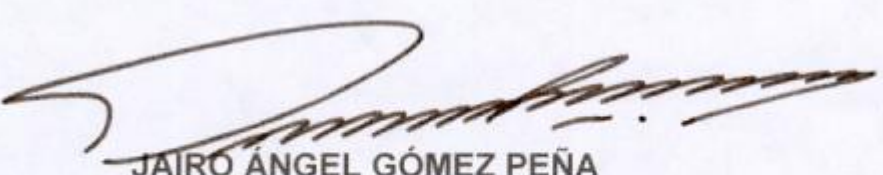
QUINTO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático Justicia Siglo XXI

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

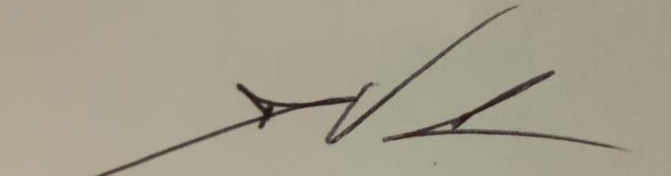
Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Virtual celebrada el 9 de julio de 2020, conforme Acta n° 30 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
Magistrado



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la partes por Estado Electrónico No. 082 de fecha 13 de julio de 2020. Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico. Manizales, _____

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS MAGISTRADO PONENTE: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

AUTO AVOCA CONOCIMIENTO

RADICACIÓN: 170012333000-2020-00158-00

MEDIO DE CONTROL: Control inmediato

ACTO REVISADO: Decisiones empresariales CCU 1 y 2.

EMISOR: Central Hidroeléctrica de Caldas -CHEC- S.A E.S.P.

Auto Interlocutorio 102

Manizales, diez (10) de julio de dos mil veinte (2020)

ANTECEDENTES

El 24 de junio de 2020, la Central Hidroeléctrica de Caldas -CHEC- S.A E.S.P allegó para su control inmediato previsto en el artículo 185 del CPACA, a la Oficina Judicial de esta Seccional copia de las Decisiones empresariales CCU 1 y 2. Fue remitido el 30 de junio de 2020 por reparto al suscrito ponente.

CONSIDERACIONES

El artículo 215 de la Constitución Política indica que cuando sobrevengan hechos distintos de los previstos en los artículos 212 y 213 que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, declarar el Estado de Emergencia por períodos hasta de treinta días en cada caso, que sumados no podrán exceder de noventa días en el año calendario.

La Ley 137 de 1994, estatutaria de los Estados de Excepción, precisando en su artículo 20 que *“Las medidas de carácter general que sean dictadas en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos durante los Estados de Excepción, tendrán un control inmediato de legalidad, ejercido por la autoridad de lo contencioso administrativo en el lugar donde se expidan si se tratare de entidades territoriales o del Consejo de Estado si emanaren de autoridades nacionales. Las autoridades competentes que los expidan enviarán los actos administrativos a la jurisdicción contencioso-administrativa indicada, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a su expedición.”* En ese mismo sentido fue desarrollado por el artículo 136¹ de la Ley 1437 de 2011.

¹ **ARTÍCULO 136. CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD.** Las medidas de carácter general que sean dictadas en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos durante los Estados de Excepción, tendrán un control inmediato de legalidad, ejercido por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en el lugar donde se expidan, si se tratare de entidades territoriales, o del Consejo de Estado si emanaren de autoridades nacionales, de acuerdo con las reglas de competencia establecidas en este Código.

El numeral 14 del artículo 151 de la Ley 1437 de 2011 le asigna la competencia a los Tribunales Administrativos en única instancia, el control inmediato de legalidad de los actos de carácter general que sean proferidos en ejercicio de la función administrativa durante los Estados de Excepción y como desarrollo de los decretos legislativos que fueren dictados por autoridades territoriales departamentales y municipales.

El pasado 11 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud -OMS-, calificó el brote de COVID-19 (Coronavirus) como una pandemia; por lo que el Ministerio de Salud y Protección Social, mediante Resolución 385 de 12 de marzo de 2020, declaró «la emergencia sanitaria en todo el territorio nacional hasta el 30 de mayo de 2020». En la mencionada Resolución 385 de 12 de marzo de 2020, el Ministerio de Salud y Protección Social ordenó a los jefes y representantes legales de entidades públicas y privadas, adoptar las medidas de prevención y control para evitar la propagación del COVID-19 (Coronavirus).

Posteriormente, el señor Presidente de la República, por medio del Decreto Declarativo 417 de 17 de marzo de 2020, declaró o estableció el «Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional, por el término de 30 días»; con el fin de adoptar todas las medidas necesarias para conjurar la crisis e impedir: (i) la propagación del COVID-19 (Coronavirus), y (ii) la extensión de sus efectos negativos en la economía y demás sectores de la vida nacional.

Toda vez que los actos allegados aparecen motivados con los decretos legislativos y en desarrollo de estos, se avocará su conocimiento, sin perjuicio que en el desarrollo del proceso de determine su susceptibilidad de este medio de control o de competencia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta Unitaria del Tribunal Administrativo de Caldas,

RESUELVE

PRIMERO: ADMITIR Y AVOCAR, en única instancia, el conocimiento del control inmediato de legalidad de las Decisiones empresariales CCU 1 y 2 expedidas por la CENTRAL HIDROELECTRICA DE CALDAS S.A E.S.P

QUINTO: FIJAR por la página web del Tribunal Administrativo de Caldas (<https://www.ramajudicial.gov.co/web/secretaria-tribunal-administrativo-de-caldas>), en la sección novedades del sitio web de la Rama Judicial (www.ramajudicial.gov.co) y en la sección de “Control automático de legalidad tribunales administrativos” de la web de la Rama Judicial, un aviso informando de la existencia del proceso a la comunidad en general, adjuntando copia del presente auto, como de los actos sometidos a control inmediato, por el término de diez (10) días, durante los cuales cualquier ciudadano podrá intervenir defendiendo o impugnando la legalidad del acto objeto de control, allegando su intervención al correo electrónico del Tribunal Administrativo de Caldas: secadmcal@cendoj.ramajudicial.gov.co y - des06tacl@endoj.ramajudicial.gov.co.

Las autoridades competentes que los expidan enviarán los actos administrativos a la autoridad judicial indicada, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a su expedición. Si no se efectuare el envío, la autoridad judicial competente aprehenderá de oficio su conocimiento.

Control Inmediato radicado 170012333000-2020-00158-00

SEXTO: NOTIFICAR este auto, personalmente o a través de los diferentes medios virtuales que en estos momentos estén a disposición de la Secretaría del Tribunal, al gerente de la CENTRAL HIDROELECTRICA DE CALDAS S.A E.S.P, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 185 y 186 del CPACA y el Decreto 806 de 2020.

SÉPTIMO: NOTIFICAR este auto, personalmente o a través de los diferentes medios virtuales que en estos momentos estén a disposición de la Secretaría del Tribunal, al **Ministerio Público**, como lo disponen los artículos 171 y 185 del CPACA y el Decreto 806 de 2020, adjuntando copia de los actos objeto del control inmediato.

OCTAVO: CORRER traslado por 10 días a la CENTRAL HIDROELECTRICA DE CALDAS S.A E.S.P, en los términos del artículo 185 del CPACA, plazo dentro del cual, la alcaldía podrá pronunciarse sobre la legalidad del acto administrativo sometido a control inmediato.

NOVENO: SEÑALAR a la CENTRAL HIDROELECTRICA DE CALDAS S.A E.S.P, que de conformidad con el artículo 175 del CPACA, al pronunciarse sobre la legalidad del acto administrativo sometido al control inmediato, debe aportar todas las pruebas que tengan en su poder y pretenda hacer valer en el proceso, y certificar de qué orden territorial descentralizado es dicha empresa. Igualmente, está en la obligación legal de suministrar los antecedentes administrativos de los referidos actos, so pena de las sanciones establecidas en la mencionada norma.

DÉCIMO: De conformidad con lo señalado en la parte motiva de esta providencia, ORDENAR a la CENTRAL HIDROELECTRICA DE CALDAS S.A E.S.P, que a través de la página web oficial de esa entidad, se publique este proveído y los actos sometidos a control inmediato, a fin de que todos los interesados tengan conocimiento de la iniciación de la presente causa judicial. La Secretaría del Tribunal requerirá a la referida CENTRAL HIDROELECTRICA DE CALDAS S.A E.S.P, para que presente un informe sobre el cumplimiento de esta orden.

UNDÉCIMO: PRESCINDIR de la invitación a entidades públicas, organizaciones privadas y/o a expertos en las materias relacionadas con el tema del proceso, de que trata el numeral 3 del artículo 186 del CPACA.

DUODÉCIMO: Las comunicaciones, oficios, memoriales, escritos, conceptos, pruebas documentales y demás, con ocasión del presente trámite judicial, se recibirán en las siguientes cuentas de correo electrónico del Tribunal Administrativo de Caldas: secadmcal@cendoj.ramajudicial.gov.co y des06taclcd@cendoj.ramajudicial.gov.co.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Publio Martín Andrés Patiño Mejía
Magistrado

Firmado Por:

PUBLIO MARTIN ANDRES PATIÑO MEJIA

**MAGISTRADO
CONSEJO
DESPACHO 6

CALDAS**

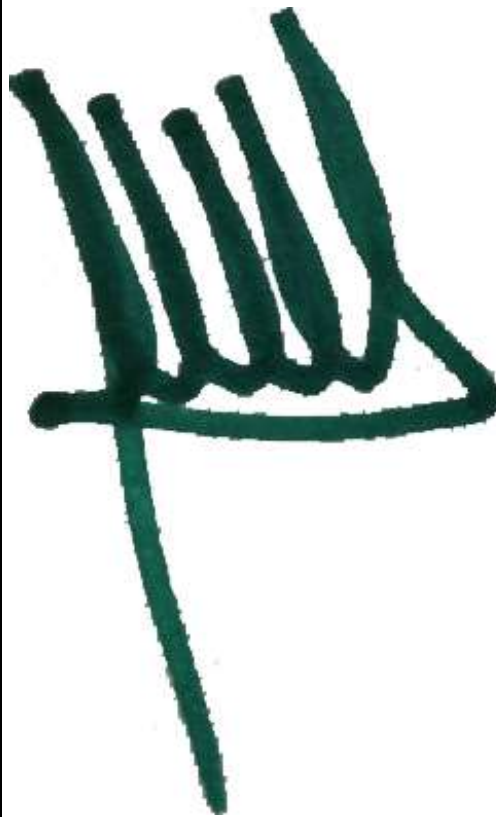
Este documento fue
electrónica y cuenta
conforme a lo
y el decreto

Código de verificación:

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior
providencia se notifica a las parte por Estado
Electrónico No. **082** de fecha 13/07/2020

Manizales, 10 de julio de 2020.



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

**TRIBUNAL O
SECCIONAL
TRIBUNAL
ADMINISTRATIVO DE**

generado con firma
con plena validez jurídica,
dispuesto en la Ley 527/99
reglamentario 2364/12

0cb007e622b004cecc55252e59cf2965ddb7a63de20e9df9d8be328013dbccb0

Documento generado en 10/07/2020 10:11:53 AM

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 192

Manizales, diez (10) de julio de dos mil veinte (2020).

Radicado: 17-001-33-33-004-2015-00030-02
Naturaleza: Reparación Directa
Demandante: Jorge Eduardo Serna y Otros
Demandados: Nación - Rama Judicial
Fiscalía General de la Nación

I. ASUNTO

El Tribunal Administrativo de Caldas decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Administrativo de Manizales, mediante la cual se denegaron sus pretensiones.

II. ANTECEDENTES.

2.1. PRETENSIONES

Solicita la parte demandante se declare administrativa y patrimonialmente responsable a la Nación - Rama Judicial y a la Fiscalía General de la Nación por los perjuicios ocasionados al señor Jorge Eduardo Serna Ospina y a su núcleo familiar, a raíz de la privación injusta de la libertad que soportó entre el 23 de julio de 2012 y el 03 de enero de 2013.

Que por lo anterior, se ordene a las demandadas pagar las indemnizaciones pertinentes con el fin de resarcir el daño material (lucro cesante)¹ y los perjuicios morales² ocasionados.

2.2. HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES.

Se indica que la Fiscalía General de la Nación inició investigación penal en contra del señor Jorge Eduardo Serna Ospina por los hechos acontecidos el 23 de julio de 2012 en el sector “La Cabaña” del municipio de Manizales - Caldas, donde el investigado fue detenido en posesión de unos bienes materiales muebles que minutos antes habían sido

¹ Tasados en el escrito de demanda en cuantía de \$3.423.000.

² Estimados en 40 salarios mínimos legales mensuales vigentes para el afectado directo, y 30 para los demás demandantes.

objeto de denuncia de hurto por parte de uno de los habitantes del mencionado sector.

Que el 22 de julio de 2012 el señor Serna Ospina -quien se desempeña como conductor de una camioneta de acarreo- fue contratado para efectuar el transporte de una serie de elementos que debía ser recogidos en el referido sector rural a las 4:30 de la mañana del día siguiente; que el administrador de la finca donde fueron recogidos los elementos hurtados, al sentir ruidos, se despertó y al salir observó una camioneta roja que cruzaba por el lugar y la ausencia de los referidos bienes, por lo cual entabló comunicación con el puesto de policía de la vía Manizales – La Cabaña, donde al observar el vehículo del demandante lo retuvieron y decomisaron los bienes, momento en el cual la persona que había contratado los servicios del señor Serna Ospina, salió corriendo del vehículo logrando huir sin que fuese capturado por las autoridades.

Que el 3 de enero de 2013 se llevó a cabo audiencia de juicio oral adelantada por el Juzgado Tercero Penal Municipal de Conocimiento de Manizales, en la cual se anunció sentido del fallo absolutorio y se dispuso la libertad del señor Jorge Eduardo Serna Ospina.

2.3. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cita como fundamentos del medio de control incoado los artículos 1, 2, 6, 11, 28, 29, 90, 121 y 233 de la Constitución Política de Colombia; 140, 145, 154, 155, 157, 161 a 187 y 192 del CPACA; Ley 446 de 1988; Ley 270 de 1996 ; Ley 640 de 2001; Ley 1285 de 2009; y Ley 1395 de 2010.

En forma genérica citó *in extenso* sentencias proferidas por el H. Consejo de Estado sobre asuntos de responsabilidad patrimonial del Estado por privación de la libertad, de las cuales se resalta que en los casos en que se de la aplicación en el proceso penal del principio “*indubio pro reo*”, se debe aplicar una suerte de imputación objetiva donde la parte actora únicamente debe demostrar los conocidos elementos de la responsabilidad como son “*la actuación del Estado, los daños irrogados y el nexo de causalidad*” y por su parte la entidad demandada debe demostrar la existencia de un eximente de responsabilidad *so pena* de emitir condena en su contra.

2.4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

2.4.1. La Fiscalía General de la Nación manifestó que no se cumplen los presupuestos esenciales para la configuración de la responsabilidad que pretende endilgarse, pues la actuación fue acorde con a la normativa pertinente, sin que sea dable afirmar un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia ni privación injusta de la libertad.

Agrega que la entidad como órgano investigador tiene la facultad de solicitar la

detención del sindicado como medida preventiva en función de las pruebas que se tenga en el respectivo momento procesal, correspondiéndole al Juez de Garantías estudiar dicha solicitud, analizar las pruebas y decretar las que estime procedentes, para luego establecer la viabilidad de decretar la medida de aseguramiento o negarla, por lo que en tal sentido el ente acusador solicitó la medida de aseguramiento impuesta al actor en cumplimiento de los requisitos formales y atendiendo a que el imputado fue capturado en posesión de los elementos hurtados y a los demás elementos materiales probatorios recaudados.

En línea con lo anterior propuso el medio exceptivo *"FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA"*, reiterando que a quien le corresponde imponer medida de aseguramiento es al Juez de Garantías, por ello no es la Fiscalía quien profiere la orden de privar al sindicado de su libertad.

2.4.2. La Nación - Rama Judicial advirtió el Juez con función de garantías actuó conforme a las funciones que le asigna la Ley 906 de 2004 imponiendo la medida de aseguramiento al actor conforme los elementos probatorios aportados por la Fiscalía General de la Nación.

Consideró que la medida de aseguramiento de detención preventiva no equivale a la decisión penal definitiva, por lo tanto los requisitos para la imposición de la medida no indagan en la responsabilidad del imputado pues solo se requiere un *"convencimiento de probabilidad de responsabilidad del imputado"* por lo cual la emisión de la sentencia definitiva en sentido absolutorio no torna en injusta la detención preventiva pues esta cumplió con los requisitos necesarios en su oportunidad.

Finalmente arguyó que fue la codemandada Fiscalía General de la Nación quien en ejercicio de las facultades que le otorga el artículo 250 de la Constitución Política capturó al demandante y aportó los elementos materiales probatorios que conllevaron al Juez de Garantías al convencimiento de la participación del actor en el punible.

Propuso las excepciones que denominó *"FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DE LA NACIÓN - RAMA JUDICIAL - DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DE MANIZALES"*, y *"FALTA DE CONFIGURACIÓN DE LOS ELEMENTOS QUE ESTRUCTURAN RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO"*.

2.5. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El *a quo* denegó las pretensiones de la demanda. Para dar base a la decisión adoptada realizó un análisis fáctico y jurisprudencial del caso planteado para luego de transcribir apartes jurisprudenciales relacionados con la responsabilidad extracontractual y patrimonial del Estado por privación injusta de la libertad, y analizar los elementos de la referida responsabilidad en concordancia con los

elementos probatorios obrantes en el plenario, concluir frente al caso concreto, que de conformidad con la más reciente unificación de jurisprudencia del H. Consejo de Estado -15 de agosto de 2018, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera-, se ha superado la teoría de imputación cuasi objetiva en lo referente a este tipo de asuntos, pues actualmente resulta necesario que se analice la existencia de actuaciones ejercidas a título de culpa grave o dolo -desde su definición civil- por parte de los demandantes sobre quienes haya recaído la investigación penal.

En este orden de ideas, concluyó que de acuerdo a lo probado en el expediente el actor estaba en la obligación de soportar el daño que el Estado le irrogó, y ello, en tanto la conducta que aquel desplegó, transportando la mercancía hurtada que fue encontrada en su vehículo sin tomar las mínimas previsiones sobre la comprobación de sus verdaderos propietarios, aunado a las circunstancias tiempo, modo y lugar de tal actuar, permite calificar su conducta como gravemente culposa, razón por la cual el daño cuyo resarcimiento se deprecia no resulta antijurídico.

2.6. RECURSO DE APELACIÓN.

La **parte actora** en similar metodología a la desarrollada en el escrito demanda, insistió en forma genérica en la existencia de una responsabilidad objetiva en los asuntos de privación de la libertad cuando se da a aplicación en sede penal del principio de *in dubio pro reo*.

Así, al paso de citar *in extenso* jurisprudencia del H. Consejo de Estado -anterior, a la unificación jurisprudencial analizada como *ratio decidendi* por el *a quo*-, señaló que el Juez natural de la causa penal a través de la providencia que dispuso absolver de responsabilidad al señora Jorge Eduardo Serna Ospina, señaló que la Fiscalía no demostró que aquel tuviese conocimiento de que los elementos que transportaba eran producto de un ilícito y que su actuar fue el normalmente ejercido por personas que se dedican a la actividad que desarrollaba el investigado.

Por lo anterior, señala que en el caso bajo estudio no se requiere determinar la legalidad o no de la medida preventiva de aseguramiento pues "*Basta[ba] con acreditar la imposición de una medida privativa de la libertad en el trámite de un proceso judicial que culminó con una decisión favorable [al acusado]*" para disponer la responsabilidad patrimonial de las entidades demandadas.

2.7. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA.

2.7.1. La Nación – Rama Judicial solicitó confirmar la sentencia recurrida al considerar que el *a quo* dio adecuado cumplimiento a la línea de unificación jurisprudencial del H. Consejo de Estado actualmente vigente, considerando que existió una conducta reprochable ejercida por el actor y que le impuso la obligación de

soportar la investigación penal y la correspondiente medida preventiva de privación de su libertad.

Para sustentar su posición, trajo a colación sentencia del H. Consejo de Estado del 16 de mayo de 2018 -C.P. Jaime Enrique Rodríguez-, en la cual dicha corporación en un caso con símil fáctico, declaró la inexistencia de responsabilidad patrimonial de la Nación – Rama Judicial en el caso de una taxista que trasportó a una persona que pretendían cobrar dineros producto de extorsiones, señalando que fue la conducta del actor al no cuestionar, ni reprochar el irregular actuar de quien trasportaba lo que permite clasificar su conducta como gravemente culposa y por tanto elimina la antijuridicidad del daño.

2.7.2. Las demás partes e intervinientes guardaron silencio en esta etapa procesal.

III. CONSIDERACIONES

3.1. COMPETENCIA

La Sala es competente para decidir el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia con fundamento en lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA.

3.2. PROBLEMAS JURÍDICOS:

Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación propuestos por las partes demandante y demandada, se estima necesario resolverlos siguientes cuestionamientos.

¿Se encuentran probados los elementos que dan lugar a la responsabilidad administrativa y patrimonial en cabeza de las entidades demandadas, con ocasión de la privación de la libertad soportada por el señor Jorge Eduardo Serna Ospina con ocasión del proceso penal adelantado en su contra?

En caso afirmativo, *¿A qué monto ascienden los perjuicios causados a los accionantes?*

Para resolver los interrogantes planteados, se hará una relación y análisis de: i) las pruebas relevantes para la resolución de los problemas jurídicos advertidos; ii) el marco normativo y jurisprudencial sobre los elementos de la responsabilidad por privación injusta; iii) la carga de la prueba en este tipo de controversias; y iv) el caso concreto.

3.3. PRUEBAS RELEVANTES.

Se aportó el expediente contentivo de la actuación penal -de conocimiento- adelantada en contra del señor Jorge Eduardo Serna Ospina (fls. 1-105, Cdo. 2)³ compuesta por los siguientes documentos -relevantes-:

- Escrito de acusación en el cual se describen los fundamentos facticos y probatorios que sustentan dicha acusación (fls. 7-10).
- Boleta de encarcelación o detención del señor Serna Ospina (fl. 11).
- Acta de audiencia de formulación de acusación (fls. 19-20).
- Acta de audiencia preparatoria (fls. 35-38).
- Informe ejecutivo de noticia criminal suscrito por servidores de Policía Judicial en el cual se relatan los pormenores de la aprehensión del señor Jorge Eduardo Sena Ospina (fls. 49-52).
- Acta de incautación de los bienes incautados al señor Sena Ospina (fl. 55).
- Un folio contentivo del acta de audiencia de control de garantías en el cual se informa únicamente que se decidió sobre la legalización de captura, formulación de imputación, imposición de medida de aseguramiento y suspensión del poder dispositivo de un vehículo -sin mayor información sobre las razones o pormenores de tales decisiones-; el referido documento advierte que tiene como anexos 1 CD con 2 videos, el cual no obra en el expediente (fl. 62).
- Acta de audiencia de juicio oral (fls. 87-89, cdo. 1).
- Sentencia absolutoria en la cual se señalan los motivos de absolución -no superación de la presunción de inocencia- (fls. 94-100, Cdo. 1).

3.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL (ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD POR PRIVACIÓN INJUSTA)

El artículo 90 Constitucional preceptúa en su primer inciso que *“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”*; entretanto, la Ley 270 de 1996⁴ estipuló en su artículo 65 que *“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales”*, señalando en el 2º inciso ibídem que *“...el Estado responderá por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por el error jurisdiccional y por la privación injusta de la libertad”*, mientras que el precepto 67 idem prevé que *“Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios”* (Subrayas son del Despacho).

En cuanto al alcance que ha de brindársele a la expresión “daño antijurídico” contenido en el canon 90 constitucional y en el artículo 65 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, la H. Corte Constitucional en sentencia C-333 de 1996, alusiva a las fuentes y motivos que dieron origen a aquel precepto Superior, dejó

³ Prueba decretada por solicitud de la parte actora y aportada al expediente por su respectivo apoderado el 10 de abril de 2018.

⁴ Estatutaria de Administración de Justicia.

presente que aquella condición esencial de responsabilidad, consiste en la lesión producida por el Estado (entiéndase cualquier persona de derecho público) que el(los) administrado(s) no tenían el deber jurídico de padecer.

El H. Consejo de Estado⁵ dejó claro que el aludido daño no ha de derivarse necesariamente de un grosero proceder de la administración, pues ello contravendría el mismo postulado de responsabilidad objetiva contenido en el canon 90 Superior:

“...Dado que en el nuevo paradigma constitucional la determinación de la responsabilidad estatal no depende de la pregunta por la ilegitimidad de la actuación estatal o culpa del agente que la ejecuta, sino de la interrogación sobre qué afectaciones del derecho deben ser soportadas por quien las padece y relación causa a efecto con y la acción u omisión de la administración, se impone que para la determinación de la naturaleza de la responsabilidad estatal por privación de la libertad, se plantee previamente la pregunta de cuándo una persona está en la obligación de soportar una medida restrictiva de su libertad. Dentro del marco axiológico de un Estado de derecho, la única respuesta admisible es que alguien está obligado a soportar la restricción de la libertad cuando ésta ha sido impuesta como consecuencia de una acción libre antecedente, esto es, como medio de contención al delito. Tratándose de una pena efectivamente subsiguiente al delito, la restricción indeseada de la libertad, no entra realmente en pugna con la autonomía y la dignidad del hombre sino que de cierto modo, es consecuencia de ellas. Siguiendo, nuevamente a Kant, se puede decir que lo que realmente ha sucedido es que lo que, el delincuente recibe en forma de coacción, es la contracara de su acción libre...” (Se destaca).

La anterior posición, emitida de conformidad con la sentencia de unificación jurisprudencial proferida por la Sala Plena de la Sección Tercera del H. Consejo de Estado⁶, con la cual, en lo pertinente, pregonó:

“[L]a Corte Constitucional, en la mencionada sentencia C-037 de 1996, expresó, para declarar la exequibilidad del referido precepto, que “el término “injustamente” se refiere a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, de forma tal que se torne evidente que la privación de la libertad no ha sido ni apropiada, ni razonada ni conforme a derecho, sino abiertamente arbitraria”.

Sin embargo, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha considerado que la transcrita interpretación respecto de los alcances del artículo 68 de la Ley 270 de 1996 podría conducir a entender que la referida norma estatutaria habría restringido el ámbito de posibilidades dentro de las cuales resultaría viable declarar la responsabilidad del Estado por el hecho de la detención ordenada por autoridad judicial dentro de una investigación

⁵ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección B. Sentencia del 31 de agosto de 2015, Rad. 17001-23-31-000-2006-01248-01(36187).

⁶ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 17 de octubre de 2013, Exp. Interno 23354.

penal, para circunscribirlo a los supuestos en los que se acredite una falla del servicio público de Administración de Justicia, pero además no una falla de cualquier índole, sino una acompañada de las características descritas por la Corte Constitucional en el apartado precedentemente traído a colación.

Por tal razón, la Sección Tercera de esta Corporación entendió entonces y ahora reitera, que semejante conclusión no consulta la obligación del intérprete de buscar el sentido de las disposiciones no de forma aislada e inconexa, sino en el conjunto tanto del cuerpo normativo en el cual se insertan, como en el de la totalidad del ordenamiento jurídico y, en especial, poniéndolas en contacto con aquellos preceptos de la Carta Política que no pueden soslayarse al momento de precisar su contenido y alcance, motivo por el cual “mal podría identificarse el significado del artículo 68 de la Ley 270 de 1996, prescindiendo de una hermenéutica sistemática con las demás normas de la misma Ley Estatutaria que regulan el objeto al cual ella se refiere o, peor aún, omitiendo conectarla con el artículo 90 constitucional, piedra angular del régimen de responsabilidad del Estado operante en Colombia desde que rige la Carta Política de 1991”⁷, precepto superior éste que, del mismo modo en que lo hace el artículo 65 de la Ley 270 en mención⁸,

*“... **no introduce limitación o condicionamiento alguno** encaminado a impedir el juzgamiento o la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado como consecuencia de la actividad de la Administración de Justicia, **distinto de la causación de un daño antijurídico**. No podía preverlo, por lo demás, como quiera que con ello conculcaría la regulación efectuada por el artículo 90 de la Carta, que igualmente constituye el concepto de “daño antijurídico”, en el elemento central cuya concurrencia debe evidenciarse para que proceda el reconocimiento de la responsabilidad estatal —siempre, claro está, que ese daño pueda imputarse jurídicamente a una autoridad pública—”⁹...” (Subrayas y resaltado son de este Tribunal)*

Siguiendo esta línea de intelección el H. Consejo de Estado, en su más reciente

⁷ Cita de cita: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 2 de mayo de 2007; Radicación No.: 20001-23-31-000-3423-01; Expediente No. 15.463.

⁸ Cita de cita: De acuerdo con el cual “el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales”.

⁹ Cita de cita: Cfr. Sección Tercera, sentencia del 2 de mayo de 2007; Radicación No.: 20001-23-31-000-3423-01; Expediente No. 15.463, antes citada. En el mencionado pronunciamiento se pone de presente, además, cómo también la propia Corte Constitucional, de manera que no deja de resultar algo paradójica —pues lo afirma en la misma sentencia C-037 de 1996 aludida—, subraya que los alcances del artículo 90 de la Constitución Política no pueden ser restringidos por una disposición legal: “Este es, por lo demás, el entendimiento de la propia Corte Constitucional que, al valorar si el proyecto del referido artículo 65 de la Ley 270 de 1996 se avenía o no al Ordenamiento Fundamental, sostuvo que “el inciso primero del presente artículo es exequible, pues si bien sólo hace alusión a la responsabilidad del Estado —a través de sus agentes judiciales— por falla en el servicio, ello no excluye, ni podría excluir, la aplicación del artículo 90 superior en los casos de la administración de justicia”, añadiendo, a continuación, que “...el principio contemplado en el artículo superior citado, según el cual todo daño antijurídico del Estado —sin importar sus características— ocasiona la consecuente reparación patrimonial, en ningún caso puede ser limitado por una norma de inferior jerarquía, como es el caso de una ley estatutaria. Ello, en vez de acarrear la inexequibilidad del precepto, obliga a una interpretación más amplia que, se insiste, no descarta la vigencia y la aplicación del artículo 90 de la Carta Política”.

unificación jurisprudencial sobre el tema ratificó que para todos los casos que sean analizados bajo la órbita de la responsabilidad patrimonial del estado por privación injusta de la libertad, es necesario analizar todos los elementos de la cláusula de responsabilidad estatal del artículo 90 constitucional. En efecto señalado la referida corporación¹⁰:

“En consecuencia, procede la Sala a modificar y a unificar su jurisprudencia en relación con los casos cuya litis gravita en torno a la responsabilidad patrimonial del Estado por privación de la libertad, en el sentido de que, en lo sucesivo, cuando se observe que el juez penal o el órgano investigador levantó la medida restrictiva de la libertad, sea cual fuere la causa de ello, incluso cuando se encontró que el hecho no existió, que el sindicado no cometió el ilícito o que la conducta investigada no constituyó un hecho punible, o que la desvinculación del encartado respecto del proceso penal se produjo por la aplicación del principio in dubio pro reo, será necesario hacer el respectivo análisis a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, esto es, identificar la antijuridicidad del daño.

...

El funcionario judicial, en preponderancia de un juicio libre y autónomo y en virtud del principio iura novit curia, puede encausar el análisis del asunto bajo las premisas del título de imputación que considere pertinente, de acuerdo con el caso concreto y deberá manifestar de forma razonada los fundamentos que le sirven de base para ello.”

En tal sentido, el H. Consejo de Estado en concordancia con lo anterior, ha fijado un método de análisis de los elementos de la responsabilidad estatal en este tipo de asuntos, señalando que el primer escaño necesario para determinar la existencia del daño antijurídico, es el análisis de los fundamentos facticos y normativos que dieron lugar a la imposición de la medida de aseguramiento, siendo necesario concluir de este estudio que dicha medida correspondió a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, al respecto señaló¹¹:

“Ahora bien, de lo anterior se tiene que la sentencia no definió un régimen específico en materia de privación injusta; sin embargo, esta Sala atendiendo a lo afirmado por la Corte Constitucional en sentencia SU-072 de 2018 estima que el método adecuado para abordar el estudio de responsabilidad en estos casos debe hacerse de la siguiente manera:

1. Lo primero que debe analizarse es si con la medida restrictiva de la libertad se incurrió en una falla en el servicio, régimen que por antonomasia es el aplicable para efectos de endilgarle responsabilidad a los entes estatales.

