

17001-33-33-002-2018-00392-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, dos (02) de JULIO de dos mil veintiuno (2021)

S. 068

La Sala 4ª de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Caldas, conformada por los Magistrados AUGUSTO MORALES VALENCIA, quien la preside, AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN y PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA, procede a dictar sentencia de segundo grado por vía del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia emanada del Juzgado 2º Administrativo de Manizales, que negó las pretensiones formuladas por la señora **LUZ DARE RESTREPO DE PINEDA** dentro del contencioso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

ANTECEDENTES

PRETENSIONES DE LA PARTE ACTORA.

- I) Se declare la nulidad de la Resolución N° 8039-6 de 18 de octubre de 2017.
- II) Se declare que la parte actora pertenece al régimen exceptuado previsto en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, que su situación se halla cobijada por el régimen especial previsto para los docentes vinculados antes del 27 de junio de 2003.

III) Se condene a la parte accionada a aplicar el porcentaje previsto en el artículo 8 ordinal 5° de la Ley 91 de 1989 para los descuentos en salud, equivalente al 5%, cesando los actuales aportes del 12%.

IV) Se reintegren las sumas que han sido descontadas de su mesada pensional, superiores al 5% de las mesadas de julio y diciembre.

V) Se indexen las sumas reconocidas, se condene al pago de intereses, y se condene en costas y agencias en derecho a la demandada.

A título de pretensión subsidiaria, impetra que de llegar a considerarse por el Tribunal que su régimen pensional es el consagrado en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, se ordene reintegrar a favor del accionante lo descontado equivalente al 12% de las mesadas de junio y diciembre, se ordene cesar dichos aportes y se condene en costas a la accionada.

CAUSA PETENDI.

En síntesis, expresa lo siguiente:

- La demandante se vinculó a la docencia oficial con anterioridad al 27 de junio de 2003, y una vez cumplidos los requisitos de ley, le fue reconocida una pensión de jubilación, de la cual le han venido descontando el 12% de cada mesada pensional, incluidas las adicionales de junio y diciembre, con destino al sistema de salud.
- Desde la promulgación de la Ley 100 de 1993, los incrementos anuales de las pensiones ordenados en el artículo 53 de la Carta Política vienen dándose con la aplicación del Índice de Precios al Consumidor (IPC), según lo consagrado en el canon 14 de dicho dispositivo legal.
- Presentó solicitud ante la entidad demandada con el fin de que el descuento con destino al sistema de salud se ajustara al 5% de cada mesada, petición negada a través del acto administrativo demandado.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Se invocaron: Constitución Política, arts. 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29, 48, 53, 90, 121, 125 y 209 Ley 33 de 1985; Ley 91/89, art. 15, numeral 2 literal A; Ley 115 de 1994, art. 115; Ley 71/88, art. 1; Ley 238/95; Ley 100/93, art. 279; Ley 238 de 1995, art. 1; Ley 700 de 2011, art. 4; Ley 797 de 2003, art. 9; Ley 812 de 2003, art. 81; Ley 1151 de 2007, art. 160; Acto Legislativo 01 de 2005; Ley 1437 de 2011, art. 147.

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

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

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

CONTESTACIÓN AL LIBELO DEMANDADOR.

La **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FNPSM**, se pronunció con memorial obrante de folios 55 a 69, oponiéndose a las pretensiones del libelo demandador y proponiendo 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’, aduciendo que no existe relación de causalidad entre la prestación reclamada y la entidad accionada, puesto que el fondo no interviene en el reconocimiento y pago de la prestación, ni analiza la viabilidad del pago de la misma; ‘INEXISTENCIA DE LA CAUSA POR INEXISTENCIA JURÍDICA’, ya que los descuentos realizados encuentran sustento en lo prescrito por el artículo 1º de la Ley 1250 de 2008 y en el artículo 8º de la Ley 91 de 1989; ‘CADUCIDAD’ por no presentar la demanda dentro del término previsto en el artículo 164 de la Ley 1437 de 2011; ‘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.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Jueza 2ª Administrativa de Manizales dictó sentencia negando las pretensiones de la parte actora en los términos que pasan a compendiarse.

Como sustento de la decisión, acudió a los artículos 14 de la Ley 100 de 1993 que regula el reajuste periódico de las pensiones, en desarrollo del mandato superior establecido en el canon 53 Constitucional; 279 de la misma norma, que preceptúa las excepciones para la aplicación del régimen general de pensiones.

Menciona que al tenor de lo analizado por la Corte Constitucional en Sentencia C-387 de 1994, el derecho al aumento en el valor de las pensiones en determinado monto no es un derecho adquirido, sino una mera

expectativa, pues el legislador goza de un margen amplio de decisión sobre el método a emplear para el ajuste de las pensiones, siempre que se garantice el poder adquisitivo de su valor.

En cuanto al segundo de los problemas jurídicos, referido al porcentaje de los descuentos con destino al sistema de salud, estimó que si bien con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 se conservó el régimen especial en pensiones de los docentes (Ley 91 de 1989), en cuanto a los aportes al sistema de seguridad social estos sí deben ceñirse a la norma general, intelección que refuerza con lo esbozado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-369 de 2004.

Finalmente, concluyó que la parte actora también debe realizar aportes con destino al sistema de salud sobre las mesadas de julio y diciembre, pues ingresó al servicio docente con anterioridad a la promulgación de la Ley 812 de 2003 y obtuvo su reconocimiento pensional con base en los mandatos de la Ley 91 de 1989.

EL RECURSO DE SEGUNDO GRADO.

Con memorial que obra de folios 109 a 119 del cuaderno principal, la parte demandante impugnó la sentencia de primera instancia, centrando su desacuerdo con la decisión en los puntos que a continuación se relacionan.

Expresa que la sentencia de primer grado realiza una indebida aplicación del precedente jurisprudencial, pues trajo como referente un pronunciamiento que no guarda relación directa con los fundamentos fácticos y ámbito de pretensiones. Afirma que la decisión desconoce la supremacía constitucional y la prevalencia de las normas especiales sobre las generales, en la medida que el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, aún vigente para un grupo de docentes, circunscribe el aumento del valor de las pensiones al incremento del salario mínimo mensual legal vigente. En este sentido, desestima el argumento según el cual ese artículo haya sido sustituido por el canon 14 de la Ley 100

de 1993, pues a los docentes vinculados antes de la Ley 812 de 2003 como es su caso, han de aplicarse las normas anteriores a su vigencia.

Reitera que con base en la Ley 812 de 2003 y el Acto Legislativo N° 01 de 2005, el régimen pensional de los docentes vinculados antes de promulgada esa norma está conformado por la Ley 91 de 1989 y las normas que la complementen, como la citada Ley 71/88, por lo que solo a los docentes vinculados luego de proferida la Ley 812/03 resulta viable aplicarles el ajuste del IPC previsto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993. De la misma manera, cuestiona que no se haya empleado el principio de favorabilidad, pues a su juicio, es claro que existen dos regímenes pensionales, uno general y aquel que cobija a los docentes.

En cuanto a los descuentos en salud sobre las mesadas pensionales, acota que estos deben ser del 5% y no del 12%, atendiendo lo dispuesto en las Sentencias T-348 de 1997, C-956 de 2001 y C-980 de 2002, por lo que considera que proceder en contravía de esta hermenéutica implica la creación de un tercer régimen o una disposición desfavorable para el docente.

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

Pretende por modo la parte actora se declare la nulidad de la Resolución N° 8039-6 de 18 de octubre de 2017, y en consecuencia, cesen los descuentos con destino al sistema de salud, realizados sobre las mesadas adicionales (junio y diciembre), además, se restituyan aquellas sumas que han sido objeto de dichos aportes.

CUESTIÓN PREVIA

No obstante que las pretensiones formuladas por la parte actora, únicamente se refieren al porcentaje descuentos en salud sobre las mesadas pensionales,

incluidas las adicionales de junio y diciembre, la operadora judicial de primera instancia formuló como problemas jurídicos los siguientes:

- *“PRIMER PROBLEMA JURÍDICO PRINCIPAL: ¿Tienen derecho al reajuste de la mesada pensional de acuerdo con lo establecido en el artículo 1º de la Ley 71 de 1988?”*
- *“SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO PRINCIPAL: ¿Cuál es el porcentaje de aporte sobre las mesadas para los servicios médicos a cargo de los y las docentes oficiales con afiliación al FOMAG?”*
- *“TERCER PROBLEMA JURÍDICO PRINCIPAL: ¿Deben los y las docentes oficiales con afiliación al FOMAG aportar para el pago del servicio médico sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre (mesadas 13 y 14) que devengan?”*

Por lo anterior, y toda vez que las pretensiones de la parte actora no versan sobre el reajuste de la mesada pensional, situación analizada por la Jueza *A quo* en el primer problema jurídico, sino sobre los aportes a salud descontados de la misma (problemas jurídicos 2 y 3), esta Corporación se referirá únicamente al ámbito de pretensiones descrito en el libelo introductor relativo a los descuentos en salud.

PROBLEMA JURÍDICO

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

- *¿Tiene derecho la parte actora a que no se le realicen los descuentos con destino al sistema de salud sobre las mesadas adicionales de su pensión ordinaria de jubilación?*

(I)
**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 H. Corte Constitucional¹ 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:

¹ Sentencia T-835 de 2014.

“(...) 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, 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”
/Resalta la Sala/.

Debe anotarse que esta preceptiva fue objeto de dos (2) 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 H. Consejo de Estado², que en reciente oportunidad puntualizó lo siguiente:

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

6.2. Afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Ley 91 de 1989 artículo 8-5	5%
Ley 812 de 2003, 3, 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

² Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda -Subsección B- Consejero ponente: César Palomino Cortés-, diez (10) de mayo de dos mil dieciocho (2018) - Radicación número: 68001-23-31-000-2010-00624-01(0340-14)

³ Corte Constitucional. Sentencia C-529 de 23 de junio de 2010

	<i>distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.</i>
--	--

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

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

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 H. Consejo de Estado⁴ al abordar las pretensiones de devolución de aportes realizados sobre las mesadas adicionales de un pensionado afiliado al FNPSM:

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

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

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

⁴ Sentencia de 14 de septiembre de 2017.

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.

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

Por ende, se confirmará la sentencia de primer grado.

COSTAS.

Se condenará en costas a la apelante, en virtud del supuesto previsto en el numeral 3 del artículo 365 del Código General del Proceso. Sin agencias en derecho en esta instancia por no haberse causado.

Por lo discurrido, el **Tribunal Administrativo de Caldas, SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia emanada del Juzgado 2º Administrativo del circuito de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por la señora **LUZ DARE RESTREPO DE PINEDA** dentro del contencioso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM**.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante y a favor de la entidad demandada. Sin agencias en derecho en esta instancia.

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

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

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según consta en Acta N° 031 de 2021.

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Magistrada Ponente: Patricia Varela Cifuentes

Manizales, 06 de julio de dos mil veintiuno (2021)

Radicación	17-001-23-33-000-2018-00431-00
Clase:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante:	Martha Lucía Orozco Castaño
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación – FNPSM

Por la Secretaría de esta Corporación, córrase traslado a las partes y al Ministerio Público de la prueba documental allegada por el Departamento de Caldas (fls. 80 – 96, C. 1) así como del Oficio expedido por el Ministerio de Educación Nacional (fl. 98, C. 1), de conformidad con el artículo 201 A del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 51 de la Ley 2080 de 2021.

Una vez concluido el término de traslado, en caso de que ninguna de las partes se pronuncie frente a la prueba documental, la misma se entenderá debidamente practicada y en consecuencia, por la Secretaría se correrá traslado para alegar de conclusión.

Notifíquese y Cúmplase

Firmado Por:

PATRICIA VARELA CIFUENTES
MAGISTRADO
MAGISTRADO -

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
ORAL 002 MANIZALES-CALDAS

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

Código de verificación:

7986759203161e1e08695e452bb250438a75ef63e1077481465e04cc47687a77

Documento generado en 06/07/2021 11:31:04 a. m.

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Magistrada Ponente: Patricia Varela Cifuentes

Manizales, 06 de julio de dos mil veintiuno (2021)

Radicación	17-001-23-33-000-2018-00443-00
Clase:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante:	Jaime Pérez Martínez
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación – FNPSM

Por la Secretaría de esta Corporación, córrase traslado a las partes y al Ministerio Público de la prueba documental allegada por el Departamento de Caldas (fls. 88 – 114, C. 1) así como del Oficio expedido por el Ministerio de Educación Nacional (fl. 116, C. 1), de conformidad con el artículo 201 A del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 51 de la Ley 2080 de 2021.

Una vez concluido el término de traslado, en caso de que ninguna de las partes se pronuncie frente a la prueba documental, la misma se entenderá debidamente practicada y en consecuencia, por la Secretaría se correrá traslado para alegar de conclusión.

Notifíquese y Cúmplase

Firmado Por:

PATRICIA VARELA CIFUENTES
MAGISTRADO
MAGISTRADO -

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
ORAL 002 MANIZALES-CALDAS

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

Código de verificación:

a9f6a1f5c489140a46467eabe485615188bccf380ca7117ba88256edd1de3093

Documento generado en 06/07/2021 11:31:01 a. m.

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

17001-33-33-004-2018-00532-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, dos (02) de JULIO de dos mil veintiuno (2021)

S. 069

La Sala 4ª de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Caldas, conformada por los Magistrados AUGUSTO MORALES VALENCIA, quien la preside, AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN y PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA, procede a dictar sentencia de segundo grado por vía del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia emanada del Juzgado 4º Administrativo de Manizales, que negó las pretensiones formuladas por la señora **CONSUELO SALAZAR VINASCO** dentro del contencioso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM**.

ANTECEDENTES

PRETENSIONES DE LA PARTE ACTORA.

- I) Se declare la nulidad de la Resolución N° 6457-6 de 24 de julio de 2018, y la nulidad parcial de la Resolución N° 0250 de 28 de enero de 2011, y se declare así mismo que los descuentos con destino al sistema de salud no operan tratándose de las mesadas de junio y diciembre.
- II) Se reintegren a la demandante los dineros cobrados en exceso, correspondientes a las mesadas adicionales de junio y diciembre.
- III) Se indexen las sumas reconocidas y se condene en costas a la accionada.

CAUSA PETENDI.

En síntesis, expresa que la entidad demandada a través de la fiduciaria ha venido descontando el 12% de las mesadas pensionales con destino al sistema de salud, incluyendo las mesadas adicionales de junio y diciembre, por lo que solicitó a la entidad demandada la aplicación de la Ley 91 de 1989 en cuanto a los descuentos con destino al sistema de salud y la devolución de las sumas pagadas en exceso, siéndole negada a través del acto demandado.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Se invocaron las siguientes disposiciones: Constitución Política, arts. 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29, 48, 53, 90, 121, 125 y 209; Ley 71/88, art. 1; Ley 33/85; ley 91/89, art. 15, num. 2 lit a); Ley 115/94, art. 115; Ley 100/93, art. 279; Ley 238/95, art. 1; Ley 700/01, art. 4; Ley 797/03; Ley 812/03, art. 81; Ley 1151/07, art. 160; Acto Legislativo N° 01 de 2005, arts. 1 y 2.

Como juicio de la infracción, expresa en suma que los docentes afiliados al FNPSM no se hallan obligados a pagar los aportes en salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, además, la entidad demandada por una vía de hecho surgida de una indebida aplicación normativa introduce una situación de desigualdad, aplicando normas del régimen general a uno especial.

CONTESTACIÓN AL LIBELO DEMANDADOR.

La **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FNPSM**, se pronunció de forma oportuna, oponiéndose a las pretensiones del libelo demandador, manifestando en suma que las Leyes 100 de 1993 y 812 de 2003 modificaron el porcentaje de cotización en salud establecido otrora para los docentes en la Ley 91 de 1989, y que dichas normas no prohíben que tales descuentos se efectúen sobre las mesadas adicionales. Como excepciones, propuso las que denominó ‘INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN O COBRO DE LO NO DEBIDO’, fundada en que los descuentos con destino al sistema de salud se hacen de conformidad con el marco legal que les es propio; ‘PRESCRIPCIÓN DE

MESADAS’, con base en el Decreto 1848 de 1969; y ‘RECONOCIMIENTO OFICIOSO O GENÉRICA’, para que sea declarada de oficio en el proceso cualquier otra excepción que resulte probada.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Jueza 2ª Administrativa de Manizales dictó sentencia negando las pretensiones de la parte actora en los términos que pasan a compendiarse.

Como sustento de la decisión, refirió que si bien en su redacción original la Ley 91/89 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.

Acota que en un principio las Leyes 42/82, 43/84 y el Decreto 1073/02 prohibían los descuentos sobre las mesadas adicionales, la Ley 812 no derogó la Ley 91/89 en cuanto dispone que los docentes, regulados por esa norma especial, sí son sujetos de aportes sobre las mesadas adicionales. En este sentido, menciona que la Ley 812/03 regula un tema no previsto en la Ley 100/93, 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.

Finalmente, concluyó que la parte actora también debe realizar aportes con destino al sistema de salud sobre las mesadas de julio y diciembre, pues ingresó al servicio docente con anterioridad a la promulgación de la Ley 812 de 2003 y obtuvo su reconocimiento pensional con base en los mandatos de la Ley 91 de 1989.

EL RECURSO DE SEGUNDO GRADO.

La parte demandante presentó su oposición al fallo de primera instancia con escrito obrante en 17 folios, visible en el archivo digital N° 3.

Expresa su desacuerdo aduciendo que dada la fecha de su vinculación como docente, su régimen pensional es el previsto en la Ley 91 de 1989, dentro de cuyo análisis ha de circunscribirse el derecho que le asiste a que no se le hagan descuentos sobre las mesadas adicionales, pues los docentes vinculados bajo ese régimen normativo conservan los beneficios que les habían sido otorgados antes del proceso de nacionalización de la educación.

Respecto a los descuentos con destino al sistema de salud, acude a apartados de las Sentencias T-348/97, C-956 de 2001 y C-980 de 2002, y concluye que no es posible crear un tercer régimen que es desfavorable a los docentes, más aun cuando existe una ley que regula la situación y que no permite analogías.

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

Pretende por modo la parte actora se declare la nulidad de la Resolución N° 6457-6 de 24 de julio de 2018, y la nulidad parcial de la Resolución N° 0250 de 28 de enero de 2011, y en consecuencia, cesen los descuentos con destino al sistema de salud, realizados sobre las mesadas adicionales (junio y diciembre), además, se restituyan aquellas sumas que han sido objeto de dichos aportes.

PROBLEMA JURÍDICO

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

- *¿Tiene derecho la parte actora a que no se le realicen los descuentos con destino al sistema de salud sobre las mesadas adicionales de su pensión ordinaria de jubilación?*

(I)
**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 H. Corte Constitucional¹ 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

¹ Sentencia T-835 de 2014.

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, 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” /Resalta la Sala/.

Debe anotarse que esta preceptiva fue objeto de dos (2) 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 H. Consejo de Estado², que en reciente oportunidad puntualizó lo siguiente:

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

6.2. Afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Ley 91 de 1989 artículo 8-5	5%
-----------------------------	----

² Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda -Subsección B- Consejero ponente: César Palomino Cortés-, diez (10) de mayo de dos mil dieciocho (2018) - Radicación número: 68001-23-31-000-2010-00624-01(0340-14)

Ley 812 de 2003, 3, 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 (...)” /Subrayado del Tribunal/.

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

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*

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

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 H. Consejo de Estado⁴ 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

⁴ Sentencia de 14 de septiembre de 2017.

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

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.

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

COSTAS.

Se condenará en costas a la apelante, en virtud del supuesto previsto en el numeral 3 del artículo 365 del Código General del Proceso. Sin agencias en derecho en esta instancia por no haberse causado.

Por lo discurrido, el **Tribunal Administrativo de Caldas, SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia emanada del Juzgado 2º Administrativo del circuito de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por la señora **CONSUELO SALAZAR VINASCO** dentro del contencioso de **NULIDAD Y**

RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO promovido contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM**.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante y a favor de la entidad demandada. Sin agencias en derecho en esta instancia.

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

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

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según consta en Acta N° 031 de 2021.

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

17-001-33-33-008-2018-00552-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, dos (02) de JULIO de dos mil veintiuno (2021)

S. 065

La Sala 4ª de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Caldas, conformada por los Magistrados AUGUSTO MORALES VALENCIA, quien la preside, AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN y PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA, procede a dictar sentencia de segundo grado por vía del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia emanada del Juzgado 8º Administrativo del circuito de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por la señora **GLORIA DEISY PINZÓN GARCÍA** dentro del contencioso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

ANTECEDENTES

PRETENSIONES DE LA PARTE ACTORA.

I) Se declare la nulidad de la Resolución N° 8852-6 de 16 de noviembre de 2017.

II) Se declare que la parte actora pertenece al régimen exceptuado previsto en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, que su situación se halla cobijada por el régimen especial previsto para los docentes vinculados antes del 27 de junio de 2003, y por ende, que su pensión de jubilación debe ser reajustada anualmente con base en lo previsto en las Leyes 91 de 1989 y 71 de 1988.

III) Se condene a la parte accionada a aplicar el porcentaje previsto en el artículo 8 ordinal 5° de la Ley 91 de 1989 para los descuentos en salud, equivalente al 5%, cesando los actuales aportes del 12%.

IV) Se disponga el reajuste pensional de manera retroactiva, aplicando lo previsto en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, esto es, con base en el incremento anual del salario mínimo y no el IPC.

V) Se reintegren las sumas que han sido descontadas de su mesada pensional, superiores al 5% de las mesadas de julio y diciembre.

VI) Se paguen a la parte demandante las diferencias resultantes entre la mesada pensional reajustada y la que actualmente recibe.

VII) Se indexen las sumas reconocidas, y se condene en costas y agencias en derecho a la demandada.

A título de pretensión subsidiaria, impetra que de llegar a considerarse por el Tribunal que su régimen pensional es el consagrado en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, se ordene reintegrar a favor de la parte accionante lo descontado equivalente al 12% de las mesadas de junio y diciembre, se ordene cesar dichos aportes y se condene en costas a la accionada.

CAUSA PETENDI.

En síntesis, expresa lo siguiente:

➤ Se vinculó a la docencia oficial con anterioridad al 27 de junio de 2003, y al cumplir los requisitos de ley le fue reconocida pensión de jubilación, de la cual le han venido descontando el 12% de cada mesada pensional, incluidas las adicionales de junio y diciembre, con destino al sistema de salud.

➤ Pese a que en el acto de reconocimiento se dijo que el reajuste anual pensional se daría en virtud de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, dichos incrementos se han hecho conforme lo dispone el mandato 14 de la Ley 100 de 1993.

- Desde la promulgación de la Ley 100 de 1993, los incrementos anuales de las pensiones ordenados en el artículo 53 de la Carta Política vienen dándose con la aplicación del Índice de Precios al Consumidor (IPC), según lo consagrado en el canon 14 de dicho dispositivo legal.
- Presentó solicitud ante la entidad demandada con el fin de que su pensión fuera incrementada conforme lo dispone el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, igualmente que el descuento con destino al sistema de salud se ajustara al 5% de cada mesada, peticiones negadas a través del acto demandado.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Se invocaron: Constitución Política, arts. 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29, 48, 53, 90, 121, 125 y 209 Ley 33 de 1985; Ley 91/89, art. 15, numeral 2 literal A; Ley 115 de 1994, art. 115; Ley 71/88, art. 1; Ley 238/95; Ley 100/93, art. 279; Ley 238 de 1995, art. 1; Ley 700 de 2011, art. 4; Ley 797 de 2003, art. 9; Ley 812 de 2003, art. 81; Ley 1151 de 2007, art. 160; Acto Legislativo 01 de 2005; Ley 1437 de 2011, art. 147.

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

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

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

CONTESTACIÓN AL LIBELO DEMANDADOR.

La **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FNPSM**, se pronunció con memorial obrante de folios 70 a 77, oponiéndose a las pretensiones del libelo demandador y proponiendo las excepciones denominadas ‘INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO’, en tanto los descuentos para el sistema de salud como los reajustes pensionales se han efectuado con base en las normas legales aplicables; ‘PRESCRIPCIÓN DE MESADAS’, con base en el Decreto 1848 de 1969; y la ‘GENÉRICA’.

A su turno, el **DEPARTAMENTO DE CALDAS** /fls. 57-59 cdno. 1/ formuló como excepciones las de ‘FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA’, fundamentada en que no le asiste competencia para el reconocimiento y pago de las prestaciones docentes, las cuales están en cabeza del FNPSM; ‘BUENA FE’ atendiendo a que su actuación se ha ceñido a los postulados legales; y ‘PRESCRIPCIÓN’, con base en los Decretos 3135 de 1968 y 1838 de 1969.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Jueza 8ª Administrativa del Circuito de Manizales dictó sentencia negando las pretensiones de la parte actora en los términos que pasan a compendiarse.

Como sustento de la decisión, acudió a los artículos 14 de la Ley 100 de 1993 que regula el reajuste periódico de las pensiones, en desarrollo del mandato superior establecido en el canon 53 Constitucional; 279 de la misma norma,

que preceptúa las excepciones para la aplicación del régimen general de pensiones.

Menciona que al tenor de lo analizado por la Corte Constitucional en Sentencia C-387 de 1994, el derecho al aumento en el valor de las pensiones en determinado monto no es un derecho adquirido, sino una mera expectativa, pues el legislador goza de un margen amplio de decisión sobre el método a emplear para el ajuste de las pensiones, siempre que se garantice el poder adquisitivo de su valor.

Abordando los pormenores del caso, estableció que con la expedición de la Ley 100 de 1993, quedaron sin efectos las disposiciones contrarias, como el artículo 1º de la Ley 71 de 1988 y con respecto de la violación del principio de favorabilidad, concluyó que solo aplica en caso de vacíos normativos o tratamientos distintos en casos iguales, lo cual no aplica en el caso.

En cuanto al segundo de los problemas jurídicos, referido al porcentaje de los descuentos con destino al sistema de salud, estimó que si bien con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 se conservó el régimen especial en pensiones de los docentes (Ley 91 de 1989), en cuanto a los aportes al sistema de seguridad social estos sí deben ceñirse a la norma general, intelección que refuerza con lo esbozado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-369 de 2004.

Finalmente, concluyó que la parte actora también debe realizar aportes con destino al sistema de salud sobre las mesadas de julio y diciembre, pues ingresó al servicio docente con anterioridad a la promulgación de la Ley 812 de 2003 y obtuvo su reconocimiento pensional con base en los mandatos de la Ley 91 de 1989.

EL RECURSO DE SEGUNDO GRADO.

Mediante memorial que constituye el PDF N° 12, la parte demandante impugnó la sentencia de primera instancia, centrando su desacuerdo con la decisión en los puntos que a continuación se relacionan.

Expresa que la sentencia de primer grado desconoce la supremacía constitucional y la prevalencia de las normas especiales sobre las generales, en la medida que el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, aún vigente para un grupo de docentes, circunscribe el aumento del valor de las pensiones al incremento del salario mínimo mensual legal vigente. En este sentido, desestima el argumento según el cual ese artículo haya sido sustituido por el canon 14 de la Ley 100 de 1993, pues a los docentes vinculados antes de la Ley 812 de 2003 como es su caso, han de aplicarse las normas anteriores a su vigencia.

Plantea que con la promulgación de la Ley 238 de 1995, el legislador pretendió que los pensionados mantuvieran el poder adquisitivo de estas prestaciones, pudiendo optar por el régimen general o el especial según les resulte más favorable, es decir, se aplica el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 siempre y cuando redunde en beneficio del pensionado, en todo caso, indica que los docentes ya contaban con una norma que les garantizaba mantener el poder adquisitivo de la mesada, como lo es la Ley 71/88.

Reitera que con base en la Ley 812 de 2003 y el Acto Legislativo N° 01 de 2005, el régimen pensional de los docentes vinculados antes de promulgada esa norma está conformado por la Ley 91 de 1989 y las normas que la complementen, como la citada Ley 71/88, por lo que solo a los docentes vinculados luego de proferida la Ley 812/03 resulta viable aplicarles el ajuste del IPC previsto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993. De la misma manera, cuestiona que no se haya empleado el principio de favorabilidad, pues a su juicio, es claro que existen dos regímenes pensionales, uno general y aquel que cobija a los docentes.

En cuanto a los descuentos en salud sobre las mesadas pensionales, acota que estos deben ser del 5% y no del 12%, atendiendo lo dispuesto en las Sentencias T-348 de 1997, C-956 de 2001 y C-980 de 2002, por lo que considera que proceder en contravía de esta hermenéutica implica la creación de un tercer régimen o una disposición desfavorable para el docente.

**CONSIDERACIONES
DE LA
SALA DE DECISIÓN**

Pretende la parte actora la nulidad del acto administrativo con el cual se negó el reajuste periódico de la pensión de jubilación con base en el incremento anual del salario mínimo mensual legal vigente, atendiendo los dictados de la Ley 71 de 1988.

PROBLEMA JURÍDICO

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

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

(I)

AJUSTE PERIÓDICO DE LAS PENSIONES

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

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

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

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

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

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

Cuando se eleve el salario mínimo mensual legal más alto, se procederá como sigue: con una suma fija igual a la mitad de la diferencia entre el antiguo y el nuevo salario mínimo

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

mensual legal más alto, más una suma equivalente a la mitad del porcentaje que represente el incremento entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, esto último aplicado a la correspondiente pensión”.

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

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

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

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

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

Con la promulgación de la Ley 100 de 1993, se introdujo un cambio en el parámetro de aumento periódico de la mesadas pensionales, dependiendo del valor de la misma, pues una es la regla aplicable cuando la pensión es equivalente al valor del salario mínimo mensual legal vigente, y otra cuando

es superior a dicho guarismo. Al respecto, el artículo 14 de dicho esquema disposicional prevé:

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

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

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

² MP. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

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

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

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

“Ahora bien, en criterio de la parte demandante, la mesada de quienes se pensionaron con anterioridad al 1.º de abril de 1994 debe incrementarse en la forma prevista por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, esto es, en el mismo porcentaje en que se ajustaba el salario mínimo, afirmación frente a la cual debe indicarse que el hecho de que el porcentaje en el cual se reajusta la

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

pensión no sea un derecho adquirido, implica que el sistema definido por la Ley 100 de 1993 podía regular válidamente la proporción del aumento de la prestación, derogando el enunciado normativo que venía rigiendo hasta ese momento, tal y como lo admitió la Corte Constitucional en la sentencia C-110 de 1996, al señalar:

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

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

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

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

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

(...) Por lo tanto, se concluye que además de que la propia Constitución faculta al legislador a decidir, con autonomía política, de qué manera reajustar periódicamente el valor de las pensiones, de tal forma que no hay lugar aquí para la aplicación del principio de favorabilidad en materia laboral del que trata el

⁴ M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

artículo 53 superior, en todo caso los índices o referencias de actualización a los que acudió el legislador para actualizar las pensiones de forma diferenciada según su valor (IPC y SMLMV) tienen un origen, una explicación y unos propósitos diferentes, al mismo tiempo que se relacionan entre ellos de una forma particular.. (...)

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

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

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

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

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

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

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

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

Justamente, al referirse a dicho texto legal, tanto la Corte Constitucional como el supremo órgano de lo contencioso administrativo son contestes en aludir que el artículo 1 de la Ley 71 de 1988 ha de entenderse derogado por el canon 14 de la Ley 100/93, incluso, respecto a quienes obtuvieron su derecho pensional con anterioridad a aquella disposición, todo ello bajo el

entendido de que el porcentaje de incremento o reajuste pensional anual no constituye un derecho adquirido.

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

Ante este panorama, tampoco resulta de recibo el argumento relacionado con el principio de favorabilidad, pues existe una disposición expresa sobre la forma en la que proceden los aumentos pensionales, y la existencia de aumentos pensionales con base en el salario mínimo únicamente se justifica en el caso de las pensiones cuyo monto equivale a este salario.

CASO CONCRETO

En virtud de lo expuesto y abordados los pormenores del caso, resulta evidente que la pensión reconocida por el FNPSM a favor de la señora GLORIA DEISY PINZÓN GARCÍA supera con creces el valor del salario mínimo legal mensual vigente (la mesada pensional reconocida equivale a \$ 1'820.375 para 2015) /fl. 43 cdno. 1/, por lo que la entidad demandada, al negar el incremento pretendido al tenor del artículo 1 de la Ley 71 de 1988 se ajustó plenamente al ordenamiento jurídico, lo que derivaba en una decisión negativa frente a las pretensiones de la demanda, como en efecto ocurrió.

(II) 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 H. Corte Constitucional⁶ expresó:

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

⁶ Sentencia T-835 de 2014.

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, 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” /Resalta la Sala/.

Debe anotarse que esta preceptiva fue objeto de dos (2) 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 H. Consejo de Estado⁷, que en reciente oportunidad puntualizó lo siguiente:

“Del análisis de la normatividad referida [artículos 2 de la Ley 4 de 1966 y 8.5 de la Ley 91 de 1989 que tratan del descuento del 5% para el Fondo incluidas las mesadas adicionales], se evidencia que el legislador, sentó para todos los afiliados a la Caja Nacional

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

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, 8, 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

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

docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, es el mismo porcentaje del régimen general (...)”
/Subrayado del Tribunal/.

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

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 H. Consejo de Estado⁹ al abordar las pretensiones de devolución de aportes realizados sobre las mesadas adicionales de un pensionado afiliado al FNPSM:

⁹ Sentencia de 14 de septiembre de 2017.

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

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

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

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.

En conclusión, el acto demandado se ajusta a la legalidad en tanto dispone realizar los descuentos previstos expresamente en la Ley 91 de 1989 sobre las mesadas adicionales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de

Prestaciones Sociales del Magisterio, obligación que les asiste a los educadores por disposición de la norma en mención, y que no ha de entenderse suprimida, cesada o derogada por el hecho de que la Ley 812 de 2003 no haya reproducido de manera expresa dicho contenido.

Por ende, se confirmará la sentencia de primer grado.

COSTAS.

Se condenará en costas a la apelante, en virtud del supuesto previsto en el numeral 3 del artículo 365 del Código General del Proceso. Sin agencias en derecho en esta instancia por no haberse causado.

Por lo discurrido, el **Tribunal Administrativo de Caldas, SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia emanada del Juzgado 8º Administrativo del circuito de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por la señora **GLORIA DEISY PINZÓN GARCÍA** dentro del contencioso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM**.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante y a favor de la entidad demandada. Sin agencias en derecho en esta instancia.

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

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

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha,
según consta en Acta N° 031 de 2021.

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

17001-33-39-006-2018-00555-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, dos (02) de JULIO de dos mil veintiuno (2021)

S. 064

La Sala 4ª de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Caldas, conformada por los Magistrados AUGUSTO MORALES VALENCIA, quien la preside, AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN y PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA, procede a dictar sentencia de segundo grado por vía del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia emanada del Juzgado 6º Administrativo del circuito de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por la señora **AMANDA RAMOS DE AGUIRRE** dentro del contencioso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

ANTECEDENTES

PRETENSIONES DE LA PARTE ACTORA.

- I) Se declare la nulidad de la Resolución N° 8296-6 de 30 de octubre de 2017.
- II) Se declare que la parte actora pertenece al régimen exceptuado previsto en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, que su situación se halla cobijada por el régimen especial previsto para los docentes vinculados antes del 27 de junio de 2003, y por ende, que su pensión de jubilación debe ser reajustada anualmente con base en lo previsto en las Leyes 91 de 1989 y 71 de 1988.
- III) Se condene a la parte accionada a aplicar el porcentaje previsto en el artículo 8 ordinal 5° de la Ley 91 de 1989 para los descuentos en salud, equivalente al 5%, cesando los actuales aportes del 12%.

IV) Se disponga el reajuste pensional de manera retroactiva, aplicando lo previsto en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, esto es, con base en el incremento anual del salario mínimo y no el IPC.

V) Se reintegren las sumas que han sido descontadas de su mesada pensional, superiores al 5% de las mesadas de julio y diciembre.

VI) Se paguen a la parte demandante las diferencias resultantes entre la mesada pensional reajustada y la que actualmente recibe.

VII) Se indexen las sumas reconocidas, y se condene en costas y agencias en derecho a la demandada.

A título de pretensión subsidiaria, impetra que de llegar a considerarse por el Tribunal que su régimen pensional es el consagrado en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, se ordene reintegrar a favor del accionante lo descontado equivalente al 12% de las mesadas de junio y diciembre, se ordene cesar dichos aportes y se condene en costas a la accionada.

CAUSA PETENDI.

En síntesis, expresa lo siguiente:

- Se vinculó a la docencia oficial con anterioridad al 27 de junio de 2003, y al cumplir los requisitos de ley le fue reconocida pensión de jubilación, de la cual le han venido descontando el 12% de cada mesada pensional, incluidas las adicionales de junio y diciembre, con destino al sistema de salud.
- Pese a que en el acto de reconocimiento se dijo que el reajuste anual pensional se daría en virtud de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, dichos incrementos se han hecho conforme lo dispone el mandato 14 de la Ley 100 de 1993.
- Desde la promulgación de la Ley 100 de 1993, los incrementos anuales de las pensiones ordenados en el artículo 53 de la Carta Política vienen dándose

con la aplicación del Índice de Precios al Consumidor (IPC), según lo consagrado en el canon 14 de dicho dispositivo legal.

➤ Presentó solicitud ante la entidad demandada con el fin de que su pensión fuera incrementada conforme lo dispone el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, igualmente que el descuento con destino al sistema de salud se ajustara al 5% de cada mesada, peticiones negadas a través del acto demandado.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Se invocaron: Constitución Política, arts. 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29, 48, 53, 90, 121, 125 y 209 Ley 33 de 1985; Ley 91/89, art. 15, numeral 2 literal A; Ley 115 de 1994, art. 115; Ley 71/88, art. 1; Ley 238/95; Ley 100/93, art. 279; Ley 238 de 1995, art. 1; Ley 700 de 2011, art. 4; Ley 797 de 2003, art. 9; Ley 812 de 2003, art. 81; Ley 1151 de 2007, art. 160; Acto Legislativo 01 de 2005; Ley 1437 de 2011, art. 147.

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

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

Respecto a los aportes en salud y el monto que ha de ser descontado, acota que el FNPSM toma como excusa el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 para incrementar el porcentaje de cotización al sistema, sin atender las precisiones que deben hacerse dependiendo de la vinculación al servicio

docente. Agrega que con la aplicación de manera indistinta de normas generales y especiales, se ha creado un tercer régimen no previsto por el legislador, en contravía del postulado 53 Superior.

CONTESTACIÓN AL LIBELO DEMANDADOR.

La **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FNPSM**, no realizó pronunciamiento alguno en esta oportunidad procesal /archivo digital N° 5/.

El **DEPARTAMENTO DE CALDAS** /archivo digital N° 3/, formuló como excepciones las de ‘FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA’, fundamentada en que no le asiste competencia para el reconocimiento y pago de las prestaciones docentes, las cuales están en cabeza del FNPSM; ‘INAPLICABILIDAD DE LAS NORMAS QUE REGULAN LOS DESCUENTOS EN SALUD, RÉGIMEN DOCENTE E INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO’, por considerar que la parte actora está realizando una lectura errada para solicitar la devolución de los aportes; ‘BUENA FE’ atendiendo a que su actuación se ha ceñido a los postulados legales; y ‘PRESCRIPCIÓN’, con base en los Decretos 3135 de 1968 y 1838 de 1969.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Jueza 6ª Administrativa de Manizales dictó sentencia negando las pretensiones de la parte actora en los términos que pasan a compendiarse.

Como fundamento de la decisión negativa, la funcionaria judicial refirió que si bien en su redacción original la Ley 91/89 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.

Acota que en un principio las Leyes 42/82, 43/84 y el Decreto 1073/02 prohibían los descuentos sobre las mesadas adicionales, la Ley 812 no derogó

la Ley 91/89 en cuanto dispone que los docentes, regulados por esa norma especial, sí son sujetos de aportes sobre las mesadas adicionales. En este sentido, menciona que la Ley 812/03 regula un tema no previsto en la Ley 100/93, 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.

Al abordar los pormenores del caso, estimó que dada la fecha de vinculación al servicio público de educación de la demandante, la gobiernan las normas que expresamente permiten efectuar descuentos sobre las mesadas adicionales.

Luego, respecto de la pretensión relativa al incremento anual de la pensión, acudió a los artículos 14 y 279 de la Ley 100 de 1993 que regula el reajuste periódico de las pensiones; y abordando los pormenores del caso, explicó que no le asiste razón al demandante, pues con la expedición de la Ley 100 de 1993, quedaron sin efectos las disposiciones contrarias, como el artículo 1º de la Ley 71 de 1988 y con respecto de la violación del principio de favorabilidad, concluyó que solo aplica en caso de vacíos normativos o tratamientos distintos en casos iguales, lo cual no aplica en el caso.

EL RECURSO DE SEGUNDO GRADO.

Mediante memorial que constituye el PDF N° 9 del expediente escaneado, la parte demandante impugnó la sentencia de primera instancia, centrando su desacuerdo con la decisión en los puntos que a continuación se relacionan.

Expresa que la sentencia de primer grado desconoce la supremacía constitucional y la prevalencia de las normas especiales sobre las generales, en la medida que el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, aún vigente para un grupo de docentes, circunscribe el aumento del valor de las pensiones al incremento del salario mínimo mensual legal vigente. En este sentido, desestima el argumento según el cual ese artículo haya sido sustituido por el canon 14 de

la Ley 100 de 1993, pues a los docentes vinculados antes de la Ley 812 de 2003 como es su caso, han de aplicarse las normas anteriores a su vigencia.

Plantea que con la promulgación de la Ley 238 de 1995, el legislador pretendió que los pensionados mantuvieran el poder adquisitivo de estas prestaciones, pudiendo optar por el régimen general o el especial según les resulte más favorable, es decir, se aplica el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 siempre y cuando redunde en beneficio del pensionado, en todo caso, indica que los docentes ya contaban con una norma que les garantizaba mantener el poder adquisitivo de la mesada, como lo es la Ley 71/88.

Reitera que con base en la Ley 812 de 2003 y el Acto Legislativo N° 01 de 2005, el régimen pensional de los docentes vinculados antes de promulgada esa norma está conformado por la Ley 91 de 1989 y las normas que la complementen, como la citada Ley 71/88, por lo que solo a los docentes vinculados luego de proferida la Ley 812/03 resulta viable aplicarles el ajuste del IPC previsto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993. De la misma manera, cuestiona que no se haya empleado el principio de favorabilidad, pues a su juicio, es claro que existen dos regímenes pensionales, uno general y aquel que cobija a los docentes.

En cuanto a los descuentos en salud sobre las mesadas pensionales, acota que estos deben ser del 5% y no del 12%, atendiendo lo dispuesto en las Sentencias T-348 de 1997, C-956 de 2001 y C-980 de 2002, por lo que considera que proceder en contravía de esta hermenéutica implica la creación de un tercer régimen o una disposición desfavorable para el docente.

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

Pretende la parte actora la nulidad del acto administrativo con el cual se negó el reajuste periódico de la pensión de jubilación con base en el incremento anual del salario mínimo mensual legal vigente, atendiendo los dictados de la Ley 71 de 1988.

PROBLEMA JURÍDICO

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

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

(I)

AJUSTE PERIÓDICO DE LAS PENSIONES

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

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

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades

para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“ARTÍCULO 14. REAJUSTE DE PENSIONES. Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se

reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario por el Gobierno.” /Resaltado del Tribunal/.

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

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

(...) Así las cosas, no le asiste razón al demandante, pues no es posible afirmar con certeza cuál de los dos sistemas podría resultar más benéfico para el pensionado, ya que ello dependerá del comportamiento que presente cada uno de esos factores a través del tiempo, de manera que habrá ocasiones en que el índice

² MP. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

de precios al consumidor sea superior al porcentaje en que se incremente el salario mínimo, y en otras, éste sea inferior a aquél, o pueden existir casos en que los dos sean iguales.

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

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

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

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

la Corte Constitucional en la sentencia C-110 de 1996, al señalar:

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

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

De acuerdo con lo anterior, el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 sí es aplicable a quienes les fue reconocida la pensión antes del 1.º de

abril de 1994 y no el definido por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, toda vez que esta última quedó derogada por aquella” /Subrayas fuera del texto/.

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

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

(...) Por lo tanto, se concluye que además de que la propia Constitución faculta al legislador a decidir, con autonomía política, de qué manera reajustar periódicamente el valor de las pensiones, de tal forma que no hay lugar aquí para la aplicación del principio de favorabilidad en materia laboral del que trata el artículo 53 superior, en todo caso los índices o referencias de actualización a los que acudió el

⁴ M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

legislador para actualizar las pensiones de forma diferenciada según su valor (IPC y SMLMV) tienen un origen, una explicación y unos propósitos diferentes, al mismo tiempo que se relacionan entre ellos de una forma particular.. (...)

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

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

“ARTÍCULO 1o. Adiciónese al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, con el siguiente parágrafo: (...)”

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

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

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

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

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

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

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

Ante este panorama, tampoco resulta de recibo el argumento relacionado con el principio de favorabilidad, pues existe una disposición expresa sobre la forma en la que proceden los aumentos pensionales, y la existencia de aumentos pensionales con base en el salario mínimo únicamente se justifica en el caso de las pensiones cuyo monto equivale a este salario.

CASO CONCRETO

En virtud de lo expuesto y abordados los pormenores del caso, resulta evidente que la pensión reconocida por el FNPSM a favor de la señora AMANDA RAMOS DE AGUIRRE supera el valor del salario mínimo legal mensual vigente (la mesada pensional reconocida equivale a \$ 1'042.199 para el año 2008) /fl. 41 cdno. 1/, por lo que la entidad demandada, al negar el incremento pretendido al tenor del artículo 1 de la Ley 71 de 1988 se ajustó plenamente al ordenamiento jurídico, lo que derivaba en una decisión negativa frente a las pretensiones de la demanda, como en efecto ocurrió.

(II) 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 H. Corte Constitucional⁶ expresó:

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

⁶ Sentencia T-835 de 2014.

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, 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”
/Resalta la Sala/.

Debe anotarse que esta preceptiva fue objeto de dos (2) 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 H. Consejo de Estado⁷, que en reciente oportunidad puntualizó lo siguiente:

“Del análisis de la normatividad referida [artículos 2 de la Ley 4 de 1966 y 8.5 de la Ley 91 de 1989 que tratan del descuento del 5% para el Fondo incluidas las mesadas adicionales], se evidencia que el legislador, sentó para todos los afiliados a la Caja Nacional forzosos y voluntarios e incluidos los pensionados la

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

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, 8, 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

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

Magisterio, es el mismo porcentaje del régimen general (...)”
/Subrayado del Tribunal/.