Este análisis debe incluir en primera medida lo afirmado por la Corte Constitucional en la sentencia C-037 de 1996, ya citada en precedencia, esto es, debe estudiarse si la medida

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 15 de agosto de 2018; C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Radicación No.: 66001-23-31-000-2010-00235 01 (46.947).

¹¹ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección B. Sentencia del 03 de diciembre de 2018, Consejero Ponente: Ramiro Pazos Guerrero, Rad. 15001-23-31-000-2003-02611-01 (44520).

de privación de la libertad correspondió a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales.

Así mismo, debe estudiarse si la medida fue ilegal, si existieron irregularidades en el proceso penal, si la medida se sujetó a los requisitos formales y establecidos en la ley penal, si su imposición está motivada con claridad y suficiencia y, si se ajusta a los valores y derechos que consagra la Carta Política, así como a los parámetros fijados por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y, en todo caso, se deber tener en consideración la gravedad del delito, la naturaleza de los bienes jurídicos tutelados, los antecedentes del sindicado, las circunstancias de haber sido aprehendido en flagrancia, el desacato a decisiones judiciales previas o a la asunción de una conducta reprochable con posterioridad a la ejecución del hecho punible .

2. Si superado ese primer estudio se observa que aunque no existe reproche alguno a la actuación de la entidad en los términos señalados, el análisis de la responsabilidad se observará bajo los parámetros del artículo 90 de la Constitución para derivar el derecho a la reparación cuando los daños provienen de una actuación legítima del Estado, pero que causa daño antijurídico a las personas que no tengan el deber jurídico de soportarlo, tal y como sería cuando se evidencie que la persona no estaba llamada a soportar la privación, por haber sido exonerada por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente, porque el hecho no existió, o la conducta no constituía un hecho punible.” (Subrayado y negrillas de la Sala).

Así las cosas, contrario a lo señalado por la parte actora en su recurso de alzada, para determinar la existencia de los elementos de la responsabilidad patrimonial del Estado, en casos de privación de la libertad no resulta suficiente con meramente acreditar que se impuso una medida privativa de la libertad y que posteriormente se absolvió al imputado de responsabilidad penal, pues como se advierte en la jurisprudencia en cita, resulta necesario acreditar que dicha medida, se itera, “correspondió a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales” o “si existieron irregularidades en el proceso penal, si la medida se sujetó a los requisitos formales y establecidos en la ley penal, si su imposición está motivada con claridad y suficiencia y, si se ajusta a los valores y derechos que consagra la Carta Política”.

3.5. CARGA DE LA PRUEBA - CASO CONCRETO.

Teniendo en cuenta el marco de análisis de la responsabilidad estatal en casos de privación de la libertad previamente planteado, es claro que en este tipo de asuntos en principio de la carga de la prueba no tiene distintos derroteros a los aplicables a la generalidad de asuntos de responsabilidad estatal, esto es, principalmente, la necesidad de que la parte que alega la existencia de la falla del servicio sea quien acuda ante la jurisdicción aportando todos los elementos probatorios que permitan al

fallador establecer la existencia o no de dicha falla, falla en el servicio que como se advirtió previamente, debe derivarse de irregularidades en la imposición de la medida de aseguramiento.

En tal sentido, el H. Consejo de Estado en reciente pronunciamiento -sobre un asunto de responsabilidad por privación injusta de la libertad- denotó la importancia de que la parte actora, cumpla con la carga de la prueba que le impone la declaratoria de responsabilidad que persigue, acreditando la existencia de los elementos de la responsabilidad estatal, como lo es, en primera medida, el daño antijurídico, elemento sin el cual no hay lugar a declarar responsabilidad pues solo ante su acreditación es posible analizar la imputación de este al correspondiente agente u organismo estatal. Así, en la referida providencia se niegan las pretensiones de la demanda, al advertir que no se aportaron las pruebas pertinentes que permitan analizar los elementos formales y sustanciales de la medida de aseguramiento, esto es, las decisiones por medio de las cuales se impuso la privación de la libertad del afectado, lo anterior al señalar¹²:

“Al respecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha sostenido que el daño, primer elemento que debe acreditarse en el análisis de imputación¹³, es la causa de la reparación; se trata, entonces, de un requisito indispensable para declarar la responsabilidad del Estado¹⁴; sin embargo, pese a la existencia del daño, es posible que no haya lugar a declarar la responsabilidad estatal, “es lo que ocurre en dos hipótesis: el daño existe pero no se puede atribuir al demandado (...), el daño existe y es imputable, pero el imputado no tiene el deber de repararlo, porque no es un daño antijurídico y debe ser soportado por quien lo sufre”¹⁵.

*En el presente asunto, si bien se acreditó que el señor Jhonny Albino Vallecilla Ramírez fue vinculado a un proceso penal, privado de la libertad y acusado por el delito de acceso carnal violento con circunstancias de agravación, **no obran en el plenario las grabaciones de las audiencias adelantadas en el proceso penal, las cuales hubieran permitido conocer en detalle los argumentos de las partes intervinientes, pues únicamente los actores aportaron las actas que suscribieron***

¹² Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección A. Sentencia del 05 de marzo de 2020, Consejera Ponente: Marta Nubia Velásquez Rico, Rad. 76001-23-31-000-2010-01480-01(49994).

¹³ **Cita de cita:** “El daño es la razón de ser de la responsabilidad, y por ello, es básica la reflexión de que su determinación en sí, precisando sus distintos aspectos y su cuantía, ha de ocupar el primer lugar, en términos lógicos y cronológicos, en la labor de las partes y juez en el proceso. Si no hubo daño o no se puede determinar o no se le pudo evaluar, hasta allí habrá de llegarse; todo esfuerzo adicional, relativo a la autoría y a la calificación moral de la conducta del autor resultará necio e inútil” (Hinestrosa, Fernando: “Responsabilidad extracontractual: antijuridicidad y culpa”, citado por HENAO, Juan Carlos: “El daño”, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 36).

¹⁴ **Cita de cita:** Respecto del daño como presupuesto para declarar la responsabilidad del Estado y como primer elemento a estudiar en los procesos de reparación directa, ver, entre otras, sentencias del Consejo de Estado, Sección Tercera, del 10 de septiembre de 1993 (expediente 6144), del 2 de marzo de 2000 (expediente 11135), del 9 de marzo de 2000 (expediente 11005), del 16 de marzo de 2000 (expediente 11890), del 18 de mayo de 2000 (expediente 12129), del 4 de diciembre de 2002 (expediente 12625), del 4 de diciembre de 2007 (expediente 16241) y del 1 de diciembre de 2008 (expediente 16472).

¹⁵ **Cita de cita:** HENAO, Juan Carlos: *Op. Cit.*, p. 38.

los jueces que participaron en aquellas diligencias.

De tales actas, la de la diligencia de formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento no resulta suficiente por sí misma para acreditar la antijuridicidad del daño alegado por los demandantes, puesto que en ella no se expusieron de forma clara y pormenorizada las razones que el Juzgado Doce Penal del Circuito con Funciones de Control de Garantías de Cali tuvo para imponer la medida de aseguramiento en contra del señor Jhonny Albino Vallecilla Ramírez, lo cual resulta necesario en aras de determinar si la detención del demandante fue injusta o no.

Ahora, es cierto que el 30 de agosto de 2007 el juez penal ordenó la libertad del señor Jhonny Albino Vallecilla Ramírez y que posteriormente fue absuelto del delito de acceso carnal violento con circunstancias de agravación, pero también es cierto que ese solo hecho no tiene la virtualidad suficiente para comprometer la responsabilidad patrimonial del Estado y generarle el deber de indemnizar el daño que pudo haberse causado a los familiares de la víctima directa con la privación de su libertad, pues respecto de tal daño no se probó que existiera antijuridicidad alguna, como acaba de explicarse.

Por todo lo anterior, se puede concluir que no se probó que las decisiones judiciales dictadas en el proceso penal adelantado en contra del señor Vallecilla Ramírez fueran contrarias a derecho o que comportaron arbitrariedad, falta de proporcionalidad o capricho de quienes las proferieron, pues lo único que se tiene claro es que el señor Jhonny Albino Vallecilla Ramírez fue privado de su libertad y que posteriormente fue absuelto del delito de acceso carnal violento con circunstancias de agravación, pero se ignora si las razones invocadas para imponerle la medida de aseguramiento fueron válidas, proporcionadas, ajustadas a derecho y, por ende, si la medida fue idónea o no.

Al respecto, debe recordarse que, como lo ha precisado la Sala en varias oportunidades, de acuerdo con el artículo 177 del C.P.C.¹⁶, la carga de la prueba compete a la parte que alega un hecho o a quien lo excepciona o lo controvierte; por lo tanto, es indispensable demostrar, por los medios legalmente dispuestos para tal fin, los hechos que sirven de fundamento fáctico de la demanda, de modo que la mera afirmación de los mismos no sirve para ello.

Así, es necesario establecer cuál es la actividad del demandado que tiene nexo de causalidad con el daño y que permite imputarle responsabilidad¹⁷, situación que acá no se dio; por tanto y como la parte actora no cumplió con la carga probatoria mínima que le era exigible, tendiente a acreditar la responsabilidad de las demandadas, la Sala

¹⁶ Cita de cita: “Art. 177.- Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

“Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba”.

¹⁷ Cita de cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 27 de abril de 2006, expediente 16.079.

debe concluir que no se encuentra acreditada su responsabilidad por los hechos que le fueron endilgados, razón por la cual se confirmará el fallo de primera instancia que negó las pretensiones, pero por las razones aquí expuestas. (Subrayado y negrillas son de la Sala).

Analizada la jurisprudencia en cita, observa la Sala que de igual forma al asunto allí analizado, en el presente medio de control la parte actora se limitó a aportar al expediente las copias contentivas de las actuaciones que en etapa de conocimiento fueron adelantadas frente al señor Jorge Eduardo Serna Ospina, sin embargo, es claro que la responsabilidad que se pretende imputar a las entidades demandadas no guarda relación inmediata con dicha etapa del proceso penal, pues como se advirtió en precedencia la antijuridicidad del daño en asuntos como el aquí controvertido debe ser analizada desde la imposición de la medida de aseguramiento preventivo, la cual en el caso del señor Jorge Eduardo Serna Ospina ocurrió en la etapa de control de garantías adelantada por el Juzgado Sexto Penal Municipal de Control de Garantías de Manizales.

Frente a las decisiones adoptadas en etapa de control de garantías y principalmente respecto de la providencia que impuso la medida preventiva de aseguramiento en contra del señor Jorge Eduardo Serna Ospina, se observa que dichas decisiones no obran en el expediente, pues se itera, la parte actora aportó exclusivamente el contenido de las actuaciones adelantadas en la etapa de conocimiento del proceso penal.

Cabe resaltar, que la única información acerca de la imposición de la medida de aseguramiento impuesta al señor Jorge Eduardo Serna Ospina, es la copia - 1 pagina- del acta de audiencia de control de garantías, documento que se limita a señalar cuales fueron las decisiones adoptadas en la audiencia de control de garantías adelantadas frente al detenido -legalización de captura, formulación de imputación, imposición de medida de aseguramiento y suspensión del poder dispositivo de un vehículo-, documento que no ofrece ningún tipo de información sobre los fundamentos legales, facticos o los razonamientos efectuados por el Juzgado Sexto Penal Municipal de Control de Garantías de Manizales para imponer la privación de la libertad que soportó el aquí demandante.

Así las cosas, tal y como lo señaló el H. Consejo de Estado en la providencia previamente reseñada, al no haberse aportado las grabaciones o transcripciones de las audiencias de control de garantías en el marco de las cuales se impuso la medida de aseguramiento, se está ante una carencia probatoria -carga procesal mínima que le era exigible a la parte actora- que impide a esta Colegiatura emprender el análisis sobre la antijuridicidad del daño irrogado a la parte demandante, por no contar con los elementos que permitan analizar si dicha medida, se reitera, “correspondió a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales” o “si

existieron irregularidades en el proceso penal, si la medida se sujetó a los requisitos formales y establecidos en la ley penal, si su imposición está motivada con claridad y suficiencia y, si se ajusta a los valores y derechos que consagra la Carta Política”.

Ahora bien, sobre la facultad oficiosa con la que cuenta el juez de lo contencioso administrativo para decretar pruebas en el proceso, la Sala aclara que dicha prerrogativa, *“sirve para esclarecer las dudas que se derivan de la actividad probatoria desplegada por las partes, más no para relevarlas de su carga probatoria”*¹⁸.

Por lo anterior, se concluye por este Tribunal que no se encuentra acreditada la responsabilidad de las entidades demandadas por los hechos que le fueron endilgados por la parte actora, por lo cual se confirmará la decisión recurrida que negó las pretensiones perseguidas en el presente medio de control, empero por las razones aquí expuestas.

3.7. COSTAS.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, y atendiendo a la remisión normativa señalada por el canon 306 *ibídem* en concordancia con el artículo 365 del CGP, se condenará en costas a la parte accionante, debido a que se ha desatado desfavorablemente el recurso de alzada interpuesto y a que se encuentra acreditada la incursión en agencias en derecho, estas últimas en tanto, la parte accionada actuó en esta instancia a través de apoderado judicial.

Se fijan agencias en derecho, por valor de \$800.000 pesos de acuerdo con lo prescrito en el artículo 6 numeral 3.1.2 del Acuerdo 1887 de 2003.

En mérito de 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: CONFÍRMASE por las razones aquí expuestas, la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, el 07 de marzo de 2019, por la cual se denegaron las súplicas formuladas dentro del medio de control de reparación directa formulado por Jorge Eduardo Serna y Otros contra la Nación - Rama Judicial y la Fiscalía General de la Nación.

SEGUNDO: COSTAS a cargo de la parte actora. **FÍJANSE** agencias en derecho en esta instancia por valor de \$800.000 pesos.

¹⁸ Consejo de Estado. Sección Tercera Sub Sección A, sentencia de 3 de octubre de 2019. CP. Dra. Mará Adriana Marín Rad. 13001-23-31-000-2013-00048-01 (51528).

TERCERO: 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 Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 026 de 2020.

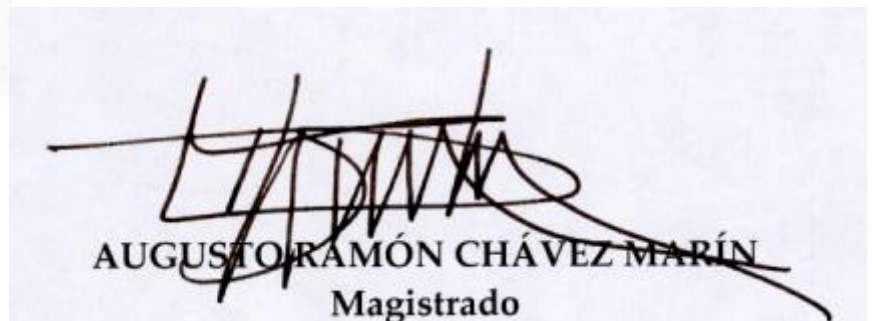
NOTIFÍQUESE



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

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



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

**MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 193**

Manizales, diez (10) de julio de dos mil veinte (2020).

Radicado:	17-001-33-33-002-2015-00362-02
Naturaleza:	Proceso Ejecutivo
Demandante:	Vilma Vásquez Castaño
Demandados:	Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales – UGPP.

El Tribunal Administrativo de Caldas, procede a emitir fallo con ocasión del recurso apelación impetrado por la ejecutada contra la sentencia que dispuso proseguir con la ejecución.

I. ANTECEDENTES

1. SOLICITUD DE EJECUCIÓN.

La señora Vilma Vásquez Castaño depreca la ejecución del crédito contenido en la sentencia No. 177 del 29 de septiembre de 2010 proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Manizales -ejecutoriada el 12 de octubre siguiente-, en la cual se dispuso la reducción del descuento por concepto de salud efectuada a la demandante sobre su mesada pensional de jubilación “*Gracia*” y en consecuencia se ordenó el reintegro de los mayores descuentos efectuados desde el 14 de noviembre de 2004, proceso que en su oportunidad se tramitó en contra de la Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal E.I.C.E. -en liquidación para ese entonces, hoy liquidada-.

Relata que en cumplimiento a la sentencia y como obligada al cumplimiento de las obligaciones pendientes de Cajanal E.I.C.E. -ya liquidada-, la aquí ejecutada Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales – UGPP, expidió la Resolución RDP 018789 del 24 de abril de 2013, ordenando el cese de los descuentos del 6% efectuados sobre la mesada pensional de jubilación “*Gracia*”, sin que se resolviera sobre el pago de los mayores valores descontados.

Que a pesar de la expedición del referido acto administrativo la entidad ejecutada, a la fecha, no ha disminuido el valor de los descuentos por concepto de aportes a salud efectuados sobre la mesada pensional de la demandante, aunado, a que nada se ha dispuesto sobre el pago de la sumas ordenadas en la sentencia por concepto de los mayores valores descontados.

2. MANDAMIENTO DE PAGO.

El Juzgado Segundo Administrativo de Manizales, mediante proveído del 22 de noviembre de 2015 (fls. 189-193, cdo. 1), dispuso librar mandamiento de pago en contra de la UGPP, en los siguientes términos:

“[Por la suma de] DIEZ MILLONES QUINIENTOS SETENTA MIL CIENTO TRES PESOS M.CTE (\$10.560.103), por concepto de capital hasta el 30 de junio de 2018.

Por los valores descontados en exceso mes por mes de la pensión de jubilación gracia de la accionante, a partir del 1° de julio de 2018 y hasta que se verifique la suspensión de dichos descuentos con un tope del 6% mensual.

Por el valor de QUINIENTOS NOVENTA Y DOS MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y TRES PESOS MCTE (\$592.653), desde la ejecutoria de la sentencia base del recaudo (12 de octubre de 2010) y hasta el 12 de abril de 2011.

Por los intereses moratorios a partir del día siguiente al vencimiento de los cinco (5) días que para el pago se otorgan en esta providencia”

3. REPOSICIÓN CONTRA EL MANDAMIENTO DE PAGO.

El 26 de octubre de 2018 la UGPP formuló recurso de reposición contra el mandamiento de pago, bajo 3 derroteros a saber; *(i)* Que el título ejecutivo base de recaudo no podía ser deprecado frente a dicha entidad -lo que denominó “*FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PARTE DE LA UGPP*” al considerar que los pagos al sistema de salud son girados directamente al Fondo de Seguridad y Garantías en Salud -Fosyga-, por lo que los “*mayores descuentos*” efectuados sobre la mesada pensional de la demandante deben ser reclamados ante dicha entidad, dado que la UGPP no tiene dentro de sus funciones legales la de devolver este tipo de aportes que otrora fueron efectuados por parte de Cajanal E.I.C.E. -liquidada-; *(ii)* Que actualmente se está tramitando recurso extraordinario de revisión en contra de la sentencia base de ejecución y *(iii)* Que la acción ejecutiva había caducado al momento de interponer la demanda.

El recurso fue despachado desfavorablemente a través de auto del 23 de noviembre de 2018, en el cual el *a quo* señaló que, la interposición y trámite del recurso extraordinario de revisión en contra de la sentencia judicial base de recaudo no suspende o desvirtúa la ejecutoria de la sentencia. Que ante la liquidación de Cajanal, por expresa disposición normativa la UGPP fue encargada de atender íntegramente las reclamaciones que procedían en contra de la referida entidad liquidada, aunado a que justamente en virtud a tal distribución de competencias, fue la propia UGPP quien expidió el acto por medio del cual pretendió dar cumplimiento al fallo judicial base de ejecución. Respecto a la caducidad advirtió que, la solicitud de ejecución fue radicada ante el Juzgado, antes de que feneciera el plazo de cinco años que otorga el artículo 164 del CPACA para el efecto.

4. EXCEPCIONES CONTRA EL MANDAMIENTO DE PAGO.

La ejecutada transcribió íntegramente el contenido del recurso de reposición interpuesto contra el mandamiento de pago, integrando dichos argumentos bajo las excepciones que denominó *"FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PARTE DE LA UGPP"*, *"RECURSO DE REVISIÓN DE FALLO PENDIENTE DE RESOLVER"* y *"CADUCIDAD DE LA ACCIÓN EJECUTIVA CONTENCIOSA"*.

Agregó, el medio exceptivo de *"PAGO DE LA OBLIGACIÓN"* alegando que dio cumplimiento al fallo a través de la resolución RDP 018789 del 24 de abril de 2013 por medio de la cual ordenó suspender el descuento del 6% por concepto de aporte a salud efectuado en la nomina de pensionados a la demandante por su pensión *"gracia"*.

Finalmente, propuso la excepción de *"BUENA FE"* arguyendo que ha actuado de buena fe, dando aplicación a las disposiciones normativas que ha considerado pertinentes.

5. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

En sentencia emitida en audiencia de instrucción y juzgamiento celebrada el 05 de junio de 2019 (fls. 166-171, cdo. 1) el *a quo* resolvió la excepción de *"PAGO DE LA OBLIGACIÓN"* señalando que, se encuentra acreditado que la ejecutada si bien expidió la resolución RDP 018789 del 24 de abril de 2013, no ha dado cumplimiento a lo allí dispuesto, pues los descuentos efectuados sobre la mesada pensional percibida por la ejecutante no han disminuido, aunado al hecho de que la UGPP no demostró haber efectuado el pago de las sumas ordenadas en la sentencia por concepto de los mayores valores descontados a partir del 14 de noviembre de 2004.

Agregó que, los argumentos expuestos por la ejecutada acerca de que la entidad encargada de devolver los valores descontados a la ejecutante es el Fosyga, no pueden ser de recibo en esta etapa de ejecución, pues tales disquisiciones atañen al fondo del asunto debatido en la sentencia base de recaudo, la cual, itera, concluyó imponiendo dicha obligación a cargo de Cajanal, obligación que tras la liquidación de dicha entidad fue trasladada a la UGPP.

Corolario, dispuso seguir adelante con la ejecución del mandamiento de pago y condenó en costas (gastos procesales y agencias en derecho) a la ejecutada, al señalar que dichos rubros se encuentran acreditados en el expediente.

6. RECURSO DE APELACIÓN.

La UGPP interpuso recurso de apelación para lo cual reiteró la totalidad de los argumentos expuestos en la proposición de excepciones contra el mandamiento de pago, añadiendo que al proceso deben ser vinculados como litisconsortes necesarios el Ministerio del Trabajo – FOPEP y el FOSYGA -hoy ADRES-, al ser dichas entidades las que administraron y recibieron los pagos que por concepto de descuentos en salud fueron efectuados sobre la mesada pensional de la ejecutante.

Manifestó adema su oposición a la condena en costas impuesta al señalar que, no ha actuado

en forma temeraria pues su proceder siempre ha sido en derecho y procurando la protección del erario público.

7. TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA.

Mediante auto del 27 de septiembre de 2019 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la entidad ejecutada y se dio traslado a las partes para alegar de conclusión.

La ejecutada alegó de conclusión mediante escrito a través del cual reiteró los argumentos propuestos en etapa de proposición de excepciones y en el recurso de alzada, sin agregar consideraciones adicionales a las ya advertidas.

Las demás partes e intervinientes no se pronunciaron en esta oportunidad.

II. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO.

De conformidad con la sentencia de instancia y el escrito de impugnación, el asunto jurídico a resolver se centra en dilucidar:

¿Se encuentra probada alguna de las excepciones -procedentes- que impida continuar con la ejecución total o parcial de las sumas libradas en el mandamiento de pago?

Y, ¿Era procedente la imposición de condena en costas a cargo de la ejecutada?

Para dilucidar lo anterior, la Sala abordará el análisis de: **(i)** el título base de ejecución; **(ii)** La procedencia de excepciones en asuntos ejecutivos cuya base de recaudo se trate de una sentencia judicial; **(iii)** La acreditación de tales medios exceptivos -propuestos- en el caso concreto y **(iv)** Los fundamentos normativos y jurisprudenciales de la condena en costas.

2. TITULO EJECUTIVO.

La Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA), en su Título IX¹, artículo 297, consagra en su numeral 1 que “...para los efectos de este Código, constituyen título ejecutivo... Las sentencias debidamente ejecutoriadas proferidas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, mediante las cuales se condene a una entidad pública al pago de sumas dinerarias (...)”. Entretanto, el artículo 422 del Código General del Proceso (CGP), aplicable en virtud de la remisión de que trata el canon 306 de la Ley 1437/11, prevé las condiciones esenciales que ha de contener un documento (o varios, según el caso) para hacerlo valer como título ejecutivo, al indicar que pueden demandarse ejecutivamente las obligaciones claras, expresas y exigibles que consten en documento idóneo:

¹ Relativo al ‘PROCESO EJECUTIVO’.

“Artículo 422. Título ejecutivo. Pueden demandarse ejecutivamente las obligaciones expresas, claras y exigibles que consten en documentos que provengan del deudor o de su causante, y constituyan plena prueba contra él, o las que emanen de una sentencia de condena proferida por juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial, o de las providencias que en procesos de policía aprueben liquidación de costas o señalen honorarios de auxiliares de la justicia, y los demás documentos que señale la ley. La confesión hecha en el curso de un proceso no constituye título ejecutivo, pero sí la que conste en el interrogatorio previsto en el artículo 184.” (Subraya el despacho)

Al respecto el H. Consejo de Estado² ha expresado que:

“...[S]egún lo previsto en el artículo 422 del Código General del Proceso, para poder considerar como títulos ejecutivos los documentos aportados con la demanda es necesario que reúnan las condiciones de forma y fondo que para tal efecto establece dicha disposición normativa.

Con respecto a las condiciones de forma, la Corporación ha señalado que existe título ejecutivo cuando los documentos que conforman una unidad jurídica son auténticos, emanan del deudor o de su causante o de una sentencia de condena proferida por juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial que tenga fuerza ejecutiva conforme a la ley, o de las providencias que en procesos contencioso administrativos o de policía aprueben liquidación de costas o señalen honorarios de auxiliares de la justicia o, de un acto administrativo en firme³.

(...)

Ahora bien, en lo atinente a las condiciones de fondo requeridas, se ha indicado que un documento presta mérito ejecutivo siempre y cuando contenga una obligación clara, expresa y exigible a favor del ejecutante y a cargo del ejecutado y, en el caso de obligaciones pagaderas en dinero, que sean líquidas o liquidables por simple operación aritmética. (...)

En relación con las mencionadas condiciones que deben revestir las obligaciones susceptibles de ser exigidas ejecutivamente, precisó lo siguiente:

“... por expresa debe entenderse cuando la obligación aparece manifiesta en la redacción misma del título, es decir que en el documento (s) que contiene la obligación debe constar en forma nítida el ‘crédito – deuda’ sin que para ello haya que acudir a elucubraciones o suposiciones; por ello, como lo ha dicho la doctrina procesal colombiana, ‘Faltará este requisito cuando se pretenda deducir la obligación por razonamientos lógico jurídicos, considerándola una consecuencia implícita o una interpretación personal indirecta’.

Otra de las cualidades necesarias para que una obligación contractual sea ejecutable es la claridad, lo que significa que debe ser fácilmente inteligible y entenderse en un solo

² Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, auto de 9 de marzo de 2016, Exp. Interno 54426. M.P. Dr. Hernán Andrade Rincón.

³ Cita de cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 24 de enero de 2007, Exp: 85001-23-31-000-2005-00291-01(31825). M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

sentido. La última cualidad para que la obligación sea ejecutable es la de que sea **exigible** lo que se traduce en que puede demandarse su cumplimiento por no estar pendiente de un plazo o una condición..."⁴. (Se resalta).

En el presente asunto, la parte accionante allega como título de recaudo ejecutivo **(i)** copia auténtica de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Manizales, el 29 de septiembre de 2010 en el proceso con el número de radicación 2008-00634, con su respectiva constancia de haber quedado ejecutoriada (fls. 14-24, cdo. 1). Igualmente, aporta **(ii)** la resolución RDP 018789 del 24 de abril de 2013, mediante la cual la UGPP, refiere dar cumplimiento a la providencia recién relacionada (fls. 6-13, cdo. 1).

En tal sentido, en el presente asunto se configura un título ejecutivo que permite determinar la existencia de una obligación clara, expresa y exigible a cargo de la ejecutada según se pasa a exponer:

(i) La obligación contenida en el título ejecutivo es clara y expresa, en tanto la sentencia base de ejecución dispuso en forma concreta las obligaciones impuestas en su momento a Cajanal E.I.C.E. disponiendo que "...solo podría descontar del monto de la pensión gracia de jubilación un 6%" y ordenando "...reintegrar a la demandante VILMA VÁSQUEZ CASTAÑO, los valores descontados mes por mes a la pensión gracia de jubilación hasta un tope de 6% mensual, pero con efectos fiscales desde el 14 de noviembre de 2004".

Cabe advertir que si bien la sentencia base de ejecución no manifestó en forma expresa el monto de los valores objeto de devolución a favor de la demandante, si estableció una obligación expresa y determinable, pues dicha providencia señala de forma concreta la forma de liquidar su monto.

(ii) La obligación contenida en el título ejecutivo es exigible -respecto de la entidad aquí ejecutada-, en cuanto frente al aspecto temporal se ha superado con creces el término para el cumplimiento de la misma, dispuesto por el otrora Decreto 01 de 1984, esto es, 18 meses; y frente al aspecto subjetivo, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 20 del Decreto 2196 de 2000 -modificado por el Decreto 2040 de 2011-, la UGPP debe asumir la atención de los procesos y reclamaciones judiciales que se encuentren en trámite al cierre de la liquidación de Cajanal E.I.C.E., por lo que es su deber dar cumplimiento a los fallos judiciales cuyo cumplimiento estaba pendiente cuando dicha entidad fue liquidada.

Aunado a la consideración previamente esbozada, cabe advertir que la propia entidad ejecutada ha reconocido su competencia para atender y dar cumplimiento al fallo objeto de ejecución en el presente asunto, no solo mediante la expedición de la resolución RDP 018789 del 24 de abril de 2013 mediante la cual pretendió dar cumplimiento al mismo, sino también, como lo señaló la apoderada de la UGPP, mediante la interposición de las acciones judiciales que ha considerado pertinentes en contra de la referida providencia judicial -recurso extraordinario de revisión-.

⁴ Cita de cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 16 de septiembre de 2004, Exp: 05001-23-31-000-2003-2114-01(26723). M.P. María Elena Giraldo Gómez.

Finalmente, caber advertir que la existencia de un proceso judicial en curso por vía del recurso extraordinario de revisión -cuya existencia no fue probada por la entidad ejecutada, pero que se advierte sí cursa actualmente en esta corporación⁵- no suspende o extingue la exigibilidad del fallo judicial en ejecución, pues este medio procesal no comprende tal consecuencia por su mera interposición.

3. EXCEPCIONES EN EJECUTIVOS DE FALLOS JUDICIALES.

El artículo 442 del Código General del Proceso, establece:

“ARTÍCULO 442. EXCEPCIONES. La formulación de excepciones se someterá a las siguientes reglas:

1. Dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación del mandamiento ejecutivo el demandado podrá proponer excepciones de mérito. Deberá expresar los hechos en que se funden las excepciones propuestas y acompañar las pruebas relacionadas con ellas.

*2. Cuando se trate del cobro de obligaciones contenidas en una **providencia**, conciliación o transacción aprobada por quien ejerza función jurisdiccional, **sólo podrán alegarse las excepciones de pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción o transacción**, siempre que se basen en hechos posteriores a la respectiva providencia, la de nulidad por indebida representación o falta de notificación o emplazamiento y la de pérdida de la cosa debida. (Resalta el Despacho).*

En el presente asunto se tiene que, la ejecutada realizó un pronunciamiento de excepciones que no atiende a los medios exceptivos procedentes ante la ejecución de sentencias judiciales, en lo que respecta a los medios exceptivos formulados como “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PARTE DE LA UGPP”, “RECURSO DE REVISIÓN DE FALLO PENDIENTE DE RESOLVER” y “BUENA FE”, en tanto como se advirtió, el artículo 442 del CGP señala de forma taxativa las excepciones que podrán proponerse en contra de los mandamientos de pagos librados con ocasión de este tipo de títulos ejecutivos, excepciones entre las cuales no se encuentran las referidas.

Por lo anterior, de las excepciones propuestas contra el mandamiento de pago y que fueron reiteradas por vía de apelación, las únicas procedentes son las de “CADUCIDAD DE LA ACCIÓN EJECUTIVA CONTENCIOSA”⁶ y “PAGO DE LA OBLIGACIÓN”, por lo cual se limitará la resolución del primer problema jurídico al estudio de dichos medios exceptivos a fin de determinar si su decisión por el *a quo* se halla ajustada a derecho.