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

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 H. Consejo de Estado⁹ al abordar las pretensiones de devolución de aportes realizados sobre las mesadas adicionales de un pensionado afiliado al FNPSM:

⁹ Sentencia de 14 de septiembre de 2017.

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

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

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

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.

En conclusión, el acto demandado se ajusta a la legalidad en tanto dispone realizar los descuentos previstos expresamente en la Ley 91 de 1989 sobre las

mesadas adicionales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, obligación que les asiste a los educadores por disposición de la norma en mención, y que no ha de entenderse suprimida, cesada o derogada por el hecho de que la Ley 812 de 2003 no haya reproducido de manera expresa dicho contenido.

Por ende, se confirmará la sentencia de primer grado.

COSTAS.

Se condenará en costas a la apelante, en virtud del supuesto previsto en el numeral 3 del artículo 365 del Código General del Proceso. Sin agencias en derecho en esta instancia por no haberse causado.

Por lo discurrido, el **Tribunal Administrativo de Caldas, SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia emanada del Juzgado 8º Administrativo del circuito de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por la señora **AMANDA RAMOS DE AGUIRRE** dentro del contencioso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante y a favor de la entidad demandada. Sin agencias en derecho en esta instancia.

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

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

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha,
según consta en Acta N° 031 de 2021.

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

17-001-33-33-003-2018-00558-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, dos (02) de JULIO de dos mil veintiuno (2021)

S. 063

La Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, conformada por los Magistrados AUGUSTO MORALES VALENCIA, quien la preside, AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN y PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA, procede a dictar sentencia de segundo grado por vía del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia emanada del Juzgado 3º Administrativo del circuito de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por la señora **LUZ MILA GARCÍA DE VALENCIA** dentro del contencioso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

ANTECEDENTES

PRETENSIONES DE LA PARTE ACTORA.

- I) Se declare la nulidad de la Resolución N° 6453-6 de 24 de julio de 2018, y la nulidad parcial de la Resolución N° 1170 de 29 de junio de 1993, y se declare así mismo que los descuentos con destino al sistema de salud no operan tratándose de las mesadas de junio y diciembre.
- II) Se reintegren a la demandante los dineros cobrados en exceso, correspondientes a las mesadas adicionales de junio y diciembre.
- III) Se indexen las sumas reconocidas y se condene en costas a la accionada.

CAUSA PETENDI.

En síntesis, expresa que la entidad demandada a través de la fiduciaria ha venido descontando el 12% de las mesadas pensionales con destino al sistema de salud, incluyendo las mesadas adicionales de junio y diciembre, por lo que solicitó a la entidad demandada la aplicación de la Ley 91 de 1989 en cuanto a los descuentos con destino al sistema de salud y la devolución de las sumas pagadas en exceso, siéndole negada a través del acto demandado.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Se invocaron las siguientes disposiciones: Constitución Política, arts. 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29, 48, 53, 90, 121, 125 y 209; Ley 71/88, art. 1; Ley 33/85; ley 91/89, art. 15, num. 2 lit a); Ley 115/94, art. 115; Ley 100/93, art. 279; Ley 238/95, art. 1; Ley 700/01, art. 4; Ley 797/03; Ley 812/03, art. 81; Ley 1151/07, art. 160; Acto Legislativo N° 01 de 2005, arts. 1 y 2.

Como juicio de la infracción, expresa en suma que los docentes afiliados al FNPSM no se hallan obligados a pagar los aportes en salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, además, la entidad demandada por una vía de hecho surgida de una indebida aplicación normativa introduce una situación de desigualdad, aplicando normas del régimen general a uno especial.

CONTESTACIÓN AL LIBELO DEMANDADOR.

La **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FNPSM**, se pronunció de forma oportuna, oponiéndose a las pretensiones del libelo demandador, manifestando en suma que las Leyes 100 de 1993 y 812 de 2003 modificaron el porcentaje de cotización en salud establecido otrora para los docentes en la Ley 91 de 1989, y que dichas normas no prohíben que tales descuentos se efectúen sobre las mesadas adicionales. Como excepciones, propuso las que denominó ‘**COBRO DE LO NO DEBIDO**’, fundada en que los descuentos con destino al sistema de salud se hacen de conformidad con el marco legal que

les es propio; ‘PRESCRIPCIÓN’, con base en el Decreto 3135 de 1968; e ‘INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN’, reiterando que los aportes se hacen de acuerdo con el marco legal.

EL **DEPARTAMENTO DE CALDAS** también se pronunció dentro de la oportunidad legal, en oposición a las pretensiones de la parte demandante, para lo cual indica que la función de esa entidad territorial en relación con las prestaciones sociales de los docentes se circunscribe a tareas operativas, como lo es recibir y radicar las peticiones de los educadores, proyectar el acto de reconocimiento y enviarlo para su aprobación a la entidad fiduciaria que administra el fondo de prestaciones de los profesores.

Plantea como excepciones las de ‘FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA’, porque carece de competencia para efectuar el reconocimiento de derechos pretendido por la parte actora; ‘INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY’, que se explica porque ese ente no tiene incidencia en la decisión de reconocimiento prestacional; ‘BUENA FE’, pues el departamento siempre se ha apegado a los postulados legales de reconocimiento de prestaciones; y la ‘GENÉRICA’.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez 3° Administrativo de Manizales dictó sentencia negando las súplicas de la parte demandante.

En primer lugar, el operador judicial concluyó que de acuerdo con las normas que regulan el reconocimiento prestacional de los docentes, se ha decantado de manera suficiente que el FNPSM es el competente para el efecto, por lo que declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el DEPARTAMENTO DE CALDAS.

Por otra parte, refirió que si bien en su redacción original la Ley 91/89 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.

Acota que en un principio las Leyes 42/82, 43/84 y el Decreto 1073/02 prohibían los descuentos sobre las mesadas adicionales, la Ley 812 no derogó la Ley 91/89 en cuanto dispone que los docentes, regulados por esa norma especial, sí son sujetos de aportes sobre las mesadas adicionales. En este sentido, menciona que la Ley 812/03 regula un tema no previsto en la Ley 100/93, 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.

EI RECURSO DE SEGUNDO GRADO

La parte demandante presentó su oposición al fallo de primera instancia con el escrito de folios 104 a 117 del cuaderno principal.

Expresa su desacuerdo aduciendo que dada la fecha de su vinculación como docente, su régimen pensional es el previsto en la Ley 91 de 1989, dentro de cuyo análisis ha de circunscribirse el derecho que le asiste a que no se le hagan descuentos sobre las mesadas adicionales, pues los docentes vinculados bajo ese régimen normativo conservan los beneficios que les habían sido otorgados antes del proceso de nacionalización de la educación.

Respecto a los descuentos con destino al sistema de salud, acude a apartados de las Sentencias T-348/97, C-956 de 2001 y C-980 de 2002, y concluye que no es posible crear un tercer régimen que es desfavorable a los docentes, más aun cuando existe una ley que regula la situación y que no permite analogías.

**CONSIDERACIONES
DE LA
SALA DE DECISIÓN**

Pretende por modo la parte actora se declare la nulidad de las Resoluciones N° 6453-6 de 24 de julio de 2018, y 1170 de 29 de junio de 1993, y en consecuencia, cesen los descuentos con destino al sistema de salud, realizados sobre las mesadas adicionales (junio y diciembre), además, se restituyan aquellas sumas que han sido objeto de dichos aportes.

PROBLEMA JURÍDICO

Atendiendo a la postura erigida en el recurso de apelación y a lo decidido en primera instancia, el problema jurídico a resolver en el presente asunto se contrae a la dilucidación del siguiente interrogante:

- *¿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?*

**(I)
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 H. Corte Constitucional¹ 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 la sentencia C-1000 de 2007, la Corte reiteró la posición de la obligación de cotizar al Sistema, señalada en la C-548 de 1998 y sobre los aportes que deben efectuar los pensionados señaló:

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

En conclusión todo pensionado debe contribuir a la sostenibilidad y eficiencia del sistema General de Salud, no sólo para recibir los distintos beneficios, sino para financiar el sistema en su conjunto, colaborando con sus aportes a la

¹ Sentencia T-835 de 2014.

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, 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”
/Resalta la Sala/.

Debe anotarse que esta preceptiva fue objeto de dos (2) 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 H. Consejo de Estado², que en reciente oportunidad puntualizó lo siguiente:

“Del análisis de la normatividad referida [artículos 2 de la Ley 4 de 1966 y 8.5 de la Ley 91 de 1989 que tratan del descuento del 5% para el Fondo incluidas las mesadas adicionales], se evidencia que el legislador, sentó para todos los afiliados a la Caja Nacional forzosos y voluntarios e incluidos los pensionados la

² Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda -Subsección B- Consejero ponente: César Palomino Cortés-, diez (10) de mayo de dos mil dieciocho (2018) - Radicación número: 68001-23-31-000-2010-00624-01(0340-14)

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, 3, 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

³ Corte Constitucional. Sentencia C-529 de 23 de junio de 2010

Magisterio, es el mismo porcentaje del régimen general (...)”
/Subrayado del Tribunal/.

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

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 H. Consejo de Estado⁴ al abordar las pretensiones de devolución de aportes realizados sobre las mesadas adicionales de un pensionado afiliado al FNPSM:

⁴ Sentencia de 14 de septiembre de 2017.

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

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

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

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, sobre la aplicación de 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 mantenerse el régimen prestacional del que eran sujetos (art. 15), 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 conclusión, le asiste razón al juez de primera instancia, en tanto las normas en cita 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.

Así las cosas, se confirmará el fallo apelado.

COSTAS.

Se condenará en costas en segunda instancia a la parte actora a favor de la demandada, según lo regulado en el artículo 365 numeral 3 del CGP. Sin agencias en derecho en esta instancia por no haberse causado.

Por lo discurrido, el **Tribunal Administrativo de Caldas, SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia emanada del Juzgado 3º Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por la señora **LUZ MILA GARCÍA DE VALENCIA** dentro del contencioso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

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

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

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

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según consta en Acta N° 031 de 2021.

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Maqistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

17-001-33-39-006-2018-00626-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, dos (02) de JULIO de dos mil veintiuno (2021)

S. 066

La Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, conformada por los Magistrados AUGUSTO MORALES VALENCIA, quien la preside, AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN y PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA, procede a dictar sentencia de segundo grado por vía del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia emanada del Juzgado 6º Administrativo del circuito de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por la señora **MARGARITA AGUDELO CASTAÑO** dentro del contencioso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

ANTECEDENTES

PRETENSIONES DE LA PARTE ACTORA.

- I) Se declare la nulidad de la Resolución N° 6354-6 de 24 de julio de 2018 y la nulidad parcial de la Resolución N° 4031 de 30 de junio de 2009.
- II) Condenar a las demandadas por los perjuicios causados a la parte actora 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.
- III) Se indexen las sumas reconocidas y se condene en costas a las accionadas.

CAUSA PETENDI.

En síntesis expresa lo siguiente:

- En el acto administrativo de reconocimiento de la pensión ordinaria de jubilación, las entidades llamadas por pasiva 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).
- La parte accionante solicitó ante el 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 los actos demandados.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Se invocaron las siguientes disposiciones: 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.

Como juicio de la infracción, expresa en suma 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, señala que 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 al respecto.

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.

CONTESTACIÓN AL LIBELO DEMANDADOR.

La **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FNPSM**, se pronunció con memorial obrante en el PDF N° 17, oponiéndose a las pretensiones del libelo demandador, para lo cual indica que de acuerdo con lo establecido en la Ley 91 de 1989, los docentes afiliados al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO deben aportar con destino al sistema de salud sobre un 5% de cada una de las mesadas, incluidas las adicionales. Agrega que si bien el monto de la cotización sufrió un aumento en virtud de la Ley 812 de 2003, ciñéndolo a las prescripciones de la Ley 100 de 1993, ello no implica que dichos aportes no puedan hacerse sobre las mesadas adicionales.

Como excepciones, planteó las denominadas ‘INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO’, basada en que los descuentos sobre la mesada pensional se han ajustado a las normas legales; y la ‘GENÉRICA’.

EL **DEPARTAMENTO DE CALDAS** no hizo pronunciamiento en esta etapa.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Jueza 6° Administrativa de Manizales dictó sentencia negando las súplicas de la parte demandante (PDF N° 30).

Como fundamento de la decisión negativa, la funcionaria judicial refirió que si bien en su redacción original la Ley 91/89 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.

Acota que en un principio las Leyes 42/82, 43/84 y el Decreto 1073/02 prohibían los descuentos sobre las mesadas adicionales, la Ley 812 no derogó la Ley 91/89 en cuanto dispone que los docentes, regulados por esa norma especial, sí son sujetos de aportes sobre las mesadas adicionales. En este sentido, menciona que la Ley 812/03 regula un tema no previsto en la Ley

100/93, 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.

Al abordar los pormenores del caso, estimó que dada la fecha de vinculación al servicio público de educación de la demandante, la gobiernan las normas que expresamente permiten efectuar descuentos sobre las mesadas adicionales.

EI RECURSO DE SEGUNDO GRADO

La parte demandante presentó su oposición al fallo de primera instancia (PDF N° 34).

Expresa su desacuerdo aduciendo que el fallo desconoce que la Ley 91/89 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 1° 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.

Alude seguidamente a una providencia del H. Consejo de Estado¹ referida a la prima de servicios que devengaban algunos docentes nacionalizados, con base en la cual sostiene 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 3135/68, 1848/69 y 1045/78 no contemplan los descuentos con destino al sistema de salud para las mesadas adicionales.

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

Menciona que su postura ha sido avalada por diversos tribunales del país, que han entendido que la Ley 100/93 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, acusa 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.

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

Pretende por modo la parte actora, cesen los descuentos con destino al sistema de salud, realizados sobre las mesadas adicionales (junio y diciembre), además, se restituyan aquellas sumas que han sido objeto de dichos aportes.

PROBLEMA JURÍDICO

Atendiendo a la postura erigida en el recurso de apelación y a lo decidido en primera instancia, el problema jurídico a resolver en el presente asunto se contrae a la dilucidación del siguiente interrogante:

- ***¿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?***

(I)
**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 H. 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:

² Sentencia T-835 de 2014.

“(…) 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, 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”
/Resalta la Sala/.

Debe anotarse que esta preceptiva fue objeto de dos (2) 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 H. Consejo de Estado³, que en reciente oportunidad puntualizó lo siguiente:

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

6.2. Afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

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

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

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

	<i>distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.</i>
--	--

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

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

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 H. 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.” /Subraya el Tribunal/.

⁵ Sentencia de 14 de septiembre de 2017.

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 fueron materia de estudio por el órgano de cierre de esta jurisdicción.

CASO CONCRETO

Se encuentra acreditado lo siguiente:

- ❖ Mediante la Resolución N° 4031 de 30 de julio de 2009 el FNPSM reconoció una pensión de jubilación a favor de la señora MARGARITA AGUDELO CASTAÑO, ordenando además el descuento del 12.5% de cada mesada pensional de conformidad con las Leyes 812/03, 1122/07 y 1250/08 (PDF N° 4).

- ❖ El 4 de julio de 2018 la actora AGUDELO CASTAÑO solicitó la devolución de los dineros descontados con destino al sistema de salud de las mesadas adicionales, siéndole negada esta petición a través de la Resolución N° 6454-6 de 24 de julio de 2018 (PDF N° 5).

En conclusión, 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.

Así las cosas, se confirmará el fallo apelado.

COSTAS.

Se condenará en costas en segunda instancia a la parte actora a favor de la demandada, según lo regulado en el artículo 365 numeral 3 del CGP. Sin agencias en derecho en esta instancia por no haberse causado.

Por lo discurrido, el **Tribunal Administrativo de Caldas, SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia emanada del Juzgado 6º Administrativo del circuito de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por la señora **MARGARITA AGUDELO CASTAÑO** dentro del contencioso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

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

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

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

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según consta en Acta N° 031 de 2021.

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-
Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.: 115

Asunto: Sentencia de segunda instancia
Medio de control: Reparación Directa
Radicación: 17001-33-33-001-2014-00030-03
Demandantes: Óscar Elid Ruiz Rivera y otros
Demandado: Instituto Nacional de Vías (INVIAS)

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n° 032 del 2 de julio de 2021

Manizales, dos (2) de julio de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, corresponde a esta Sala de Decisión desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del veintiséis (26) de noviembre de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las súplicas de la demanda dentro del proceso de reparación directa promovido por el señor Óscar Elid Ruiz Rivera y otros contra el Instituto Nacional de Vías – INVIAS².

ANTECEDENTES

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 27 de enero de 2014 (fls. 37 a 48, C.1), se solicitó lo siguiente:

Pretensiones

1. Que se declare administrativamente responsable a la entidad accionada por los perjuicios causados a la parte demandante como consecuencia de las lesiones sufridas por el señor Óscar Elid Ruiz Rivera, ocurridas el

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, INVIAS.

7 de diciembre de 2011 en accidente de tránsito en la vía Riosucio – Barrio Las Mercedes, sector Alto Fundadores, en el tramo Cauya – La Pintada.

2. Que como consecuencia de la anterior declaración, se condene a la entidad demandada al pago de los siguientes perjuicios a favor de cada uno de los demandantes, en la siguiente proporción:

DEMANDANTE	CALIDAD EN QUE CONCURRE	PERJUICIOS MORALES (s.m.l.m.v.)	PERJUICIOS MATERIALES (Lucro Cesante)	DAÑO A LA VIDA DE RELACIÓN (s.m.l.m.v.)
Óscar Elid Ruiz Rivera	Víctima	50	\$56'857.146,52	50
Adriana Patricia Chaurra	Compañera permanente	40	-	30
María Ismaelina Rivera Ramírez	Madre	40	-	-

3. Que en todo caso los montos que se reconozcan por los perjuicios señalados correspondan a aquellos que se acrediten en el proceso, atendiendo los principios de reparación integral y equidad.
4. Que se condene en costas y agencias en derecho a la entidad demandada.
5. Que se ordene a la parte accionada dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 y concordantes del CPACA.

Hechos

La parte accionante sustentó sus pretensiones bajo los siguientes supuestos de hecho (fls. 38 y 39, C.1), que en resumen indica la Sala.

1. Los señores Óscar Elid Ruiz Rivera y Adriana Patricia Chaurra son compañeros permanentes, toda vez que conviven bajo un mismo techo desde hace 7 años.
2. El señor Óscar Elid Ruiz Rivera es hijo de la señora María Ismaelina Rivera Ramírez.

3. El 7 de diciembre de 2011, aproximadamente a las 7:30 p.m., el señor Óscar Elid Ruiz Rivera sufrió un accidente en área urbana del Municipio de Riosucio, concretamente en la carretera central, vía Riosucio – Barrio Las Mercedes, sector Alto Fundadores.
4. El día de los hechos, el señor Óscar Elid Ruiz Rivera se movilizaba en una motocicleta en dirección Supía – Riosucio, por la carretera central (troncal de occidente) que corresponde al tramo Cauya – La Pintada, código 2508, cuando en el sector de Alto Fundadores **advirtió un hueco en la vía que no tenía señalización**, y al tratar de esquivarlo, chocó con un camión que transitaba en sentido contrario, ocasionándose lesiones de consideración.
5. Las lesiones sufridas por el señor Óscar Elid Ruiz Rivera le ocasionaron una pérdida de capacidad laboral del 41.45% establecida por COLPENSIONES.
6. Como consecuencia de las lesiones causadas, la parte actora ha sufrido perjuicios inmateriales y materiales:
 - a) El señor Óscar Elid Ruiz Rivera ha experimentado dolor y tristeza por las consecuencias del accidente; ha visto afectadas sus condiciones de vida, en tanto está limitado en actividades cotidianas y placenteras, ya que tiene dificultades para caminar (lo hace con muletas), debe dormir casi sentado y con su pierna en cojines, no se puede agachar, depende de alguien para secarle sus pies, ponerle las medias y zapatos, debe comer en la cama para tener su pierna estirada, y no pudo volver a montar bicicleta.
 - b) La señora Adriana Patricia Chaurra ha sufrido igualmente por las lesiones de su compañero, y también ha visto afectada su calidad de vida y condiciones de existencia, en la medida en que debe ayudar a su pareja en las actividades diarias y estar pendiente de él.
 - c) La señora María Ismaelina Rivera Ramírez ha experimentado dolor, angustia, ansiedad y tristeza por la condición de su hijo.
7. Para el momento de presentación de la demanda, el señor Óscar Elid Ruiz Rivera labora en EMPOCALDAS.

Fundamentos de derecho

Como fundamento jurídico de la demanda, la parte actora invocó el contenido de las siguientes disposiciones: Constitución Política de Colombia: preámbulo y artículos 1, 2, 6, 12, 13 y 90; Ley 446 de 1998; CPACA; y demás normas concordantes y complementarias.

Sostuvo simplemente que la existencia de un hueco en la vía que no tenía señalización y que obligó al señor Óscar Elid Ruiz Rivera a esquivarlo, fue la causa del accidente sufrido y, por ende, de las lesiones causadas y de los perjuicios reclamados.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Dentro del término legal conferido para tal efecto y obrando debidamente representado, el INVIAS contestó la demanda para oponerse a las pretensiones de la parte actora (fls. 119 a 153, C.1), aduciendo que las posibles causas del daño no le son imputables a la entidad sino a la misma víctima, pues la vía se encontraba en buenas condiciones y señalizada.

Manifestó que como los señores Óscar Elid Ruiz Rivera y Adriana Patricia Chaurra declararon su unión marital de hecho a partir del 26 de febrero de 2014, es desde esta fecha que se entiende que son compañeros permanentes para todos los efectos legales y patrimoniales, lo cual implica que para el momento del accidente que generó esta demanda, la citada señora no estaba legitimada por activa para reclamar los presuntos perjuicios.

Expuso que la vía estaba debidamente señalizada, advirtiendo a los usuarios de la misma sobre los arreglos que se estaban haciendo en ese lugar, tal como consta en las fotografías aportadas con la demanda, en las que se observa la presencia de bombones y cinta reflectiva que cerraban el lugar para que se adelantaran los trabajos.

Sostuvo que la vía tiene señalización horizontal consistente en línea de borde blanca lateral y línea doble blanca continua en el centro de la carretera, lo que significa que no podían realizarse maniobras de sobrepaso en ambos sentidos viales o invadir el carril contrario, como sucedió en este caso.

Afirmó que el accidente y las consecuencias de éste son atribuidas al señor Óscar Elid Ruiz Rivera, pues fue imprudente en la conducción de su vehículo al desconocer la señalización que se encontraba en la vía y al manejar con exceso de velocidad, pese a que la carretera estaba húmeda por la lluvia y esto le exigía reducir a 30 km por hora su velocidad, conforme lo prevé el artículo 74 del Código Nacional de Tránsito.

Señaló que no obstante la reducción de la calzada por los trabajos que se realizaban en la carretera, había suficiente capacidad vial para que la motocicleta transitara sin ningún tipo de inconveniente y sin invadir el carril contrario, tal como se extrae del croquis levantado, en el que además se deja constancia de las excelentes condiciones geométricas y de señalización de la vía.

Cuestionó que el informe de tránsito no precisara la causa del accidente, que no estableciera las condiciones de seguridad, de frenos, de dirección, de luces y de llantas de la motocicleta para el momento del hecho, y que no hubiese remitido al accionante a una institución hospitalaria para la práctica de la prueba de alcoholemia, todo lo cual se exige en el artículo 149 del Código Nacional de Tránsito.

Indicó que para la época de los acontecimientos, la vía Cauyá – La Pintada era objeto de mantenimiento y conservación, tal como dan cuenta los contratos de obra y de interventoría suscritos con dicho objeto.

Reprochó igualmente que el agente de tránsito no hubiera fijado exactamente la vía en la que ocurrieron los hechos, lo que impide no sólo tener certeza acerca del lugar donde se produjo el accidente sino de si la carretera estaba a cargo del INVIAS.

Propuso como excepciones, las que denominó: “(...) **CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA** (sic)”, como quiera que las causas del accidente fueron el exceso de velocidad con el que iba el señor Óscar Elid Ruiz Rivera, así como el desconocimiento por parte de éste de las normas de tránsito dispuestas en la vía y que además anunciaban trabajos en el sector; “(...) **FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA**”, por cuanto para la época de los hechos, la señora Adriana Patricia Chaurra no ostentaba la calidad de compañera permanente del señor Óscar Elid Ruiz Rivera; “(...) **CULPA EXCLUSIVA DE UN TERCERO**”, pues de llegar a acreditarse eventualmente que la vía no se encontraba en las condiciones requeridas para su tránsito o que no contaba con la señalización adecuada, deben entrar a responder no sólo las sociedades con las cuales el INVIAS suscribió contratos de obra y de interventoría para el mejoramiento y mantenimiento del corredor vial en el que se presentó el accidente, sino también la aseguradora Ace Seguros S.A.; y además la Empresa Municipal de Servicios de Aseo (EMSA) ESP, para la cual prestaba sus servicios el camión con el cual chocó el accionante; “(...) **INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD POR PARTE DEL INSTITUTO NACIONAL DE VIAS** (sic)”, en virtud a que el accidente ocurrió por la imprudencia, imprevisibilidad y actuar temerario

del señor Óscar Elid Ruiz Rivera; *“INDETERMINACIÓN DEL LUGAR EN EL QUE OCURRIERON LOS HECHOS”*, pues el informe de accidente aportado no tiene punto de referencia ni kilómetro para precisar el sector en el que ocurrió el hecho; y *“(…) GENÉRICA”*, frente a cualquier otra excepción que se llegare a probar en el proceso.

LLAMAMIENTOS EN GARANTÍA

El INVIAS llamó en garantía a las sociedades Ingenieros Constructores e Interventores ICEIN S.A.S., Geotecnia y Cimentaciones S.A.S., y Restrepo Uribe Ltda., así como a la aseguradora Ace Seguros S.A. y a EMSA (fls. 1 a 5, C.2).

Con auto del 22 de abril de 2015 (fls. 46 y 47, C.2), el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales rechazó los llamamientos en garantía formulados por el INVIAS.

LA SENTENCIA APELADA

El 26 de noviembre de 2018, el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia en el asunto de la referencia (fls. 281 a 295, C.1.1), a través de la cual negó las pretensiones de la demanda, de conformidad con las siguientes consideraciones.

Inicialmente declaró no probada la excepción propuesta por el INVIAS en relación con la supuesta falta de legitimación en la causa por activa respecto de la señora Adriana Patricia Chaurra, por considerar que aun cuando la unión marital de hecho entre ella y el señor Óscar Elid Ruiz Rivera se declaró mediante escritura pública del 26 de febrero de 2014, lo cierto es que en la misma se estipuló que aquellos convivían en unión libre, permanente e ininterrumpida desde el 3 de noviembre de 2007, esto es, con anterioridad a la fecha de los hechos por los cuales se reclaman perjuicios.

A continuación, hizo alusión al régimen de responsabilidad del Estado por falla en el servicio, así como a las funciones asignadas al INVIAS en punto no sólo a la construcción y mantenimiento de vías sino también a la señalización de las mismas.

Indicó que el daño aducido en la demanda se encuentra acreditado, toda vez que existe prueba de que el 7 de diciembre de 2011, el señor Óscar Elid Ruiz Rivera sufrió lesiones como consecuencia de un accidente de tránsito, que le ocasionaron una pérdida de capacidad laboral del 41.45%, así como perjuicios inmateriales.

En relación con la existencia de un hecho u omisión imputable al INVIAS, el Juzgado de primera instancia refirió que los testimonios recaudados en el proceso dieron cuenta de que el día del accidente, la vía se encontraba delimitada y parcialmente ocupada por bombones con cinta, cubriendo un hueco que estaba siendo tapado. Acotó que los testigos manifestaron que existía señalización horizontal, vertical y preventiva tanto del angostamiento de la vía como del trabajo que se realizaba en el carril.

Expuso que las fotografías aportadas con la demanda coinciden con lo expuesto por los testigos, y en las mismas se observa además humedad y neblina, que también fueron circunstancias reconocidas por los declarantes.

Con base en lo anterior, el Juez consideró que la causa del accidente no fue la indebida señalización alegada por la parte actora, pues se constató la existencia de señales de tránsito preventivas de carácter horizontal y vertical, así como transitorias de advertencia de peligros y trabajos en la vía.

Manifestó que las señales referidas obligaban al conductor a reducir la velocidad entre un 30 y 10% para realizar alguna maniobra de forma segura, lo que significa que de haberse acatado la señalización, se hubieran disminuido las probabilidades de un accidente en las proporciones acaecidas.

Precisó que para el caso concreto no se exigía la señalización a través de banderas y paletas, pues ésta se aplica cuando un carril de una vía está completamente en desuso, a diferencia de los delineadores tubulares que se utilizan en caso de cierre parcial del carril, como efectivamente sucedió en este asunto.

Señaló que el demandante en el interrogatorio de parte afirmó que por la neblina no vio la señalización sino faltando aproximadamente 10 metros, por lo que para no chocar con los delineadores tubulares maniobró hacia el centro de la vía y ahí se encontró de frente con el camión.

Adujo que conforme a la versión del mismo demandante y a la del conductor del camión, la víctima del hecho transitaba aproximadamente a 40 km por hora, pese al estado climático, lo que permite inferir que de haber conducido a menor velocidad y tener el cuidado necesario para realizar la maniobra, no hubiera pasado el accidente.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada por el Juez *a quo*, actuando dentro del término legal, la parte demandante interpuso recurso de apelación contra el fallo de primera instancia (fls. 248 a 253, C.1.1), por los motivos que se exponen en seguida.

Manifestó que, contrario a lo afirmado por el Juzgado de primera instancia, la señalización existente en el lugar donde ocurrieron los hechos no era adecuada o suficiente, razón por la cual se produjo el accidente.

En efecto, indicó que no puede tomarse como señalización aquella denominada “*horizontal*” y que está dispuesta sobre el asfalto, toda vez que la misma sólo prohíbe el adelantamiento pero no da cuenta ni advierte sobre la existencia de peligro por trabajos, deficiencias u obstáculos en la calzada.

Sostuvo que la señal vertical de curva pronunciada a la izquierda tampoco advierte sobre obstáculos o deficiencias en la vía que impidan el tránsito por un determinado carril; a lo cual se suma que se encontraba dispuesta en el carril contrario por el que transitaba el actor en su motocicleta.

En cuanto a la señal de reducción de carril, expuso que además de que no es visible en el punto en que fue ubicada, la misma no cumple su propósito de advertir la proximidad de la reducción del ancho de la calzada, pues no estaba puesta antes sino en el punto mismo de reducción o luego de superado.

Adujo que la supuesta señalización transitoria consistente en los delineadores tubulares no cumplía lo establecido en el Código Nacional de Tránsito, pues los ubicados en el lugar corresponden más bien a guaduas con base de cemento, que no tenían color naranja y no permitían ser vistas en la noche, más aún en las condiciones de lluvia y neblina en las que se encontraba el día de ocurrencia del accidente.

Sostuvo que no está acreditado que la velocidad a la que se desplazaba la motocicleta fuera excesiva, y menos aún que ésta fuera la causa del accidente. Precisó que de lo que sí hay prueba es de que el demandante se encontró intempestivamente con el obstáculo, lo que sucedió por ausencia de señalización antes del riesgo a prevenir, y que por esa razón y ante la noche lluviosa y con neblina, se vio abocado a hacer la maniobra que le generó las lesiones.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante (fls. 24 a 32, C.4)

La parte actora intervino para reiterar los argumentos del recurso de apelación.

Instituto Nacional de Vías – INVIAS (fls. 9 a 23, C.4)

Insistió en los planteamientos expuestos en la contestación de la demanda y los alegatos de primera instancia, con base en lo cual reiteró que la vía estaba en excelente estado de mantenimiento, conservación y señalización para el día de los hechos, por lo que el accidente se causó por exceso de velocidad del conductor de la motocicleta, que invadió además el carril contrario, bajo los efectos del alcohol y sin respetar las señales de tránsito ubicadas en el lugar. Por lo anterior, solicitó confirmar la providencia recurrida y declarar probadas todas las excepciones propuestas por la entidad demandada.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no emitió concepto en este asunto.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Reparto. Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 17 de enero de 2019, y allegado el 11 de febrero del mismo año al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (fl. 2, C.4).

Admisión y alegatos. Por auto del 28 de febrero de 2019 se admitió el recurso de apelación (fl. 3, C.4); posteriormente se corrió traslado para alegatos (fl. 6, ibídem), derecho del cual hicieron uso ambas partes (fls. 9 a 23 y 24 a 32, C.4). El Ministerio Público no intervino en esta oportunidad.

Paso a Despacho para sentencia. El 22 de julio de 2019 el proceso ingresó a Despacho para sentencia (fl. 33, C.4), la que se dicta en seguida, atendiendo el orden de ingreso del respectivo proceso para tales efectos.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

Problema jurídico

De conformidad con los supuestos de hecho y de derecho planteados en la demanda, la Sala estima que el problema jurídico en el presente asunto se contrae a resolver los siguientes interrogantes:

- *¿Se acreditó la inexistencia o deficiencia de señalización en la vía Riosucio – Barrio Las Mercedes, sector Alto Fundadores, tramo Cauya – La Pintada, que diera cuenta sobre la presencia de un montículo de tierra para el 7 de diciembre de 2011?*
- *De ser así lo anterior, ¿la inexistencia o deficiencia de señalización vial constituye la causa eficiente y necesaria del accidente de tránsito con ocasión del cual el señor Óscar Elid Ruiz Rivera resultó lesionado? O, por el contrario, ¿la conducta de la víctima o el hecho de un tercero influyeron de manera determinante y exclusiva en la causación del daño antijurídico que se dice padecido por los demandantes?*
- *En caso de que se configure responsabilidad estatal, ¿procede el reconocimiento de los perjuicios alegados por los demandantes?*

Para resolver la controversia planteada, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** elementos generales de responsabilidad del Estado; **ii)** régimen de responsabilidad aplicable en los eventos de daños derivados de la ausencia o deficiencia en la señalización de una vía pública; y **iii)** acreditación de los elementos del régimen de responsabilidad en el caso concreto.

1. Elementos generales de la responsabilidad

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas, norma que le sirve de fundamento al actual artículo 140 del CPACA que consagra el medio de control de reparación directa, cuyo ejercicio dio origen al presente proceso y que establece la posibilidad que tiene el interesado de demandar la reparación del daño cuando su causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de un inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa.

La responsabilidad del Estado puede surgir en virtud de diversos títulos de imputación tales como la falla del servicio, el daño especial, o la denominada teoría del riesgo, los cuales obedecen a diversas situaciones en las que el

Estado, a través de sus autoridades, está llamado a responder por la producción de un daño antijurídico.

Atendiendo el título de imputación aplicable en cada caso, se constatará la existencia de los siguientes elementos que estructuran la responsabilidad de la administración pública por sus hechos u omisiones; aspectos éstos que conviene dilucidar a manera de exordio.

La jurisprudencia y la doctrina, a partir de las sucesivas reformas constitucionales y legales que se han dado en Colombia, han señalado que para deducir la responsabilidad de la administración pública por sus hechos u omisiones, deben reunirse tres condiciones:

Como primer elemento de la responsabilidad pública, el *daño o perjuicio* por el cual se reclama la indemnización debe tener la característica de ser resarcible, indemnizable, teniendo en cuenta que no todos lo son; algunos perjuicios no son resarcibles por parte de quien los ocasiona, como sucede cuando la persona que los padece está obligada a asumir las consecuencias en virtud del mandato legal o constitucional, impuesto en función del interés general, cuando éste prima sobre el interés individual.

El *hecho de la administración* se concreta en una actuación u omisión de los agentes del Estado, cuando obran u omiten obrar en ejercicio de sus funciones públicas, es decir, en representación de la administración, salvo cuando se configura lo que en la doctrina y jurisprudencia se conoce como la *falta personal del agente*, caso en el cual, responde el empleado total o parcialmente por los perjuicios derivados del hecho.

Finalmente entre la acción u omisión y el perjuicio debe mediar una *relación de causalidad*, lo cual impone al actor el deber de demostrar que el perjuicio provino exactamente de las actuaciones u omisiones de la administración, con un nexo de causa a efecto, el que se rompe, como también lo ha dicho la jurisprudencia, cuando se prueba una causa extraña a la administración en la producción del daño, como la culpa de la propia víctima, el hecho de un tercero o una circunstancia de fuerza mayor o caso fortuito.

Por regla general, corresponde a la parte demandante la comprobación plena de los hechos de su demanda, en los términos del artículo 167 del CGP, es decir, de los tres elementos que permiten deducir la responsabilidad.

2. Régimen de responsabilidad aplicable en los eventos de daños derivados de la ausencia o deficiencia en la señalización de una vía

pública

Para definir el régimen de responsabilidad aplicable al caso concreto es necesario remitirse al texto mismo de la demanda y a la manera en la cual se estructuraron las imputaciones relacionadas con la responsabilidad extracontractual de la administración; ello no obstante la aplicación del aforismo jurídico “*venite ad factum, iura novit curia*” (dame los hechos, el Juez dará el Derecho), que significa que en materia de acciones de reparación directa se permite al Juez de la causa acudir al régimen de responsabilidad que más se ajuste a los hechos que dan origen al proceso, sin que se esté limitado a lo expuesto por el actor o los sujetos procesales³.

Las imputaciones jurídicas de la demanda realizadas contra las entidades accionadas aluden a la omisión en la señalización del contraflujo que fue dispuesto en el puente alterno al puente Jorge Leyva con dirección Villamaría – Manizales, que a la postre permitió la colisión de la motocicleta en la que se transportaba el señor Óscar Elid Ruiz Rivera con un vehículo tipo taxi que iba en sentido contrario.

Conforme a las condiciones descritas en la *causa petendi*, considera este Tribunal que el asunto debe definirse con fundamento en el régimen de responsabilidad por falla en el servicio, criterio de imputación que además de haber sido insinuado en la demanda, procede frente a supuestos en los cuales se analiza la responsabilidad del Estado como consecuencia de la producción de daños en cuya ocurrencia ha sido determinante el deficiente funcionamiento del servicio, porque no funcionó cuando ha debido hacerlo, o lo hizo de manera tardía o equivocada⁴.

Aunado a lo anterior, la misma Alta Corporación ha determinado que para que se pueda establecer la imputabilidad al Estado por los daños sufridos por las deficiencias u omisiones en la señalización de vías públicas, es indispensable demostrar la falla en el servicio consistente en la omisión por parte de la administración en el cumplimiento de sus deberes de vigilancia y control respecto de la realización de obras públicas y del tránsito en las vías, con el fin de prevenir los riesgos que con ellos se generen⁵. En efecto, señaló:

³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia del 14 de agosto de 2008. Radicación número: 47001-23-31-000-1995-03986-01(16413).

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Dr. Ramiro Saavedra Becerra. Sentencia del 16 de agosto de 2007. Radicado número: 41001-23-31-000-1993-07585-01(30114).

⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Sentencia del 6 de julio de 2006. Radicado número: 19001-23-31-000-1993-06001-01(15001).

(...)

Específicamente en cuanto a los daños antijurídicos originados en la omisión, defectuosa o tardía señalización de las vías públicas, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha insistido siempre que solamente se indemnizan cuando se han producido por la falla en el servicio probada de la administración. En efecto, han sido frecuentes los casos en los que la omisión o la indebida señalización constituyen la causa del daño indemnizable, para lo cual es determinante el análisis concreto de las circunstancias de modo, tiempo y lugar. A manera de ejemplo, se tienen los casos en que la Sala debió analizar si el deslizamiento intempestivo de tierras exigía la adopción inmediata de señales preventivas⁶, o si es indemnizable el daño generado por la omisión de medidas preventivas que informen cambios transitorios en las vías públicas⁷, o si es indispensable, para efectos de no generar responsabilidad del Estado, la señalización de sitios de alto riesgo⁸, o si es exigible la señalización de vías en reparación⁹, o si constituye una falla en el servicio la simple indicación, con señales rudimentarias, de obstáculos en la vía pública¹⁰.

Así las cosas, es claro que para derivar la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado por las deficiencias u omisiones en la señalización de vías públicas es indispensable demostrar, a más del daño antijurídico y el nexo causal, la falla en el servicio consistente en el desconocimiento de los deberes de la administración de vigilar la realización de las obras públicas, controlar el tránsito en calles y carreteras y prevenir los riesgos que con ellos se generan.

(...). (Líneas fuera del texto).

Así pues, procede resolver la cuestión en estudio con base en el régimen de falla probada del servicio, conforme al cual deben acreditarse por la parte

⁶ Cita de cita: En la sentencia del 13 de febrero de 2003, expediente 12.509, la Sala concluyó la responsabilidad de la administración porque la causa eficiente y determinante del accidente de tránsito no fue el deslizamiento de tierras sino la falla en el servicio de señalización de zona en riesgo.

⁷ Cita de cita: En la sentencia del 8 de noviembre de 2001, expediente 12.820, la Sala condenó a la administración por la muerte de un niño que conducía una bicicleta y no advirtió que, por un evento cultural, el sentido de las calles de su barrio fue modificado transitoriamente sin que las autoridades de tránsito adopten las medidas preventivas del caso.

⁸ Cita de cita: En la sentencia del 5 de diciembre de 2005, expediente 14.536, se analizó la pretensión de indemnización de daños ocurridos por el desprendimiento de la banca en una carretera nacional.

⁹ Cita de cita: Sentencia del 4 de septiembre de 2003, expediente 11.615. En esa ocasión se condenó a la administración por la lesión de un conductor de una volqueta que rodó al abismo en una vía en reparación y no existían señales preventivas.

¹⁰ Cita de cita: Sentencia del 6 de septiembre de 2001, expediente 13.232 y 15.646 acumulados. En esa ocasión, se probó la muerte de un joven que conducía, en las horas de la noche, una motocicleta que tropezó con un hueco ubicado en el carril derecho de una vía intermunicipal. Las autoridades que adelantaban obras en esa vía habían colocado telas rojas y artefactos para anunciar el riesgo, pero ninguno de ellos cumplía con los requisitos de las señales preventivas señalados en la ley.

actora los presupuestos que permitan endilgar responsabilidad a las entidades enjuiciadas.

3. Elementos del régimen de responsabilidad por falla en el servicio. Acreditación en el caso concreto

Teniendo en cuenta las consideraciones expuestas anteriormente, los presupuestos que permiten endilgar responsabilidad a una entidad demandada se concretan en el daño antijurídico sufrido por el interesado, la conducta anormal de la administración, y finalmente, una relación de causalidad entre esta última y aquél, es decir, la comprobación de que el daño se produjo como consecuencia de la falla del servicio; aspectos cuya configuración en el *sub examine* se analizan a continuación.

1.1 El daño

En relación con la noción de daño, como primer requisito del proceso de determinación de la responsabilidad que le pueda caber a la entidad enjuiciada, la Sala observa que ese concepto se distingue del referido al perjuicio, entendido el primero como el hecho o situación objetiva verificable con los sentidos, que lesiona de manera definitiva un derecho o interés lícito o altera su goce pacífico; el segundo corresponde al menoscabo patrimonial subjetivo sufrido por la víctima del daño y como consecuencia directa de este, que comporta su faz indemnizable¹¹. Esa misma postura ha sido adoptada por el Consejo de Estado¹².

Es preciso recordar que en el ordenamiento jurídico colombiano, a partir de la

¹¹ Antaño la Corte Suprema de Justicia afirmó que “(...) el daño, considerado en sí mismo, es la molestia, el detrimento ocasionado a una persona en su cuerpo, en su espíritu o en su patrimonio, al tiempo que el perjuicio es el menoscabo patrimonial que resulta como consecuencia del daño; y la indemnización es el resarcimiento, la reparación, la satisfacción o pago del perjuicio que el daño ocasionó”. Sala de Negocios Generales, 13 de diciembre de 1943, M.P. Dr. Cardozo Gaitán.

¹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 30 de marzo de 2011. Consejero Ponente: Dr. Enrique Gil Botero. Exp. 20001-23-31-000-1998-03813-01(18451). Ver también sentencia del 19 de octubre de 2011, de la misma Corporación y Sección, con ponencia de la Dra. Olga Mélida Valle de De La Hoz. En la primera providencia, el Alto Tribunal expuso: “(...) es necesario reiterar que el daño antijurídico es el primer elemento de la responsabilidad, y una vez verificada su configuración, se debe determinar si es imputable o no a la entidad demandada, como quiera que aquél es requisito indispensable de la obligación de reparar. En ese orden de ideas, el daño, en su aspecto objetivo, debe ser entendido como la lesión de un derecho, interés o atributo de la persona, sin que exista la necesidad de relacionarlo con la actividad que lo causó, pues es una entidad fenoménica u ontológica que lejos de estar relacionado con el deber ser de las cosas, es un dato objetivo apreciable por los sentidos y, por consiguiente, una entidad natural. De allí que, la mera ocurrencia del daño y su nota de antijuricidad es el presupuesto indispensable que genera el deber de reparar. (...) La labor del juez, en principio, se reduce simple y llanamente a la constatación del daño como entidad, como violación a un interés legítimo, esto es, como fenómeno, como dato objetivo o de conocimiento dado por la experiencia, luego, aquél asume una posición axial frente al mismo, lo que imprime el sello de antijurídico o jurídico, y una vez estructurado éste, comprobar la posibilidad de imputación o no, a la entidad demandada”.

promulgación de la Constitución Política de 1991, no basta la demostración de la ocurrencia del daño puro y simple para exigir del Estado la obligación de repararlo, sino que se exige que el mismo sea calificado como antijurídico¹³.

La antijuridicidad del daño representa, entonces, la ausencia del deber jurídico de soportarlo por parte de quien lo sufre. Ahora, el daño antijurídico, a efectos de que sea indemnizable, requiere que esté cabalmente estructurado, por tal motivo se torna imprescindible que se acrediten los aspectos relacionados con la lesión o detrimento cuya reparación se reclama, a saber: **i)** debe ser antijurídico, esto es, que la persona no tenga el deber jurídico de soportarlo, como se indicó; **ii)** que se lesione un derecho, bien o interés protegido legalmente por el ordenamiento; **iii)** que sea cierto, es decir, que se pueda apreciar material y jurídicamente, de manera que no puede limitarse a una mera conjetura o alea.

En el caso que convoca la atención del Tribunal, según lo expuesto en la demanda y de conformidad con el material probatorio aportado al proceso, el daño alegado por la parte actora se concreta en las lesiones sufridas por el señor Óscar Elid Ruiz Rivera en hechos ocurridos el 7 de diciembre de 2011 alrededor de las 7:30 p.m., en la carretera central vía Riosucio – Las Mercedes, sector Alto Fundadores. De ello da cuenta lo siguiente:

- El Informe Policial de Accidentes de Tránsito del 7 de diciembre de 2011 (fls. 3 y 4, C.1), indicó que en la citada fecha, en la carretera central vía Riosucio – Las Mercedes, sector Alto Fundadores, alrededor de las 7:30 p.m., se presentó un choque de dos vehículos, uno tipo volqueta de servicio público y el otro tipo motocicleta en la que transitaba como conductor el señor Óscar Elid Ruiz Rivera, el cual resultó herido.
- Según consta en la atención médica prestada al señor Óscar Elid Ruiz Rivera por el Hospital Departamental San Juan de Dios de Riosucio (fls. 215 a 219, C.1.1) y el Hospital Departamental Santa Sofía de Caldas (fls. 13 a 15, C.1), el paciente ingresó el 7 de diciembre de 2011 a las 7:40 p.m. con diagnóstico de desarticulación parcial de pierna izquierda con lesión vascular, por lo cual fue remitido a tercer nivel de atención, en el que fue hospitalizado con diagnóstico de fractura abierta de fémur y tibia y trauma en antebrazo izquierdo, indicándose que había ingresado por presentar luxofractura de rodilla izquierda grado IIIB al chocar con una volqueta, frente a lo cual se le realizó una artodesis de rodilla con fijador de transporte más acortamiento con resección de tibia proximal.

¹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 22 de junio de 2001. Consejera Ponente: Dra. María Elena Giraldo Gómez. Rad. 05001-23-25-000-1992-3233-01(13233).

- Conforme a dictamen de pérdida de capacidad laboral efectuado por COLPENSIONES (fls. 16 y 17, C.1), se asignó al señor Óscar Elid Ruiz Rivera una calificación de 41.45%.

Se halla pues acreditado el daño a que se refiere la demanda, de la manera descrita en la prueba documental antes referida; lo cual también fue corroborado por la prueba testimonial recaudada.

1.2 Falla en el servicio

Habida cuenta que la imputación realizada por la parte demandante alude a la omisión en el cumplimiento del deber legal de señalización vial, procede esta Sala de Decisión a establecer primeramente la existencia de un contenido obligacional a cargo de la entidad accionada en esta materia, para luego determinar, con base en las pruebas allegadas, si se configuró la falla invocada.

1.2.1 Deber de mantenimiento, conservación y señalización vial. Existencia de una obligación legal o reglamentaria

Los artículos 16 y 19 de la Ley 105 de 1993, “*Por la cual se dictan disposiciones básicas sobre el transporte, se redistribuyen competencias y recursos entre la Nación y las Entidades Territoriales, se reglamenta la planeación en el sector transporte y se dictan otras disposiciones*”, establecieron lo siguiente en relación con las vías departamentales y su conservación:

ARTÍCULO 12. DEFINICIÓN DE INTEGRACIÓN DE LA INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE A CARGO DE LA NACIÓN.

Se entiende por infraestructura del transporte a cargo de la Nación, aquella de su propiedad que cumple la función básica de integración de las principales zonas de producción y de consumo del país, y de éste con los demás países. Esta infraestructura está constituida por:

1. La red nacional de carreteras, con sus zonas, facilidades, y su señalización, que se define de acuerdo con los siguientes criterios:

a. Las carreteras cuyos volúmenes de tránsito sean superiores a aquellas que sirven hasta un 80% del total de la red vial de carreteras.

b. Las carreteras con dirección predominante sur-norte, denominadas troncales, que inician su recorrido en las fronteras internacionales y terminan en los puertos del Atlántico o en fronteras internacionales.

c. Las carreteras que unen las troncales anteriores entre sí, denominadas transversales, cuyo volumen de tránsito esté justificado, según el contenido del literal a, que comuniquen con los países limítrofes o con los puertos de comercio internacional.

d. Las carreteras que unen las capitales de departamento con la red conformada con los anteriores criterios, de acuerdo con su factibilidad técnica y económica, esta conexión puede ser de carácter intermodal.

e. Las vías para cuya construcción se ha comprometido el Gobierno Nacional con gobiernos extranjeros mediante convenios o pactos internacionales.

Con el propósito de que se promueva la transferencia de las vías que están hoy a cargo de la Nación hacia los departamentos, el Ministerio de Transporte adoptará los mecanismos necesarios para que la administración, conservación y rehabilitación de esas vías, se pueda adelantar por contrato.

Las carreteras nacionales podrán convertirse en departamentales a petición del departamento respectivo, si este demuestra la capacidad para su rehabilitación y conservación.

(...)

Artículo 19º.- Construcción y conservación. *Corresponde a la Nación y a las Entidades Territoriales la construcción y la conservación de todos y cada uno de los componentes de su propiedad, en los términos establecidos en la presente Ley.*

En relación con el deber de mantenimiento, conservación y señalización de las vías públicas para evitar accidentes, el Consejo de Estado ha advertido lo siguiente:

La seguridad de la circulación en las vías públicas, no puede estar comprometida u obstaculizada por situaciones anormales, que en eventos como el de autos, constituyen una trampa mortal para los usuarios de las mismas. Significa lo anterior que además de construir carreteras adecuadas a los requerimientos del tráfico y mantenerlas en buen estado, la administración tiene el deber primario de ejercer el control, en cuanto al cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias que ordenan su señalización y advierten los peligros. (...)

En síntesis, para establecer la imputación del daño en eventos como el referido en la demanda, ha de tenerse en cuenta que tratándose de la construcción, mantenimiento, o recuperación de vías, la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños que puedan sufrir los particulares que transiten por las mismas, se deduce cuando se acredita que tales daños fueron causados como

consecuencia del incumplimiento del deber de adoptar las medidas necesarias y eficaces tendientes a prevenir a las personas sobre la existencia de esos riesgos a fin de que éstas puedan adoptar las medidas necesarias para evitarlos¹⁴.

En materia de señalización vial, resultan aplicables las normas que sobre el particular trae el Código Nacional de Tránsito, así como el Manual de Señalización Vial – Dispositivos Uniformes para la Regulación del Tránsito en Calles, Carreteras y Ciclorrutas de Colombia, adoptado por el Ministerio de Transporte a través de Resolución nº 0001885 del 17 de junio de 2015. Lo anterior, como quiera que, de un lado, constituye la reglamentación oficial en materia de señalización vial, irrestricta para cualquier autoridad¹⁵, y de otro, la realización de trabajos sobre la malla vial definitivamente se encuentra a cargo del propietario de la vía o de quien deba hacer su mantenimiento, lo que de contera implica el sometimiento a la señalización que sobre el particular haya dispuesto el ordenamiento jurídico.

Se observa entonces que en los eventos en que se desarrollen labores de mantenimiento y trabajos en la vía evidentemente existe un deber legal de señalización vial como medida para mantener el tránsito vehicular, implementando las señales y dispositivos que trae el Manual de Señalización Vial para facilitar el flujo y mantener informados y prevenidos a los usuarios de la vía.

1.2.2 Hechos acreditados

Con base en los elementos materiales probatorios allegados al expediente, y en aras de establecer si el daño padecido por la parte accionante es antijurídico y puede ser atribuido a la entidad demandada, procede esta Sala de Decisión a reseñar las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon los hechos que dieron origen a esta demanda y que se encuentran acreditados en el expediente.

1.1 Identificación de la vía, propiedad de la misma y entidad competente de su mantenimiento y señalización

Determinar con exactitud las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que acaecieron los hechos que se imputan a la entidad demandada exige

¹⁴ Cita de cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de octubre de 2007, exp. 16058, C.P. Enrique Gil Botero; sentencia de 25 de agosto de 2011, exp. 20133, C.P. Gladys Agudelo Ordóñez, entre otras.

¹⁵ Resolución nº 0001885 del 17 de junio de 2015: “**ARTÍCULO 3. Responsabilidad de aplicación.** Toda entidad pública o persona natural o jurídica que desarrolle la actividad de señalización vial, deberá ceñirse estrictamente a lo establecido en el citado Manual”.

establecer primeramente y con certeza la vía sobre la cual ocurrió el accidente que dio origen a esta demanda.

Como se indicó en el acápite del daño, la vía en la que sucedieron los hechos por los cuales se demanda al INVIAS fue identificada en el Informe Policial de Accidentes de Tránsito como la carretera central vía Riosucio – Las Mercedes, sector Alto Fundadores.

Obra en el expediente Oficio DT-CAL 72694 del 26 de diciembre de 2013 (fl. 20, C.1), con el cual el Director Territorial Caldas del INVIAS informa a la parte actora que la carretera Cauya – La Pintada, código 2508, es una vía nacional de primer orden y se encuentra a cargo del INVIAS.

Aun cuando la parte demandada alega que existe una indeterminación de la vía en la que se generó el daño por el que aquí se demanda, lo cierto es que tal manifestación no encuentra respaldo en el mismo material probatorio aportado y solicitado por el INVIAS.

En efecto, el personal de mantenimiento vial que rindió testimonio en este proceso constató no sólo la realización de labores en el sector donde se accidentó el señor Óscar Elid Ruiz Rivera, como más adelante se precisará, sino además que laboraban para el contratista encargado del mejoramiento y mantenimiento integral de la ruta Cerritos – Medellín del corredor vial de occidente (incluido el mantenimiento rutinario, la señalización, el monitoreo y vigilancia y los conteos de tránsito, ruta 25, tramo 2507, 2508 y 2509), cuyo contrato fue aportado por el INVIAS.

Así las cosas, considera la Sala que se encuentra plenamente establecida la vía donde ocurrió el accidente de tránsito, con ocasión del cual sufrió lesiones el señor Óscar Elid Ruiz Rivera.

1.2 Características generales de la vía para el 7 de diciembre de 2011

Atendiendo lo indicado en el Informe Policial de Accidentes de Tránsito del 7 de diciembre de 2011 (fls. 3 y 4, C.1), así como lo expuesto por algunos de los testigos que rindieron declaración en este asunto¹⁶, se acreditó que la vía aquí referida era recta, pendiente, con bermas, de doble sentido, con una calzada y dos carriles, en asfalto y con mala iluminación artificial.

¹⁶ Jesús Antonio Díaz Díaz (minuto 36:04 a 52:03 del audio contenido en el CD obrante a folio 239, C.1.1), Gustavo de Jesús Díaz Taborda (minuto 1:34:50 a 1:56:45 del audio contenido en el CD obrante a folio 239, C.1.1) y William Alberto Mantilla Taborda (minuto 35:05 a 41:07 del audio contenido en el archivo 04 del expediente digital y minuto 1:34:50 a 1:56:45 del audio contenido en el CD obrante a folio 239, C.1.1).

1.3 Existencia de un obstáculo (hueco y montículo de tierra) en la vía para el 7 de diciembre de 2011

Según las pruebas arrimadas al expediente, se encuentra demostrado que para el 7 de diciembre de 2011, existía un hundimiento en la carretera a que se ha hecho referencia, que abarcaba no sólo la berma sino también parte de la vía; y que para repararlo, se había dispuesto un montículo de tierra que igualmente ocupaba parte de la calzada.

Así quedó señalado no sólo en el Informe Policial de Accidentes de Tránsito (fls. 3 y 4, C.1), sino también en el registro fotográfico aportado por la parte actora; todo lo cual concuerda con lo manifestado por algunos de los testigos que rindieron declaración en este proceso:

- Nelson Augusto Guevara Díaz¹⁷ sostuvo que el día del accidente se desplazaba a pie hacia la casa de su novia que queda por el sector, y se dio cuenta que había ocurrido un accidente hacía 5 minutos. Señaló que al lado contrario de donde pasó el accidente, esto es, al frente del lugar donde quedó ubicada la volqueta, había un montículo de tierra que llevaba mucho tiempo sobre la vía. Manifestó que INVIAS le hacía mantenimiento seguido a la carretera pero en el sitio del montículo no los vio trabajando.
- Marco Fidel Sánchez Gutiérrez¹⁸, conductor de la volqueta con la cual chocó el accionante, aseguró que en el carril por el cual venía la motocicleta había “una pila de tierra” que hacía muchos días estaba ahí. Precisó que la carretera era buena, que la vía la mantenían muy bien organizada, pero afirmó no saber por qué razón exacta estaba el montículo, aunque cree que se debía a que estaban haciendo un trabajo en un hueco. Manifestó que el montículo estaba un poco salido a la orilla del carril izquierdo, por lo que quien se desplazara en ese sentido, tenía que esquivarlo.
- Jesús Antonio Díaz Díaz¹⁹, encargado de hacer mantenimiento en la vía, explicó que en el sector el mantenimiento es excelente, e indicó que el obstáculo que había era por un hueco, del cual no sabe cuánto tiempo estuvo allí.

¹⁷ Minuto 1:50 a 15:44 del audio contenido en el CD obrante a folio 239, C.1.1.

¹⁸ Minuto 16:07 a 36:00 del audio contenido en el CD obrante a folio 239, C.1.1.

¹⁹ Minuto 36:04 a 52:03 del audio contenido en el CD obrante a folio 239, C.1.1.

- Edgar Antonio Trejos Moreno²⁰, perteneciente al equipo de mantenimiento en la vía, afirmó que había un obstáculo consistente en un hueco al lado de la carretera, y aunque aseguró que sobre la vía no había ningún obstáculo, luego precisó que estaba sobre la vía al lado de ésta, tal como figura en el croquis. Informó que el hueco llevaba aproximadamente una semana y que tenía una profundidad de 1.50 cm. aproximadamente.
- José Donosor Durán Bartolo²¹, encargado de hacer mantenimiento en la vía, explicó que el obstáculo era un hundimiento de la carretera, el cual estuvo varios días ahí, a un lado de la vía. Preciso que el obstáculo no ameritaba que se cerrara el carril porque el hundimiento no ocupaba mucho de la vía y estaba a la orilla de la misma.
- Gustavo de Jesús Díaz Taborda²², quien laboraba con el equipo de mantenimiento en la vía, indicó que efectivamente había un hueco en la vía, al lado izquierdo de la misma. Explicó que el montículo de tierra estaba en el lugar porque con él estaba llenándose el hueco. Afirmó que el montículo estaba fuera de la vía a un costado, cerca del hueco, y que no obstruía la carretera. Sostuvo que el carril no estaba cerrado completamente, pues el obstáculo no ameritaba que se cerrara, en la medida en que quedaba espacio para que los vehículos transitaran. Preciso que el hueco tocaba parte de la vía, pero no toda ni mucho, porque lo que más ocupaba era en la cuneta.
- William Alberto Mantilla Taborda²³, agente de tránsito que atendió el accidente ocurrido, manifestó que sobre la vía había un hueco, que ocupaba el carril derecho en dirección Supía – Anserma, en un 40% o 60% más o menos de la mitad de la calzada, o parte de la mitad de la calzada.
- José Isnardo Arandia Betancur²⁴ aseguró tener conocimiento de un hueco en la vía, porque pasó por ahí y vio que estaban unos *“tacos de guadua incrustados en el hueco”*, el cual recalco que estuvo por un tiempo aproximado de 6 meses.

²⁰ Minuto 52:10 a 1:09:15 del audio contenido en el CD obrante a folio 239, C.1.1.

²¹ Minuto 52:10 a 1:09:15 del audio contenido en el CD obrante a folio 239, C.1.1.

²² Minuto 1:34:50 a 1:56:45 del audio contenido en el CD obrante a folio 239, C.1.1.

²³ Minuto 35:05 a 41:07 del audio contenido en el archivo 04 del expediente digital y minuto 1:34:50 a 1:56:45 del audio contenido en el CD obrante a folio 239, C.1.1.

²⁴ Minuto 3:40 a 9:26 del audio contenido en el archivo 04 del expediente digital.

- Yadinson Ríos Torres²⁵ indicó que para el 7 de diciembre de 2011 acudió al lugar de los hechos, por cuanto es amigo del señor Óscar Elid Ruiz Rivera y le informaron que éste había sufrido un accidente en Riosucio. Afirmó entonces que se movilizó desde Supía y que cuando llegó al sitio, a su amigo ya se lo habían llevado para el hospital y la moto la habían dejado en un parqueadero. Manifestó que vio a la volqueta parqueada y que observó la presencia de un hueco grande junto a un barranco, que se había llevado parte del asfalto. Acotó que la vía estaba muy mal para transitar.
- Gustavo Antonio Colorado Corrales²⁶ manifestó conocer la existencia de un hueco en la vía, pues vivía para ese entonces a 15 metros de allí. Expuso que como para esa época era representante de la comunidad, en dicha calidad hizo unas denuncias por la presencia del hueco que se ocasionó por una filtración de agua y que estaba afectando la parte interior de la carretera. Explicó que esa filtración estaba afectando todas las viviendas aledañas, incluyendo la del testigo. Afirmó que en vista de eso, varios vecinos elevaron petición no sólo a Planeación Municipal sino al INVIAS para que se resolviera la filtración de aguas que estaba afectando la calle 15. Indicó que ese problema, esto es, el hueco y la filtración, llevaba aproximadamente mes y medio o 2 meses. Preciso que en un principio, INVIAS envió a personal de mantenimiento para que trabajaran en el sitio, pero que después los removió a otra vía.

Adicional a lo anterior, en las fotografías aportadas por la parte actora (fls. 32 a 36, C.1), se aprecia que sobre la vía existe un cerramiento hecho con delineadores tubulares de color naranja fluorescente con franjas retrorreflectivas blancas sobre soportes en cemento y rodeados por cinta amarilla, un montículo de tierra que ocupa casi la mitad del carril, no se advierten huecos en el asfalto ni en el espacio sobrante luego del cerramiento.

1.4 Señalización en general de la vía y en particular del obstáculo (hueco y montículo de tierra) para el 7 de diciembre de 2011

Sobre la existencia o no de señalización en la vía y además de señalización que informara la presencia del obstáculo antes referido, en el expediente obran las siguientes pruebas:

²⁵ Minuto 9:27 a 21:18 del audio contenido en el archivo 04 del expediente digital.

²⁶ Minuto 21:19 a 35:04 del audio contenido en el archivo 04 del expediente digital.

- En el Informe Policial de Accidentes de Tránsito del 7 de diciembre de 2011 (fls. 3 y 4, C.1), el agente de tránsito William Alberto Mantilla Taborda indicó en relación con las características de la vía, la existencia de la siguiente señalización:

(...)

SEÑALES:

PARE	☐	☐
CEDA EL PASO	☐	☐
NO GIRE	☐	☐
SENTIDO VIAL	☐	☐
NO ADELANTAR	☐	☐
VELOCIDAD	☒	☐
OTRA _____	☐	☐
NINGUNA	☐	☐

DEMARCACIÓN:

ZONA PEATONAL	☐	☐
LIBRE DE PARE	☐	☐
LÍNEA CENTRAL	☒	☐
LÍNEA DE BORDE	☒	☐
LÍNEA DE CARRIL	☐	☐
OTRA _____	☐	☐
REDUCTOR VEL.	☐	☐
NINGUNA	☐	☐

- En el testimonio rendido por el agente de tránsito William Alberto Mantilla Taborda²⁷, manifestó que el hueco que tenía la vía y que estaban reparando estaba señalizado con “*ciertas estacas cercadas con cinta*”. Aunque sostuvo no recordar qué otra señal había, indicó que de haber existido, quedó plasmada en el croquis.

Aunque afirmó que no sabía precisar cuál era el límite máximo de velocidad permitido en la vía, más adelante en su declaración aseguró tener claro que como el sector en el que ocurrió el hecho está catalogado como urbano, porque es una vía central nacional que está en jurisdicción de Riosucio, el límite de velocidad es de 30 km, pues así está previsto para el perímetro urbano.

- Nelson Augusto Guevara Díaz²⁸ sostuvo en su declaración que el montículo no tenía señalización y que en la vía tampoco había ninguna

²⁷ Minuto 35:05 a 41:07 del audio contenido en el archivo 04 del expediente digital y minuto 1:34:50 a 1:56:45 del audio contenido en el CD obrante a folio 239, C.1.1.

²⁸ Minuto 1:50 a 15:44 del audio contenido en el CD obrante a folio 239, C.1.1.

señalización. No obstante lo anterior, manifestó no conocer las clases de señalización que existen.

- En la declaración hecha por el señor Marco Fidel Sánchez Gutiérrez²⁹, conductor de la volqueta con la cual chocó el accionante, afirmó que cerca al hueco *“mantenían como unas estacas ahí”* y que no recordaba si tenían cintas, pues no se fijaba mucho en eso. Por lo demás, dijo que la señalización era la normal en la carretera, que tenía línea continua, por lo que no podían hacerse sobrepasos.
- En testimonios rendidos por los señores Jesús Antonio Díaz Díaz³⁰, Edgar Antonio Trejos Moreno³¹, José Donosor Durán Bartolo³² y Gustavo de Jesús Díaz Taborda³³, encargados de realizar el mantenimiento de dicha vía, explicaron que en la zona del hueco y montículo estaban *“las estacas”* o *“bombones”* y que se puso cinta amarilla desde el poste de luz, pues es la manera en la cual se señala cuando existe un obstáculo en la carretera; señalización que verificaron todos los días desde horas de la mañana hasta el último recorrido que realizaban a las 5 de la tarde. Algunos de los declarantes precisaron que en la mencionada carretera no está permitido adelantar en el sector donde ocurrió el accidente y que aunque no recuerdan si existe señalización al respecto, lo cierto es que la velocidad máxima permitida es de 30 km por hora, ya que se trata de una zona urbana en la que hay mucho peatón.
- José Isnardo Arandia Betancur³⁴ manifestó que al pasar por el lugar donde estaba el hueco, pudo observar que estaban unos *“tacos de guadua incrustados en el hueco”* con cinta como señalización. Indicó que en la zona no había ninguna persona que hiciera señales de pare y siga y que no vio señal de que más adelante se advirtiera sobre la presencia de un hueco.
- Yadinson Ríos Torres³⁵ sostuvo que el hueco que encontró en la vía cuando se movilizó en auxilio de su amigo, estaba señalado con *“unos bombones de guadua”* y una cinta. Indicó que la señalización estaba muy salida. Afirmó que cuando pasó por el lugar tuvo que esquivar rápidamente el obstáculo porque iba muy rápido en su carro y el hueco

²⁹ Minuto 16:07 a 36:00 del audio contenido en el CD obrante a folio 239, C.1.1.

³⁰ Minuto 36:04 a 52:03 del audio contenido en el CD obrante a folio 239, C.1.1.

³¹ Minuto 52:10 a 1:09:15 del audio contenido en el CD obrante a folio 239, C.1.1.

³² Minuto 52:10 a 1:09:15 del audio contenido en el CD obrante a folio 239, C.1.1.

³³ Minuto 1:34:50 a 1:56:45 del audio contenido en el CD obrante a folio 239, C.1.1.

³⁴ Minuto 3:40 a 9:26 del audio contenido en el archivo 04 del expediente digital.

³⁵ Minuto 9:27 a 21:18 del audio contenido en el archivo 04 del expediente digital.

sólo lo vio cuando estaba muy cerca de él. Señaló que no había conos reflectivos atrás ni adelante, dispuestos 20 metros antes o después, que no había señalización de luces reflectoras ni personal que permitiera el paso.

- Gustavo Antonio Colorado Corrales³⁶ indicó que en el hueco se pusieron “*unas guaduas*” y alrededor unas cintas que utilizan las autoridades de tránsito, que con el tiempo se fueron deteriorando. Preciso que no había más señalización, que no había “*paleteros*”, y que dejaron la situación al albedrío y responsabilidad del transeúnte.
- Como se indicó anteriormente, en las fotografías aportadas por la parte actora (fls. 32 a 36, C.1), se aprecia un cerramiento hecho con delineadores tubulares de color naranja fluorescente con franjas retrorreflectivas blancas sobre soportes en cemento y rodeados por cinta amarilla, y se observa que la señalización de cerramiento está unos metros antes del montículo de tierra, en el que se encuentra ubicada una señal de reducción de la calzada.

1.5 Distancia disponible para transitar por el carril ocupado por el obstáculo

Según consta en el Informe Policial de Accidentes de Tránsito (fls. 3 y 4, C.1), entre los puntos de cerramiento y la línea central de la calzada existía una distancia restante de 1,85 metros del carril donde transitaba la motocicleta.

Los señores William Alberto Mantilla Taborda³⁷, Marco Fidel Sánchez Gutiérrez³⁸, Edgar Antonio Trejos Moreno³⁹, José Donosor Durán Bartolo⁴⁰ y Gustavo de Jesús Díaz Taborda⁴¹, manifestaron que el ancho restante de la vía aparte del obstáculo, permitía el paso de la motocicleta sin necesidad de que ésta se saliera de su carril; e incluso el agente de tránsito acotó que hubiera pasado sin dificultad a una velocidad moderada.

Conforme al registro fotográfico que obra en la demanda, el cerramiento y el montículo de tierra no ocupaban más de la mitad del carril, lo que permite inferir que si bien un vehículo tipo motocicleta no podía transitar muy cerca de la orilla, lo cierto es que, a diferencia de un automotor, no tenía que

³⁶ Minuto 21:19 a 35:04 del audio contenido en el archivo 04 del expediente digital.

³⁷ Minuto 35:05 a 41:07 del audio contenido en el archivo 04 del expediente digital y minuto 1:34:50 a 1:56:45 del audio contenido en el CD obrante a folio 239, C.1.1.

³⁸ Minuto 16:07 a 36:00 del audio contenido en el CD obrante a folio 239, C.1.1.

³⁹ Minuto 52:10 a 1:09:15 del audio contenido en el CD obrante a folio 239, C.1.1.

⁴⁰ Minuto 52:10 a 1:09:15 del audio contenido en el CD obrante a folio 239, C.1.1.

⁴¹ Minuto 1:34:50 a 1:56:45 del audio contenido en el CD obrante a folio 239, C.1.1.

esquivar el obstáculo haciendo una maniobra de sobrepaso por el carril contrario que le permitiera pasar por el lugar.

1.6 Estado del clima para el 7 de diciembre de 2011

Según consta en el Informe Policial de Accidentes de Tránsito del 7 de diciembre de 2011 (fls. 3 y 4, C.1), y conforme a algunas de las declaraciones recibidas en este proceso⁴² y al interrogatorio de parte rendido por el señor Óscar Elid Ruiz Rivera⁴³, para el 7 de diciembre de 2011 a las 7:30 p.m., se encontraba lloviendo, por lo que el asfalto estaba húmedo, y había niebla, afectando la visibilidad para los conductores.

Lo expuesto se corrobora con las fotografías allegadas con la demanda (fls. 32 a 36, C.1), en las que se aprecia el asfalto húmedo y neblina.

1.7 Accidente de tránsito

En la vía Riosucio – Las Mercedes, sector Alto Fundadores, el 7 de diciembre de 2011, alrededor de las 7:30 p.m., se presentó un accidente de tránsito entre un vehículo tipo volqueta y una motocicleta manejada por el señor Óscar Elid Ruiz Rivera.

Así quedó señalado en el Informe Policial de Accidentes de Tránsito del 7 de diciembre de 2011 (fls. 3 y 4, C.1), suscrito por el policía de tránsito William Alberto Mantilla Taborda.

En relación con la dinámica del accidente y de acuerdo con el croquis levantado, el citado agente de tránsito consignó que el vehículo tipo volqueta iba en sentido Riosucio – Supía, mientras que la motocicleta se dirigía en sentido contrario. Señaló que en el carril por donde transitaba la motocicleta había un hueco sobre la berma y parte de la vía, respecto del cual se había realizado un cerramiento. Reseñó que la volqueta quedó ubicada en el carril correspondiente, a una distancia de 1,95 metros de la línea central de la calzada, orillado hacia la parte derecha de la vía. Finalmente sobre las causas probables del accidente, simplemente indicó que el vehículo tipo volqueta había incurrido en la causal 110, mientras que la

⁴² Nelson Augusto Guevara Díaz (minuto 1:50 a 15:44 del audio contenido en el CD obrante a folio 239, C.1.1), Marco Fidel Sánchez Gutiérrez (minuto 16:07 a 36:00 del audio contenido en el CD obrante a folio 239, C.1.1), William Alberto Mantilla Taborda (minuto 35:05 a 41:07 del audio contenido en el archivo 04 del expediente digital y minuto 1:34:50 a 1:56:45 del audio contenido en el CD obrante a folio 239, C.1.1) y Yadinson Ríos Torres (minuto 9:27 a 21:18 del audio contenido en el archivo 04 del expediente digital).

⁴³ Minuto 22:50 a 48:33 del audio contenido en el CD obrante a folio 211, C.1.1.

motocicleta había incurrido en las causales 110, 304 y 306, pero no precisó a qué correspondían tales hipótesis de accidente.

36
4

9. CROQUIS

→ Puntos de conexión
P.R. Punto de Impacto
→ Dirección vehicular
→ Dirección de la brecha
→ Parte de la vía

H=9,80 mts; B=1,80 mts
C=3,90 m; D=4,05 m
E=8,00 m; F=1,95 m
G=10,00 m; H=9,30 m
I=10,20 m; M=1,25 m
J=8,60 m
K=1,85 m; L=1,95 m
K y L: medidas compuestas entre los puntos de división y la línea central de la calzada.

64:26B

Via Residencial - cupia

SNO-236

→ P.R.

HUELLA DE FRENADO

LUGAR DE IMPACTO

TOTAL VEHICULOS

VICTIMA No.	
10.1 CONDICION	
PEATON	1
PASAJERO	2
10.2 SEXO	
MASCULINO	1
FEMENINO	2
10.3 GRAVEDAD	
MUERTOS	1
HERIDOS	2
TOTAL VICTIMAS INCLUYENDO CONDUCTORES	
HERIDOS	1
MUERTOS	2

11. TESTIGOS	
1er APELLIDO, 2do APELLIDO Y NOMBRE	DOC.
IDENTIFICACION No.	
DIRECCION	
TELEFONO	
CIUDAD	

12. CAUSAS PROBABLES	
VEHICULO No. 1	COD. CAUSA 110
VERSION COND.	
VEHICULO No. 2	COD. CAUSA 110 304 306

13. OBSERVACIONES

14. ANEXOS

NOMBRES Y APELLIDOS: *Edith Manti...* PLACA: 9779A77

FIRMA: *Substancia de M...*

CORRESPONDIO

ORIGINAL AUTORIDAD COMPETENTE - 1ª COPIA INTERESADO - 2ª COPIA INTERESADO - 3ª COPIA ARCHIVO

Tip. y Lit. U235 Teléfono 859 21 27 Reco. Cda.

En relación con la manera en la que se presentó el accidente, obra en el expediente, además del informe reseñado, las siguientes declaraciones:

- El policía de tránsito William Alberto Mantilla Taborda⁴⁴ narró que el día de los hechos, un señor iba conduciendo una motocicleta desde Supía y en el sitio donde estaba el hueco, cree que por el tiempo lluvioso y nublado, tal persona encontró el obstáculo ya muy preciso sobre la vía, se desvió a tomar el carril contrario y en esa maniobra se encontró un vehículo que venía obviamente en el sentido contrario en dirección hacia Supía.

Manifestó que teniendo en cuenta el clima del día, por instinto de conservación, el motociclista debía andar a una velocidad mínima, moderada, pero indicó que no podría precisar cuánta velocidad.

- El señor Marco Fidel Sánchez Gutiérrez⁴⁵, quien conducía la volqueta con la cual chocó el señor Óscar Elid Ruiz Rivera, explicó que: *“Yo recogí la basura aquí, yo manejo la volqueta de la basura aquí en Riosucio, ya estaba cargado, iba para la casa, cuando yo iba de la bomba para allá, (...), yo cogí la curva ahí, y estaba lloviendo, estaba hasta [ininteligible] muy bajito, yo alcancé a ver una moto que venía arriba, entonces el señor como que se asustó cuando vio una pila de tierra que había por ahí a mano izquierda yendo, entonces yo lo esquivé porque yo vi que se me iba a venir encima, entonces yo lo esquivé, yo no me podía salir mucho porque me volteaba o [inaudible], entonces yo lo esquivé y él se me vino encima y se dio con el estribo aquí de este lado, (...) entonces el señor cuando se dio aquí, entonces se dio y se dio con la llanta de atrás, se estalló una llanta y yo cuando miré por el espejo era que ya estaba él como en el aire para allá para arriba, entonces yo me bajé y salí para allá para donde el hombre, y ya llegó mucha gente ahí y entonces yo me devolví a ponerle las señales a la volqueta”.*

Sobre las causas del accidente, indicó: *“Pues para mí el señor se asustó cuando vio el largo del cerro de tierra que había ahí y como estaba lloviendo sin duda [inaudible]”.* Precisó no saber si al esquivar el montículo, el motociclista frenó o se resbaló o qué sucedió.

Dejó claro que vio la motocicleta aproximadamente a una cuadra, antes de llegar al montículo.

Indicó que el motociclista se golpeó con la llanta de atrás de la volqueta, que queda a 2 metros, y la estalló; y que luego del choque, la motocicleta quedó atrás de la volqueta, por ahí a unos 30 metros.

⁴⁴ Minuto 35:05 a 41:07 del audio contenido en el archivo 04 del expediente digital y minuto 1:34:50 a 1:56:45 del audio contenido en el CD obrante a folio 239, C.1.1.

⁴⁵ Minuto 16:07 a 36:00 del audio contenido en el CD obrante a folio 239, C.1.1.

Aseguró que la volqueta se encontraba en el carril correspondiente, porque incluso casi se sale a la orilla al tratar de esquivar al motociclista.

En cuanto a la velocidad con la que iba el motociclista, señaló que *“venía a un paso más o menos, pero lo que yo digo es como que se asustó cuando vio el cerro de tierra que no tenía por dónde, tenía que esquivarle a eso ahí”*. Acotó que: *“para mí el hombre venía un poquito como ligero, porque donde venga despacio, no pasa eso”*. Preciso no saber a cuántos kilómetros iba el motociclista, pues no conoce de motos.

Afirmó que cuando se acercó al lesionado, escuchó que la gente decía que el demandante iba *“tragado”*, pero no tuvo oportunidad de hablar con éste, por lo que no pudo constatar la veracidad de los comentarios.

- En el interrogatorio de parte rendido por el señor Óscar Elid Ruiz Rivera⁴⁶, expuso: *“Llovía bastante, estaba muy nublado, con mucha neblina, muy espesa, y, por donde yo me desplazaba”*. Continuó diciendo que: *“en el momento en que yo llegué a esta señalización, yo me centré, esa moto no estaba ahí [se refiere a la de la policía que figura en la imagen a folio 36 del expediente], (...) la señalización la vi, por eso me centré para pasar. En ese momento, como había tanta neblina y estaba cayendo tanta agua, yo no vi que venía la volqueta y la volqueta venía cogiendo los dos carriles, entonces como yo me centré para pasar esa señalización, porque más atrás no había señalización sino eso nada más, cuando vi fue la volqueta ahí cerquita, entonces yo volví y me entré pero no alcancé del todo y ahí fue donde me lesioné contra el tanque de combustible de la volqueta, no alcancé a salirme del todo, pero ahí no había más señalización que las guadas y esa cinta en el momento que me impacté contra la volqueta”*.

Acotó que *“la volqueta venía pasando, ocupando los dos carriles, llegando a la señalización esa, entonces no me dejó si no un espaciecito, pero no alcancé a centrarme en el carril mío por lo que me había centrado para pasar esa señalización que había ahí”*.

Al preguntársele por qué no hizo uso del espacio que le quedaba en el carril luego de la ubicación de la señalización de reducción, manifestó: *“En ese momento, mucha lluvia, mucha neblina, pues uno no mide metraje para, yo solamente me centré para no coger las guadas, para no tropezarme en las guadas que habían (sic) ahí en señalización, porque como no había más señalización atrás, y hasta donde yo tengo entendido, la señalización y más en una vía troncal, debe mínimo 20 metros atrás principiar una señalización”*.

⁴⁶ Minuto 22:50 a 48:33 del audio contenido en el CD obrante a folio 211, C.1.1.

Cuando yo vi la señalización ahí solamente me centré, cuando vi la volqueta fue, por la tanta neblina, yo no la vi a más distancia”.

Precisó que vio la señal que indica que la vía se está estrechando y en relación con la distancia a la cual vio la señalización, indicó: *“Pues uno no mide distancia porque si hubiera estado descubierto, no hubiera habido neblina ni hubiera estado cayendo agua, mucha lluvia, entonces pues de pronto uno vería eso a 30 o 40 metros, yo vine a ver esa señalización por ahí a 10 metros, poniéndole mucho a 10 metros, porque en ese momento la luz de la moto no alcanza a arrojar la carretera porque la acorta mucho la neblina”.*

En punto a la velocidad con la que transitaba, manifestó: *“Recordar a qué velocidad no vi porque uno va pendiente de la vía, porque uno va con el casco, las gafas y si está cayendo mucha agua, está muy empañado el vidrio. Como estaba de noche, pues menos se va uno a fijar en el velocímetro, pero puedo decir iba por ahí a 40 por hora más o menos”.*

- El señor Nelson Augusto Guevara Díaz⁴⁷, quien el día del accidente se desplazaba a pie por el sector, manifestó haber visto que la volqueta que recoge los residuos estaba en su carril, y que el señor lesionado que iba en la moto se le había metido a la volqueta, ocupando el carril de ésta. Indicó que vio la moto al pie de la volqueta y al lesionado cuando lo estaban recogiendo.

Explicó que la volqueta quedó a 6 o 7 metros del montículo, el cual se alcanzaba a ver bien.

Precisó finalmente que la volqueta quedó en su vía al lado derecho y la moto quedó al pie de la volqueta, invadiéndole el carril.

Adicional a lo expuesto por los citados testigos, en las fotografías allegadas con la demanda (fls. 32 a 36, C.1) se observa que la volqueta se encuentra en su carril, orillada a la berma, y que la motocicleta estaba caída a varios metros después del cerramiento y del montículo.

1.8 Hipótesis del accidente de acuerdo con el informe policial suscrito

Conforme a lo dispuesto en el Anexo 4 de la Resolución 004040 del 28 de diciembre de 2004, modificada por la Resolución 1814 del 13 de julio de 2005, vigente para la época de los hechos, y en el que se relacionan las hipótesis de los accidentes de tránsito (fls. 222 a 225, C.1.1), la hipótesis 110

⁴⁷ Minuto 1:50 a 15:44 del audio contenido en el CD obrante a folio 239, C.1.1.

señalada por el oficial de tránsito no existía para entonces⁴⁸, mientras que las hipótesis 304 y 306 corresponden en su orden a *“Superficie húmeda”*, *“Cuando la vía o parte de ella se encuentra mojada”* y *“Huecos”*, *“Cuando la calzada tenga huecos que alteren la velocidad o dirección de los vehículos”*.

1.2.3 Atribución del daño

De conformidad con lo expuesto, para esta Corporación se encuentra acreditado que respecto de la vía en la que ocurrió el accidente tantas veces mencionado, el propietario de dicha carretera, esto es, el INVIAS, sí señaló no sólo la vía en general sino también la presencia de un obstáculo que reducía el carril. Lo anterior significa que no se encuentra acreditada la falla en el servicio que alega la parte demandante y que reitera en su recurso de apelación.

En efecto, conforme lo prescribe el Manual de Señalización Vial y según quedó demostrado en el acápite anterior, sobre la vía en la que sucedió el accidente el INVIAS tenía ubicadas las siguientes señales:

- Demarcación con línea central continua doble, que implica que no puede ser traspasada para efectuar maniobras de adelantamiento o giros hacia la izquierda.
- Demarcación con línea de borde que indica a los conductores, especialmente en condiciones de visibilidad reducida, dónde se encuentra el borde exterior del pavimento, lo que les permite posicionarse correctamente respecto de éste y así tener menor probabilidad de invadir un carril en contraflujo.
- Señal reglamentaria de velocidad máxima permitida, tal como quedó consignado en el informe policial y que según lo expuesto por los testigos, era de 30 km por hora.
- Señal preventiva de reducción de calzada a ambos lados:



⁴⁸ Diferente a la regulación actual, en la que la hipótesis 110 fue plasmada en la Resolución 11268 del 6 de diciembre de 2012, como: *“Exceso en horas de conducción”*, esto es, *“Cuando el conductor ha conducido durante un tiempo prolongado y/o monótono, aumentando la fatiga en la conducción”*.

- Dispositivos de canalización a través de delineadores tubulares compuestos de color naranja fluorescente con franjas retrorreflectivas blancas, con pasadores para canalizar cintas plásticas demarcadoras de color amarillo extendidas a lo largo de la zona señalizada, y cuya parte inferior se ancló a una base que garantizara la estabilidad del delineador. Tales dispositivos son utilizados tanto para definir transiciones por angostamiento como para delinear el borde de la calzada, para hacer cerramientos en obras y para el control de peatones.

De acuerdo con el citado Manual de Señalización Vial, las características de cada obra y la variedad de condiciones que se pueden presentar, impiden que exista una secuencia rígida y única de dispositivos y normas. Por ejemplo, al tratarse de una obra de interferencia mínima, su impacto sobre el tránsito de vehículos podía ser mitigado por la misma infraestructura a intervenir sin esperar que los flujos fueran desviados, y la señalización necesaria podía lograrse siguiendo uno o más de los esquemas previstos, como se hizo a través de los delineadores tubulares.

La existencia de las señales indicadas exige que los conductores tomen las precauciones del caso, ya sea reduciendo la velocidad o realizando maniobras necesarias para su propia seguridad, la del resto de los vehículos y la de los peatones; máxime si para el caso concreto el estado del clima era lluvioso y con neblina que afectada la visibilidad, y había mala iluminación artificial.

Si en gracia de discusión se aceptara que el INVIAS pudo haber dispuesto mayor señalización en relación con el obstáculo, lo cierto es que habría también incertidumbre respecto a si la supuesta omisión constituyó la causa del daño padecido por el señor Óscar Elid Ruiz Rivera. Y es que nótese que en el mismo interrogatorio de parte el accionante deja entrever que de no haber estado lloviendo y de no haber neblina, hubiera visto la señalización que reconoció existía en el lugar, a 30 o 40 metros y no a 10 como aseguró que lo hizo por las condiciones meteorológicas anotadas y porque con la neblina se acortaba la luz de la motocicleta, lo que no sólo le impidió dimensionar el montículo sino la volqueta que venía por el carril contrario.

Recuérdese igualmente que se trataba de una recta, lo que indudablemente facilitaba la visualización tanto de la señal como del obstáculo; sin perjuicio de que por las condiciones del clima, tal facilidad hubiera disminuido ostensiblemente, de lo que debía ser consciente el señor Óscar Elid Ruiz Rivera, quien al parecer excedía la velocidad máxima permitida en la zona, pese a que el asfalto estaba húmedo y que había neblina que dificultaban su visibilidad.

Tampoco puede pasarse por alto el hecho según el cual, tal como se extrae de la declaración del conductor de la volqueta y del mismo lesionado, fue éste quien, advirtiendo en todo caso la señal y pese a la poca visibilidad que el estado del clima le permitía tener, decidió realizar la maniobra de invadir el carril contrario para esquivar el obstáculo, no sólo sin cerciorarse que no venía otro vehículo, sino sin advertir que contaba con espacio suficiente para cruzar por su carril.

En ese orden de ideas, de conformidad con los hechos acreditados en este expediente, considera la Sala de Decisión que en el presente asunto no se acreditó por la parte actora, la existencia de una falla en el servicio de la parte accionada, conforme a las imputaciones hechas en la demanda.

1.3 Nexo de causalidad

Al no haberse demostrado una falla en el servicio, por acción o por omisión, por la parte demandada en los hechos que dieron origen a esta demanda, el nexo causal tampoco se configura, pues no se acreditó que el daño tuviera como causa eficaz y determinante la supuesta falla que se le endilgó al INVIAS.

Conclusión

Según quedó analizado a lo largo de esta providencia, el daño padecido por la parte demandante no es jurídicamente imputable al INVIAS, en tanto no se demostró la existencia de una falla en el servicio por parte de éste en los hechos en los que resultó lesionado el señor Óscar Elid Ruiz Rivera. En ese sentido, la sentencia recurrida habrá de confirmarse.

Costas

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 188 del CPACA, esta Sala de Decisión se abstendrá de condenar en costas en esta instancia, como quiera que no observa que la demanda y el recurso de apelación hubieren sido presentados con manifiesta carencia de fundamento legal, como lo exige la norma.

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

FALLA

Primero. CONFÍRMASE la sentencia del veintiséis (26) de noviembre de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales dentro del proceso de reparación directa promovido por el señor Óscar Elid Ruiz Rivera y otros contra el Instituto Nacional de Vías (INVIAS).

Segundo. ABSTIÉNASE de condenar en costas en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

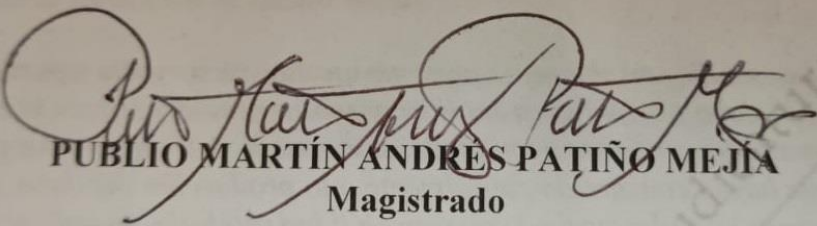
Tercero. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

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

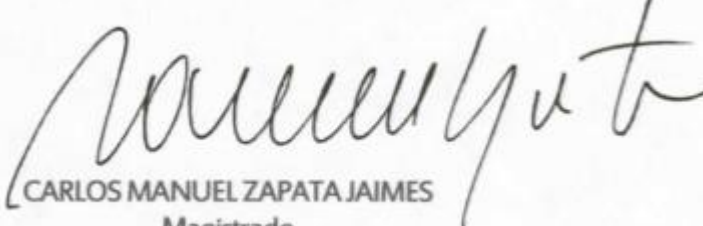
Notifíquese y cúmplase



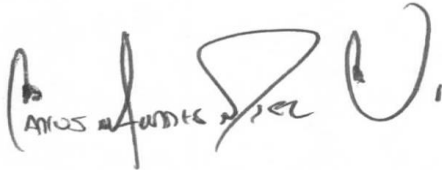
AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS	
<u>NOTIFICACIÓN POR ESTADO</u>	
No.117	
FECHA: 07/07/2021	
	
CARLOS ANDRÉS DÍEZ VARGAS	
Secretario (e)	

CONSTANCIA SECRETARIAL: A Despacho del señor Magistrado el presente proceso, recibido por ventanilla virtual, proveniente del Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales con apelación de sentencia, para decidir sobre su admisión.