3.1. Respecto a la excepción de caducidad, se observa que:

⁵ Según información registrada en la base de datos “Justicia Siglo XXI”: “Ponente MAG. AUGUSTO R. CHAVES M. - TRIB. 05 ADMITIVO ORAL... [Últimas actuaciones:] 2019-02-04 – Auto niega medidas cautelares y 2019-10-23 - Auto decreta practicar pruebas.

⁶ Cabe advertir, que la prescripción de que trata el precitado artículo 442 del C.G.P. hace referencia a la prescripción de la acción ejecutiva, fenómeno que en la Jurisdicción Contencioso Administrativa se maneja bajo el concepto de caducidad.

En efecto, el artículo 164.2 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, respecto de la caducidad del proceso ejecutivo, establece: *“...k) Cuando se pretenda la ejecución con títulos derivados del contrato, de decisiones judiciales proferidas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en cualquier materia y de laudos arbitrales contractuales estatales, el término para solicitar su ejecución será de cinco (5) años contados a partir de la exigibilidad de la obligación en ellos contenida.”*

Con fundamento en lo anterior se tiene que, la sentencia traída como título ejecutivo adquirió su ejecutoria el 12 de octubre de 2010 (fl. 24, cdo. 1), y que la ejecutante radicó la demanda ejecutiva el 29 de septiembre de 2015 (fl. 3, cdo. 1), esto es, dentro del término otorgado por la norma en cita, por lo que no operó la caducidad.

3.2. Frente a la excepción de pago se tiene que:

El *a quo* declaró no probada la excepción de pago al advertir que, con la mera expedición de la resolución RDP 018789 del 24 de abril de 2013 por medio de la cual la UGPP ordenó suspender el descuento del 6% por concepto de aporte a salud efectuado en la nomina de pensionados a la demandante por su pensión “*gracia*”, no era dable promulgar el cumplimiento de la sentencia, dado que no se acreditó el pago de los valores ordenados en el fallo.

Por su parte, la ejecutante con los recibos de pago de su mesada pensional que fueron aportados al expediente (fls. 64-78, cdo. 1), demostró que, a pesar de la expedición de la referida resolución a través de la cual la UGPP manifestó dar cumplimiento al fallo, los descuentos efectuados a la mesada pensional por concepto de salud siguen siendo efectuados en cuantía del 12%.

Aunado a lo anterior, la ejecutada no acreditó por modo alguno haber efectuado el pago de los valores ordenados en la sentencia base de ejecución, esto es, los rubros correspondientes los descuentos por concepto de aportes a salud efectuados por encima del 6% a partir del 14 de noviembre de 2004.

En este orden de ideas, no cuenta con prosperidad alguna la excepción de pago formulada por la ejecutada, pues se tiene que la UGPP no ha dado cumplimiento a ninguna de las obligaciones derivadas de la sentencia 177 del 29 de septiembre de 2010 proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Manizales, se itera, no ha cumplido la obligación de no hacer, referente a abstenerse de efectuar descuentos a la mesada pensional de la demandante por encima del 6%, y no ha efectuado el pago de los mayores valores descontados que fueron ordenados por el referido fallo.

Además, como acertadamente lo advirtió el *a quo*, es claro que los argumentos propuestos por la ejecutada sobre la alegada obligación del Fosyga -hoy Adres- de reintegrar los valores que fueron objeto de descuento con destino al sistema de seguridad social en salud, no resulta procedentes en esta etapa de ejecución, al tratarse de situaciones que debieron ser alegadas y abordadas en el proceso declarativo que dio origen al fallo que aquí se ejecuta.

En conclusión, tras valorar los argumentos de hecho y de derecho, al igual que la jurisprudencia desarrollada sobre el particular, se confirmará la orden impartida por el *a quo* en cuanto dispuso continuar con la ejecución con base al título ejecutivo complejo arribado por la ejecutante.

4. COSTAS EN PRIMERA INSTANCIA.

En primer lugar resulta necesario aclarar que si bien el artículo 366 del C.G.P⁷ en su numeral 5° establece la procedencia del recurso de apelación contra el auto que aprueba la liquidación de las costas procesales; dicha disposición no resulta aplicable para el caso bajo estudio, toda vez, que en esta ocasión aún no existe auto que apruebe la liquidación de costas; es más, lo que se discute no es su liquidación, sino la condena en sí, la cual, al ser objeto de decisión en la sentencia de primera instancia. En tal sentido, la Sala estima procedente abordar la discusión planteada por la entidad accionada por vía de alzada.

Así las cosas, siguiendo con el desarrollo del problema jurídico planteado, la doctrina nacional, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha explicado que las costas, esto es, *"aquella erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial"*⁸, están conformadas por dos rubros distintos: las expensas y las agencias en derecho.

Las primeras corresponden a los gastos surgidos con ocasión del proceso y necesarios para su desarrollo, pero distintos al pago de apoderados, así, de conformidad con el Capítulo II del Título I -Costas- del C.G.P., las expensas están conformadas por aranceles judiciales, honorarios de auxiliares de la justicia, entre otros, es decir, en términos generales a todos los gastos surgidos para dar el curso procesal ordinario requerido por el proceso judicial.

Por su parte, prosigue el citado pronunciamiento jurisprudencial constitucional advirtiendo que *"las agencias en derecho no son otra cosa que la compensación por los gastos de apoderamiento en que incurrió la parte vencedora, aun cuando pueden fijarse sin que necesariamente hubiere mediado la intervención directa de un profesional del derecho"*.

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece en su artículo 188 dispone: *"Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil"*.

En atención a la remisión expresa del artículo referido, se tiene entonces que el Código General del Proceso en su artículo 365 establece:

"ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

⁷ Aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA.

⁸ Sentencia C-089/02

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

- 2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.*
- 3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.*
- 4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.*
- 5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.*
- 6. Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.*
- 7. Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.*
- 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.*
- 9. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción."*

En este punto se considera necesario destacar que, el H. Consejo de Estado mediante providencia de 7 de abril de 2016⁹, advirtió sobre la variación de la postura que se venía aplicando respecto de las condenas en costas y agencias en derecho, basada en la modificación introducida por el CPACA y que encuentra sustento en las posturas del extinto C.P.C. y el C.G.P., puesto que la normatividad anterior, Decreto 01 de 1984 consagraba originalmente en su artículo 171, un criterio subjetivo de valoración, en el cual se atendía exclusivamente a caracteres como la temeridad o mala fe, para proferir condenas en costas y agencias en derecho, en síntesis, advirtió el establecimiento de un nuevo criterio objetivo en lo que respecta a la imposición de costas procesales.

Ahora bien, con respecto al referido cambio de criterio para la imposición de costas procesales el H. Consejo de Estado ha desarrollado una línea jurisprudencial pacífica, en el sentido de advertir que si bien el fundamento la imposición de costas ha variado a razones de índole meramente objetivo, es necesario que en los términos del precitado numeral 8º del artículo 365 del C.G.P. se comprueba para su imposición que *"en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación"*. En efecto, la aludida corporación ha señalado¹⁰:

"[E]sta Subsección..., varió aquella posición y acogió el criterio objetivo para la imposición de

⁹ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, C.P: William Hernández Gómez.

¹⁰ 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.

costas (incluidas las agencias en derecho) al concluir que no se debe evaluar la conducta de las partes (temeridad o mala fe), sino los 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. En dicha oportunidad concluyó lo siguiente:

a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio “subjetivo” —CCA— a uno “objetivo valorativo” —CPACA—.

b) Se concluye que es “objetivo” porque en toda sentencia se “dispondrá” sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.

c) Sin embargo, se le califica de “valorativo” porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).

e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.

f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.

g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.

Por lo anterior, se colige que la condena en costas implica una valoración objetiva valorativa que excluye como criterio de decisión la mala fe o la temeridad de las partes. En efecto, el artículo 188 del CPACA, regula que tratándose de costas en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en la sentencia el juez tiene la obligación de pronunciarse sobre dicho aspecto, con excepción de los asuntos en los que se ventile un interés público.”

De lo expuesto se concluye que, la imposición de la condena en costas, tiene lugar en contra de la parte vencida en juicio mientras se compruebe la causación de estas en el expediente, por lo que en consideración de esta Colegiatura la condena en costas impuesta por la Juez de primera instancia resulta totalmente ajustada a derecho, pues como fundamento de la misma se advirtió que los gastos procesales en que incurrió la parte actora se encuentra debidamente acreditados en la hoja de gastos del expediente, aunado a que como se advirtió en precedencia, la imposición de agencias en derecho se ajusta a la realidad procesal de que la parte actora debió concurrir a la interposición del presente medio de control a través de apoderada judicial, la cual actuó en cada una de las etapas procesales pertinentes ante esa instancia.

Corolario, se confirmará lo decidido sobre el particular.

5. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.

Con fundamento en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 365 del Código General del Proceso (CGP) y en aplicación del criterio objetivo valorativo previamente analizado, no se impondrá condena en costas en esta instancia al no haberse acreditado que la parte actora haya incurrido en gastos procesales o haya intervenido en esta instancia a través de su apoderada judicial.

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,

FALLA

PRIMERO: CONFÍRMESE la sentencia proferida el 05 de junio de 2019 por el Juzgado Segundo Administrativo de Manizales, que dispuso continuar la ejecución propuesta en el mandamiento de pago librado por dicha célula judicial en favor de la señora Vilma Vásquez Castaño y en cabeza de la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales – UGPP.

SEGUNDO: SIN 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”.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 026 de 2020.

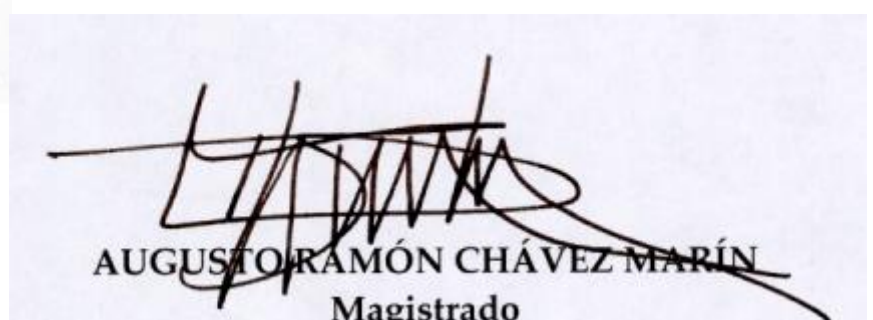
NOTIFÍQUESE



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 194

Manizales, diez (10) de julio de dos mil veinte (2020).

Radicado: 17001-33-33-004-2014-00136-03
Naturaleza: Protección de Derechos e Intereses Colectivos
Demandantes: Juan Jairo Muñoz Cuervo
Demandado: Municipio de Manizales
Vinculados: Sociedad Centro Galerías Plaza de Mercado
Instituto de Financiamiento y Promoción de Manizales -
Infimanizales
Empresa de Renovación Urbana de Manizales - Erum

Se procede a emitir fallo de segunda instancia con ocasión de los recursos de apelación propuestos por las partes demandante y demandada en contra de la sentencia del 06 de febrero de 2019 preferida por el Juzgado Cuarto Administrativo de Manizales, mediante la cual se declaró la vulneración del derecho colectivo al “Goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público” y se profirieron órdenes para su protección.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1.Pretensiones

Se solicita amparar los derechos colectivos que vienen siendo vulnerados por la entidad accionada y en consecuencia se ordene adoptar las medidas necesarias para que cese su vulneración, así:

“1. Que se ordene al señor alcalde direccionar soluciones de fondo a las graves problemáticas del sector GALERÍAS PLAZA DE MERCADO, tales como: Recuperación de vías públicas peatonales y vehiculares, reubicación de vendedores en los pabellones, hoy subutilizados, posibilidad de traslados de los jeep y demás transporte rural hacia el terminal ubicado en los San Andresitos, que se encuentra abandonado desde hace muchos años atrás. Así como utilizar la infraestructura en la que hoy se encuentra ubicado el terminal de jeeps, en el sector de la galería, como quinto pabellón de las Galerías Plaza de Mercado, en donde se reubicarían los restantes comerciales informales. También que la administración municipal asuma directamente la autoridad y el manejo de la seguridad del sector Centro de Galerías Plaza de Mercado. Por último que la administración municipal direccionen los recursos necesarios para el adecuado

mantenimiento, recuperación y embellecimiento de esta obra arquitectónica patrimonio de todos los Manizaleños y Caldenses.

2. Que recuperado el espacio invadido se direccionen políticas públicas de recuperación embellecimiento y dignificación de las estructuras culturales e históricas existentes en el sector.

3. Que con el fin de respetar los derechos individuales de quienes no puedan acceder a los puestos de los pabellones se direccionen a alguna de las estructuras publicas (sic) hoy abandonadas como el terminal viejo sobre San Andresito o en su defecto se traslade el terminal de yips a este lugar y se utilice el actual frente a el (sic) sótano como el 5° pabellón solución que ya ha sido objeto de estudio en diferentes entidades entre ellas administraciones anteriores.

4. Que la administración se apersona y garantice la administración pública de este sector de la ciudad con el fin de evitar que se repita la situación actual esto es no entregar a terceros particulares esta parte de la ciudad”.

1.2. Sustento fáctico relevante

Manifestó el accionante que como residente y usuario de la plaza de mercado de la Galería, evidencia graves problemas de; **(i)** invasión total del espacio público -andenes y de las zonas vehiculares- y; **(ii)** deterioro de infraestructura cultural e histórica como son los pabellones de la plaza de mercado. Situaciones que se han generado como consecuencia de la ausencia de vigilancia y control por parte de la administración municipal, violentando así, derechos colectivos como la libre locomoción y el derecho a la tranquilidad y sosiego.

Indicó que la anterior problemática provoca que los ciudadanos se abstengan de visitar esa parte de la ciudad por cuanto el sector se torna lleno de congestión por invasión de vías y de aceras y ausencia de autoridad pública, lo que beneficia las actividades ilícitas de venta de drogas, robos, atracos, prostitución infantil, explotación laboral de menores, entre otras.

Por tanto, alegó la violación de los derechos colectivos al interés general que prima sobre el individual, libre locomoción, espacios peatonales seguros, dignos y justos, moralidad pública, protección y conservación de bienes culturales e históricos, salubridad pública, seguridad ciudadana y administración pública.

2. Pronunciamiento frente a la demanda

- El **municipio de Manizales** allegó contestación de la demanda (fls. 49-53, cdo. 1.), refiriendo el Acuerdo 443 de 1999, el cual armoniza la coexistencia de los derechos fundamentales del espacio público con el derecho al trabajo y la prevalencia del interés general sobre el particular, para destacar el derecho que tienen las personas de realizar ventas en el espacio público, siempre y cuando cumplan con los requisitos exigidos por la ley.

Mencionó que con el propósito de controlar la invasión del espacio público, la Secretaría del Medio Ambiente adelantó un proceso de adecuación de los módulos

para los vendedores informales de perecederos, previo un censo y un estudio socioeconómico de la persona que se adjudicara.

Frente a la ubicación de los vendedores informales en el “Pabellón”, indicó que el lugar es administrado por Infimanizales y de ser así, los adjudicatarios deberían cancelar un canon de arrendamiento y una cuota de administración, situación que no es aceptada por los vendedores informales.

Respecto al transporte rural reseñó que al ser competencia de la Secretaría de Tránsito Municipal adelantan operativos para controlar la invasión del espacio público. En cuanto al terminal mixto dijo ser manejado directamente por la Terminal de Transportes, por tratarse de transporte vehicular con ciertas condiciones.

Finalmente propuso las excepciones “*No comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios*” y “*Carencia de prueba que constituya presunta vulneración de derechos colectivos*”.

- La **Sociedad Centro Galerías Plaza de Mercado** (fls. 77-81, cdo. 1) indicó que en la actualidad la Plaza de Mercado de la ciudad, tiene aproximadamente 500 comerciantes informales estacionarios ocupando los andenes y las calles, obstruyendo las entradas a los pabellones y afectando la movilidad y economía de los comerciantes formales; sin embargo, mencionó que la Administración de la Sociedad ha emprendido acciones tendientes a regular y recuperar el espacio público en el perímetro de los pabellones y de los locales comerciales que dentro de ellos se encuentren, hasta donde su competencia se lo permita con las autoridades competentes, tanto en la Secretaria de Medio Ambiente como en la Inspección de Vigilancia y Control Ambiental.

Concluyó con la excepción de “*Falta de legitimación en la causa por pasiva*” para solicitar la desvinculación de la presente acción.

- **Infimanizales** (fls. 346-349, cdo. 1) se opuso a las pretensiones del demandante y aclaró que aunque hacen parte de la sociedad que explota la Galería, no implica que deba responder por los asuntos jurídicos que se adelantan contra la misma, bajo el entendido que el Centro Galerías Plaza de Mercado es una persona jurídica diferente.

Explicó que mediante escritura 425 del 27 de enero de 1995, se constituyó la Sociedad Centro Galerías Plaza de Mercado entre la Empresa Pública de Manizales hoy Infimanizales y la Cooperativa de Comerciantes de la Plaza de Mercado (Mercar Ltda.), que por contrato de concesión No. 95-09-190, Infimanizales asumió el compromiso de (i) entregar a la sociedad cuatro (4) pabellones para la prestación del servicio de la plaza de mercado y (ii) no intervenir de las distintas actividades; de otro lado, la Sociedad tomó los compromisos de: (i) prestar el servicio de plaza de mercado, (ii) evitar la ocupación irregular de las instalaciones y (iii) adelantar todas las acciones que permitan la restitución del espacio público en forma inmediata sin perjuicio de las acciones judiciales y el requerimiento de la fuerza pública, conforme al reglamento de administración y funcionamiento (Acuerdo 001 de la Junta Directiva del 21 de diciembre de 2017).

Indicó que debían ser desvinculados de la demanda por cuanto las pretensiones iban dirigidas a la Alcaldía de Manizales para dar soluciones de fondo; situación en la que no tenían responsabilidad, ni competencia.

Propuso las excepciones de *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”, “Inexistencia de la obligación e inexistencia de responsabilidad”, “Indebida escogencia de la acción” y “Regla general de excepción, o sea todo hecho que resulte probado y en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de la obligación, o la declaran extinguida si alguna vez existió”*.

- **ERUM** no emitió pronunciamiento.

3. Sentencia impugnada

El *a quo* analizó el alcance de los derechos colectivos invocados, en relación al marco histórico, normativo y jurisprudencial sobre las plazas de mercado, para enfatizar sobre el significado socio-cultural que encierran, la conexión entre lo rural y lo urbano y sus sistemas de intercambio, no solo de los modos de transacción sino los hábitos alimentarios en torno a los productos propios de la región y las costumbres que constituyen la identidad cultural.

En ese sentido, mencionó que las plazas de mercado deben contar con el apoyo estatal para continuar garantizando la construcción y reconstrucción del tejido social que allí se desarrolla, el cual garantice en un marco de equidad la seguridad alimentaria de las ciudades y las garantías mínimas de las personas que derivan su sustento de las actividades de comercio que allí se desarrollan.

Una vez analizado el acervo probatorio, verificó la existencia de vulneración de cada uno de los derechos invocados de manera separada:

- Frente al derecho colectivo a la defensa del patrimonio cultural de la Nación señaló que, de acuerdo a lo consultado ante el Ministerio de Cultura y en el Plan de Ordenamiento Territorial – POT, el edificio donde funciona el Centro Galerías Plaza no ha sido declarado como bien de interés cultural por ninguna autoridad, lo que torna ineficaz el análisis de este derecho, pues según jurisprudencia del Consejo de Estado no se puede sostener que el derecho colectivo a la defensa del patrimonio cultural de la Nación se encuentre amenazado o vulnerado, en casos en que el correspondiente bien público, particular o fiscal no haya sido declarado con tal categoría.
- En lo que atañe al derecho colectivo a la moralidad administrativa no encontró vulneración o amenaza de los componentes de la moralidad administrativa, como son la buena fe, la honestidad, la ética y la satisfacción del interés general. Enfatizó que con la determinación de la Alcaldía de la instalación y la ubicación de los módulos de venta alrededor de la plaza de mercado, no se desconocieron los parámetros éticos y morales reconocidos por la sociedad.
- Del análisis del derecho colectivo a la seguridad y salubridad pública concluyó que, no se encuentra acreditado que con la presencia de los vendedores informales en el sector de la Galería, se generen focos de contaminación o epidemias que afecten la sanidad comunitaria o las condiciones de seguridad y tranquilidad de la comunidad, por lo que no se acreditó vulneración o amenaza de este derecho.
- Ahora bien, enmarcando el foco de la controversia en lo referente al derecho colectivo al goce del espacio público y a la utilización y defensa de los bienes de uso público,

encontró que hay presencia de vendedores informales apostados en los alrededores de la Plaza de Mercado, algunos de ellos ubicados por la administración Municipal en 196 módulos de acero y otros en puestos de venta tradicionales elaborados de forma artesanal, de tal manera que ocupan un tramo del andén y un tramo de la vía, lo que da continuidad a la ocupación del espacio público, la obstaculización del libre tránsito peatonal y la dificultad del tránsito vehicular.

Para adoptar las medidas de protección del derecho colectivo al goce del espacio público y dada la complejidad de la dinámica social y económica que se desarrolla en la plaza de mercado, impuso órdenes a partir del análisis de las garantías colectivas al espacio público y los derechos individuales al trabajo, concluyendo con base a jurisprudencia de la Corte Constitucional que, si bien el derecho al espacio público es un derecho de carácter colectivo y se rige por el principio de primacía del interés general sobre el particular, su protección no puede implicar el desconocimiento de los derechos de las personas que por medio de la ocupación del mismo garantizan el goce efectivo de algunos de sus derechos como el mínimo vital y el trabajo; pues bajo el principio de la confianza legítima en materia de espacio público, se amparan los vendedores informales, toda vez que han desarrollado su actividad con la aquiescencia de las autoridades públicas, guardando una expectativa razonable de que ese estado de cosas continúe, principio que, según la jurisprudencia del Consejo de Estado no puede obstruir la recuperación del espacio público.

Así las cosas, dispuso la implementación de medidas y programas sociales y económicos de reubicación laboral de las personas que desarrollan su trabajo a través de puestos informales en la vía pública anexa a la edificación de la plaza de mercado, bajo parámetros de razonabilidad y proporcionalidad para contrarrestar los impactos negativos de su reubicación, para lo cual otorgó un plazo de cuatro años a la parte accionada, atribuyendo la competencia para el desarrollo de dichas gestiones al municipio de Manizales, a Infimanizales, a la ERUM y al Centro Galerías Plaza de Mercado S.A.S, por tener asignadas funciones y facultades para lograr la referida reubicación.

La parte resolutive de la providencia reseñada señaló:

“PRIMERO: DECLARAR responsable al MUNICIPIO DE MANIZALES de la violación del derecho colectivo al “GOCE DEL ESPACIO PÚBLICO Y LA UTILIZACIÓN Y DEFENSA DE LOS BIENES DE USO PÚBLICO”, por la ocupación que del espacio público del sector de la Plaza de Mercado de Manizales vienen haciendo los vendedores informales allí ubicados.

Para su protección, se dispone lo siguiente:

1. Ordenar al señor Alcalde Municipal que en el plazo de cuatro (4) años contados a partir de la ejecutoria de la presente sentencia, logre la reubicación de los vendedores informales ubicados alrededor de la Plaza de Mercado de la ciudad de Manizales.

2. Mientras el anterior proceso se da, se deberán adelantar las siguientes actuaciones por la Alcaldía Municipal:

a. Implementar 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 impactos negativos que generará la reubicación. Para tal efecto, se deberá estructurar una propuesta con la concurrencia de INFIMANIZALES, la ERUM y CENTRO GALERÍAS PLAZA DE MERCADO S.A.S. propiciando la participación de la comunidad 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 de productos perecederos y de mercancías que serán reubicados y que ocupan el sector de la Galería, el cual deberá ser efectuado de manera estricta atendiendo las disposiciones del Decreto 443 de 1999 y Decreto 136 de 2002 teniendo en cuenta las observaciones advertidas y que se concretan a:

- El censo deberá ser aplicado a los vendedores que tienen módulos asignados y a los que aún conservan sus puestos tradicionales.*
- El procedimiento deberá ser liderado y orientado por la Secretaria de Planeación Municipal, sin perjuicio de que en el proceso puedan participar otras dependencias de la Alcaldía Municipal.*
- Los formatos para el registro de los datos de encuesta y visita domiciliaria deberán contemplar preguntas que permitan verificar que se cumple con los requisitos establecidos en el Decreto 136 de 2002.*
- Las encuestas y visitas domiciliarias deberán ser diligenciadas por profesionales idóneos, quienes deberán llenar todos y cada uno de los espacios en blanco de los formatos y firmar al final de la hoja de registro.*
- Se debe disponer de un funcionario idóneo que actúe como supervisor de la encuesta y visita domiciliaria, mismo que deberá certificar con su firma que estas han sido diligenciadas de manera correcta.*
- Deberá contratar, en caso de que no contar con el personal capacitado para ello, a una entidad reconocida e idónea para que realice el estudio socioeconómico con base en los formatos de encuesta y visita domiciliaria que hayan sido diligenciados con los actuales asignatarios de los módulos.*
- En el caso de que los vendedores informales aspirantes a la asignación de los puestos no cuenten con la formación respectiva en atención al cliente y relaciones humanas, y el curso de manipulación de alimentos en los casos que se requiera, el Municipio de Manizales gestionará con otras entidades para que a la mayor brevedad, se impartan los mismos a las personas que lo requieran.*
- Con base en el estudio socioeconómico, el cual -en todo caso-deberá concluir con la recomendación de “conceder o no conceder la autorización”, el Municipio de Manizales a través de su Secretaria de planeación Municipal expedirá los correspondientes actos administrativos, debidamente motivados y que garanticen los principios de legalidad, contradicción y derecho de defensa de cada uno de los administrados.*
- En firme los actos administrativos deberá expedir el respectivo carné, de conformidad con lo regulado en el artículo 24 del Acuerdo 443 de 1999.*

Se le otorga un plazo de tres (3) meses a la Administración Municipal para la estructuración de la encuesta y otros tres (3) meses para su aplicación.

c. Ordenar al Municipio de Manizales 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. Y a través de estas mismas actividades se debe restringir la presencia de nuevos vendedores informales que pretendan asentarse en los lugares objeto de intervención.

...

TERCERO: *Mantener vinculados a la presente acción popular a las demás entidades (INFIMANIZALES y ERUM), así también a CENTRO GALERÍAS PLAZA DE MERCADO S.A.S., por tener asignadas competencias y ostentar facultades que posibilitarán la adopción de las medidas que deberán ser ejecutadas por la Administración Municipal para lograr la reubicación de los vendedores informales, tal como se explicó en la parte motiva de esta providencia..."*

4. Impugnación del fallo

Inconformes con la decisión proferida por el Juez de primera instancia el demandante y el municipio de Manizales presentaron recurso de apelación. De otro lado Infimanizales y la Erum coadyuvaron el recurso interpuesto por el municipio de Manizales y los demás coadyuvantes el recurso presentado por el demandante.

El **demandante** (fls. 645-648, cdo. 1A) indicó que el fallo no solo mantiene y alarga por cuatro años más las afectaciones, lo cual es un término excesivo e injustificado, sino que unilateralmente dio aplicación a unas pautas de confianza legítima frente a los vendedores informales que ocupan el espacio público que nunca fueron reclamadas por estos, añadió que en la ciudad están suspendidos los permisos para ventas informales ya que existen más de 1900 ciudadanos, que habiendo llenado los requisitos legales exigidos, están a la espera de ser beneficiarios de un punto informal, de esta manera lo ordenado por el *a quo* afecta a esa población, al otorgar nuevos permisos a las personas que se encuentra asentada en el espacio público adyacente a la plaza de mercado.

A esta impugnación, coadyuvaron comerciantes formales locatarios de la plaza de mercado, solicitando (i) confirmar el fallo en cuanto la responsabilidad del municipio de Manizales, (ii) restituir el uso de la actual terminal de jeeps adecuándola como quinto pabellón para reubicar la población y demarcando el espacio público de la plaza de mercado y (iii) trasladar dicha terminal al primer piso de la antigua terminal abandona al lado de San Andresito.

El **municipio de Manizales** (fls. 654-660, cdo. 1A) impugnó la decisión, toda vez que a través del fallo se ordenó la reubicación de los vendedores informales que hoy se encuentran en el espacio público aledaño al Centro Galería, y a su vez se mantuvo la medida previa que impide la instalación de los módulos en acero inoxidable, módulos que precisamente tienen como propósito reubicar y organizar el espacio público del sector, que por vocación y ubicación de la Plaza de Mercado es por excelencia el centro de acopio, distribución y comercialización de productos perecederos y agrícolas.

Resaltó la inversión de los recursos públicos en la ubicación de los módulos de

mercado, lo cual ofreció bondades y beneficios para los vendedores que tenían sus productos en el suelo, sin aseo y sin control, respaldando el trabajo de los mismos y atendiendo el derecho de proteger, cuidar y respetar el uso y goce del espacio público, por lo que se debe permitir continuar con el proyecto de instalación de los módulos.

Mencionó que en el fallo se ordenó la reubicación de los vendedores, atendiendo no solo los que están en los módulos si no los que siguen en el sector con mesas y estantes, por tanto cuestionó si deben desinstalarse los módulos existentes en la Galería Plaza de Mercado o ubicarlos en otros sectores la ciudad.

Respecto del periodo establecido indicó que, los cuatro años para reubicar los vendedores informales alrededor de la plaza de mercado, no eran suficientes, pues la problemática de la informalidad surgió desde hace décadas como un fenómeno social y general en el país y en el mundo.

En cuanto al censo, los estudios socioeconómicos, las visitas domiciliarias y las encuestas, refirió que dada la magnitud de la información a recoger y analizar, es corto el plazo establecido. Se requiere de personal externo a la entidad, recursos importantes para contratar y convocatorias públicas que necesitan tiempo, desde la etapa precontractual hasta la firma de contratos, para posteriormente desarrollar la ejecución de las obligaciones.

Finalmente solicitó relevar de las obligaciones asignadas en el fallo (numeral 2), a la Secretaría de Planeación municipal, dado que las funciones de organización, control y vigilancia de la ocupación del espacio público por vendedores informales han sido asignadas en el esquema organizacional de la administración municipal a la Secretaría de Medio Ambiente, dependencias de Inspección y Vigilancia de Control Ambiental y Unidad de Gestión Ambiental.

De otro lado, **Infimanizales** (fls. 649-653, cdo. 1A) al coadyuvar la impugnación presentada por la parte demandada, añadió que no existieron elementos de juicio para demostrar que los comerciantes informales tuvieran la voluntad de desalojar el sector donde no pagan impuestos, ni cánones de arrendamiento, entre otros, y en su lugar quisieran acceder a planes de reubicación donde debían asumir obligaciones. Lo anterior, aunado a que no se determinó el impacto socioeconómico que se ocasionaría en el remoto acontecimiento de dejar limpia la galería de la economía informal, la cual nutre en la actualidad el comercio de productos perecederos, chatarra, entre otras.

II. CONSIDERACIONES

1. Problemas jurídicos

De conformidad con los fundamentos concretos de las impugnaciones, consisten en determinar: *¿Las gestiones adelantadas por la administración municipal –adecuación de los puestos de venta informales- garantizan la debida protección o el cese en la amenaza al derecho colectivo al uso y goce del espacio público, en la zona adyacente a la edificación donde funciona la plaza de mercado del municipio de Manizales?*

En caso negativo, *¿Resultan adecuadas las medidas y plazos dispuestos por el a quo para la protección del derecho colectivo vulnerado?*

2. Primer problema jurídico

Tesis del Tribunal: Las gestiones adelantadas por la administración municipal – adecuación de los puestos de venta informales- no garantizan la debida protección o el cese en la amenaza al derecho colectivo al uso y goce del espacio público; por el contrario es evidente que se ha vulnerado el derecho colectivo al permitirse la ocupación de la vía pública en la zona adyacente a la edificación donde funciona la plaza de mercado del municipio de Manizales.

Para soportar lo anterior, se analizará: i) el derecho colectivo en discusión; ii) la tensión entre el uso y goce del espacio público y los derechos de vendedores informales amparados por el principio de confianza legítima y; iii) las gestiones adelantadas por la administración municipal –adecuación de los puestos de venta informales.