Manizales, seis (06) de julio de dos mil veintiuno (2021)



Carlos Andrés Díez Vargas
Secretario (E)

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, seis (06) de julio de dos mil veintiuno (2021)

RADICADO	17001-33-33-001-2016-00320-02
MEDIO DE CONTROL	RESTITUCIÓN DE BIEN EN TENENCIA
DEMANDANTE	MUNICIPIO DE MANIZALES
DEMANDADOS	ASOCIACIÓN DE USUARIOS DEL SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE - AUT

De conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹ **SE ADMITE** el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada el 13 de julio de 2020 (No. 19 Expediente Electrónico Juzgado) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales el 03 de junio de 2020, al haberse interpuesto de manera oportuna, es decir, dentro de los 10 días siguientes a la notificación de la sentencia, actuación procesal

¹ También CPACA

que se efectuó el 04 de junio de 2020, ello teniendo en cuenta la suspensión de términos dispuesta por el Consejo Superior de la Judicatura a raíz de la pandemia por el Covid 19, que transcurrió del 16 de marzo de 2020 al 30 de junio de 2020.

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, según lo dispuesto en el artículo 247 numeral 4 del CPACA, modificado por el artículo 623 del Código General del Proceso, al considerar 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 alegaciones 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 y por estado electrónico a las demás partes, surtido lo anterior envíese mensaje de datos con copia de la presente providencia, según lo dispone el inciso 3º del artículo 201 del CPACA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Maistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a las partes por Estado Electrónico No. 117 de fecha 07 de julio de 2021. Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico. Manizales,  _____ Carlos Andrés Díez Vargas Secretario (E)
--



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.I. 220

Asunto:	Resuelve impedimento Juez
Medio de Control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-33-001-2020-00175-02
Demandante:	Claudia Patricia Díaz
Demandado:	Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta nº 32 del 2 de julio de 2021

Manizales, dos (2) de julio de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO

Procede esta Sala de Decisión a resolver sobre la declaración de impedimento formulado por el Dr. Carlos Mario Arango Hoyos, en calidad de Juez Primero Administrativo del Circuito de Manizales, para conocer de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho de la referencia, en la cual aduce encontrarse incurso en la causal prevista en el numeral 1 del artículo 141 del Código General del Proceso¹, aplicable por remisión expresa del artículo 130 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo².

ANTECEDENTES

La señora Claudia Patricia Díaz, actuando debidamente representada, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda contra la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, con el fin de obtener la declaratoria de nulidad de los actos administrativos que negaron el reconocimiento y pago de la “Bonificación Judicial” como factor salarial y prestacional.

¹ En adelante CGP

² En adelante CPACA

Como consecuencia de lo anterior, se inaplique por ilegal e inconstitucional la expresión “*y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Seguridad Social en Salud*” contenida en el artículo 1º del Decreto 0383 de 2013.

Se solicitó que se le reconociera y pagara la bonificación judicial señalada en el Decreto 383 de 2013 y Decreto 1016 de 2013 como factor salarial y prestacional desde el momento de su creación, con incidencia en los emolumentos prestacionales que por imperio de la ley devenga.

El conocimiento del citado proceso correspondió, por reparto, al Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, del cual es titular el Dr. Carlos Mario Arango Hoyos.

Por auto del 4 de febrero de 2021, el mencionado funcionario se declaró impedido para conocer del asunto, manifestando que tiene interés directo en el resultado del proceso, al tener este servidor judicial los mismos intereses salariales perseguidos por la parte demandante dentro del presente caso.

Como consecuencia, el Juez de conocimiento remitió el expediente a este Tribunal para que se surta el trámite legal que corresponda, con fundamento en lo dispuesto por el numeral 2 del artículo 131 del CPACA.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

El artículo 131 del CPACA reguló lo relativo al trámite de los impedimentos, fijando entre otras, la siguiente regla:

“Artículo 131. Trámite de los impedimentos. Para el trámite de los impedimentos se observarán las siguientes reglas:

(...)

2. Si el juez en quien concurra la causal de impedimento estima que comprende a todos los jueces administrativos, pasará el expediente al superior expresando los hechos en que se fundamenta. De aceptarse el impedimento, el tribunal designará conjuer para el conocimiento del asunto.

En razón a lo anterior, corresponde a este Tribunal resolver sobre la manifestación de impedimento presentado por el Juez Primero Administrativo del Circuito de Manizales.

Al respecto, debe precisarse preliminarmente que los artículos 141 del CGP y 130 del CPACA establecen las causales de impedimento y recusación en las que pueden incurrir los magistrados y jueces. Dichas causales han sido

previstas de manera taxativa con la finalidad de preservar el principio de imparcialidad en los procesos judiciales, tal como lo ha indicado el Supremo Tribunal de lo Contencioso Administrativo³.

Así las cosas, tan pronto el funcionario judicial tenga conocimiento de que se halla inmerso en una de dichas causales debe expresar su impedimento para que, conforme a lo indicado anteriormente, su superior se pronuncie sobre el mismo, para salvaguardar la imparcialidad judicial como atributo que debe revestir a los juzgadores que tienen a su cargo el ejercicio de la función jurisdiccional, frente a lo cual el H. Consejo de Estado⁴ ha fraguado al respecto que:

“El impedimento y la recusación han sido concebidos como instrumentos idóneos establecidos por el legislador para hacer efectiva la condición de imparcialidad del juez o del funcionario judicial en la toma de decisiones. Uno y otra son figuras legales que permiten observar la transparencia dentro del proceso judicial y que autorizan a los funcionarios judiciales a alejarse del conocimiento del mismo. Las causales de impedimento son taxativas y de aplicación restrictiva, comportan una excepción al cumplimiento de la función jurisdiccional que le corresponde al Juez, y como tal, están debidamente delimitadas por el legislador y no pueden extenderse o ampliarse a criterio del juez o de las partes, por cuanto, la escogencia de quien decide no es discrecional. Para que se configuren debe existir un “interés particular, personal, cierto y actual, que tenga relación, al menos mediata, con el caso objeto de juzgamiento de manera que impida una decisión imparcial.”. Se trata de situaciones que afecten el criterio del fallador, que comprometan su independencia, serenidad de ánimo o transparencia en el proceso. La imparcialidad e independencia judicial, como objetivos superiores, están orientadas a garantizar que las actuaciones se ajusten a los principios de equidad, rectitud, honestidad y moralidad, sobre los cuales descansa el ejercicio de la función pública, artículo 209 de la Constitución Política”.

Como se puede apreciar, la causal invocada por el Juez Primero Administrativo del Circuito de Manizales es la prevista en el numeral 1 del artículo 141 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 130 del CPACA, por cuyo ministerio se dispuso lo siguiente:

*“Son causales de recusación las siguientes:
(...)”*

³ Auto de 11 de mayo de 2006; Consejero Ponente Alier Eduardo Hernández Enríquez; Exp. 47001-23-31-000-2005-00949-01(32362)

⁴ Auto de 21 de abril de dos mil nueve 2009; Consejero Ponente Víctor Hernando Alvarado; Exp. 11001-03-25-000-2005-00012-01(IMP)II; Consejo de Estado Sala Plena de lo Contencioso Administrativo

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

En relación con el alcance de la expresión “*interés directo*” contenida en el numeral 1 del artículo 141 del CGP, la H. Corte Constitucional en auto n° 334 del 2 de diciembre de 2009⁵ explicó que aquélla no sólo tiene una connotación patrimonial sino moral, y que además para que se configure, el interés debe ser actual y directo, en los siguientes términos:

“(…)

Es directo cuando el juzgador obtiene, para sí (sic) o para los suyos, una ventaja o provecho de tipo patrimonial o moral, y es actual, cuando el vicio que se endilga de la capacidad interna del juzgador, se encuentra latente o concomitante al momento de tomar la decisión. De suerte que, ni los hechos pasados, ni los hechos futuros tienen la entidad suficiente para deslegitimar la competencia subjetiva del juez.

En este orden de ideas, para que exista un interés directo en los magistrados de esta Corporación, es indispensable que frente a ellos sea predicable la existencia de alguna ventaja de tipo patrimonial a partir de las resultas del proceso. De igual manera, si lo que se pretende probar es la existencia de un interés moral, debe acreditarse con absoluta claridad la afectación de su fuero interno, o en otras palabras, de su capacidad subjetiva para deliberar y fallar”⁶. (Líneas son del texto).

Por su parte, la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia, en auto del 13 de diciembre de 2007⁷, sostuvo en relación con lo que debe entenderse por “*interés en el proceso*”, lo que se desprenderá a continuación:

“(…)

6. *Sobre la causal que está sometida a debate en el presente asunto la Sala ha expresado, en forma reiterada y pacífica*⁸, lo siguiente:

⁵ H. Corte Constitucional. Magistrada Ponente: Dra. María Victoria Calle Correa. Auto n° 334 del 2 de diciembre de 2009. Referencia: expedientes D-7882 y 7909 acum. Recusación formulada contra el Procurador General de la Nación.

⁶ Cita de cita: Cfr., Auto 080A de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, en el cual se resolvían recusaciones contra los magistrados de la Corte Constitucional.

⁷ H. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Magistrado Ponente: Dr. Yesid Ramírez Bastidas. Auto del 13 de diciembre de 2007.

⁸ Cita de cita: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de 13 de agosto de 2005, radicación 23903 y decisiones allí citadas.

“El “interés en el proceso”, debe entenderse como aquella expectativa manifiesta por la posible utilidad o menoscabo, no sólo de índole patrimonial, sino también intelectual o moral, que la solución del asunto en una forma determinada acarrearía al funcionario judicial o a sus parientes cercanos, y que, por aparecer respaldada en serios elementos de juicio, compromete la ponderación e imparcialidad del juzgador, tornando imperiosa su separación del conocimiento del proceso.

“Por lo anterior, el interés que causa el impedimento tiene que ser real, existir verdaderamente. No basta la afirmación que haga un Magistrado a su arbitrio, pues de aceptarse ese proceder, la posibilidad de apartarse del conocimiento de un caso quedaría sometida solamente a la voluntad del juez o magistrado.

“Por lo tanto, se trata de establecer “si la intervención del juez recusado o impedido en el caso concreto implicaría la obtención de un provecho, utilidad o ganancia, para sí, para su cónyuge o compañero permanente, o para sus parientes; o si el Juez, su cónyuge o compañero permanente, o alguno de sus parientes en el rango que establece la ley, profesa un sentimiento respecto de alguno de los sujetos procesales, con suficiente intensidad para hacerle inclinar su ánimo; o si existe un interés creado por otro tipo de circunstancias que permita vislumbrar la ausencia de ecuanimidad”.

Se ha agregado que:

“El interés a que alude la disposición es aquel que surge del trámite y decisión del asunto. En modo alguno de un comportamiento extraprocesal de uno de los intervinientes”⁹. (Subraya la Sala).

En el caso particular, el impedimento se fundamenta en el hecho que la prestación negada por las resoluciones cuya nulidad se solicita, es percibida en igualdad de condiciones por todos los Jueces Administrativos del Circuito, lo que en su sentir configura un interés directo en el asunto.

Para esta Sala es claro que se presenta un interés directo en cuanto a las prestaciones económicas que devengan los Jueces en el ejercicio de sus funciones, y en este caso en concreto los Jueces de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo del Circuito de Manizales, ya que patrimonialmente se obtendrían beneficios en el caso de que eventualmente se fallare a favor del accionante, y por tanto habría lugar a que se perturbe el fuero interno y la ecuanimidad del fallador encargado de este caso.

⁹ Cita de cita: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de 13 de agosto de 2005, radicación 23903 y decisiones allí citadas.

Para esta Sala es claro que se presenta un interés directo en cuanto a las prestaciones económicas que devengan los Jueces en el ejercicio de sus funciones, y en este caso en concreto los Jueces de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo del Circuito de Manizales, ya que patrimonialmente se obtendrían beneficios en el caso de que eventualmente se fallare a favor del accionante, y por tanto habría lugar a que se perturbe el fuero interno y la ecuanimidad del fallador encargado de este caso.

En otras palabras, se considera por esta Sala que, en efecto, cualquier decisión que sea adoptada en el asunto de la referencia puede afectar la objetividad e imparcialidad que deben gobernar a los Jueces Administrativos del Circuito en el ejercicio de la función jurisdiccional, pues se trata de la definición de aspectos salariales de funcionarios y empleados de la Rama Judicial.

En ese orden de ideas, al configurarse la causal discutida y al abarcar ésta a la totalidad de los Jueces Administrativos del Circuito, habrá de designarse Conjuez para resolver sobre el particular, tal como lo dispone el numeral 2 del artículo 131 del CPACA y el artículo 30 del Acuerdo 209 de 1997, *“Por el cual se establecen las reglas generales para el funcionamiento de los tribunales administrativos”*.

Se aclara que de acuerdo con el artículo 4 del Acuerdo PCSJA21-11764 del 11 de 03 marzo de 2021, relativo a la competencia y distribución de procesos al Juzgado Administrativo Transitorio de Manizales, no es posible remitir el presente asunto al mencionado Despacho.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS,

RESUELVE:

Primero. DECLÁRASE fundado el impedimento para conocer del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por la señora Claudia Patricia Díaz contra la Nación–Rama Judicial–Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, propuesto por el Dr. Carlos Mario Arango Hoyos, en calidad de Juez Primero Administrativo del Circuito de Manizales, que comprende a todos los Jueces Administrativos del Circuito, por encontrarse incurso en la causal prevista en el numeral 1 del artículo 141 del CGP, aplicable por remisión del artículo 130 del CPACA, en atención a lo expuesto. En consecuencia,

Segundo. SEPÁRASE del conocimiento del presente asunto a los Jueces Administrativos de este Circuito y al Juzgado Administrativo Transitorio creado por la Presidencia del Consejo Superior de la Judicatura en el Acuerdo PCSJA21-11764 del 11 de marzo de 2021 para la ciudad de Manizales.

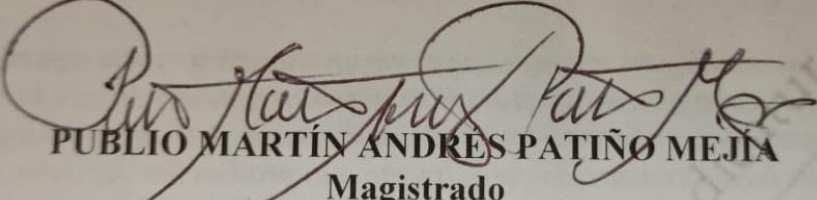
Tercero. FÍJASE como fecha para el sorteo de conjuez el día **lunes doce (12) de julio de 2021 a las once de la mañana (11:00 am).**

Cuarto. HÁGANSE las anotaciones pertinentes en el programa informático “*Justicia Siglo XXI*”.

Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



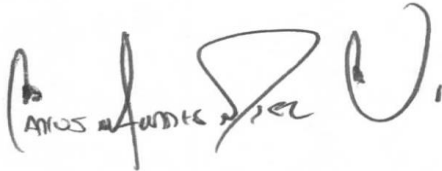
CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No.117

FECHA: 07/07/2021



CARLOS ANDRÉS DÍEZ VARGAS

Secretario (e)



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.I. 223

Asunto:	Resuelve impedimento Juez
Medio de Control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-33-001-2021-00132-02
Demandante:	Valentina Giraldo Uribe
Demandado:	Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta nº 032 del 2 de julio de 2021

Manizales, dos (2) de julio de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO

Procede esta Sala de Decisión a resolver sobre la declaración de impedimento formulado por el Dr. Carlos Mario Arango Hoyos, en calidad de Juez Primero Administrativo del Circuito de Manizales, para conocer de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho de la referencia, en la cual aduce encontrarse incurso en la causal prevista en el numeral 1 del artículo 141 del Código General del Proceso¹, aplicable por remisión expresa del artículo 130 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo².

ANTECEDENTES

La señora Valentina Giraldo Uribe, actuando debidamente representada, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda contra la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, con el fin de obtener la declaratoria de nulidad de los actos administrativos que negaron el reconocimiento y pago de la “Bonificación Judicial” como factor salarial y prestacional.

Como consecuencia de lo anterior, se inaplique por ilegal e inconstitucional la expresión “*y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al*

¹ En adelante CGP

² En adelante CPACA

Sistema General de Seguridad Social en Salud” contenida en el artículo 1º del Decreto 0383 de 2013.

Se solicitó que se le reconociera y pagara la bonificación judicial señalada en el Decreto 383 de 2013 y Decreto 1016 de 2013 como factor salarial y prestacional desde el momento de su creación, con incidencia en los emolumentos prestacionales que por imperio de la ley devenga.

El conocimiento del citado proceso correspondió, por reparto, al Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, del cual es titular el Dr. Carlos Mario Arango Hoyos.

Por oficio del 8 de junio de 2021, el mencionado funcionario se declaró impedido para conocer del asunto, manifestando que tiene interés directo en el resultado del proceso, al tener este servidor judicial los mismos intereses salariales perseguidos por la parte demandante dentro del presente caso.

Como consecuencia, el Juez de conocimiento remitió el expediente a este Tribunal para que se surta el trámite legal que corresponda, con fundamento en lo dispuesto por el numeral 2 del artículo 131 del CPACA.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

El artículo 131 del CPACA reguló lo relativo al trámite de los impedimentos, fijando entre otras, la siguiente regla:

“Artículo 131. Trámite de los impedimentos. Para el trámite de los impedimentos se observarán las siguientes reglas:

(...)

2. Si el juez en quien concurra la causal de impedimento estima que comprende a todos los jueces administrativos, pasará el expediente al superior expresando los hechos en que se fundamenta. De aceptarse el impedimento, el tribunal designará conjuez para el conocimiento del asunto.

En razón a lo anterior, corresponde a este Tribunal resolver sobre la manifestación de impedimento presentado por el Juez Primero Administrativo del Circuito de Manizales.

Al respecto, debe precisarse preliminarmente que los artículos 141 del CGP y 130 del CPACA establecen las causales de impedimento y recusación en las que pueden incurrir los magistrados y jueces. Dichas causales han sido previstas de manera taxativa con la finalidad de preservar el principio de

imparcialidad en los procesos judiciales, tal como lo ha indicado el Supremo Tribunal de lo Contencioso Administrativo³.

Así las cosas, tan pronto el funcionario judicial tenga conocimiento de que se halla inmerso en una de dichas causales debe expresar su impedimento para que, conforme a lo indicado anteriormente, su superior se pronuncie sobre el mismo, para salvaguardar la imparcialidad judicial como atributo que debe revestir a los juzgadores que tienen a su cargo el ejercicio de la función jurisdiccional, frente a lo cual el H. Consejo de Estado⁴ ha fraguado al respecto que:

“El impedimento y la recusación han sido concebidos como instrumentos idóneos establecidos por el legislador para hacer efectiva la condición de imparcialidad del juez o del funcionario judicial en la toma de decisiones. Uno y otra son figuras legales que permiten observar la transparencia dentro del proceso judicial y que autorizan a los funcionarios judiciales a alejarse del conocimiento del mismo. Las causales de impedimento son taxativas y de aplicación restrictiva, comportan una excepción al cumplimiento de la función jurisdiccional que le corresponde al Juez, y como tal, están debidamente delimitadas por el legislador y no pueden extenderse o ampliarse a criterio del juez o de las partes, por cuanto, la escogencia de quien decide no es discrecional. Para que se configuren debe existir un “interés particular, personal, cierto y actual, que tenga relación, al menos mediata, con el caso objeto de juzgamiento de manera que impida una decisión imparcial.”. Se trata de situaciones que afecten el criterio del fallador, que comprometan su independencia, serenidad de ánimo o transparencia en el proceso. La imparcialidad e independencia judicial, como objetivos superiores, están orientadas a garantizar que las actuaciones se ajusten a los principios de equidad, rectitud, honestidad y moralidad, sobre los cuales descansa el ejercicio de la función pública, artículo 209 de la Constitución Política”.

Como se puede apreciar, la causal invocada por el Juez Primero Administrativo del Circuito de Manizales es la prevista en el numeral 1 del artículo 141 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 130 del CPACA, por cuyo ministerio se dispuso lo siguiente:

*“Son causales de recusación las siguientes:
(...)”*

³ Auto de 11 de mayo de 2006; Consejero Ponente Alier Eduardo Hernández Enríquez; Exp. 47001-23-31-000-2005-00949-01(32362)

⁴ Auto de 21 de abril de dos mil nueve 2009; Consejero Ponente Víctor Hernando Alvarado; Exp. 11001-03-25-000-2005-00012-01(IMP)II; Consejo de Estado Sala Plena de lo Contencioso Administrativo

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

En relación con el alcance de la expresión “*interés directo*” contenida en el numeral 1 del artículo 141 del CGP, la H. Corte Constitucional en auto n° 334 del 2 de diciembre de 2009⁵ explicó que aquélla no sólo tiene una connotación patrimonial sino moral, y que además para que se configure, el interés debe ser actual y directo, en los siguientes términos:

“(…)

Es directo cuando el juzgador obtiene, para sí (sic) o para los suyos, una ventaja o provecho de tipo patrimonial o moral, y es actual, cuando el vicio que se endilga de la capacidad interna del juzgador, se encuentra latente o concomitante al momento de tomar la decisión. De suerte que, ni los hechos pasados, ni los hechos futuros tienen la entidad suficiente para deslegitimar la competencia subjetiva del juez.

En este orden de ideas, para que exista un interés directo en los magistrados de esta Corporación, es indispensable que frente a ellos sea predicable la existencia de alguna ventaja de tipo patrimonial a partir de las resultas del proceso. De igual manera, si lo que se pretende probar es la existencia de un interés moral, debe acreditarse con absoluta claridad la afectación de su fuero interno, o en otras palabras, de su capacidad subjetiva para deliberar y fallar”⁶. (Líneas son del texto).

Por su parte, la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia, en auto del 13 de diciembre de 2007⁷, sostuvo en relación con lo que debe entenderse por “*interés en el proceso*”, lo que se desprenderá a continuación:

“(…)

6. *Sobre la causal que está sometida a debate en el presente asunto la Sala ha expresado, en forma reiterada y pacífica*⁸, lo siguiente:

⁵ H. Corte Constitucional. Magistrada Ponente: Dra. María Victoria Calle Correa. Auto n° 334 del 2 de diciembre de 2009. Referencia: expedientes D-7882 y 7909 acum. Recusación formulada contra el Procurador General de la Nación.

⁶ Cita de cita: Cfr., Auto 080A de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, en el cual se resolvían recusaciones contra los magistrados de la Corte Constitucional.

⁷ H. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Magistrado Ponente: Dr. Yesid Ramírez Bastidas. Auto del 13 de diciembre de 2007.

⁸ Cita de cita: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de 13 de agosto de 2005, radicación 23903 y decisiones allí citadas.

“El “interés en el proceso”, debe entenderse como aquella expectativa manifiesta por la posible utilidad o menoscabo, no sólo de índole patrimonial, sino también intelectual o moral, que la solución del asunto en una forma determinada acarrearía al funcionario judicial o a sus parientes cercanos, y que, por aparecer respaldada en serios elementos de juicio, compromete la ponderación e imparcialidad del juzgador, tornando imperiosa su separación del conocimiento del proceso.

“Por lo anterior, el interés que causa el impedimento tiene que ser real, existir verdaderamente. No basta la afirmación que haga un Magistrado a su arbitrio, pues de aceptarse ese proceder, la posibilidad de apartarse del conocimiento de un caso quedaría sometida solamente a la voluntad del juez o magistrado.

“Por lo tanto, se trata de establecer “si la intervención del juez recusado o impedido en el caso concreto implicaría la obtención de un provecho, utilidad o ganancia, para sí, para su cónyuge o compañero permanente, o para sus parientes; o si el Juez, su cónyuge o compañero permanente, o alguno de sus parientes en el rango que establece la ley, profesa un sentimiento respecto de alguno de los sujetos procesales, con suficiente intensidad para hacerle inclinar su ánimo; o si existe un interés creado por otro tipo de circunstancias que permita vislumbrar la ausencia de ecuanimidad”.

Se ha agregado que:

“El interés a que alude la disposición es aquel que surge del trámite y decisión del asunto. En modo alguno de un comportamiento extraprocesal de uno de los intervinientes”⁹. (Subraya la Sala).

En el caso particular, el impedimento se fundamenta en el hecho que la prestación negada por las resoluciones cuya nulidad se solicita, es percibida en igualdad de condiciones por todos los Jueces Administrativos del Circuito, lo que en su sentir configura un interés directo en el asunto.

Para esta Sala es claro que se presenta un interés directo en cuanto a las prestaciones económicas que devengan los Jueces en el ejercicio de sus funciones, y en este caso en concreto los Jueces de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo del Circuito de Manizales, ya que patrimonialmente se obtendrían beneficios en el caso de que eventualmente se fallare a favor del accionante, y por tanto habría lugar a que se perturbe el fuero interno y la ecuanimidad del fallador encargado de este caso.

⁹ Cita de cita: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de 13 de agosto de 2005, radicación 23903 y decisiones allí citadas.

Para esta Sala es claro que se presenta un interés directo en cuanto a las prestaciones económicas que devengan los Jueces en el ejercicio de sus funciones, y en este caso en concreto los Jueces de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo del Circuito de Manizales, ya que patrimonialmente se obtendrían beneficios en el caso de que eventualmente se fallare a favor del accionante, y por tanto habría lugar a que se perturbe el fuero interno y la ecuanimidad del fallador encargado de este caso.

En otras palabras, se considera por esta Sala que, en efecto, cualquier decisión que sea adoptada en el asunto de la referencia puede afectar la objetividad e imparcialidad que deben gobernar a los Jueces Administrativos del Circuito en el ejercicio de la función jurisdiccional, pues se trata de la definición de aspectos salariales de funcionarios y empleados de la Rama Judicial.

En ese orden de ideas, al configurarse la causal discutida y al abarcar ésta a la totalidad de los Jueces Administrativos del Circuito, habrá de designarse Conjuez para resolver sobre el particular, tal como lo dispone el numeral 2 del artículo 131 del CPACA y el artículo 30 del Acuerdo 209 de 1997, *“Por el cual se establecen las reglas generales para el funcionamiento de los tribunales administrativos”*.

Se aclara que de acuerdo con el artículo 4 del Acuerdo PCSJA21-11764 del 11 de 03 marzo de 2021, relativo a la competencia y distribución de procesos al Juzgado Administrativo Transitorio de Manizales, no es posible remitir el presente asunto al mencionado Despacho.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS,

RESUELVE:

Primero. DECLÁRASE fundado el impedimento para conocer del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por la señora Valentina Giraldo Uribe contra la Nación–Rama Judicial–Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, propuesto por el Dr. Carlos Mario Arango Hoyos, en calidad de Juez Primero Administrativo del Circuito de Manizales, que comprende a todos los Jueces Administrativos del Circuito, por encontrarse incurso en la causal prevista en el numeral 1 del artículo 141 del CGP, aplicable por remisión del artículo 130 del CPACA, en atención a lo expuesto. En consecuencia,

Segundo. SEPÁRASE del conocimiento del presente asunto a los Jueces Administrativos de este Circuito y al Juzgado Administrativo Transitorio creado por la Presidencia del Consejo Superior de la Judicatura en el Acuerdo PCSJA21-11764 del 11 de marzo de 2021 para la ciudad de Manizales.

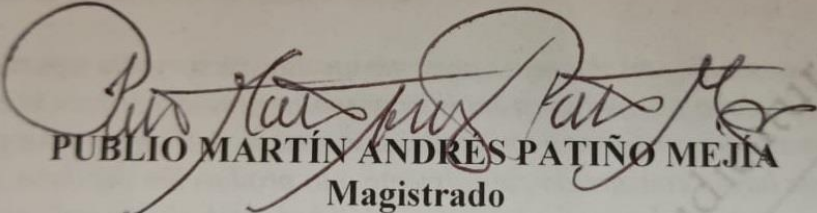
Tercero. FÍJASE como fecha para el sorteo de conjuez el día **lunes doce (12) de julio de 2021 a las once de la mañana (11:00 am).**

Cuarto. HÁGANSE las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

Notifíquese y cúmplase



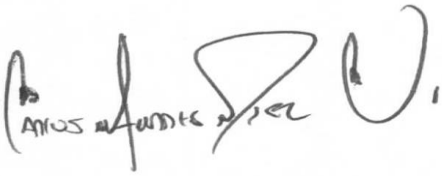
AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS <u>NOTIFICACIÓN POR ESTADO</u> No.117 FECHA: 07/07/2021  CARLOS ANDRÉS DÍEZ VARGAS Secretario (e)

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, primero (01) de julio de dos mil veintiuno (2021)

RADICADO	17001-33-33-003-2019-00028-02
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	MARÍA CONSUELO OSPINA ACEVEDO
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 demandante contra el fallo que negó pretensiones, proferido por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales en audiencia inicial celebrada el 4 de febrero de 2020.

PRETENSIONES

1. Declarar la nulidad parcial de la Resolución nro. 10247-6 del 26 de diciembre de 2018, en lo que tiene que ver con la determinación de la cuantía de la mesada pensional reconocida a la demandante que no incluyó los factores salariales de prima de servicios, bonificación por servicios prestados y prima de navidad percibida en el último año de servicios previo al cumplimiento del estatus pensional.
2. Declarar que la accionante tiene derecho a que la entidad demandada le reconozca y pague una pensión ordinaria de jubilación a partir del 9 de junio de 2018, con la inclusión de los factores salariales de prima de servicios, bonificación por servicios prestados y prima de navidad.

A título de restablecimiento del derecho pidió:

1. Condenar a la entidad demandada a que reconozca y pague una reliquidación de la pensión ordinaria de jubilación a partir del 9 de junio de 2018, con la inclusión de los factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que

adquirió el estatus de pensionada y los reconocidos a través de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas el 4 de septiembre de 2014.

2. Condenar a la accionada que en el caso concreto extienda el reconocimiento al pago de la prima de servicios, la bonificación por servicios prestados y la prima de navidad, los cuales no fueron tenidos en cuenta en la resolución que reconoció la pensión.

3. Condenar a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que sobre el monto inicial de la pensión aplique los reajustes de la ley para cada año como lo ordena la Constitución Política y la ley.

4. Condenar a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a que realice el respectivo pago de las mesadas atrasadas desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en la nómina del pensionado. Que el pago del incremento decretado se siga realizando en las mesadas futuras como reparación integral del daño.

5. Condenar a la entidad demandada al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de cada una de las diferencias en las mesadas pensionales decretadas, por tratarse de sumas de tracto sucesivo, y demás emolumentos de conformidad con el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, tomando como base la variación del Índice de Precios al Consumidor.

6. Condenar a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio al reconocimiento y pago de los intereses moratorios a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se cumpla en su totalidad la condena, como lo dispone el inciso 3 del artículo 192 del CPACA.

7. Condenar en costas a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

HECHOS

➤ La demandante laboró más de 20 años al servicio de la docencia oficial, 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 mediante Resolución nro. 7103-6 del 15 de agosto de 2018.

- La señora Ospina Acevedo adquirió el estatus pensional el 9 de junio de 2018.
- El ingreso base de liquidación de la pensión incluyó la asignación básica, la prima de vacaciones y la bonificación mensual, según Decreto nro. 1566 del 1° de junio de 2014.
- El Tribunal Administrativo de Caldas mediante sentencia del 4 de septiembre de 2014 modificó fallo del Juzgado Sexto Administrativo de Descongestión del Circuito de Manizales, y, en consecuencia, le reconoció a la demandante la prima de servicios y la bonificación por servicios prestados a partir del 7 de julio de 2005 como factores salariales, y por ello los mismos se debieron incluir en la liquidación de la pensión.
- Mediante Resolución nro. 10247-6 del 26 de diciembre de 2018, surgida de petición radicada el 13 de diciembre de 2018, le fue negada a la actora la reliquidación de la pensión de jubilación a partir del 9 de junio de 2018 con la inclusión de los factores salariales de prima de servicios y bonificación por servicios prestados, reconocidos mediante sentencia, y prima de navidad, recibidos en el último año de servicios previo al cumplimiento del estatus pensional.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Artículo 15 de la Ley 91 de 1989; artículo 1° de la 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 a los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados al servicio público antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, para efectos pensionales, se les aplica la Ley 91 de 1989; y los vinculados con posterioridad a la Ley 812 de 2003, se rigen por la Ley 100 de 1993.

Adujo que a la demandante le es aplicable la Ley 91 de 1989 así como las demás normas vigentes para ese momento como la Ley 33 de 1985, la cual dispone que la pensión de jubilación es equivalente al 75% del salario que sirvió de base para los aportes del último año de servicios, pudiendo incluir, según la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 4 de agosto de 2010, todos los rubros percibidos a título de salario, posición que se confirmó en sentencia del 14 de agosto de 2009.

Manifestó que, por lo anterior, el acto administrativo demandado no se ajusta a derecho ya que desconoce por completo lo establecido en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, que a su vez remite a los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, normas que permiten incluir en el IBL todos los factores salariales percibidos en el último año de prestación de servicios, posición que se soporta también en el concepto de salario determinado en el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo.

Precisó que en este caso es claro que la pensión de jubilación se liquidó de manera errada, y resaltó que en caso de no haberse realizado los descuentos por concepto de primas y bonificaciones que percibía la demandante, debe ordenarse el mismo en el último año de servicios.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

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

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 4 de febrero de 2020 negó pretensiones, tras plantearse como problemas jurídicos si la demandante tenía derecho a que su pensión de jubilación fuera reliquidada con la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios; y en caso de tener derecho al reajuste pensional solicitado, si se había configurado la prescripción.

Tras hacer un recuento normativo que incluyó la Ley 812 de 2003, la Ley 91 de 1989, la Ley 33 de 1985, Ley 62 de 1985, así como las sentencias de unificación del Consejo de Estado del 4 de agosto de 2010 del Consejo de Estado y 28 de agosto de 2018, concluyó que, en un cambio de postura sobre el tema, solo era procedente incluir en el IBL de la pensión de los docentes los factores salariales enlistados en el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

El juez decidió negar pretensiones, al concluir que la demandante no tenía derecho a que se le incluyeran en la base de liquidación de la pensión la prima de servicios y la prima de navidad, pues no estaban incluidas en la Ley 62 de 1985, y tampoco demostró que sobre las mismas se hubieran realizado aportes. Y en relación con la bonificación por servicios prestados manifestó que en la resolución que reconoció la pensión se indicó que se incluía la

bonificación mensual, por lo que ese factor ya se había tenido en cuenta en el cálculo de la pensión.

No condenó en costas, en atención a que hubo un cambio jurisprudencial sobre el tema.

Se plasmó en la parte resolutive:

PRIMERO. -NEGAR las pretensiones de la demanda dentro del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO instaurado por la señora MARÍA CONSUELO OSPINA ACEVEDO en contra de la NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL -FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.
SEGUNDO. -SIN COSTAS, por lo considerado.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada en primera instancia, la parte demandante presentó recurso de apelación en forma oportuna mediante memorial visible de folios 120 a 125 del archivo que en el expediente digital se denomina "01ExpedienteJuzgadoCompleto125F".

Adujo que en la sentencia de primera instancia se argumentó que, no había lugar a incluir en la base de liquidación de la pensión la bonificación por servicios prestados, ya que se había incorporado al momento de liquidar la prestación el factor bonificación mensual docente.

Señala que el *a quo*, no analizó adecuadamente la normativa que regula la pensión de la demandante, ni tampoco la sentencia de unificación del Consejo de Estado que data del 25 de abril de 2019, pues de conformidad con ella, a los docentes vinculados antes de la expedición de la Ley 812 de 2003 se les aplican las normas proferidas con anterioridad a la entrada en vigencia de esta ley, es decir, la Ley 91 de 1989, que a su vez remite al régimen pensional de los servidores públicos del orden nacional, la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de 1985.

En atención a ello, dentro de los factores enlistados en la Ley 33 de 1985 y Ley 62 del mismo año se encuentra la bonificación por servicios prestados, la cual fue devengada por la demandante en el año anterior al estatus pensional por haberse ordenado su reconocimiento desde el 7 de julio de 2005 mediante sentencia del Tribunal

Administrativo de Caldas, por lo que está probado que fue un factor que devengó en el año anterior a la adquisición del estatus pensional.

Destacó que en este caso la demandante no tiene por qué soportar la carga de verificar si por parte de la entidad empleadora se le realizaron los descuentos con destino al sistema de seguridad social, más cuando el reconocimiento de la bonificación por servicios prestados se originó en sentencia judicial en firme que fue cancelada en junio de 2019, y en ese momento en que se debieron hacer las retenciones a que hubiera lugar.

Añadió que también se cometió un error en la sentencia al equiparar la bonificación mensual docente con la bonificación por servicios prestados, ya que la primera es producto de acuerdos y decretos expedidos desde el 2014, y la bonificación por servicios prestados fue reconocida por sentencia judicial proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas.

Solicitó se revoque el fallo de primera instancia, y en su lugar se acceda a la pretensión de incluir en el IBL de la pensión la bonificación por servicios prestados, y para el efecto indicó que anexaba un comprobante de pago que da cuenta del pago de la sentencia en el cual se consignó el descuento respectivo por aportes a pensión.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante: manifestó en el escrito que ratificaba los fundamentos de hecho y derechos formulados en el recurso de apelación.

Parte demandada: no presentó alegatos de conclusión.

Ministerio Público: mediante concepto nro. 02-2021, el señor Procurador Judicial pidió confirmar la sentencia de primera instancia.

Para emitir su concepto analizó las sentencias de unificación del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2018 y 25 de abril de 2019, así como el Acto Legislativo 01 de 2005, con base en los cuales concluyó que a los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 solo se les puede incluir en el IBL de su pensión, de conformidad con la Ley 33 de 1985, los factores salariales establecidos en la Ley 62 de 1985 sobre los cuales se hubieran efectuado aportes al sistema de seguridad social; lo que lo llevó a concluir que los rubros solicitados en la demanda, devengados en el año de estatus, no podían incluirse en el IBL

de la pensión, pues no constituían factores salariales de acuerdo con la última norma citada.

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

Antes de plantear los interrogantes que se absolverán en esta sentencia, deberá destacar la Sala que, pese a que la sentencia de primera instancia negó pretensiones, en el recurso de apelación solo se plantearon argumentos en torno a incluir en el IBL de la pensión de la demandante la bonificación por servicios prestados, no los otros rubros que fueron solicitados en la demanda, prima de servicios y prima de navidad.

En atención a lo anterior, y al contenido del artículo 328 del CGP, el cual se aplica por remisión del 306 del CPACA, el problema jurídico a resolver será el siguiente:

- ¿Es procedente para el caso concreto reliquidar la pensión de jubilación de la señora María Consuelo Ospina Acevedo con inclusión en el IBL de la bonificación por servicios prestados devengada en el año anterior al cumplimiento del estatus pensional?

Lo probado

- A través de Resolución nro. 7103-6 del 15 de agosto de 2018, se reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación a la demandante en cuantía de \$2.464.299 a partir del 10/06/2018, por haber adquirido el estatus el 9/06/2018. En la base de liquidación se tuvieron en cuenta los factores de sueldo mensual, prima de vacaciones y bonificación mensual (fols. 32 y 33 archivo "01ExpedienteJuzgadoCompleto125F").
- A través de derecho de petición radicado el 13 de diciembre de 2018, la demandante solicitó el reajuste de su pensión de jubilación para que se incluyeran en el IBL la prima de servicios, la bonificación por servicios prestados y la prima de navidad (fols. 26 a 29 *ibídem*)

- Mediante Resolución nro. 10247-6 del 26 de diciembre de 2018, la secretaría de Educación del departamento de Caldas negó la solicitud de reajuste de la pensión de jubilación que presentó la demandante (fol. 23 a 25 *ibídem*).
- En el formato único para la expedición de certificado de historia laboral que data del 10 de octubre de 2018, se informó que la demandante fue nombrada mediante Decreto 190 del 11 de diciembre de 1991, y que se posesionó el 20 de enero de 1992. De igual manera se marcó con unas equis la casilla de “activo” (fol. 34 *ibídem*).
- Conforme al certificado de salarios visible a folio 36 del archivo “01ExpedienteJuzgadoCompleto125F”, la señora María Consuelo Ospina Acevedo devengó entre el 1° de enero del año 2017 y el 30 de septiembre de 2018, además de la asignación básica, prima de navidad, prima de servicios, bonificación mensual docente, prima de vacaciones docentes y horas extras.
- En el año 2009 la señora Ospina Acevedo presentó demanda con la finalidad que se declarara la nulidad del oficio GJSED nro. 1847 del 25 de agosto de 2008, que negó el reconocimiento y pago de la prima de servicios, prima de antigüedad, bonificación por servicios prestados y bonificación por recreación a partir del año 2005, al argumentarse que la demandante, en su calidad de docente, tenía derecho a percibir estos factores salariales y prestacionales en las mismas condiciones que los demás empleados de la Rama Ejecutiva. En este proceso se emitió sentencia el 16 de mayo de 2013 por parte del Juzgado Sexto Administrativo de Descongestión del Circuito de Manizales que negó pretensiones (fols. 38 a 60 *ibídem*).
- En virtud del recurso de apelación, el Tribunal Administrativo de Caldas dictó sentencia de segunda instancia el 4 de septiembre de 2014 que revocó el fallo del Juzgado Sexto Administrativo de Descongestión del Circuito de Manizales. En consecuencia, declaró la nulidad del oficio GJSED nro. 1847 del 25 de agosto de 2008, al considerar que la demandante tenía derecho a recibir los mismos factores salariales que los demás empleados de la Rama Ejecutiva, según el artículo 42 del Decreto 1042 de 1978, y ordenó pagar a la demandante la prima de servicios y la bonificación por servicios que se causaron en su favor con posterioridad al 7 de julio de 2005 (fols. 61 a 76 *ibídem*).

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 Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio 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 nro. 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, dispuso en el parágrafo transitorio 1º lo siguiente:

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

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

Señaló a propósito, en su artículo 15, lo siguiente:

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

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

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, según el formato de expedición de certificado de historia laboral, la accionante fue nombrada mediante Decreto 190 del 11 de diciembre de 1991, y se posesionó el 20 de enero de 1992.

En este orden de ideas, su vinculación fue anterior a la Ley 812 de 2003, y por ello 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*

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.

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 servicios. 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 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 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.

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 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).

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

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

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

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

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes (subrayado fuera de 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 Ospina Acevedo le reconocieron pensión de jubilación, en cuya liquidación se incluyeron la asignación básica mensual, la prima de vacaciones y la bonificación mensual, según Resolución 7103-6 de 2018.

En la demanda promovida, la parte actora reprocha que se hubieran omitido incluir en el IBL la prima de servicios, bonificación por servicios prestados y prima de navidad devengadas en el año de estatus; pero en el recurso de apelación solo insistió en la no inclusión de la bonificación por servicios prestados, al afirmar que mediante sentencia emitida por el Tribunal Administrativo de Caldas se ordenó reconocer este factor salarial a la accionante desde el 7 de julio de 2005, aunado a que el juez no ordenó su incorporación al afirmar que ya había sido tenido en cuenta en el IBL, lo que denota que confundió la bonificación mensual con la bonificación por servicios prestados, cuando es claro que se trata de dos rubros diferentes.

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 solo 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, entre los que se encuentra la bonificación por servicios prestados, factor que le fue reconocido a la demandante en sentencia emitida por el Tribunal Administrativo de Caldas el día 4 de septiembre de 2014.

Ello significa que el *a quo* incurrió en una imprecisión al considerar que este factor no debía ser incluido en la base de liquidación de la pensión porque ya hacía parte de la misma, cuando lo cierto es que el incorporado era la bonificación mensual, por lo que es necesario emitir pronunciamiento en torno al rubro que afirma la parte actora se dejó por fuera del cálculo de la pensión, y de acuerdo a lo reseñado considera la Sala que la reliquidación pensional reclamada procede respecto de la bonificación por servicios prestados recibida en el año de estatus pensional, por estar contemplado en la Ley 62 de 1985, lo que permite inferir que sobre el mismo se efectuaron los respectivos descuentos

Debe aclarar la Sala que pese a que en la Resolución nro. 7103-6 del 15 de agosto de 2018 se tuvo en cuenta la prima de vacaciones y la bonificación mensual—factores que no están incluidos en la Ley 62 de 1985—, dicho acto de reconocimiento pensional no puede modificarse en ese aspecto, pues este juez no tiene competencia, ya que la demanda solo pretende la nulidad por no incluir otros factores salariales.

Llegar a una conclusión diferente implicaría vulnerar el principio de congruencia externa, y 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.

Prescripción

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

- 1. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y este decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.*
- 2. El simple reclamo escrito del empleado oficial, formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual. (Negritas fuera de texto)*

Considera la Sala que el fenómeno de la prescripción no se configuró en el asunto bajo examen, toda vez que no transcurrieron más de tres años desde el momento en que se hizo exigible el derecho (9 de junio de 2018), la reclamación de reajuste pensional presentada

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

ante la entidad (13 de diciembre de 2018) y la presentación de la demanda (29 de enero de 2019).

Conclusión

De conformidad con la normativa y la jurisprudencia citada y con fundamento en los hechos debidamente acreditados, estima esta Sala de Decisión que a la parte demandante le asiste derecho a que su pensión de jubilación se reliquide incluyendo la bonificación por servicios prestados percibida en el año de estatus, que va del 10 de junio de 2017 al 9 de junio de 2018.

En ese sentido, se modificará la sentencia dictada en primera instancia, para acceder parcialmente a pretensiones y ordenar la reliquidación de la pensión de jubilación con la inclusión en el IBL, además de los factores ya reconocidos, con la bonificación por servicios prestados percibida por la demandante en el año de estatus.

Las sumas que resulten a favor de la parte demandante aplicando la siguiente fórmula:

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

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh) que es 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 10 de junio de 2018.

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

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

Costas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, este tribunal considera que en el presente asunto no debe

condenarse en costas, ya que, conforme a los criterios señalados en el Código General de Proceso, al ser la sentencia modificada, y no revocada totalmente no hay lugar a condenar en costas.

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: MODIFICAR la sentencia del 4 de febrero de 2020, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora **MARÍA CONSUELO OSPINA ACEVEDO** contra **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, en el sentido de **ACCEDER PARCIALMENTE** a las súplicas de la demanda, según se indica a continuación. Lo anterior, atendiendo las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR LA NULIDAD PARCIAL de la Resolución nro. 10247-6 del 26 de diciembre de 2018, en tanto negó la reliquidación de la pensión de jubilación de la señora demandante con la inclusión de la bonificación por servicios prestados como factor salarial, conforme a las consideraciones de esta sentencia.