2.1. Derecho colectivo al uso y goce del espacio público

El artículo 82 de la Constitución Política consagra: *“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. Las entidades públicas participarán en la plusvalía que genere su acción urbanística y regularán la utilización del suelo y del espacio aéreo urbano en defensa del interés común”*.

En concordancia con esta disposición, el artículo 24 de nuestra Carta Magna determina que todo colombiano, con las limitaciones que establezca la ley, *“tiene derecho a circular libremente por el territorio nacional”*. Además, el numeral 7° del artículo 313 de la Constitución, encarga a los concejos municipales de *“reglamentar los usos del suelo y, dentro de los límites que fije la ley, vigilar y controlar las actividades relacionadas con la construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda”*.

Por su parte, el artículo 1 del Decreto 1504 de 1998 señala: *“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. En el cumplimiento de la función pública del urbanismo. Los municipios y distritos deberán dar prelación a la planeación, construcción, mantenimiento y protección del espacio público sobre los demás usos del suelo”*.

Ahora bien, en sentencia C-265 de 2002¹, la Corte Constitucional revisó la importancia atribuida al espacio público por estar íntimamente ligado con la calidad de vida de los ciudadanos. Dijo en aquella ocasión:

“El Constituyente de 1991 consideró necesario brindar al espacio público una protección expresa de rango constitucional. Esta decisión resulta claramente compatible con los principios que orientan la Carta Política y con el señalamiento del tipo de Estado en el que aspiran vivir los colombianos. Sin duda, una de las manifestaciones del principio constitucional que identifica a Colombia como un Estado social de derecho guarda relación con la garantía de una serie de derechos sociales y colectivos como la recreación (artículo 52 C.P.), el aprovechamiento del tiempo libre (ibíd.), y el goce de un medio ambiente sano (artículo 79 C.P.) que dependen de la existencia de un espacio físico a

¹ Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

disposición de todos los habitantes.

De otra parte, la calidad de vida de las personas que habitan un determinado lugar está íntimamente ligada a la posibilidad de contar con espacios de encuentro y circulación que hagan posible la construcción de un tejido social en el que cada individuo se reconoce como miembro de una comunidad y se relaciona con otros para la satisfacción de sus intereses y necesidades. De esta manera, la defensa del espacio público contribuye a garantizar la existencia de un escenario de convivencia libre que acerca a todos los habitantes de una ciudad en condiciones de igualdad.

En tercer lugar, algunas de las formas en las que se materializa la democracia participativa que sustenta la estructura del Estado colombiano van de la mano de la existencia de espacios abiertos de discusión en los que las personas puedan reunirse y expresarse libremente. El espacio público es, entonces, el ágora más accesible en la que se encuentran y manifiestan los ciudadanos.”

De conformidad con lo expuesto, se resalta que el Estado tiene el deber de velar por la protección de la integridad del espacio público, es decir, se trata de una carga impuesta por el Constituyente en favor de la integridad de estas áreas para evitar que sufran menoscabo en los aspectos físico, social, cultural, urbanístico e incluso jurídico, para que la comunidad pueda usarlos y disfrutar de ellos dentro de las previsiones legales establecidas. De hecho, sobre el particular, se indicó en la sentencia T-772 de 2003² de la Corte Constitucional:

“La consagración de este deber constitucional es reflejo de la importancia otorgada por el Constituyente a la preservación de espacios urbanos abiertos al uso de la colectividad, que satisfagan las diversas necesidades comunes derivadas de la vida en las ciudades y poblados y contribuyan, igualmente, a mejorar la calidad de vida de sus habitantes, permitiendo la confluencia de los diversos miembros de la sociedad en un lugar común de interacción. Por su destinación al uso y disfrute de todos los ciudadanos, los bienes que conforman el espacio público son “inalienables, imprescriptibles e inembargables” (art. 63, C.P.); esta es la razón por la cual, en principio, nadie puede apropiarse del espacio público para hacer uso de él con exclusión de las demás personas, y es deber de las autoridades desalojar a quienes así procedan, para restituir tal espacio al público en general.”

Por tanto, no hay duda que nuestro Estado Social de Derecho otorgó prioridad al deber de garantizar el espacio público por parte de las autoridades, a quienes corresponde impedir su menoscabo. En la sentencia C-211 de 2017³, el Alto Tribunal Constitucional explicó:

“La protección y preservación del espacio público atiende a claros imperativos constitucionales, entre ellos: (i) el de velar por su destinación al uso común, (ii) el de prevalencia del interés general sobre el particular, (iii) el proveniente de las atribuciones reconocidos a los concejos distritales y municipales para que, en ejercicio de la autonomía territorial, regulen el uso del suelo en defensa del interés colectivo.

² *Idem at supra.*

³ Magistrado ponente (E): Iván Humberto Escrucería Mayolo.

La importancia del espacio público⁴ como derecho colectivo ha sido explicada por este Tribunal en repetidas oportunidades⁵, por considerarlo un ambiente propicio para el desarrollo físico y emocional de las personas y, por ello, un lugar en el cual se pueden llevar a cabo distintas formas de expresión humana, entre ellas, las artes líricas; además, muchas veces es diseñado por las autoridades para practicar deportes, caminar o contemplar su paisaje, siendo todas estas actividades necesarias para la sana interacción entre los integrantes de la comunidad, procurando al mismo tiempo mejorar su calidad de vida. La Corte ha destacado como aspectos esenciales y manifestaciones del espacio público los siguientes:

- a) Como deber del Estado de velar por la protección de la Integridad del Espacio público.*
- b) Como deber del Estado de velar por su destinación al uso común.*
- e) Por el carácter prevalente del uso común del Espacio Público sobre el interés particular.*
- d) Por la facultad reguladora de las entidades públicas sobre la utilización del suelo y del espacio aéreo urbano en defensa del interés común.*
- e) Como Derecho e Interés Colectivo.*
- f) Como objeto material de las acciones populares y como bien jurídicamente garantizable a través de ellas.⁶”*

En consecuencia, es un deber de las autoridades públicas velar por el respeto y protección de la integridad del espacio público, el cual constituye un derecho colectivo que exige por sus características la actuación de las autoridades que con base en la regulación en las diferentes materias vele por la prevalencia del interés común sobre el particular, y que por su misma naturaleza de derecho constitucional exige su garantía por tratarse de un fin esencial del Estado.

2.2.Tensión entre el uso y goce del espacio público y los derechos de los

⁴ Cita de cita: Para precisar cuáles son las áreas protegidas por el concepto de espacio público la Corte ha señalado en la sentencia SU-360 de 1999: "pueden reconocerse como elementos que integran el concepto de espacio público, entre otros los siguientes: a- Las áreas requeridas para la circulación tanto peatonal como vehicular (vías públicas), - como por ejemplo las calles, plaza, puentes y caminos -. b- Las áreas para la recreación pública, activa o pasiva, - léase estadios, parques y zonas verdes, por ejemplo c- Las franjas de retiro de las edificaciones sobre las vías, - es decir andenes o demás espacios peatonales-. d- Las fuentes agua, y las vías fluviales que no son objeto de dominio privado [1.4]. e- Las áreas necesarias para la instalación y mantenimiento de los servicios públicos básicos o para la instalación y uso de los elementos constitutivos del amoblamiento urbano en todas sus expresiones. f- Las áreas para la preservación de las obras de interés público y de los elementos históricos, culturales, religiosos, recreativos y artísticos, para la conservación y preservación del paisaje. g- Los elementos naturales del entorno de la ciudad h- Lo necesarios para la preservación y conservación de las playas marinas y fluviales, los terrenos de bajamar, así como la de sus elementos vegetativos, arenas y corales. i- En general, todas las zonas existentes o debidamente proyectadas en las que el interés colectivo sea manifiesto y conveniente y que constituyen por consiguiente zonas para el uso o el disfrute colectivo.

⁵ Cita de cita: En la sentencia SU-360 de 1999 la Corte dijo: "La búsqueda de una mejor calidad de vida para las personas y la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos, es uno de los fundamentos sobre las cuales se estructura el concepto de Estado Social de Derecho. Es por ello que, de conformidad con el artículo 82 de la Constitución Política, la integridad del espacio público y su destinación al uso común, son conceptos cuya protección se encuentran a cargo del Estado, precisamente por la necesidad de asegurar el acceso de todos los ciudadanos al goce y utilización común de tales espacios colectivos. La protección del espacio público, así entendida, responde a la necesidad de conciliar los diferentes ámbitos y esferas sociales en un lugar común, sin desconocer, en todo caso, el principio constitucional consagrado en el artículo primero de la Carta, mediante el cual se garantiza la prevalencia del interés general frente a los intereses privados, en beneficio de la colectividad".

⁶ Cita de cita: Sentencia T-508 de 1992.

vendedores informales amparados por el principio de confianza legítima.

El Consejo de Estado en una línea de pronunciamiento pacífica ha señalado que, a pesar de la relevancia con que cuenta el principio de la confianza legítima, este no puede erigirse como una justificación que perpetúe en forma indefinida la vulneración o amenaza del derecho colectivo al uso y goce del espacio público, pues la prevalencia de este último cuenta con arraigo constitucional –art. 82, C.N.–, razón por la cual dicha corporación en una convergencia de su postura frente a esta garantía general y la posición jurisprudencial adoptada por la Corte Constitucional frente a derechos individuales, ha señalado que las medidas que sean adoptadas para la protección de la primera deben lograr un equilibrio entre su salvaguarda y los derechos individuales de los vendedores informales que han ejercido la explotación económica del espacio público ante la permisividad de la administración pública. En efecto sobre el particular señaló⁷:

“En reiterada jurisprudencia, la Corte Constitucional ha precisado que resolver la tensión entre el derecho al trabajo y el derecho colectivo al uso y goce de los bienes de uso público, se impone a los ciudadanos la obligación de restituirlo y la carga para la Administración de crear políticas de reubicación de quienes se vean afectados con las medidas adoptadas. Ha dicho⁸:

« 1. Del concepto de espacio público y su protección constitucional.

De conformidad con el artículo 82 de la Constitución Política, la integridad del espacio público y su destinación al uso común, son conceptos cuya protección se encuentra a cargo del Estado, precisamente por la necesidad de asegurar el acceso de todos los ciudadanos al goce y utilización común e indiscriminado de tales espacios colectivos. La protección del espacio público, así entendida, responde a la necesidad de conciliar los diferentes ámbitos y esferas sociales en un lugar común, sin desconocer, en todo caso, el principio constitucional consagrado en el artículo primero de la Carta, mediante el cual se garantiza la prevalencia del interés general frente a los intereses privados, en beneficio de la colectividad.

El trastorno del espacio público ocasionado por un particular o por la actuación de autoridades no competentes, puede llegar a vulnerar no sólo derechos constitucionales individuales de los peatones, y aspiraciones colectivas de uso y aprovechamiento general, sino también la percepción de la comunidad respecto de las áreas a las que tiene acceso libre y a las que no lo tiene. Es por ello, tal y como lo ha dicho la Corte en otras oportunidades:

“...una vía pública no puede obstruirse privando a las personas del simple tránsito por ella, pues semejante conducta atenta contra la libertad de locomoción de la mayoría de los habitantes y lesiona el principio de prevalencia del interés general, además de que constituye una apropiación contra derecho del espacio público, esto es, un verdadero abuso por parte de quien pone en práctica el mecanismo de cierre. No pueden tampoco ocuparse los andenes -que son parte de la vía pública- ni las áreas de circulación peatonal,

⁷ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero Ponente: Camilo Arciniegas Andrade, 10 de abril de 2008, Radicación número: 25000-23-24-000-2000-00320-01.

⁸ Cita de cita: Sentencia T-900 de 1999, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

espacios que se hallan reservados para el tránsito de toda persona sin interferencias ni obstáculos como, por ejemplo, estacionamiento de vehículos y el levantamiento de casetas de vendedores ambulantes. Tampoco puede invadirse el espacio público con materiales de construcción o exhibiciones de muebles o mercaderías, ni con la improvisación de espectáculos u otra forma de ocupación de las calles, claro está sin detrimento de las libertades de trabajo, empresa y reunión, las cuales deben ejercerse de tal forma que no lesionen otros derechos y de conformidad con las restricciones que impone el ordenamiento urbano a cargo de las autoridades municipales.” Hay que tener claro, entonces, que el orden en los espacios abiertos, como calles y parques, debe ser un valor social por excelencia que genera confianza, respeto y tranquilidad en la comunidad, porque contribuye a mejorar las condiciones de vida urbana y a neutralizar, así sea en mínima parte, las agresiones propias de una gran ciudad (visuales, auditivas, de tránsito, de seguridad, etc.). Es por ello que algunos doctrinantes sostienen que, el “atributo básico de una ciudad exitosa es que una persona pueda transitar libremente por las vías públicas y además pueda sentirse personalmente segura en las calles, entre todos los ciudadanos que transitan en ella”.

En ese orden de ideas, las reglas diseñadas para la preservación del espacio público, desde que sean razonables, no pueden ser consideradas como un impedimento para la libertad de las personas sino la base misma de esa libertad, extendida y articulada para todos. En consecuencia los ciudadanos deben sujetarse a los mandamientos constitucionales y legales que regulan el debido aprovechamiento del espacio público, como parte de su responsabilidad con la comunidad y de sus deberes constitucionales. La Corte constitucional ha advertido, en consecuencia, la legitimidad de las conductas tendientes a tratar de proteger el espacio público y el legítimo interés de las ciudades, de proteger los derechos y los intereses de la colectividad y en especial de los peatones.

De ahí que los alcaldes están investidos de autoridad suficiente para disponer, en caso de ocupación, la restitución de bienes de uso público, de conformidad con el Código Nacional de Policía (artículo 132).

2. Comportamiento de la jurisprudencia constitucional colombiana frente a la ocupación del espacio público por vendedores informales.

La Corte Constitucional, para resolver algunos de éstos conflictos, ha optado por buscar una fórmula de conciliación conforme a la cual la administración cumpla su deber de proteger el espacio público, sin que ello signifique desconocimiento del derecho al trabajo de las personas que resulten afectadas en los procesos de recuperación del espacio público. Por consiguiente, “ha ordenado que las autoridades respectivas implementen planes y programas que permitan la coexistencia armónica de los intereses que colisionan, toda vez que tampoco se puede desconocer”, como se verá, “el fenómeno social que conlleva esta economía informal”.

Es por ello que la Corte Constitucional se ha pronunciado en varias oportunidades, aplicando el principio de confianza legítima como mecanismo para conciliar, de un lado el interés general que se concreta en el deber de la administración de conservar y preservar el espacio público y, de otro lado, los derechos al trabajo e igualdad de las personas que ejercen el comercio informal. Dentro de este contexto, constituyen

pruebas de la buena fe de los vendedores ambulantes: las licencias, permisos concedidos por la administración (sentencias T-160 de 1996 M.P. Fabio Morón Díaz, T-550 de 1998 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa y T-778 de 1998 M.P. Alfredo Beltrán Sierra), promesas incumplidas (sentencia T-617 de 1995), tolerancia y permisión del uso del espacio público por parte de la propia administración (sentencia T-396 de 1997 M.P. Antonio Barrera Carbonell y T-438 de 1996 M.P. Alejandro Martínez Caballero). En consecuencia, “no pueden conculcar el derecho al trabajo de quienes, siendo titulares de licencias o permisos concedidos por la propia administración, se ajustan a sus términos” (Sentencia T-578 de 1994 M.P. José Gregorio Hernández Galindo). Como corolario de lo anterior se tiene que los actos administrativos que autorizan el ejercicio del comercio informal no pueden ser revocados unilateralmente por la administración, sin que se cumplan con los procedimientos dispuestos en la ley.»

...

Puesto que la demanda se sustenta en el principio de la confianza legítima, es oportuno precisar que en reiterada jurisprudencia se ha advertido que éste no puede obstruir la recuperación del espacio público, pues constitucionalmente se establece la prevalencia del interés general (artículo 82 CP). Ha dicho la Sala:

«La confianza legítima no puede convertirse en obstáculo para tutelar el derecho constitucional al espacio público porque es deber del Estado velar por su protección y por su destinación al uso común; el reconocimiento de la existencia de la confianza legítima no puede habilitar a las autoridades para permitir la vulneración del derecho colectivo mencionado y menos en circunstancias que, como en este caso, se plantean por las autoridades concernidas en forma indefinida en el tiempo. En tales circunstancias, las autoridades distritales deben adoptar las medidas necesarias para desalojar a los vendedores ambulantes y a todos los ocupantes del espacio público [...] sin dejar de garantizar los medios que permitan a los ocupantes protegidos por la confianza legítima condiciones posibles y dignas para que puedan ejercer su actividad pero, en todo caso, sin menoscabo del derecho colectivo cuya reivindicación se pretende, tal como lo ha señalado la Corte Constitucional en sus sentencias SU - 360 y 601 de 1999.» (Negritillas originales, subrayado de esta Sala)

En este orden de ideas, se itera que la tensión entre las garantías colectivas a uso y goce del espacio público y los derechos individuales que puedan ser afectados por su recuperación debe ser resuelta garantizando la protección del interés general, empero, en concordancia con la aplicación de medidas que permitan eliminar o reducir a su mínima expresión la afectación individual de aquellos sujetos que han desarrollado actividades en el espacio público para su sustento ante la aquiescencia de las autoridades públicas, sin que se pueda erigir dichos derechos individuales como una razón para permitir la afectación indefinida del espacio público.

2.3. Gestiones adelantadas por la administración municipal

El *a quo* encontró acreditado que hay presencia de vendedores informales apostados en los alrededores de la Plaza de Mercado, algunos de ellos ubicados por la administración Municipal en 196 módulos de acero y otros en puestos de venta tradicionales elaborados de forma artesanal, de tal manera que ocupan un tramo del andén y un tramo de la vía, lo que da continuidad a la ocupación del espacio público, la obstaculización del libre tránsito peatonal y la dificultad del tránsito vehicular.

Por su parte, el municipio de Manizales en su escrito de apelación señala que dichos módulos en acero inoxidable, precisamente tienen como propósito reubicar y organizar el espacio público del sector, y resaltó la inversión de los recursos públicos en la ubicación de dichos módulos de mercado, lo cual afirma ofreció bondades y beneficios para los vendedores que tenían sus productos en el suelo, sin aseo y sin control, respaldando el trabajo de los mismos y atendiendo el derecho de proteger, cuidar y respetar el uso y goce del espacio público, por lo que considera se debe permitir continuar con el proyecto de instalación de los módulos.

Al respecto, como se expuso en los acápites anteriores, la finalidad del espacio público cuya protección es dispuesta desde el rango constitucional mismo, es su destinación al uso común y la prevalencia del interés general sobre el particular, razón por la cual no son de recibo los argumentos esgrimidos por el ente territorial accionado referentes a que las medidas de “Organización” que estaba adoptando frente a los vendedores informales que acaparan el espacio público adyacente a la edificación de la plaza de mercado, permiten superar la afectación al derecho colectivo al uso y goce del espacio público, pues resulta claro que, la entidad accionada limitó su actuar sobre el particular a la adecuación y asignación de unas estructuras en acero inoxidable con la finalidad de organizar de mejor forma las ventas informales, empero su ubicación fue realizada sobre el mismo espacio público que venía siendo particularmente explotado por los vendedores estacionarios allí aglomerados.

En este orden de ideas, no puede pretenderse por la administración municipal que la solución idónea para superar la afectación al derecho colectivo al uso y goce del espacio público sea, no solo continuar con la aquiescencia frente a su uso en forma indefinida, sino incluso suministrar los elementos para que la explotación particular de dichos espacios sea enaltecida, todo bajo la égida de “organizar” la utilización del espacio público por parte de unos cuantos particulares.

La adecuación y asignación de casetas para que los vendedores informales continúen haciendo uso del espacio público, no se torna como una medida efectiva, mientras que la administración municipal pretenda ubicar dichos módulos de venta en el mismo espacio público objeto de afectación.

En tal sentido, la Sala comparte la decisión adoptada por el *a quo* en lo referente a la existencia de vulneración al derecho colectivo al uso y goce del espacio público y concluye que, las gestiones adelantadas por la administración municipal –adecuación de los puestos de venta informales- no garantizan la debida protección o el cese en la amenaza al derecho colectivo al uso y goce del espacio público. Por lo que no prospera el argumento de la apelación propuesto por la entidad demandada sobre este aspecto.

3. Segundo problema jurídico

Tesis del Tribunal: Las medidas y plazos dispuestos por el *a quo* en la sentencia, resultan adecuadas y razonables para la protección del derecho colectivo vulnerado.

Para soportar lo anterior y resolver los argumentos expuestos por los apelantes, se analizará: i) La facultad del Juez para impartir órdenes para protección de los derechos colectivos; ii) la disposición de los ocupantes del espacio público a aceptar medidas de reubicación y el derecho a la igualdad de personas que se encuentran a la espera de

permisos para desarrollar actividades informales en el espacio público; iii) el término conferido para cumplir el fallo; iv) La dependencia del municipio de Manizales competente para el cumplimiento de las órdenes impartidas.

3.1. Facultad del Juez para impartir órdenes para protección de los derechos colectivos

Tratándose del alcance de las órdenes impartidas en una sentencia donde lo discutido es la protección de los derechos e intereses colectivos, es preciso destacar que el Consejo de Estado ha señalado⁹:

"Es de recordarse que las órdenes emanadas del juez popular no obedecen a su capricho, sino a que con su oportuno cumplimiento se protejan los derechos colectivos que se encuentran amenazados o conculcados, siendo esta la única finalidad de esta acción constitucional, pues esta corporación ha sido clara en precisar que compete al juez popular impartir las ordenes adecuadas con el fin de proteger los derechos colectivos vulnerados.

"(...) Conviene recordar que en tratándose de acciones constitucionales como la presente, al fallador le compete proferir la orden que dentro de la razonabilidad fáctica, probatoria, constitucional y legal, resulte adecuada para proteger el derecho o el interés colectivo amenazado o vulnerado (art. 34 Ley 472 de 1998), lo que en modo alguno le impone la obligación invariable de proferir la propuesta por el demandante, aunque pueden resultar semejantes". (Resaltado fuera de texto)

Por su parte, la Corte Constitucional en Sentencia T-443 de 2013¹⁰, al referirse a los poderes del juez popular, consideró:

"En efecto, se debe tener en cuenta que las acciones populares poseen una estructura especial que las diferencia de los demás procesos litigiosos, en cuanto son un mecanismo de protección de los derechos colectivos, radicados para efectos del reclamo judicial en cabeza de quien actúa a nombre de la sociedad, pero de los que al mismo tiempo son titulares cada uno de los miembros que forman la parte demandante de la acción judicial.

En consecuencia, como director del proceso, el juez puede conminar, exhortar, recomendar o prevenir, a fin de evitar una eventual vulneración o poner fin a una afectación actual de los derechos colectivos que se pretenden proteger, sin que tal decisión constituya un capricho del juez constitucional.¹¹ Es así como, un elemento esencial de las acciones populares es el carácter oficioso con que debe actuar el juez, sus amplios poderes y con miras a la defensa de los derechos colectivos.

Así, se ha establecido¹² que es propio del juez de acción popular quien debe amparar los

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 16 de marzo de 2012. Radicación 88001-23-31-000-2010-00071 01. Actor: Jaime Miguel Torres Padilla.

¹⁰ Magistrado ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹¹ Cita de cita: Al respecto, ver: Consejo de Estado, Sección Primera, Auto de 5 de julio de 2007, Consejero Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Exp: (AP) 25000-23-24-000-2003-00238-01.

¹² Cita de cita: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 9 de agosto de 2012. Consejero ponente (E): Marco Antonio Velilla Moreno. Radicación número: 73001-23-31-000-2010-00472-01(AP). En aquella oportunidad se presentó acción popular y se solicitó la protección de los derechos e intereses colectivos relacionados con el goce del espacio público, la utilización y defensa de los

derechos yendo incluso más allá de lo pedido por el actor, pues el fin último de este mecanismo no es proteger al demandante, sino resguardar a la comunidad que resulta afectada; debe recordarse que el titular de los derechos colectivos es toda la colectividad, y que tales derechos guardan una relación estrecha con otros derechos como la vida y la salud respecto de los cuales existe consenso sobre su naturaleza fundamental. Por tal motivo el juez de la acción popular, como garante de los derechos constitucionales colectivos puede, cuando resulte necesario, proferir fallos ultra y extra petita. Por ejemplo, como ha resaltado Consejo de Estado, (...) es viable que se tengan en cuenta hechos distintos a los que aparecen en la demanda, siempre que la conducta que se persiga sea la misma que la parte actora indicó como trasgresora en la demanda. En ese orden de ideas, la sentencia debe ser coherente con la conducta vulneradora imputada en el escrito de la demanda¹³.

En síntesis, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reconocido que el juez de acción popular, al declarar la vulneración de los derechos colectivos y protegerlos, puede ordenar remedios que excedan las pretensiones presentadas por el actor popular en la demanda siempre que resulte necesario. En este sentido, en razón a la obligación positiva en cabeza del juez de proteger los derechos colectivos, si en curso del proceso se encuentra probada una circunstancia que vulnera los derechos colectivos y que no fue alegada por el demandante, el juez está facultado para proferir fallos ultra petita y extra petita...". (Se resalta)

En este orden de ideas, el Juez en sede popular cuenta con la facultad para impartir órdenes a fin de lograr la efectiva protección de los derechos colectivos invocados, pero bajo criterios de razonabilidad fáctica, probatoria, constitucional y legal, como se reseñó en acápites anteriores.

3.2. Disposición de los ocupantes del espacio público a aceptar medidas de reubicación y derecho a la igualdad de personas que se encuentran a la espera de permisos para desarrollar actividades informales en el espacio público.

La entidad demandada y la vinculada Infimanizales advierten en su escrito de alzada que, no se constató por el *a quo* que los vendedores informales ubicados en la zona objeto de las medidas ordenadas, cuenten con la voluntad de aceptar su reubicación o las eventuales cargas que les puede acarrear una formalización de su actividad (arrendamientos, desplazamientos, servicios, entre otros).

Frente a lo anterior, destaca la Sala que como se advirtió previamente, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional en efectuado un pacífico desarrollo jurisprudencial, bajo la égida de que los derechos individuales de los vendedores informales no puede erigirse como una justificación para propiciar en forma indefinida la afectación del derecho colectivo al uso y goce del espacio público, sino que tal tensión debe ser conciliada, ofreciendo oportunidades a dichos individuos para que a la par de la recuperación del espacio público puedan contar con medios para continuar con el

bienes de uso público, el derecho a la seguridad y la prevención de desastres previsibles técnicamente, los cuales se estiman vulnerados como quiera que la alcantarilla ubicada en el Km 138 + 002 de la vía Guamo-Espinal no cuenta con las medidas de seguridad necesarias y exigidas por la ley.

¹³ Cita de cita: Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Agosto 9 de 2012. Consejero ponente (E): Marco Antonio Velilla Moreno. Radicación número: 73001-23-31-000-2010- 00472-01 (A P).

desarrollo de actividades de las cuales deriven su sustento.

En tal sentido, no puede pretenderse que la recuperación del espacio público adyacente a la plaza de mercado del municipio de Manizales frente a los vendedores informales allí ubicados, solo pueda efectuarse con su total beneplácito frente a la cargas que les puedan ser impuestas con las medidas de reubicación o modificación de la actividad que desempeñaban, dado que, no por encontrarse cobijados por el principio de confianza legítima es dable señalar que la normalización de la situación irregular deba tener como requisito inexpugnable la aceptación total por parte de los particulares.

Observa este Tribunal que, la orden impartida por el *a quo* vela en forma razonable porque la recuperación del espacio público, cuente a su vez con un componente de protección de los derechos de aquellos individuos que efectúan su explotación, pues dispuso no solo la recuperación del referido espacio, sino también la reubicación de los vendedores mediante la previa caracterización e individualización de los afectados, aunado a 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.

Corolario, las medidas adoptadas en la sentencia recurrida no menoscaban los derechos de los vendedores informales ubicados en el espacio público objeto de intervención, sin que deba pretenderse que la reubicación ordenada sea aceptada a plenitud por dichos particulares, dado que se trata precisamente de la normalización de una situación irregular que se ha extendido por años.

Finalmente, tampoco resultan de recibo las aseveraciones del recurso de apelación referentes a la existencia de un trato desigual entre los vendedores ambulantes ubicados en la zona adyacente a la plaza de mercado y otras personas que han solicitado permisos para el desarrollo de este tipo de actividades, pues dado que si bien los primeros serán beneficiados con su reubicación, esta situación atiende al principio de confianza legítima que les cobija, sin que su situación particular pueda equipararse a otro tipo de solicitantes de este tipo de medidas.

3.3.El término para cumplir el fallo

Respecto al lapso de cuatro años que fue otorgado en la sentencia para el acatamiento de las medidas de protección del derecho colectivo al uso y goce del espacio público, tanto la parte demandante como la parte demandada manifiestan su inconformidad, la primera asevera que dicho interregno resulta injustificadamente extenso; la segunda afirma que resulta insuficiente, dada la magnitud de las gestiones a desarrollar.

Frente a dichas oposiciones resalta la Sala que, ninguna de las partes indicó argumentos suficientes y puntuales para considerar que el tiempo otorgado por el *a quo* para la adopción de las medidas deba ser modificado; la parte demandante únicamente hace señalamientos en referencia a que ese lapso agravaría la situación económica de los comerciantes formales que se ubican en las instalaciones de la plaza de mercado, intereses económicos particulares que claramente no guardan relación alguna con la protección de derechos colectivos de que trata el medio de control *sub*

examine; a su vez la entidad demandada limitó su oposición sobre el punto a señalar en términos generales y abstractos que las gestiones a realizar para el cumplimiento de las ordenes eran numerosas, pero nada dice sobre los tiempos estimados para ejecutar cada gestión, cuales serian los cronogramas que pudiesen ser adecuados para su cumplimiento o, se itera, razones específicas de su posición.

Corolario de las disquisiciones planteadas, esta Colegiatura no observa razones para considerar que el lapso de cuatro años otorgado por el *a quo* para la realización de las medidas de protección ordenadas resulte desproporcionado, por el contrario, dicho plazo responde en justa medida a una situación con notoria relevancia y con una importante cantidad de gestiones necesarias para su realización, empero sin erigirse como un lapso irrazonablemente extenso o corto, que haga nugatoria la protección de los derechos colectivos amparados.

3.4. La dependencia del municipio de Manizales competente para el cumplimiento de las órdenes impartidas

Finalmente, observa esta Colegiatura que la entidad demandada solicitó modificar la sentencia recurrida con el fin de que se disponga que la dependencia del municipio de Manizales encargada de efectuar las gestiones relacionadas con la reubicación de los vendedores informales sea la Secretaría de Medio Ambiente y no la Secretaría de Planeación, esto, fundamentado en el hecho de que a nivel interno el municipio de Manizales asignó la competencia para este tipo de cometidos a la primera de las secretarías referidas.

Sobre este aspecto se considera que, el municipio de Manizales es el llamado a acatar el cumplimiento del fallo, indistintamente de las competencias internas que asigne para el efecto, razón por la cual se aclarará la sentencia recurrida en tal sentido, esto, sin modificación alguna a las órdenes impartidas respecto de entidades independientes al municipio de Manizales como Infimanizales y ERUM, quienes si cuentan con autonomía presupuestal y administrativa para su cumplimiento.

3.5. Conclusión

De conformidad con lo expuesto, las medidas y plazos para la protección del derecho colectivo vulnerado dispuestos por el *a quo* en la sentencia, resultan adecuadas y razonables.

4. Costas

No se impondrá condena en costas teniendo en cuenta que, solo prospero de manera parcial el recurso de apelación formulado por el municipio de Manizales, esto al tenor de lo dispuesto por el artículo 188 del CPACA.

Por lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión del **Tribunal Contencioso Administrativo de Caldas**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: ACLÁRASE la sentencia proferida el 6 de febrero de 2019 por el Juzgado

Cuarto Administrativo de Manizales, dentro del proceso que en ejercicio de la acción popular promovió el señor Juan Jairo Muñoz Cuervo contra el municipio de Manizales, en el sentido de advertir que, el cumplimiento del fallo en lo que respecta al referido ente territorial debe ser efectuado por el municipio de Manizales, indistintamente de las competencias internas que asigne para el efecto. Por lo demás, **CONFÍRMASE** la sentencia recurrida.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 026 de 2020.

NOTIFÍQUESE



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 197

Manizales, diez (10) de julio de dos mil veinte (2020).