TERCERO: En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reliquidar la pensión de jubilación de la señora **MARÍA CONSUELO OSPINA ACEVEDO**, con la inclusión en la base de liquidación, además de los factores salariales ya reconocidos, de la bonificación por servicios prestados percibida en el año de estatus, comprendido entre el 10 de junio de 2017 al 9 de junio de 2018.

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

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

QUINTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia en tanto negó las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: SIN COSTAS EN ESTA INSTANCIA, por lo brevemente expuesto.

SÉPTIMO: 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

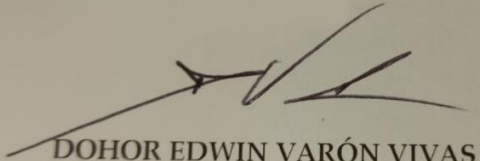
Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Virtual realizada el 01 de julio de 2021 conforme Acta n° 036 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



PATRICIA VARELA CIFUENTES
Magistrada



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 117 del 07 de julio de 2021. Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico. Manizales, CARLOS ANDRÉS DIEZ Secretario (E)
--

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, primero (01) de julio de dos mil veintiuno (2021)

RADICADO	17001-33-33-004-2017-00431-02
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	MADELLY MUÑOZ DE PÉREZ
ACCIONADO	UNIDAD ADMINISTRATIVA 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 Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales el 11 de mayo de 2020.

PRETENSIONES

1. Solicita se declare la nulidad la Resolución nro. 09218 del 28 de febrero de 2006, por medio de la cual se negó el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes a la señora Madelly Muñoz de Pérez.
2. Declarar la nulidad de la Resolución nro. 04998 del 21 de junio de 2006, mediante la cual se confirmó la Resolución nro. 09218 del 28 de febrero de 2006.

Como consecuencia de lo anterior, y título de restablecimiento del derecho:

1. Condenar a la Caja Nacional de Previsión Social Cajanal, hoy UGPP, a reconocer y pagar una pensión de sobrevivientes a la demandante de manera vitalicia desde el 18 de marzo de 1992, pero por prescripción a partir del 8 de septiembre de 2014.
2. Condenar a la demandada a cancelar los intereses moratorios de que trata el artículo 4 de la Ley 700 de 2001 y el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, que se encuentran causados

desde junio de 2006, fecha en que se resolvió de manera negativa la petición, pero por prescripción a partir del 8 de septiembre de 2016.

3. Ordenar a la entidad demandada dar cumplimiento al fallo en el término de 30 días, contados a partir de la comunicación de este.
4. Condenar de manera subsidiaria a la entidad accionada, sobre las cantidades que resulte condenada, reconocer y pagar las sumas necesarias para hacer los ajustes de valor conforme al IPC, según lo establecido en el artículo 187 del CPACA.
5. Condenar en costas a la accionada por los gastos ocasionados con la presentación de la demanda.

HECHOS

- La señora Madelly Muñoz de Pérez y el señor José Arlex Pérez contrajeron matrimonio bajo el rito católico el 3 de mayo de 1973.
- El señor José Arlex Pérez falleció el 17 de marzo de 1992, y hasta ese momento convivió con la señora Muñoz de Pérez, quien además dependía económicamente de este.
- El señor José Arlex Pérez laboró para el municipio de Filadelfia-Caldas en varios periodos comprendidos entre 1975 y 1981. Y también prestó sus servicios al departamento de Caldas, de manera interrumpida, entre 1970 y 1978.
- El señor Pérez cotizó a la Caja Nacional de Previsión Social por 3505 días.
- La actora solicitó el 17 de agosto de 2005 a Cajanal el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, o en su defecto, una indemnización sustitutiva a título de sobreviviente; prestaciones que fueron negadas mediante Resolución nro. 09218 del 20 de febrero de 2006.
- La señora Muñoz de Pérez presentó demanda en la Jurisdicción Ordinaria Laboral, proceso del que conoció el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, quien se declaró incompetente, por lo que remitió todo lo actuado a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa, correspondiéndole por reparto al Juzgado Doce Administrativo de Bogotá, quien a su vez remitió el proceso a los Juzgados Administrativos del Circuito de Manizales.

➤ El proceso le correspondió al Juzgado Octavo Administrativo de Descongestión, despacho que rechazó la demandante a través de auto del 19 de noviembre de 2013.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Artículos 46, 48 y 53 de la Constitución Política; artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo; artículos 4 y 5 de la Ley 153 de 1887; artículos 25 a 32 del Código Civil; artículos 6, 25, 26, 27 y 28 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

Afirmó que la entidad demandada se opuso al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes al considerar que el retiro del causante se dio con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, no siendo posible aplicar este cuerpo normativo de manera retroactiva, interpretación que considera quebranta la Constitución Política y los artículos mencionados, y viola los derechos fundamentales de la demandante, quien dependía económicamente del señor José Arlex Pérez.

Resaltó que la caja de previsión ignoró el compendio normativo vigente y aplicable para la fecha de la muerte del señor Pérez, Acuerdo 049 de 1990, al afirmarse que la disposición aplicable era la Ley 33 de 1985, la cual exigía 20 años de servicios para tener derecho a la pensión, requisito que según la entidad demandada no cumplió el causante de la prestación.

Con fundamento en los artículos 53 de la Constitución Política y 21 del Código Sustantivo del Trabajo indicó que, en aplicación del principio de favorabilidad, se debe acudir al Acuerdo 049 de 1990 para resolver la solicitud de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes que realizó la demandante, ya que se cumple con el requisito de las 300 semanas que en esta norma se establece para reconocer la prestación periódica que se reclama, pues el causante cotizó 500.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

La UGPP en relación con los hechos adujo que unos eran ciertos; que otros no lo eran; y que otros no le constaban. A continuación, se opuso a la prosperidad de las pretensiones.

Propuso las excepciones de:

- **Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido:** de conformidad con la normativa aplicable a este caso Ley 33 de 1985, el causante no cumplió los requisitos para acceder a una pensión, ya que solo cotizó 500 semanas, por lo que no se debe reconocer ningún

derecho a la demandante. Tampoco procede reconocer una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez porque esta prestación fue creada por la Ley 100 de 1993, norma que no estaba vigente al momento del fallecimiento del señor Pérez.

En relación con la aplicación del Acuerdo 049 de 1990, advirtió que esta norma cubría a quienes cotizaban al Instituto de los Seguros Sociales, y este no era el caso del señor Pérez.

Advirtió además que la pensión de sobrevivientes no es un derecho que se reconozca por voluntad del causante, ni es heredable, por lo que la entidad demandada siempre ha actuado de conformidad con la ley.

- **Irretroactividad:** no es posible aplicar la Ley 100 de 1993 para reconocer una pensión de sobrevivientes o una indemnización sustitutiva ya que la norma no estaba vigente al momento del fallecimiento del causante.
- **Buena fe:** la UGPP al expedir las resoluciones demandadas no actuó de manera arbitraria, amañada y mucho menos vulnerando normativa alguna.
- **Prescripción:** solicitó se declare la prescripción prevista para las acciones laborales y prestaciones periódicas contempladas en el artículo 488 del CST y 151 del CPT.
- **Genérica:** pidió se declare probada de oficio cualquier otra excepción que se encuentre probada en el proceso.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 11 de mayo de 2020 negó pretensiones, tras plantearse como problema jurídico si la demandante tenía derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación en calidad de cónyuge supérstite del señor José Arlex Pérez.

Para desatar el fondo del asunto, comenzó por analizar cuál era el régimen pensional aplicable al causante de la prestación, que incluyó la Ley 6 de 1945, Ley 4 de 1966, Ley 33 de 1973, Ley 12 de 1975 y Ley 71 de 1988.

Afirmó que en atención a la fecha del fallecimiento del señor Pérez no le era aplicable la Ley 100 de 1993, ya que no había entrado en vigencia; y añadió que al haberse acreditado

un tiempo laborado en el sector público de 500 semanas no se cumplió con el requisito de los 20 años de servicios previsto en la Ley 33 de 1985, que era la norma aplicable, por lo que la demandante no tiene derecho a la pensión de sobrevivientes, pues el señor Pérez no alcanzó a completar el tiempo de servicios para tener derecho a una pensión.

Seguidamente, y al solicitarse por la parte actora la aplicación del artículo 25 del Acuerdo 049 de 1990, en virtud del principio de favorabilidad, ya que el causante alcanzó a cotizar 500 semanas, aclaró que aunque la Corte Constitucional ha permitido acumular tiempos cotizados a cajas o fondos de previsión social o que en todo caso fueron laborados en el sector público y debieron ser cotizados, con las semanas aportadas al Instituto de Seguros Sociales para efectos de la pensión de vejez, en este caso no se había allegado ningún elemento probatorio que permitiera inferir que el señor Pérez prestó sus servicios en el sector privado.

Hizo mención a que, si bien dentro del trámite administrativo se solicitó el reconocimiento de la indemnización sustitutiva, y en los alegatos de conclusión se planteó esto como pretensión subsidiaria, este pedimento no se realizó en la demanda, por lo que el despacho se abstenía de estudiar este tema porque quebrantaría el derecho al debido proceso y defensa de la parte demandada.

Finalmente, condenó en costas a la parte actora, pero solo en el rubro de agencias en derecho.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada en primera instancia, la parte demandante presentó recurso de apelación en forma oportuna, mediante memorial visible en el archivo # 06 del expediente digital.

Nuevamente hizo mención al principio de favorabilidad en materia laboral según el artículo 53 de la Constitución Política y el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo, para insistir en que el fallador debe optar por la situación que resulte más benéfica para el trabajador, con fundamento, además, en el principio *pro homine*.

Precisó que de la redacción del Acuerdo 049 de 1990, reglamentado por el Decreto 758 del mismo año, no se advierte que el tiempo de servicios deba ser prestado en el sector privado, o con tiempos públicos más privados, sino que se acepta que aún solo con tiempos públicos se pueda acudir a esta norma para reconocer la prestación que se reclama, pues no aplicar el

acuerdo de esta manera dejaría sin fundamento el principio de favorabilidad por ser una interpretación perjudicial para el trabajador.

Hizo referencia a jurisprudencia de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia en la que se exhorta a que se aplique el régimen que resulte más favorable al solicitante de una pensión de sobrevivientes; y aclaró que la interpretación que del Decreto 758 de 1990 se ha realizado permite que se aplique el tiempo de servicios prestado a otras entidades públicas, tal como lo autorizan los artículos 13 y 36 de la Ley 100 de 1993.

En relación con la postura del Consejo de Estado precisó que esta Corporación también ha permitido la aplicación del principio de favorabilidad en casos de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, al consagrar unos requisitos que se deben respetar para ello, los cuales son:

- i) La existencia de varias fuentes formales de derecho que regulen la misma situación fáctica, lo cual ocurre en este caso con la Ley 12 de 1975 y el Acuerdo 049 de 1990.
- ii) Que las fuentes se encuentren vigentes al momento de causarse el derecho, supuesto que también se da en este proceso, ya que las dos disposiciones mencionadas eran aplicables al momento de la muerte del señor Pérez.
- iii) Que exista duda sobre cuál aplicar.
- iv) Que la fuente formal elegida se aplique en su integridad, como sería el caso del Acuerdo 049 de 1990, el cual resuelve a cabalidad la situación de la demandante.

En relación con la retrospectividad de la ley, específicamente la Ley 100 de 1993, afirmó que, aunque el deceso del causante se produjo en el año 1992, la actora ya estaba protegida por la Constitución Política de 1991; y además entre la muerte del señor Pérez y la expedición de la Ley 100 se dejó de dar solución al derecho a la seguridad social de la demandante.

En cuanto a la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes que no se estudió en la sentencia de primera instancia, en aras de no quebrantar el derecho de defensa de la contraparte porque no se había solicitado en la demanda sino en los alegatos de conclusión, sostuvo que al juez laboral le está permitido declarar los derechos que encuentre probados en uso de las facultades *ultra y extra petita*, más en este caso que los aportes que realizó el causante no están en duda.

Pidió se revoque la decisión de primera instancia y se acceda a las pretensiones de la demanda, procediendo a reconocer una pensión de sobrevivientes a la actora de conformidad

con el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año; y que en el evento que no prospere esta pretensión, de manera subsidiaria, se acceda a la devolución de los aportes o a reconocer la indemnización sustitutiva.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante: no presentó alegatos de conclusión.

Parte demandada: solicitó confirmar la sentencia de primera instancia al afirmar que la demandante no tiene derecho a la pensión de sobrevivientes que solicita ya que el causante de la misma no cumplía con los requisitos legales para acceder a una pensión, al tenor de lo establecido en la Ley 73 de 1973, Ley 12 de 1975 y Ley 33 de 1985. Y menos para que le fuera reconocida bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990.

Adujo además que las personas que rindieron declaración en este proceso hacen parte del núcleo familiar de la accionante, por lo que no son testigos que tengan un grado absoluto de credibilidad, y pidió no sean tenidos en cuenta al momento de dictar sentencia ya que fueron tachados en la diligencia de pruebas, según el artículo 211 del CGP. Y añadió que los testigos tampoco informaron sobre la efectiva convivencia de la demandante y su esposo.

Ministerio Público: no presentó alegatos de conclusión.

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

1. ¿Con fundamento en el principio de favorabilidad, tiene derecho la señora Madelly Muñoz de Pérez a que se le reconozca una pensión de sobrevivientes de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, en calidad de cónyuge supérstite del señor José Arlex Pérez?

En caso de que la respuesta anterior sea negativa se deberá determinar:

2. ¿En atención a las facultades *ultra y extra petita* que tiene el juez en materia laboral, se debe estudiar la solicitud de reconocimiento de una indemnización sustitutiva o una devolución de aportes a favor de la demandante; pretensiones que solo fueron planteadas al momento de presentar los alegatos de conclusión de primera instancia?

Lo probado

➤ El señor José Arlex Pérez y la señora Madelly Muñoz contrajeron matrimonio el día 3 de mayo de 1973, según Registro Civil de Matrimonio (fol. 59 archivo "c1fls1a137").

➤ El señor José Arlex Pérez falleció el 17 de marzo de 1992, según Registro Civil de Defunción (fol. 61 *ibídem*).

➤ Reposo certificación emitido por la Contraloría General del departamento de Caldas que da cuenta que el señor José Arlex Pérez prestó sus servicios al departamento así (fols. 62 a 66 *ibídem*):

- Filadelfia – inspección departamental: 17 de marzo de 1970 al 26 de mayo de 1970.
- Palestina- secretario inspolicia departamental: 4 de junio de 1970 al 30 de septiembre de 1970.
- Belalcázar – secretario inspolicia departamental: 1º de octubre de 1970 al 18 de julio de 1971.
- Manizales - secretario inspolicia departamental: 13 de octubre de 1971 al 31 de octubre de 1971.
- Salamina - secretario inspolicia departamental: 22 de noviembre de 1971 al 27 de marzo de 1972.
- Filadelfia – almacenista recaudador rentas departamentales: 1º de julio de 1978 al 31 de mayo de 1980.
- Filadelfia – auditor fiscal: 24 de julio de 1985 al 30 de noviembre de 1985.
- Filadelfia – maestro de obras inspector: 4 de noviembre de 1986 al 16 de septiembre de 1990.

➤ La Tesorera de Rentas Municipales de Filadelfia certificó que José Arlex Pérez laboró al servicio del municipio de Filadelfia de forma interrumpida entre el 20 de enero de 1973 al 31 de octubre de 1981 de la siguiente manera (fol. 67 *ibídem*):

- Del 20 de enero de 1975 al 27 de abril de 1975.

- Del 27 de septiembre de 1975 al 31 de diciembre de 1975.
- Del 1° de julio de 1980 al 31 de octubre de 1981.

➤ A través de Resolución nro. 09218 del 23 de marzo de 2006, Cajanal negó el reconocimiento de una sustitución pensional a la señora Madelly Muñoz de Pérez (fols. 35 a 41 *ibídem*).

➤ Mediante Resolución nro. 004998 del 21 de junio de 2006, se resolvió de manera negativa un recurso de reposición interpuesto contra el anterior acto administrativo (fols. 45 a 49 *ibídem*).

➤ Reposan declaraciones juramentadas de María Enelia Muñoz Acevedo, José Fernando Lancheros Salazar, Néstor Muñoz Acevedo y Germán Cardona Ávila, las cuales dan cuenta de la convivencia ininterrumpida entre la demandante y su esposo hasta el momento del fallecimiento de este; así como de la dependencia económica que tenía la señora Acevedo respecto del señor Pérez (fols. 95 a 102 *ibídem*).

Tacha de testimonios

En el presente proceso se recibieron las declaraciones de María Enelia Muñoz Acevedo, Néstor Muñoz Acevedo y José Fernando Lancheros Salazar, testigos que fueron tachados por la apoderada de la UGPP, en atención a la relación de parentesco que tienen con la señora Madelly Muñoz de Pérez.

Frente a la tacha de los testigos la Sala se pronunciará al momento de valorar estas pruebas, en caso de que sea necesario para resolver el proceso.

Primer problema jurídico

¿Con fundamento en el principio de favorabilidad, tiene derecho la señora Madelly Muñoz de Pérez a que se le reconozca una pensión de sobrevivientes de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, en calidad de cónyuge superstite del señor José Arlex Pérez?

Tesis: La Sala defenderá la tesis que la demandante no tiene derecho a que se le reconozca una pensión de sobrevivientes con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, ya que el causante de la prestación nunca cotizó ni estuvo

afiliado al Instituto de Seguros Sociales, hoy Administradora Colombiana de Pensiones¹, por lo que no era beneficiario de esta norma.

La señora Madelly Muñoz de Pérez solicitó ante la entidad demandada el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en calidad de cónyuge sobreviviente del señor José Arlex Pérez, la cual le fue negada mediante los actos administrativos enjuiciados al argumentarse que para el momento del fallecimiento del causante este no acreditó el tiempo de servicios necesario para reconocerle una pensión, según lo establecido en la Ley 33 de 1985.

A pesar de lo expuesto, se afirma en la demanda que para el momento del fallecimiento del causante había dos normas vigentes para reconocer la pensión de sobrevivientes, la Ley 72 (12) de 1975 y el Acuerdo 049 de 1990; y con fundamento en el principio de favorabilidad, se asegura que esta última disposición es la que se debe aplicar para reconocer la prestación que se reclama, ya que es más benéfica en relación con los requisitos que se deben acreditar.

Lo primero que deberá advertir la Sala, es que, si bien en anteriores oportunidades se aceptó aplicar de manera retrospectiva la ley para reconocer pensiones de sobrevivientes con fundamento en el principio de favorabilidad, esta posición fue replanteada por el Consejo de Estado en sentencia del 25 de abril de 2013² en la cual se esgrimió lo siguiente:

La jurisprudencia de esta Corporación³ ha considerado que en circunstancias especiales, cuando un régimen pensional especial no satisface las mínimas garantías que sí satisface el régimen general y cuando éste resulta más favorable que el especial, debe preferirse su aplicación; no obstante, es necesario tener en cuenta que la ley favorable que se debe aplicar es la que esté vigente al momento en que se habría causado el derecho.

El derecho a la pensión de sobrevivientes se causa al momento del fallecimiento del pensionado, es decir, en el caso analizado las normas que gobiernan la pensión de sobrevivientes que hubiera podido surgir con ocasión del fallecimiento del señor Jaime Reyes son las que estaban vigentes el 19 de octubre de 1985, pues fue durante su vigencia cuando se produjo el deceso y por tanto, cuando se pudo consolidar el presunto derecho reclamado.

¹ También Colpensiones

² Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección Segunda; Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero; Bogotá, D.C., veinticinco (25) de abril de dos mil trece (2013); Radicación No. 76001 23 31 000 2007 01611 01 (1605-09)

³ Ver, entre otras, las sentencia de octubre 7 de 2010, Consejero ponente Luis Rafael Vergara Quintero, radicación No. 76001-23-31-000-2007-00062-01(0761-09); febrero 18 de 2010, Consejero ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, radicación No. 08001-23-31-000-2004-00283-01(1514-08); abril 16 de 2009, Consejero ponente Víctor Hernando Alvarado Ardila, radicación No. 76001-23-31-000-2004-00293-01(2300-06).

La Ley 100 de 1993, que consagra el derecho pensional de sobrevivientes solicitado por la accionante, entró en vigencia el 1º de abril de 1994, de conformidad con lo previsto en su artículo 151, que es del siguiente tenor literal:

“ARTÍCULO 151. VIGENCIA DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES. El Sistema General de Pensiones previsto en la presente Ley, regirá a partir del 1o. de Abril de 1.994.”

Es decir, no estaba en vigencia al momento del fallecimiento del causante, razón por la cual no puede aplicarse para resolver la situación pensional aquí reclamada.

Para la Sala es evidente que lo que pretende la demandante es la aplicación retroactiva de la Ley 100 de 1993, pues considera que le es benéfica y favorece sus pretensiones; no obstante, los derechos prestacionales derivados de la muerte del señor Reyes se consolidaron a la luz de las normas vigentes al momento de su fallecimiento, lo que lleva a afirmar que no es viable la aplicación de la ley que se pretende, toda vez que ello iría en contravía del principio de irretroactividad de la ley, derivado de la Ley 153 de 1887.

La ley sustancial, por lo general, tiene la virtud de entrar a regir las situaciones que se produzcan a partir de su vigencia, pues aún no se encuentran consolidadas y, solo por excepción, rigen de manera retroactiva; sin embargo, para que ello ocurra, el contenido de la ley debe precisar lo pertinente, lo que no sucede en el caso de la Ley 100 de 1993, pues al tenor de lo dispuesto en su artículo 151 empezó a regir a partir del 1º de abril de 1994.

En las anteriores condiciones, la demandante no tiene derecho a acceder al derecho pensional consagrado en los artículos 46 a 48 de la Ley 100 de 1993, toda vez que los derechos prestacionales causados con la muerte de su cónyuge se consolidaron en vigencia de la normatividad anterior⁴, la que exigía el requisito de tener 15 o más años de servicio activo y, como no cumplió ese requisito, no era viable su reconocimiento.

Con los argumentos expuestos en forma antecedente, la Sala rectifica la posición adoptada en sentencias de abril 29 de 2010⁵ y noviembre 1º de 2012⁶, en las que, en materia de

⁴ Artículo 120 del Decreto 2063 de 1984.

⁵ Radicación No. 25000-23-25-000-2007-00832-01 (0548-09) Consejero Ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, en la que se reconoció una pensión de sobrevivientes con base en la aplicación retrospectiva de la Ley 12 de 1975, a pesar de que el fallecimiento había ocurrido en octubre de 1970.

⁶ Radicación No. 13001-23-31-000-2005-02358-01 (0682-11) Consejero Ponente Víctor Hernando Alvarado Ardila, en que se reconoció una pensión de sobrevivientes con base en la aplicación retrospectiva de la Ley 100 de 1993, a pesar de que el deceso del causante se produjo el 20 de febrero de 1991. En esta oportunidad el doctor Gerardo Arenas Monsalve salvó el voto en los siguientes términos: “Nótese además, desde el punto de vista práctico, el complejo problema que surge con la tesis mayoritaria que no se comparte, de aplicar el régimen general de la Ley 100 de 1993 a situaciones que se resolvieron plenamente antes de su vigencia. Como se trata de pensiones, y éstas no tienen término de prescripción, todos los derechos pensionales de sobrevivientes, resueltos en su momento aplicando válidamente la legislación anterior, resultan ahora sorpresivamente litigiosos, es decir, susceptibles

sustitución pensional se aplicó una ley nueva o posterior a hechos acaecidos antes de su vigencia, en ejercicio de la retrospectividad de la ley, precisando que no hay lugar a la aplicación de tal figura, toda vez que la ley que gobierna el reconocimiento de la pensión de beneficiarios es la vigente al momento del fallecimiento del causante y no una posterior. (...)" (Negrilla texto original, subrayado Sala de Decisión)

Y frente a la sentencia antes transcrita, en providencia más reciente, 27 de noviembre de 2020, el Máximo Tribunal Administrativo reiteró⁷:

Sobre el particular, la sección segunda del Consejo de Estado, en sentencia de 25 de abril de 2013⁸, criterio vigente para este tipo de asuntos, sostuvo:

[...]

La anterior posición jurisprudencial ha sido reiterada por esta Corporación en fallos de 22 de agosto de 2013⁹ y 19 de febrero¹⁰, 2 de julio¹¹ y 9 de julio de 2015¹².

En tales condiciones, el principio de favorabilidad en materia laboral es aplicable en aquellos casos en que existan dos normas o una con diferentes interpretaciones, para lo cual deberá aplicarse la más favorable, siempre que las normas en cuestión tengan vigencia para el momento en que se consolidó el derecho reclamado, en tanto que la retrospectividad comporta la aplicación inmediata de la ley a situaciones jurídicas en proceso de consolidación que venían reguladas en virtud de una norma anterior, en garantía de expectativas legítimas que no se habían perfeccionado.

Así las cosas, comoquiera que la sección segunda de esta Corporación ha reiterado el derrotero contenido en la

de discusión judicial, así el fallecimiento del causante se haya producido en vigencia de esa legislación anterior, y así se hayan reconocido los derechos derivados del régimen anterior. El principio constitucional de la sostenibilidad financiera, establecido en la Carta desde el Acto Legislativo No. 1 de 2005 queda en entredicho, con una extensión tan amplia y generalizada de la aplicación del régimen general".

⁷ Sección Segunda - Subsección "B" - Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter, veintisiete (27) de noviembre de dos mil veinte (2020), Radicación número: 05001-23-33-000-2014-01874-01(1691-18)

⁸ Expediente 76001-23-31-000-2007-01611-01 (1605-09), C. P. Luis Rafael Vergara Quintero.

⁹ Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, subsección A, expediente 88001-23-31-000-2012-00002-01 (1756-2012), C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren: «En la normatividad no existe un límite de tiempo establecido de manera expresa, dentro del cual una persona pueda buscar, en virtud del principio fundamental de favorabilidad y de igualdad, la aplicación retrospectiva del marco pensional consagrado en la Ley 100 de 1993.

Por principio de seguridad jurídica, y porque no puede darse pie a que dicho término quede al arbitrio del interesado, la aplicación retrospectiva de la ley general de seguridad social en materia pensional, debe ser limitado su uso en el tiempo, y como no existe uno fijado, razón por la que estima esta colegiatura que habrá de acudirse al régimen general de prescripción para reclamo de prestaciones sociales, previsto en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, término que se contará a partir de la entrada en vigencia del régimen pensional de la Ley 100 de 1993 -1º de abril de 1994 a nivel nacional y 30 de junio de 1995 a nivel territorial-, y cobija casos cuyos supuestos se hayan estructurado dentro de los tres (3) años anteriores a dicha fecha».

¹⁰ Expediente 05001-23-31-000-2011-00501-01 (3533-13), C. P. Luis Rafael Vergara Quintero.

¹¹ Expediente 13001-23-31-000-2011-00756-01 (300-14), C. P. Luis Rafael Vergara Quintero.

¹² Expedientes 17001-23-33-000-2013-00153-01 (1293-14) y 05001-23-33-000-2012-00166-01 (3571-13), C. P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

sentencia de 25 de abril de 2013 (en relación con la improcedencia de aplicar de manera retrospectiva la Ley 100 de 1993 y sus normas subsiguientes, en materia pensional), es claro que en la hora actual este tiene un carácter vinculante frente a los jueces de instancia de la jurisdicción contencioso-administrativa y, por ende, no puede ser desconocido al decidir asuntos semejantes.

De acuerdo a lo probado en el expediente, el señor José Arlex Pérez falleció el 17 de marzo de 1992, por lo que es diáfano, de acuerdo a las providencias reseñadas, que deberán ser las normas vigentes al momento de su muerte las que deben analizarse para determinar la procedencia de reconocer a la demandante la pensión de sobrevivientes que reclama.

Para la data de la muerte, la norma que establecía esta prestación era la Ley 12 de 1975 que dispuso:

Artículo 1º.- *El cónyuge supérstite o la compañera permanente de un trabajador particular o de un empleado o trabajador del sector público, y sus hijos menores o inválidos, tendrán derecho a la pensión de jubilación del otro cónyuge si éste falleciere antes de cumplir la edad cronológica para esta prestación, pero que hubiere completado el tiempo de servicio consagrado para ella en la Ley, o en convenciones colectivas.*

Artículo 2º.- *Este derecho lo pierde el cónyuge sobreviviente cuando por su culpa no viviere unido al otro en el momento de su fallecimiento, o cuando contraiga nuevas nupcias o haga vida marital, y los hijos por llegar a la mayoría de edad o cesar la incapacidad.*

En consecuencia, se tendrá derecho a la pensión de jubilación del cónyuge fallecido siempre y cuando este hubiere completado el tiempo de servicios consagrado para el reconocimiento de la pensión en la ley o en convenciones colectivas.

Frente al tiempo de servicio para adquirir la pensión de jubilación, la Ley 33 de 1985 determinó:

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

No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza

justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

En todo caso, a partir de la fecha de vigencia de esta Ley, ningún empleado oficial, podrá ser obligado, sin su consentimiento expreso y escrito, a jubilarse antes de la edad de sesenta años (60), salvo las excepciones que, por vía general, establezca el Gobierno.

Parágrafo 1º. *Para calcular el tiempo de servicio que da derecho a la pensión de jubilación o vejez, solo se computarán como jornadas completas de trabajo las de cuatro (4) o más horas diarias. Si las horas de trabajo señaladas para el respectivo empleo o tarea no llegan a ese límite, el cómputo se hará sumando las horas de trabajo real y dividiéndolas por cuatro (4); el resultado que así se obtenga se tomará como el de días laborados y se adicionará con los de descanso remunerado y de vacaciones, conforme a la ley.*

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

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

Parágrafo 3º. *En todo caso, los empleados oficiales que a la vigencia de esta Ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, se continuarán rigiendo por las normas anteriores a esta Ley.*

Así las cosas, y según el material probatorio, el señor Pérez laboró 500 semanas, lo que significa que no tenía los 20 años exigidos por las anteriores disposiciones para proceder al reconocimiento de la pensión de jubilación, y, en consecuencia, de sobrevivientes a favor de la actora.

Sin embargo, y como se ha advertido, se arguye en la demanda que en aplicación del principio de favorabilidad la demandante sí tiene derecho a la pensión de sobrevivientes en virtud de lo dispuesto en el Acuerdo 090 de 1990, norma que también estaba vigente al momento del fallecimiento del causante y que tiene requisitos menos exigentes que la Ley 12 de 1975, por lo que pasará la Sala a revisar este tópico pero dejando claro previamente

que al principio de favorabilidad debe acudirse cuando existen dos normas, o una, con diferentes interpretaciones, siempre y cuando estén vigentes, para de esta manera determinar cuál sería la más favorable para resolver una situación.

Al revisar el Decreto 758 de 1990, aprobatorio del Acuerdo 049 del mismo año, se encuentra que su aplicación es de carácter excepcional, pues al tenor de lo establecido en el artículo 1º este solo cubría:

1. En forma forzosa: a) Los trabajadores nacionales o extranjeros que presten sus servicios a *patronos particulares* mediante contrato de trabajo o de aprendizaje; b) ***Los funcionarios de seguridad social del Instituto de Seguros Sociales*** y, c) Los pensionados por jubilación cuyas pensiones vayan a ser compartidas con las pensiones de vejez a cargo del Instituto de Seguros Sociales o asumidas totalmente por él.
2. En forma facultativa: a) Los trabajadores independientes; b) Los sacerdotes diocesanos y miembros de las Comunidades Religiosas y, c) Los servidores de entidades oficiales del orden estatal que al 17 de julio de 1977 se encontraban registradas como patronos ante el ISS.
3. Otros sectores de población respecto de quienes se amplíe la cobertura del régimen de los seguros sociales obligatorios.

Frente a la pensión de sobrevivientes determinó el Decreto 758 de 1990:

ARTÍCULO 25. PENSION DE SOBREVIVIENTES POR MUERTE POR RIESGO COMUN. Cuando la muerte del asegurado sea de origen no profesional, habrá derecho a pensión de sobrevivientes en los siguientes casos:

a) Cuando a la fecha del fallecimiento, el asegurado haya reunido el número y densidad de cotizaciones que se exigen para adquirir el derecho a la pensión de invalidez por riesgo común y,

b) Cuando el asegurado fallecido estuviere disfrutando o tenga causado el derecho a la pensión de invalidez o de vejez según el presente Reglamento.

Para tener derecho a la pensión de invalidez por riesgo común, que sería el supuesto a aplicar en este caso ya que el señor Pérez no se había pensionado, el artículo 6 de la norma en comento dispuso:

ARTÍCULO 6o. REQUISITOS DE LA PENSION DE INVALIDEZ. Tendrán derecho a la pensión de invalidez de

origen común, las personas que reúnan las siguientes condiciones:

a) Ser inválido permanente total o inválido permanente absoluto o gran inválido y,

b) Haber cotizado para el Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, ciento cincuenta (150) semanas dentro de los seis (6) años anteriores a la fecha del estado de invalidez, o trescientas (300) semanas, en cualquier época, con anterioridad al estado de invalidez.

Es decir, la pensión de sobrevivientes se puede reconocer cuando el causante hubiera cotizado 150 semanas dentro de los 6 años anteriores, o 300 semanas en cualquier época; y en relación con este último requisito se afirma que es más benéfico, ya que el señor Pérez cotizó 500 semanas, y además el Decreto 758 de 1990 no exige que los aportes se hayan tenido que realizar al ISS, sino que se permite computar el tiempo laborado y cotizado a otras cajas de previsión como empleado público.

Pese al anterior argumento, la Sala comparte el análisis realizado en la sentencia de primera instancia frente a la aplicación del Decreto 758 de 1990, y no el que esboza la parte accionante, por lo siguiente.

Si bien es cierto la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional¹³ ha admitido, por ser la postura que mejor se ajusta a la Constitución y a los principios de favorabilidad y *pro homine* así como al derecho fundamental a la seguridad social, la posibilidad de acumular los tiempos de servicios cotizados a las cajas o fondos de previsión social, con las semanas de cotización efectuadas al ISS, por cuanto la exclusividad en los aportes a esta entidad se trata de un evento no contemplado en el Acuerdo 049 de 1990, para la Sala también debe cumplirse el supuesto de que el servidor debió cotizar al ISS en algún momento, por lo que la prestación debe ser asumida en todo o en parte por esa caja de previsión, hoy en día Colpensiones, supuesto fáctico que en este caso no se acreditó de ninguna manera.

A modo ilustración, se referencia sentencia del Máximo Tribunal Administrativo de la Sección Segunda – Subsección B del 18 de marzo de 2021, proceso radicado 54001-23-33-000-2017-00252-01(2424-19) en la cual se explicó frente a la aplicación del Decreto 758 lo siguiente:

¹³ T-522 de 2020 y T-401 de 2020

En lo atañedor al campo de aplicación de esta normativa, se advierte que cobijaba, en forma forzosa u obligatoria, a (i) los trabajadores nacionales o extranjeros que presten sus servicios a empleadores particulares mediante contrato de trabajo o de aprendizaje, (ii) los funcionarios de seguridad social del Instituto de Seguros Sociales y (iii) «Los pensionados por jubilación cuyas pensiones vayan a ser compartidas con las pensiones de vejez a cargo del Instituto de Seguros Sociales o asumidas totalmente por él»; y de manera facultativa, a los trabajadores independientes, los sacerdotes diocesanos y miembros de las comunidades religiosas y los servidores de entidades oficiales que al 17 de julio de 1977 se encontraban registradas como empleadores ante el ISS (artículo 1º).

*De igual modo, la Corte Constitucional¹⁴ ha precisado que su «[...] jurisprudencia [...] establece la posibilidad de acumular tiempos de servicio cotizado a cajas o fondos de previsión social o que, en todo caso, fueron laborados en el sector público y debieron ser cotizados, con las semanas aportadas al Instituto de Seguros Sociales, para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez bajo el régimen del Acuerdo 049 de 1990. Tal posibilidad opera tanto para acreditar las 500 semanas de cotización dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad como las 1000 semanas de tiempo cotizadas en cualquier tiempo. Adicionalmente, las solicitudes de reconocimiento pensional que se realicen con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990 deben resolverse computando los tiempos cotizados tanto en el sector público como en el privado, con indiferencia de si la fecha de causación o adquisición del derecho a la pensión de vejez operó con anterioridad a la fecha de la **Sentencia SU-769 de 2014**», con la que unificó su criterio al respecto.*

Ahora bien, en lo concerniente a la posibilidad de acumular tiempos cotizados a distintas cajas o fondos de previsión social, además al entonces ISS, hoy Colpensiones, para acreditar los requisitos previstos en el Decreto 758 de 1990, tanto la Corte Constitucional¹⁵ como el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia se han pronunciado acerca de su procedencia.

Sobre el particular, la sección segunda de esta Corporación, en providencia de 23 de abril de 2020, expediente 25000-23-42-000-2016-02417-01 (3351-2018), C. P. Gabriel Valbuena Hernández, dijo:

*Lo anterior, toda vez que tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional como de esta Sección han establecido la posibilidad de **acumular tiempos de servicio** cotizado a cajas o fondos de previsión social o que, en todo caso, fueron*

¹⁴ T-280 de 20 de junio de 2019, magistrada ponente Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹⁵ T-280 de 20 de junio de 2019, magistrada ponente Gloria Stella Ortiz Delgado.

laborados en el sector público o privado y debieron ser cotizados, con las semanas aportadas al Instituto de Seguros Sociales, indicando que dicha posibilidad opera tanto para acreditar las 500 semanas de cotización dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad como las 1000 semanas de tiempo cotizadas en cualquier tiempo.

En similar sentido se pronunció la Corte Suprema de Justicia (sala de casación laboral), en fallo de 1º de julio de 2020, expediente 70918, M. P. Iván Mauricio Lenis Gómez, al advertir:

En efecto, el literal f) del artículo 13 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establecen que para el reconocimiento de las pensiones se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio que se haya prestado en calidad de servidor público, cualquiera que sea el número de semanas o el tiempo de servicio. En el mismo sentido, se reafirma, el parágrafo 1.º del artículo 33 de dicho precepto consagra la validez de los tiempos como servidor público para el cómputo de las semanas.

Esta lectura es acorde justamente con las finalidades propias de la Ley 100 de 1993, como ley del Sistema Seguridad Social Integral, pues esta regulación permitió que las personas pudieran acumular semanas aportadas o tiempos servidos al Estado, indistintamente, para efectos de consolidar su pensión de vejez, bajo el presupuesto de que los aportes a seguridad social tengan soporte en el trabajo efectivamente realizado.

La posibilidad de la sumatoria de tiempos parte también de la propia Ley 100 de 1993, que contempló diversos instrumentos de financiación, tales como los bonos pensionales, los cálculos actuariales o las cuotas partes, que permiten contabilizar todos los tiempos servidos y cotizados para efectos del reconocimiento de las prestaciones económicas, sin distinción alguna.

En ese contexto, emerge con claridad que nada obsta para que se puedan acreditar los tiempos aportados por el actor a distintas cajas de previsión social (incluido el ISS y Colpensiones), en la medida en que, en últimas, lo que interesa es que se hayan efectuado las cotizaciones establecidas en la forma establecida en el Decreto 758 de 1990 y la prestación deba ser asumida en todo o en parte por Colpensiones.

Como se advirtió, no hay prueba dentro del expediente de una afiliación o cotizaciones realizadas al Instituto de Seguros Sociales, ya que el documento que reposa a folio 7 del cuaderno 3, identificado como formato nro. 1 "Certificado de información laboral", da cuenta que la caja o fondo al que se realizaron aportes por parte del señor Pérez durante su vida laboral fue la Caja Nacional de Previsión Social, por lo que en este caso no se configura el supuesto para sumar tiempos de servicios, y menos para considerar que el aportado exclusivamente a Cajanal puede servir para reconocer una pensión que se rige por el Acuerdo 049.

Es claro para esta Sala que el Decreto 758 de 1990 tiene unos destinatarios específicos, diferente a la Ley 33 de 1985 o a la Ley 100 de 1993, que en materia de pensiones son normas generales, y por ello no cabe la posibilidad de que una entidad distinta del ISS reconozca pretensiones establecidas en esa norma, como ocurriría en este caso, ya que no es posible atribuirle una carga prestacional a la entidad demandada que, de acuerdo con lo que se ha explicado, es de resorte exclusivo del ISS, hoy Colpensiones, respecto de sus afiliados, y por ello la demandante no tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes regulada en el decreto mencionado, en tanto no era la norma aplicable para reconocer la prestación.

Se concluye que en este caso no es necesario acudir al principio de favorabilidad para determinar qué disposición es más benéfica, pues el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes para la demandante no está regido por dos normas vigentes, en tanto el Decreto 758 de 1990 no le es aplicable, sino que lo son la Ley 72 de 1975 y la Ley 33 de 1985, frente a las cuales no se acreditaron los requisitos para reconocer la prestación periódica que se reclama.

Segundo problema jurídico

¿En atención a las facultades *ultra y extra petita* que tiene el juez en materia laboral, se debe estudiar la solicitud de reconocimiento de una indemnización sustitutiva o una devolución de aportes a favor de la demandante; pretensiones que solo fueron planteadas al momento de presentar los alegatos de conclusión de primera instancia?

Tesis: la Sala defenderá la tesis de que no es posible estudiar una pretensión que no fue planteada en las oportunidades procesales pertinentes, ya que ello vulneraría el principio de congruencia de la sentencia, justicia rogada y el derecho de defensa de la parte demandada.

El principio de congruencia de la sentencia que rige las actuaciones del juez, plasmado en el artículo 281 del CGP¹⁶, determina que una controversia jurídica está delimitada por las propias partes según lo expuesto en la demanda y la contestación, de tal manera que no le es dable al funcionario pronunciarse sobre puntos o asuntos no discutidos en el proceso; además que su decisión debe ajustarse a las conclusiones derivadas del análisis de las pruebas y los argumentos expuestos en el proceso.

Sobre este principio, y su relación con los fallos *ultra y extra petita* la Sección Cuarta del Consejo de Estado en providencia del 30 de julio de 2020, radicado 25000 23 37 000 2015 00266 01(24179) explicó:

Principio de congruencia. Sentencia ultra y extra petita.

En relación con el principio de congruencia de las sentencias y los fallos ultra y extra petita, esta Corporación ha señalado lo siguiente:

“(…) el principio de congruencia de la sentencia, en sus dos acepciones: como armonía entre la parte motiva y la resolutive del fallo (congruencia interna), y como conformidad entre la decisión y lo pedido por las partes en la demanda y en la contestación (congruencia externa)

El principio así concebido persigue la protección del derecho de las partes a obtener una decisión judicial certera sobre el asunto puesto a consideración del juez, al igual que la salvaguarda del debido proceso y del derecho de defensa del demandado, cuya actuación procesal se dirige a controvertir los argumentos y hechos expuestos en la demanda.

Igualmente, trae consigo los conceptos de fallo ultra y extrapetita, como decisiones que van más allá de lo pedido, ya sea porque se otorgan cosas adicionales a las solicitadas en la demanda (sentencia ultrapetita), o porque se reconoce algo que no se solicitó (sentencia extrapetita)¹⁷”

(Destacado fuera del texto original)

¹⁶ Aplicable por remisión del artículo 306 del CPACA

¹⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 3 de agosto de 2016, exp. 20865, C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia. En el mismo sentido, ver sentencias del 16 de septiembre del 2010, exp. 16605, C. P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez, y del 30 de agosto de 2017, exp. 20778, C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

El principio de congruencia de la sentencia tiene como finalidad garantizar que haya consonancia entre la parte motiva y la parte resolutive de la providencia (congruencia interna); al igual que haya conformidad entre lo solicitado por la partes en la demanda y en su contestación (congruencia externa).

Lo anterior a fin de salvaguardar el derecho de defensa y el debido proceso de la partes intervinientes en el proceso y, en este sentido, que en la sentencia no se decida sobre aspectos adicionales a los solicitados por las partes (fallo utrapetita), ni que se reconozca algo que no haya sido solicitado (fallo extrapetita).

Argumenta la parte actora que en este tipo de casos el juez puede hacer uso de las facultades *ultra y extra petita* para proceder a pronunciarse sobre algún derecho laboral no reclamado en la demanda, pero sí probado en el proceso; y para este caso específico reconocer una indemnización sustitutiva a la señora Acevedo de Pérez, o el reembolso de las cotizaciones que realizó el señor Pérez.

Para esta Sala no tiene asidero el anterior argumento, no solo en atención al principio de congruencia de la sentencia, sino también al de justicia rogada que rige esta jurisdicción, a diferencia de la laboral, tal como lo advirtió la Sección Segunda – Subsección A en providencia del 25 de febrero de 2021, radicado 25000-23-42-000-2013-02726-01(0421-17) en la que se precisó:

➤ ***De las facultades extra y ultra petita en el marco de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo***

(...)

En todo caso, no es viable para el juez asumir una interpretación extensiva y favorable sobre los pedimentos de los demandantes cuando estos son explícitos, pues al no existir duda en cuanto a lo instado, ir más allá implicaría aceptar una postura que en principio se avizoraría vulneratoria del debido proceso y el derecho de defensa, al no estar el presente caso en las excepciones previstas normativamente para aplicar las referidas facultades ultra y extra petita.

Sobre el particular, debe tenerse en cuenta que una de las bases adjetivas que circunscriben las actuaciones judiciales ante la presente jurisdicción, es que el proceso se desarrolla de manera general bajo la égida de la justicia rogada y excepcionalmente de oficio cuando la misma ley lo permite o en situaciones puntuales de abierta vulneración de garantías constitucionales que ameritan una protección inmediata en razón de su prevalencia.

Lo anterior cobra sentido en tanto los medios de control previstos para verificar la juridicidad de las diversas manifestaciones de la administración, deben promoverse y desenvolverse bajo los criterios y presupuestos fácticos y jurídicos que determine la parte afectada, sin que sea del caso fijar circunstancias más gravosas para el Estado, en tanto se presume ante todo la buena fe y diligencia de sus decisiones en virtud del principio de legalidad.

Lo anterior se traduce en que quien alega la vulneración de sus derechos por parte de los agentes estatales y pretende el consecuente restablecimiento de éstos, en efecto debe instar lo propio con total precisión, claridad y completitud.