Radicado: 17001-23-33-000-2018-00610-00
Naturaleza: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandantes: Claudio González Peña
Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - Dian

Procede el Tribunal Administrativo de Caldas a dictar sentencia de primera instancia.

I. Antecedentes

1. Pretensiones

Se deprecia en síntesis la nulidad de la Resolución 102412017000047 del 29 de noviembre de 2017 por medio de la cual la Dian impuso sanción al contribuyente, en valor de \$412.275.000 por incumplimiento al deber de reportar información exógena correspondiente al año gravable 2013; así como de la Resolución “*recurso de reconsideración*” No. 10236201800003 del 05 de octubre de 2018, que decidió el recurso interpuesto en sede administrativa, confirmando la decisión adoptada. Que como consecuencia de lo anterior, se declare que el demandante no está obligado al pago de la sanción impuesta.

De forma subsidiaria, se deprecia la declaratoria de nulidad parcial de los actos acusados en lo que respecta al monto de la sanción, ordenando su reducción en aplicación de los principios de gradualidad y favorabilidad.

2. Sustento fáctico relevante

Señala que, la Dian emitió el pliego de cargos 102382017000030 del 22 de junio de 2017, a través del cual se formularon cargos al contribuyente por el presunto incumplimiento al deber de reportar información exógena correspondiente al año gravable 2013. Que a través de Auto 102382017000007 del 10 de julio de 2017, la Dian resolvió modificar el referido pliego de cargos, señalando que el monto de la sanción a imponer ascendía a \$412.275.000 contentivo del valor de la UVT para el año 2014 y no con el valor de esta para el año 2013, como se computó en el primer acto.

Que mediante oficio del 14 de julio de 2017, la Dian manifestó al contribuyente “*dar precisión y claridad*” frente a la normativa sancionatoria aplicable, atendiendo a que erróneamente el pliego de cargos citó como fundamento del artículo 651 del Estatuto Tributario, en adelante E.T. modificado por la Ley 1819 de 2016, en lugar del contenido

del citado artículo antes a dicha reforma legal, siendo esta última opción la aplicable al asunto, en atención a la fecha de comisión de la conducta sancionable.

Que el contribuyente presentó respuesta al pliego de cargos el 27 de julio de 2017, oponiéndose a la sanción y que a través de la Resolución 102412017000047 del 29 de noviembre de 2017 la Dian impuso la sanción formulada al contribuyente, en valor de \$412.275.000; decisión posteriormente confirmada vía recurso de reconsideración, mediante Resolución 10236201800003 del 05 de octubre de 2018.

3. Normas invocadas y concepto de trasgresión

Se aducen como normas violadas los artículos 2, 6, 13, 29, 58, 83 y 338 de la Constitución Política; 638, 640 y 651 del E.T.; y 3 y 42 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante CPACA.

Se expone que, la administración tributaria no podía *“aclarar o precisar”* el pliego de cargos que formuló al contribuyente por medio de un oficio posterior, razón por la cual, el error que se presentó en la base legal del pliego de cargos se erige como una causal de nulidad del mismo, pues este se basó en una norma que no era aplicable al caso del actor, pues la supuesta infracción por la cual se le sanciona acaeció en el año 2014 –no envío de información exógena–, por lo cual no podía la Dian fundamentar el acto de cargos en el contenido del artículo 651 del E.T. vigente para el año 2017.

Aunado a lo anterior arguye que, la Dian no tuvo en cuenta los principios de gradualidad y proporcionalidad de la sanción a imponerle, optando sin justificación expresa a imponer directamente la sanción más alta posible (5%).

4. Contestación a la demanda

La **Dian** se opuso a las pretensiones al advertir que, los actos administrativos demandados respetaron todas las garantías del debido proceso del accionante, pues la aclaración del pliego de cargos, no cuenta con la entidad suficiente para viciar de nulidad el acto demandado, pues no existe norma alguna que impida la emisión de un acto aclaratorio del pliego de cargos, más aun, cuando tras su aclaración se respetaron los términos y etapas legales con que contaba el contribuyente para ejercer su derecho de defensa.

Con respecto a la aplicación de criterios de gradualidad en la imposición de la sanción, señala que al tenor del artículo 640 del E.T., esta requiere que el actor hubiese subsanado la conducta sancionable y aceptado la infracción cometida, antes de la expedición del acto administrativo que imponga la sanción, condiciones que no se presentaron.

5. Alegatos de conclusión

Las partes limitaron su intervención a la reiteración de los argumentos expuestos en la demanda y su contestación. El **Ministerio Público** no emitió concepto.

II. Consideraciones

1. Problemas jurídicos

El asunto traído a control jurisdiccional se enmarca en definir si los actos administrativos por medio del cuales, se impuso sanción al contribuyente por el incumplimiento al deber de reportar información exógena correspondiente al año gravable 2013, adolecen de nulidad total o parcial por haberse vulnerado el debido proceso del aquí demandante o por haber computado indebidamente el monto de la sanción. Para ello se resolverán los siguientes cuestionamientos:

¿Se vulneró el debido proceso del contribuyente por haberse modificado y posteriormente aclarado el pliego de cargos que le fuere formulado por la administración de impuestos?

Subsidiariamente: *¿Fue computada en forma indebida la sanción impuesta al contribuyente al no haber dado aplicación a los criterios de gradualidad establecidos por el artículo 640 del Estatuto Tributario y al principio de favorabilidad en materia sancionatoria tributaria?*

Para ello, se abordarán los siguientes tópicos: **(i)** Hechos relevantes acreditados; **(ii)** naturaleza del pliego de cargos en materia tributaria; **(iii)** relevancia procesal de las modificaciones y o aclaraciones formuladas al pliego de cargos formulado contra el contribuyente, como causa eficiente de nulidad de los actos sancionatorios; y **(iv)** Aplicación de los criterios de gradualidad y del principio de favorabilidad en materia tributaria para el caso concreto.

2. Hechos relevantes acreditados

- La Dian emitió el pliego de cargos No. 102382017000030 del 22 de junio de 2017, notificado al contribuyente 28 de junio siguiente, por el presunto incumplimiento al deber de reportar información exógena correspondiente al año gravable 2013; acto en el cual se propuso una sanción de \$402.615.000 y se señaló como uno de los fundamentos legales de dicho pliego el artículo 651 del E.T, citando su contenido vigente para el año 2017 (v. fl. 32-36, cdo. 2).
- La Dian expidió auto aclaratorio No. 102382017000007 del 10 de julio de 2017, en el cual se dispone “Aclarar el anexo al Pliego de cargos No. 102382017000030 con fecha 22 de junio de 2017 en las paginas 1, 4, 5 y 7; en lo que tiene que ver con el valor propuesto de la sanción”, lo anterior al advertir que el monto de la sanción a imponer ascendía a \$412.275.000, esto es, el equivalente a 15.000 UVT’s atendiendo al valor de la UVT para el año 2014 y no con el valor de esta para el año 2013, como se computó en el primer acto. Dicho acto fue notificado el 13 de julio siguiente (fls. 38-41, cdo. 2).
- Posteriormente, se expidió oficio del 14 de julio de 2017 -notificado el 19 de siguiente- a través del cual la Dian manifestó al contribuyente “dar precisión y claridad” frente a la normativa sancionatoria aplicable, atendiendo a que erróneamente el pliego de cargos citó como fundamento del mismo el artículo 651 del E.T. modificado por la Ley 1819 de 2016, en lugar del contenido del citado artículo antes a dicha reforma legal, siendo esta última opción la aplicable al asunto en atención a la fecha de comisión de la conducta sancionable (fls. 42-45, cdo. 2).
- El demandante dio respuesta al pliego de cargos el 27 de julio de 2017, oponiéndose a la sanción formulada (fls. 46-53, cdo. 2).

- Mediante los actos administrativos demandados, esto es, las resoluciones 102412017000047 del 29 de noviembre de 2017 y 10236201800003 del 05 de octubre de 2018, se impuso y se confirmó una sanción al contribuyente por incumplimiento al deber formal de enviar información exógena, por el equivalente al 5% de los valores no reportados -limitada a 15.000 UVT's- (fls. 56-64 y 94-103, cdo. 2).
- Según reporte del sistema de información "Muisca" de la Dian datado 24 de noviembre de 2017 el contribuyente Claudio González Peña no cuenta con reporte de carga de la información solicitada a los sistemas electrónicos de la administración de impuestos (fls. 54-55, cdo. 2).

3. Pliego de cargos en materia sancionatoria tributaria y su modificación como vicios de nulidad del acto sancionatorio. Caso Concreto.

El ejercicio de la potestad sancionadora concedida a la Administración Tributaria se debe enmarcar dentro de los límites y garantías establecidos en el artículo 29 de la Constitución, de modo que se realice de manera plena el derecho de defensa del contribuyente, razón por la cual, en desarrollo de la referida garantía constitucional el E.T., en su artículo 638 establece una regla general para aquellos casos en que se pretenda la imposición de sanción mediante resolución independiente, como es el caso de la sanción establecida en el artículo 651 de dicho estatuto, por el no envío de información, pauta consiste en que la Administración debe formular pliego de cargos dentro de los dos años siguientes a la fecha en que se presentó la declaración de renta del período durante el cual ocurrió la irregularidad sancionable; pliego de cargos a partir del cual se contará con el término de 6 meses para aplicar la sanción respectiva.

El pliego de cargos tiene como finalidad permitir al contribuyente conocer de manera cierta y clara la conducta infractora que se le imputa, a efectos de que pueda controvertirla, tal y como lo ha señalado el H. Consejo de Estado al indicar¹:

"Pues bien, el pliego de cargos es la imputación que hace la Administración al contribuyente, la cual debe ser conocida por éste para ejercer su derecho de defensa². El artículo 670 del E.T. señala que la DIAN debe dar traslado al contribuyente del pliego de cargos de la sanción por devolución y/o compensación improcedente, por el término de un mes.

La Sala ha precisado que las sanciones deben imponerse por los mismos hechos planteados en el pliego de cargos, pues si se sanciona por hechos distintos, se desconoce el debido proceso, dado que el administrado no tiene la oportunidad de ejercer su derecho de defensa"

En el caso concreto, el actor alega como causal de nulidad de los actos mediante los cuales se impuso sanción por el incumplimiento del deber formal de enviar información exógena, el hecho de que la Dian haya efectuado dos modificaciones o aclaraciones al pliego de cargos con posteridad a su expedición, así;

¹ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Consejera ponente: Martha Teresa Briceño De Valencia, 10 de julio de 2014, radicación número: 25000-23-27-000-2007-00069-01(19212).

² Cita de cita: En similar sentido, se ha pronunciado la Sala, entre otras, en sentencias de 6 de agosto de 1998, C.P. doctor Delio Gómez Leyva, Exp. 9886, 14 de abril de 2000, C.P. doctor Germán Ayala Mantilla, 2 de noviembre de 2001, C.P. doctora Ligia López, Exp. 12283.

- (i) La primera, referente al valor de la sanción propuesta por haberse calculado con un valor de UVT's del año 2013 y no del 2014 anualidad en que se incurrió en la conducta-.
- (ii) La segunda, con relación a la advertencia, aclaración o corrección, sobre que, en el pliego de cargos inicial se fundamentó en el artículo 651 del E.T., empero realizando cita del texto vigente para el año 2017 -tras modificación efectuada por la Ley 1819 de 2012-, esclareciendo entonces que el citado artículo 651 debía entenderse en su tenor literal para el año 2014.

Con base a los cargos formulados por la parte actora, considera la Sala que las referidas aclaraciones o modificaciones al pliego de cargos no se erigen como causa eficiente de nulidad de los actos sancionatorios, dado que dichas modificaciones fueron puestas en conocimiento del contribuyente, antes de que este ejerciera su defensa en sede administrativa, esto es, los días 13 y 19 de julio de 2017, datas para las cuales el actor aún no había dado respuestas al pliego de cargos, pues el mismo dio contestación el 27 de julio de 2017.

Por otra parte, la modificación sobre el monto de la sanción formulada se limitó a la corrección de un error aritmético sobre el valor de la UVT, lo cual se advierte como una mera equivocación derivadas de una operación matemática que no alteró por modo alguno los fundamentos fácticos y jurídicos que sirvieron de base para emitir el pliego de cargos.

Ahora bien, la aclaración sobre el artículo 651 del E.T., -al haberse citado su contenido vigente tras modificación efectuada por la Ley 1819 de 2016-, considera este Tribunal que dicha aclaración, no modificó el núcleo esencial del pliego de cargos, esto es, la conducta imputable al contribuyente, pues no varió del hecho de que aquel omitió el envío de información exógena correspondiente al año gravable 2013. Véase como los contenidos del referido canon normativo, antes y después de su modificación en el año 2016, establecen en idéntico sentido el hecho sancionable de “No envió de información”, así:

Texto del Artículo 651 del E.T. vigente al año 2014.	Texto del Artículo 651 del E.T. modificado por el artículo 289 de la Ley 1819 de 2016.
ARTÍCULO 651. SANCIÓN POR NO ENVIAR INFORMACIÓN. Las personas y entidades obligadas a suministrar información tributaria así como aquellas a quienes se les haya solicitado informaciones o pruebas, que no la suministren dentro del plazo establecido para ello o cuyo contenido presente errores o no corresponda a lo solicitado, incurrirán en la siguiente sanción...	ARTÍCULO 651. SANCIÓN POR NO ENVIAR INFORMACIÓN O ENVIARLA CON ERRORES. Las personas y entidades obligadas a suministrar información tributaria así como aquellas a quienes se les haya solicitado informaciones o pruebas, que no la suministren dentro del plazo establecido para ello o cuyo contenido presente errores o no corresponda a lo solicitado, incurrirán en la siguiente sanción...

Cabe señalar, que el artículo 638 del E.T., referente a la emisión de pliego de cargos, no impide que se puedan expedir aclaraciones o modificaciones al mismo, y el artículo 866 de dicho estatuto en términos generales señala que “Podrán corregirse en cualquier tiempo, de oficio o a petición de parte, los errores aritméticos o de transcripción cometidos en las

providencias, liquidaciones oficiales y demás actos administrativos, mientras no se haya ejercitado la acción Contencioso – Administrativa”.

Así las cosas, si dichas enmiendas fueron dadas a conocer al contribuyente, respetando su derecho de contradicción y defensa, aunado a que el contenido modificado o aclarado del pliego de cargos guardó relación con los actos sancionatorios, en el sentido de formular y sancionar con base a la misma conducta -no envió de información-, a juicio de esta Colegiatura dichas aclaraciones o modificaciones no se erigen como una causa eficiente que vicie de nulidad los actos definitivos mediante los cuales se impuso la sanción respectiva, ya que no toda anomalía que se presente en el marco del proceso sancionatorio puede endilgarse como causa eficiente de nulidad de los actos administrativos, pues para arribar a tal conclusión se requiere que dicha situación afecte el núcleo del debido proceso, especialmente las garantías de contradicción y defensa del contribuyente.

En tal sentido, el H. Consejo de Estado señaló para un caso de símil fundamento fáctico -pliego de cargos formulado por el no envió de información-, que la mera modificación del pliego de cargos no desconoce el procedimiento aplicable en materia sancionatoria, ni afecta los derechos de contradicción y defensa, siempre que dichas modificaciones antecedan la sanción y a la oportunidad para pronunciarse por parte del contribuyente. así³:

*“...[L]a sala señaló que la modificación de la base de liquidación de la sanción por devolución y/o compensación improcedente por auto aclaratorio del pliego de cargos, para incluir la sanción por inexactitud, no corresponde a la corrección de un error aritmético. Sin embargo, precisó que dicha circunstancia **no genera la nulidad** de los actos sancionatorios acusados, para lo cual sostuvo lo siguiente⁴:*

“La Administración no obstante haber excluido la sanción por inexactitud de la base de liquidación de la sanción por devolución improcedente en el pliego de cargos, con fundamento en lo expuesto en el Concepto de la Oficina Jurídica de la DIAN No. 029418 del 18 de mayo de 2005 procedió a adicionarla en el auto aclaratorio, lo que implicó un cambio de posición jurídica que no es admisible cuando se predica un error aritmético, que se refiere a aquellas equivocaciones derivadas de una operación matemática que no alteren los fundamentos jurídicos que sirvieron de base para adoptar la decisión.

...

Las normas que se invocan como vulneradas, artículos 638 y 697 del Estatuto Tributario, no se refieren a que sólo se pueda expedir un pliego de cargos previamente al acto sancionatorio, como lo aduce el actor. Además, como se indicó en la jurisprudencia citada, las condiciones para imputar válidamente dicha sanción se circunscriben a la oportunidad para imponer la sanción, dos años contados desde la fecha en que se notifique la liquidación de revisión, a que previamente se notifique el pliego de cargos, y a que se le de la posibilidad al contribuyente de dar respuesta al mismo.

*De lo anterior se concluye que si bien no se configuró el error aritmético invocado en el auto aclaratorio, **dicha circunstancia no adquiere la entidad suficiente que***

³ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Consejera ponente: Martha Teresa Briceño De Valencia, 10 de julio de 2014, radicación número: 25000-23-27-000-2007-00069-01(19212).

⁴ Cita de cita: Sentencia del 16 de junio de 2011, Exp. 17998, C.P. William Giraldo Giraldo.

conlleve la nulidad de los actos sancionatorios acusados, como lo solicita el actor, por cuanto las reglas que integran el procedimiento aplicable para la imposición de la sanción por devolución improcedente no han sido desconocidas. Así mismo, el actor no invocó una norma que señale que hay expedición irregular del acto sancionatorio cuando éste se profiera con base en un pliego de cargos que rectifica o corrige uno anterior”.

Así pues, la modificación, por auto aclaratorio, de la base de liquidación de la sanción propuesta en el pliego de cargos no violó el debido proceso a la actora, pues dicha modificación fue anterior a la imposición de la sanción.

Además, la modificación al pliego de cargos, mediante auto aclaratorio, no implica imponer una sanción por hechos distintos a los propuestos en el pliego, pues el auto aclaratorio hace parte de éste y ambos antecedieron a la sanción. Igualmente, el auto aclaratorio del pliego de cargos fue notificado a la demandante en debida forma, por lo que conocía con antelación la integridad del mencionado acto...”. (Se resalta)

En conclusión, la Sala halla respuesta negativa al primer problema jurídico planteado, por lo que procederá al análisis de la controversia formulada en forma subsidiaria.

4. Inexistencia de favorabilidad aplicable en el caso concreto.

Como lo advirtió la Dian a través de la aclaración al pliego de cargos formulado en contra del contribuyente, el fundamento legal de la sanción impuesta al contribuyente es el artículo 651 del E.T., vigente al año 2014, data para la cual se incurrió en la conducta sancionable de no enviar información.

Ahora bien, el actor alega como causal de nulidad de los actos demandados, la no aplicación del principio de favorabilidad en materia tributaria, atendiendo a la modificación introducida al referido artículo 651 del E.T. por la Ley 1819 de 2016.

Frente a lo anterior se observa que, mediante el artículo 282 de la Ley 1819 de 2016, se incorporó una modificación al artículo 640 del Estatuto Tributario, estableciendo que *“el principio de favorabilidad aplicará para el régimen sancionatorio tributario, aun cuando la ley permisiva o favorable sea posterior”.*

Así, resulta necesario dar aplicación en materia sancionatoria a aquellas normas que fueron incorporadas al ordenamiento jurídico o que fueron objeto de modificación, estableciendo sanciones inferiores a las que resultaban aplicables para el momento en que se incurrió por los contribuyentes en las conductas objeto de reproche.⁵

Ahora bien, a pesar de lo anterior se observa que, en el presente asunto, no existe norma más favorable que resulte aplicable al caso bajo estudio, pues el referido artículo 651 del E.T. tras su modificación mediante la Ley 1819 de 2016, contiene una sanción más alta, pues el citado canon normativo pasó de consagrar una sanción de *“Hasta del 5% de las sumas respecto de las cuales no se suministró la información exigida...”* a una imposición del

⁵ Ver entre otras: Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, 5 de abril de 2018, Radicación número: 17001-23-31-000-2012-00200-01(21612).

“...cinco por ciento (5%) de las sumas respecto de las cuales no se suministró la información exigida...”, incluyendo otras modificaciones a las pautas reducción de la sanción, empero que solo resultan aplicables cuando se haya subsanado la omisión -situación que no se acreditó en el *sub lite*.

En tal sentido, no hay lugar a la aplicación del principio de favorabilidad en materia sancionatoria tributaria. Sin embargo, se torna necesario analizar el principio de gradualidad que ha sido desarrollado por el H. Consejo de Estado, para el caso de la sanción por no enviar información vigente hasta antes de la modificación incorporada por la Ley 1819 de 2016, que como se advirtió se contemplaba en una cuantía equivalente *“Hasta del 5% de las sumas respecto de las cuales no se suministró la información exigida, se suministró en forma errónea o se hizo en forma extemporánea...”*, por lo que debe valorarse el criterio adoptado por la administración para la determinación del porcentaje aplicado.

5. Gradualidad o proporcionalidad de la sanción por no enviar información

Atendiendo a los precisos términos del artículo 651 del E.T. -previo a la modificación efectuada por la Ley 1819 de 2016- el H. Consejo de Estado ha desarrollado una postura reiterada y pacífica en el sentido de advertir que la expresión de *“Hasta del 5%”* contenida en el referido canon normativo impone un límite máximo de cómputo de la sanción a imponer, el cual debe ser analizado en forma expresa por la administración tributaria al momento de calcular el monto de la sanción. En efecto dicha corporación ha señalado:

“Para el año al que se refieren los hechos objeto de enjuiciamiento, la Resolución 12807 de 2006 determinó el grupo de sujetos obligados a presentar, durante 2007, la información señalada en las letras b), d), e), f), h), i) y k) del artículo 631 del ET⁶; con lo cual, quienes incumpliesen el deber formal así regulado, quedaban sujetos a que se les sancionase bajo la disposición del artículo 651 ibidem, que establece como conductas infractoras las de (i) no informar, (ii) informar por fuera de los plazos fijados para cumplir con el deber formal y, finalmente, (iii) informar con errores técnicos o de contenido.

Para todas esas conductas, la sanción contemplada era una multa que podía llegar a ser «hasta el 5%» del monto al que equivaliera la información respecto de la cual no se cumplió adecuadamente con el deber formal.

Sobre la adecuación constitucional de los mecanismos sancionadores contemplados en el artículo 651 del ET, señaló la Corte Constitucional en la sentencia C-160 de 1998 (MP: Carmen Isaza de Gómez) que su utilización debe atender a criterios de proporcionalidad y de razonabilidad, de modo que la concreta sanción a imponer por el incumplimiento o por el inadecuado cumplimiento del deber de informar debe graduarse en función de la gravedad de la infracción.

...

De acuerdo con esa jurisprudencia, la expresión «hasta el 5%», utilizada por el artículo 651 del ET, le otorga a la Administración un margen para graduar la sanción por no informar. No obstante, «esta facultad no puede ser utilizada de forma arbitraria», con lo cual le corresponde al funcionario fundamentar su decisión de imponer el tope máximo con argumentos que deben atender los criterios de justicia, razonabilidad y proporcionalidad de la sanción.

⁶ Esta norma fue modificada, años después, por el artículo 139 de la Ley 1607 de 2012.

Por tanto, aunque potencialmente las infracciones al deber de informar puedan afectar al fisco, la jurisprudencia de esta Sección tiene establecido que tales omisiones no pueden medirse con el mismo baremo (sentencia del 3 de junio de 2015, expediente 20476, CP: Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez). Así, porque la falta de presentación de información afecta considerablemente la efectividad en la gestión administrativa tributaria y, en ocasiones, imposibilita su ejercicio, mientras que la remisión extemporánea impacta la oportunidad para el desarrollo de las competencias de la Administración. De manera que, si el retardo en el suministro de la información es mínimo, no se obstruye el ejercicio de la fiscalización definitivamente; pero, si la mora es prolongada, puede producir el mismo efecto de una falta absoluta, habida cuenta de los términos de caducidad dentro de los que la Administración tributaria debe ejercer sus funciones (sentencia del 12 de octubre de 2017, expediente 21976, CP: Milton Chaves García).

Esa medición de tiempos en el cumplimiento de la obligación de informar permite evidenciar, igualmente, la actitud de colaboración del contribuyente para que, de una parte, la autoridad tributaria reciba la información precisa para determinar las obligaciones impositivas sustanciales y, más allá de ello, para que pueda satisfacerse el objeto de las mismas, con el recaudo de los tributos debidos por la realización de los presupuestos previstos en la ley como generadores de aquéllos, lo cual constituye la razón primordial para poner en marcha el aparato administrativo y su potestad fiscalizadora (sentencia del 19 de julio de 2017, expediente 20387, CP: Stella Jeannette Carvajal Basto).

De ahí que, dependiendo del momento en que se entregue la información, la Sala gradúa la sanción a imponer, como se evidencia en las jurisprudencias previamente citadas".
(Se resalta)

Con sustento en la jurisprudencia en cita, se concluye que el H. Consejo de Estado ha fijado la obligación de la administración de impuestos de señalar en forma expresa las razones que le llevaron a imponer uno u otro porcentaje de sanción, sin que pueda tomarse como regla general y sin justificación la imposición del máximo del 5%, sin embargo, la misma Corporación señala que la proporcionalidad del porcentaje de sanción debe efectuarse bajo un criterio claramente definido, esto es, "*dependiendo del momento en que se entregue la información*".

En el caso concreto se observa que, el acto administrativo cuya nulidad se depreca, manifestó en forma expresa que el valor de 5% como sanción a imponer al contribuyente se justifica en que nunca se realizó la entrega de la información solicitada. Con lo cual, el acto demandado dio cumplimiento a la obligación de manifestar las razones del porcentaje de sanción aplicado, lo cual además hizo en seguimiento del criterio para su tasación desarrollado por la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, imponiendo el máximo rubro sancionatorio por no haberse entregado la información.

Corolario de lo expuesto, esta Colegiatura -en igual sentido que frente al problema jurídico principal- halla respuesta negativa al problema jurídico planteado de forma subsidiaria, por lo que se denegaran las pretensiones del demandante.

6. Costas

Con fundamento en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 365 del Código General del Proceso (CGP), se condena en costas a la parte demandante, cuya

liquidación y ejecución se harán conforme al citado CGP.

Ahora bien, en aplicación de un criterio objetivo valorativo en vista de que la entidad demandada debió concurrir al proceso a través de apoderado judicial y que este actuó en cada una de las etapas procesales pertinentes, así como la duración del proceso, y el asunto, se fijan agencias en derecho por valor de 3% de la cuantía del asunto, de conformidad con el artículo 5.1 del Acuerdo PSAA16-10554 agosto 5 de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura.

Por lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Contencioso Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: NIÉGANSE las pretensiones formuladas por la parte actora dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Claudio González Peña contra la **Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN**.

SEGUNDO: CONDÉNASE EN COSTAS a la parte demandante. **FÍJANSE** agencias en derecho por valor del 3% de la cuantía de presente asunto.

TERCERO: EJECUTORIADA la presente providencia, **DEVUÉLVANSE** los remanentes, si los hubiere, a la parte interesada y **ARCHÍVESE** el expediente, previas las anotaciones en el sistema Justicia Siglo XXI.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 026 de 2020.

NOTIFÍQUESE



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

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



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE DECISIÓN**

**MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 204**

Manizales, diez (10) de julio de dos mil veinte (2020).

Radicado: 17001-33-39-008-2017-0313-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Alirio de Jesús Aguirre
Demandado: Nación-Ministerio de Educación-FNPSM y el departamento de Caldas.

La Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, decide el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia que negó sus pretensiones.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda (fls. 3-13 C.1)

1.1. Pretensiones

Se declare la nulidad de la Resolución 6956-6 de 7 de septiembre de 2016 y la nulidad parcial de la Resolución 316 de 5 de febrero de 2009 emitidas por la Secretaria de Educación Departamental de Caldas en representación del FNPSM. En consecuencia se condene a las demandadas por los perjuicios a raíz de los descuentos con destino al sistema de salud, efectuados sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, así como cualquier otro porcentaje cobrado de manera ilegal; y que se indexen las sumas reconocidas y se condene en costas a las accionadas.

1.2. Sustento fáctico relevante

En síntesis expresa que, en el acto administrativo de reconocimiento de la pensión de jubilación, las demandadas dispusieron efectuar descuentos con destino al sistema de salud, equivalentes al 12% o 12.5%, los cuales vienen siendo descontados no solo de las mesadas ordinarias, sino de las adicionales (de junio y diciembre, esta última que se cancela en noviembre de cada año). Que solicitó al FNPSM el cese y devolución de aportes sobre las mesadas adicionales, además, que se descuente solo el 12% sobre toda la mesada y no el 12.5%, petición negada a través de la Resolución 6956-6 de 7 de septiembre de 2016.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

Invocó como normas vulneradas Ley 91/89; Ley 100/93, arts. 50, 142 y 279; Ley 812/03, art. 81; Decreto 3752 de 2003, arts. 1, 4 y 5; Ley 42/82; Ley 43/84, art. 5; Ley 797/03; Decreto 1073/02 y Ley 1250/07. Consideró que, los docentes afiliados al FNPSM no se hallan obligados a pagar los aportes en salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre (también llamadas mesadas 13 y 14); además el FNPSM en ocasiones inaplica las normas en mención mientras que en otros casos las aplica de manera indebida, contrariando su verdadero alcance y la hermenéutica jurisprudencial.

Añade que, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1250 de 2008, el único cobro que se debe hacer por este concepto equivale al 12% y cualquier valor que lo exceda vulnera el ordenamiento jurídico, así mismo, itera que dicho cobro solo es procedente sobre las mesadas ordinarias y no sobre las adicionales.

2. Pronunciamiento de los sujetos procesales

La Nación – Ministerio de Educación – FNPSM (fls 36-51 C.1), se opuso a las pretensiones de la parte demandante, adujo no constarle los hechos aludidos en la demanda y propuso las excepciones denominadas: *‘ineptitud sustancial de la demanda por falta de legitimación en la causa por pasiva de la nación-ministerio de educación nacional’* mencionando que son las entidades territoriales las encargadas de administrar las plantas de personal, por ser los nominadores de los docentes; *‘inexistencia del demandado –falta de relación con el reconocimiento del derecho, conexo o derivado del acto administrativo expedido por la entidad territorial certificada, falta de competencia del ministerio de educación para expedir el acto administrativo y reconocer el derecho reclamado’*, aduciendo que no existe relación de causalidad entre la prestación reclamada y la entidad accionada; *‘inexistencia de la obligación demandada por inexistencia de causa jurídica’* ya que los descuentos realizados se basan en las Leyes 914/89 y 1250/08; *‘caducidad’*, pues la demanda se presentó por fuera del término de 4 meses; *‘prescripción’*, de conformidad con el artículo 488 del CST y los Decretos 3135/68 y 1848/69; *‘buena fe’* afirmando que actuó con estricto apego a la ley; y *‘genérica’*, solicitando que se declaren las excepciones que resulten demostradas en el proceso.

El Departamento de Caldas (fls. 56-60 C. 1), se opuso a las pretensiones de la parte demandante, en cuanto a los hechos adujo como ciertos los concernientes al reconocimiento pensional y a los descuentos efectuados por concepto de salud y propuso las excepciones denominadas: *‘falta de legitimación en la causa por pasiva’*, resaltando que con base en la Ley 91 de 1989 (art. 3) la demanda debió dirigirse contra el FNPSM como competente para el reconocimiento de prestaciones docentes, en consonancia con el artículo 2 del Decreto 2831 de 2005; *‘inaplicabilidad de las normas que regulan los descuentos en salud régimen docente e inexistencia del derecho reclamado’*, ya que no existe derecho alguno cuando las normas que se cree lo originaron se les está dando una interpretación errada; *‘buena fe’* por su actuación conforme a la ley; y *‘prescripción’*, en caso de acceder a las súplicas de la parte actora, según lo establecido en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969.

3. Sentencia de primera instancia (fls 78-87 c.1).

El *a quo* declaró probada la excepción de *“falta de legitimación por pasiva”* propuesta por el Departamento de Caldas y la de *“inexistencia de la obligación demandada por*

inexistencia de causa jurídica”, propuestas por la Nación-Ministerio de Educación-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; negó las pretensiones de la parte demandante y la condenó en costas.

Analizó el régimen jurídico aplicable a las prestaciones de los docentes, en concreto a la tasa de cotizaciones por concepto de salud, incluyendo los descuentos en las mesadas adicionales de junio y diciembre conforme a los previsiones establecidas en la Leyes 42 de 1982, 91 de 1989, 100 de 1993, 812 de 2003, 1122 de 2007. Hizo referencia a las posturas jurisprudenciales de la Sección Cuarta del Consejo de Estado y este Tribunal, concernientes a la procedencia de los descuentos de aportes en salud en mesadas adicionales de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Una vez analizadas las pruebas allegadas determinó que, los descuentos por conceptos de salud aplicada a las mesadas pensionales, adicionales de junio y diciembre, se hicieron conforme a lo establecido en la Ley 100 de 1993, sin alterar el régimen prestacional de los docentes vinculados al servicio público establecido en la Ley 91 de 1989; además si bien el descuento del 12.5% fue aplicado a todos los docentes hasta el mes de febrero de 2009, conforme a la Circular Conjunta del 8 de enero de 2009, se ordenó realizar los ajustes pertinentes.

En consecuencia, adujo que la parte actora no le asiste razón de solicitar ser exonerada de los descuentos de salud en las mesadas ordinarias, ni adicionales de junio y diciembre, ordenando denegar las pretensiones de la demanda.

4. Recurso de apelación

La **parte actora** (fls. 91-97 C.1) solicitó revocar la sentencia y acceder a sus pretensiones; adujo que, el fallo desconoce que la Ley 91 de 1989 trae incorporada en su artículo 15 una excepción, que implica que a los docentes nacionales o nacionalizados vinculados antes del 31 de diciembre de 1989 se les aplica el régimen prestacional del que venían gozando en los entes territoriales, mientras que quienes ingresaron al servicio educativo a partir del 1º de enero de 1990 son sujetos de las normas que regulan a los servidores públicos del orden nacional. En este sentido, plantea que ninguna de esas normas contiene una autorización para realizar descuentos sobre mesadas adicionales a los docentes, y en algunos casos, incluso prohíben tales cobros.

Con base en providencia del Consejo de Estado¹ referida a la prima de servicios que devengaban algunos docentes nacionalizados señaló que, a partir de los métodos de interpretación gramatical y sistemático, debe aplicarse este fallo por analogía a los descuentos en salud, y en tal sentido, insiste en que los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 no contemplan los descuentos con destino al sistema de salud para las mesadas adicionales.

Que su postura ha sido avalada por diversos tribunales del país, que han entendido que la Ley 100 de 1993 se aplica a los docentes en cuanto atañe al régimen de cotización con destino al sistema de salud en virtud del principio de inescindibilidad normativa, con lo que ha de entenderse derogada tácitamente la regulación que sobre

¹ 14 de abril de 2016, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Rad. 3828-14.

el particular trae la Ley 91 de 1989, de tal forma que se encuentra prohibido realizar descuentos en salud con base en las mesadas de junio y diciembre.

Seguidamente adujo que, la decisión apelada vulnera el derecho a la igualdad previsto en el artículo 13 de la Carta Política e insiste en que la excepción de prescripción no está llamada a prosperar.

5. Alegatos de conclusión en segunda instancia

Las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico

Al analizar la sentencia de instancia y el escrito de impugnación, el asunto jurídico a resolver se centra en dilucidar si *¿Le asiste derecho a 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?*

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 Constitucional² 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 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

² Sentencia T-835 de 2014.

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 mataría 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 4ª 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 - FNPSM, 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. RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

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 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” (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” (Se resalta).*

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 Estado³, que en reciente oportunidad puntualizó:

“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

Ley 91 de 1989 artículo 8-5	5%
-----------------------------	----

³ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda -Subsección B- Consejero ponente: César Palomino Cortés-, 10 de mayo de 2018 -Radicación: 68001-23-31-000-2010-00624-01(0340-14)

Ley 812 de 2003, 4, artículo 81	El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.
---------------------------------	--

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

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 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.

Finalmente, 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.

Finalmente, el Tribunal trae a colación los planteamientos esbozados por el Consejo de Estado⁵ 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

⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-529 de 23 de junio de 2010.

⁵ Sentencia de 14 de septiembre de 2017.

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.” (Se subraya).

Por modo, aun cuando los descuentos sobre las mesadas adicionales no se encuentren previstos de manera explícita en la Ley 812 de 2003, la Sala es del criterio que dicha obligación no ha cesado, pues en atención al principio de solidaridad que informa todo el Sistema de Seguridad Social, los descuentos por este concepto se avienen al ordenamiento jurídico.

De otro lado, pretende la parte actora que se le apliquen los Decretos 3135/68, 1848/69 y 1045/78 bajo el razonamiento de que a los docentes vinculados a la entrada en vigencia de la ley 91 de 1989 ha de mantenerseles el régimen prestacional del que eran sujetos (art. 15), no obstante, esta intelección no está llamada a prosperar, en atención a que la situación pensional de los docentes vinculados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se halla regulada, según la data de vinculación, por las Leyes 812 de 2003 o 91 de 1989.

En análogo sentido, el análisis de esta controversia tampoco puede realizarse bajo la égida de la providencia citada *in extensu* en el escrito de alzada, pues como lo reconoce la parte nulidisciente, el caso que allí se plantea se relaciona con otro tipo de prestación (prima de servicios), que si bien se refiere al caso de un docente, mal haría en extenderse una regla jurisprudencial a un caso cuyos patrones fácticos distan en grado sumo de aquellos que allí fueron materia de estudio.

2. Análisis del caso concreto

Se encuentra acreditado lo siguiente:

- Mediante la Resolución 316 de 5 de febrero de 2009 el FNPSM reconoció una pensión de jubilación a favor del demandante, ordenando además el descuento del 12.5% de cada mesada pensional de conformidad con las Leyes 91 de 1989, 812 de 2003 y 1122 de 2007 (fls. 15-16 C.1)
- El 9 de agosto de 2016 el actor solicitó la corrección de la resolución que reconoció la pensión y se ordene la devolución de los dineros descontados con destino al sistema de salud de las mesadas adicionales, y que en caso que se esté aplicando la Ley 1122 de 2007 se corrija y se ordene la devolución de los dineros correspondientes al 0,5% del valor de la pensión, correspondiente a los aportes de salud efectuados anualmente. (Fl. 11 C.1)

- A través de la Resolución 6956-6 de 7 de septiembre de 2016 la Secretaria de Educación del Departamento de Caldas negó lo solicitado por el actor. (Fls. 12-13 C.1)
- De conformidad con los extractos de pago expedidos por la Fiduprevisora S.A. sobre las mesadas adicionales recibidas por la parte actora, le fueron efectuados descuentos por concepto de salud. (fls. 17-19 C.1)

De acuerdo con lo expuesto, los actos administrativos demandados se ajustan a la legalidad en tanto disponen 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.

3. Conclusión

De conformidad con la normativa y la jurisprudencia citada y con fundamento en los hechos debidamente acreditados, estima esta Sala de Decisión que a la parte demandante no le asiste derecho a la devolución y cese de aportes a salud descontados sobre sus mesadas pensionales adicionales y, en tal sentido, se confirmará la sentencia dictada en primera instancia.

4. Costas

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, en concordancia con los numerales 1 y 3 del artículo 365 del CGP, se condenará en costas en esta instancia a la parte demandante, por habersele resuelto desfavorablemente el recurso de apelación interpuesto. Sin agencias en derecho en esta instancia por no haberse causado.

Según lo dispone el artículo 366 del CGP, la liquidación de las costas se hará de manera concentrada por el Juzgado de primera instancia.

Por lo discurrido, el Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMASE la sentencia emanada del Juzgado Octavo Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por Alirio de Jesús Aguirre dentro del contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido contra la Nación-Ministerio De Educación-FNPSM y el departamento de Caldas.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora y a favor de la accionada. Sin agencias en derecho en esta instancia.

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

CUARTO: NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 026 de 2020.

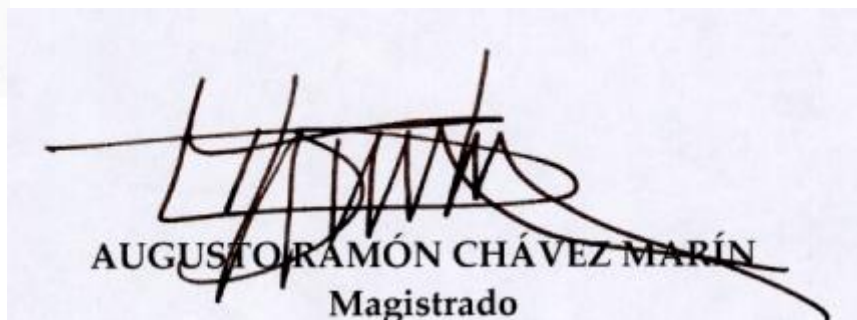
NOTIFÍQUESE



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 196

Manizales, diez (10) de julio de dos mil veinte (2020)

Radicado: 17-001-33-33-001-2015-00257-02
Naturaleza: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: José Fabián Rave Clavijo
Demandado: Caja De Sueldos Retiro de la Policía Nacional - Casur

Se emite fallo con ocasión del recurso apelación impetrado por la parte demandada contra de la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo de Manizales que accedió a las suplicas del demandante.

I. Antecedentes

1. Pretensiones (fls. 10-11, cdo. 1).

La parte demandante solicita en síntesis se declare la nulidad del oficio 10350 GAG-SDP del 02 de julio de 2015 por medio del cual se negó el reconocimiento y pago de una asignación de retiro y se ordene a Casur reconocer y pagar, a partir del 07 de abril de 2015, la asignación de retiro a que tiene derecho por los servicios prestados como miembro del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, empero dando aplicación a los postulados del Decreto 1212 de 1990 “*Régimen de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional*”.

Ademas, se ordene a Casur el pago de las mesadas adeudadas debidamente indexadas y a realizar el pago de costas procesales y al cumplimiento de la sentencia en los términos del artículo 192 de la ley 1437 de 2011.

2. Sustento fáctico relevante (fls. 3-10, cdo. 1)

El actor fue nombrado alumno del nivel ejecutivo de la Policía Nacional desde el 25 de abril de 1994 prestando los servicios a dicha institución hasta el 31 de marzo de 2015, fecha para la cual ostentaba el grado de Intendente y que le fue notificado su retiro del servicio por destitución. Que acumuló un tiempo de más de 20 años de servicios en el cuerpo policial, por lo que el 10 de abril de 2015, deprecó el reconocimiento.

A través del acto administrativo cuya nulidad se solicita, la demandada desató de forma negativa la petición al señalar que, el actor prestó servicios a la Policía Nacional por un total de 19 años, 06 meses y 23 días según hoja de servicios No. 9922508 expedida el 08 de

mayo de 2015, aunado a que, en todo caso, de conformidad con los Decretos 1091 de 1995 y 4433 de 2004 que regulan el régimen prestacional de los agentes del nivel ejecutivo, para gozar del derecho al reconocimiento y pago de la asignación de retiro se debe cumplir un mínimo de 25 años de servicios.

3. Normas violadas y concepto de trasgresión

El demandante invocó como normas vulneradas las siguientes: Constitución Política, artículos 1, 2, 13, 25, 26, 29, 53, 54, 83, 84, 209 y 220; Decretos 1212 y 1213 de 1990; Ley 4 de 1992, artículos 2 y 10; Decreto 41 de 1994; Ley 180 de 1995; Decreto – ley 132 de 1995; Decreto 1212 y 1213 de 1990; Ley 1734 de 2002, artículo 33.

Arguyó que, el acto administrativo que negó el reconocimiento de asignación de retiro desconoce las disposiciones que deben ser aplicadas a su caso, esto es, los decretos 1212 y 1213 de 1990, conforme a los cuales cuenta con derecho al reconocimiento de la prestación deprecada por haber laborado durante más de 15 años al servicio de la Policía Nacional. Advirtió que el referido régimen pensional debe ser aplicado atendiendo a la declaratorias de inexequibilidad y nulidad del Decreto Ley 2070 de 2003 y del Decreto 1091 de 1995.

4. Pronunciamiento de los sujetos procesales

Casur no contestó la demanda dentro del término conferido para tal fin.

5. Sentencia de primera instancia (fls. 171-179, C.1).

Mediante decisión adoptada el 22 de octubre de 2018, el *a quo*, tras realizar un recuento de la normativa aplicable a la petición de asignación de retiro del actor, concluyó que, la posición adoptada por la entidad demandada desconoce el régimen transición consagrado por la ley 923 de 2004 a favor del personal de nivel ejecutivo de la Policía Nacional que se encontrara en servicio activo al 30 de diciembre de 2004.

Por lo anterior, accedió a las pretensiones del demandante, declarando la nulidad del Oficio No. 10350 / GAG-SDP del 02 de julio de 2015 y ordenando a la demandada el reconocimiento de una asignación de retiro a favor del actor, en los términos del artículo 144 del Decreto 1212 de 1990. Además la condenó en costas.

6. Recurso de apelación (fls. 184-195, cdo. 1)

La accionada recurrió la sentencia, al paso de realizar un amplio recuento fáctico del asunto señaló que, el acto enjuiciado no se encuentra afectado por causal de nulidad alguna, pues fue producto de la aplicación del régimen legal que regía al actor, esto es, los Decretos 1091 de 1995, 4433 de 2004 y 1858 de 2012; lo anterior sin señalar de forma específica las razones de oposición frente al fallo objeto de alzada.

Finalmente expone su oposición a la condena en costas impuesta.

7. Actuaciones en segunda instancia

Mediante proveído datado 27 de septiembre de 2019 se admitió el recurso de apelación y en la misma actuación se dio traslado a las partes para alegar de conclusión (fl. 12, cdo. 3).

8. Alegatos de conclusión

- El accionante (Fls. 33 a 49 del cuaderno No. 3), reiteró la posición planteada desde el escrito de demanda, señalando que, debe darse aplicación a los postulados sobre asignaciones de retiro contenidos en los decretos 1212 y 1213 de 1990. Agregó que, en todo caso, la accionada formuló el recurso de alzada sin manifestar una oposición puntual a lo decidido por el *a quo*, limitando su recurso a una argumentación genérica que desconoce la postura jurisprudencial desarrollada por el Consejo de Estado.
- Casur (Fls. 17 a 26 del cuaderno No. 3), reiteró lo planteado en el escrito de alzada, haciendo énfasis en que el requisito para acceder a la asignación de retiro en el caso del demandante es la prestación del servicio por más de 25 años, tal y como lo establecen los decretos 4433 de 2004 y 1858 de 2012. Como sustento de la afirmación, aduce que la jurisprudencia proferida por el Consejo de Estado no resulta aplicable pues dicho pronunciamiento se refirió exclusivamente al nivel ejecutivo por homologación y no por incorporación directa, como es el caso del accionante.

II. Consideraciones

1. Problemas jurídicos

Al analizar la sentencia de instancia y el escrito de impugnación, el asunto jurídico a resolver se centra en dilucidar los siguientes cuestionamientos: *¿Cuál es el régimen aplicable a la solicitud de reconocimiento de asignación de retiro que plantea el accionante? Y ¿Resultaba procedente la condena en costas en primera instancia impuesta a la demandada?*

2. Situaciones jurídicamente relevantes probadas

- ✓ Según hoja de servicios visible en el expediente administrativo (fl. 6, cdo. 2), el demandante prestó servicios como miembro del nivel ejecutivo de la Policía Nacional durante más de 15 años, siendo vinculado a partir del 25 de abril de 1994 y desvinculado por destitución el 31 de marzo de 2015 (v. fls. 37-38, cdo. 1).
- ✓ A través de Oficio No. 10350 / GAG SDP del 02 de julio de 2015 la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional negó el reconocimiento y pago de una asignación de retiro a favor del señor José Fabián Rave Clavijo, bajo el derrotero de que *“para acceder a la asignación mensual de retiro”* tras su destitución los miembros del nivel ejecutivo deben acreditar *“como mínimo (25) años de servicio”* (fl. 28, cdo. 1).

En este orden de argumentación, descrito como está el escenario fáctico, se procede a dilucidar el problema jurídico planteado.

3. Régimen legal aplicable

En relación con el régimen jurídico de la asignación de retiro del personal ejecutivo de la Policía Nacional, resulta necesario referirse a la sentencia del 12 de noviembre de 2014, proferida por el órgano de cierre de esta jurisdicción, el cual esta Colegiatura se permitirá citar *in extenso* por ser criterio jurisprudencial reiterado de obligatorio acatamiento en asuntos como el planteado, providencia en la cual se señaló¹:

El Decreto Ley No. 1212 del 8 de junio de 1990, proferido por el presidente de la República, en uso de las facultades extraordinarias que le fueron conferidas por la Ley 66 de 1989, “Por el cual se reforma el Estatuto de personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional” que regía para la época en que el actor ingresó a la Policía Nacional² regulaba la asignación de retiro así:

“Título VI - De las prestaciones sociales

(Arts. 131 ss.)

“Capítulo II - De las prestaciones por retiro.

(Arts. 140 ss.)

“Art. 144. ASIGNACIÓN DE RETIRO. Durante la vigencia del presente Estatuto, los OFICIALES Y SUBOFICIALES de la Policía Nacional que sean retirados del servicio activo después de quince (15) años, por llamamiento a calificar servicios, o por mala conducta, o por no asistir al servicio por más de cinco (5) días sin causa justificada, o por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad sicofísica, o por incapacidad profesional, o por conducta deficiente y los que se retiren o sean separados con más de veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional se les pague una asignación mensual de retiro equivalente al cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 140 de este Estatuto, por los quince (15) primeros años de servicio y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda a los quince (15), sin que el total sobrepase del ochenta y cinco por ciento (85%) de los haberes de actividad.”

Posteriormente, en vigencia de la Constitución de 1991, a través del artículo 150, numeral 19, letras e) y f), se asignó competencia especial al Congreso para fijar las pautas y lineamientos que debería tener en cuenta el presidente al momento de desarrollar el régimen salarial y prestacional de los miembros de la fuerza pública, por medio de los decretos reglamentarios de las leyes que en la materia expida el Congreso Nacional.

¹ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda Subsección A, C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, dentro del proceso con radicado No. 05001-23-31-000-2010-00139-01(2283-12),

² Cita de cita: Conforme a la hoja de servicios, obrante a folios 25 y 26 del cuaderno principal, se tiene que el señor Oscar Fernando Madrid Cuellar ingresó como cadete a la Policía Nacional desde el 27 de enero de 1992, calidad que ostentó por 1 año, 9 meses y 7 días, hasta la expedición de la Resolución No. 11975 de 4 de noviembre de 1993, en la que fue ascendido como Oficial.

Allí permaneció hasta el 11 de octubre de 2008, cuando fue retirado de la institución por Decreto 3872 de 3 de octubre de ese año, acreditando en total 16 años, 11 meses y 6 días.

En este sentido, el Decreto Ley 1212 de 1990, fue “derogado parcialmente” por el Decreto 41 de 10 de enero de 1994³, salvo las disposiciones que señaló expresamente, dentro de las cuales subsistió el art. 144 (asignación de retiro, precitado).

En la misma forma, el Decreto No. 1791 del 14 de septiembre de 2000, proferido por el presidente con facultades extraordinarias otorgadas por la Ley 578 de 2000, - en su artículo 95 - derogó el Decreto 41 de 1994, con excepción de su artículo 115 que concretamente dispone que “... *deroga el Decreto - Ley 1212 de 1990 con excepción de los Títulos IV, VI, IX y X de éste, y demás disposiciones que le sean contrarias.*” Se resalta.

Así, atendiendo a que el art. 144 se encuentra comprendido dentro del título VI señalado, se advierte que mantuvo su vigencia, pese a los Decretos 41 de 1994 y 1791 de 2000. En consecuencia, hasta tanto no se expidieran las nuevas regulaciones, continuaban rigiendo sus disposiciones en materia de asignación de retiro para oficiales y suboficiales de la Policía Nacional.

Recuérdese que, con la expedición de la Ley 4ª de 1992, se dispuso que el Gobierno Nacional fijaría el régimen salarial y prestacional de los miembros de la Fuerza Pública, con sujeción a los criterios y objetivos contenidos en esa norma.

Posteriormente, a través de la Ley 923 del 30 de diciembre de 2004 se señalaron las normas, objetivos y criterios que debería observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política, algunos de los cuales son:

“Artículo 2°. Objetivos y criterios. Para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta además de los principios de eficiencia, universalidad, igualdad, equidad, responsabilidad financiera, intangibilidad y solidaridad los siguientes objetivos y criterios:

2.1. El respeto de los derechos adquiridos. Se conservarán y respetarán todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos conforme a disposiciones anteriores a la fecha de entrada de las normas que se expidan en desarrollo de la misma.

2.2. La sujeción al marco general de la política macroeconómica y fiscal.

2.3. Los riesgos inherentes a la actividad especial de los miembros de la Fuerza Pública aplicando el principio de redistribución de acuerdo con la antigüedad, grados, cuerpo, arma y/o especialidad, la naturaleza de las funciones, y sus responsabilidades.

2.4. El mantenimiento del poder adquisitivo de las asignaciones de retiro y de las pensiones legalmente reconocidas.

2.5. Los recursos que se recauden por aportes que se hagan para la asignación de retiro en la Fuerza Pública y sus rendimientos se destinarán en forma exclusiva al pago de asignaciones de retiro y sustituciones pensionales.

2.6. El manejo, inversión y control de los aportes estarán sometidos a las disposiciones que rigen para las entidades administradoras del régimen de prima media con prestación

³ Cita de cita: Proferido por el presidente de la República en uso de las facultades extraordinarias que le confiere el numeral 1° del artículo 35 de la Ley 62 de 1993.

definida y a la inspección y vigilancia del Estado.

2.7. No podrá discriminarse por razón de categoría, jerarquía o cualquier otra condición a los miembros de la Fuerza Pública para efectos de adelantar el trámite administrativo del reconocimiento de una asignación de retiro o pensión o sustitución.

El tiempo de servicio exigido para tener derecho a la asignación de retiro será establecido en igualdad de condiciones para el personal de Oficiales, Suboficiales, Agentes y Miembros del Nivel Ejecutivo que ingresen a partir de la fecha de entrada en vigencia de la presente ley.

2.8. No podrá en ningún caso desconocerse el reconocimiento y pago de la asignación de retiro al miembro de la Fuerza Pública que hubiere adquirido el derecho a su disfrute por llamamiento a calificar servicios, por retiro por solicitud propia, o por haber sido retirado del servicio por cualquier causal.

TITULO II

MARCO PENSIONAL Y DE ASIGNACIÓN DE RETIRO DE LOS MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA

Artículo 3°. Elementos mínimos. El régimen de asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes, y los reajustes de estas, correspondientes a los miembros de la Fuerza Pública, que sea fijado por el Gobierno Nacional, tendrá en cuenta como mínimo los siguientes elementos:

3.1. El derecho a la asignación de retiro para los miembros de la Fuerza Pública se fijará exclusivamente teniendo en cuenta el tiempo de formación, el de servicio y/o el aportado. El tiempo de servicio para acceder al derecho de asignación de retiro será mínimo de 18 años de servicio y en ningún caso se exigirá como requisito para reconocer el derecho un tiempo superior a 25 años.

A los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia de la presente Ley, no se les exigirá como requisito para el reconocimiento del derecho un tiempo de servicio superior al regido por las disposiciones vigentes al momento de la expedición de esta Ley cuando el retiro se produzca por solicitud propia, ni inferior a 15 años cuando el retiro se produzca por cualquier otra causal.

Excepcionalmente, para quienes hayan acumulado un tiempo de servicio en la Fuerza Pública por 20 años o más y no hayan causado el derecho de asignación de retiro, podrán acceder a esta con el requisito adicional de edad, es decir, 50 años para las mujeres y 55 años para los hombres.

En todo caso, los miembros de la Fuerza Pública que se retiren o sean retirados del servicio activo sin derecho a asignación de retiro o pensión, tendrán derecho al reconocimiento del bono pensional por el total del tiempo servido, de conformidad con las normas del Sistema General de Pensiones.

3.2. El monto de la asignación de retiro será fijado teniendo en cuenta el tiempo de servicio del miembro de la Fuerza, el cual no podrá ser inferior al cincuenta por ciento (50%) por los primeros quince (15) años de servicio, ni superior al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas computables.

3.3. Las partidas para liquidar la asignación de retiro serán las mismas sobre las cuales se fije el aporte a cargo de los miembros de la Fuerza Pública.

3.4. El aporte para la asignación de retiro a cargo de los miembros de la Fuerza Pública

será fijado sobre las partidas computables para dicha asignación, el cual estará a cargo de los miembros de la Fuerza Pública en un porcentaje que no será inferior al cuatro punto cinco por ciento (4.5%), ni superior al cinco por ciento (5%).” Se resalta.

Esta norma fue desarrollada a través del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, en el que se aumentó el tiempo de servicio necesario para la asignación de retiro de los miembros de la Policía Nacional, que para el caso de Oficiales, Suboficiales y Agentes se encuentra consagrado en el artículo 24 que indicaba:

“ARTICULO 24. Asignación de retiro para el personal de Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional en actividad. Los Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional en servicio activo que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, sean retirados después de dieciocho (18) años de servicio, por llamamiento a calificar servicios, por disminución de la capacidad psicofísica, o por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional según corresponda, y los que se retiren o sean retirados o sean separados en forma absoluta con más de veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, se les pague una asignación mensual de retiro, así:

24.1 El sesenta y dos por ciento (62%) del monto de las partidas computables a que se refiere el artículo 23 del presente Decreto, por los primeros dieciocho (18) años de servicio.

24.2 El porcentaje indicado en el numeral anterior se adicionará en un cuatro por ciento (4%) por cada año que exceda de los dieciocho (18) hasta los veinticuatro (24) años, sin sobrepasar el ochenta y cinco por ciento (85%).

24.3 A su vez, el ochenta y cinco por ciento (85%) de que trata el numeral anterior se adicionará en un dos por ciento (2%) por cada año, sin que el total sobrepase el noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas computables.

PARÁGRAFO 1o. *Los Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, tuvieran quince (15) o más años de servicio, que sean retirados por llamamiento a calificar servicios, por disminución de la capacidad psicofísica, o por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional, según corresponda, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, se les pague una asignación mensual de retiro, así:*

El cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas computables a que se refiere el artículo 23 del presente decreto, por los quince (15) primeros años de servicio, y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda de los quince (15) hasta los veinticuatro (24) años, sin sobrepasar el ochenta y cinco por ciento (85%).

A su vez, el ochenta y cinco por ciento (85%) de que trata el inciso anterior se incrementará en un dos por ciento (2%) por cada año adicional a los primeros veinticuatro (24) años, sin que el total sobrepase el noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas computables.

PARÁGRAFO 2o. *Los Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional retirados antes del 17 de diciembre de 1968, con treinta (30) años o más de servicio, continuarán percibiendo la asignación de retiro reajustada al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas que se incluyeron en cada caso para la respectiva asignación”. (Subrayado y negrillas es de esta Colegiatura).*

E Consejo de Estado, en sentencia de 28 de febrero de 2013⁴, declaró la nulidad de la expresión *“sean retirados después de dieciocho (18) años de servicio, por llamamiento a calificar servicios, por disminución de la capacidad psicofísica, o por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional según corresponda, y los que se retiren o sean retirados o sean separados en forma absoluta con más de veinte (20) años de servicio”*, contenida en el primer inciso del artículo 24 del Decreto 4433 de 2004, por considerarse que:

“Los demandantes solicitan que se declare la nulidad del artículo 24 del Decreto 4433 de 2004 en cuanto en él se dispone que los miembros de la Policía Nacional en servicio activo que a la fecha de vigencia del Decreto mencionado “sean retirados después de dieciocho (18) años de servicio, por llamamiento a calificar servicios, por disminución de la capacidad psicofísica, o por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional según corresponda y los que se retiren o sean separados en forma absoluta con más de 20 años de servicio” tendrán derecho al pago de la asignación mensual de retiro en la forma allí establecida.

(...)

La nulidad de las normas acabadas de mencionar tiene como fundamento común la invocación de violación de la Ley 923 de 30 de diciembre de 2004, en cuyo artículo 3° se establecieron los elementos mínimos que habrán de ser incluidos en el régimen de asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes y los reajustes de estas, elementos entre los cuales se encuentra la regla establecida en el numeral 3.1 del artículo citado en la cual se preceptúa que:

(...)

En virtud de lo dicho si el artículo 24 del Decreto 4433 de 2004, establece que el personal de la Policía en servicio activo que a la fecha de entrada en vigor de ese Decreto sea retirado “después de dieciocho (18) años de servicio, por llamamiento a calificar servicios, por disminución de la capacidad psicofísica o por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional según corresponda y los que se retiren o sean retirados o sean separados en forma absoluta con más de veinte (20) años de servicio” tendrán derecho al pago de la asignación mensual de retiro como allí se determina, es evidente que se está exigiendo para poder ser asignatario de la misma el cumplimiento como mínimo de dieciocho (18) años de servicio en unos casos y veinte (20) años de servicio en otros, lo cual resulta superior a lo establecido para el personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, por el artículo 115 del Decreto 1212 de 8 de junio de 1990, cuando sean llamados a calificar servicios, o por voluntad del Gobierno, o de la Dirección General de la Policía y, de la misma manera ocurre con respecto a la asignación de retiro a que tendrían derecho con 15 años de servicio en las hipótesis contempladas en el artículo 144 del mismo Decreto mencionado.

Igual sucede con el retiro por disposición de la Dirección General de la Policía Nacional en los casos señalados por el artículo 78 del Decreto 1213 de 1990, en armonía con el artículo 104 del mismo Decreto.

Surge como consecuencia del análisis en precedencia que las normas acusadas y que ahora son objeto de análisis quebrantaron entonces lo dispuesto en la Ley 923 de 2004, dentro de cuyo marco deberían haber sido expedidas, lo cual acarrea como consecuencia que también se quebrantó el artículo 150 numeral 19 literal e) de la Constitución Política y,

⁴ Sección Segunda. Radicado interno No. 1238-2007, C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

por consiguiente se encuentran viciadas de nulidad.

(...)

En este contexto y de conformidad con lo expuesto prospera la nulidad de los artículos 24 y 25 en lo acusado.” (Se resalta).

De lo anterior, se concluye que la decisión tomada por el Consejo de Estado obedeció a que el aparte de la norma demandada determinó como requisito para acceder a la asignación de retiro un tiempo superior al establecido para el personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, en el artículo 115 del Decreto 1212 de 8 de junio de 1990.

De otra parte, en la providencia antes citada, señala el Alto Tribunal Administrativo que la institución de la nulidad, como máxima sanción a la validez o legalidad de determinadas actuaciones, tiene efectos retroactivos, hacia el pasado o *ex tunc*, lo que lleva a entender que el acto desaparece del mundo jurídico desde su origen. Y señala: “*La tesis anterior armoniza con la posición que la Sala Plena tiene sobre el particular, ya que para la misma “...la declaración de nulidad obliga a restablecer las cosas al estado en que se encontraban cuando se realizó el acto nulo, es decir, se tiene como si éste no hubiera existido...”*”.⁵

Por lo anterior advierte que por regla general las consecuencias jurídicas del tipo de efecto que produce la declaratoria de nulidad de un acto administrativo son las de volver la situación al estado en que se encontraba antes de haberse proferido el acto anulado⁶. De esta manera, la declaratoria de nulidad del acto administrativo retrotrae la situación jurídica a la que existía antes de la expedición del acto anulado.

“Significa lo anterior, que en lo demás, el artículo 24 del Decreto 4433 de 2004, se encuentra vigente, es decir, en lo referente al porcentaje de liquidación para determinar la prestación de acuerdo al tiempo de servicios, que por supuesto parte de los 18 años como mínimo para establecer el porcentaje del monto de las partidas computables de la asignación de retiro. Sin embargo, debe precisarse que si se declaró la nulidad del aparte que imponía acreditar 18 años de servicios para acceder al reconocimiento de la asignación de retiro, mal puede acudirse a las disposiciones que señalan tal parámetro para liquidar la prestación.

En consecuencia y en aplicación de los principios de inescindibilidad de la norma y de favorabilidad en materia pensional, se impone resolver la situación con base en la norma vigente, que para el caso se trata del Decreto 1212 de 1990, que se aplicará in integrum...”

4. Caso concreto

En este orden de ideas, la prestación pensional reclamada por el demandante debe ser analizada al tenor de lo dispuesto por el Decreto 1212 de 1990, al haberse vinculado al nivel ejecutivo de la Policía Nacional con anterioridad al Decreto 4433 de 2004, sin que sea pertinente hacer distinción alguna para este caso, en atención al modo de ingreso

⁵ Sala Plena de lo Contencioso Administrativo – Sala Especial Transitoria de Decisión 2B. Sentencia del 14 de marzo de 2006. Expediente: 110010315000200007704-01 (S-704).