Estos planteamientos tienen un respaldo constitucional en virtud del principio del debido proceso y el derivado derecho de defensa y contradicción, habida cuenta de que no es dable sorprender a la parte demandada con decisiones que afecten sus intereses cuando aquello no fue objeto de debate en la definición propia del litigio. Lo antedicho se acompasa entonces con el principio procesal de la congruencia contenido en el artículo 281 del CGP, que se predica como fundamento para que exista coherencia entre lo pretendido con la demanda, lo discutido y probado en la causa judicial y lo que debe resolver la autoridad judicial conforme a los límites que tales extremos determinen. Al respecto la norma ejusdem prevé lo siguiente:

(...)

Ahora, precisamente como se observa ut supra, la excepción a la regla en comento se contempla legalmente, pues se han previsto las facultades ultra y extra petita, las cuales implican que el juez podría fallar más allá o por fuera de lo deprecado respectivamente. Tales potestades tienen sentido en asuntos concretos y determinados como se enuncian en dicha norma, no obstante, en materia laboral el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social también consagra aquella posibilidad pues indica lo siguiente:

«ARTICULO 50. EXTRA Y ULTRA PETITA. El Juez podrá ordenar el pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones distintos de los pedidos, cuando los hechos que los originen hayan sido discutidos en el proceso y estén debidamente probados, o condenar al pago de sumas mayores que las demandadas por el mismo concepto, cuando aparezca que éstas son inferiores a las que corresponden al trabajador, de conformidad con la ley, y siempre que no hayan sido pagadas.»

Puntualmente para casos en los que se han evidenciado sentencias con decisiones por fuera de lo pretendido, esta Subsección ha fijado una posición restrictiva sobre su uso, en orden de garantizar el principio de congruencia como fundamento esencial de protección del debido proceso en el

contexto de esta jurisdicción. Frente a este punto en sentencia del 7 de octubre de 2019¹⁸ se precisó que:

«Le asiste razón a la entidad demandada al afirmar que el fallo de primera instancia es incongruente porque (i) lo solicitado en vía gubernativa (ii) las pretensiones de la demanda (iii) los argumentos del concepto de violación y (iv) la defensa de la entidad demandada, no corresponden con lo que se decidió, esto es, el reconocimiento y pago de horas extras. En otros términos, nos encontramos ante la presencia de una sentencia extra petita, que si bien en materia laboral es procedente, dado que el juez puede pronunciarse sobre el pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones distintos de los pedidos, con fundamento en el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo; lo cierto, es que el ejercicio de dicha facultad procede siempre y cuando los hechos que los originen hayan sido discutidos en el proceso y estén debidamente probados, circunstancia que no ocurrió en el sub iudice, como se evidenció. En conclusión y toda vez que en la providencia apelada se concedió un derecho que no fue reclamado en la vía judicial, la Sala de Subsección está de acuerdo en afirmar que vulneró los derechos al debido proceso, audiencia y defensa de la E.S.E. Hospital Universitario San Jorge de Pereira.»

Del mismo modo, en providencia del 30 de mayo de 2019¹⁹ se manifestó sobre el particular lo que se transcribe a continuación:

«Se evidencia que el Tribunal accionado, al confirmar la sentencia de primera instancia, se pronunció sobre un aspecto que no fue solicitado por el demandante y con ello hizo más gravosa su situación y transgredió el principio de congruencia al fallar de forma extra petita. Efectivamente, la corporación judicial decidió estudiar la forma en que debía fijarse la prima de antigüedad y llegó a la conclusión de que la misma no debía concretarse sobre un 38.5 % del 100 % de la asignación básica, sino sobre el 38.5% del 58.5 % de aquella. Sobre el particular, se recuerda que el artículo 281 del Código General del Proceso, aplicable al presente asunto por remisión expresa del artículo 306 de la Ley 1437 de 2011, dispuso que las sentencias deben ser consonantes con los hechos y pretensiones de la demanda, con las demás oportunidades previstas en el Código y con las excepciones probadas. Así mismo, señaló que el demandado no puede condenarse por objeto distinto al pretendido en la demanda ni por una causa distinta. En esa línea de pensamiento, se precisa que las sentencias judiciales deben ser congruentes con lo solicitado y discutido en el proceso, lo cual constituye una garantía del debido proceso y del derecho de defensa. Sin embargo, en el caso bajo estudio el Tribunal Administrativo de Casanare transgredió este

¹⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia del 7 de octubre de 2019. Radicado: 66001-23-31-000-2012-00065-01 (3706-14).

¹⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia del 30 de mayo de 2019. Radicado: 11001-03-15-000-2019-01946-00 (AC).

principio al ir más allá de lo solicitado en la demanda. Ciertamente, la labor de la corporación judicial se limitaba a examinar si el [actor] demostró la ilegalidad del acto administrativo demandado, pero no podía hacer más gravosa su situación y afectar los porcentajes que ya le había reconocido la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.»

Como se observa a partir de los extractos jurisprudenciales transcritos, no es dable proferir decisiones respecto de asuntos no discutidos en vía administrativa y mucho menos cuando tampoco fueron planteados en la demanda al punto de haberse incluido en el litigio con opción de pronunciamiento por parte de la demandada.

(...).

Se puede concluir que tuvo razón la *a quo* cuando se abstuvo de estudiar la pretensión subsidiaria que planteó la parte demandante en los alegatos de conclusión de primera instancia, y que nuevamente mencionó en el recurso de apelación, pues hacerlo implicaría no solo ir en contra vía de los principios de congruencia de la sentencia y justicia rogada, sino que además vulneraría el derecho de defensa y contradicción de la entidad demandada.

Y aunque es cierto que con fundamento en el artículo 50 del Código Sustantivo del Trabajo se abre la posibilidad en materia laboral de acudir a las facultades *extra y ultra petita*, ello procederá siempre y cuando los hechos que los originen hayan sido discutidos en el proceso y estén debidamente probados, circunstancia que no ocurrió en el *sub iudice*, pues como se mencionó, a más de lo planteado en el acto administrativo que negó la prestación periódica sobre la indemnización sustitutiva, nada en torno al tema se expuso en la demanda, y tampoco en el trámite judicial.

Conclusiones

Al no ser procedente acudir al Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, para estudiar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes reclamada por la accionante ya que no era la norma aplicable al causante de la prestación, y tampoco ser viable estudiar una pretensión subsidiaria que no fue planteada en las oportunidades procesales pertinentes, se confirmará la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales el día 11 de mayo de 2020.

Costas

En el presente asunto, de conformidad con el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, al evidenciarse que la demanda se presentó con manifiesta carencia de fundamento legal pues conforme se señaló en la parte motiva la disposición que se invocó para reconocer la pensión de sobrevivientes no era aplicable al causante de la prestación, se condenará en costas de segunda instancia a la parte demandante, las cuales se liquidarán conforme a los artículos 365 y 366 del CGP.

Las agencias en derecho se tasan en un valor de un salario mínimo legal mensual vigente, de conformidad con el Acuerdo PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura, a favor de la entidad demandada.

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: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales el día 11 de mayo de 2020, dentro del proceso que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instauró **MADOLLY MUÑOZ DE PÉREZ** contra **LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP**, según lo expuesto en la parte motiva.

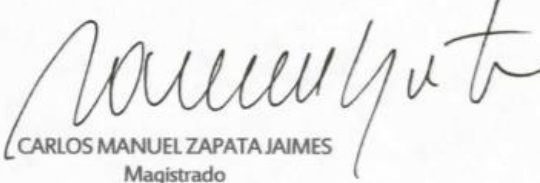
SEGUNDO: COSTAS de segunda instancia a cargo de la parte demandante, las cuales se liquidarán conforme a los artículos 365 y 366 del CGP.

Se señalan agencias en derecho en una suma igual a un salario mínimo legal mensual vigente a favor de la UGPP.

TERCERO: 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.

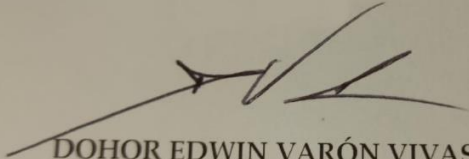
Sentencia proferida en Sala de Decisión realizada el 01 de julio de 2021 conforme Acta n°036 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



PATRICIA VARELA CIFUENTES
Magistrada



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 117 del 07 de julio de 2021. Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico. Manizales, _____ CARLOS ANDRÉS DIEZ Secretario (E)
--



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.I. 221

Asunto:	Resuelve impedimento Juez
Medio de Control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-33-005-2021-00065-02
Demandante:	María Magdalena Gómez Zuluaga
Demandado:	Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta nº 32 del 2 de julio de 2021

Manizales, dos (2) de julio de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO

Procede esta Sala de Decisión a resolver sobre la declaración de impedimento formulado por el Dr. Luis Gonzaga Moncada Cano, en calidad de Juez Quinto Administrativo del Circuito de Manizales, para conocer de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho de la referencia, en la cual aduce encontrarse incurso en la causal prevista en el numeral 1 del artículo 141 del Código General del Proceso¹, aplicable por remisión expresa del artículo 130 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo².

ANTECEDENTES

La señora María Magdalena Gómez Zuluaga, actuando debidamente representada, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda contra la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, con el fin de obtener la declaratoria de nulidad de los actos administrativos que negaron el reconocimiento y pago de la “Bonificación Judicial” como factor salarial y prestacional.

¹ En adelante CGP

² En adelante CPACA

Como consecuencia de lo anterior, se inaplique por ilegal e inconstitucional la expresión “*y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Seguridad Social en Salud*” contenida en el artículo 1º del Decreto 0383 de 2013.

Se solicitó que se le reconociera y pagara la bonificación judicial señalada en el Decreto 383 de 2013 y Decreto 1016 de 2013 como factor salarial y prestacional desde el momento de su creación, con incidencia en los emolumentos prestacionales que por imperio de la ley devenga.

El conocimiento del citado proceso correspondió, por reparto, al Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales, del cual es titular el Dr. Luis Gonzaga Moncada Cano.

Por auto del 26 de abril de 2021, el mencionado funcionario se declaró impedido para conocer del asunto, manifestando que tiene interés directo en el resultado del proceso, al tener este servidor judicial los mismos intereses salariales perseguidos por la parte demandante dentro del presente caso.

Como consecuencia, el Juez de conocimiento remitió el expediente a este Tribunal para que se surta el trámite legal que corresponda, con fundamento en lo dispuesto por el numeral 2 del artículo 131 del CPACA.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

El artículo 131 del CPACA reguló lo relativo al trámite de los impedimentos, fijando entre otras, la siguiente regla:

“Artículo 131. Trámite de los impedimentos. Para el trámite de los impedimentos se observarán las siguientes reglas:

(...)

2. Si el juez en quien concurra la causal de impedimento estima que comprende a todos los jueces administrativos, pasará el expediente al superior expresando los hechos en que se fundamenta. De aceptarse el impedimento, el tribunal designará conjuez para el conocimiento del asunto.

En razón a lo anterior, corresponde a este Tribunal resolver sobre la manifestación de impedimento presentado por el Juez Quinto Administrativo del Circuito de Manizales.

Al respecto, debe precisarse preliminarmente que los artículos 141 del CGP y 130 del CPACA establecen las causales de impedimento y recusación en

las que pueden incurrir los magistrados y jueces. Dichas causales han sido previstas de manera taxativa con la finalidad de preservar el principio de imparcialidad en los procesos judiciales, tal como lo ha indicado el Supremo Tribunal de lo Contencioso Administrativo³.

Así las cosas, tan pronto el funcionario judicial tenga conocimiento de que se halla inmerso en una de dichas causales debe expresar su impedimento para que, conforme a lo indicado anteriormente, su superior se pronuncie sobre el mismo, para salvaguardar la imparcialidad judicial como atributo que debe revestir a los juzgadores que tienen a su cargo el ejercicio de la función jurisdiccional, frente a lo cual el H. Consejo de Estado⁴ ha fraguado al respecto que:

“El impedimento y la recusación han sido concebidos como instrumentos idóneos establecidos por el legislador para hacer efectiva la condición de imparcialidad del juez o del funcionario judicial en la toma de decisiones. Uno y otra son figuras legales que permiten observar la transparencia dentro del proceso judicial y que autorizan a los funcionarios judiciales a alejarse del conocimiento del mismo. Las causales de impedimento son taxativas y de aplicación restrictiva, comportan una excepción al cumplimiento de la función jurisdiccional que le corresponde al Juez, y como tal, están debidamente delimitadas por el legislador y no pueden extenderse o ampliarse a criterio del juez o de las partes, por cuanto, la escogencia de quien decide no es discrecional. Para que se configuren debe existir un “interés particular, personal, cierto y actual, que tenga relación, al menos mediata, con el caso objeto de juzgamiento de manera que impida una decisión imparcial.”. Se trata de situaciones que afecten el criterio del fallador, que comprometan su independencia, serenidad de ánimo o transparencia en el proceso. La imparcialidad e independencia judicial, como objetivos superiores, están orientadas a garantizar que las actuaciones se ajusten a los principios de equidad, rectitud, honestidad y moralidad, sobre los cuales descansa el ejercicio de la función pública, artículo 209 de la Constitución Política”.

Como se puede apreciar, la causal invocada por el Juez Quinto Administrativo del Circuito de Manizales es la prevista en el numeral 1 del artículo 141 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 130 del CPACA, por cuyo ministerio se dispuso lo siguiente:

“Son causales de recusación las siguientes:

³ Auto de 11 de mayo de 2006; Consejero Ponente Alier Eduardo Hernández Enríquez; Exp. 47001-23-31-000-2005-00949-01(32362)

⁴ Auto de 21 de abril de dos mil nueve 2009; Consejero Ponente Víctor Hernando Alvarado; Exp. 11001-03-25-000-2005-00012-01(IMP)II; Consejo de Estado Sala Plena de lo Contencioso Administrativo

(...)

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

En relación con el alcance de la expresión “*interés directo*” contenida en el numeral 1 del artículo 141 del CGP, la H. Corte Constitucional en auto n° 334 del 2 de diciembre de 2009⁵ explicó que aquélla no sólo tiene una connotación patrimonial sino moral, y que además para que se configure, el interés debe ser actual y directo, en los siguientes términos:

“(…)

Es directo cuando el juzgador obtiene, para sí (sic) o para los suyos, una ventaja o provecho de tipo patrimonial o moral, y es actual, cuando el vicio que se endilga de la capacidad interna del juzgador, se encuentra latente o concomitante al momento de tomar la decisión. De suerte que, ni los hechos pasados, ni los hechos futuros tienen la entidad suficiente para deslegitimar la competencia subjetiva del juez.

En este orden de ideas, para que exista un interés directo en los magistrados de esta Corporación, es indispensable que frente a ellos sea predicable la existencia de alguna ventaja de tipo patrimonial a partir de las resultas del proceso. De igual manera, si lo que se pretende probar es la existencia de un interés moral, debe acreditarse con absoluta claridad la afectación de su fuero interno, o en otras palabras, de su capacidad subjetiva para deliberar y fallar”⁶. (Líneas son del texto).

Por su parte, la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia, en auto del 13 de diciembre de 2007⁷, sostuvo en relación con lo que debe entenderse por “*interés en el proceso*”, lo que se desprenderá a continuación:

“(…)

6. *Sobre la causal que está sometida a debate en el presente asunto la Sala ha expresado, en forma reiterada y pacífica*⁸, *lo siguiente:*

⁵ H. Corte Constitucional. Magistrada Ponente: Dra. María Victoria Calle Correa. Auto n° 334 del 2 de diciembre de 2009. Referencia: expedientes D-7882 y 7909 acum. Recusación formulada contra el Procurador General de la Nación.

⁶ Cita de cita: Cfr., Auto 080A de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, en el cual se resolvían recusaciones contra los magistrados de la Corte Constitucional.

⁷ H. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Magistrado Ponente: Dr. Yesid Ramírez Bastidas. Auto del 13 de diciembre de 2007.

⁸ Cita de cita: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de 13 de agosto de 2005, radicación 23903 y decisiones allí citadas.

“El “interés en el proceso”, debe entenderse como aquella expectativa manifiesta por la posible utilidad o menoscabo, no sólo de índole patrimonial, sino también intelectual o moral, que la solución del asunto en una forma determinada acarrearía al funcionario judicial o a sus parientes cercanos, y que, por aparecer respaldada en serios elementos de juicio, compromete la ponderación e imparcialidad del juzgador, tornando imperiosa su separación del conocimiento del proceso.

“Por lo anterior, el interés que causa el impedimento tiene que ser real, existir verdaderamente. No basta la afirmación que haga un Magistrado a su arbitrio, pues de aceptarse ese proceder, la posibilidad de apartarse del conocimiento de un caso quedaría sometida solamente a la voluntad del juez o magistrado.

“Por lo tanto, se trata de establecer “si la intervención del juez recusado o impedido en el caso concreto implicaría la obtención de un provecho, utilidad o ganancia, para sí, para su cónyuge o compañero permanente, o para sus parientes; o si el Juez, su cónyuge o compañero permanente, o alguno de sus parientes en el rango que establece la ley, profesa un sentimiento respecto de alguno de los sujetos procesales, con suficiente intensidad para hacerle inclinar su ánimo; o si existe un interés creado por otro tipo de circunstancias que permita vislumbrar la ausencia de ecuanimidad”.

Se ha agregado que:

“El interés a que alude la disposición es aquel que surge del trámite y decisión del asunto. En modo alguno de un comportamiento extraprocesal de uno de los intervinientes”⁹. (Subraya la Sala).

En el caso particular, el impedimento se fundamenta en el hecho que la prestación negada por las resoluciones cuya nulidad se solicita, es percibida en igualdad de condiciones por todos los Jueces Administrativos del Circuito, lo que en su sentir configura un interés directo en el asunto.

Para esta Sala es claro que se presenta un interés directo en cuanto a las prestaciones económicas que devengan los Jueces en el ejercicio de sus funciones, y en este caso en concreto los Jueces de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo del Circuito de Manizales, ya que patrimonialmente se obtendrían beneficios en el caso de que eventualmente se fallare a favor del accionante, y por tanto habría lugar a que se perturbe el fuero interno y la ecuanimidad del fallador encargado de este caso.

⁹ Cita de cita: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de 13 de agosto de 2005, radicación 23903 y decisiones allí citadas.

Para esta Sala es claro que se presenta un interés directo en cuanto a las prestaciones económicas que devengan los Jueces en el ejercicio de sus funciones, y en este caso en concreto los Jueces de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo del Circuito de Manizales, ya que patrimonialmente se obtendrían beneficios en el caso de que eventualmente se fallare a favor del accionante, y por tanto habría lugar a que se perturbe el fuero interno y la ecuanimidad del fallador encargado de este caso.

En otras palabras, se considera por esta Sala que, en efecto, cualquier decisión que sea adoptada en el asunto de la referencia puede afectar la objetividad e imparcialidad que deben gobernar a los Jueces Administrativos del Circuito en el ejercicio de la función jurisdiccional, pues se trata de la definición de aspectos salariales de funcionarios y empleados de la Rama Judicial.

En ese orden de ideas, al configurarse la causal discutida y al abarcar ésta a la totalidad de los Jueces Administrativos del Circuito, habrá de designarse Conjuez para resolver sobre el particular, tal como lo dispone el numeral 2 del artículo 131 del CPACA y el artículo 30 del Acuerdo 209 de 1997, *“Por el cual se establecen las reglas generales para el funcionamiento de los tribunales administrativos”*.

Se aclara que de acuerdo con el artículo 4 del Acuerdo PCSJA21-11764 del 11 de 03 marzo de 2021, relativo a la competencia y distribución de procesos al Juzgado Administrativo Transitorio de Manizales, no es posible remitir el presente asunto al mencionado Despacho.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS,

RESUELVE:

Primero. DECLÁRASE fundado el impedimento para conocer del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por la señora María Magdalena Gómez Zuluaga contra la Nación–Rama Judicial–Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, propuesto por el Dr. Luis Gonzaga Moncada Cano, en calidad de Juez Quinto Administrativo del Circuito de Manizales, que comprende a todos los Jueces Administrativos del Circuito, por encontrarse incurso en la causal prevista en el numeral 1 del artículo 141 del CGP, aplicable por remisión del artículo 130 del CPACA, en atención a lo expuesto. En consecuencia,

Segundo. SEPÁRASE del conocimiento del presente asunto a los Jueces Administrativos de este Circuito y al Juzgado Administrativo Transitorio creado por la Presidencia del Consejo Superior de la Judicatura en el Acuerdo PCSJA21-11764 del 11 de marzo de 2021 para la ciudad de Manizales.

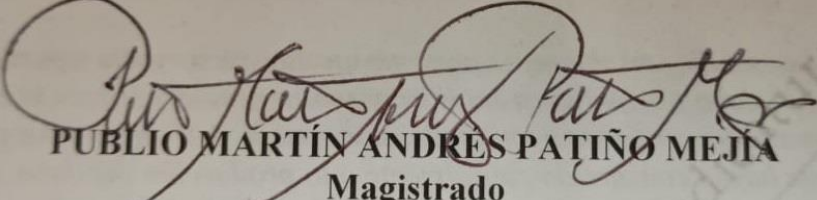
Tercero. FÍJASE como fecha para el sorteo de conjuez el día **lunes doce (12) de julio de 2021 a las once de la mañana (11:00 am).**

Cuarto. HÁGANSE las anotaciones pertinentes en el programa informático “*Justicia Siglo XXI*”.

Notifíquese y cúmplase



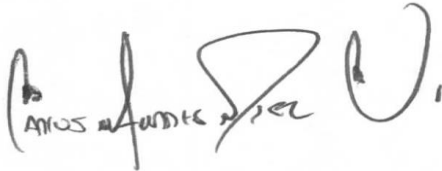
AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS	
<u>NOTIFICACIÓN POR ESTADO</u>	
No.117	
FECHA: 07/07/2021	
	
CARLOS ANDRÉS DÍEZ VARGAS	
Secretario (e)	

CONSTANCIA SECRETARIAL: A Despacho del señor Magistrado el presente Medio de Control, recibido por ventanilla virtual, proveniente del Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales con apelación de sentencia, para decidir sobre su admisión.

Manizales, seis (06) de julio de dos mil veintiuno (2021)



Carlos Andrés Díez Vargas
Secretario (E)

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, seis (06) de julio de dos mil veintiuno (2021)

RADICADO	17001-33-33-756-2015-00344-03
MEDIO DE CONTROL	REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE	ANDRÉS MAURICIO ARENAS BOLÍVAR Y OTROS
DEMANDADOS	MUNICIPIO DE ANSERMA Y CENTRAL HIDROELÉCTRICA DE CALDAS - CHEC

De conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹ **SE ADMITE** el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante el 02 de septiembre de 2020 (No. 63 Expediente Electrónico Juzgado) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales el 14 de agosto de 2020, al haberse interpuesto de manera oportuna,

¹ También CPACA

es decir, dentro de los 10 días siguientes a la notificación de la sentencia, actuación procesal que se efectuó el 21 de agosto de 2020.

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, según lo dispuesto en el artículo 247 numeral 4 del CPACA, modificado por el artículo 623 del Código General del Proceso, al considerar 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 alegaciones 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 y por estado electrónico a las demás partes, a las cuales se les enviará una vez surtido este mensaje de datos según lo dispone el inciso 3º del artículo 201 del CPACA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Maestrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a las partes por Estado Electrónico No. 117 de fecha 07 de julio de 2021. Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.

Manizales,



Carlos Andrés Díez Vargas
Secretario (E)

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, primero (01) de julio de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO No.	17001-33-39-006-2018-00405-02
CLASE	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	LUZ MARINA MANRIQUE GRAJALES
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 Sexto Administrativo del Circuito de Manizales el 8 de octubre de 2020, dentro del proceso de la referencia.

PRETENSIONES

1. **Solicita se declare** la nulidad parcial de la actuación administrativa contenida en la Resolución N° 5048-6 del 12 de junio de 2018, surgida con ocasión de la petición de fecha de 13 do Julio do 2017, en lo que tiene que ver con la determinación de la cuantía do la mesada pensional reconocida a ml mandante, por cuanto no incluyó la prima de servicios y la bonificación por servicios prestados, de acuerdo a la sentencia proferida por el Tribunal do lo Contencioso Administrativo de Caldas
2. Declarar que su representada tiene derecho a que la NACION - MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, lo reconozca y pague la Reliquidación de su Pensión Ordinaria de Jubilación, incluyendo los factores salariales prima de servicios y la bonificación por servicios prestados a partir del 19 de diciembre do 2012, (fecha status pensionado).
3. A título de restablecimiento del derecho, se ordene a la parte demandada:

3.1 Condenar a LA NACION - MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a que le reconozca y pague una reliquidación de la Pensión Ordinaria de jubilación, a partir del 19 de diciembre de 2012 (fecha de adquisición del status), incluyendo los factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que adquirió el status jurídico de pensionado y los reconocidos a través de la sentencia proferida por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Caldas de fecha 27 de junio de 2013

3.2 Que en el caso concreto extienda el reconocimiento a la bonificación por servicios prestados y a la prima de servicios los cuales no fueron tenidos en cuenta.

3.3 Ordenar a LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO que, sobre el monto inicial de la pensión reconocida, aplique los reajustes de la ley para cada año como lo ordena la Constitución Política de Colombia, y la ley.

3.4 Ordenar a LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, el respectivo pago de las mesadas atrasadas, desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en la nómina del pensionado. Que el pago del incremento decretado se siga realizando en las mesadas futuras como reparación integral del daño.

3.5 Ordenar a LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO el reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar, con motivo de la disminución del poder adquisitivo de cada una de las diferencias en las mesadas pensionales decretadas, por tratarse de sumas de tracto sucesivo, y demás emolumento con el inciso final del artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

3.6 Ordenar a LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, el reconocimiento y pago de los intereses moratorios a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se cumpla su totalidad la condena.

3.7 Condenar en costas a LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

HECHOS

1. La demandante trabajó por más de 20 años como docente oficial y cumplió con los requisitos de ley para que le fuera reconocida su pensión de jubilación adquiriendo el status de pensionada el 19 de diciembre de 2012.

2. Por medio de la Resolución No. 6277-6 del 7 de octubre de 2013, se reconoció la pensión de jubilación a la demandante, incluyendo en el IBL la asignación básica, prima de navidad y prima de vacaciones.

3. Que el tribunal Administrativo de Caldas mediante sentencia de fecha 27 de junio de 2013, modificó la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión de Manizales. y le reconoció la prima de servicios y bonificación por servicios prestados con posterioridad al 4 de junio de 2006 como factores salariales.

4. Que la actora presentó petición a la demandada para que se incluyera los factores salariales reconocidos en la sentencia y reliquidará la pensión de jubilación, el cual se resolvió de forma negativa por medio de la resolución Nro. 5048-6 del 12 de junio de 2018.

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: manifiesta que se opone a todas y cada una de las pretensiones, puesto que los actos demandados se ajustan a derecho.

Como fundamentos de defensa, esgrimió que la Ley 812 de 2003 y sus decretos reglamentarios, modificaron el concepto de aportes para el personal docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en el sentido de incluir como base de cotización para pensiones, además de la asignación básica, las horas extras y el sobresueldo.

En aplicación a lo anterior, todas las pensiones causadas con posterioridad a la vigencia del Decreto 3752 de 2003, se liquidan únicamente con la asignación básica, y en caso de que el docente haya devengado sobresueldo y horas extras, y certifique la realización de aportes por dicho concepto, también le serán incluidos como base de liquidación de su pensión.

Planteó como excepciones de fondo:

- **Inexistencia de la obligación demandada por inexistencia de causa jurídica:** que conforme a la sentencia de unificación a la actora no le asiste derecho a la reliquidación pensional solicitada.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 8 de octubre de 2020, negó las pretensiones de la demanda.

La 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 indicó 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

Inconforme con la decisión adoptada en primera instancia, la parte actora presentó recurso de alzada de forma oportuna, mediante memorial visible a PDF n°037 del expediente digital de primera instancia,

En el recurso se 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, solicita que debe revocarse el fallo de primera instancia, y ordenar la reliquidación pensional de la señora Manrique Grajales 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 Luz Marina Manrique Grajales teniendo en cuenta la bonificación por servicios prestados devengada en el último año de servicios?

LO PROBADO

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

- Que mediante la Resolución No. 6277-6 del 07 de octubre de 2013, expedida por la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, reconoció y ordenó el pago de una pensión vitalicia de jubilación a favor de la demandante, efectiva a partir del 20 de diciembre de 2012. (PDF n°004 del expediente digital).
- Con petición radicada el 13 de julio de 2017, solicitó la parte actora se le reconozca y pague la pensión de jubilación con los factores denominados prima de servicios y bonificación por servicios prestados, (Doc. 002 E.D).
- Mediante la Resolución Nro. 5048-6 del 12 de junio de 2018, la administración le negó el ajuste a la pensión de jubilación a la demandante. (Doc. 003 E.D).
- Según certificado Nro. 5073 del 26 de enero de 2017, expedido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, se certificó que la demandante devengó además del salario básico, la prima de vacaciones y la prima de navidad, entre el 1º de enero de 2011 y el 31 de diciembre de 2012. (PDF n°10 del expediente digital),
- Se allegó copia de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de del Circuito de Manizales. (PDF n°008 del expediente digital).
- Copia de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas del 27 de junio de 2013 (PDF n°009 del expediente digital).
- Mediante la Resolución n°9714-6 del 24 de diciembre de 2014 se dio cumplimiento al fallo judicial reconociendo a favor de la actora la prima de servicios y la bonificación por servicios prestados (PDF n°007 del expediente digital)

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

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

público educativo oficial, es el establecido para el magisterio en las disposiciones que regían con anterioridad.

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

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

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

Antes de la Ley 812 de 2003, la norma que regía el régimen pensional de los docentes era la Ley 91 de 1989 “*Por la cual se crea el Fondo Nacional de 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 1° 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 1° 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 1° de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1° de enero de 1990,

cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional. [...] (Negrillas fuera de texto)

Para el caso concreto, de conformidad con lo manifestado en la parte motiva de la Resolución nº 000696 del 8 de octubre de 2010 (fol. 25, C.1), la señora Luz Marina Manrique Grisales, prestó sus servicios en el ramo de la educación **desde el 20/08/1973**, 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

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”.

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 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»*.

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 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).

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

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

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

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

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.

Así pues, la Sala de Decisión encuentra que la pretensión de que se tenga en cuenta en la base de liquidación la bonificación por servicios prestados, es procedente, toda vez que de acuerdo a lo probado, ese 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 nº 6277-6 del 07 de octubre de 2013 tuvo en cuenta además de la asignación básica mensual la prima de navidad y la prima de vacaciones, para liquidar la pensión de jubilación de la parte demandante –factores que no están incluidos en la Ley 62 de 1985–, dicho acto de reconocimiento pensional no puede modificarse en ese aspecto, en tanto la nulidad solicitada sólo recae sobre la no inclusión de la prima de servicios y de la bonificación mensual 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.

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

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 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

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

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 2012/12/20.

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 07 de octubre de 2013, y la reclamación el 13 de julio de 2017, conforme a lo anterior, han prescrito las mesadas pensionales anteriores al 13 de julio de 2014, por prescripción trienal.

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 le asiste derecho a que adicionalmente a los factores reconocidos se tenga en cuenta lo recibido por bonificación por servicios prestados.

En ese sentido, se **REVOCARÁ** la sentencia de primera instancia, para declarar la nulidad parcial del acto demandado, y ordenar la inclusión de la bonificación por servicios prestados, dentro del IBL de liquidación de la pensión ordinaria de la señora Manrique Grajales.

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 mismas 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 \$ 300.000.00.

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 08 de octubre de 2020 proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora **LUZ MARINA MANRIQUE GRAJALES** contra la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**.

En su lugar:

DECLARAR la nulidad parcial de la Resolución n° 5048-6 del 12 de junio de 2018, por medio de la cual la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** negó la reliquidación de la pensión de jubilación de la señora Luz Marina Manrique Grajales.

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 inicialmente, lo percibido en el último año de servicios a título de bonificación por servicios prestados, con efectos fiscales a partir del 13 de julio de 2014 por prescripción trienal.

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

NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: 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 \$300.000.00

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

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

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

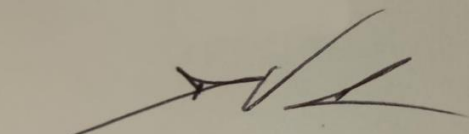
Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Virtual celebrada el 01 de julio de 2021, según Acta n°036 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



PATRICIA VARELA CIFUENTES
Magistrada



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 117 del 07 de julio de 2021. Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico. Manizales, _____ CARLOS ANDRÉS DIEZ Secretario (E)

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, primero (01) de julio de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO No.	17001-33-39-006-2019-00124-02
CLASE	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	LUZ MARINA VILLA
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 Sexto Administrativo del Circuito de Manizales el 12 de marzo de 2020, dentro del proceso de la referencia.

PRETENSIONES

1. Declarar la nulidad parcial de la actuación administrativa contenida en Resolución No 0854-6 del 14 de febrero do 2019, surgida con ocasión de la petición de fecha 01 de febrero de 2019, en lo que tiene que ver con la determinación de la prima de servicios y la bonificación por servicios prestados.
2. Declarar que su representada tiene derecho a quo la NACION - MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, lo reconozca y pague la Reliquidación do su Pensión Ordinaria de Jubilación, incluyendo los factores salariales la prima de servicios y la bonificación por servicios prestados a partir del 24 de noviembre de 2007, (fecha status pensionado).
3. A título de restablecimiento del derecho, se ordene a la parte demandada:

3.1 Condenar a LA NACION - MINISTERIO DE EDUCACION NACIONALFONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a que le reconozca y pague

una reliquidación de la pensión ordinaria de jubilación, a partir del 24 de noviembre de 2007 (fecha de adquisición del status), incluyendo los factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que adquirió el status jurídico de pensionado y los reconocidos a través de la sentencia proferida por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Caldas de fecha 21 de noviembre de 2014.

3.2 Que en el caso concreto extienda el reconocimiento a la bonificación por servicios prestados y a la prima de servicios los cuales no fueron tenidos en cuenta.

3.3 Ordenar a LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO que, sobre el monto inicial de la pensión reconocida, aplique los reajustes de la Ley para cada año como lo ordena la Constitución Política de Colombia y la ley.

3.4 Ordenar a LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, el respectivo pago de las mesadas atrasadas, desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en la nómina del pensionado. Que el pago del incremento decretado se siga realizando en las mesadas futuras como reparación integral del daño.

3.5 Ordenar a LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO el reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de cada una de las diferencias en las mesadas pensionales decretadas, por tratarse de sumas de tracto sucesivo, y demás emolumento con el inciso final del artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

3.6 Ordenar a LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, el reconocimiento y pago de los intereses moratorios a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se cumpla su totalidad la condena.

3.7 Condenar en costas a LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

HECHOS

La señora LUZ MARINA VILLA laboró más de veinte (20) años al servicio de la docencia oficial y cumplió con los requisitos establecidos por la Ley para que le fuera reconocida su pensión de jubilación.

En el IBL base de liquidación pensional se incluyó la asignación básica mensual, la prima de alimentación y la prima de vacaciones.

Mediante sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas el 21 de noviembre de 2014, le fue reconocida la prima de servicios y la bonificación por servicios prestados como factores salariales a partir del 11 de diciembre de 2005.

La demandante a través de derecho de petición solicitó que se expidiera un nuevo acto administrativo en el que se incluyera los factores salariales reconocidos en la sentencia y reliquidará la pensión de jubilación, el cual se resolvió de forma negativa por medio de la Resolución 0854-6 del 14 de febrero de 2019.

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 la demanda.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 12 de marzo de 2020, negó las pretensiones de la demanda.

La 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 indicó 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

Inconforme con la decisión adoptada en primera instancia, la parte actora presentó recurso de alzada de forma oportuna, mediante memorial visible a PDF n°024 del expediente digital de primera instancia,

En el recurso se 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 Luz Marina Villa 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 Luz Marina Villa teniendo en cuenta la bonificación por servicios prestados reconocida mediante sentencia judicial?

LO PROBADO

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

- Que mediante la Resolución No. 1691 del 17 de abril de 2008, expedida por la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, se reconoció y ordenó el pago de una pensión vitalicia de jubilación a favor de la demandante, efectiva a partir del 25 de noviembre de 2011. (PDF n°006 del expediente digital).
- Que mediante la Resolución n°9782-6 del 01 de diciembre de 2016, se reliquidó la pensión de la actora por retiro definitivo del cargo, en la cual se tuvo en cuenta además de la asignación básica mensual, la prima de alimentación, la bonificación Decreto 1566 de 2014, la prima de vacaciones y la prima de navidad (PDF n°007 del expediente digital),
- A través de petición radicada el 1 de febrero de 2017, solicitó se le reconozca y pague el a pensión de jubilación con los factores denominados prima de servicios y bonificación por servicios prestados, (PDF 005 del expediente Digital).
- Mediante la Resolución Nro. 854-6 del 14 de febrero de 2019 se negó el ajuste a la pensión de jubilación a la demandante. (PDF n°004 del expediente digital).

- Según certificado Nro. 3342, expedido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, se certificó que la demandante devengó además del salario básico, la prima de alimentación especial, la prima de servicios, la prima de vacaciones y la prima de navidad, entre el 1º de enero de 2011 y el 31 de diciembre de 2012. (PDF nº08 del expediente digital).

-

Se allegó copia de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de del Circuito de Manizales. (PDF nº011 del expediente digital).

□ Copia de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas del 27 de junio de 2013 (PDF nº012 del expediente digital).

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 nº 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, dispuso en el párrafo transitorio 1º, lo siguiente:

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

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

derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003.

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

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

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

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

2. Pensiones: [...]

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

Para el caso concreto, de conformidad con lo manifestado en la parte motiva de la Resolución n° 000696 del 8 de octubre de 2010 (fol. 25, C.1), la señora Luz Marina Villa prestó sus servicios en el ramo de la educación **desde el 20/08/1973**, 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*

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).

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

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 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.”.

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 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)*

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).

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 el IBL que le tuvieron en cuenta para la liquidación de la pensión de jubilación de la señora Luz Marina Villa incluyeron la asignación básica mensual, la prima de alimentación, la bonificación Decreto 1566 de 2014, la prima de navidad y la prima de vacaciones.

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 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.

Así pues, la Sala de Decisión encuentra que, la reliquidación pensional reclamada procede respecto de la bonificación por servicios prestados, toda vez que de acuerdo a lo probado este 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° 1691 del 17 de abril de 2008 y la Resolución n°9782-6 del 01 de diciembre de 2016, tuvieron en cuenta además de la asignación básica mensual la prima de alimentación, la bonificación Decreto 1566 de 2014, la prima de navidad y la prima de vacaciones, para liquidar y reliquidar 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 mensual 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 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

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

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 2007/11/25.

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

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 17 de abril de 2008, presentándose la reclamación de reliquidación el 01 de febrero de 2019, así las cosas, operó la prescripción de las mesadas anteriores al 1 de febrero de 2016, teniendo en cuenta la prescripción trienal de derechos laborales.

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 le asiste derecho a que adicionalmente a los factores reconocidos se tenga en cuenta lo recibido por bonificación por servicios prestados.

En ese sentido, se REVOCARÁ la sentencia de primera instancia, para declarar la nulidad parcial del acto por medio del cual se negó la reliquidación pensional, y en su lugar se ordenará la reliquidación de la pensión de jubilación de la señora Luz Marina Villa 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 mismas 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 \$ 300.000.00.

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 12 de marzo de 2020 proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora **LUZ MARINA VILLA contra la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.**

En su lugar:

DECLARAR la nulidad parcial de la Resolución n° 0854 -6 del 14 de febrero de 2019, por medio de la cual la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** negó la reliquidación de la pensión de jubilación de la señora Luz Marina Villa.

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 inicialmente, lo percibido en el último año de servicios a título de bonificación por servicios prestados. Las mesadas se reconocerán a partir del 01 de febrero de 2016.

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

NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: 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 \$300.000.00

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

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

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

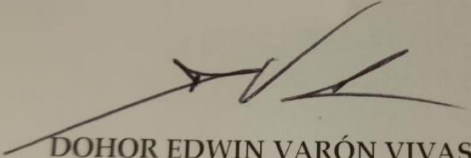
Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Virtual celebrada el 01 de julio de 2021, según Acta n°036 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



PATRICIA VARELA CIFUENTES
Magistrada



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 117 del 07 de julio de 2021. Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico. Manizales, _____ CARLOS ANDRÉS DIEZ Secretario (E)
--

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, primero (01) julio de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO No.	17-001-33-39-006-2021-00126-01.
MEDIO DE CONTROL	CUMPLIMIENTO
ACCIONANTE	DIANA PIEDAD LOAIZA VALENCIA
ACCIONADO	MUNICIPIO DE PENSILVANIA - CALDAS

Procede la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, a proferir sentencia de segunda instancia, con ocasión a la apelación interpuesta por la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales el día 15 de junio de 2021, dentro del proceso de la referencia, mediante el cual se declaró improcedente la acción.

PRETENSIONES

Se solicita por la parte actora se hagan las siguientes declaraciones:

“PRIMERA: DECLARAR que el señor JORGE ORLANDO GARCÍA RESTREPO, identificado con la C.C. 16.078.091, en calidad de alcalde Municipal de Pensilvania- Caldas, ha omitido el cumplimiento de la Ley 909 de 2004, modificada por la Ley 1960 de 2019, en concordancia con el Decreto Único Reglamentario 1083 de 2015, en relación con el uso de lista de elegibles para proveer vacancias definitivas en empleos públicos de carrera administrativa en la planta globalizada de la Alcaldía de Pensilvania- Caldas.

Como consecuencia de la anterior declaración,

SEGUNDA: ORDENAR al alcalde de Pensilvania -Caldas, señor JORGE ORLANDO GARCÍA RESTREPO, o quien haga sus veces, que de manera inmediata proceda con el nombramiento de la ciudadana DIANA PIEDAD LOAIZA VALENCIA C. C. 24.870.879, en periodo de prueba, en el empleo público de carrera (vacante definitivamente) denominado auxiliar administrativo, código 407, grado 20, identificado con el OPEC 51834, de la planta globalizada de la Alcaldía Municipal de Pensilvania- Caldas, en atención a la lista de elegibles vigente conformada mediante

resolución: Nro. CNSC – 20202230029225 del 14 de febrero de 2020, en estricto orden de mérito.

TERCERO: En atención al artículo 21 de la Ley 393 de 1997, COMPULSAR COPIAS del presente trámite a la Comisión Nacional del Servicio Civil, para que adelante las investigaciones respectivas como máximo garante del sistema de mérito, empleo público y régimen de carrera en Colombia, en uso de sus funciones de vigilancia según los literales c) y h) y el parágrafo 2º del artículo 12 de la Ley 909 de 2004, en concordancia con el Título V de la Ley 760 de 2005 y demás normatividad relacionada.

CUARTO: En atención al artículo 21 de la Ley 393 de 1997, compulsar copias(sic) del presente trámite a la Procuraduría General de la Nación, para que adelante las investigaciones disciplinarias que considere pertinentes, por las acciones y omisiones ventiladas en el presente trámite constitucional, considerando especialmente la falsa motivación contenida en la resolución Nro. Resolución Nro. 209 del 11 de mayo de 2020 emitida por el señor alcalde Municipal de Pensilvania, Caldas.

QUINTA: Condenar en costas del presente trámite constitucional a la autoridad demandada”.

HECHOS

La parte actora sustenta sus pretensiones bajo los siguientes supuestos de hecho que, en resumen, indica la Sala:

- Mediante Acuerdo Nro. CNSC – 20181000004286 del 14 de septiembre de 2018, celebrado entre la Alcaldía Municipal de Pensilvania-Caldas, y la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC) nominado: *“por el cual se establecen las reglas del concurso abierto de mérito para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de la ALCALDÍA de PENSILVANIA CALDAS”*, proceso de selección Nro. 682 de 2018 - Convocatoria Territorial Centro Oriente”, se convocó concurso público y abierto de méritos.
- El proceso de selección surtió todas sus etapas, la demandante participó en la convocatoria pública para ocupar el cargo ofertado con el Nro. OPEC 51834 del Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de la Alcaldía Municipal de Pensilvania- Caldas, denominado: auxiliar administrativo, código 407, grado 20.
- En la Resolución Nro. CNSC – 20202230029225 del 14 de febrero de 2020 *“ Por el cual se conforma y adopta la Lista de Elegibles para proveer Un (1) vacantes definitivas del empleo denominado Auxiliar Administrativo, Código 407, Grado 20, identificado con el*

Código OPE C No. 51834, del Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de la Alcaldía de Pensilvania (Caldas), Proceso de Selección No. 682 de 2018 – Convocatoria Territorial Centro Oriente", la señora DIANA PIEDAD LOAIZA VALENCIA ocupó el segundo puesto en estricto orden de elegibilidad según mérito. La lista de elegibles adquirió firmeza jurídica el día 27 de febrero de 2020 y tiene vigencia hasta el día 26 de febrero de 2022.

- La persona que ocupó primer (1) puesto en lista de elegibles: PAULA ALEXANDRA RIOS GARCÍA fue nombrada en el cargo público identificado con el OPEC 51834, denominado auxiliar administrativo, código 407, grado, 20, de la planta globalizada de la Alcaldía Municipal de Pensilvania, Caldas.
- Durante la vigencia de la lista de elegibles en comento, se generó otra vacancia definitiva en el "mismo empleo" en la misma entidad, esto es, se generó otra vacante definitiva en el empleo público de carrera administrativa identificado con el código OPEC 51834, denominado auxiliar administrativo, código 407, grado 20, de la planta globalizada de la Alcaldía Municipal de Pensilvania- Caldas. Para mayor precisión, en la actualidad existe una situación administrativa de vacancia definitiva en empleo público de la Alcaldía Municipal con la misma denominación, mismo grado, mismo código para el cual concursó mi poderdante y debe ser provisto definitivamente mediante uso de lista de elegibles vigente, atendiendo estricto orden de mérito.
- Según oficio del 27 de febrero de 2021 suscrito por el Secretario de General, Gobierno y TIC del Municipio de Pensilvania, uno de los empleos de carrera administrativa denominado Auxiliar Administrativo, código 407, grado 20, de la planta globalizada de la Alcaldía Municipal se encuentra vacante definitivamente.
- El día 17 de noviembre de 2020, el Secretario General, Gobierno, Contratación y TIC Municipal, solicitó a la CNSC autorización de uso de lista de elegibles, en relación con el empleo denominado auxiliar administrativo, código 407, grado 20 del Municipio de Pensilvania, Caldas.
- Mediante oficio 20201020915731 del 30 de noviembre de 2020 la CNSC Autorizó a la Alcaldía Municipal de Pensilvania-Caldas, el uso de lista de elegibles del empleo identificado con el OPEC Nro. 51834.