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 16 de marzo de 2006, referencia 76001-23-31-000-2001-01858-013985-05 (C.P. Tarsicio Cáceres Toro).

(homologación o ingreso directo) ya que dicha disquisición no impone un panorama normativo diferente para el actor, pues ni las normas pertinentes ni la jurisprudencia ampliamente reseñada disponen tal elucubración.

Así, en el asunto en debate y como ya se indicó, es claro que conforme a la hoja de servicios aportada a folio 3 del cuaderno No. 2, el señor José Fabián Rave Clavijo ingresó a la Policía Nacional como auxiliar de policía desde el 25 de abril de 1994 como alumno del nivel ejecutivo, cumpliendo a la fecha de su retiro por destitución -31 de marzo de 2015-, cumpliendo con un tiempo de servicios de más de 15 años.

De lo expuesto, se colige que:

- El demandante ingresó a la institución antes de la entrada en vigencia del Decreto 4433 de 2004, por lo que se itera, le es aplicable el régimen de transición que impone la Ley 923 de 2004, norma que, además, en su artículo 3º es clara en señalar que el tiempo de formación debe ser incluido para efectos del reconocimiento de la prestación⁷.
- El demandante acreditó más de 15 años de servicios, con lo que supera el tiempo de servicios exigido por el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990 de acuerdo a la causal de retiro de la institución⁸, circunstancia que le hace merecedor del reconocimiento de la asignación de retiro en los términos del referido decreto, esto es, el equivalente al 50% de las partidas computables por los primeros 15 años y un 4% adicional por cada año subsiguiente.
- Si bien la entidad accionada alegó en su escrito de apelación una diferencia entre los tiempos de servicios certificados al actor según hoja de servicios obrante en su expediente -19 años, 11 meses, 10 días- (v. fl. 6, cdo. 3) y el “Extracto de hoja de vida” expedido por el Departamento de Policía Caldas -20 años, 11 meses, 5 días- (v. fl. 29, cdo. 1), advierte la Sala que, tal discusión no resulta relevante para efectos del reconocimiento pensional que aquí se discute, pues ambos documentos certifican servicios por mas de 15 años, tiempo que se itera, es el requerido para acceder a la asignación de retiro deprecada.

Por lo anterior, se estima acertada la decisión adoptada por el *a quo* al disponer la declaratoria de nulidad del acto administrativo demandado y se dispondrá la confirmación del fallo.

5. Costas en primera instancia

⁷ “3.1. El derecho a la asignación de retiro para los miembros de la Fuerza Pública se fijará exclusivamente teniendo en cuenta el tiempo de formación, el de servicio y/o el aportado.”

⁸ “ASIGNACION DE RETIRO. Durante la vigencia del presente Estatuto, los OFICIALES Y SUBOFICIALES de la Policía Nacional que sean retirados del servicio activo después de quince (15) años, por llamamiento a calificar servicios, o por mala conducta, o por no asistir al servicio por más de cinco (5) días sin causa justificada, o por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad sico-física, o por incapacidad profesional, o por conducta deficiente y los que se retiren o sean separados con más de veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional se les pague una asignación mensual de retiro equivalente al cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 140 de este Estatuto, por los quince (15) primeros años de servicio y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda a los quince (15), sin que el total sobrepase del ochenta y cinco por ciento (85%) de los haberes de actividad.”

En primer lugar resulta necesario precisar que, si bien el artículo 366 del C.G.P⁹ en su numeral 5° establece la procedencia del recurso de apelación contra el auto que aprueba la liquidación de las costas procesales; dicha disposición no resulta aplicable para el caso bajo estudio, toda vez, que en esta ocasión aún no existe auto que apruebe la liquidación de costas; es más, lo que se discute no es su liquidación, sino la condena en sí, la cual, al ser objeto de decisión en la sentencia de primera instancia. En tal sentido, la Sala estima procedente abordar la discusión planteada por la entidad accionada por vía de alzada.

Así las cosas, siguiendo con el desarrollo del problema jurídico planteado, la doctrina nacional, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha explicado que las costas, esto es, *"aquella erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial"*¹⁰, están conformadas por dos rubros distintos: las expensas y las agencias en derecho.

Las primeras corresponden a los gastos surgidos con ocasión del proceso y necesarios para su desarrollo, pero distintos al pago de apoderados, así, de conformidad con el Capítulo II del Título I -Costas- del C.G.P., las expensas están conformadas por aranceles judiciales, honorarios de auxiliares de la justicia, entre otros, es decir, en términos generales a todos los gastos surgidos para dar el curso procesal ordinario requerido por el proceso judicial.

Por su parte, prosigue el citado pronunciamiento jurisprudencial constitucional advirtiendo que *"las agencias en derecho no son otra cosa que la compensación por los gastos de apoderamiento en que incurrió la parte vencedora, aun cuando pueden fijarse sin que necesariamente hubiere mediado la intervención directa de un profesional del derecho"*.

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece en su artículo 188 dispone: *"Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil"*.

En atención a la remisión expresa del artículo referido, se tiene entonces que el Código General del Proceso en su artículo 365 establece:

"ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

⁹ Aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA.

¹⁰ Sentencia C-089/02

2. *La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.*
3. *En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.*
4. *Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.*
5. *En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.*
6. *Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.*
7. *Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.*
8. *Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.*
9. *Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo, podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción.”*

En este punto se considera necesario destacar que, el H. Consejo de Estado mediante providencia de 7 de abril de 2016¹¹, advirtió sobre la variación de la postura que se venía aplicando respecto de las condenas en costas y agencias en derecho, basada en la modificación introducida por el CPACA y que encuentra sustento en las posturas del extinto C.P.C. y el C.G.P., puesto que la normatividad anterior, Decreto 01 de 1984 consagraba originalmente en su artículo 171, un criterio subjetivo de valoración, en el cual se atendía exclusivamente a caracteres como la temeridad o mala fe, para proferir condenas en costas y agencias en derecho, en síntesis, advirtió el establecimiento de un nuevo criterio objetivo en lo que respecta a la imposición de costas procesales.

Ahora bien, con respecto al referido cambio de criterio para la imposición de costas procesales el H. Consejo de Estado ha desarrollado una línea jurisprudencial pacífica, en el sentido de advertir que si bien el fundamento la imposición de costas ha variado a razones de índole meramente objetivo, es necesario que en los términos del precitado numeral 8º del artículo 365 del C.G.P. se compruebe para su imposición que “*en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación*”. En efecto, la aludida corporación ha señalado¹²:

“[E]sta Subsección..., varió aquella posición y acogió 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), sino los 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. En dicha oportunidad concluyó lo siguiente:

a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio “subjetivo” —CCA— a uno “objetivo valorativo” —CPACA—.

¹¹ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, C.P: William Hernández Gómez.

¹² 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.

b) *Se concluye que es “objetivo” porque en toda sentencia se “dispondrá” sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.*

c) *Sin embargo, se le califica de “valorativo” porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.*

d) *La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).*

e) *Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.*

f) *La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.*

g) *Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.*

Por lo anterior, se colige que la condena en costas implica una valoración objetiva valorativa que excluye como criterio de decisión la mala fe o la temeridad de las partes. En efecto, el artículo 188 del CPACA, regula que tratándose de costas en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en la sentencia el juez tiene la obligación de pronunciarse sobre dicho aspecto, con excepción de los asuntos en los que se ventile un interés público.”

De lo expuesto se concluye que, la imposición de la condena en costas, tiene lugar en contra de la parte vencida en juicio mientras se compruebe la causación de estas en el expediente, por lo que, la condena en costas impuesta por la Juez de primera instancia resulta totalmente ajustada a derecho, pues como fundamento de la misma se advirtió que, los gastos procesales en que incurrió la parte actora se encuentra debidamente acreditados en la hoja de gastos del expediente, aunado a que la imposición de agencias en derecho se ajusta a la realidad procesal de que la parte actora debió concurrir a la interposición del presente medio de control a través de apoderado judicial, quien actuó en cada una de las etapas procesales pertinentes ante esa instancia.

Corolario, se confirmará lo decidido sobre el particular.

6. Costas de segunda instancia

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, y atendiendo a la remisión normativa señalada por el canon 306 *ibidem* en concordancia con los numerales 1 y 3 del artículo 365 del CGP, y en igual sentido a lo previamente señalado, se condenará en costas en esta instancia a la parte accionada, por habersele resuelto desfavorablemente el recurso de apelación interpuesto y por haberse confirmado la providencia recurrida.

Se fijarán agencias por la suma de Trescientos Cincuenta Mil Pesos (\$ 350.000) al haberse

constatado la actuación del apoderado judicial de la parte actora en esta etapa.

Según lo dispone el artículo 366 del CGP, la liquidación de las costas se hará de manera concentrada por el Juzgado de primera instancia.

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,

FALLA

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia proferida el 22 de octubre de 2018 por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, que accedió a las pretensiones del demandante en el proceso instaurado por José Fabián Rave Clavijo en contra de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.

SEGUNDO: CONDÉNASE en costas a la parte recurrente. Se fija como agencias en derecho la suma de trescientos cincuenta mil pesos (\$350.000).

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

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 026 de 2020.

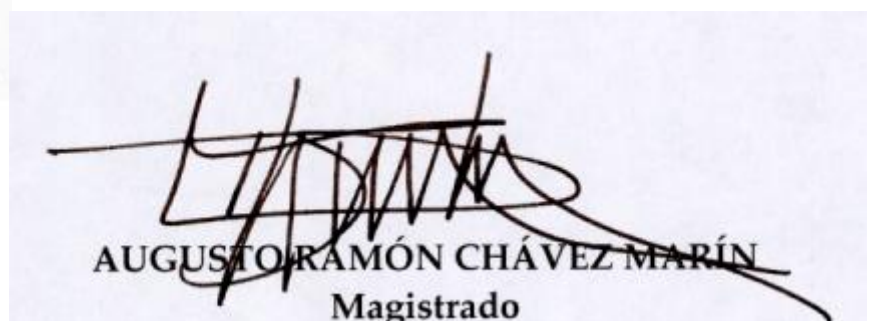
NOTIFÍQUESE



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 205

Manizales, diez (10) de julio de dos mil veinte (2020).

Radicado: 17001-33-33-004-2017-0338-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Blanca Cecilia Restrepo Morales
Demandado: Nación-Ministerio de Educación-FNPSM y el departamento de Caldas.

La Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, decide el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia que negó sus pretensiones.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda (fls. 30-37 C.1)

1.1. Pretensiones

Se declare la nulidad de la Resolución 7138-6 de 12 de septiembre de 2016 y la nulidad parcial de la Resolución 3616 de 8 de septiembre de 2008 emitidas por la Secretaria de Educación Departamental de Caldas en representación del FNPSM. En consecuencia se condene a las demandadas por los perjuicios a raíz de los descuentos con destino al sistema de salud, efectuados sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, así como cualquier otro porcentaje cobrado de manera ilegal; y que se indexen las sumas reconocidas y se condene en costas a las accionadas.

1.2. Sustento fáctico relevante

En síntesis expresa que, en el acto administrativo de reconocimiento de la pensión de jubilación, las demandadas dispusieron efectuar descuentos con destino al sistema de salud, equivalentes al 12% o 12.5%, los cuales vienen siendo descontados no solo de las mesadas ordinarias, sino de las adicionales (de junio y diciembre, esta última que se cancela en noviembre de cada año). Que solicitó al FNPSM el cese y devolución de aportes sobre las mesadas adicionales, además, que se descuente solo el 12% sobre toda la mesada y no el 12.5%, petición negada a través de la Resolución 7138-6 de 12 de septiembre de 2016.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

Invocó como normas vulneradas Ley 91/89; Ley 100/93, arts. 50, 142 y 279; Ley 812/03, art. 81; Decreto 3752 de 2003, arts. 1, 4 y 5; Ley 42/82; Ley 43/84, art. 5; Ley 797/03; Decreto 1073/02 y Ley 1250/07. Consideró que, los docentes afiliados al FNPSM no se hallan

obligados a pagar los aportes en salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre (también llamadas mesadas 13 y 14); además el FNPSM en ocasiones inaplica las normas en mención mientras que en otros casos las aplica de manera indebida, contrariando su verdadero alcance y la hermenéutica jurisprudencial.

Añade que, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1250 de 2008, el único cobro que se debe hacer por este concepto equivale al 12% y cualquier valor que lo exceda vulnera el ordenamiento jurídico, así mismo, itera que dicho cobro solo es procedente sobre las mesadas ordinarias y no sobre las adicionales.

2. Pronunciamiento de los sujetos procesales

El **Departamento de Caldas** (fls 57-65 C.1), se opuso a las pretensiones de la parte demandante y en cuanto a los hechos adujo como ciertos los concernientes al reconocimiento pensional y a los descuentos efectuados por concepto de salud. Propuso las excepciones de *'FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA'*, resaltando que con base en la Ley 91 de 1989 (art. 3) la demanda debió dirigirse contra el FNPSM como competente para el reconocimiento de prestaciones docentes, en consonancia con el artículo 2 del Decreto 2831 de 2005; *'BUENA FE'* por su actuación conforme a la ley; *'CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO'* por cuanto la demanda debía presentarse dentro de los cuatro meses contados a partir del día siguiente a la notificación del acto administrativo; *'INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY'*, ya que la Ley 812 de 2003 modificó el concepto de aportes para afiliados al FNPSM indicando que el valor de las cotizaciones corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensión establezcan la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003; y *'PRESCRIPCIÓN'*, en caso de acceder a las súplicas de la parte actora, según lo establecido en los Decretos 1848 de 1969 y 3135 de 1968.

La Nación – Ministerio de Educación – FNPSM no contestó la demanda.

3. Sentencia de primera instancia (fls. 91-102 c.1).

El *a quo* declaró probada la excepción de *"FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA"* propuesta por el departamento de Caldas y negó las súplicas de la parte demandante y la condenó en costas. Como fundamento de la decisión refirió que, si bien en su redacción original la Ley 91 de 1989 contemplaba una tasa de cotización del 5% para los docentes afiliados al FNPSM en materia de salud, esta situación varió con la expedición de la Ley 812 de 2003, que remite a la Ley 100 de 1993 en este específico tema, norma que a su vez fue reformada por la Ley 1250 de 2008, y contempla un 12% como monto de la cotización.

Acotó que, en un principio las Leyes 42 de 1982, 43 de 1984 y el Decreto 1073 de 2002 prohibían los descuentos sobre las mesadas adicionales, la Ley 812 no derogó la Ley 91 de 1989 en cuanto dispone que los docentes, regulados por esa norma especial, sí son sujetos de aportes sobre las mesadas adicionales. En este sentido, la Ley 812 de 2003 regula un tema no previsto en la Ley 100 de 1993, cuyos artículos 50 y 142 no pueden aplicarse a los educadores, se insiste, por cuanto estos se rigen por normas especiales, con la sola excepción del monto de cotización que sí se gobierna por las prescripciones normativas generales.

4. Recurso de apelación

La **parte actora** (fls. 105-109 C.1) solicitó revocar la sentencia y acceder a sus pretensiones; adujo que, el fallo desconoce que la Ley 91 de 1989 trae incorporada en su artículo 15 una

excepción, que implica que a los docentes nacionales o nacionalizados vinculados antes del 31 de diciembre de 1989 se les aplica el régimen prestacional del que venían gozando en los entes territoriales, mientras que quienes ingresaron al servicio educativo a partir del 1º de enero de 1990 son sujetos de las normas que regulan a los servidores públicos del orden nacional. En este sentido, plantea que ninguna de esas normas contiene una autorización para realizar descuentos sobre mesadas adicionales a los docentes, y en algunos casos, incluso prohíben tales cobros.

Con base en providencia del Consejo de Estado¹ referida a la prima de servicios que devengaban algunos docentes nacionalizados señaló que, a partir de los métodos de interpretación gramatical y sistemático, debe aplicarse este fallo por analogía a los descuentos en salud, y en tal sentido, insiste en que los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 no contemplan los descuentos con destino al sistema de salud para las mesadas adicionales.

Que su postura ha sido avalada por diversos tribunales del país, que han entendido que la Ley 100 de 1993 se aplica a los docentes en cuanto atañe al régimen de cotización con destino al sistema de salud en virtud del principio de inescindibilidad normativa, con lo que ha de entenderse derogada tácitamente la regulación que sobre el particular trae la Ley 91 de 1989, de tal forma que se encuentra prohibido realizar descuentos en salud con base en las mesadas de junio y diciembre.

Seguidamente adujo que, la decisión apelada vulnera el derecho a la igualdad previsto en el artículo 13 de la Carta Política e insiste en que la excepción de prescripción no está llamada a prosperar.

5. Alegatos de conclusión en segunda instancia

Las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico

Al analizar la sentencia de instancia y el escrito de impugnación, el asunto jurídico a resolver se centra en dilucidar si *¿Le asiste derecho a 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?*

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

¹ 14 de abril de 2016, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Rad. 3828-14.

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 Constitucional² 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 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...”. (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 4ª 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 - FNPSM, 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. RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el

² Sentencia T-835 de 2014.

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 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" (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"* (Se resalta).

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 Estado³, que en reciente oportunidad puntualizó:

"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

³ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda -Subsección B- Consejero ponente: César Palomino Cortés-, 10 de mayo de 2018 -Radicación: 68001-23-31-000-2010-00624-01(0340-14)

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

Ley 91 de 1989 artículo 8-5	5%
Ley 812 de 2003, 4, artículo 81	El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.

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

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 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.

Finalmente, 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.

Finalmente, el Tribunal trae a colación los planteamientos esbozados por el Consejo de

⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-529 de 23 de junio de 2010.

Estado⁵ 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.” (Se subraya).

Por modo, aun cuando los descuentos sobre las mesadas adicionales no se encuentren previstos de manera explícita en la Ley 812 de 2003, la Sala es del criterio que dicha obligación no ha cesado, pues en atención al principio de solidaridad que informa todo el Sistema de Seguridad Social, los descuentos por este concepto se avienen al ordenamiento jurídico.

De otro lado, pretende la parte actora que se le apliquen los Decretos 3135/68, 1848/69 y 1045/78 bajo el razonamiento de que a los docentes vinculados a la entrada en vigencia de la ley 91 de 1989 ha de mantenerseles el régimen prestacional del que eran sujetos (art. 15), no obstante, esta intelección no está llamada a prosperar, en atención a que la situación pensional de los docentes vinculados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se halla regulada, según la data de vinculación, por las Leyes 812 de 2003 o 91 de 1989.

En análogo sentido, el análisis de esta controversia tampoco puede realizarse bajo la égida de la providencia citada *in extensu* en el escrito de alzada, pues como lo reconoce la parte nulidiscente, el caso que allí se plantea se relaciona con otro tipo de prestación (prima de servicios), que si bien se refiere al caso de un docente, mal haría en extenderse una regla jurisprudencial a un caso cuyos patrones fácticos distan en grado sumo de aquellos que allí fueron materia de estudio.

2. Análisis del caso concreto

Se encuentra acreditado lo siguiente:

Mediante la Resolución 3616 de 8 de septiembre de 2008 el FNPSM reconoció una pensión de jubilación a favor de la demandante, ordenando además el descuento del 12.5% de cada mesada pensional. (fls. 15-16 C.1)

- El 11 de agosto de 2016 la actora solicitó la corrección de la resolución que reconoció la pensión y se ordene la devolución de los dineros descontados con destino al sistema de

⁵ Sentencia de 14 de septiembre de 2017.

salud de las mesadas adicionales, y que en caso que se esté aplicando la Ley 1122 de 2007 se corrija y se ordene la devolución de los dineros correspondientes al 0,5% del valor de la pensión, correspondiente a los aportes de salud efectuados anualmente. (Fl. 11 C.1)

- A través de la Resolución 7138-6 de 12 de septiembre de 2016 la Secretaria de Educación del Departamento de Caldas negó lo solicitado por la actora. (Fls. 12-13 C.1)
- De conformidad con los extractos de pago expedidos por la Fiduprevisora S.A. sobre las mesadas adicionales recibidas por la parte actora, le fueron efectuados descuentos por concepto de salud. (fls. 17-20 C.1)

De acuerdo con lo expuesto, los actos administrativos demandados se ajustan a la legalidad en tanto disponen 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.

3. Conclusión

De conformidad con la normativa y la jurisprudencia citada y con fundamento en los hechos debidamente acreditados, estima esta Sala de Decisión que a la parte demandante no le asiste derecho a la devolución y cese de aportes a salud descontados sobre sus mesadas pensionales adicionales y, en tal sentido, se confirmará la sentencia dictada en primera instancia.

4. Costas

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, en concordancia con los numerales 1 y 3 del artículo 365 del CGP, se condenará en costas en esta instancia a la parte demandante, por habersele resuelto desfavorablemente el recurso de apelación interpuesto. Sin agencias en derecho en esta instancia por no haberse causado.

Según lo dispone el artículo 366 del CGP, la liquidación de las costas se hará de manera concentrada por el Juzgado de primera instancia.

Por lo discurrido, el Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMASE la sentencia emanada del Juzgado Cuarto Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por Blanca Cecilia Restrepo Morales dentro del contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido contra la Nación-Ministerio De Educación-FNPSM y el departamento de Caldas.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora y a favor de la accionada. Sin agencias en derecho en esta instancia.

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

CUARTO: NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 026 de 2020.

NOTIFÍQUESE



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 206

Manizales, diez (10) de julio de dos mil veinte (2020).

Radicado: 17001-33-33-004-2017-0349-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Irma Cataño Colorado
Demandado: Nación-Ministerio de Educación-FNPSM y el departamento de Caldas.

La Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, decide el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia que negó sus pretensiones.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda (fls. 31-38 C.1)

1.1. Pretensiones

Se declare la nulidad de la Resolución 7287-6 de 13 de septiembre de 2016 y la nulidad parcial de la Resolución 996 de 6 de marzo de 2008 emitidas por la Secretaria de Educación Departamental de Caldas en representación del FNPSM. En consecuencia se condene a las demandadas por los perjuicios a raíz de los descuentos con destino al sistema de salud, efectuados sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, así como cualquier otro porcentaje cobrado de manera ilegal; y que se indexen las sumas reconocidas y se condene en costas a las accionadas.

1.2. Sustento fáctico relevante

En síntesis expresa que, en el acto administrativo de reconocimiento de la pensión de jubilación, las demandadas dispusieron efectuar descuentos con destino al sistema de salud, equivalentes al 12% o 12.5%, los cuales vienen siendo descontados no solo de las mesadas ordinarias, sino de las adicionales (de junio y diciembre, esta última que se cancela en noviembre de cada año). Que solicitó al FNPSM el cese y devolución de aportes sobre las mesadas adicionales, además, que se descuente solo el 12% sobre toda la mesada y no el 12.5%, petición negada a través de la Resolución 7287-6 de 13 de septiembre de 2016.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

Invocó como normas vulneradas Ley 91/89; Ley 100/93, arts. 50, 142 y 279; Ley 812/03, art. 81; Decreto 3752 de 2003, arts. 1, 4 y 5; Ley 42/82; Ley 43/84, art. 5; Ley 797/03; Decreto 1073/02 y Ley 1250/07. Consideró que, los docentes afiliados al FNPSM no se hallan obligados a pagar los aportes en salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre (también llamadas mesadas 13 y 14); además el FNPSM en ocasiones inaplica las normas en mención mientras que en otros casos las aplica de manera indebida, contrariando su verdadero alcance y la hermenéutica jurisprudencial.

Añade que, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1250 de 2008, el único cobro que se debe hacer por este concepto equivale al 12% y cualquier valor que lo exceda vulnera el ordenamiento jurídico, así mismo, itera que dicho cobro solo es procedente sobre las mesadas ordinarias y no sobre las adicionales.

2. Pronunciamiento de los sujetos procesales

El **Departamento de Caldas** (fls 54-59 C.1), se opuso a las pretensiones de la parte demandante y en cuanto a los hechos adujo como ciertos los concernientes al reconocimiento pensional y a los descuentos efectuados por concepto de salud. Propuso las excepciones de *'FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA'*, resaltando que con base en la Ley 91 de 1989 (art. 3) la demanda debió dirigirse contra el FNPSM como competente para el reconocimiento de prestaciones docentes, en consonancia con el artículo 2 del Decreto 2831 de 2005; *'BUENA FE'* por su actuación conforme a la ley; *'CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO'* por cuanto la demanda debía presentarse dentro de los cuatro meses contados a partir del día siguiente a la notificación del acto administrativo; *'INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY'*, ya que la Ley 812 de 2003 modificó el concepto de aportes para afiliados al FNPSM indicando que el valor de las cotizaciones corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensión establezcan la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003; y *'PRESCRIPCIÓN'*, en caso de acceder a las súplicas de la parte actora, según lo establecido en los Decretos 1848 de 1969 y 3135 de 1968.

La Nación – Ministerio de Educación – FNPSM No contestó la demanda

3. Sentencia de primera instancia (fls. 112-116 c.1).

El *a quo* declaró probada la excepción de *"FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA"* propuesta por el departamento de Caldas y negó las súplicas de la parte demandante y la condenó en costas. Como fundamento de la decisión refirió que, si bien en su redacción original la Ley 91 de 1989 contemplaba una tasa de cotización del 5% para los docentes afiliados al FNPSM en materia de salud, esta situación varió con la expedición de la Ley 812 de 2003, que remite a la Ley 100 de 1993 en este específico tema, norma que a su vez fue reformada por la Ley 1250 de 2008, y contempla un 12% como monto de la cotización.

Acotó que, en un principio las Leyes 42 de 1982, 43 de 1984 y el Decreto 1073 de 2002 prohibían los descuentos sobre las mesadas adicionales, la Ley 812 no derogó la Ley 91 de 1989 en cuanto dispone que los docentes, regulados por esa norma especial, sí son sujetos de aportes sobre las mesadas adicionales. En este sentido, la Ley 812 de 2003 regula un tema no previsto en la Ley 100 de 1993, cuyos artículos 50 y 142 no pueden

aplicarse a los educadores, se insiste, por cuanto estos se rigen por normas especiales, con la sola excepción del monto de cotización que sí se gobierna por las prescripciones normativas generales.

4. Recurso de apelación

La **parte actora** (fls. 103-107 C.1) solicitó revocar la sentencia y acceder a sus pretensiones; adujo que, el fallo desconoce que la Ley 91 de 1989 trae incorporada en su artículo 15 una excepción, que implica que a los docentes nacionales o nacionalizados vinculados antes del 31 de diciembre de 1989 se les aplica el régimen prestacional del que venían gozando en los entes territoriales, mientras que quienes ingresaron al servicio educativo a partir del 1º de enero de 1990 son sujetos de las normas que regulan a los servidores públicos del orden nacional. En este sentido, plantea que ninguna de esas normas contiene una autorización para realizar descuentos sobre mesadas adicionales a los docentes, y en algunos casos, incluso prohíben tales cobros.

Con base en providencia del Consejo de Estado¹ referida a la prima de servicios que devengaban algunos docentes nacionalizados señaló que, a partir de los métodos de interpretación gramatical y sistemático, debe aplicarse este fallo por analogía a los descuentos en salud, y en tal sentido, insiste en que los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 no contemplan los descuentos con destino al sistema de salud para las mesadas adicionales.

Que su postura ha sido avalada por diversos tribunales del país, que han entendido que la Ley 100 de 1993 se aplica a los docentes en cuanto atañe al régimen de cotización con destino al sistema de salud en virtud del principio de inescindibilidad normativa, con lo que ha de entenderse derogada tácitamente la regulación que sobre el particular trae la Ley 91 de 1989, de tal forma que se encuentra prohibido realizar descuentos en salud con base en las mesadas de junio y diciembre.

Seguidamente adujo que, la decisión apelada vulnera el derecho a la igualdad previsto en el artículo 13 de la Carta Política e insiste en que la excepción de prescripción no está llamada a prosperar.

5. Alegatos de conclusión en segunda instancia

Las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico

Al analizar la sentencia de instancia y el escrito de impugnación, el asunto jurídico a resolver se centra en dilucidar si *¿Le asiste derecho a 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?*

2. Descuentos con destino al sistema de salud

¹ 14 de abril de 2016, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Rad. 3828-14.

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 Constitucional² 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 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 mataría 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 4ª 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

² Sentencia T-835 de 2014.

Sociales del Magisterio - FNPSM, 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. RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES. *El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.*

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

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 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”* (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”* (Se resalta).

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 Estado³, que en reciente oportunidad puntualizó:

“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

Ley 91 de 1989 artículo 8-5	5%
Ley 812 de 2003, 4, artículo 81	El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.

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

A voces de las normas parcialmente reproducidas, el ordenamiento constitucional atribuye a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social – *entre ellos los*

³ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda -Subsección B- Consejero ponente: César Palomino Cortés-, 10 de mayo de 2018 -Radicación: 68001-23-31-000-2010-00624-01(0340-14)

⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-529 de 23 de junio de 2010.

pensionados- el deber de materializar el principio de solidaridad a través de los aportes 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.

Finalmente, 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.

Finalmente, el Tribunal trae a colación los planteamientos esbozados por el Consejo de Estado⁵ 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.” (Se subraya).

Por modo, aun cuando los descuentos sobre las mesadas adicionales no se encuentren previstos de manera explícita en la Ley 812 de 2003, la Sala es del criterio que dicha obligación no ha cesado, pues en atención al principio de solidaridad que informa todo el Sistema de Seguridad Social, los descuentos por este concepto se avienen al ordenamiento jurídico.

De otro lado, pretende la parte actora que se le apliquen los Decretos 3135/68, 1848/69 y 1045/78 bajo el razonamiento de que a los docentes vinculados a la entrada en

⁵ Sentencia de 14 de septiembre de 2017.

vigencia de la ley 91 de 1989 ha de mantenerseles el régimen prestacional del que eran sujetos (art. 15), no obstante, esta intelección no está llamada a prosperar, en atención a que la situación pensional de los docentes vinculados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se halla regulada, según la data de vinculación, por las Leyes 812 de 2003 o 91 de 1989.

En análogo sentido, el análisis de esta controversia tampoco puede realizarse bajo la égida de la providencia citada *in extensu* en el escrito de alzada, pues como lo reconoce la parte nulidisciente, el caso que allí se plantea se relaciona con otro tipo de prestación (prima de servicios), que si bien se refiere al caso de un docente, mal haría en extenderse una regla jurisprudencial a un caso cuyos patrones fácticos distan en grado sumo de aquellos que allí fueron materia de estudio.

2. Análisis del caso concreto

Se encuentra acreditado lo siguiente:

- Mediante la Resolución 0996 de 6 de marzo de 2008 el FNPSM reconoció una pensión de jubilación a favor de la demandante, ordenando además el descuento del 12.5% de cada mesada pensional de conformidad con la Ley 812 de 2003 y 1122 de 2007. (Fls. 14-15 C.1)
- El 11 de agosto de 2016 la actora solicitó la corrección de la resolución que reconoció la pensión y se ordene la devolución de los dineros descontados con destino al sistema de salud de las mesadas adicionales, y que en caso que se esté aplicando la Ley 1122 de 2007 se corrija y se ordene la devolución de los dineros correspondientes al 0,5% del valor de la pensión, correspondiente a los aportes de salud efectuados anualmente. (Fl. 10 C.1)
- A través de la Resolución 7287-6 de 13 de septiembre de 2016 la Secretaria de Educación del Departamento de Caldas negó lo solicitado por la actora. (Fls. 16-20 C.1)

De acuerdo con lo expuesto, los actos administrativos demandados se ajustan a la legalidad en tanto disponen 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.

3. Conclusión

De conformidad con la normativa y la jurisprudencia citada y con fundamento en los hechos debidamente acreditados, estima esta Sala de Decisión que a la parte demandante no le asiste derecho a la devolución y cese de aportes a salud descontados sobre sus mesadas pensionales adicionales y, en tal sentido, se confirmará la sentencia dictada en primera instancia.

4. Costas

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, en concordancia con los numerales 1 y 3 del artículo 365 del CGP, se condenará en costas en esta instancia a la parte demandante, por habersele resuelto desfavorablemente el recurso de apelación interpuesto. Sin agencias en derecho en esta instancia por no haberse causado.

Según lo dispone el artículo 366 del CGP, la liquidación de las costas se hará de manera concentrada por el Juzgado de primera instancia.

Por lo discurrido, el Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMASE la sentencia emanada del Juzgado Cuarto Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por Irma Cataño Colorado dentro del contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido contra la Nación-Ministerio De Educación-FNPSM y el departamento de Caldas.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora y a favor de la accionada. Sin agencias en derecho en esta instancia.

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

CUARTO: NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 026 de 2020.

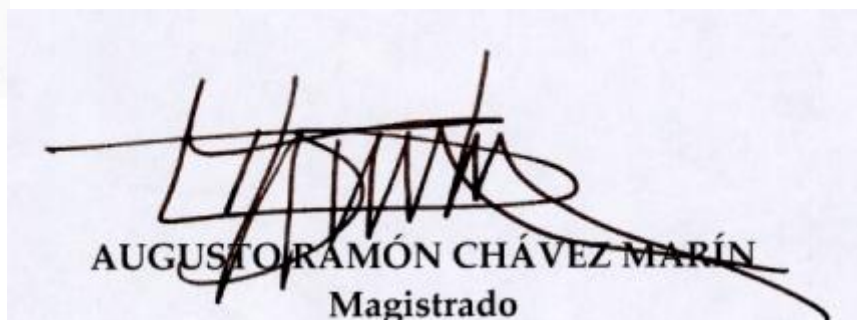
NOTIFÍQUESE



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

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



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE DECISIÓN**

**MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 207**

Manizales, diez (10) de julio de dos mil veinte (2020).

Radicado: 17001-33-33-004-2017-0360-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Rocío del Socorro Suarez
Demandado: Nación-Ministerio de Educación-FNPSM y el departamento de Caldas.

La Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, decide el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia que negó sus pretensiones.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda (fls. 29-36 C.1)

1.1. Pretensiones

Se declare la nulidad de la Resolución 6955-6 de 7 de septiembre de 2016 y la nulidad parcial de la Resolución 971-6 de 25 de febrero de 2013 emitidas por la Secretaria de Educación Departamental de Caldas en representación del FNPSM. En consecuencia se condene a las demandadas por los perjuicios a raíz de los descuentos con destino al sistema de salud, efectuados sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, así como cualquier otro porcentaje cobrado de manera ilegal; y que se indexen las sumas reconocidas y se condene en costas a las accionadas.

1.2. Sustento fáctico relevante

En síntesis expresa que, en el acto administrativo de reconocimiento de la pensión de jubilación, las demandadas dispusieron efectuar descuentos con destino al sistema de salud, equivalentes al 12% o 12.5%, los cuales vienen siendo descontados no solo de las mesadas ordinarias, sino de las adicionales (de junio y diciembre, esta última que se cancela en noviembre de cada año). Que solicitó al FNPSM el cese y devolución de aportes sobre las mesadas adicionales, además, que se descuente solo el 12% sobre toda la mesada y no el 12.5%, petición negada a través de la Resolución 6955-6 de 7 de septiembre de 2016.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

Invocó como normas vulneradas Ley 91/89; Ley 100/93, arts. 50, 142 y 279; Ley 812/03, art. 81; Decreto 3752 de 2003, arts. 1, 4 y 5; Ley 42/82; Ley 43/84, art. 5; Ley 797/03; Decreto 1073/02 y Ley 1250/07. Consideró que, los docentes afiliados al FNPSM no se hallan

obligados a pagar los aportes en salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre (también llamadas mesadas 13 y 14); además el FNPSM en ocasiones inaplica las normas en mención mientras que en otros casos las aplica de manera indebida, contrariando su verdadero alcance y la hermenéutica jurisprudencial.

Añade que, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1250 de 2008, el único cobro que se debe hacer por este concepto equivale al 12% y cualquier valor que lo exceda vulnera el ordenamiento jurídico, así mismo, itera que dicho cobro solo es procedente sobre las mesadas ordinarias y no sobre las adicionales.

2. Pronunciamiento de los sujetos procesales

La **Nación – Ministerio de Educación – FNPSM** (fls 53-68 C.1), se opuso a las pretensiones de la parte demandante, y adujo no constarle los hechos aludidos en la demanda y propuso las excepciones denominadas: *‘INEPTITUD SUSTANCIAL DE LA DEMANDA POR FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DE LA NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL’* mencionando que son las entidades territoriales las encargadas de administrar las plantas de personal, por ser los nominadores de los docentes; *‘INEXISTENCIA DEL DEMANDADO –FALTA DE RELACIÓN CON EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO, CONEXO O DERIVADO DEL ACTO ADMINISTRATIVO EXPEDIDO POR LA ENTIDAD TERRITORIAL CERTIFICADA, FALTA DE COMPETENCIA DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN PARA EXPEDIR EL ACTO ADMINISTRATIVO Y RECONOCER EL DERECHO RECLAMADO’*, aduciendo que no existe relación de causalidad entre la prestación reclamada y la entidad accionada; *‘INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DEMANDADA POR INEXISTENCIA DE CAUSA JURÍDICA’* ya que los descuentos realizados se basan en las Leyes 914/89 y 1250/08; *‘CADUCIDAD’*, pues la demanda se presentó por fuera del término de 4 meses; *‘PRESCRIPCIÓN’*, de conformidad con el artículo 488 del CST y los Decretos 3135/68 y 1848/69; *‘BUENA FE’* afirmando que actuó con estricto apego a la ley; y *‘GENÉRICA’*, solicitando que se declaren las excepciones que resulten demostradas en el proceso.

El **Departamento de Caldas** (fls 73-76 C.1), se opuso a las pretensiones de la parte demandante y en cuanto a los hechos adujo como ciertos los concernientes al reconocimiento pensional y a los descuentos efectuados por concepto de salud. Propuso las excepciones de *‘FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA’*, resaltando que con base en la Ley 91 de 1989 (art. 3) la demanda debió dirigirse contra el FNPSM como competente para el reconocimiento de prestaciones docentes, en consonancia con el artículo 2 del Decreto 2831 de 2005; y *‘PRESCRIPCIÓN’*, en caso de acceder a las súplicas de la parte actora, según lo establecido en los Decretos 1848 de 1969 y 3115 de 1968.

3. Sentencia de primera instancia (fls. 91-102 c.1).

El *a quo* declaró probada la excepción de *“FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”* propuesta por el departamento de Caldas e *‘INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DEMANDADA POR INEXISTENCIA DE CAUSA JURÍDICA’* propuesta por Nación – Ministerio de Educación – FNPSM; negó las súplicas de la parte demandante y la condenó en costas. Como fundamento de la decisión refirió que, si bien en su redacción original la Ley 91 de 1989 contemplaba una tasa de cotización del 5% para los docentes afiliados al FNPSM en materia de salud, esta situación varió con la expedición de la Ley 812 de 2003, que remite a la Ley 100 de 1993 en este específico tema, norma que a su vez fue reformada por la Ley 1250 de 2008, y contempla un 12% como monto de la cotización.

Acotó que, en un principio las Leyes 42 de 1982, 43 de 1984 y el Decreto 1073 de 2002 prohibían los descuentos sobre las mesadas adicionales, la Ley 812 no derogó la Ley 91 de

1989 en cuanto dispone que los docentes, regulados por esa norma especial, sí son sujetos de aportes sobre las mesadas adicionales. En este sentido, la Ley 812 de 2003 regula un tema no previsto en la Ley 100 de 1993, cuyos artículos 50 y 142 no pueden aplicarse a los educadores, se insiste, por cuanto estos se rigen por normas especiales, con la sola excepción del monto de cotización que sí se gobierna por las prescripciones normativas generales.

4. Recurso de apelación

La **parte actora** (fls. 109-113 C.1) solicitó revocar la sentencia y acceder a sus pretensiones; adujo que, el fallo desconoce que la Ley 91 de 1989 trae incorporada en su artículo 15 una excepción, que implica que a los docentes nacionales o nacionalizados vinculados antes del 31 de diciembre de 1989 se les aplica el régimen prestacional del que venían gozando en los entes territoriales, mientras que quienes ingresaron al servicio educativo a partir del 1º de enero de 1990 son sujetos de las normas que regulan a los servidores públicos del orden nacional. En este sentido, plantea que ninguna de esas normas contiene una autorización para realizar descuentos sobre mesadas adicionales a los docentes, y en algunos casos, incluso prohíben tales cobros.

Con base en providencia del Consejo de Estado¹ referida a la prima de servicios que devengaban algunos docentes nacionalizados señaló que, a partir de los métodos de interpretación gramatical y sistemático, debe aplicarse este fallo por analogía a los descuentos en salud, y en tal sentido, insiste en que los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 no contemplan los descuentos con destino al sistema de salud para las mesadas adicionales.

Que su postura ha sido avalada por diversos tribunales del país, que han entendido que la Ley 100 de 1993 se aplica a los docentes en cuanto atañe al régimen de cotización con destino al sistema de salud en virtud del principio de inescindibilidad normativa, con lo que ha de entenderse derogada tácitamente la regulación que sobre el particular trae la Ley 91 de 1989, de tal forma que se encuentra prohibido realizar descuentos en salud con base en las mesadas de junio y diciembre.

Seguidamente adujo que, la decisión apelada vulnera el derecho a la igualdad previsto en el artículo 13 de la Carta Política e insiste en que la excepción de prescripción no está llamada a prosperar.

5. Alegatos de conclusión en segunda instancia

El departamento de Caldas (Fls. 7-8 C 2) señaló que, son aplicables los artículo 204 de la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003 referentes al monto y distribución de las cotizaciones; que el Decreto 2831 de 2005 señala las competencias de las entidades territoriales, las cuales consisten en radicar los documentos y elaborar los proyectos de actos administrativos, y que dicha circunstancia no cambio con el Decreto 1075 de 2015.

Los demás sujetos procesales guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico

¹ 14 de abril de 2016, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Rad. 3828-14.

Al analizar la sentencia de instancia y el escrito de impugnación, el asunto jurídico a resolver se centra en dilucidar si *¿Le asiste derecho a 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?*

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 Constitucional² 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 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...”. (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 4ª 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*

² Sentencia T-835 de 2014.

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 - FNPSM, 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. RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

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 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” (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” (Se resalta).

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 Estado³, que en reciente oportunidad puntualizó:

*“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 incluídas las mesadas adicionales], se evidencia que el legislador, sentó para todos los afiliados a la Caja Nacional forzosos y voluntarios e incluídos 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

Ley 91 de 1989 artículo 8-5	5%
Ley 812 de 2003, 4, artículo 81	El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.

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

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 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.

³ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda -Subsección B- Consejero ponente: César Palomino Cortés-, 10 de mayo de 2018 -Radicación: 68001-23-31-000-2010-00624-01(0340-14)

⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-529 de 23 de junio de 2010.

Finalmente, 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.

Finalmente, el Tribunal trae a colación los planteamientos esbozados por el Consejo de Estado⁵ 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.” (Se subraya).

Por modo, aun cuando los descuentos sobre las mesadas adicionales no se encuentren previstos de manera explícita en la Ley 812 de 2003, la Sala es del criterio que dicha obligación no ha cesado, pues en atención al principio de solidaridad que informa todo el Sistema de Seguridad Social, los descuentos por este concepto se avienen al ordenamiento jurídico.

De otro lado, pretende la parte actora que se le apliquen los Decretos 3135/68, 1848/69 y 1045/78 bajo el razonamiento de que a los docentes vinculados a la entrada en vigencia de la ley 91 de 1989 ha de mantenerseles el régimen prestacional del que eran sujetos (art. 15), no obstante, esta intelección no está llamada a prosperar, en atención a que la situación pensional de los docentes vinculados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se halla regulada, según la data de vinculación, por las Leyes 812 de 2003 o 91 de 1989.

En análogo sentido, el análisis de esta controversia tampoco puede realizarse bajo la égida de la providencia citada *in extensu* en el escrito de alzada, pues como lo reconoce la parte

⁵ Sentencia de 14 de septiembre de 2017.

nulidiscente, el caso que allí se plantea se relaciona con otro tipo de prestación (prima de servicios), que si bien se refiere al caso de un docente, mal haría en extenderse una regla jurisprudencial a un caso cuyos patrones fácticos distan en grado sumo de aquellos que allí fueron materia de estudio.

2. Análisis del caso concreto

Se encuentra acreditado lo siguiente:

Mediante la Resolución 971-6 de 25 de febrero de 2013 el FNPSM reconoció una pensión de jubilación a favor de la demandante, ordenando además el descuento del 12% de cada mesada pensional de conformidad con la Ley 1250 de 2008. (fls. 14-15 C.1)

- El 9 de agosto de 2016 la actora solicitó la corrección de la resolución que reconoció la pensión y se ordene la devolución de los dineros descontados con destino al sistema de salud de las mesadas adicionales, y que en caso que se esté aplicando la Ley 1122 de 2007 se corrija y se ordene la devolución de los dineros correspondientes al 0,5% del valor de la pensión, correspondiente a los aportes de salud efectuados anualmente. (Fl. 10 C.1)

- A través de la Resolución 6955-6 de 7 de septiembre de 2016 la Secretaria de Educación del Departamento de Caldas negó lo solicitado por la actora. (Fls. 11-12 C.1)

- De conformidad con los extractos de pago expedidos por la Fiduprevisora S.A. sobre las mesadas adicionales recibidas por la parte actora, le fueron efectuados descuentos por concepto de salud. (fls. 17-19 C.1)

De acuerdo con lo expuesto, los actos administrativos demandados se ajustan a la legalidad en tanto disponen 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.

3. Conclusión

De conformidad con la normativa y la jurisprudencia citada y con fundamento en los hechos debidamente acreditados, estima esta Sala de Decisión que a la parte demandante no le asiste derecho a la devolución y cese de aportes a salud descontados sobre sus mesadas pensionales adicionales y, en tal sentido, se confirmará la sentencia dictada en primera instancia.

4. Costas

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, en concordancia con los numerales 1 y 3 del artículo 365 del CGP, se condenará en costas en esta instancia a la parte demandante, por habersele resuelto desfavorablemente el recurso de apelación interpuesto. Sin agencias en derecho en esta instancia por no haberse causado.

Según lo dispone el artículo 366 del CGP, la liquidación de las costas se hará de manera concentrada por el Juzgado de primera instancia.

Por lo discurrido, el Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre

de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMASE la sentencia emanada del Juzgado Cuarto Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por Rocío del Socorro Suarez dentro del contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido contra la Nación-Ministerio De Educación-FNPSM y el departamento de Caldas.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora y a favor de la accionada. Sin agencias en derecho en esta instancia.

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

CUARTO: NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 026 de 2020.

NOTIFÍQUESE



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



República de Colombia
Honorable Tribunal Administrativo de Caldas
Sala Sexta de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Auto que inadmite la demanda

Acción: Electoral
Demandante: Carlos Ossa Barrera
Demandado: Fausto Téllez Marín y el municipio de La Dorada - Caldas
Radicado: 17001233300020200016700
Acto judicial: Auto interlocutorio 103

Manizales, diez (10) de julio de dos mil veinte (2020).

§01. El funcionario sustanciador decide sobre la admisión del proceso electoral interpuesta por el señor Carlos Ossa Barrera contra el señor Fausto Téllez Marín y el municipio de La Dorada – Caldas.

1. Consideraciones

§02. El 6 de julio de 2020 el señor Carlos Ossa Barrera presentó solicitud de la medida cautelar para la suspensión provisional de los siguientes actos: (i) la Resolución 020 del 10 de febrero de 2020 por el cual la mesa directiva del Concejo de La Dorada- Caldas, nombró al señor FAUSTO TÉLLEZ MARÍN como Personero municipal; (ii) del acta de posesión 003 de 2020 como personero del señor Fausto Téllez Marín; y (iii) de la Resolución 017 del 30 de enero de 2020 que expidió la lista de elegibles.

§03. Durante el término de estudio el 8 de julio de 2020 el demandante presentó aclaración señalando que no pudo cargar el documento de la demanda y lo adjuntaba en esta ocasión.

§04. El artículo 6 del Decreto 806 de 2020 señala como requisito de admisión de la demanda que *ñ En c u a l q u i e r j u r i s d i c c i t r a l n y , l a s i n c l u i a u t o r i d a d e s a d m i n i s t r a t i v a s q u e e j e r z a n f u n c i o n e s j u r i s d i c c i o n a l e s , s a l v o c u a n d o s e s o l i c i t e n m e d i d a s c a u t e l a r e s p r e v i a s o s e d e s c o n o z c a e l l u g a r d o n d e r e c i b i r á n o t i f i c a c i o n e s e l d e m a n d a d o , e l d e m a n d a n t e , a l p r e s e n t a r l a d e m a n d a , s i m u l t á n e a m e n t e d e b e r á e n v i a r p o r m e d i o e l e c t r ó n i c o c o p i a d e e l l a y d e s u s a n e x o s a l o s d e m a n d a d o s . D e l m i s m o m o d o d e b e r á p r o c e d e r e l d e m a n d a n t e c u a n d o a l i n a d m i t i r s e l a d e m a n d a p r e s e n t e e l e s c r i t o d e s u b s a n a c i ó n . E l s e c r e t a r i o o e l f u n c i o n a r i o q u e h a g a s u s v e c e s v e l a r á p o r e l c u m p l i m i e n t o d e e s t e d e b e r , s i n c u y a a c r e d i t a c i ó n l a a u t o r i d a d j u d i c i a l i n a d m i t i r á l a d e m a n d a . D e n o c o n o c e r s e e l c a n a l*

de digital de la parte demandada, se acreditará con la demanda el envío físico de la misma con sus anexos. ò

§05. El demandante solicitó la medida cautelar de suspensión provisional de los actos demandados. Pero no solicitó que dicha medida fuera previa antes de la notificación del auto admisorio de la demanda, ni que sea una medida de urgencia.

§06. Por lo que debe allegarse la constancia de envío de la demanda, sus anexos, la aclaración que adjuntó el texto de la demanda, y del escrito de subsanación de la demanda.

§07. Conforme al artículo 162.4 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el demandante deberá señalar la causal de nulidad conforme a los artículos 137 y 275 ídem.

§08. Por lo anterior, la sala sexta unitaria de decisión del Tribunal Administrativo de Caldas,

Resuelve

Primero: Inadmitir la demanda electoral presentada por el señor Carlos Ossa Barrera contra el señor Fausto Téllez Marín y el municipio de La Dorada- Caldas. Se concede al demandante tres (3) días para que subsane los defectos señalados en la parte motiva. En caso de no hacerlo se rechazará.

Notifíquese y Cúmplase

Publio Martín Andrés Patiño Mejía
Magistrado

Firmado Por:

PUBLIO MARTIN ANDRES PATIÑO MEJIA

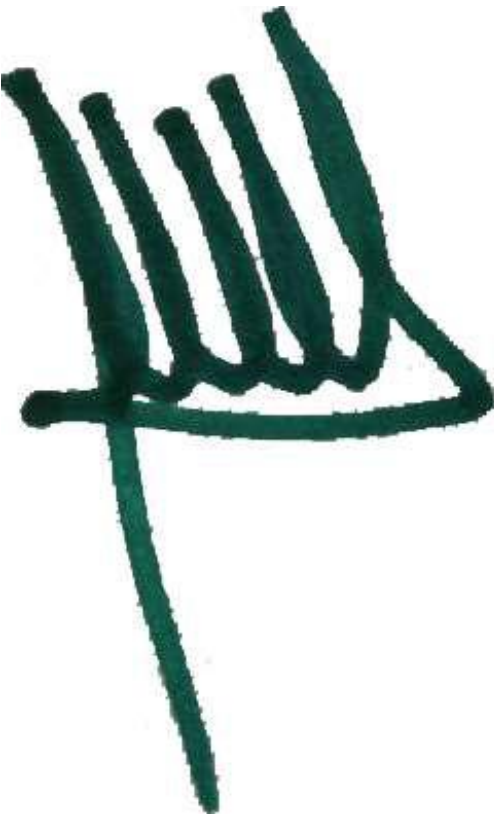
MAGISTRADO
CONSEJO
DESPACHO 6

TRIBUNAL O
SECCIONAL
TRIBUNAL

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a las parte por Estado Electrónico No. 082 de fecha 13/07/2020

Manizales, 10 de julio de 2020.



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA

Secretario

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:

c8ce830b033136b6326ef3bf2e049d1a12d689ff4fe457369399bd1c53e174ae

Documento generado en 10/07/2020 10:11:02 AM



República de Colombia
Honorable Tribunal Administrativo de Caldas
Sala Sexta de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Auto que inadmite la demanda

Acción: Electoral
Demandante: Carlos Ossa Barrera
Demandado: Fausto Téllez Marín y el municipio de La Dorada - Caldas
Radicado: 17001233300020200016700
Acto judicial: Auto interlocutorio 103

Manizales, diez (10) de julio de dos mil veinte (2020).

§01. El funcionario sustanciador decide sobre la admisión del proceso electoral interpuesta por el señor Carlos Ossa Barrera contra el señor Fausto Téllez Marín y el municipio de La Dorada – Caldas.

1. Consideraciones

§02. El 6 de julio de 2020 el señor Carlos Ossa Barrera presentó solicitud de la medida cautelar para la suspensión provisional de los siguientes actos: (i) la Resolución 020 del 10 de febrero de 2020 por el cual la mesa directiva del Concejo de La Dorada- Caldas, nombró al señor FAUSTO TÉLLEZ MARÍN como Personero municipal; (ii) del acta de posesión 003 de 2020 como personero del señor Fausto Téllez Marín; y (iii) de la Resolución 017 del 30 de enero de 2020 que expidió la lista de elegibles.

§03. Durante el término de estudio el 8 de julio de 2020 el demandante presentó aclaración señalando que no pudo cargar el documento de la demanda y lo adjuntaba en esta ocasión.

§04. El artículo 6 del Decreto 806 de 2020 señala como requisito de admisión de la demanda que *“En cualquier jurisdicción, incluido el proceso arbitral y las autoridades administrativas que ejerzan funciones jurisdiccionales, salvo cuando se soliciten medidas cautelares previas o se desconozca el lugar donde recibirá notificaciones el demandado, el demandante, al presentar la demanda, simultáneamente deberá enviar por medio electrónico copia de ella y de sus anexos a los demandados. Del mismo modo deberá proceder el demandante cuando al inadmitirse la demanda presente el escrito de subsanación. El secretario o el funcionario que haga sus veces velará por el cumplimiento de este deber, sin cuya acreditación la autoridad judicial inadmitirá la demanda. De no conocerse el canal*

de digital de la parte demandada, se acreditará con la demanda el envío físico de la misma con sus anexos.”

§05. El demandante solicitó la medida cautelar de suspensión provisional de los actos demandados. Pero no solicitó que dicha medida fuera previa antes de la notificación del auto admisorio de la demanda, ni que sea una medida de urgencia.

§06. Por lo que debe allegarse la constancia de envío de la demanda, sus anexos, la aclaración que adjuntó el texto de la demanda, y del escrito de subsanación de la demanda.

§07. Conforme al artículo 162.4 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el demandante deberá señalar la causal de nulidad conforme a los artículos 137 y 275 ídem.

§08. Por lo anterior, la sala sexta unitaria de decisión del Tribunal Administrativo de Caldas,

Resuelve

Primero: Inadmitir la demanda electoral presentada por el señor Carlos Ossa Barrera contra el señor Fausto Téllez Marín y el municipio de La Dorada- Caldas. Se concede al demandante tres (3) días para que subsane los defectos señalados en la parte motiva. En caso de no hacerlo se rechazará.

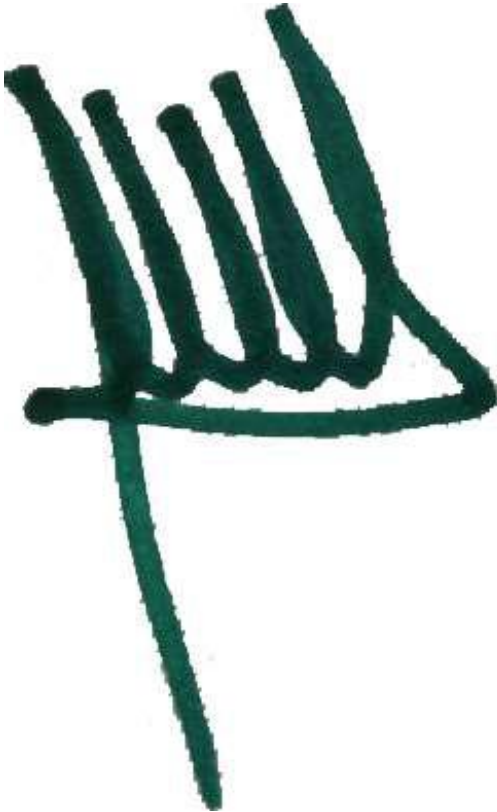
Notifíquese y Cúmplase

Publio Martín Andrés Patiño Mejía
Magistrado

Firmado Por:

PUBLIO MARTIN ANDRES PATIÑO MEJIA

MAGISTRADO
CONSEJO
DESPACHO 6

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a las parte por Estado Electrónico No. 082 de fecha 13/07/2020
Manizales, 10 de julio de 2020.

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

TRIBUNAL O
SECCIONAL
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:

c8ce830b033136b6326ef3bf2e049d1a12d689ff4fe457369399bd1c53e174ae

Documento generado en 10/07/2020 10:11:02 AM



República de Colombia
Honorable Tribunal Administrativo de Caldas
Sala Sexta de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Auto que rechaza la demanda

Acción: Electoral
Demandante: Alexander Vargas Castaño
Demandado: Jair Arenas
Radicado: 17001233300020200017200
Acto judicial: Auto interlocutorio 104

Manizales, diez (10) de julio de dos mil veinte (2020).

§01. La sala unitaria de decisión se pronuncia sobre la admisión del proceso electoral interpuesta por el señor Carlos Ossa Barrera contra el señor Jair Arenas, concejal del municipio de Chinchiná - Caldas.

1. Consideraciones

§02. El 7 de julio de 2020 el señor Alexander Vargas Castaño demanda electoral en contra del señor Jair Arenas, concejal del municipio de Chinchiná.

§03. Se pretende la nulidad parcial del acta 006 de sesión ordinaria del Concejo municipal de Chinchiná – Caldas- del 04 de febrero de 2020, respecto a la declaración del concejal electo para el periodo 2020-2023, el señor Jair Arenas, quien fue electo al concejo avalado por el Partido Social de la Unidad Nacional-Partido de la U-.

§04. El suscrito magistrado ponente es competente para resolver sobre la admisión conforme a los artículos 125, 151.9-10, 243.1 del Código de Procedimiento Administrativo de lo Contencioso Administrativo. El proceso es de única instancia, ya que Chinchiná tiene un estimado de 52,267 habitantes para 2020, conforme al DANE.

§05. Según el artículo 164.2.a): *“Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo electoral, el término será de treinta (30) días. Si la elección se declara en audiencia pública el término se contará a partir del día siguiente; en los demás casos de elección y en los de nombramientos se cuenta a partir del día siguiente al de su publicación efectuada en la forma prevista en el inciso 1o del artículo 65 de este Código.”*

§06. Una vez revisado el acto demandado, el acta 006 de la sesión ordinaria del Concejo municipal de Chinchiná – Caldas- del 04 de febrero de 2020, la corporación aceptó la renuncia del concejal Oscar Gallego Castrillón, declaró la vacancia de su

cargo, y se le tomó posesión en el cargo de concejal al señor Jair Arenas, por ser la persona que le seguía en votación de Partido Social de Unidad Nacional – Partido de la U. En dicha sesión el señor Jair Arenas ejerció funciones e intervino en las deliberaciones.

§07. En la constancia final, el secretario de la corporación señaló que la sesión “QUEDO -sic- GRABADA EN EL PC DE LA CORPORACIÓN, MIENTRAS SE EDITA LA GACETA CORRESPONDIENTE”.

§08. El Honorable Consejo de Estado¹ señaló que en los procesos electorales la caducidad cuando existe posesión, se tiene en cuenta este evento para contabilizar el plazo perentorio para demandar, cuando es de público conocimiento que el demandado ha ejercido las funciones del cargo. Por lo que la caducidad en este caso no está sujeta a la publicidad de la posesión:

“También los partidarios de esta posición hemos considerado que aún admitiendo la validez que encarna que el acto de elección y de nombramiento se publique y que la caducidad de la acción electoral solo comience a contarse a partir de ello, a fin de permitir que sea conocido y de ahí propiciar que pueda ser sometido a examen judicial de constitucionalidad y/o de legalidad por cualquier ciudadano interesado en la defensa en abstracto del ordenamiento jurídico, ocurre que cuando el elegido o el nombrado ya ha tomado posesión del empleo o cargo y ha desempeñado funciones, estas circunstancias permiten que se conozca el nombramiento o la elección incluso de forma más efectiva y divulgadora que la que se obtiene con la sola publicación formal del acto en el Diario Oficial o en el medio oficial de publicación de la entidad que lo profiere, las más de las veces una ficción frente a la finalidad que persigue de que tal publicación permita su conocimiento real y material.

Por ello, ha estimado que en estos específicos eventos carece de sentido lógico insistir en que el conteo de los 20 días del término de caducidad de la acción de nulidad electoral solo inicie a partir de la publicación del acto en el diario oficial o en el medio oficial de cada entidad, pues es grave para la consolidación de la legitimidad de un nombramiento o de una elección dejar per se indefinida la posibilidad de impugnarlo, solo pendiente de la formalidad de la publicación del respectivo acto, actuación que además es ajena al elegido porque no depende de él sino de su nominador o elector.”

§09. En el presente caso, el acto de posesión se llevó a cabo el 4 de febrero de 2020. El plazo para presentar la demanda vencía el 17 de marzo de 2020. Los términos judiciales quedaron suspendidos a partir del 16 de marzo de 2020, por disposición del Acuerdo PCSJA20-11517 del 15 de marzo de 2020 del Consejo Superior de la Judicatura. De esta manera, quedaron faltando dos días para la caducidad. Los términos judiciales se reanudaron el 1° de julio de 2020, por el Acuerdo PCSJA20-

¹ CE. Sección quinta. Sent. nov. 9/2010. MP Susana Buitrago Valencia. Rad. 05001-23-31-000-2007-00437-02

11567 del 5 de junio de 2020. Así, el plazo para presentar la demanda expiró el 3 de julio de 2020.

§10. Como la demanda fue incoada el 7 de julio de 2020, fue presentada por fuera de la oportunidad procesal, y se rechazará la demanda por caducidad.

§11. Por lo anterior, la sala sexta unitaria de decisión del Tribunal Administrativo de Caldas,

Resuelve

Primero: Rechazar la demanda de nulidad electoral interpuesta por el señor Alexander Vargas Castaño en contra del señor Jair Arenas, concejal del municipio de Chinchiná.

Segundo: Ejecutoriada esta providencia, sin necesidad de desglose, devuélvanse los anexos a la interesada y archívense las diligencias, previas las anotaciones pertinentes en el programa informático Justicia Siglo xxi.

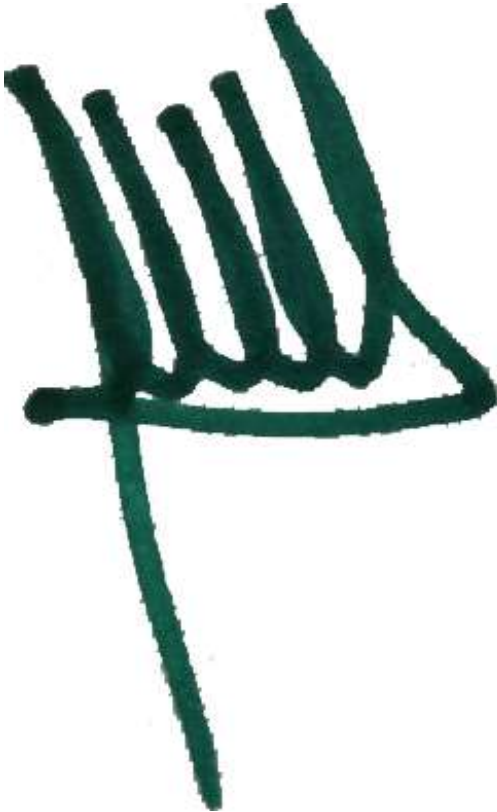
Notifíquese y Cúmplase

Publio Martín Andrés Patiño Mejía
Magistrado

Firmado Por:

PUBLIO MARTIN ANDRES PATIÑO MEJIA

MAGISTRADO
CONSEJO
DESPACHO 6

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a las parte por Estado Electrónico No. 082 de fecha 13/07/2020 Manizales, 10 de julio de 2020. 
HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

TRIBUNAL O
SECCIONAL
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:

5b6bab9933bdccd7ef9b0316bdfc67ed58e83170493f1952e16d0edf2e846081

Documento generado en 10/07/2020 10:10:00 AM