- A través de Resolución Nro. 209 del 11 de mayo de 2020, el señor alcalde de Pensilvania JORGE ORLANDO GARCÍA RESTREPO nombró en provisionalidad y, por ello, sin atender lista de elegibles vigente, a la ciudadana MÓNICA ALEXANDRA DÍAZ en el cargo denominado auxiliar administrativo, código 407, grado 20 de la Alcaldía Municipal.
- El pasado 07 de mayo de 2021, se remitió, vía electrónica, escrito de constitución en renuencia con el fin de reclamar el cumplimiento del deber legal al señor alcalde Municipal de Pensilvania, Caldas JORGE ORLANDO GARCÍA RESTREPO, con el fin de agotar el requisito de procedibilidad de la presente acción constitucional, de conformidad con el artículo 8 de la Ley 393 de 1997.

RESPUESTA A LA DEMANDA:

El Municipio de Pensilvania: El Municipio de Pensilvania-Caldas, contestó la demanda dentro del término legal concedido. Se refirió a los hechos aceptando como ciertos, el primero, segundo, tercero, cuarto, quinto (parcial), sexto, octavo, noveno y décimo primero; los restantes los desconoció.

En cuanto a las pretensiones de la demanda, hizo oposición a las mismas, formulando como excepciones las siguientes: i. *subsidiariedad de la acción de cumplimiento*, aduce que la finalidad de la acción de cumplimiento es hacer efectivo el cumplimiento de una norma con fuerza material de ley o un acto administrativo, citando para el efecto jurisprudencia del Consejo de Estado y lo dispuesto en la ley 393 de 1997, concluyendo que la parte actora no ha demostrado el perjuicio grave, necesario o urgente e inminente con el fin de ejercer la presente acción, además cuenta con otra acción como lo es la nulidad y restablecimiento del derecho; ii. *Imposibilidad de ejercer la acción de cumplimiento por cuanto es una norma que implica erogación del gasto público*, se explica conforme el artículo 9 de la ley 393 de 1997, en tanto no se puede perseguir el cumplimiento de normas que impliquen gastos y conforme el acuerdo Nro. 0165 de 2020 se hacen cobros por el uso de la lista, en respuesta a petición elevada ante la CNSC para el uso de lista se señaló que el costo es de \$482.902 y es una suma de dinero que es nuevo gasto en el presupuesto del Municipio por lo que la acción de cumplimiento no es procedente; iii. *Imposibilidad de aplicación irretroactiva de la norma*", se aduce con fundamento en los antecedentes del caso que no es procedente solicitar el cumplimiento de la ley 1960 de 2019 por no estar vigente al momento de la realización del concurso de méritos; "*falta de identificación de las normas presuntamente incumplidas*", se fundamenta en que el apoderado de la demandante no

hace mención concreta a que artículo se solicita se de orden de cumplimiento de la ley 909 de 2004 modificada por la ley 1960 de 2019 en concordancia con el decreto 1085 de 2015.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez de conocimiento luego de hacer un recuento de los hechos de la demanda, de la normativa aplicable y la jurisprudencia sobre la procedencia de la acción de cumplimiento, señala que en el caso concreto, la demandante tiene otra vía judicial para ventilar las pretensiones que se presentan en este medio de control; sin embargo, no se evidencia que lo pretendido por la actora involucre la protección de derechos fundamentales que puedan ser invocados vía acción de tutela, y así mismo, señala que las normas cuyo cumplimiento se solicita no implican gastos.

En consecuencia, de lo expuesto declaró la improcedencia del medio de control de cumplimiento, en cuanto que no se encontró acreditado el requisito de ser el mandato imperativo e inobjetable (**claro**) y, además, el ordenamiento jurídico prevé un juez natural y otros medios de control diferentes a la acción de cumplimiento.

IMPUGNACIÓN

La parte actora señala que, en el *Sub lite*, se encuentran acreditados todos los requisitos jurisprudenciales para la procedencia de la acción de cumplimiento y, por ello, el H. Tribunal Administrativo de Caldas se encuentra habilitado para adoptar la decisión de mérito que en derecho corresponde, ordenando el cumplimiento de normas con fuerza material de ley, y actos administrativos.

En el caso en concreto de la ciudadana DIANA PIEDAD LOAIZA VALENCIA, ordenando al nominador de la Alcaldía Municipal hacer uso de la lista de elegibles y proceder con el nombramiento, en periodo de prueba, atendiendo el estricto orden de mérito según la lista de elegibles que se encuentra vigente en la actualidad del empleo público identificado con el OPEC Nro. 51834, denominado auxiliar administrativo, código 407, grado 20.

De otro lado señala que, si no es procedente la acción de cumplimiento el juez tiene el deber de adecuar el trámite a la acción de tutela puesto que en el presente caso se encuentran amenazados y vulnerados derechos de naturaleza fundamental de la ciudadana DIANA PIEDAD LOAIZA VALENCIA al no ser nombrada, en periodo de prueba,

en el empleo público de carrera administrativa para el cual concursó e integra lista de elegibles que se encuentra vigente hasta el mes de febrero del año 2022. Derechos fundamentales afectados tales como: 1.) al trabajo, 2.) al mínimo vital, 3) a la Libertad de profesión u oficio, 4) al acceso a los cargos públicos, 5) a la igualdad, 6) al debido proceso administrativo (no judicial).

El Juez administrativo debe observar que en efecto esa acción y las omisiones de la autoridad nominadora municipal constituyen una palmaria transgresión de derechos de carrera administrativa y derechos de orden fundamental que deben ser reconocidos y amparados por la Jurisdicción en el presente trámite constitucional con el fin de evitar perjuicios irremediables de la demandante, a saber: sustento mínimo vital de ella y su hijo menor de edad, e inminente vencimiento de lista de elegibles que se encuentra vigente.

Señala que se debe recordar que, la lista de elegibles objeto del caso presente, tiene alcance público, y la misma responde a intereses generales de carrera administrativa que gobierna la función pública en Colombia, por ello las autoridades respectivas deben atenderla de manera estricta, no hay lugar para efectuar maniobras ilegales para desconocer la lista de elegibles vigentes por parte de la autoridad pública demandada y el Juez constitucional debe ejercer control jurisdiccional sobre el actuar de la autoridad demandada, amparando los derechos de la demandante.

Es por ello que solicita, se revoque el fallo de primera instancia y en su lugar se acceda a las pretensiones, y en caso de que se considere improcedente la acción de cumplimiento se adecue el trámite constitucional de cumplimiento al trámite de acción de tutela, según el artículo 9º de la Ley 393 de 1997, con el fin de amparar derechos fundamentales de la demandante a través del trámite correspondiente al derecho de tutela.

CONSIDERACIONES

Revisado que, en Segunda instancia, no existen irregularidades que den lugar a la nulidad de la actuación, procede la sala a resolver la impugnación.

Problema Jurídico.

¿Es procedente el medio de control de cumplimiento para ordenar a la autoridad demandada, proceder a nombrar a la actora, en un cargo que se encuentra vacante

definitivamente denominado auxiliar administrativo, código 407, grado 20, de la planta de la Alcaldía de Pensilvania-Caldas?

Recaudo probatorio

- Copia Acuerdo Nro. CNSC 20181000004286 DEL 14 -09-2018 *por el cual se establecen las reglas del concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al sistema general de carrera administrativa de la planta de personal de la ALCALDIA DE PENSILVANIA -CALDAS "proceso de selección No. 682 de 2018-convocatoria Territorial centro Oriente"*.
- Copia Resolución Nro. CNSC 20202230029225 DEL 14-02-2020, *"Por la cual se conforma y adopta la lista de elegibles para proveer UN (1) vacantes definitivas del empleo denominado Auxiliar Administrativo, Código 407, Grado 20, identificado con el Código OPEC No. 51834. Del sistema general de carrera administrativa de la planta de personal de la alcaldía de Pensilvania (Caldas), proceso de selección no. 682 de 2018-Convocatoria Territorial Centro Oriente"*.
- Copia respuesta petición de fecha 27 de febrero de 2021 remitida por el Municipio de Pensilvania a la señora Diana Piedad Loaiza Valencia.
- Copia de la resolución nro. 209 de mayo 11 de 2020 *"por medio de la cual se hace un nombramiento provisional"*, expedida por el Alcalde Municipal de Pensilvania.
- Copia oficio 20201020915741 de fecha 30-11-2020, dirigido por la CNSC al señor secretario general y de Gobierno del Municipio de Pensilvania.
- Oficio con el cual se pretende constituir en renuencia al alcalde del Municipio de Pensilvania-Caldas y respuesta a la misma expedida por el Municipio de Pensilvania.
- Copia declaración extra juicio rendida por la señora DIANA PIEDAD LOAIZA VALENCIA y de la señora ANGELA CRISTINA ARIAS ALZATE
- Copia Acuerdo Nro. CNSC 20181000006876 DEL 18 -10-2018 *por el cual se modifican los artículos 11 y 13 del acuerdo No. 20181000004286 del 14 de septiembre de 2018, en*

el que se establecen las reglas del concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al sistema general de carrera administrativa de la planta de personal de la ALCALDIA DE PENSILVANIA -CALDAS "proceso de selección No. 682 de 2018-convocatoria Territorial centro Oriente".

➤ Copia oficio 20212230302941 de fecha 22-02-2021, dirigido por la CNSC a la señora Diana Piedad Loaiza Valencia.

➤ Copia Acuerdo Municipal Nro. 019 del 25 de noviembre de 2020 *"por medio del cual se fija el presupuesto general de rentas y gastos del Municipio de Pensilvania para la vigencia fiscal comprendida entre el 1 de enero al 31 de diciembre de 2021.*

Solución al Problema Jurídico.

Naturaleza de la acción de cumplimiento

La acción de cumplimiento está instituida en el artículo 87 de la Constitución Política, como un mecanismo para que toda persona pueda *"acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una Ley o un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido"*. En igual sentido, el artículo 1° de la Ley 393 de 1997 precisa que *"Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial definida en esta Ley para hacer efectivo el cumplimiento de normas aplicables con fuerza material de Ley o actos administrativos"*.

Colombia es un estado social de derecho, y dentro de sus fines esenciales está el de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, teniendo en cuenta lo anterior y que las autoridades de la república están instituidas, entre otras cosas, para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares (artículo 2° de la Constitución Política), la acción en estudio permite la realización de este postulado logrando la eficacia material de la ley y de los actos administrativos expedidos por las diferentes autoridades en cumplimiento de sus funciones públicas.

De este modo, la acción de cumplimiento constituye el instrumento adecuado para demandar de las autoridades o de los particulares que ejercen funciones públicas, y ante

el inminente incumplimiento la efectividad de las normas con fuerza material de ley y de los actos administrativos.

Como lo señaló la Corte Constitucional *“el objeto y finalidad de esta acción es otorgarle a toda persona, natural o jurídica, e incluso a los servidores públicos, la posibilidad de acudir ante la autoridad judicial para exigir la realización o el cumplimiento del deber que surge de la ley o del acto administrativo y que es omitido por la autoridad, o el particular cuando asume este carácter. De esta manera, la referida acción se encamina a procurar la vigencia y efectividad material de las leyes y de los actos administrativos, lo cual conlleva la concreción de principios medulares del Estado Social de Derecho, que tienden a asegurar la vigencia de un orden jurídico, social y económico justo”*¹

Sin embargo, para que la acción de cumplimiento prospere, del contenido de la Ley 393 de 1997, se desprende que se deben acreditar los siguientes requisitos mínimos:

- Que el deber que se pide hacer cumplir se encuentre consignado en normas aplicables con fuerza material de ley o actos administrativos vigentes (Art. 1º)
- Que el mandato sea imperativo e inobjetable y que esté radicado en cabeza de aquella autoridad pública o del particular en ejercicio de funciones públicas que deba cumplir y frente a los cuales se haya dirigido la acción de cumplimiento.
- Que el actor pruebe la renuencia de la entidad accionada frente al cumplimiento del deber, antes de formular la demanda, bien sea por acción u omisión del exigido o por la ejecución de actos o hechos que permitan deducir su inminente incumplimiento (Art. 8º).
- El artículo 8º señala que excepcionalmente, se puede prescindir de este requisito *“cuando el cumplirlo a cabalidad genere el inminente peligro de sufrir un perjuicio irremediable”*, caso en el cual deberá ser sustentado en la demanda.
- Que el afectado no tenga o haya podido ejercer otro instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento del deber jurídico o administrativo omitido, salvo el caso que, de no proceder el juez, se produzca un perjuicio grave e inminente para quien ejerció la acción, circunstancia esta que hace procedente la acción. Por tanto, es improcedente la acción que persigue la protección de derechos que

¹ Corte Constitucional, sentencia C-157 de 1998. Magistrados Ponentes Antonio Barrera Carbonell y Hernando Herrera Vergara.

puedan ser garantizados a través de la acción de tutela o se pretenda el cumplimiento de normas que establezcan gastos a la administración (Art. 9º).

Ahora bien, respecto de la procedencia de la acción de cumplimiento en un caso de análogos hechos fácticos, el Consejo de Estado en providencia del 11 de febrero de 2021², expuso:

4.3. De la procedencia de la acción de cumplimiento

57. En el caso concreto, el accionante solicita que en cumplimiento del contenido del artículo 31, numeral 4º de la Ley 909 de 2004, modificado por el artículo 6º de la Ley 1960 de 2019, las autoridades accionadas procedan a nombrar en periodo de prueba al actor en *"...uno de los dos empleos de TÉCNICO ÁREA SALUD CÓDIGO 323 grado 03 que se encuentran en vacancia definitiva en la planta de cargos del Distrito de Santiago de Cali, empleo que corresponde a la oferta del Concurso de Méritos en el No. 437 -2017 – Valle del Cauca del cual se conformó la lista de elegibles en firme Mediante Resolución CNSC-20202320004595 del 13-01-2020, en la que el señor MONTERO SOLARTE ocupa la posición No. 6. (...)".*

58. En este orden de ideas, la Sala manifiesta que el precepto que se pide ordenar cumplir - artículo 6º de la Ley 1960 de 2019-, es actualmente exigible en la medida que no está derogado o suspendido y su cumplimiento no implica el establecimiento de gasto.

59. Tampoco se evidencia que lo pretendido por el actor involucre la protección de derechos fundamentales que puedan ser invocados vía acción de tutela, lo que torna procedente la acción de cumplimiento.

60. No obstante, en criterio de esta Sala el análisis de procedencia no se limita exclusivamente al artículo 6º de la Ley 1960 de 2019, que modificó el artículo 31 numeral 4º de la Ley 909 de 2004, porque como ya se expuso las pretensiones del demandante refieren a la utilización de la lista de elegibles de la que hace parte por haber participado en concurso de méritos para acceder al cargo de Técnico Área de la Salud, código 323, grado 03, que se encuentran en vacancia definitiva en la planta del Distrito de Santiago de Cali.

61. Es decir, no basta con que el precepto legal que se dice desatendido por las accionadas supere el juicio de procedibilidad para que esta Corporación analice de fondo sus pedimentos, por el contrario, es necesario establecer si la lista de elegibles resulta ser un acto que puede ser exigido de cumplir en el curso de la presente acción constitucional.

² Consejo De Estado; Sala De Lo Contencioso Administrativo; Sección Quinta; M.P: Rocío Araújo Oñate; Bogotá D.C., once (11) de febrero de dos mil veintiuno (2021) ; Radicación 76001-23-33-000-2020-01203-01

62. En este aspecto, lo primero que advierte la Sala es que tanto las accionadas como el demandante, afirman que la lista de elegibles que se debe tener en cuenta al momento de definir si se ordena o no el nombramiento que exige el señor Montero Solarte está contenida en la Resolución CNSC- 20202320004595 del 13 de enero de 2020, la cual se encuentra en firme; no obstante, su obediencia implica que el juez constitucional tenga que abordar un análisis de legalidad del artículo 6º de la Ley 1960 de 2019 para determinar si aplica o no a la particular situación de la accionante, con lo cual se presenta una controversia legal entre las partes que no es definible a través de este medio de control.

63. Por otra parte, el Distrito de Santiago de Cali, precisó que atendiendo el Criterio Unificado de 16 de enero de 2020, la CNSC, que aprobó el *“Uso de las listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019”, con el cual se dejó sin efecto el Criterio Unificado de fecha 01 de agosto de 2019 “Listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019”, junto con su aclaración, determinando el régimen aplicable a las listas de elegibles conformadas y en firme en los procesos de selección convocados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019.*

64. Así mismo, señaló que la CNSC y el Departamento Administrativo de la Función Pública -DAFP-, a través de la Circular Conjunta N°20191000000117 de 29 de Julio de 2019, numeral 6º, impartieron instrucciones sobre la aplicación de Ley 1960 de 2019 a partir de su entrada en vigor y en relación con los procesos de selección a los que cobija, indicó que *“El artículo 7º de la Ley 1960 de 2019, prevé: ‘(...) La presente ley rige a partir de su publicación (...)’, hecho que acaeció con la publicación realizada en el Diario Oficial N°50997 del 27 de junio de 2019.*

65. Con fundamento en lo anterior, concluyó que con las etapas definidas en el artículo 31 de la Ley 909 de 2004 y el precedente jurisprudencial, los procesos de selección existen jurídicamente desde el momento en que son aprobados por la Sala Plena de la CNSC, como consecuencia del agotamiento de la etapa previa de planeación y coordinación interinstitucional; así los procesos aprobados en sesión de Comisión hasta antes del 27 de junio de 2019 podrán ser modificados, corregidos o aclarados en cualquier de sus aspectos en los términos de la normativa que se encontraba vigente antes de la expedición de la Ley 1960 de 2019.

66. En este orden de ideas, se evidencia un debate de orden legal existente entre las partes a la hora de establecer si la Ley 1960 de 2019, aplica para el caso del demandante, que corresponde resolverla al juez natural, lo que torna improcedente el presente medio de control.

67. Por otro lado, tampoco es viable lo solicitado por el apoderado de la parte actora en memorial allegado el 8 de febrero de 2021, en el cual aduce que de conformidad con el Acuerdo 013 del 22 de enero de 2021, pueden usarse las listas de elegibles, mientras estén vigentes para proveer definitivamente las vacantes de la respectiva entidad *“...cuando*

durante la vigencia, se generen nuevas vacantes del mismo empleo o empleos equivalentes en la misma entidad”, por consiguiente, el señor Montero Solarte tiene derecho de ser nombrado en uno de los empleos vacantes, pretensión que igualmente resulta improcedente, en cuanto requiere pronunciarse respecto de la legalidad de los actos de nombramiento que se mantienen en firme.

4.4. Conclusión

68. En consecuencia de lo anterior, procede confirmar la sentencia de primera instancia que declaró la improcedencia del medio de control de cumplimiento, en cuanto el ordenamiento jurídico prevé un juez natural y otros medios de control diferentes a esta acción constitucional, conforme las razones aquí indicadas.

Conforme a la jurisprudencia en cita, es diáfano para esta Sala de decisión, que para que proceda la acción de cumplimiento, el mandato cuyo cumplimiento se exige debe ser claro en la medida que su obediencia no implique que el juez constitucional tenga que abordar análisis de legalidad de otras normas o actos administrativos a la hora de definir su procedencia, porque dicho estudio escapa a la órbita del juez de cumplimiento.

Debe ser expreso, porque el mandato que se pide cumplir tiene que constar en una norma con fuerza material de ley o de un acto administrativo y, actualmente, exigible porque se trata de hacer respetar el ordenamiento jurídico, entonces, no podrá el juez constitucional disponer el acatamiento de mandatos que ya no estén vigentes.

En el caso concreto la parte actora pretende se ordene su nombramiento en aplicación de la lista de elegibles de la cual hace parte y aún está vigente en el empleo público que se encuentra vacante definitivamente denominado auxiliar administrativo, código 407, grado 20, de la planta globalizada de la Alcaldía Municipal, según estricto orden de mérito, atendiendo lista de elegibles del empleo identificado con el OPEC Nro. 51834, contenida en la Resolución Nro. CNSC – 20202230029225 del 14 de febrero de 2020.

Teniendo en cuenta lo anterior, encuentra esta Sala que la acción de cumplimiento no es la vía idónea para las pretensiones, puesto que el argumento preponderante de la parte actora conlleva necesariamente a que se estudie legalidad del artículo 6º de la Ley 1960 de 2019 para determinar si aplica o no a la particular situación de la accionante y de legalidad de actos administrativos, entre ellos el nombramiento en provisionalidad de la señora Mónica Alexandra Díaz en el cargo denominado auxiliar administrativo, código 407, grado 20 de la Alcaldía Municipal, con lo cual se presenta una controversia legal entre las partes que no es definible a través del medio de control de cumplimiento, más

aún cuando también habría que definirse si a la fecha el ente territorial cuenta o no, con la autorización de la CNSC para proceder al uso de la lista de elegibles, puesto que conforme a lo manifestado en el escrito que da respuesta a la petición de la actora de que se dé cumplimiento a la norma en comento el municipio de Pensilvania esgrime que ... *no se tiene a la fecha la autorización de la Comisión Nacional del Servicio Civil, para hacer uso de la lista de elegibles conformada mediante Resolución Nro. CNSC 20202230029225 del 14 de febrero de 2020, en tanto si bien hubo una autorización otorgada por la CNSC mediante oficio 20201020915741, para el año 2021, se ha consultado a la Comisión nacional del Estado Civil el estado del trámite de autorización, indicando que se debía realizar nuevamente la solicitud teniendo en cuenta que habían transcurrido los 10 días otorgados*, aduce también el ente territorial accionado que *se ha solicitado nueva autorización para proceder al nombramiento en los términos indicados por la entidad competente*.

De suerte que, era dable para la actora cuestionar en sede judicial la actuación de la administración de haber nombrado, a su juicio, una persona ajena a la lista de elegibles en el cargo que corresponde en identidad o equivalencia al ofertado en la Convocatoria Nro. 682 de 2018 – Convocatoria Territorial Centro Oriente, y del cual considera es merecedora por haber adelantado satisfactoriamente las etapas; circunstancia que automáticamente desplaza la acción de cumplimiento en razón a su carácter subsidiario, impidiendo su ejercicio de primera mano para el logro de propósitos que cuentan con unas herramientas judiciales destinadas para ello.

En este orden de ideas, la actora, podía instaurar una demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho para discutir el nombramiento en el cargo que se encuentra vacante definitivamente denominado auxiliar administrativo, código 407, grado 20, de la planta globalizada de la Alcaldía Municipal de Pensilvania-Caldas por una persona sin tener en cuenta la lista de elegibles vigente, y como medida de restablecimiento solicitar la aplicación de la lista de elegibles, es decir, ser nombrada en el lugar de la persona nombrada en el dicho cargo, atendiéndose al abanico de las medidas cautelares ordinarias y de urgencia para forzar el pronunciamiento anticipado del operador judicial.

De cara a lo dicho, la actora contaba por excelencia con otro mecanismo de defensa y por tanto la acción de cumplimiento se torna improcedente, especialmente cuando no se

demonstró el acaecimiento de un perjuicio irremediable el cual debe ser grave, inminente e impostergradable que conlleve a la adopción de medidas urgentes.

En conclusión, tal y como lo consideró La juez de primera instancia, no se encuentra cumplida la condición de procedibilidad del medio de control, en tanto el mandato deba ser claro, toda vez, que se itera, existe una discusión que versa sobre la legalidad de unos actos administrativos y la existencia de un derecho particular de la actora a ser nombrada en un cargo mediante una lista de elegibles, controversia que debe ser resuelta por el juez natural de la causa, que no es el constitucional, puesto que existe otro el medio de control procedente previsto por el ordenamiento para dilucidar dicha controversia.

Por otra parte, tampoco el Juez de primera instancia podía aplicar el contenido del artículo 171 del CPACA, que da la opción de adecuar la demanda al medio de control correspondiente -que en este caso sería el de nulidad y restablecimiento del derecho, como se ha sostenido en sentencias como la del Consejo de Estado, Sección Quinta, de fecha 31 de marzo de 2011, C.P. Dr. Mauricio Torres Cuervo, radicado No 1101-03- 28-000-2000-114- 00- pues ese mismo artículo 171 lo condiciona que eso es posible, siempre y cuando, la demanda cumpla con los requisitos para su admisión, pero en el caso presente entre el acto de nombramiento en provisional que hizo el alcalde de Pensilvania-Caldas y la demanda, transcurrieron más de 4 meses, por lo que ya había operado la caducidad del medio, esto por cuanto el acto de nombramiento provisional se hizo el 11 de mayo de 2020, y según la constancia de presentación de la demanda ésta se hizo el 21 de mayo de 2021; por otro lado tampoco se allegó el requisito de procedibilidad de conciliación extrajudicial.

Ahora bien, contrario a lo considerado por la parte actora en su apelación, en el sentido de que el juez debió adecuarla a una tutela, no es susceptible de ser atendida, dado que, precisamente al existir otro medio de defensa como sería la de nulidad y restablecimiento del derecho, la tutela también se tornaba en improcedente, máxime que ahora con las normas procesales establecidas en el CPACA, se pueden desde el mismo momento de presentar la demanda, solicitar medidas cautelares, incluso de urgencia art. 234 *ibidem*.

Todo lo anterior lleva a que esta Sala de Decisión, sin necesidad de mayores elucubraciones, a confirmar la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales de fecha 15 de junio de 2021, dentro de la presente acción de cumplimiento instaurada por **DIANA PIEDAD LOAIZA VALENCIA** contra el **MUNICIPIO DE PENSILVANIA - CALDAS**.

Costas

De conformidad con lo consagrado en el artículo 188 del CPACA, no se condenará en costas, por tratarse de un medio de control constitucional.

Por lo expuesto, la Sala de Decisión del **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de ley

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales el 15 de junio de 2021, dentro de la presente acción de cumplimiento instaurada por **DIANA PIEDAD LOAIZA VALENCIA** contra el **MUNICIPIO DE PENSILVANIA - CALDAS**.

SEGUNDO: EJECUTORIADA esta sentencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

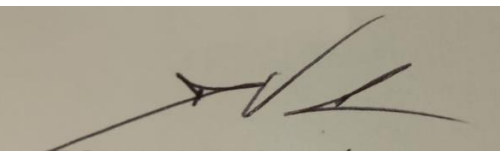
Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Virtual realizada el 01 de julio de 2021, conforme Acta n° 036 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



PATRICIA VARELA CIFUENTES
Magistrada



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 117 del 07 de julio de 2021. Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico. Manizales, CARLOS ÁNDRES DIEZ Secretario (E)



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

Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Manizales, seis (06) julio de dos mil veintiuno (2021)

A.I. 86

Acción:	Repetición
Demandante:	Departamento de Caldas
Demandado:	Jesús Antonio Bermúdez Salazar
Radicado:	17001-23-31-004-2019-00294-00

Antecedentes

Por auto del 23 de septiembre de 2019, se admitió la demanda dentro del proceso de la referencia, donde se ordenó notificar a la parte accionada y a los intervinientes.

Posteriormente por auto del 10 de febrero de 2020, se requirió a la parte actora para que brindara información, acerca de la dirección de notificación de la parte actora, como quiera que conforme a la constancia secretarial visible a folio 126, no ha sido posible comunicarse con el señor Jesús Antonio Bermúdez Salazar, ni por vía electrónica, como tampoco a la dirección suministrada, ya que la comunicación fue devuelta por la oficina de correos 4-72., por inexistencia de la dirección.

CONSIDERACIONES

En atención a lo indicado en precedente, se tiene que no ha sido posible la comparecencia del señor Jesús Antonio Bermúdez Salazar, comoquiera que la dirección de correspondencia se tiene por inexistente, y en consecuencia ha sido devuelta la comunicación.

Conforme a lo anterior, el numeral 4 del artículo 291 del CGP, aplicable a esta jurisdicción por remisión del artículo 306 del CPACA, sobre la notificación personal, la norma reza:

“Artículo 291. Practica de la notificación personal. Para la práctica de la notificación personal se procederá así:

4. Si la comunicación es devuelta con la anotación de que la dirección no existe o que la persona no reside o no trabaja en el lugar, a petición del

interesado se procederá a su emplazamiento en la forma prevista en este código.

Cuando en el lugar de destino rehusaren recibir la comunicación, la empresa de servicio postal la dejará en el lugar y emitirá constancia de ello. Para todos los efectos legales, la comunicación se entenderá entregada.

De acuerdo a la norma citada y en aras de garantizar el derecho de defensa y contradicción del demandado, se ordenará al Departamento de Caldas, llevar a cabo el emplazamiento del señor Jesús Antonio Bermúdez Salazar, de acuerdo a lo previsto en el artículo 108 del CGP, el cual dispone:

“ARTÍCULO 108. EMPLAZAMIENTO. <Ver Notas del Editor> Cuando se ordene el emplazamiento a personas determinadas o indeterminadas, se procederá mediante la inclusión del nombre del sujeto emplazado, las partes, la clase del proceso y el juzgado que lo requiere, en un listado que se publicará por una sola vez en un medio escrito de amplia circulación nacional o local, o en cualquier otro medio masivo de comunicación, a criterio del juez, para lo cual indicará al menos dos (2) medios de comunicación.

Ordenado el emplazamiento, la parte interesada dispondrá su publicación a través de uno de los medios expresamente señalados por el juez.

Si el juez ordena la publicación en un medio escrito esta se hará el domingo; en los demás casos, podrá hacerse cualquier día entre las seis (6) de la mañana y las once (11) de la noche.

El interesado allegará al proceso copia informal de la página respectiva donde se hubiere publicado el listado y si la publicación se hubiere realizado en un medio diferente del escrito, allegará constancia sobre su emisión o transmisión, suscrita por el administrador o funcionario.

Efectuada la publicación de que tratan los incisos anteriores, la parte interesada remitirá una comunicación al Registro Nacional de Personas Emplazadas incluyendo el nombre del sujeto emplazado, su número de identificación, si se conoce, las partes del proceso, su naturaleza y el juzgado que lo requiere.

El Registro Nacional de Personas Emplazadas publicará la información remitida y el emplazamiento se entenderá surtido quince (15) días después de publicada la información de dicho registro.

Surtido el emplazamiento se procederá a la designación de curador ad litem, si a ello hubiere lugar.

PARÁGRAFO PRIMERO. El Consejo Superior de la Judicatura llevará el Registro Nacional de Personas Emplazadas y determinará la forma de darle publicidad. El Consejo Superior de la Judicatura garantizará el acceso al Registro Nacional de Personas Emplazadas a través de Internet y establecerá una base de datos que deberá permitir la consulta de la información del registro, por lo menos, durante un (1) año contado a partir de la publicación del emplazamiento.

El Consejo Superior de la Judicatura podrá disponer que este registro se publique de manera unificada con el Registro Nacional de Apertura de Procesos de Pertenencia, el Registro Nacional de Apertura de Procesos de Sucesión y las demás bases de datos que por ley o reglamento le corresponda administrar.

PARÁGRAFO SEGUNDO. La publicación debe comprender la permanencia del contenido del emplazamiento en la página web del respectivo medio de comunicación, durante el término del emplazamiento.”

De acuerdo al precepto normativo, se ordena que el emplazamiento debe realizarse en un periódico de amplia circulación territorial y nacional.

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE

PRIMERO: ORDÉNESE al Departamento de Caldas, realizar el emplazamiento del señor Jesús Antonio Bermúdez Salazar, de conformidad con lo señalado en los artículos 108 y 291 numeral 4 del CGP.

SEGUNDO: Por Secretaría, Elabórese el edicto emplazatorio para llevar a cabo la notificación del auto fechado del 23 de septiembre de 2019, por medio del cual se admitió la demanda de repetición presentada por el Departamento de Caldas, en contra del señor Jesús Antonio Bermúdez Salazar, con el número de radicación.

El Departamento de Caldas deberá publicar en un día domingo, en periódico de amplia circulación territorial y nacional, el edicto emplazatorio, indicando el nombre del emplazado, las partes del proceso, la naturaleza del proceso, número de expediente y el Despacho que ordena el Emplazamiento.

TERCERO: Cumplido lo anterior, el Departamento de Caldas, deberá allegar al proceso prueba donde conste la publicación del emplazamiento.

CUARTO: Efectuada la publicación por Secretaría, Remítase comunicación al Registro Nacional de Personas Emplazadas, incluyendo el nombre de la persona emplazada, su número de identificación, si se conoce, las partes del proceso, y el Despacho Judicial que lo requiere.

QUINTO: El emplazamiento se entenderá surtido quince (15) días después de publicada la información en el Registro Nacional de Personas Emplazadas.

SEXTO: Cumplido lo anterior, INGRÉSESE de inmediato el expediente a Despacho para proveer lo que corresponda.

NOTIFÍQUESE



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
<u>NOTIFICACIÓN POR ESTADO</u>
No. 117
FECHA: 07/07/2021
HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA UNITARIA DE DECISIÓN

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, seis (06) de julio de dos mil veintiuno (2021).

A.I. 121

Radicado: 17-001-23-33-000-2013-00265-00
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Andrés Mauricio Montoya Betancur y otros
Demandada: Nación - Rama Judicial - DEAJ

I. ASUNTO.

Procede la Sala a resolver el recurso de reposición interpuesto por la parte accionada contra el auto interlocutorio No. 076 del 3 de mayo de 2021.

1.1. Antecedentes.

Por medio de proveído del 03 de mayo de 2021, se dispuso dar traslado a las partes para que formularan sus alegatos de conclusión, al considerar culminado el periodo probatorio, por haberse recaudado la última prueba documental de las que fueron decretadas en el *sub lite*. Prueba que fuere remitida por la parte demandada tanto a esta Corporación como a la parte actora.

1.2. Recurso de reposición.

La parte accionante presentó memorial en el cual depreca se reponga la decisión adoptada en el referido proveído del 03 de mayo de 2021, arguyendo que la etapa probatoria dentro del presente asunto no ha culminado, pues para ello se requiere que se corra traslado a la parte contraria de las pruebas documentales aportadas por la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, traslado que no ha sido efectuado.

II. CONSIDERACIONES

De conformidad con el artículo 4° del decreto 806 de 2020 se dispuso:

“ARTÍCULO 9. Notificación por estado y traslados. Las notificaciones por estado se fijarán virtualmente, con inserción de la providencia, y no será necesario imprimirlos,

ni firmarlos por el secretario, ni dejar constancia con firma al pie de la providencia respectiva.

No obstante, no se insertarán en el estado electrónico las providencias que decretan medidas cautelares o hagan mención a menores, o cuando la autoridad judicial así lo disponga por estar sujetas a reserva legal.

De la misma forma podrán surtirse los traslados que deban hacerse por fuera de audiencia.

Los ejemplares de los estados y traslados virtuales se conservarán en línea para consulta permanente por cualquier interesado.

PARÁGRAFO. Cuando una parte acredite haber enviado un escrito del cual deba correrse traslado a los demás sujetos procesales, mediante la remisión de la copia por un canal digital, se prescindirá del traslado por secretaria, el cual se entenderá realizado a los dos (2) días hábiles siguientes al del envío del mensaje y el término respectivo empezará a correr a partir del día siguiente. (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Según el precepto en cita el traslado de las documentales aportadas por la parte actora, según decreto de las mismas efectuado en la audiencia inicial, se surtió durante los dos días siguientes a la fecha en la cual estas se remitieron al correo electrónico de la parte actora, lo cual fue realizado el 22 de abril de 2021, data en la cual la parte actora arribó por dicho medio digital las pruebas decretadas tanto a esta Corporación como a la parte actora, como puede verse en el expediente digital archivo "01RadicadoRespuestaDSAJC":

Fwd: SOLICITUD CERTIFICACIONES- DENTRO DEL PROCESO- 000-2013-00265

Notificaciones Manizales <notificacionesmanizales@giraldoabogados.com.co>

Jue 22/04/2021 3:18 PM

Para: Secretaria General Tribunal Administrativo - Caldas - Manizales <sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co>; Tribunal Administrativo 03 - Caldas - Manizales <tadmin03cld@notificacionesrj.gov.co>

 56 archivos adjuntos (14 MB)

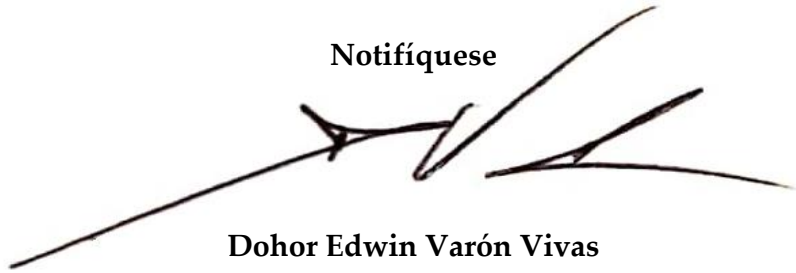
Alba Orled Mejia Zambrano 2021 0270.pdf; Andres Mauricio Montoya Betancur 2021 0256.pdf; Angela Maria Cortazar Giraldo 2021 0301.pdf; Beatriz Elena Otalvaro Sanchez 2021 0275.pdf; Bertha Ines Hoyos de Berni 2021 0259.pdf; Certificado pagos Intereses Cesantias 2021 0317.pdf; Claudia Consuelo Garcia Reyes 2021 0309.pdf; German Marquez Herrera 2021 0287.pdf; Gladis Eugenia Villareal Carreño 2021 0305.pdf; Guillermo Leon Aguilar Gonzalez 2021 0306.pdf; Guillermo Leon Valencia Vasquez 2021 0300.pdf; Guillermo Zuluaga Giraldo 2021 0293.pdf; Gustavo Sanint Ocampo 2021 0283.pdf; Hector Fernando ALzate Velez 2021 0285.pdf; Hernando Yara Echeverry 2021 0284.pdf; Ines Elvira Jaramillo Hoyos 2021 0303.pdf; Irene Rocio Torres Fernandez 2021 0272.pdf; Jaime Soto Ramirez 2021 0281.pdf; Jairo Hugo Buritica Trujillo 2021 0290.pdf; Javier Tabares Ramirez 2021 0297.pdf; Jorge Hernan Piedrahita Gallo 2021 0271.pdf; Jorge Hernan Vargas Rincon 2021 0262.pdf; Jorge Luis Jaramillo Muñoz 2021 0273.pdf; Jorge Mario Vargas Agudelo 2021 0267.pdf; Jose Eugenio Gomez Calvo 2021 0282.pdf; Juan Carlos Arias Zuluaga 2021 0302.pdf; Julian Marin Ocampo 2021 0286.pdf; Julio Nestor Echeverry Arias 2021 0296.pdf; Laura Maria Botero Moreno 2021 0261.pdf; Luis Fernando Baquero Gonzalez 2021 0279 (002).pdf; Luis Fernando Salgado Valencia 2021 0277.pdf; Luis Gonzaga Garcia Bedoya 2021 0264.pdf; Luis Horacio Pelaez Ocampo 2021 0308.pdf; Luz Angela Gabelo Ramirez 2021 0269.pdf; Luz Marina Lopez Gonzalez 2021 0295.pdf; Luz Stella Montes Gomez 2021 0294.pdf; Manuel Ivan Hidalgo Gomez 2021 0263.pdf; Maria Jovita Herrera Agudelo 2021 0304.pdf; Maria Patricia Rios Alzate 2021 0307.pdf; Maria Teresa Chica Cortes 2021 0292.pdf; Martha Lucia Bautista Parrado 2021 0289.pdf; Martha Lucia Castaño Arango 2021 0274.pdf; Mauricio Bedoya Vidal 2021 0265.pdf; Mercedes Rodriguez Higuera 2021 0278.pdf; Nelly Rodriguez Sanabria 2021 0299.pdf; Nestor Jairo Betancourth Hincapie 2021 0298.pdf; Norberto Gomez Bonilla 2021 0257.pdf; Orlando Roza Duarte 2021 0266.pdf; Oscar Albeiro Cardona Trujillo 2021 0291.pdf; Pedro Antonio Montoya Jaramillo 2021 0288.pdf; Ramon Alberto Herrera Ramirez 2021 0276.pdf; Rosa Jarmillo Echeverry 2021 0258.pdf; Sandra Lorena Ramirez Florez 2021 0280.pdf; Sonia Patricia Gonzalez Gomez 2021 0268.pdf; Yanet Licet Ocampo Vallejo 2021 0260.pdf; DESAJMA021-440 Rta Solicitud Tribunal Radicado 2013-00265.pdf;

RESUELVE

PRIMERO: **NO REPONER** la decisión adoptada mediante auto interlocutorio No. 076 del 3 de mayo de 2021.

SEGUNDO: En firme la presente providencia, continúese con el trámite ordinario del asunto.

Notifíquese

A handwritten signature in dark ink, consisting of several fluid, connected strokes, positioned above the printed name of the signatory.

Dohor Edwin Varón Vivas
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA UNITARIA DE DECISIÓN

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, seis (06) de julio de dos mil veintiuno (2021).

A.I. 122

Radicado: 17-001-23-33-000-2020-00060-00
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales - UGPP
Demandada: María Doralis Herrera Franco

I. ASUNTO.

Procede la Sala a resolver el recurso de reposición interpuesto por la parte accionada contra el auto interlocutorio No. 107 del 4 de junio de 2021.

1.1. Antecedentes.

Por medio de proveído del 4 de junio de 2021, se dispuso requerir a la parte actora para que en el término de cinco (5) días, aportara copia del poder conferido al apoderado judicial designado para actuar en el presente asunto junto con los documentos que acreditan la existencia y representación de la entidad, so pena de la aplicación del desistimiento tácito de que trata el artículo 178 del CPACA.

1.2. Recurso de reposición.

La parte accionada presentó memorial en el cual deprecia se reponga la decisión adoptada en el referido proveído del 4 de junio de 2021, bajo tres derroteros a saber:

- (i) Se arguye que la figura del desistimiento tácito no podía ser aplicada para requerir a la parte actora que acreditara su representación judicial, dado que dicha norma *“está limitada a aquellos eventos en que es imposible continuar con el trámite del proceso, pues en los demás eventos corresponderá al funcionario judicial continuar con las etapas pertinentes.”*
- (ii) La etapa pertinente que debió ser agotada por el Despacho debía corresponder a la de resolución de excepciones previas, sin que fuera dable requerir a la parte actora para que subsanara el defecto sobre su

representación judicial que fue esgrimido como excepción por la contraparte.

- (iii) Se vulnera el principio de imparcialidad al requerir a la parte actora para que acredite su representación judicial.

II. CONSIDERACIONES

De conformidad con el derecho de postulación establecido por el artículo 160 del CPACA *“Quienes comparezcan al proceso deberán hacerlo por conducto de abogado inscrito, excepto en los casos en que la ley permita su intervención directa”*, por lo cual resulta necesario para continuar con el trámite de cualquier medio de control -en el que no se permita la intervención directa-, que la parte respectiva cuente con apoderado judicial que le represente.

Por su parte, el artículo 178 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, establece el desistimiento tácito en los siguientes términos:

“ARTICULO 178. DESISTIMIENTO TÁCITO. Transcurrido un plazo de treinta (30) días sin que se hubiese realizado el acto necesario para continuar el trámite de la demanda, del incidente o de cualquier otra actuación que se promueva a instancia de parte, el Juez ordenará a la parte interesada mediante auto que lo cumpla dentro de los quince (15) días siguientes.

Vencido este último término sin que el demandante o quien promovió el trámite respectivo haya cumplido la carga o realizado el acto ordenado, quedará sin efectos la demanda o la solicitud, según el caso, y el juez dispondrá la terminación del proceso o de la actuación correspondiente, condenará en costas y perjuicios siempre que como consecuencia de la aplicación de esta disposición haya lugar al levantamiento de medidas cautelares. (...)”

Según este precepto, en aquellos casos en los cuales se requiera un acto necesario para continuar con el trámite del proceso a instancia de parte y una vez transcurrido un lapso de treinta (30) días sin que se hubiese realizado el acto requerido para ello, el Juzgado deberá instar a la parte a quien le corresponda la carga, para que realice la misma dentro de los quince (15) días siguientes, término que vencido, sin que se cumpla con la carga procesal, dejará sin efectos la demanda o la solicitud, según el caso, y por lo cual se dispondrá la terminación del proceso.

En el presente caso, como se advirtió mediante proveído del 04 de junio de 2021, se requirió a la parte demandante para que aportara los documentos que acreditaran la designación del apoderado judicial que representa sus intereses en el presente medio de control, por tratarse de una carga necesaria para toda persona natural o jurídica

que pretenda actuar ante la jurisdicción contencioso-administrativa, se itera, tal y como lo dispone el artículo 160 del CPACA.

En tal sentido, para esta Sala Unitaria no resultan de recibo los argumentos propuestos por la parte actora, referentes a que la carga de acreditar la representación de la parte actora no era necesaria para continuar con el trámite del asunto, pues como lo ha señalado el H. Consejo de Estado, sí lo es, e incluso ante la desatención a dicha obligación de las partes es dable la aplicación de la figura del desistimiento tácito. En efecto dicha Corporación señaló¹:

“De conformidad con el artículo 160 del CPACA quien comparezca a un proceso deberá hacerlo por conducto de apoderado inscrito, excepto en los casos en que la ley permita su intervención directa. De otra parte, el artículo 84 del Código General del Proceso establece que con la demanda deberá acompañarse del poder cuando se actúe por intermedio de apoderado.

Por tanto, designar a apoderado y allegar el poder sí es una carga procesal para las partes en el proceso ordinario, en consecuencia, el incumplimiento de esta carga procesal acarrea el desistimiento tácito de la demanda.

Según se advierte del expediente, ese auto se notificó por estado el 18 de septiembre de 2015. Luego, el término de 15 días previsto para que la demandante cumpliera la orden empezó a correr el 21 de septiembre de 2015 y venció el 9 de octubre del mismo año. Sin embargo, la demandante no acreditó la designación de un nuevo apoderado que los representara.

Esa omisión configura los presupuestos previstos en el numeral cuarto del artículo 178 del CPACA y faculta al juez para declarar el desistimiento tácito de la demanda.”

Corolario, es claro que antes de proceder a continuar con las etapas siguientes del proceso *sub examine* resultaba necesario que la parte actora acreditara dicha carga, razón por la cual se le requirió para el efecto.

Finalmente, se advierte por el Despacho que el requerimiento efectuado a la parte actora no se trata de una decisión parcializada como lo alude el apoderado de la demandada, pues incluso de permitir -inadecuadamente- que dicha situación continuase hasta la etapa de decisión de excepciones previas, la misma no conllevaría por modo alguno la terminación del proceso, pues la excepción que fue propuesta por la parte accionada sobre el particular, conllevaría que se proceda a la subsanación

¹ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, C.P.: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, 30 de agosto de 2016, Radicación número: 25000-23-37-000-2014-00838-01(22378).

de la indebida representación, como en efecto se ha hecho en forma anticipada mediante el auto objeto de reposición, pues cabe recordar que en los términos del artículo 101 del C.G.P. la actuación solo se declarará terminada cuando prospere alguna de aquellas excepciones previas “...*que impida continuar el trámite del proceso y que no pueda ser subsanada*” (Se subraya)

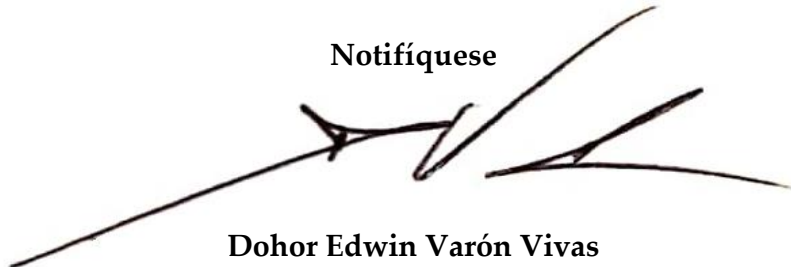
Por lo expuesto se,

RESUELVE

PRIMERO: NO REPONER la decisión adoptada mediante auto interlocutorio No. 107 del 4 de junio del año 2021

SEGUNDO: En firme la presente providencia, continúese con el trámite ordinario del asunto.

Notifíquese



Dohor Edwin Varón Vivas
Magistrado

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADO PONENTE: MANUEL ZAPATA JAIMES CARLOS**

Manizales, seis (6) de julio de dos mil veintiuno (2021).

Procede el Despacho Número Uno del Tribunal Administrativo de Caldas, conforme con lo dispuesto en el artículo 171 de la Ley 1437 de 2011, a decidir sobre la admisión de la demanda que en ejercicio del medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** regulado en el artículo 138 *ibídem*, presentó **FANNY GARCÍA CIFUENTES** contra **LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP**.

Al cumplirse los requisitos de ley, admítase el proceso de la referencia. En consecuencia, por la Secretaría de la corporación:

1. NOTIFÍQUESE personalmente en la forma y términos indicados en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, a **LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP** al correo electrónico notificacionesjudicialesugpp@ugpp.gov.co, y al **MINISTERIO PÚBLICO** al buzón del correo electrónico que repose en los archivos de la corporación; mensaje que contendrá en relación con la **UGPP** únicamente copia de esta providencia, ya que se verificó el envío de la demanda y los anexos por la parte demandante a la entidad (fol. 293 archivo #2). Pero en cumplimiento de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, al momento de notificar este auto al Ministerio Público, sí se anexará copia de la demanda, sus anexos y de esta providencia.

2. CÓRRASE traslado de la demanda a **LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP** y al **MINISTERIO PÚBLICO** por el término de treinta (30) días de conformidad con lo dispuesto en el artículo 172 del CPACA, plazo que **EMPEZARÁ A CORRER TRANSCURRIDOS DOS (2) DÍAS** de enviado el mensaje de datos de notificación, conforme lo establece el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.

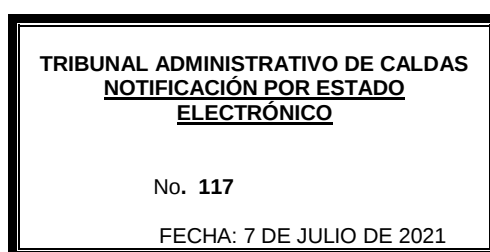
3. PREVÉNGASE a **LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP** para que con la contestación de la demanda dé cumplimiento al parágrafo 1º del artículo 175 del CPACA y allegue copia de todos los antecedentes administrativos de los actos demandados, so pena de que el funcionario encargado incurra en falta disciplinaria gravísima.

4. Se reconoce personería para actuar y en nombre y representación de la señora Fanny García Cifuentes al abogado **LUIS CARLOS AVELLANEDA TARAZONA** portador de la tarjeta profesional nro. 15.338 del CSJ, de conformidad con el poder a él conferido, según el documento que reposa a folio 33 del archivo que en el expediente digital se identifica con el #2.

5. Para efectos de que las partes alleguen la contestación de la demanda, nuevos poderes, memoriales y solicitudes se les informa que el correo habilitado para ello es sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co. Cualquier documento enviado a dirección distinta, se entenderá por no presentado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
MAGISTRADO



Firmado Por:

**CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
DESPACHO 1 TRIBUNAL ADMINISTRATIVO 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: **faf9334a71497fded2b4fababb57f20b33c86c3bc980da6f5e2aa8f45e700bf1**
Documento generado en 06/07/2021 09:58:20 AM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, seis (6) de julio de dos mil veintiuno (2021)

RADICADO	17001-23-33-000-2021-00120-00
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	SPARTA S.A.S
ACCIONADO	LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP

Procede el Despacho Uno del Tribunal Administrativo de Caldas a resolver sobre la admisión de la demanda presentada en el proceso de la referencia.

El artículo 163 de la Ley 1437 de 2011, consagró que cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo este se debe individualizar con toda precisión; y que si el acto fue objeto de recursos ante la administración, se entenderán demandados los actos que los resolvieron.

En el presente asunto al revisar las pretensiones de la demanda, se observa que la parte demandante solicitó declarar la nulidad de la parte resolutive de la o Resolución RDC-2021-00251 del 22 de marzo de 2021, que resolvió el recurso de reconsideración, liquidación oficial RDO-2019-02521 del 12 de agosto de 2019.

Es decir, entiende el despacho que está demandado la resolución que resolvió el recurso de reconsideración, pero no el acto administrativo inicial que impuso la sanción, lo cual al tenor del artículo mencionado no es procedente, en tanto debió solicitar la nulidad del acto administrativo principal, y, por consiguiente, se entenderá enjuiciada la resolución que resolvió el recurso.

Aunado a lo anterior, y según lo establecido en el numeral 1° del artículo 166, se deberá allegar copia del acto administrativo Resolución RDO-2019-02521 del 12 de agosto de 2019, con su constancia de notificación, publicación, ejecución o comunicación.

Así mismo, al tenor del numeral 2 del artículo 162 del CPACA, en el libelo petitorio se indicará con toda claridad las pretensiones de la demanda. En tal sentido, de acuerdo a lo decidido en los actos administrativos, se deberá determinar con precisión cuál es el restablecimiento del derecho, pues se consignó en las pretensiones en torno a esto: *“Que de conformidad con la declaración anterior se ordene a la demandada restablecer el derecho que le corresponde a mi mandante, anulando el cobro de las respectivas obligaciones que constituyen una carga parafiscal adicional impuesta en el acto administrativo impugnado. Igualmente, que en consecuencia se archive el expediente del procedimiento de fiscalización adelantado en su contra”*.

Por último, se observa que la parte demandante no cumplió con la carga establecida en el numeral 8 del artículo 162 del CPACA, adicionado por el artículo 35 de la Ley 2080 de 2021, en el sentido de enviar la demanda, los anexos y ahora la corrección, a la parte demandada.

De acuerdo a lo expuesto, y por un término de 10 días¹ contados a partir de la notificación del presente auto, so pena de rechazo, se ordenará a la parte demandante corregir la demanda en los siguientes aspectos: aclarar lo relacionado con las súplicas de la demanda en torno a los actos administrativos demandados y el restablecimiento del derecho; aportar copia de Resolución RDO-2019-02521 del 12 de agosto de 2019, con su constancia de notificación, comunicación o publicación; y acreditar el envío de la demanda, los anexos y corrección a la entidad demandada.

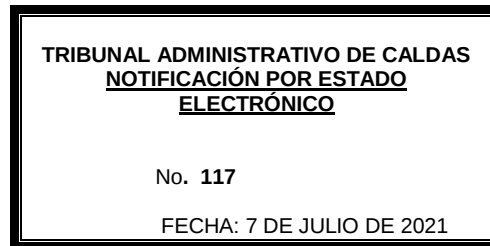
Se reconoce personería para actuar en nombre y representación de SPARTA S.A.S al abogado Paulo Cesar Bermúdez Santa, portador de la tarjeta profesional nro. 86.805 del CSJ, de conformidad con el poder visible a folio 1 del archivo #02 del expediente digital.

¹ Artículo 170 del CPACA.

Para efectos del proceso, el único correo electrónico autorizado para la recepción de memoriales es el sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



Firmado Por:

CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
DESPACHO 1 TRIBUNAL ADMINISTRATIVO 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:

d715037585124de1158a22c3a79c11291f2a3cd4cfe210a0a13b843ec71653e6

Documento generado en 06/07/2021 09:54:40 AM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, seis (6) de julio de dos mil veintiuno (2021)

RADICADO	17001-23-33-000-2021-00121-00
MEDIO DE CONTROL	REPETICIÓN
ACCIONANTE	DIRECCIÓN TERRITORIAL DE SALUD DE CALDAS
ACCIONADOS	MERCEDES PINEDA GARCÍA Y JAIRO ENRIQUE GIRALDO

Procede el Despacho Uno del Tribunal Administrativo de Caldas a resolver sobre la admisión de la demanda presentada en el proceso de la referencia.

El artículo 142 de la Ley 1437 de 2011 consagró el medio de control de repetición, y determinó que cuando se ejerza esta pretensión de manera autónoma, se debe allegar el certificado del tesorero, pagador o servidor público que cumpla esas funciones en el que conste que se realizó el pago, y será prueba suficiente para iniciar el proceso.

Al revisar los anexos de la demanda, se encuentra que se aportó copia de la Resolución nro. 0620 del 16 de septiembre de 2020, mediante la cual se da cumplimiento a una conciliación judicial y se autoriza un pago; así como de un comprobante de egreso que data del 18 de septiembre de 2020 donde figura como tercero la Cruz Roja Colombiana, que tiene como concepto “pago de conciliación”, por un valor de \$585.676.787. Sin embargo, no se aportó el documento que establece el artículo mencionado, que es el procedente para admitir la demanda.

Aunado a lo anterior, al tenor del numeral 8 del artículo 162 del CPACA, adicionado por el artículo 35 de la Ley 2080 de 2021, se debe acreditar el envío de la demanda y sus anexos a la parte accionada.

Aunque en el expediente digital, archivo #5, reposa un documento que da cuenta de un mensaje de correo electrónico del 21 de mayo de 2021 enviado por la parte demandante a los demandados, en el cual se indica que se remite copia de la demanda y sus anexos para dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 6 del Decreto 806 de 2020, lo cierto es que no se evidencia algún archivo adjunto que permita verificar que efectivamente se envió lo determinado en la ley a los accionados.

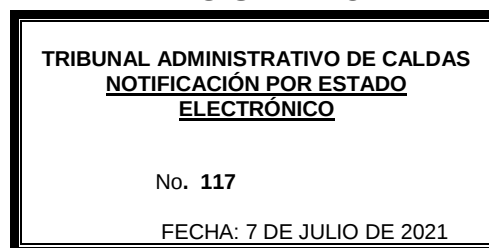
De acuerdo a lo expuesto, y por un término de 10 días¹ contados a partir de la notificación del presente auto, so pena de rechazo, se ordenará a la parte demandante corregir la demanda en los siguientes aspectos: aportar el certificado del tesorero, pagador o servidor público que cumpla esas funciones, en el que conste que se realizó el pago; y acreditar el envío de la demanda y sus anexos, y ahora de la corrección, a los demandados.

Se reconoce personería para actuar en nombre y representación de la Dirección Territorial de Salud de Caldas a la abogada Sandra Carolina Hoyos Guzmán, portadora de la tarjeta profesional 168.650 del CSJ, de conformidad con el poder y sus anexos visibles en el archivo #2 del expediente digital.

Para efectos del proceso, el único correo electrónico autorizado para la recepción de memoriales es el sgtadmincltd@notificacionesrj.gov.co.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
MAGISTRADO**



Firmado Por:

**CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL**

¹ Artículo 170 del CPACA.

DESPACHO 1 TRIBUNAL ADMINISTRATIVO 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:

684589c7a7e0bbc2ad9f97710261052c1c77b2b0d691a7ad06c4ef87a1cd73dd

Documento generado en 06/07/2021 09:56:49 AM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.I. 222

Asunto:	Resuelve impedimento Juez
Medio de Control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-39-006-2021-00064-02
Demandante:	Gladis Vargas Agudelo
Demandado:	Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta nº 032 del 2 de julio de 2021

Manizales, dos (2) de julio de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO

Procede esta Sala de Decisión a resolver sobre la declaración de impedimento formulado por la Dra. Bibiana María Londoño Valencia, en calidad de Jueza Sexta Administrativa del Circuito de Manizales, para conocer de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho de la referencia, en la cual aduce encontrarse incurso en la causal prevista en el numeral 1 del artículo 141 del Código General del Proceso¹, aplicable por remisión expresa del artículo 130 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo².

ANTECEDENTES

La señora Gladis Vargas Agudelo, actuando debidamente representada, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda contra la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, con el fin de obtener la declaratoria de nulidad de los actos administrativos que negaron el reconocimiento y pago de la “Bonificación Judicial” como factor salarial y prestacional.

¹ En adelante CGP

² En adelante CPACA

Como consecuencia de lo anterior, se inaplique por ilegal e inconstitucional la expresión *“y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Seguridad Social en Salud”* contenida en el artículo 1º del Decreto 0383 de 2013.

Se solicitó que se le reconociera y pagara la bonificación judicial señalada en el Decreto 383 de 2013 y Decreto 1016 de 2013 como factor salarial y prestacional desde el momento de su creación, con incidencia en los emolumentos prestacionales que por imperio de la ley devenga.

El conocimiento del citado proceso correspondió, por reparto, al Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, del cual es titular la Dra. Bibiana María Londoño Valencia.

Por auto del 12 de abril de 2021, la citada funcionaria se declaró impedida para conocer del asunto, manifestando que tiene interés directo en el resultado del proceso, al tener esta servidora judicial los mismos intereses salariales perseguidos por la parte demandante dentro del presente caso.

Como consecuencia, la Juez de conocimiento remitió el expediente a este Tribunal para que se surta el trámite legal que corresponda, con fundamento en lo dispuesto por el numeral 2 del artículo 131 del CPACA.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

El artículo 131 del CPACA reguló lo relativo al trámite de los impedimentos, fijando entre otras, la siguiente regla:

“Artículo 131. Trámite de los impedimentos. Para el trámite de los impedimentos se observarán las siguientes reglas:

(...)

2. Si el juez en quien concurra la causal de impedimento estima que comprende a todos los jueces administrativos, pasará el expediente al superior expresando los hechos en que se fundamenta. De aceptarse el impedimento, el tribunal designará conjuer para el conocimiento del asunto.

En razón a lo anterior, corresponde a este Tribunal resolver sobre la manifestación de impedimento presentado por la Juez Sexta Administrativa del Circuito de Manizales.

Al respecto, debe precisarse preliminarmente que los artículos 141 del CGP y 130 del CPACA establecen las causales de impedimento y recusación en las que pueden incurrir los magistrados y jueces. Dichas causales han sido

previstas de manera taxativa con la finalidad de preservar el principio de imparcialidad en los procesos judiciales, tal como lo ha indicado el Supremo Tribunal de lo Contencioso Administrativo³.

Así las cosas, tan pronto el funcionario judicial tenga conocimiento de que se halla inmerso en una de dichas causales debe expresar su impedimento para que, conforme a lo indicado anteriormente, su superior se pronuncie sobre el mismo, para salvaguardar la imparcialidad judicial como atributo que debe revestir a los juzgadores que tienen a su cargo el ejercicio de la función jurisdiccional, frente a lo cual el H. Consejo de Estado⁴ ha fraguado al respecto que:

“El impedimento y la recusación han sido concebidos como instrumentos idóneos establecidos por el legislador para hacer efectiva la condición de imparcialidad del juez o del funcionario judicial en la toma de decisiones. Uno y otra son figuras legales que permiten observar la transparencia dentro del proceso judicial y que autorizan a los funcionarios judiciales a alejarse del conocimiento del mismo. Las causales de impedimento son taxativas y de aplicación restrictiva, comportan una excepción al cumplimiento de la función jurisdiccional que le corresponde al Juez, y como tal, están debidamente delimitadas por el legislador y no pueden extenderse o ampliarse a criterio del juez o de las partes, por cuanto, la escogencia de quien decide no es discrecional. Para que se configuren debe existir un “interés particular, personal, cierto y actual, que tenga relación, al menos mediata, con el caso objeto de juzgamiento de manera que impida una decisión imparcial.”. Se trata de situaciones que afecten el criterio del fallador, que comprometan su independencia, serenidad de ánimo o transparencia en el proceso. La imparcialidad e independencia judicial, como objetivos superiores, están orientadas a garantizar que las actuaciones se ajusten a los principios de equidad, rectitud, honestidad y moralidad, sobre los cuales descansa el ejercicio de la función pública, artículo 209 de la Constitución Política”.

Como se puede apreciar, la causal invocada por la Juez Sexta Administrativa del Circuito de Manizales es la prevista en el numeral 1 del artículo 141 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 130 del CPACA, por cuyo ministerio se dispuso lo siguiente:

*“Son causales de recusación las siguientes:
(...)”*

³ Auto de 11 de mayo de 2006; Consejero Ponente Alier Eduardo Hernández Enríquez; Exp. 47001-23-31-000-2005-00949-01(32362)

⁴ Auto de 21 de abril de dos mil nueve 2009; Consejero Ponente Víctor Hernando Alvarado; Exp. 11001-03-25-000-2005-00012-01(IMP)II; Consejo de Estado Sala Plena de lo Contencioso Administrativo

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

En relación con el alcance de la expresión “*interés directo*” contenida en el numeral 1 del artículo 141 del CGP, la H. Corte Constitucional en auto n° 334 del 2 de diciembre de 2009⁵ explicó que aquélla no sólo tiene una connotación patrimonial sino moral, y que además para que se configure, el interés debe ser actual y directo, en los siguientes términos:

“(…)

Es directo cuando el juzgador obtiene, para sí (sic) o para los suyos, una ventaja o provecho de tipo patrimonial o moral, y es actual, cuando el vicio que se endilga de la capacidad interna del juzgador, se encuentra latente o concomitante al momento de tomar la decisión. De suerte que, ni los hechos pasados, ni los hechos futuros tienen la entidad suficiente para deslegitimar la competencia subjetiva del juez.

En este orden de ideas, para que exista un interés directo en los magistrados de esta Corporación, es indispensable que frente a ellos sea predicable la existencia de alguna ventaja de tipo patrimonial a partir de las resultas del proceso. De igual manera, si lo que se pretende probar es la existencia de un interés moral, debe acreditarse con absoluta claridad la afectación de su fuero interno, o en otras palabras, de su capacidad subjetiva para deliberar y fallar”⁶. (Líneas son del texto).

Por su parte, la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia, en auto del 13 de diciembre de 2007⁷, sostuvo en relación con lo que debe entenderse por “*interés en el proceso*”, lo que se desprenderá a continuación:

“(…)

6. *Sobre la causal que está sometida a debate en el presente asunto la Sala ha expresado, en forma reiterada y pacífica*⁸, lo siguiente:

⁵ H. Corte Constitucional. Magistrada Ponente: Dra. María Victoria Calle Correa. Auto n° 334 del 2 de diciembre de 2009. Referencia: expedientes D-7882 y 7909 acum. Recusación formulada contra el Procurador General de la Nación.

⁶ Cita de cita: Cfr., Auto 080A de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, en el cual se resolvían recusaciones contra los magistrados de la Corte Constitucional.

⁷ H. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Magistrado Ponente: Dr. Yesid Ramírez Bastidas. Auto del 13 de diciembre de 2007.

⁸ Cita de cita: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de 13 de agosto de 2005, radicación 23903 y decisiones allí citadas.

“El “interés en el proceso”, debe entenderse como aquella expectativa manifiesta por la posible utilidad o menoscabo, no sólo de índole patrimonial, sino también intelectual o moral, que la solución del asunto en una forma determinada acarrearía al funcionario judicial o a sus parientes cercanos, y que, por aparecer respaldada en serios elementos de juicio, compromete la ponderación e imparcialidad del juzgador, tornando imperiosa su separación del conocimiento del proceso.

“Por lo anterior, el interés que causa el impedimento tiene que ser real, existir verdaderamente. No basta la afirmación que haga un Magistrado a su arbitrio, pues de aceptarse ese proceder, la posibilidad de apartarse del conocimiento de un caso quedaría sometida solamente a la voluntad del juez o magistrado.

“Por lo tanto, se trata de establecer “si la intervención del juez recusado o impedido en el caso concreto implicaría la obtención de un provecho, utilidad o ganancia, para sí, para su cónyuge o compañero permanente, o para sus parientes; o si el Juez, su cónyuge o compañero permanente, o alguno de sus parientes en el rango que establece la ley, profesa un sentimiento respecto de alguno de los sujetos procesales, con suficiente intensidad para hacerle inclinar su ánimo; o si existe un interés creado por otro tipo de circunstancias que permita vislumbrar la ausencia de ecuanimidad”.

Se ha agregado que:

“El interés a que alude la disposición es aquel que surge del trámite y decisión del asunto. En modo alguno de un comportamiento extraprocesal de uno de los intervinientes”⁹. (Subraya la Sala).

En el caso particular, el impedimento se fundamenta en el hecho que la prestación negada por las resoluciones cuya nulidad se solicita, es percibida en igualdad de condiciones por todos los Jueces Administrativos del Circuito, lo que en su sentir configura un interés directo en el asunto.

Para esta Sala es claro que se presenta un interés directo en cuanto a las prestaciones económicas que devengan los Jueces en el ejercicio de sus funciones, y en este caso en concreto los Jueces de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo del Circuito de Manizales, ya que patrimonialmente se obtendrían beneficios en el caso de que eventualmente se fallare a favor del accionante, y por tanto habría lugar a que se perturbe el fuero interno y la ecuanimidad del fallador encargado de este caso.

⁹ Cita de cita: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de 13 de agosto de 2005, radicación 23903 y decisiones allí citadas.

En otras palabras, se considera por esta Sala que, en efecto, cualquier decisión que sea adoptada en el asunto de la referencia puede afectar la objetividad e imparcialidad que deben gobernar a los Jueces Administrativos del Circuito en el ejercicio de la función jurisdiccional, pues se trata de la definición de aspectos salariales de funcionarios y empleados de la Rama Judicial.

En ese orden de ideas, al configurarse la causal discutida y al abarcar ésta a la totalidad de los Jueces Administrativos del Circuito, habrá de designarse Conjuez para resolver sobre el particular, tal como lo dispone el numeral 2 del artículo 131 del CPACA y el artículo 30 del Acuerdo 209 de 1997, *“Por el cual se establecen las reglas generales para el funcionamiento de los tribunales administrativos”*.

Se aclara que de acuerdo con el artículo 4 del Acuerdo PCSJA21-11764 del 11 de 03 marzo de 2021, relativo a la competencia y distribución de procesos al Juzgado Administrativo Transitorio de Manizales, no es posible remitir el presente asunto al mencionado Despacho.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS,

RESUELVE:

Primero. DECLÁRASE fundado el impedimento propuesto por la Dra. Bibiana María Londoño Valencia, en calidad de la Jueza Sexta Administrativa del Circuito de Manizales, que comprende así mismo a todos los Jueces Administrativos del Circuito, para conocer del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por la señora Gladis Vargas Agudelo contra la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, por encontrarse incurso en la causal contenida en el numeral 1 del artículo 141 del CGP, aplicable por remisión del artículo 130 del CPACA, en atención a lo expuesto. En consecuencia,

Segundo. SEPÁRASE del conocimiento del presente asunto a los Jueces Administrativos de este Circuito Circuito y al Juzgado Administrativo Transitorio creado por la Presidencia del Consejo Superior de la Judicatura en el Acuerdo PCSJA21-11764 del 11 de marzo de 2021 para la ciudad de Manizales.

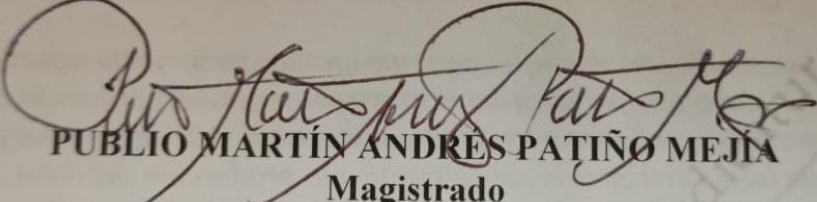
Tercero. FÍJASE como fecha para el sorteo de conjuez el día **lunes doce (12) de julio de 2021 a las once de la mañana (11:00 am)**.

Cuarto. HÁGANSE las anotaciones pertinentes en el programa informático “*Justicia Siglo XXI*”.

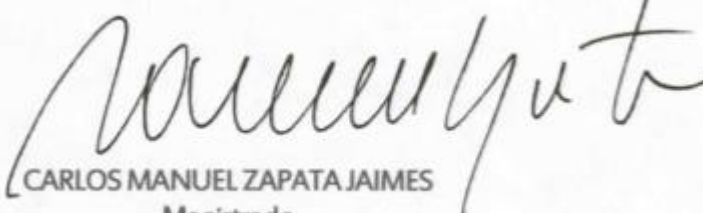
Notifíquese y cúmplase



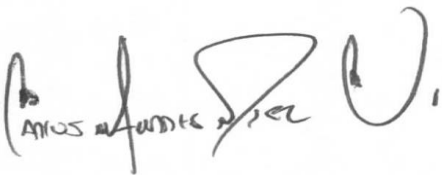
AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS <u>NOTIFICACIÓN POR ESTADO</u> No.117 FECHA: 07/07/2021  CARLOS ANDRÉS DÍEZ VARGAS Secretario (e)

17-001-23-33-000-2013-00505-00

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª UNITARIA DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, seis (6) de JULIO de dos mil veintiuno (2021)

A.I. 179

Se pronuncia la Sala Unitaria sobre la demanda **EJECUTIVA** presentada, **A CONTINUACIÓN DE SENTENCIA**, por la **UNIVERSIDAD DE CALDAS** contra el señor **JOSÉ FERNANDO QUINTANA VELASCO**.

LA DEMANDA EJECUTIVA

Con el libelo obrante a folio 435, solicita la parte actora se libre mandamiento de pago contra el accionado por la suma de TRESCIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS CUARENTA Y UN PESOS (\$ 348.541).

Como fundamento de su pretensión de ejecución, relata de manera sucinta que el señor QUINTANA VELASCO adelantó proceso de nulidad y restablecimiento del derecho contra la universidad, trámite en el cual el ente educativo salió airoso en ambas instancias, obteniendo una condena en costas a su favor por la suma impetrada, que hasta el momento de la presentación de la solicitud de ejecución no ha sido cancelada.

CONSIDERACIONES

DE LA

SALA UNITARIA

La atención de este órgano judicial se contrae en determinar si es o no procedente librar mandamiento ejecutivo contra el señor QUINTANA VELASCO y a favor de la UNIVERSIDAD DE CALDAS.

El artículo 297 de la Ley 1437 de 2011 establece que, para los efectos de ese código, constituyen título ejecutivo “1. *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”.

Si bien una primera lectura del artículo en mención sugeriría que solo constituyen título ejecutivo las sentencias que imponen una condena a una entidad pública, y no así aquellas que consagran obligaciones en cabeza de particulares, este aspecto se dilucida con el concepto de título ejecutivo que consagra el canon 422 del Código General del Proceso, por cuyo ministerio:

“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” /Resalta el Tribunal/.

A su vez, el H. Consejo de Estado - Sección 3ª, con ponencia del Magistrado, Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera, refiriéndose a las condiciones esenciales de los títulos ejecutivos, expresó que,

“(…) Esta Sección (alude a los autos de 4 de mayo de 2002 y 30 de marzo de 2006, expedientes 15.679 y 30.086, en su orden) ha señalado que los títulos ejecutivos deben gozar de ciertas condiciones esenciales, unas formales y otras sustantivas. Las primeras (las formales, anota este Tribunal) se refieren a que los documentos que dan cuenta de la existencia de la obligación, sean auténticos y emanen del deudor o de su causante, de una sentencia de condena proferida por el juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial que tenga fuerza ejecutiva, de conformidad con la ley.

Las condiciones sustanciales se traducen en que las obligaciones que se acrediten en favor del ejecutante o de su causante y a cargo del ejecutado o de su causante, sean claras, expresas y exigibles”.

En el caso que ocupa la atención del Tribunal, el título ejecutivo se encuentra constituido por las sentencias de primera y segunda instancia proferidas por este Tribunal y el Consejo de Estado, respectivamente, dentro del proceso de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO promovido por el señor JOSÉ FERNANDO QUINTANA VELASCO contra la UNIVERSIDAD DE CALDAS.

En el fallo de primer grado, se dispuso /fls. 313-324/:

“(…) NIÉGANSE las pretensiones de la parte accionante dentro del proceso de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO de carácter LABORAL que promovió el doctor JOSÉ FERNANDO QUINTANA VELASCO contra la UNIVERSIDAD DE CALDAS.

COSTAS a cargo de la parte demandante, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma dispuesta en el Código General del Proceso.

FÍJASE como agencias en derecho la suma de TRESCIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS CUARENTA Y UN PESOS M/CE (\$348.541), a cargo de la parte accionante”

La decisión fue confirmada por el Consejo de Estado - Sección Segunda mediante sentencia de 31 de octubre de 2019 /fls. 379-393/; de igual manera, a folio 404 del cartulario se halla liquidación de costas a cargo de la parte demandante por valor de \$ 348.541, la cual fue aprobada por este despacho con auto de 13 de febrero de 2020 /fl. 405/.

De acuerdo con lo expuesto, la Sala Unitaria se encuentra frente a una obligación que cumple con los parámetros del artículo 422 de la Ley 1564 de 2012 y las pautas trazadas por el H. Consejo de Estado en cuanto a los requisitos del

documento base de la ejecución, pues la obligación reclamada reviste las siguientes características:

- (i) **Es clara**, atendiendo a que el contenido de la condena impuesta es diáfano, esto es, se entiende en un solo sentido.
- (ii) **Es expresa**, en tanto emana de la redacción misma y documento contentivo de las providencias que le sirven de base.
- (iii) **Es exigible**, por no hallarse sometida a plazo o condición diferente de los términos de ley.

El artículo 430 del Código General del Proceso establece que, “*Presentada la demanda acompañada de documento que preste mérito ejecutivo, el juez librará mandamiento ordenando al demandado que cumpla la obligación en la forma pedida, si fuere procedente, o en la que aquel considere legal*”. En este caso, al hallar viable la orden de pago por la suma impetrada, así se dispondrá en la parte resolutive de este proveído.

Es por o ello que,

RESUELVE

LÍBRASE MANDAMIENTO DE PAGO contra el señor **JOSÉ FERNANDO QUINTANA VELASCO** y a favor de la **UNIVERSIDAD DE CALDAS**, por la suma de **TRESCIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS CUARENTA Y UN PESOS (\$ 348.541)**

NOTIFÍQUESE al demandado, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, de conformidad con lo establecido en los artículos 198, 199 y 200 de la Ley 1437 de 2011, haciéndosele saber al ejecutado que dispone del término de cinco (5) días para pagar o el de diez (10) días para formular excepciones (art. 431 CGP).

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA

Magistrado Ponente

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Magistrada Ponente: Patricia Varela Cifuentes

Manizales, 06 de julio de dos mil veintiuno (2021)

Radicación	17-001-23-33-000-2017-00620-00
Clase:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante:	Julián Madrid Marín
Demandado:	Casur

Por la Secretaría de esta Corporación, córrase traslado a las partes y al Ministerio Público de la prueba documental allegada por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales (fls. 80 – 97, C. 1) así como el expediente administrativo que obra en el cuaderno No. 2, de conformidad con el artículo 201 A del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 51 de la Ley 2080 de 2021.

Una vez concluido el término de traslado, en caso de que ninguna de las partes se pronuncie frente a la prueba documental, la misma se entenderá debidamente practicada y en consecuencia, por la Secretaría se correrá traslado para alegar de conclusión.

Notifíquese y Cúmplase

Firmado Por:

PATRICIA VARELA CIFUENTES
MAGISTRADO
MAGISTRADO -

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
ORAL 002 MANIZALES-CALDAS

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

Código de verificación:

91d8020471e3569563116bd60718b671baeab755dc6510df91d7138bfb8611b2

Documento generado en 06/07/2021 11:31:07 a. m.

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

17-001-33-33-008-2018-00372-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, dos (02) de JULIO de dos mil veintiuno (2021)

S. 067

La Sala 4ª de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Caldas, conformada por los Magistrados AUGUSTO MORALES VALENCIA, quien la preside, AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN y PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA, procede a dictar sentencia de segundo grado por vía del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia emanada del Juzgado 8º Administrativo del circuito de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por la señora **GABRIELA DÍAZ ALZATE** dentro del contencioso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

ANTECEDENTES

PRETENSIONES DE LA PARTE ACTORA.

- I) Se declare la nulidad de la Resolución N° 7860-6 de 13 de octubre de 2017.
- II) Se declare que la parte actora pertenece al régimen exceptuado previsto en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, que su situación se halla cobijada por el régimen especial previsto para los docentes vinculados antes del 27 de junio de 2003, y por ende, que su pensión de jubilación debe ser reajustada anualmente con base en lo previsto en las Leyes 91 de 1989 y 71 de 1988.
- III) Se condene a la parte accionada a aplicar el porcentaje previsto en el artículo 8 ordinal 5° de la Ley 91 de 1989 para los descuentos en salud, equivalente al 5%, cesando los actuales aportes del 12%.

IV) Se disponga el reajuste pensional de manera retroactiva, aplicando lo previsto en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, esto es, con base en el incremento anual del salario mínimo y no el IPC.

V) Se reintegren las sumas que han sido descontadas de su mesada pensional, superiores al 5% de las mesadas de julio y diciembre.

VI) Se paguen a la parte demandante las diferencias resultantes entre la mesada pensional reajustada y la que actualmente recibe.

VII) Se indexen las sumas reconocidas, y se condene en costas y agencias en derecho a la demandada.

A título de pretensión subsidiaria, impetra que de llegar a considerarse por el Tribunal que su régimen pensional es el consagrado en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, se ordene reintegrar a favor del accionante lo descontado equivalente al 12% de las mesadas de junio y diciembre, se ordene cesar dichos aportes y se condene en costas a la accionada.

CAUSA PETENDI.

En síntesis, expresa lo siguiente:

- Se vinculó a la docencia oficial con anterioridad al 27 de junio de 2003, y al cumplir los requisitos de ley le fue reconocida pensión de jubilación, de la cual le han venido descontando el 12% de cada mesada pensional, incluidas las adicionales de junio y diciembre, con destino al sistema de salud.
- Pese a que en el acto de reconocimiento se dijo que el reajuste anual pensional se daría en virtud de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, dichos incrementos se han hecho conforme lo dispone el mandato 14 de la Ley 100 de 1993.
- Desde la promulgación de la Ley 100 de 1993, los incrementos anuales de las pensiones ordenados en el artículo 53 de la Carta Política vienen dándose

con la aplicación del Índice de Precios al Consumidor (IPC), según lo consagrado en el canon 14 de dicho dispositivo legal.

➤ Presentó solicitud ante la entidad demandada con el fin de que su pensión fuera incrementada conforme lo dispone el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, igualmente que el descuento con destino al sistema de salud se ajustara al 5% de cada mesada, peticiones negadas a través del acto demandado.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Se invocaron: Constitución Política, arts. 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29, 48, 53, 90, 121, 125 y 209 Ley 33 de 1985; Ley 91/89, art. 15, numeral 2 literal A; Ley 115 de 1994, art. 115; Ley 71/88, art. 1; Ley 238/95; Ley 100/93, art. 279; Ley 238 de 1995, art. 1; Ley 700 de 2011, art. 4; Ley 797 de 2003, art. 9; Ley 812 de 2003, art. 81; Ley 1151 de 2007, art. 160; Acto Legislativo 01 de 2005; Ley 1437 de 2011, art. 147.

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

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

Respecto a los aportes en salud y el monto que ha de ser descontado, acota que el FNPSM toma como excusa el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 para incrementar el porcentaje de cotización al sistema, sin atender las precisiones que deben hacerse dependiendo de la vinculación al servicio

docente. Agrega que con la aplicación de manera indistinta de normas generales y especiales, se ha creado un tercer régimen no previsto por el legislador, en contravía del postulado 53 Superior.

CONTESTACIÓN AL LIBELO DEMANDADOR.

La **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FNPSM**, se pronunció con memorial obrante de folios 58 a 72, oponiéndose a las pretensiones del libelo demandador y proponiendo 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’, aduciendo que no existe relación de causalidad entre la prestación reclamada y la entidad accionada; ‘CADUCIDAD’ por no presentar la demanda dentro del término previsto en el artículo 164 de la Ley 1437 de 2011; ‘INEXISTENCIA DE LA CAUSA POR INEXISTENCIA JURÍDICA’, ya que el régimen de reajuste de la pensión de la parte actora es el previsto en el artículo 14 de la Ley 100/93, declarado exequible en Sentencia C-435/17; ‘PRESCRIPCIÓN’, de conformidad con el artículo 488 del CST y los Decretos 3135/68 y 1848/69; ‘COBRO DE LO NO DEBIDO’ reiterando que ese órgano no tiene competencia para el reconocimiento de prestaciones del sector docente; ‘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.

A su turno, el **DEPARTAMENTO DE CALDAS /fls. 83-85 cdno. 1/** formuló como excepciones las de ‘FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA’, fundamentada en que no le asiste competencia para el reconocimiento y pago de las prestaciones docentes, las cuales están en cabeza del FNPSM; ‘BUENA FE’ atendiendo a que su actuación se ha ceñido a los postulados legales; ‘CADUCIDAD’; ‘INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY’, pues la Ley 812 de 2003 modificó el porcentaje de cotización con destino al sistema de salud, ciñendo su regulación al régimen general de la Ley 100 de 1993; y ‘PRESCRIPCIÓN’, con base en los Decretos 3135 de 1968 y 1838 de 1969.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Jueza 8ª Administrativa del Circuito de Manizales dictó sentencia negando las pretensiones de la parte actora en los términos que pasan a compendiarse.

Como sustento de la decisión, acudió a los artículos 14 de la Ley 100 de 1993 que regula el reajuste periódico de las pensiones, en desarrollo del mandato superior establecido en el canon 53 Constitucional; 279 de la misma norma, que preceptúa las excepciones para la aplicación del régimen general de pensiones.

Menciona que al tenor de lo analizado por la Corte Constitucional en Sentencia C-387 de 1994, el derecho al aumento en el valor de las pensiones en determinado monto no es un derecho adquirido, sino una mera expectativa, pues el legislador goza de un margen amplio de decisión sobre el método a emplear para el ajuste de las pensiones, siempre que se garantice el poder adquisitivo de su valor.

Abordando los pormenores del caso, estableció que con la expedición de la Ley 100 de 1993, quedaron sin efectos las disposiciones contrarias, como el artículo 1º de la Ley 71 de 1988 y con respecto de la violación del principio de favorabilidad, concluyó que solo aplica en caso de vacíos normativos o tratamientos distintos en casos iguales, lo cual no aplica en el caso.

En cuanto al segundo de los problemas jurídicos, referido al porcentaje de los descuentos con destino al sistema de salud, estimó que si bien con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 se conservó el régimen especial en pensiones de los docentes (Ley 91 de 1989), en cuanto a los aportes al sistema de seguridad social estos sí deben ceñirse a la norma general, intelección que refuerza con lo esbozado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-369 de 2004.

Finalmente, concluyó que la parte actora también debe realizar aportes con destino al sistema de salud sobre las mesadas de julio y diciembre, pues ingresó al servicio docente con anterioridad a la promulgación de la Ley 812

de 2003 y obtuvo su reconocimiento pensional con base en los mandatos de la Ley 91 de 1989.

EL RECURSO DE SEGUNDO GRADO.

Mediante memorial que constituye el PDF N° 12, la parte demandante impugnó la sentencia de primera instancia, centrando su desacuerdo con la decisión en los puntos que a continuación se relacionan.

Expresa que la sentencia de primer grado desconoce la supremacía constitucional y la prevalencia de las normas especiales sobre las generales, en la medida que el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, aún vigente para un grupo de docentes, circunscribe el aumento del valor de las pensiones al incremento del salario mínimo mensual legal vigente. En este sentido, desestima el argumento según el cual ese artículo haya sido sustituido por el canon 14 de la Ley 100 de 1993, pues a los docentes vinculados antes de la Ley 812 de 2003 como es su caso, han de aplicarse las normas anteriores a su vigencia.

Plantea que con la promulgación de la Ley 238 de 1995, el legislador pretendió que los pensionados mantuvieran el poder adquisitivo de estas prestaciones, pudiendo optar por el régimen general o el especial según les resulte más favorable, es decir, se aplica el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 siempre y cuando redunde en beneficio del pensionado, en todo caso, indica que los docentes ya contaban con una norma que les garantizaba mantener el poder adquisitivo de la mesada, como lo es la Ley 71/88.

Reitera que con base en la Ley 812 de 2003 y el Acto Legislativo N° 01 de 2005, el régimen pensional de los docentes vinculados antes de promulgada esa norma está conformado por la Ley 91 de 1989 y las normas que la complementen, como la citada Ley 71/88, por lo que solo a los docentes vinculados luego de proferida la Ley 812/03 resulta viable aplicarles el ajuste del IPC previsto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993. De la misma manera, cuestiona que no se haya empleado el principio de favorabilidad, pues a su juicio, es claro que existen dos regímenes pensionales, uno general y aquel que cobija a los docentes.

En cuanto a los descuentos en salud sobre las mesadas pensionales, acota que estos deben ser del 5% y no del 12%, atendiendo lo dispuesto en las Sentencias T-348 de 1997, C-956 de 2001 y C-980 de 2002, por lo que considera que proceder en contravía de esta hermenéutica implica la creación de un tercer régimen o una disposición desfavorable para el docente.

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

Pretende la parte actora la nulidad del acto administrativo con el cual se negó el reajuste periódico de la pensión de jubilación con base en el incremento anual del salario mínimo mensual legal vigente, atendiendo los dictados de la Ley 71 de 1988.

PROBLEMA JURÍDICO

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

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

(I)

AJUSTE PERIÓDICO DE LAS PENSIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“Para la Corte es evidente que ese tratamiento distinto ante situaciones iguales, a la luz de los cánones

² MP. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

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

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

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

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

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

« (...) A partir del 1.º de enero de 1989 y hasta la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, todas las pensiones que fueron reconocidas en el país, tanto en el sector público como en el privado, se reajustaron anualmente conforme a la formula (sic) prevista en la Ley 71 de 1988, esto es, en el mismo porcentaje en que se incrementó por el Gobierno el salario mínimo legal mensual. Con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigencia, las pensiones reconocidas antes y después de dicha ley, se vienen reajustando en la forma prevista por su artículo 14 y teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 142 y 143 ibídem, lo que significa que el referido reajuste se produce anualmente

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

según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior, más la mesada adicional y el reajuste equivalente a la elevación en la cotización para salud, a favor de los pensionados con anterioridad al 1° de enero de 1994 (...)

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

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

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

" (...) Lo anterior, hasta el punto de que en su demanda no sólo solicita declarar inexecutable el apartado demandado, según el cual las pensiones "se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año

⁴ M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

inmediatamente anterior”, sino que incluso le pide a la Corte señalar que lo más favorable para el pensionado es “la medición del poder adquisitivo constante de las pensiones por el método de medición de la equivalencia de las pensiones en relación con el Salario Mínimo Legal Vigente”[85], como si este fuese expresamente el mandato constitucional

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

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

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

“ARTÍCULO 1o. Adiciónese al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, con el siguiente parágrafo: (...)

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

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

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

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

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

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

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

Ante este panorama, tampoco resulta de recibo el argumento relacionado con el principio de favorabilidad, pues existe una disposición expresa sobre la forma en la que proceden los aumentos pensionales, y la existencia de aumentos pensionales con base en el salario mínimo únicamente se justifica en el caso de las pensiones cuyo monto equivale a este salario.

CASO CONCRETO

En virtud de lo expuesto y abordados los pormenores del caso, resulta evidente que la pensión reconocida por el FNPSM a favor de la señora GABRIELA DÍAZ ALZATE supera con creces el valor del salario mínimo legal

mensual vigente (la mesada pensional reconocida equivale a \$ 1'113.669 para 2000) /fl. 40 cdno. 1/, por lo que la entidad demandada, al negar el incremento pretendido al tenor del artículo 1 de la Ley 71 de 1988 se ajustó plenamente al ordenamiento jurídico, lo que derivaba en una decisión negativa frente a las pretensiones de la demanda, como en efecto ocurrió.

(II)
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 H. Corte Constitucional⁶ expresó:

“(...) Entonces, incluso los regímenes de excepción tienen el deber de cotizar al Sistema General de Seguridad Social, para la prestación de los servicios médico asistenciales, situación que no varió con la expedición de la Ley 100 de 1993. Esto encuentra respaldo en el principio de solidaridad que caracteriza este sistema. Así en las sentencia C-1000 de 2007, la Corte reiteró la

⁶ Sentencia T-835 de 2014.

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, 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” /Resalta la Sala/.

Debe anotarse que esta preceptiva fue objeto de dos (2) 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 H. Consejo de Estado⁷, que en reciente oportunidad puntualizó lo siguiente:

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

6.2. Afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Ley 91 de 1989 artículo 8-5	5%
-----------------------------	----

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

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

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

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

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*

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

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 H. Consejo de Estado⁹ al abordar las pretensiones de devolución de aportes realizados sobre las mesadas adicionales de un pensionado afiliado al FNPSM:

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

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

⁹ Sentencia de 14 de septiembre de 2017.

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

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.

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

Por ende, se confirmará la sentencia de primer grado.

COSTAS.

Se condenará en costas a la apelante, en virtud del supuesto previsto en el numeral 3 del artículo 365 del Código General del Proceso. Sin agencias en derecho en esta instancia por no haberse causado.

Por lo discurrido, el **Tribunal Administrativo de Caldas, SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia emanada del Juzgado 8º Administrativo del circuito de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por la señora **GABRIELA DÍAZ ALZATE** dentro del contencioso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM**.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante y a favor de la entidad demandada. Sin agencias en derecho en esta instancia.

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

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

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según consta en Acta N° 031 de 2021.

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado