

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 240

Manizales, treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020).

Radicado: 17-001-33-33-001-2016-00260-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Alexandra Gómez Serna
Demandado: Instituto Nacional de Aprendizajes - Sena

Se emite fallo con ocasión al recurso apelación impetrado por las partes contra la sentencia que accedió parcialmente a las pretensiones formuladas por la accionante.

I. Antecedentes

1. La demanda¹

1.1. Pretensiones

La demandante deprecó la nulidad del: “oficio No. 2-2016-001171 del 30 de marzo de 2016” y “oficio No. 2-2016-0011619 del 12 de mayo de 2016” expedidos por el Sena , por medio de los cuales se negó el reconocimiento de una relación laboral y el pago de las prestaciones derivadas de ella.

A título de restablecimiento del derecho solicitó que, fuese declarada la existencia de dicha relación legal, el pago de las acreencias laborales que percibía un empleado de planta; la compensación de las cotizaciones al sistema general de seguridad social; la devolución de los pagos por concepto de pólizas de cumplimiento y retención en la fuente; el pago de una indemnización por el no pago de cesantías al momento de la terminación del vínculo laboral; otro pago de igual naturaleza por los daños materiales que sufrió al no poder disfrutar de los beneficios económicos derivados de la Ley 1636 de 2013²; y el pago de una indemnización equivalente a 25 S.M.L.M.V. por daños morales.

1.2. Hechos

En síntesis señaló que, laboró por contratos de prestación de servicios con la demandada entre los años 2008 y 2014 ejerciendo funciones de instructora docente. Que las labores fueron desarrolladas en forma subordinada y dependiente en cumplimiento de los horarios de trabajo que le eran asignados con los diferentes grupos de estudiantes, al igual que el cumplimiento de las fechas establecidas para realizar los reportes de notas de los estudiantes, aunado a la exigencia del contratante de usar los delantales distintivos y de las identificaciones que les fueron

¹ Folios 3 a 20 cuaderno principal.

² Por medio de la cual se crea el mecanismo de protección al cesante en Colombia.

suministradas por aquel, al igual que la atención obligatoria de visitas por parte de directivos de la institución para vigilar la forma en que se dictaban las actividades docentes y la modificación de estos métodos, según las directrices que ellos impartieran.

Que solicitó el reconocimiento de su relación laboral y que mediante los actos administrativos demandados le fue negado.

1.3. Normas violadas y concepto de la violación

Se invocaron los artículos 1, 2, 6, 13, 25, 53, 122, 123 y 125 de la Constitución Política Nacional; el Decreto 3135 de 1968; el Decreto 1424 de 1998; Decreto 1426 de 1998; la Ley 115 de 1994; el Decreto – ley 2277 de 1978; el Decreto 1848 de 1969; el Decreto 1042 de 1978; la Ley 80 de 1993; y la Ley 1636 de 2013.

Expuso pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre los docentes de hora cátedra, el principio de primacía de la realidad sobre las formas, el contrato realidad y los elementos que constituyen la relación laboral. También destaca providencias proferidas por el Consejo de Estado en las cuales se resalta que la labor de formación del Sena se presta en forma personal y de manera subordinada al cumplimiento de los reglamentos, fines y principios de dicha institución y por las autoridades educativas. Así como sentencias en las cuales comprobada la existencia de la relación laboral inexorablemente deviene el reconocimiento de las prestaciones sociales ordinarias a título de indemnización.

Concluyó que, se disfrazó una verdadera relación laboral bajo la figura del contrato de prestación de servicios, razón por la cual se debe reconocer a título de indemnización el valor de las prestaciones sociales a que regularmente tendría derecho un empleado de la entidad demandada, así como de los demás rubros pretendidos en la demanda.

2. Contestación de la demanda³

La **entidad accionada** se opuso a las pretensiones de la demanda, sostuvo que, la accionante prestó servicios profesionales como instructora por horas de formación sin generar una relación legal y reglamentaria que permitiera inferir la existencia de una relación laboral, pues siempre estuvo contratada bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios, por lo tanto nunca laboró para el Sena , ya que sólo prestó sus servicios mediante la celebración de una serie de contratos de prestación sin que estuviera bajo las órdenes de ningún funcionario y únicamente asesorado, controlado y aprobado su desempeño por los supervisores.

Señaló que la demandante contaba con autonomía e independencia en la ejecución de labores, desde el punto de vista técnico y científico, ya que el Sena únicamente le suministró las herramientas pedagógicas básicas representadas en los módulos de aprendizaje y la estructura curricular que debían desarrollarse de acuerdo con las programación de los cursos de formación que ofrece la institución, pues una de las obligaciones era acoger el pensum establecido. Por último, aseveró que el servicio debió desarrollarse en forma personal porque el Sena contrató a la demandante debido a sus conocimientos especializados en el área que desempeñó.

³ Folios 198-217 cuaderno principal.

Hizo referencia a las funciones que tienen los instructores del Sena de planta y los contratados por prestación de servicios, considerando que existen sustanciales diferencias, pues los primeros no solo tienen labores académicas sino también administrativas.

Propuso las excepciones de: *“Prescripción extintiva trienal y bienal”* haciendo referencia al artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, Decreto 1848 de 1969 y al Decreto 1848 de 1969, empero, sin alusión al caso concreto; *“Inexistencia los elementos propios del contrato realidad, consecuentemente inexistencia del vínculo o relación laboral”* bajo la egida que no se configuraron los elementos de una relación laboral, insistiendo en que se trató de una relación contractual a través del denominado contrato de prestación de servicios; *“Interrupción contractual”* dado que no se presentó una continuada dependencia, en atención al aspecto temporal de los servicios requeridos; *“Cobro de lo no debido”* al considerar que todos los valores derivados del contrato fueron cancelados, por lo que no existe suma alguna adeudada; *“Compensación”* deprecando que se tenga en cuenta los valores ya cancelados en el contexto de los contratos de prestación servicios.

3. Sentencia de primera instancia⁴

Mediante decisión adoptada el 07 de junio de 2019, el *a quo* accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda advirtiendo en primer lugar que, los elementos propios de la relación laboral fueron acreditados en el plenario, así:

(i) La prestación personal del servicio, a partir del clausulado de los contratos de servicios que exigían el cumplimiento únicamente por parte de la demandante, vedando la posibilidad de ceder el contrato o acudir a su cumplimiento por interpuesta persona. Lo anterior, aunado a los testimonios recaudados que dieron fe de que la accionante prestó el servicio como instructora docente de forma personal.

(ii) La remuneración del servicio prestado, con el pago de los honorarios pactados, de conformidad con las actas parciales y finales de liquidación de los contratos.

(iii) El servicio prestado, que atendía a una función institucional y regular del Sena , sin que se haya comprobado que se trataba de funciones que requiriesen un conocimiento especializado que normalmente no tuviesen quienes desarrollan estas funciones como empleados de la entidad, tratándose, por el contrario, de actividades similares a las desempeñadas por el personal de planta. Lo anterior aunado a que, el servicio prestado debía desarrollarse en el marco de los contenidos curriculares y temáticas impartidos por el contratante y con la exigencia de asistir a reuniones a las que se les citaba por parte de funcionarios de aquel.

(iv) Los servicios eran prestados en horarios habituales y frecuentes asignados por el contratante, al igual que en los municipios o sedes designadas por el Sena para el efecto.

Al analizar la prescripción de los créditos laborales reclamados, advirtió que para el 2012 existió una solución de continuidad en la relación sostenida entre la demandante y el Sena , pues culminó sus actividades el 26 de junio de 2012 y solo fue contratada

⁴ Folios 106 a 119 *ibidem*.

nuevamente, mas de 7 meses después, por lo cual, la reclamación de los derechos laborales respecto de las actividades desarrolladas con anterioridad a la referida fecha debió realizarse dentro de los 3 años siguientes, lo cual no se hizo.

Corolario, ordenó que la accionada cancele en favor de la accionante los valores correspondientes a las prestaciones sociales y salariales que de conformidad con la normatividad pertinente recibe un instructor de planta del Sena, únicamente por los servicios prestados entre el 13 de febrero de 2013 y el 31 de agosto de 2014, de conformidad con el fenómeno prescriptivo analizado.

Frente a las pretensiones dirigidas al pago de los aportes que fueron realizados por la accionante a salud y pensión señaló que, no se probó el monto ni el tiempo de dichos pagos, empero impuso a la entidad demandada la obligación de computar los valores que hubiese correspondido como aportes pensionales sobre los honorarios pactados, cancelando la diferencia existente al fondo de pensiones correspondiente.

Respecto a la sanción moratoria por el pago tardío de cesantías señaló que, pacíficamente la jurisprudencia ha advertido que el pago de dicha prestación solo se hace exigible a partir del momento en que se declara la existencia de la relación laboral, lo cual impide hablar de un pago tardío de esta.

Frente a la pretensión de indemnización por perjuicios morales concluyó que, no se arribó material probatorio alguno que determinara tal afectación en cabeza de la demandante, sin que esta pueda ser derivada en forma presunta o automática por la declaratoria de existencia de una relación de naturaleza laboral.

Finalmente, en lo que respecta a la devolución de la retención en la fuente concluyó que, tales pedimentos cuentan con un procedimiento legalmente establecido ante la DIAN, entidad que no fue demandada ni vinculada al presente asunto.

5. Recurso de apelación⁵

La **actora** se opuso a la prescripción declarada, arguyendo que el periodo de 7 meses en que la accionante no sostuvo relación contractual con el Sena se presentó por una situación ajena a su voluntad y correspondían al *quehacer* ordinario de la entidad por razones de vacaciones o receso escolar. Que además, cercenar el derecho reclamado por la prescripción declarada desconoce el derecho a la igualdad.

Frente a las reclamaciones por perjuicios que fueron negados señaló que, estos se encuentran probados, en tanto: *(i)* la accionante no pudo acceder a los beneficios de protección al cesante por el no pago de los aportes a cajas de compensación familiar; *(ii)* no pudo disfrutar de sus cesantías al momento de la terminación del vínculo laboral y *(iii)* tuvo que concurrir a la interposición de la demanda para obtener el reconocimiento de sus derechos laborales, por lo cual debió esperar más de 3 años para obtener una decisión en primera instancia y sufragar los costos de un apoderado judicial.

La **entidad demandada** interpuso el recurso de alzada, insistiendo en los argumentos dados en la contestación de la demanda, al considerar que no se probó la existencia de

⁵ Folios 218 a 229 cuaderno principal -parte demandada- y 239 a 248 Folios 218 a 229 *ibidem* -parte demandante-.

los elementos de una relación laboral dado que, no se demostró que esta estuviese obligada al cumplimiento de horarios, pues ni siquiera se probó cuáles eran dichos horarios, no se puede concluir una continuada subordinación y dependencia pues existieron diversos lapsos entre contrato y contrato, aunado a que no todos tuvieron el mismo objeto, pues en algunos se le contrato para funciones diferentes.

Con respecto a la prescripción declarada, se reprocha que esta no haya sido aplicada frente a los aportes a pensión, a pesar de que estos no fueron reclamados dentro de los 3 años siguientes a la terminación de la relación laboral que concluyó en el año 2012.

Frente a los pagos ordenados, consideró que la sentencia equiparó a la accionante a un funcionario de carrera, lo cual ha sido reiteradamente vedado por la jurisprudencia - refiere sentencia del H. Consejo de Estado del 15 de agosto de 2013, sin otra identificación o cita específica-, pronunciamiento que dice ha advertido que los pagos a efectuarse a título de indemnización deben ser computados con base a los honorarios pactados y no como lo hizo el *a quo* al disponer el pago de valores por concepto de prestaciones sociales y salariales en igual monto al devengado por el personal de instructores del Sena vinculados a través de una relación legal y reglamentaria.

5. Alegatos de conclusión

La **actora** reiteró lo señalado en el recurso de alzada mediante la transcripción de diferentes apartados del mismo.

La **accionada** ratificó los argumentos planteados en la contestación a la demanda, haciendo especial énfasis en su consideración sobre la falta de prueba de que la accionante haya cumplido un horario de trabajo, para lo cual efectuó cita de sentencia del H. Consejo de Estado⁶ en el cual se advierte que, en casos como el aquí analizado, no resulta suficiente con demostrar que una entidad cuente con un horario de trabajo, sino que debe acreditarse que el demandante se vio avocado al cumplimiento de dicho horario.

II. Consideraciones

1. Problemas jurídicos

Vista la sentencia de primera instancia y los recursos de apelación interpuestos por la parte actora, se considera necesario dar respuesta a los siguientes problemas jurídicos:

¿Se encuentra probada la subordinación de la demandante frente al Sena en la ejecución del objeto de los contratos de prestación de servicios celebrados? En caso afirmativo, ¿Hay lugar a decretar la prescripción extintiva de los créditos laborales reclamados? De no darse lo anterior, o darse de forma parcial, ¿Qué valores deben ser liquidados y reconocidos a favor de la accionante con ocasión de la mentada relación laboral? Finalmente, ¿Se demostraron los perjuicios morales y materiales cuya indemnización reclama la parte actora?

2. Primer problema jurídico

⁶ Providencia del 10 de mayo de 2018, Radicado interno No. 3257-2016.

Tesis del Tribunal: Se encuentra acreditada la subordinación de la demandante frente al Sena en la ejecución del objeto de los contratos de prestación de servicios celebrados, teniendo en cuenta que, por las características del servicio docente, la subordinación laboral se encuentra implícita en el desempeño de dicha actividad, aunado al análisis las pruebas aportadas.

Para desarrollar la tesis planteada, se hará referencia a: *i)* los hechos acreditados; *ii)* contrato de prestación de servicios; *iii)* contrato realidad - elementos de la relación laboral – coordinación de actividades, *iv)* la naturaleza de la labor docente y la subordinación para descender finalmente al análisis de; *v)* la subordinación en el caso concreto.

2.1. Hechos acreditados

La señora Alexandra Gómez Serna suscribió contratos de prestación de servicios con el Sena - Regional Caldas, prestando sus servicios durante los siguientes lapsos:

Contrato No.	Periodo de Ejecución ⁷
87	Del 28-08-2008 al 22-12-2008 ⁸
5	Del 26-01-2009 al 31-08-2009 ⁹
83	Del 24-08-2009 al 17-12-2009 ¹⁰
17	Del 20-01-2010 al 19-11-2010 ¹¹
42	Del 28-01-2011 al 02-07-2011 ¹²
Sin número	Del 11-07-2011 al 16-12-2011 ¹³
3	Del 20-01-2012 al 26-06-2012 ¹⁴
506	Del 13-02-2013 al 12-08-2013 ¹⁵
816	Del 09-09-2013 al 16-12-2013 ¹⁶
185	Del 20-01-2014 al 31-08-2014 ¹⁷

- Mediante contrato No. 87 de 28 de agosto de 2008, la señora Alexandra Gomez Serna se obligó para con el Sena a la prestación de un servicio personal como instructora contratista desde el 28 de agosto al 22 de diciembre de 2008, siendo el objeto del contrato, el siguiente: *"El objeto del presente contrato es la prestación de servicios personales como instructor contratista, impartiendo formación profesional (asesoría, formulación y acompañamientos en planes de negocios, atendiendo a los alumnos) en el curso de electrónica de los programas de formación profesional integral del Centro de Conocimiento para la Formación en Procesos Industriales y Tecnológicos del Sena ."*

⁷ Extremos temporales que fueron señalados por el *a quo*, sin que sean objeto de cargo de apelación alguno.

⁸ Ver fl. 84-85 cuaderno principal.

⁹ Ver fl. 89-90 *ibidem*.

¹⁰ Ver fl. 91-92 *ibidem*.

¹¹ Ver fl. 70-71 *ibidem*.

¹² Ver fl. 72-74 *ibidem*.

¹³ Ver fl. 67-69 *ibidem*.

¹⁴ Ver fl. 75-76 *ibidem*.

¹⁵ Ver fl. 78-80 *ibidem*.

¹⁶ Ver fl. 81-83 *ibidem*.

¹⁷ Ver fl. 94-97 *ibidem*.

Al señalar los alcances del referido objeto contractual, se destaca lo siguiente: *“Para el desarrollo del objeto establecido en la cláusula primera de este contrato, el CONTRATISTA se compromete a prestar servicios como instructor para impartir formación profesional en el curso de electrónica, del Centro de Conocimiento para la Formación en Procesos Industriales y Tecnológicos, Sena Regional Caldas... y se compromete a entregar en las fechas que el Sena estipule, los reportes estadísticos y registros inherentes al proceso de formación estipulados por el Centro de Conocimiento para la Formación en Procesos Industriales y Tecnológicos.”*

Igualmente, en algunos de los referidos contratos se agrega clausulado de obligaciones del contratista entre las cuales se incluye: *“Ejecutar el contrato con autonomía e independencia desde el punto de vista técnico y científico, sin perjuicio del cumplimiento que se debe dar al pensum y los contenidos mínimos de los programas de formación, el calendario académico, la programación de clases...”*

El objeto, alcance contractual y obligaciones del contratista guarda identidad -al margen de pequeñas modificaciones sobre la denominación del programa de formación y la dependencia a la cual se encuentra adscrito el programa- con los estipulados en los demás contratos, resaltándose en todos, la obligación de desarrollar los servicios contratados de forma personal y en atención a los lineamientos curriculares y lapsos que fuesen establecidos por la entidad contratante a través de sus diferentes centros de formación.

2.2. Fundamento jurídico

2.2.1. Contrato de prestación de servicios

El numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993¹⁸, lo define como aquel acto jurídico que celebran las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad en los eventos en que no pueden realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

Sus características han sido precisadas por el máximo órgano de cierre en materia de lo Contencioso Administrativo, así:

“El contrato versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores, en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia.

- *El objeto contractual lo conforma la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad.*
- *La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de contrato.*
- *El contratista dispone de amplio margen de discrecionalidad para la ejecución del objeto contractual, delimitada por el plazo y la realización de la labor.*
- *La vigencia del contrato es temporal. Su duración debe ser delimitada por el tiempo indispensable para realizar el objeto contractual.*
- *La actividad puede ser desarrollada por una persona natural o jurídica.”*¹⁹

¹⁸Artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

¹⁹ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Magistrado Ponente: Alfonso Vargas Rincón, Sentencia del 21 de octubre de 2011, Radicación No. 68-23-15-000-2000-03151-01(1043-08).

En efecto, una nota distintiva del contrato de prestación de servicios es que constituye un instrumento para atender funciones ocasionales que no forman parte de las labores asignadas a la entidad o que no puedan ser atendidas por los empleados de planta.

Es así como, el último inciso del artículo 2º del Decreto 2400 de 1968 *“Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones”*, prohíbe la celebración de esta clase de contratos para el desempeño de funciones permanentes y ordena la creación de cargos en esos eventos.

Para la Corte Constitucional²⁰, esta restricción se adecua a los principios inspiradores de la Carta Política como medida de protección de la relación laboral y para evitar la desnaturalización de la contratación estatal, al preservar el empleo como la forma general y natural de ejercer funciones públicas.

2.2.2. Contrato realidad - elementos de la relación laboral – coordinación de actividades

El artículo 53 de la Constitución Política establece el principio de primacía de la realidad sobre las formas, según el cual, no tiene importancia el nombre que se le haya otorgado al vínculo, sino los hechos que determinan la realización de las actividades contratadas; por lo que, no obstante aparecer formalmente como un contrato estatal se debe declarar la existencia de un relación laboral si en el ejecución se configuran los elementos esencial, como son: actividad personal bajo el cumplimiento de órdenes respecto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, y como contraprestación se reciba un remuneración.

Al respecto el Consejo de Estado²¹ señaló:

“Por su parte, esta Corporación en varias decisiones ha reiterado la necesidad de que cuando se trata de una relación laboral, se acrediten fehacientemente los tres elementos que le son propios, a saber: la prestación personal del servicio, la remuneración, y en especial la subordinación y dependencia del trabajador respecto del empleador.

...

A contrario, se constituye una relación contractual, que se rige por la ley 80 de 1993 cuando: se pacta la prestación de servicios relacionados con la administración o funcionamiento de la entidad pública: el contratista es autónomo en el cumplimiento de la labor contratada; se le pagan honorarios por los servicios prestados; y la labor convenida no se puede realizar con personal de planta o requiere conocimientos especializados.

Sobre esta última condición para suscribir contratos de prestación de servicios, vale la pena señalar que se debe restringir a aquellos casos en los que la entidad pública requiere adelantar labores ocasionales, extraordinarias, accidentales o que temporalmente exceden su capacidad organizativa y funcional; porque si contrata por prestación de servicios personas que deben desempeñar exactamente las mismas funciones que de manera permanente se asignan a los demás servidores públicos, se desdibuja dicha relación contractual.

...

²⁰ C- 604 de 2009. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

²¹ Subsección “A” C.P. Gustavo Eduardo Gómez Arenguren, Radicado 47001-23-33-000-2012-00016-01(3160 - 13), sentencia del 19 de enero de 2015

Teniendo en cuenta el tratamiento jurisprudencial que se ha dado a los contratos realidad, se concluye en cuanto a su configuración, que constituye requisito indispensable para demostrar la existencia de una relación de trabajo, que el interesado acredite en forma incontrovertible los tres elementos de la relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración respectiva, y en particular, la subordinación y dependencia en el desarrollo de una función pública, de modo que no quede duda acerca del desempeño del contratista en las mismas condiciones de cualquier otro servidor público, siempre y cuando la subordinación que se alega, no se enmarque simplemente en una relación de coordinación entre las partes para el desarrollo del contrato, en virtud de las particularidades de la actividad para la cual fue suscrito.”

La coordinación de actividades es consecuencia de la obligación de las entidades públicas de vigilar de forma permanente la correcta ejecución de los contratos estatales, en tanto están involucrados recursos públicos y el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos, así como la efectividad de los derechos e intereses de los administrados²².

En este ámbito, el contratante está facultado para supervisar, establecer parámetros, instrucciones o condiciones con el objeto de garantizar la adecuada prestación del servicio contratado. De ahí que la Ley 80 de 1993 establezca como deberes de los contratistas la colaboración con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto del contrato se cumpla, así como el acatamiento de “*las órdenes que durante el desarrollo del contrato les impartan*” -Artículo 5º numeral 2º-.

Sin embargo, si la entidad contratante excede estos límites de tal forma, que el contratista quede sujeto a su mando, se desnaturaliza la existencia de una mera coordinación de actividades.

2.2.3. Naturaleza de la labor docente y la subordinación

En cuanto a la naturaleza de la labor docente, el Consejo de Estado en sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016²³ destacó:

“A manera de conclusión y de acuerdo con los derroteros trazados por ambas subsecciones, dirá la Sala que la vinculación de docentes bajo la modalidad de prestación de servicios, no desvirtúa el carácter personal de su labor ni mucho menos es ajena al elemento subordinación existente con el servicio público de educación en razón a que al igual que los docentes empleados públicos (i) se someten permanentemente a las directrices, inspección y vigilancia de las diferentes autoridades educativas, por lo que carecen de autonomía en el ejercicio de sus funciones, (ii) cumplen órdenes por parte de sus superiores jerárquicos y (iii) desarrollan sus funciones durante una jornada laboral de acuerdo con el calendario académico de los establecimientos educativos estatales en los que trabajen, motivo por el cual en virtud de los principios de primacía de la realidad sobre las formalidades e igualdad, los docentes- contratistas merecen una protección especial por parte del Estado...”

²² Artículo 3º de la ley 80 de 1993.

²³ Radicación No. 23001-23-33-000-2013-00260-01, C.P. Carmelo Perdomo C.

Así, dadas las características del servicio docente, la subordinación laboral se encuentra implícita en el desempeño de dicha actividad.

Ahora, en cuanto a la naturaleza, misión y funciones del Sena, de conformidad con los artículos 2 y 4 a 16 de la Ley 119 de 1994 y el Decreto 359 de 2000, está encargado de cumplir la función que corresponde al Estado, de invertir en el desarrollo social y técnico de los trabajadores Colombianos, ofreciendo y ejecutando la formación profesional integral para la incorporación y formación de las personas en actividades productivas que contribuyan al desarrollo social, económico y tecnológico del País y está facultado para adelantar programas de educación del nivel de educación superior en los campos de formación tecnológica y técnica profesional. Al respecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil, precisó:

“De esta manera lo dispuesto en la ley 119 en el sentido de autorizar al Sena para ofrecer programas de educación superior en la modalidad de formación tecnológica y técnica profesional, resulta compatible con lo establecido en las leyes 30 y 749 sobre el régimen académico aplicable al Sena respecto de tales programas, y con la naturaleza jurídica, misión y objetivos de esa entidad previstos en la ley 119, sin que ello signifique que el Sena deba cumplir los requerimientos y exigencias de una institución de educación superior, como quiera que, se insiste, su naturaleza, misión, organización y funcionamiento no corresponde a este tipo de entidades.”²⁴

Así, en la labor de instructor en los programas de formación de educación no formal que ofrece el Sena, la subordinación laboral se encuentra implícita, conclusión a la que el H. Consejo de Estado ha arribado en asuntos similares ²⁵:

“Conforme con la normatividad citada, la función prestada por el Sena a través de los Instructores se orienta a una formación integral, profesional y laboral certificando a sus estudiantes, es decir, que por estas características y su naturaleza se clasifica dentro de un sistema de educación no formal.

(...)

*Significa lo anterior que **la labor de formación en el Sena no es independiente**, sino que el servicio se prestó en forma personal y **de manera subordinada al cumplimiento de los reglamentos, fines y principios de Servicio Público de Educación**, cumpliendo su actividad conforme a las directrices impartidas no sólo por el Sena sino por las autoridades educativas y sin gozar de independencia con respecto a la actividad desarrollada.*

Mal podría sostenerse, entonces, que existió una relación de coordinación, cuando la actividad del señor Batista Andrade se cumplió de conformidad con las orientaciones emanadas por el Sena , prestando sus servicios de manera subordinada y no bajo su propia dirección y gobierno.”

2.3. Análisis en el caso concreto

Como se indicó, la demandante fue contratada por el Sena para desarrollar sus actividades en calidad de instructora por períodos determinados, en unos programas de formación de educación no formal.

²⁴ 16 de septiembre de 2016. Expediente 11001-03-06-000-2010-00089-00. C.P. Enrique José Arboleda Perdomo.

²⁵ Sentencia del 27 de febrero de 2014, expediente No. 20001233100020110031201, C.P. Bertha Lucía Ramírez.

Con base en la jurisprudencia citada, la labor de formación no es independiente, sino que el servicio se presta de manera subordinada al cumplimiento de los reglamentos, fines y principios de Servicio Público de Educación, cumpliendo su actividad conforme a las directrices impartidas no sólo por el Sena sino por las autoridades educativas y sin gozar de independencia con respecto a la actividad desarrollada.

Dicha subordinación y dependencia se encuentra acreditada además con las pruebas obrantes en el proceso, como son: el acto administrativo atacado, es decir la respuesta dada por el Sena a la actora, en la cual específicamente se señala que, fue contratada como *“instructor”*, y aunque se habla de independencia y autonomía técnica y científica, se señala que: *“el contratista tenía el deber de cumplir sus obligaciones contractuales acogiendo entre otros, el pensum establecido en el centro de formación respectivo...”*, y continúa advirtiendo que *“Desconocerlo sería dejar en manos de los particulares las directrices que rigen una Institución Educativa, como por ejemplo: los contenidos de sus programas académicos, el calendario académico, los fines y objetos misionales, entre otros.”*(fls. 38-39, cdo. 1).

Sin duda alguna estos medios probatorios, además de las declaraciones ofrecidas por Augusto García Tamayo²⁶ y Félix María Bravo Valencia²⁷ (v. fl. 249, grabación digital, minutos 03:00 a 28:00), dan cuenta del elemento de subordinación y dependencia cuando señalan que, el Sena evaluaba a esta clase de contratistas, sumado a que como se advirtió los contratos de prestación de servicios exigían el cumplimiento del objeto contractual en los horarios académicos programados por el contratante -el cual era asignado a cada contratista según el número de horas de su contrato- y de forma personal, impartiendo directrices y citando a reuniones a los instructores a través del subdirector del centro y de la coordinación académica.

Además, contrario a lo señalado por la entidad accionada en su recurso de alzada, el hecho de que los contratos suscritos tengan asignación de funciones de instrucción docente en distintas áreas o materias, no desdibuja la vocación de permanencia y de subordinación de la relación que se sostuvo, pues no cuenta con asidero alguno el señalar que el servicio como instructora que fue prestado por la demandante, tuvo una suerte de solución de continuidad por el hecho de que entre uno y otro contrato se hayan asignado tales funciones en dependencias diferentes.

Así las cosas, de la jurisprudencia traída a colación y de las pruebas analizadas se concluye que, se encuentra acreditada la subordinación de la demandante frente al Sena en la ejecución del objeto de los contratos de prestación de servicios celebrados.

Por lo anterior, si bien la sentencia apelada encontró acreditados los elementos de la relación laboral y reconoció los efectos derivados de ella, omitió declarar expresamente su existencia, por el total de los periodos analizados en que la accionante prestó sus labores a la entidad demandada mediante contratos de prestación de servicios,

²⁶ Par de la demandante como instructor del Sena.

²⁷ *Idem at supra.*

3. Segundo problema jurídico *¿Hay lugar a decretar la prescripción extintiva de los créditos laborales reclamados?*

Tesis del Tribunal: Se presentó una prescripción parcial de los créditos que a título de indemnización deben ser reconocidos a la demandante con ocasión de la relación laboral que sostuvo con el Sena.

3.1. La prescripción extintiva en asuntos de contrato realidad

Los Decretos 3135 de 1968 -artículo 41- y 1848 de 1969 -artículo 41- que prevén la prescripción extintiva en asuntos laborales en los siguientes términos:

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

“Decreto 1848 de 1969, artículo 102: Prescripción de acciones. 1. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

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

Sobre la prescripción en asuntos de contrato realidad, la sentencia de unificación CE-SUJ2-005-16 proferida el 25 de agosto de 2016²⁸, señaló:

“Así las cosas, se itera, que el fenómeno jurídico de la prescripción encuentra sustento en el principio de la seguridad jurídica, en la medida en que busca impedir la perpetuidad de las reclamaciones referentes a reconocimientos de índole laboral, que pudieron quedar pendientes entre los extremos de la relación de trabajo al momento de su finalización, pues contrario sensu resultaría desproporcionada la situación en la que se permitiera que el trabajador exigiera de su empleador (o ex empleador) la cancelación de emolumentos que con el transcurrir de los años implicarían un desmedro excesivo del patrimonio de este (en atención a las indemnizaciones o intereses moratorios que se podrían causar) y le impediría la conservación de los elementos probatorios tendientes a desvirtuar lo demandado”.

En providencia de 11 de marzo de 2016, la subsección B de la Sección Segunda²⁹ explicó que *“Una vez demostrada la relación laboral reclamada y de la cual, se persigue el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, surgiría la oportunidad para que se examine la procedencia del fenómeno extintivo de la prescripción, valga decir, la verificación de si la reclamación se efectuó dentro de los tres (3) años contados a partir de la finalización de la*

²⁸ Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia del magistrado Carmelo Perdomo Cuéter dentro del proceso con radicado No. 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15)

²⁹ Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, auto de 11 de marzo de 2016, expediente: 47001233300020140015601 (2744-2015), actora: Ana Eleuteria Oliveros Carpio, demandado: municipio de Santa Ana (Magdalena).

relación contractual, so pena de que prescriban los derechos prestacionales que se puedan derivar de la relación laboral”.

Finalmente señala que, en lo concerniente al término prescriptivo, los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, que regulan el régimen prestacional de los empleados públicos, indican que aquel lapso es de tres (3) años y que se interrumpe por una sola vez con el reclamo escrito del trabajador, en razón a que lo que se reclama en este tipo de asuntos (contrato realidad) es el reconocimiento, a título de indemnización, de las prestaciones a que se tendría derecho si la Administración no hubiese utilizado la figura del contrato de prestación de servicios para esconder en la práctica una verdadera relación laboral.

Por lo tanto, asegura la Sección Segunda que si quien pretende el reconocimiento de la relación laboral con el Estado, se excede de los tres años, contados a partir de la terminación de su vínculo contractual, para reclamar los derechos en aplicación del principio de la “...primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales” (artículo 53 constitucional), se extingue el derecho a solicitar las prestaciones que se deriven de aquella, pues dicha situación se traduciría en su desinterés, que no puede soportar el Estado, en su condición de empleador.

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

La interpretación precedente obedece a los siguientes mandatos superiores:

i) El derecho a la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales (entre estos, el derecho a la pensión), que se orienta a que las prerrogativas reconocidas en las preceptivas que rigen la relación entre empleadores y trabajadores no se modifiquen en perjuicio de estos últimos, por cuanto tienen relación directa con el mejoramiento constante del nivel de vida y la dignidad humana.

ii) El principio in dubio pro operario, conforme al cual en caso de duda ha de prevalecer la interpretación normativa más favorable a los intereses del trabajador, premisa contenida tanto en el artículo 53 de la Constitución Política como en el del Código Sustantivo del Trabajo.

iii) El derecho constitucional fundamental a la igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, en virtud del cual el Estado debe propender por un trato igualitario para todos aquellos que prestan (o han prestado) sus servicios al Estado bajo una verdadera relación laboral, cualquiera que sea su denominación (servidor público o contratista), a quienes habrá de protegerse especialmente la posibilidad de acceder a un derecho pensional.

iv) El principio de no regresividad, que implica el avance o desarrollo en el nivel de protección de los trabajadores, en armonía con el mandato de progresividad, que se encuentran consagrados en las normas de derecho internacional que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

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

Finalmente, precisa que la imprescriptibilidad no opera frente a la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal (que se busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional, por lo tanto, la Administración deberá determinar mes a mes si existe diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados por el contratista, y cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

Y señala que, *“Para efectos de lo anterior, el demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante su vínculo contractual y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador”.*

Así las cosas, la demandante contaba con 3 años, desde la finalización de cada relación laboral para presentar la reclamación de prestaciones sociales laborales económicas, siempre y cuando entre cada nuevo contrato y el anterior exista solución de continuidad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 del Decreto 1042 de 1978³⁰, pues de lo contrario se entenderá que estos fueron sucesivos y sin separación del servicio³¹.

Cabe advertir que este Tribunal ha morigerado la aplicación de dicha regla, cuando sea evidente que la suspensión entre cada contrato atiende en forma razonable a al tiempo de vacaciones o receso connatural a las instituciones de educación, que habitualmente es tomado a mediados o finales de año³².

3.2. Prescripción extintiva en el caso concreto.

Atendiendo lo antes expuesto, se hace la siguiente relación:

³⁰ “Artículo 45... Se entenderá que no hay solución de continuidad si entre el retiro y la fecha de la nueva posesión no transcurrieren más de quince días hábiles.”

³¹ Sobre esta condición, ver su aplicación entre otras, en sentencia del H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Magistrado Ponente: César Palomino Cortés, 26 de julio de 2018, Rad. No.: 68001-23-31-000-2010-00799-01, Número interno: -2778-2013.

³² Ver entre otras, sentencia del 29 de junio de 2018, radicado 17001-23-33-000-2015-00153-00, Magistrada Ponente: Lilibiana del Rocío Ojeda, Demandante: Carloman Arcila, Demandado: Sena .

Contrato No.	Periodo de Ejecución	Solución de continuidad
87	Del 28-08-2008 al 22-12-2008	No ³³
5	Del 26-01-2009 al 31-08-2009	No
83	Del 24-08-2009 al 17-12-2009	No ³⁴
17	Del 20-01-2010 al 19-11-2010	No ³⁵
42	Del 28-01-2011 al 02-07-2011	No
Sin número	Del 11-07-2011 al 16-12-2011	No ³⁶
3	Del 20-01-2012 al 26-06-2012	Sí
506	Del 13-02-2013 al 12-08-2013	No
816	Del 09-09-2013 al 16-12-2013	No
185	Del 20-01-2014 al 31-08-2014	Ultima Vinculación

Como puede verse, existe una continuidad entre los contratos del 28 de agosto de 2008 al 26 de junio de 2012, y otra del 13 de febrero de 2013 al 31 de agosto de 2014; por lo que existe una interrupción desde el 27 de junio de 2012 hasta el 12 de febrero de 2013, esto es de cerca de 7 meses, tiempo que, contrario a lo señalado por la parte actora, no puede ser considerado por modo alguno como una suspensión que atienda a los recesos o vacaciones colectivas que usualmente se presentan en instituciones de formación como el Sena.

Ahora, teniendo en cuenta que la reclamación efectuada por la demandante, para que se reconocieran los réditos derivados de la relación laboral data del 25 de febrero de 2016 (v. fl. 35), se hace la siguiente relación:

Contrato No.	Finalización	Fecha limite Reclamación (3 años)	Prescribió
87	26-06-2012	26-06-2015	Sí
5			
83			
17			
42			
Sin número			
3			
506	31-08-2014	31-08-2017	No
816			
185			

Así las cosas, los rubros que a título de indemnización podían ser reclamados judicialmente respecto de las relaciones laborales que se suscitaron antes del contrato 506 de 2013, se encuentran prescritos (exceptuando, como se advirtió, las diferencias que existan entre los aportes pensionales que fueron pagados y los que habrían de pagarse por el empleador).

³³ Como se advirtió, a juicio de la Sala el periodo de solución entre los referidos contratos corresponde en forma razonable a la temporada de receso de actividades de docencia en la institución demandada.

³⁴ *Idem at supra.*

³⁵ *Idem at supra.*

³⁶ *Idem at supra.*

En tal sentido, no hallan eco de prosperidad los cargos de apelación formulados por la parte actora respecto de la aplicación del fenómeno de prescripción a los referidos derechos económicos, así como tampoco, lo expuestos por la parte demandada sobre la aplicación de este fenómeno a los aportes pensionales correspondientes, pues como se vio, lo decido por el *a quo* sobre el particular atiende al precedente jurisprudencial fijado por el H. Consejo de Estado sobre la materia.

4. Tercer problema jurídico ¿Qué valores deben ser liquidados y reconocidos a favor de la accionante con ocasión de la mentada relación laboral?

Tesis del Tribunal: Al haberse demostrado la existencia de una relación laboral, tras las vinculaciones que por medio de contratos de prestación de servicios fueron efectuadas entre la señora Alexandra Gómez Serna y el Sena, debió disponerse el pago –a título de indemnización- de los valores equivalentes a las prestaciones sociales y salariales ordinarias a que tengan derecho los docentes y o instructores vinculados al Servicio Nacional de Aprendizaje – Sena mediante “vinculación legal y reglamentaria”, empero, liquidadas tomando como base los honorarios percibidos por la accionante de manera mensual.

La ya citada sentencia de unificación CE-SUJ2-005-16 proferida el 25 de agosto de 2016, señaló que el reconocimiento económico derivado de la declaratoria de existencia de una relación laboral sostenida con base a contratos de prestación de servicios, será el valor de las prestaciones sociales y salariales ordinarias que por los mismos periodos hubiese devengado el personal de planta de la entidad contratante, empero, advirtiendo que su liquidación debe efectuarse tomando como base el monto de los honorarios pactados en los respectivos contratos. En efecto señaló la referida providencia:

“De igual modo, se unifica la jurisprudencia en lo que atañe a que (i) el consecuente reconocimiento de las prestaciones por la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral y del tiempo de servicios con fines pensionales proceden a título de restablecimiento del derecho, y (ii) el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el maestro-contratista corresponderá a los honorarios pactados...” (Se subraya)

En tal sentido, se presenta una imprecisión en el fallo apelado al ordenar el pago de los valores correspondientes a las prestaciones sociales y salariales recibe un instructor de planta del Sena, pues como lo advirtió el H. Consejo de Estado, el pago reconocido al contratista a título de indemnización no será idéntico -en términos monetarios- al reconocido al empleado de planta, ya que la sentencia que reconoce la existencia de una relación de naturaleza laboral, no le está otorgando una calidad idéntica al empleado de planta, sino, se itera, una indemnización calculada con base a los honorarios que se pactaron en el contrato de prestación de servicios.

En este orden de ideas, se acogerá el cargo de apelación propuesto por la accionada, en el sentido de modificar la sentencia analizada para disponer que, a título de restablecimiento del derecho, debe efectuarse un pago indemnizatorio equivalente al cálculo de todas las prestaciones sociales y salariales ordinarias a que tengan derecho los docentes y o instructores vinculados al Servicio Nacional de Aprendizaje – Sena

mediante “vinculación legal y reglamentaria”, empero, liquidadas tomando como base los honorarios percibidos por la accionante de manera mensual.

5. Cuarto problema jurídico ¿Se demostraron los perjuicios morales y materiales cuya indemnización reclama la parte actora?

Tesis del Tribunal: No se demostraron los perjuicios reclamados por la parte accionante.

La actora insistió por medio de su recurso de alzada en la generación de unos perjuicios, bajo la egida de que la demandada no sufragó los pagos que por concepto de aportes a cajas de compensación familiar debía realizar en el marco de una relación legal y reglamentaria, pagos que generaban en cabeza de la demandante el derecho a obtener los beneficios de la Ley 1636 de 2013 por medio de la cual se estableció el mecanismo de protección al trabajador cesante.

Ademas señala que, los perjuicios morales sí se encuentran demostrados toda vez que, *(i)* no pudo acceder a los beneficios de protección al cesante por el no pago de los aportes a cajas de compensación familiar; *(ii)* no pudo disfrutar de sus cesantías al momento de la terminación del vínculo laboral; y *(iii)* tuvo que concurrir a la interposición de la presente demanda para obtener el reconocimiento de sus derechos laborales, por lo cual debió esperar más de 3 años para obtener una decisión en primera instancia, y sufragar los costos de un apoderado judicial.

Sobre la materialización del perjuicio material, se reitera lo ya señalado respecto a los efectos de restablecimiento del derecho con que cuentan las sentencias de reconocimiento de una relación laboral suscitada en el marco del contrato de prestación de servicios, resultado que no es otro que el de reconocer al demandante un pago indemnizatorio equivalente a las prestaciones sociales y salariales ordinarias a cuyo pago tengan derecho los docentes y o instructores vinculados al Sena mediante “vinculación legal y reglamentaria”.

Respecto a los perjuicios inmateriales, han sido pacífico el desarrollo jurisprudencial en lo que respecta a la carga de la prueba de aquellos que no gozan de presunción, los cuales deben ser demostrados por la parte que persigue su indemnización, dejando sentado que no resulta suficiente con alegar que estos se causaron por motivo de una u otra circunstancia, sino que debe acreditarse el perjuicio en sí mismo, dado que, *“...perjuicio moral se ha entendido [como] aquel que violenta a la persona directa e indirectamente reflejado en dolor, aflicción y en general sentimientos de desesperación y congoja, el cual podrá ser reconocido únicamente cuando la persona que crea haber sido perjudicada, demuestre a través de medios probatorios la ocurrencia de estos”*³⁷.

En efecto, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido que no basta con demostrar algún tipo de dolor o de afectación, pues se ha indicado que la misma ha de ser intensa, no puede ser cualquier tipo de contratiempo³⁸. En tal medida, por

³⁷ H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Magistrada Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, octubre 5 de 2017, Rad. No.: 41001233300020120020601 (1598-2016).

³⁸ Sentencia de 22 de abril de 2009, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, Rad. 05001-23-24-000-1992-00231-01(17000). Se dijo al respecto: *“a pesar de que los demandantes lograron demostrar la incomodidad que padecieron con ocasión del daño, lo cierto es que ese sentimiento no es de tal envergadura que justifique su reparación...”* *“En efecto, el daño moral es un perjuicio inmaterial que comprende el aspecto interno del individuo, la afección directa a los sentimientos del ser*

ejemplo, demostrar detrimentos patrimoniales -incluso deterioro en la casa de habitación-, no implica por sí solo comprobar la existencia de perjuicios morales³⁹. Así mismo, pueden probarse también situaciones contextuales del caso, que evidencien los problemas vividos, pero ello no elimina la necesidad de contar con alguna prueba de los perjuicios morales en sí mismos considerados⁴⁰.

Así, frente al planteamiento formulado por la parte actora, al margen de determinar como ciertas o no las referidas situaciones que se alegan como causas de un perjuicio moral, tales aseveraciones no son suficientes para acreditar la existencia del perjuicio moral, bajo el entendido que estos no están sujetos a una suerte de presunción legal o jurisprudencial que permita que, la mera acreditación de los referidos hechos, sean suficientes para demostrar de dichos perjuicios.

Corolario, no prospera el cargo de apelación formulado por la parte actora sobre este punto.

6. Conclusiones

En resumen, frente a los cargos de apelación formulados por las partes, se encuentran acreditados los elementos de una relación laboral entre la señora Alexandra Gómez Serna y el Sena con ocasión de los servicios que aquella prestó mediante vinculación efectuada por contratos de prestación de servicios, advirtiéndose una prescripción parcial de los créditos que a título de indemnización deben ser reconocidos en favor de aquella, por lo cual se confirmará lo decidido sobre estos dos puntos.

Sin embargo, se modificará el ordinal tercero de la sentencia recurrida, en el sentido de declarar la existencia de una relación laboral por el total de los periodos analizados

humano, como la congoja, la tristeza, etc., y para que haya lugar a su indemnización, es necesario que la afectación sea intensa, pues no cualquier contratiempo o contrariedad puede ser moralmente compensado, máxime si se tiene en cuenta que el único patrimonio de los demandantes no se destruyó ni se perdió, sino que, por el contrario, los daños generados al inmueble se repararon."

³⁹ Sentencia de marzo 10 de 2011, C.P. Hernán Andrade Rincón, Rad. 19001-23-31-000-1998-00451-01 (20109). Se dijo al respecto lo siguiente: *"Para probar el reclamado dolor moral por el deterioro de su casa de habitación, la parte actora pidió del ingeniero Juan José Arias Loaiza, único testigo que se refirió al tema en los siguientes términos: 'En realidad yo conocía a Reinel como una persona jovial, pero luego cuando me pidió el favor de mirar lo que estaba sucediendo en la casa, lo vi bastante preocupado, una de las niñas me comentó que estaba enfermo que tenía inicios de asma, entonces dijo que iba a buscar una casa donde poderse pasar mientras le solucionaban el problema' (fl. 48 C. 2)..."* *"Como bien puede observarse, de la declaración testimonial antes trascrita no resulta establecido que los demandantes estuviesen pasando por unas circunstancias especiales y fuera de lo común que justifiquen entender que padecían un dolor moral como el reclamado en la demanda, por manera que imperioso resulta para la Sala despachar negativamente su pedimento indemnizatorio por este concepto."*

⁴⁰ Sentencia de 26 de 2008, C.P. Myriam Guerrero Escobar, Rad. 19001-23-31-000-1995-02016-01 (15535). La sentencia dijo al respecto: *"Como bien puede observarse, los testigos no refieren la ocurrencia de especiales circunstancias que le permitan a la Sala siquiera suponer que la ocupación permanente de una parte de los predios de los accionantes les hubiere ocasionado una aflicción distinta al hecho de saber que no podrían ya ejercer sobre la franja de terreno ocupada los derechos derivados de la propiedad, asunto sobre el cual, por demás, tan solo da cuenta uno de los testigos..."* *"De otra parte, se evidencia que la situación de intranquilidad del señor Valencia y la señora Valencia de Castro, a la cual hacen referencia los testigos, deriva de otra causa distinta a la ocupación de sus predios, pues atañe propiamente a las consecuencias propias de las relaciones de vecindad que no únicamente ellos, sino todos quienes colindan o viven en cercanías a la base militar, pueden eventualmente llegar a soportar, máxime si se tiene en cuenta que el conocimiento que los testigos tiene sobre esos hechos es de oídas, pues proviene de lo que sus vecinos les han comentado; pero los testigos no afirman haber presenciado esos entrenamientos, como tampoco los hostigamientos, ni los maltratos que según dicen les infieren los soldados a los demandantes, como tampoco en el expediente se encuentran pruebas que soporten la ocurrencia de tales hechos..."* *"De allí que la Sala se deba abstener de reconocer la existencia de los perjuicios morales que dicen haber sufrido los demandantes, pero no por la razón que sirvió de fundamento al a quo para negar dicha pretensión, sino porque, como acaba de verse, su existencia no está acreditada en el proceso."*

en que la accionante prestó sus labores a la entidad demandada mediante contratos de prestación de servicios y que, el pago que a título de restablecimiento del derecho debe efectuarse en favor de la demandante corresponde al cálculo de todas las prestaciones sociales y salariales ordinarias a que tengan derecho los docentes y o instructores vinculados al Servicio Nacional de Aprendizaje – Sena mediante “vinculación legal y reglamentaria”, empero, liquidadas tomando como base los honorarios percibidos por la accionante de manera mensual.

Finalmente, dado que no se demostró la existencia los perjuicios materiales y morales reclamados por la parte accionante, se confirmará en lo demás la sentencia recurrida.

7. Costas

Atendiendo al criterio objetivo valorativo que ha sido desarrollado por el H. Consejo de Estado con respecto a la imposición de costas (gastos procesales y agencias en derecho), no se condenará en costas de segunda instancia advirtiendo que no se encuentran acreditadas, toda vez que las partes recurrentes no incurrieron en gastos procesales y limitaron su intervención procesal a la reiteración de lo señalado ante el *A quo*.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFÍCASE el ordinal tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales el 07 de junio de 2019 dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Alexandra Gómez Serna en contra del Servicio Nacional de Aprendizaje - Sena , el cual quedará así:

“TERCERO: DECLÁRASE la existencia de una relación laboral entre el Sena y la señora Alexandra Gómez Serna sostenida entre el 28 de agosto de 2008 y el 31 de agosto de 2014, durante los periodos en que esta última se desempeñó de forma efectiva en calidad de instructora de la referida entidad.

DECLÁRASE la prescripción de todo rubro con origen en la relación laboral sostenida entre el Sena y la señora Alexandra Gómez Serna, causado con anterioridad al 13 de febrero de 2013, exceptuando los aportes a fondos de pensiones que debieron ser realizados por el Sena en calidad de empleador.

CONDÉNASE al Servicio Nacional de Aprendizaje – Sena a liquidar y sufragar a favor de la señora Alexandra Gómez Serna, un pago indemnizatorio equivalente al cálculo de todas las prestaciones sociales y salariales ordinarias a cuyo pago tengan derecho los docentes y o instructores vinculados al Servicio Nacional de Aprendizaje – Sena mediante “vinculación legal y reglamentaria”, empero, liquidadas tomando como base los honorarios percibidos por la accionante de manera mensual.

Dicha liquidación y pago de prestaciones deberá efectuarse para los periodos de prestación de servicios que fueron contratados entre el 13-02-2013 y el 31 de agosto de 2014.

Las sumas que deberá cancelar la entidad accionada por concepto de indemnización equivalente a las prestaciones sociales y salariales ordinarias se actualizarán de acuerdo con la siguiente fórmula: $R = Rh \times \text{índice final} / \text{índice inicial}$, donde el valor presente (R) se determinará al multiplicar el valor histórico (Rh) por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de la sentencia) por el índice inicial (vigente a la fecha de la causación de la prestación). “

SEGUNDO: CONFÍRMASE en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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


Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 031 de 2020.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 241

Manizales, treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020)

Proceso No.	17-001-33-33-001-2017-00445-02
Clase	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante	Luz Edilma Guerrero Colonia
Accionado	Nación - Ministerio De Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio FNPSM

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la demandada contra la sentencia mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la parte actora.

I. ANTECEDENTES

1. La Demanda

1.1. Pretensiones

Solicita se declare la nulidad de la Resolución 0982-6 de 10 de febrero de 2016, por medio del cual se negó el reconocimiento y pago del reajuste periódico de la mesadas pensionales conforme lo establece la Ley 71 de 1988.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho se solicita se reconozca el reajuste y pago del retroactivo de las mesadas pensionales en los términos establecidos en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988. Que las sumas reconocidas deberán ser indexadas; se condene a la demandada al pago de intereses señalados en el artículo 192 del CPACA y las costas y agencias en derecho.

1.2. Sustento fáctico relevante

A la demandante le fue reconocida la pensión de jubilación a través de la Resolución 0643- de 2006. Mediante escrito radicado el 27 de enero de 2016, ante la entidad demandada, solicitó el reajuste periódico de la pensión conforme a los ajustes fijados por el Gobierno Nacional para el salario mínimo legal, en aplicación a la Ley 71 de 1989.

A través de la Resolución 0982-6 de 2016, la demandada denegó el ajuste deprecado.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

Consideró como violados los artículos 53 y 58 de la Constitución Política; 5, 9 y 15 de la Ley 91 de 1989; 1; de la Ley 71 de 1988; 238 de 1995; 14, 279 de la Ley 100 de 1993; Decreto 2831 de 2005.

Analizó el régimen jurídico que reguló los ajustes en las mesadas pensionales, teniendo en cuenta el incremento del salario mínimo legal mensual vigente, establecido en la Ley 71 de 1989 y posteriormente en las Leyes 91 de 1989 y 100 de 1993; teniendo en cuenta las excepciones previstas en el artículo 279 de ésta última disposición.

Expuso que la Nación Ministerio de Educación - FNPSM, reajustó las pensiones de jubilación a partir del año 1995, conforme al artículo 14 de la Ley 100 de 1993; y que para los años 1996, 1998, 2000 y siguientes hasta el año 2018 los reajustes anuales de las pensiones de jubilación se realizaron por debajo del aumento del salario mínimo legal mensual vigente, teniendo en cuenta la excepción prevista en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, que excluye su aplicación a los afiliados de dicho fondo.

Reiteró que “... (s)e busca por este medio la nulidad del referido acto y el consecuente reajuste de las pretensiones de jubilación reconocidas a mi poderdante, teniendo como fórmula de incremento pensional la establecida en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988...”.

Pasó a explicar que si se aplica la fórmula de incremento de las mesadas superiores al salario mínimo, que es con el IPC, éstas presentan una pérdida porcentual frente a si se hiciera aumento con el salario mínimo mensual vigente, lo que representa un detrimento a la parte demandante.

Aludió a los presupuestos normativos contenidos en el artículo 58 de la Constitución Política y pronunciamientos jurisprudenciales del Honorable Consejo de Estado y la Corte Constitucional, respecto al alcance de los derechos adquiridos y los supuestos sustanciales que la caracteriza. Indicó que se vulneró el principio de favorabilidad, al omitir el estudio de la normatividad prevista en las Leyes 71 de 1989 y 238 de 1995, al no ajustar las mesadas pensionales al ajuste del salario mínimo legal.

2. Contestación de la demanda.

2.1. Ministerio de Educación - Fondo de Prestaciones de Sociales del Magisterio: Se opuso a la totalidad de las pretensiones y adujo no constarle los hechos aludidos en la demanda. Propuso las excepciones:

- ***Omisión de requisito de procebilidad:*** Esgrimió a la vulneración del derecho de defensa y al debido proceso previsto en el artículo 29 de la Constitución Política; al no aportarse a la demanda el requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 35 de la Ley 640 de 2001. - ***Falta de integración del contradictorio – litisconsorcio necesario:*** Consideró en virtud de las Leyes 715 de 2001, 91 de 1989, 60 de 1993, por el cual se atribuye a los entes territoriales la participación educativa, y las obligaciones prestacionales del personal docente, y conforme al trámite para su reconocimiento previsto en el Decreto 2831 de 2005, a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, vincular al Departamento de Caldas, y a la fiduciaria la Previsora S.A., en virtud del contrato de fiducia mercantil 83 de 1990, suscrito con el Ministerio de Educación Nacional, por el cual se transfiere al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio administrar los recursos destinados al pago de prestaciones sociales. - ***Vinculación de litisconsorte:*** Solicitó la vinculación de la **Fiduprevisora la Previsora S.A.**, en virtud del contrato mercantil 83 de 1990 suscrito con el Ministerio de Educación Nacional. - ***Ineptitud sustancial de la demanda por falta de legitimación en la causa por pasiva de la Nación – Ministerio de Educación Nacional:*** Describió en armonía a lo preceptuado en el artículo 52 de la Ley 962 de 2005, la Ley 715 de 2001, que definió las competencias de la entidad en materia de educación, cuya función

es la de ser ente rector de las políticas educativas dada su función de trazar los lineamientos generales en la prestación del servicio de educación, por tanto no presta el servicio de educación, ni administra las plantas de personal, como tampoco es empleador de los docente del Magisterio. *-Inexistencia del demandado – falta de relación con el reconocimiento del derecho, conexo o derivado del acto administrativo expedido por la entidad territorial certificada. Falta de competencia del ministerio de educación para expedir el acto administrativo y reconocer el derecho reclamado:* Hizo alusión a los elementos esenciales del acto administrativo e indicó que no existe causalidad o vínculo entre la Nación – Ministerio de Educación Nacional, y el derecho solicitado por el accionante, toda vez que el procedimiento de reconocimiento y pago de las prestaciones sociales se encuentra en cabeza de la entidad territorial certificada y de la sociedad fiduciaria administradora del fondo, siendo esta última y con fundamento en el contrato de fiducia mercantil 83 de 1990, quien administra y paga con recursos del fondo las obligaciones que en materia de prestaciones reclaman los docentes afiliados al FOMAG; indicó que el Ministerio de Educación nacional no interviene en el trámite de reconocimiento y pago de la prestación, no revisa ni analiza la viabilidad del pago de la misma, no tiene competencia para la expedición del acto administrativo de reconocimiento, no ordena el pago, ni destina los recursos para el pago de las prestaciones. *- Inexistencia de la obligación demandada por inexistencia de causa jurídica:* Apuntó que el ajuste de la pensión de jubilación, es el establecido en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993; y no el previsto en la Ley 71 de 1988; además que la Ley 812 de 2003, integró a los docentes al régimen pensional de prima media, con lo cual se deriva la derogación tácita de la normatividad anterior. *- Caducidad:* Con base en el artículo 164 del CPACA, argumentó que la demanda se presentó transcurridos los cuatros meses desde la expedición del acto administrativo que denegó el derecho, por lo que debe prosperar la presente excepción. *-Prescripción:* Solicitó se declare la prescripción de los derechos reclamados, prevista en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968. *-Cobro de lo no debido:* Indicó que la entidad no tiene competencia en el trámite para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes; además, que los recursos son manejados por la sociedad de economía mixta fiduciaria; y por tanto, cualquier gasto que afecte el presupuesto de la fiduciaria, deben contar con la respectiva apropiación presupuestal. *- Buena fe:* Enfatizó que el pago no las prestaciones sociales de los docentes no depende del diligenciamiento de los actos administrativos por parte del ente territorial y del visto bueno de la entidad fiduciaria, sino de la disponibilidad presupuestal conforme lo prevé la Ley 38 de 1989.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró no probadas las excepciones y accedió a las pretensiones de la demandante y ordenó reajustar anualmente la pensión de la parte actora con base en el porcentaje de incremento del salario mínimo mensual legal vigente determinando la diferencia entre la suma efectivamente pagada y la que debió pagar; y condenó en costas.

Precisó que, los efectos del incremento del artículo 14 de la ley 100 de 1993 hacen referencia al régimen de prima media con prestación definida y al régimen de ahorro individual con solidaridad no a regímenes exceptuados de dicha norma.

Indicó que conforme al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al FNPSM se encuentran exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social contenidos en dicha ley. Que el artículo 289 de la disposición anterior no derogó expresamente el artículo 1º de la ley 71 de 1988, por lo que el incremento solicitado se encuentra vigente y una interpretación diferente como la contenida en los actos administrativos demandados

vulnera los principios de inescindibilidad de los regímenes pensionales y favorabilidad del régimen exceptuado.

Hizo referencia al acto administrativo que reconoció el derecho pensional para concluir que en el mismo se indicó expresamente que la mesada pensional se debía reajustar anualmente de conformidad con la Ley 71 de 1988 y la Ley 238 de 1995. Precisó que el Acto Legislativo 1 de 2005, no modificó las condiciones en las que se reconocieron los derechos pensionales de la parte demandantes.

Trajo a colación pronunciamientos de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado (C-387 de 1994 y 2010-00186-00 (1316-10)), para fundamentar las razones por las cuales es aplicable el incremento previsto en la Ley 71 de 1988 para efectos de determinar el porcentaje de incremento de las pensiones de jubilación. En ese entendimiento, sostuvo que le asiste razón a la parte actora en cuanto a la aplicación de la Ley 71 de 1988 para el aumento anual de su pensión de jubilación.

Finalmente precisó que con la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 se vulnera el principio de favorabilidad previsto en el artículo 53 de la Constitución Política.

4. Recurso de apelación

La parte demandada solicitó revocar la providencia y negar las pretensiones de la demandante; precisó que si bien los docentes afiliados al FNPSM se encuentran exceptuados de la aplicación del régimen de seguridad social, en lo que respecta al reajuste de sus pensiones debe darse aplicación a lo dispuesto en el artículo 14 de la ley 100 de 1993.

Que la pensión reconocida al actor es superior al salario mínimo legal vigente para la fecha de reconocimiento, por lo que no resulta procedente reliquidar tomando en cuenta el incremento del salario mínimo.

Adujo además que, el ámbito de aplicación del artículo 1º de la Ley 71 de 1988 estaba circunscrito a los tipos de pensión previstos en el artículo 1 de la ley 4 de 1976, razón por la cual los docentes afiliados al Fondo nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no han tenido norma especial para el ajuste de la pensión.

Manifestó que si bien los docentes afiliados al FOMAG se encuentran exceptuados de la aplicación del régimen de seguridad social, en lo que respecta al reajuste de sus pensiones debe darse aplicación a lo dispuesto en el artículo 14 de la ley 100 de 1993 como consecuencia del contenido de la ley 238 de 1995.

Refirió con apoyo en la sentencia C-387 de 1994 de la H. Corte Constitucional, que el sistema de reajuste de la pensión no es un derecho adquirido y está sometido a las reglamentaciones que el estado encuentre pertinentes.

Aludió al contenido del Acto Legislativo 01 de 2005 para concluir que dejó sin efectos a partir del 31 de julio de 2010 los regímenes pensionales especiales como el establecido en la Ley 71 de 1988 al margen que los docentes afiliados al FOMAG fueron excluidos de la ley 100 de 1993 en virtud del artículo 279 de dicha disposición.

Indicó que no hay lugar a la aplicación del principio de favorabilidad dado que no hay coexistencia de normas vigentes ante la derogatoria tácita de la ley 71 de 1988.

Afirmó que por la variabilidad de la economía no puede afirmarse que el sistema de reajuste con base en el porcentaje de incremento del salario mínimo sea más beneficioso para el docente pensionado que el basado en el IPC.

5. Alegatos de conclusión en segunda instancia

La **demandante** reiteró los argumentos expuestos en su demanda y citó apartes de la Sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado, radicado 2012-00143-01 respecto del régimen pensional aplicable a los docentes.

La **demandada y el Ministerio Público**: guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia y procedencia

Conforme al artículo 153 del CPACA¹, es competente el Tribunal para resolver el recurso de apelación. Además, es procedente por cuanto: *“Son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales y de los Jueces”*, en virtud a lo dispuesto por el artículo 243 Ibídem.

2. Problema jurídico

Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación se estima necesario absolver el siguiente cuestionamiento: *¿Tiene derecho la parte demandante al reconocimiento y pago del reajuste periódico de la mesadas pensionales conforme lo establece la Ley 71 de 1988, esto es, teniendo en cuenta la variación del salario mínimo legal mensual vigente?*

3. Tesis del Tribunal

La parte demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago del reajuste periódico de la mesadas pensionales conforme lo establece la Ley 71 de 1988, esto es, teniendo en cuenta la variación del salario mínimo legal mensual vigente, toda vez que, la Constitución Política facultó al Legislador para que bajo su autonomía fijara las fórmulas específicas el reajuste periódico de las pensiones; con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigencia, se entendió derogada la Ley 71 de 1989 y las pensiones reconocidas antes y después de dicha ley, se vienen reajustando anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el Dane para el año inmediatamente anterior.

Para fundamentar lo anterior se abordarán los siguientes aspectos: i) hechos probados; ii) régimen general de seguridad social; iii) ajuste de pensiones en el régimen de seguridad social para los afiliados al sector público y régimen general de pensiones; y iv) el análisis del caso concreto.

3.1. Lo probado

¹ Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso Administrativo.

- A la demandante le fue reconocida la pensión de jubilación a través de la Resolución 0643 de 2006. (Fl. 27-28 C. 1)
- La demandante mediante escrito radicado el 27 de enero de 2016, ante la entidad demandada, solicitó el reajuste periódico de la pensión conforme a los ajustes fijados por el Gobierno Nacional para el salario mínimo legal, en aplicación a la Ley 71 de 1989.
- A través de la Resolución 0982-6 de 10 de febrero de 2016, la demandada denegó el ajuste deprecado. (Fl. 29-30 C. 1)

3.2. Régimen general de seguridad social

El artículo 48 de la Carta Política concibe la seguridad social como un servicio público obligatorio que debe prestarse bajo la dirección coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; asimismo se garantiza como un derecho irrenunciable, servicio prestado por entidades públicas y privadas, que brinda los recursos destinados al poder adquisitivo de las pensiones.

A su vez, el artículo 53 del mandato constitucional, establece que el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

El Sistema de Seguridad Social Integral, previsto en la Ley 100 de 1993, tuvo como objeto garantizar los derechos de las personas y comunidad, en aras de mejorar la calidad de vida, y la dignidad humana, a través de las instituciones públicas y privadas prestadora de los servicios, como un servicio esencial bajo los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación.

Por su parte, el artículo 11 ibídem, modificado por el artículo 1 de la Ley 797 de 2003; prevé su campo de aplicación, así:

“El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando y respetando, adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una Pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de Prima Media y del sector privado en general.

Lo anterior será sin perjuicio del derecho de denuncia que le asiste a las partes y que el tribunal de arbitramento dirima las diferencias entre las partes”.

3.3. Ajuste de pensiones en el régimen de seguridad social para los afiliados al sector público y régimen general de pensiones

El artículo 1 de la Ley 4 de 1976², determinó que las pensiones de los sectores público, oficial, semioficial y privado, así como los afiliados al Instituto Seguro Social a excepción de las pensiones por incapacidad permanente parcial, se reajustarían de oficio, cada año, teniendo en cuenta la elevación del salario mínimo mensual legal más alto, con una suma

² Ley 4 de 1989, “Por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones.”

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.

Luego, el artículo 1 de la Ley 71 de 1988³ precisó que las pensiones referidas en el artículo 1 de la Ley 4 de 1976, la de incapacidad permanente parcial y las compartidas, serían reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que sea incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.

La citada norma fue reglamentada por el Decreto 1160 de 1989, precisó respecto al ajuste de las pensiones en el artículo 1º lo siguiente: *“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”*.

Del recuento normativo citado, se concluye que por mandato constitucional, es deber del Estado garantizar el reajuste periódico de las pensiones, que inicialmente desde la Ley 4 de 1976, se determinó un ajuste a los beneficiarios de los regímenes del sector público, oficial y privado, teniendo en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente más alto.

Luego, el artículo 1 de la Ley 71 de 1988 precisó que las pensiones referidas en el artículo 1 de la Ley 4 de 1976, la de incapacidad permanente parcial y las compartidas, serían reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que sea incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.

La citada norma fue reglamentada por el Decreto 1160 de 1989, que precisó respecto al ajuste de las pensiones en el artículo 1 lo siguiente: *“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”*.

Del recuento normativo citado, se concluye que por mandato constitucional, es deber del Estado garantizar el reajuste periódico de las pensiones, que inicialmente desde la Ley 4 de 1976, se determinó un ajuste a los beneficiarios de los regímenes del sector público, oficial y privado, teniendo en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente más alto.

A su turno la Ley 100 de 1993, en el artículo 289, indicó en relación con las vigencias y derogatorias lo siguiente: *“La presente Ley rige a partir de la fecha de su publicación, salvaguarda los derechos adquiridos y **deroga** todas las disposiciones que le sean contrarias, en especial el artículo 2o. de la Ley 4a. de 1966, el artículo 5o. de la Ley 33 de 1985, **el parágrafo del art. 7o. de la Ley 71 de 1988**, los artículos 268, 269, 270, 271 y 272 del Código de Sustantivo del Trabajo y demás normas que los modifiquen o adicionen”*.

O sea, que al derogarse el parágrafo 7 de la Ley 71 de 1988, se derogó la norma que disponía un régimen de reconocimiento pensional para las personas que tengan diez (10) años o más de afiliación en una o varias de las entidades y cincuenta (50) años o más de

³ Ley 71 de 1988 por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras

edad si es varón o cuarenta y cinco (45) años o más si es mujer, continuarían aplicándose las normas de los regímenes actuales vigentes.

Además, este párrafo de la Ley 71 de 1988 fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional Sentencia C-012 de 1994.

La Ley 100 de 1993 en su artículo 279 contempló los regímenes exceptuados a dicho régimen quedando contemplado, entre otros el personal docente vinculado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, y señaló que estas excepciones no implican negación de los beneficios y derechos determinados en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, el cual consagra el reajuste anual de las pensiones en el IPC:

“ARTÍCULO 279. Excepciones. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto-Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.

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.

(...)

PARÁGRAFO 4o. 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.” (Se resalta)

Concerniente al reajuste de las pensiones el Régimen General de Pensiones previsto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, precisó:

“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.

Dicha normativa fue declarada executable por la Corte Constitucional en sentencia C-387 de 1994⁴, en la que señaló:

“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.”

⁴ Corte Constitucional sentencia C- 387 de 1994; MP. Carlos Gaviria Díaz, 1 de septiembre de 1994; Exp. D-529.

...

“Las instituciones del salario mínimo y de la pensión mínima, se enmarcan dentro de aquellas políticas destinadas a lograr una justicia social, pues son medidas especiales de protección a quienes por su condición económica se encuentran en situación de debilidad manifiesta. Busca así el legislador menguar la desigualdad y de esta manera cumplir con el propósito señalado por el constituyente en el artículo 13 de la Carta, que ordena al Estado promover las condiciones requeridas para que la igualdad sea real y efectiva, mediante la adopción de medidas en favor de grupos discriminados o marginados, como también proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica o física se encuentran en situación de debilidad manifiesta.

....

Ahora bien: que el índice de precios al consumidor aumenta en proporción superior al porcentaje en que se incrementa el salario mínimo, es un argumento que esgrime el demandante, pero que no se ajusta a la realidad, pues como se demostrará en seguida, estos valores no han sido constantes, y no podían serlo, por que su comportamiento depende de una serie de circunstancias económicas y políticas que resultan variables, y en consecuencia, no es posible determinar con certeza el porcentaje en que cada uno de esos dos factores aumentará.

“Veamos el comportamiento de la tasa de inflación y el porcentaje de incremento del salario mínimo, durante los últimos diez años:

<i>“Año</i>	<i>Inflación</i>	<i>Salario mínimo</i>
1983	16.64	22%
1984	18.28	22%
1985	22.45	20%
1986	20.95	24%
1987	24.02	22%
1988	28.12	25%
1989	26.12	27%
1990	32.36	26%
1991	26.82	26.07%
1992	25.13	26.04%
1993	22.6	21.09%”

“Obsérvese que en los años 1983, 1984, 1986, 1989 y 1992 el salario mínimo se incrementó en cuantía superior al índice de inflación, y en los demás años, sucedió lo contrario, esto es, que la inflación fue mayor que el porcentaje en que subió el salario mínimo.

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”.

En este sentido, el Máximo Tribunal Constitucional, alude a la determinación de incrementar las pensiones en el salario mínimo solo para los pensionados que devengan la pensión mínima, en aras de salvaguardar los derechos constitucionales de los pensiones que se encuentran en debilidad manifiesta frente a los demás ciudadanos; a su vez, que la determinación del índice de precios al consumidor para los demás pensionados para establecer el incremento pensional, se ajusta a factores circunstancias económicas y políticas.

De otro lado, la Ley 238 de 1995 dispuso la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 a los regímenes exceptuados previstos en dicha disposición; al respecto señaló:

“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**”.*

Si bien, el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, dispuso las excepciones de su aplicación al personal docente vinculado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, posteriormente la Ley 238 de 1995, integró a este sector en la aplicación del reajuste pensional contemplado en el Régimen General de Pensiones.

Bajo el tema en cuestión referente al reajuste de las mesadas en aplicación de la Ley 100 de 1993, la Sección Segunda el Honorable Consejo de Estado⁵, en providencia del 17 de agosto del 2017, en pronunciamiento dentro de la acción pública de nulidad en contra del artículo 40 del Decreto 692 de 1994; expuso **que el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993** derogó el dispuesto por la Ley 71 de 1988:

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

« [...] A partir del 1.º de enero de 1989 y hasta la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, todas las pensiones que fueron reconocidas en el país, tanto en el sector público como en el privado, se reajustaron anualmente conforme a la fórmula 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

⁵ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda -Subsección A- Consejero Ponente: William Hernández Gómez - 17 de agosto de 2017 –Rad. 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14).

salud, a favor de los pensionados con anterioridad al 1° de enero de 1994.[...]

En esas condiciones, no le asiste razón a la parte demandante cuando estima que al hacer extensivo el porcentaje de reajuste de la mesada pensional que se decreta para quienes se pensionan con posterioridad al 1.º de abril de 1994 a aquellos que ya tenían la prestación reconocida para ese momento, la norma demandada hace una inclusión no prevista en la ley que reglamenta y desconoce los derechos adquiridos de estos últimos, pues se reitera, la protección de los derechos adquiridos en materia pensional no comprende la proporción del incremento de la mesada.

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”

En consideración al postulado jurisprudencial precitado se extrae, que si bien quienes se pensionaron con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, cuentan con un régimen anterior al del Sistema de Seguridad Social Integral, esto no quiere decir, que en cuanto al incremento de la mesada pensional deba realizarse conforme lo contempla la Ley 71 de 1988, ajustado al salario mínimo, toda vez que con la entrada en vigencia del régimen general de pensiones, dicha norma quedó derogada por ésta última, que dispuso que los ajustes de las mesadas pensionales fueran incrementadas conforme a la variación del índice de precios al consumidor.

Referente a los motivos que alega el libelista, de aplicar artículo 1 de la Ley 71 de 1988, en armonía con el principio de favorabilidad, al ajuste de la mesada pensional, es pertinente traer a colación los pronunciamientos jurisprudenciales expuestos por la Corte Constitucional en sentencia C-435 de 2017, bajo la acción pública de constitucionalidad se demanda la nulidad parcial del artículo 14 de la Ley 100 de 1993; concerniente al reajuste de pensiones, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, así:

“Así, para decirlo de otra forma, pero con sus propias palabras, el actor entiende que el principio de favorabilidad también resulta aplicable a los pensionados “porque son trabajadores en receso [...] y, porque también, uno de los principios fundamentales del trabajo es la garantía de la seguridad social” y es precisamente a partir de esa consideración que concluye que “[e]n caso de duda en la medición del poder adquisitivo constante de las pensiones, porque no hay ley que establezca como se mide [...] debe aplicarse el método más favorable al pensionado”. 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.

(...)

Lo anterior pues, como también se ha explicado en la jurisprudencia constitucional, sin perjuicio de que toda pensión “tiene como objetivo primordial proteger a las personas de la tercera edad, quienes por sus condiciones físicas, ya sea por razón de la edad o por enfermedad, se encuentran imposibilitados para obtener otra clase de recursos para su propia subsistencia y la de su familia”, las personas cuya pensión no supera el valor del salario mínimo legal mensual vigente o que reciben una pensión mínima, como también se la ha denominado, “se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás”. De tal forma que ellas también requieren de un incremento periódico mínimo que, precisamente, garantice también los fines del salario mínimo, como son “satisfacer no sólo sus propias necesidades sino también las de su familia, en el orden material, social, cultural, educativo”

(...)

Siendo así, se tiene que en la norma demandada el legislador específicamente dispuso que el criterio o parámetro de actualización fuera el IPC en tanto que, como claramente explicó el DANE en su intervención, éste precisamente “es una estadística que mide la variación porcentual de los precios de un conjunto representativo de los bienes y servicios de consumo de los hogares del país”. Pero, simultáneamente, el legislador distinguió entre las pensiones superiores e inferiores al salario mínimo legal mensual vigente (SMLMV), estableciendo que únicamente éstas últimas se incrementarían en el mismo porcentaje que ese salario, “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”[94].

Lo anterior pues, como también se ha explicado en la jurisprudencia constitucional, sin perjuicio de que toda pensión “tiene como objetivo primordial proteger a las personas de la tercera edad, quienes por sus condiciones físicas, ya sea por razón de la edad o por enfermedad, se encuentran imposibilitados para obtener otra clase de recursos para su propia subsistencia y la de su familia”, las personas cuya pensión no supera el valor del salario mínimo legal mensual vigente o que reciben una pensión mínima, como también se la ha denominado, “se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás”. De tal forma que ellas también requieren de un incremento periódico mínimo que, precisamente, garantice también los fines del salario mínimo, como son “satisfacer no sólo sus propias necesidades sino también las de su familia, en el orden material, social, cultural, educativo”[95].

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 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.”

3.4. Conclusión

Conforme a los pronunciamientos jurisprudenciales citados se tiene que, la Constitución Política facultó al Legislador para que bajo su autonomía fijara las fórmulas específicas el reajuste periódico de las pensiones. Con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigencia, se entendió derogada la Ley 71 de 1989 y 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.

En ese orden de ideas, no le asiste razón al accionante al indicar que el reajuste de las mesadas pensionales se debe realizar conforme al artículo 1 de la Ley 71 de 1989, esto es, conforme al salario mínimo, y no conforme a lo establecido en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

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

4. Costas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, en concordancia con los numerales 3 y 8 del artículo 365 del Código General del Proceso – CGP, este Tribunal se abstendrá de condenar en costas por estimar que no se causaron en el curso de esta instancia.

Por lo discurrido, la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: REVÓCASE la sentencia del seis (6) de junio de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Luz Edilma Guerrero Colonia contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En su lugar,

SEGUNDO: DECLÁRASE fundada la excepción propuesta por la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio dentro del proceso de la referencia, y que denominó “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN POR INEXISTENCIA DE CAUSA JURÍDICA*”, en atención a lo expuesto en este fallo.

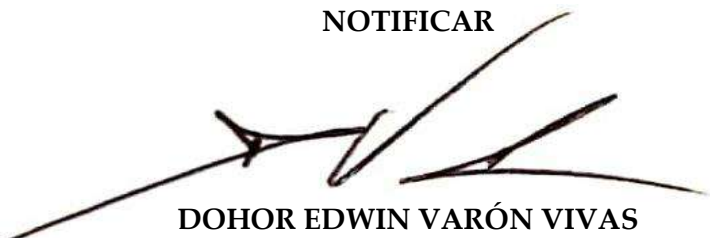
TERCERO. NIÉGANSE las súplicas de la demanda por las razones expuestas en precedencia.

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


QUINTO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 031 de 2020.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 242

Manizales, treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020)

Proceso No.	17-001-33-33-001-2018-00132-02
Clase	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante	Marleny Giraldo Torres
Accionado	Nación - Ministerio De Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio FNPSM

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la demandada contra la sentencia mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la parte actora.

I. ANTECEDENTES

1. La Demanda

1.1. Pretensiones

Solicita se declare la nulidad de la Resolución 1241-6 de 2018, por medio del cual se negó el reconocimiento y pago del reajuste periódico de la mesadas pensionales conforme lo establece la Ley 71 de 1988.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho se solicita se reconozca el reajuste y pago del retroactivo de las mesadas pensionales en los términos establecidos en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988. Que las sumas reconocidas deberán ser indexadas; se condene a la demandada al pago de intereses señalados en el artículo 192 del CPACA y las costas y agencias en derecho.

1.2. Sustento fáctico relevante

A la demandante le fue reconocida la pensión de jubilación a través de la Resolución 3924 de 2012. Mediante escrito radicado el 3 de enero de 2018, ante la entidad demandada, solicitó el reajuste periódico de la pensión conforme a los ajustes fijados por el Gobierno Nacional para el salario mínimo legal, en aplicación a la Ley 71 de 1989. A través de la Resolución 1241-6 de 2018, la demandada denegó el ajuste deprecado.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

Consideró como violados los artículos 53 y 58 de la Constitución Política; 5, 9 y 15 de la Ley 91 de 1989; 1; de la Ley 71 de 1988; 238 de 1995; 14, 279 de la Ley 100 de 1993; Decreto 2831 de 2005.

Analizó el régimen jurídico que reguló los ajustes en las mesadas pensionales, teniendo en cuenta el incremento del salario mínimo legal mensual vigente, establecido en la Ley 71 de 1989 y posteriormente en las Leyes 91 de 1989 y 100 de 1993; teniendo en cuenta las excepciones previstas en el artículo 279 de ésta última disposición.

Expuso que la Nación Ministerio de Educación - FNPSM, reajustó las pensiones de jubilación a partir del año 1995, conforme al artículo 14 de la Ley 100 de 1993; y que para los años 1996, 1998, 2000 y siguientes hasta el año 2018 los reajustes anuales de las pensiones de jubilación se realizaron por debajo del aumento del salario mínimo legal mensual vigente, teniendo en cuenta la excepción prevista en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, que excluye su aplicación a los afiliados de dicho fondo.

Reiteró que “... (s)e busca por este medio la nulidad del referido acto y el consecuente reajuste de las pretensiones de jubilación reconocidas a mi poderdante, teniendo como fórmula de incremento pensional la establecida en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988...”.

Pasó a explicar que si se aplica la fórmula de incremento de las mesadas superiores al salario mínimo, que es con el IPC, éstas presentan una pérdida porcentual frente a si se hiciera aumento con el salario mínimo mensual vigente, lo que representa un detrimento a la parte demandante.

Aludió a los presupuestos normativos contenidos en el artículo 58 de la Constitución Política y pronunciamientos jurisprudenciales del Honorable Consejo de Estado y la Corte Constitucional, respecto al alcance de los derechos adquiridos y los supuestos sustanciales que la caracteriza. Indicó que se vulneró el principio de favorabilidad, al omitir el estudio de la normatividad prevista en las Leyes 71 de 1989 y 238 de 1995, al no ajustar las mesadas pensionales al ajuste del salario mínimo legal.

2. Contestación de la demanda.

2.1. Ministerio de Educación - Fondo de Prestaciones de Sociales del Magisterio: Se opuso a la totalidad de las pretensiones y adujo no constarle los hechos aludidos en la demanda. Propuso las excepciones:

- ***Omisión de requisito de procedibilidad:*** Esgrimió a la vulneración del derecho de defensa y al debido proceso previsto en el artículo 29 de la Constitución Política; al no aportarse a la demanda el requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 35 de la Ley 640 de 2001. - ***Falta de integración del contradictorio – litisconsorcio necesario:*** Consideró en virtud de las Leyes 715 de 2001, 91 de 1989, 60 de 1993, por el cual se atribuye a los entes territoriales la participación educativa, y las obligaciones prestacionales del personal docente, y conforme al trámite para su reconocimiento previsto en el Decreto 2831 de 2005, a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, vincular al Departamento de Caldas, y a la fiduciaria la Previsora S.A., en virtud del contrato de fiducia mercantil 83 de 1990, suscrito con el Ministerio de Educación Nacional, por el cual se transfiere al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio administrar los recursos destinados al pago de prestaciones sociales. - ***Vinculación de litisconsorte:*** Solicitó la vinculación de la **Fiduprevisora la Previsora S.A.**, en virtud del contrato mercantil 83 de 1990 suscrito con el Ministerio de Educación Nacional. - ***Ineptitud sustancial de la demanda por falta de legitimación en la causa por pasiva de la Nación – Ministerio de Educación Nacional:*** Describió en armonía a lo preceptuado en el artículo 52 de la Ley 962 de 2005, la Ley 715 de 2001, que definió las competencias de la entidad en materia de educación, cuya función es la de ser ente rector de las políticas educativas dada su función de trazar los

lineamientos generales en la prestación del servicio de educación, por tanto no presta el servicio de educación, ni administra las plantas de personal, como tampoco es empleador de los docente del Magisterio. *-Inexistencia del demandado – falta de relación con el reconocimiento del derecho, conexo o derivado del acto administrativo expedido por la entidad territorial certificada. Falta de competencia del ministerio de educación para expedir el acto administrativo y reconocer el derecho reclamado:* Hizo alusión a los elementos esenciales del acto administrativo e indicó que no existe causalidad o vínculo entre la Nación – Ministerio de Educación Nacional, y el derecho solicitado por el accionante, toda vez que el procedimiento de reconocimiento y pago de las prestaciones sociales se encuentra en cabeza de la entidad territorial certificada y de la sociedad fiduciaria administradora del fondo, siendo esta última y con fundamento en el contrato de fiducia mercantil 83 de 1990, quien administra y paga con recursos del fondo las obligaciones que en materia de prestaciones reclaman los docentes afiliados al FOMAG; indicó que el Ministerio de Educación nacional no interviene en el trámite de reconocimiento y pago de la prestación, no revisa ni analiza la viabilidad del pago de la misma, no tiene competencia para la expedición del acto administrativo de reconocimiento, no ordena el pago, ni destina los recursos para el pago de las prestaciones. *- Inexistencia de la obligación demandada por inexistencia de causa jurídica:* Apuntó que el ajuste de la pensión de jubilación, es el establecido en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993; y no el previsto en la Ley 71 de 1988; además que la Ley 812 de 2003, integró a los docentes al régimen pensional de prima media, con lo cual se deriva la derogación tácita de la normatividad anterior. *- Caducidad:* Con base en el artículo 164 del CPACA, argumentó que la demanda se presentó transcurridos los cuatros meses desde la expedición del acto administrativo que denegó el derecho, por lo que debe prosperar la presente excepción. *-Prescripción:* Solicitó se declare la prescripción de los derechos reclamados, prevista en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968. *-Cobro de lo no debido:* Indicó que la entidad no tiene competencia en el trámite para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes; además, que los recursos son manejados por la sociedad de economía mixta fiduciaria; y por tanto, cualquier gasto que afecte el presupuesto de la fiduciaria, deben contar con la respectiva apropiación presupuestal. *- Buena fe:* Enfatizó que el pago no las prestaciones sociales de los docentes no depende del diligenciamiento de los actos administrativos por parte del ente territorial y del visto bueno de la entidad fiduciaria, sino de la disponibilidad presupuestal conforme lo prevé la Ley 38 de 1989.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró no probadas las excepciones y accedió a las pretensiones de la demandante y ordenó reajustar anualmente la pensión de la parte actora con base en el porcentaje de incremento del salario mínimo mensual legal vigente determinando la diferencia entre la suma efectivamente pagada y la que debió pagar; y condenó en costas.

Precisó que, los efectos del incremento del artículo 14 de la ley 100 de 1993 hacen referencia al régimen de prima media con prestación definida y al régimen de ahorro individual con solidaridad no a regímenes exceptuados de dicha norma.

Indicó que conforme al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al FNPSM se encuentran exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social contenidos en dicha ley. Que el artículo 289 de la disposición anterior no derogó expresamente el artículo 1º de la ley 71 de 1988, por lo que el incremento solicitado se encuentra vigente y una interpretación diferente como la contenida en los actos administrativos demandados

vulnera los principios de inescindibilidad de los regímenes pensionales y favorabilidad del régimen exceptuado.

Hizo referencia al acto administrativo que reconoció el derecho pensional para concluir que en el mismo se indicó expresamente que la mesada pensional se debía reajustar anualmente de conformidad con la Ley 71 de 1988 y la Ley 238 de 1995. Precisó que el Acto Legislativo 1 de 2005, no modificó las condiciones en las que se reconocieron los derechos pensionales de la parte demandantes.

Trajo a colación pronunciamientos de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado (C-387 de 1994 y 2010-00186-00 (1316-10)), para fundamentar las razones por las cuales es aplicable el incremento previsto en la Ley 71 de 1988 para efectos de determinar el porcentaje de incremento de las pensiones de jubilación. En ese entendimiento, sostuvo que le asiste razón a la parte actora en cuanto a la aplicación de la Ley 71 de 1988 para el aumento anual de su pensión de jubilación.

Finalmente precisó que con la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 se vulnera el principio de favorabilidad previsto en el artículo 53 de la Constitución Política.

4. Recurso de apelación

La parte demandada solicitó revocar la providencia y negar las pretensiones de la demandante; precisó que si bien los docentes afiliados al FNPSM se encuentran exceptuados de la aplicación del régimen de seguridad social, en lo que respecta al reajuste de sus pensiones debe darse aplicación a lo dispuesto en el artículo 14 de la ley 100 de 1993.

Que la pensión reconocida al actor es superior al salario mínimo legal vigente para la fecha de reconocimiento, por lo que no resulta procedente reliquidar tomando en cuenta el incremento del salario mínimo.

Adujo además que, el ámbito de aplicación del artículo 1º de la Ley 71 de 1988 estaba circunscrito a los tipos de pensión previstos en el artículo 1 de la ley 4 de 1976, razón por la cual los docentes afiliados al Fondo nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no han tenido norma especial para el ajuste de la pensión.

Manifestó que si bien los docentes afiliados al FOMAG se encuentran exceptuados de la aplicación del régimen de seguridad social, en lo que respecta al reajuste de sus pensiones debe darse aplicación a lo dispuesto en el artículo 14 de la ley 100 de 1993 como consecuencia del contenido de la ley 238 de 1995.

Refirió con apoyo en la sentencia C-387 de 1994 de la H. Corte Constitucional, que el sistema de reajuste de la pensión no es un derecho adquirido y está sometido a las reglamentaciones que el estado encuentre pertinentes.

Aludió al contenido del Acto Legislativo 01 de 2005 para concluir que dejó sin efectos a partir del 31 de julio de 2010 los regímenes pensionales especiales como el establecido en la Ley 71 de 1988 al margen que los docentes afiliados al FOMAG fueron excluidos de la ley 100 de 1993 en virtud del artículo 279 de dicha disposición.

Indicó que no hay lugar a la aplicación del principio de favorabilidad dado que no hay coexistencia de normas vigentes ante la derogatoria tácita de la ley 71 de 1988.

Afirmó que por la variabilidad de la economía no puede afirmarse que el sistema de reajuste con base en el porcentaje de incremento del salario mínimo sea más beneficioso para el docente pensionado que el basado en el IPC.

5. Alegatos de conclusión en segunda instancia

La **demandante** reiteró los argumentos expuestos en su demanda; concluye que, se le debe aplicar el artículo 1 de la ley 71 de 1988, que además en el acto administrativo de reconocimiento pensional se establece expresamente que la prestación se reajustará de conformidad con lo dispuesto en dicha ley; que por lo tanto, sí la entidad demandada considera que se debe aplicar la Ley 100 de 1993 en el reajuste pensional, debió revocar o demandar su propio acto antes de aplicarla arbitrariamente y sin con el consentimiento del demandante. Por lo anterior solicita se confirme la sentencia apelada.

La **demandada y el Ministerio Público**: guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia y procedencia

Conforme al artículo 153 del CPACA¹, es competente el Tribunal para resolver el recurso de apelación. Además, es procedente por cuanto: *“Son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales y de los Jueces”*, en virtud a lo dispuesto por el artículo 243 Ibídem.

2. Problema jurídico

Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación se estima necesario absolver el siguiente cuestionamiento: *¿Tiene derecho la parte demandante al reconocimiento y pago del reajuste periódico de la mesadas pensionales conforme lo establece la Ley 71 de 1988, esto es, teniendo en cuenta la variación del salario mínimo legal mensual vigente?*

3. Tesis del Tribunal

La parte demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago del reajuste periódico de la mesadas pensionales conforme lo establece la Ley 71 de 1988, esto es, teniendo en cuenta la variación del salario mínimo legal mensual vigente, toda vez que, la Constitución Política facultó al Legislador para que bajo su autonomía fijara las fórmulas específicas el reajuste periódico de las pensiones; con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigencia, se entendió derogada la Ley 71 de 1989 y las pensiones reconocidas antes y después de dicha ley, se vienen reajustando anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el Dane para el año inmediatamente anterior.

Para fundamentar lo anterior se abordarán los siguientes aspectos: i) hechos probados; ii) régimen general de seguridad social; iii) ajuste de pensiones en el régimen de seguridad social para los afiliados al sector público y régimen general de pensiones; y iv) el análisis del caso concreto.

¹ Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso Administrativo.

3.1. Lo probado

- A la demandante le fue reconocida la pensión de jubilación a través de la Resolución 3924 de 2012. (Fl. 18-19 C. 1)
- La demandante mediante escrito radicado el 3 de enero de 2018, ante la entidad demandada, solicitó el reajuste periódico de la pensión conforme a los ajustes fijados por el Gobierno Nacional para el salario mínimo legal, en aplicación a la Ley 71 de 1989.
- A través de la Resolución 1241-6 de 2018, la demandada denegó el ajuste deprecado. (Fl. 16-17 C. 1)

3.2. Régimen general de seguridad social

El artículo 48 de la Carta Política concibe la seguridad social como un servicio público obligatorio que debe prestarse bajo la dirección coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; asimismo se garantiza como un derecho irrenunciable, servicio prestado por entidades públicas y privadas, que brinda los recursos destinados al poder adquisitivo de las pensiones.

A su vez, el artículo 53 del mandato constitucional, establece que el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

El Sistema de Seguridad Social Integral, previsto en la Ley 100 de 1993, tuvo como objeto garantizar los derechos de las personas y comunidad, en aras de mejorar la calidad de vida, y la dignidad humana, a través de las instituciones públicas y privadas prestadora de los servicios, como un servicio esencial bajo los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación.

Por su parte, el artículo 11 ibídem, modificado por el artículo 1 de la Ley 797 de 2003; prevé su campo de aplicación, así:

“El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando y respetando, adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una Pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de Prima Media y del sector privado en general.

Lo anterior será sin perjuicio del derecho de denuncia que le asiste a las partes y que el tribunal de arbitramento dirima las diferencias entre las partes”.

3.3. Ajuste de pensiones en el régimen de seguridad social para los afiliados al sector público y régimen general de pensiones

El artículo 1 de la Ley 4 de 1976², determinó que las pensiones de los sectores público, oficial, semioficial y privado, así como los afiliados al Instituto Seguro Social a excepción de las pensiones por incapacidad permanente parcial, se reajustarían de oficio, cada año, teniendo en cuenta la elevación del salario mínimo mensual legal más alto, 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.

Luego, el artículo 1 de la Ley 71 de 1988³ precisó que las pensiones referidas en el artículo 1 de la Ley 4 de 1976, la de incapacidad permanente parcial y las compartidas, serían reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que sea incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.

La citada norma fue reglamentada por el Decreto 1160 de 1989, precisó respecto al ajuste de las pensiones en el artículo 1º lo siguiente: *“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”*.

Del recuento normativo citado, se concluye que por mandato constitucional, es deber del Estado garantizar el reajuste periódico de las pensiones, que inicialmente desde la Ley 4 de 1976, se determinó un ajuste a los beneficiarios de los regímenes del sector público, oficial y privado, teniendo en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente más alto.

Luego, el artículo 1 de la Ley 71 de 1988 precisó que las pensiones referidas en el artículo 1 de la Ley 4 de 1976, la de incapacidad permanente parcial y las compartidas, serían reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que sea incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.

La citada norma fue reglamentada por el Decreto 1160 de 1989, que precisó respecto al ajuste de las pensiones en el artículo 1 lo siguiente: *“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”*.

Del recuento normativo citado, se concluye que por mandato constitucional, es deber del Estado garantizar el reajuste periódico de las pensiones, que inicialmente desde la Ley 4 de 1976, se determinó un ajuste a los beneficiarios de los regímenes del sector público, oficial y privado, teniendo en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente más alto.

A su turno la Ley 100 de 1993, en el artículo 289, indicó en relación con las vigencias y derogatorias lo siguiente: *“La presente Ley rige a partir de la fecha de su publicación, salvaguarda los derechos adquiridos y **deroga** todas las disposiciones que le sean contrarias, en especial el artículo 2o. de la Ley 4a. de 1966, el artículo 5o. de la Ley 33 de 1985, **el parágrafo del art. 7o. de la Ley 71 de 1988**, los artículos 268, 269, 270, 271 y 272 del Código de Sustantivo del Trabajo y demás normas que los modifiquen o adicionen”*.

² Ley 4 de 1989, *“Por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones.”*

³ Ley 71 de 1988 *por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras*

O sea, que al derogarse el parágrafo 7 de la Ley 71 de 1988, se derogó la norma que disponía un régimen de reconocimiento pensional para las personas que tengan diez (10) años o más de afiliación en una o varias de las entidades y cincuenta (50) años o más de edad si es varón o cuarenta y cinco (45) años o más si es mujer, continuarían aplicándose las normas de los regímenes actuales vigentes.

Además, este parágrafo de la Ley 71 de 1988 fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional Sentencia C-012 de 1994.

La Ley 100 de 1993 en su artículo 279 contempló los regímenes exceptuados a dicho régimen quedando contemplado, entre otros el personal docente vinculado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, y señaló que estas excepciones no implican negación de los beneficios y derechos determinados en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, el cual consagra el reajuste anual de las pensiones en el IPC:

“ARTÍCULO 279. Excepciones. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto-Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.

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.

(...)

PARÁGRAFO 4o. 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.” (Se resalta)

Concerniente al reajuste de las pensiones el Régimen General de Pensiones previsto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, precisó:

“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.

Dicha normativa fue declarada executable por la Corte Constitucional en sentencia C-387 de 1994⁴, en la que señaló:

“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

⁴ Corte Constitucional sentencia C- 387 de 1994; MP. Carlos Gaviria Díaz, 1 de septiembre de 1994; Exp. D-529.

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.

...

“Las instituciones del salario mínimo y de la pensión mínima, se enmarcan dentro de aquellas políticas destinadas a lograr una justicia social, pues son medidas especiales de protección a quienes por su condición económica se encuentran en situación de debilidad manifiesta. Busca así el legislador menguar la desigualdad y de esta manera cumplir con el propósito señalado por el constituyente en el artículo 13 de la Carta, que ordena al Estado promover las condiciones requeridas para que la igualdad sea real y efectiva, mediante la adopción de medidas en favor de grupos discriminados o marginados, como también proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica o física se encuentran en situación de debilidad manifiesta.

....

Ahora bien: que el índice de precios al consumidor aumenta en proporción superior al porcentaje en que se incrementa el salario mínimo, es un argumento que esgrime el demandante, pero que no se ajusta a la realidad, pues como se demostrará en seguida, estos valores no han sido constantes, y no podían serlo, por que su comportamiento depende de una serie de circunstancias económicas y políticas que resultan variables, y en consecuencia, no es posible determinar con certeza el porcentaje en que cada uno de esos dos factores aumentará.

“Veamos el comportamiento de la tasa de inflación y el porcentaje de incremento del salario mínimo, durante los últimos diez años:

“Año	Inflación	Salario mínimo
1983	16.64	22%
1984	18.28	22%
1985	22.45	20%
1986	20.95	24%
1987	24.02	22%
1988	28.12	25%
1989	26.12	27%
1990	32.36	26%
1991	26.82	26.07%
1992	25.13	26.04%
1993	22.6	21.09%”

“Obsérvese que en los años 1983, 1984, 1986, 1989 y 1992 el salario mínimo se incrementó en cuantía superior al índice de inflación, y en los demás años, sucedió lo contrario, esto es, que la inflación fue mayor que el porcentaje en que subió el salario mínimo.

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”.

En este sentido, el Máximo Tribunal Constitucional, alude a la determinación de incrementar las pensiones en el salario mínimo solo para los pensionados que devengan la pensión mínima, en aras de salvaguardar los derechos constitucionales de los pensiones que se encuentran en debilidad manifiesta frente a los demás ciudadanos; a su vez, que la determinación del índice de precios al consumidor para los demás pensionados para establecer el incremento pensional, se ajusta a factores circunstancias económicas y políticas.

De otro lado, la Ley 238 de 1995 dispuso la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 a los regímenes exceptuados previstos en dicha disposición; al respecto señaló:

“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”.

Si bien, el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, dispuso las excepciones de su aplicación al personal docente vinculado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, posteriormente la Ley 238 de 1995, integró a este sector en la aplicación del reajuste pensional contemplado en el Régimen General de Pensiones.

Bajo el tema en cuestión referente al reajuste de las mesadas en aplicación de la Ley 100 de 1993, la Sección Segunda el Honorable Consejo de Estado⁵, en providencia del 17 de agosto del 2017, en pronunciamiento dentro de la acción pública de nulidad en contra del artículo 40 del Decreto 692 de 1994; expuso **que el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 derogó el dispuesto por la Ley 71 de 1988:**

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

« [...] A partir del 1.º de enero de 1989 y hasta la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, todas las pensiones que fueron reconocidas en el país, tanto en el sector público como en el privado, se reajustaron anualmente conforme a la fórmula 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

⁵ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda -Subsección A- Consejero Ponente: William Hernández Gómez - 17 de agosto de 2017 –Rad. 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14).

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 1° de enero de 1994.[...]

En esas condiciones, no le asiste razón a la parte demandante cuando estima que al hacer extensivo el porcentaje de reajuste de la mesada pensional que se decreta para quienes se pensionan con posterioridad al 1.º de abril de 1994 a aquellos que ya tenían la prestación reconocida para ese momento, la norma demandada hace una inclusión no prevista en la ley que reglamenta y desconoce los derechos adquiridos de estos últimos, pues se reitera, la protección de los derechos adquiridos en materia pensional no comprende la proporción del incremento de la mesada.

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”

En consideración al postulado jurisprudencial precitado se extrae, que si bien quienes se pensionaron con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, cuentan con un régimen anterior al del Sistema de Seguridad Social Integral, esto no quiere decir, que en cuento al incremento de la mesada pensional deba realizarse conforme lo contempla la Ley 71 de 1988, ajustado al salario mínimo, toda vez que con la entrada en vigencia del régimen general de pensiones, dicha norma quedó derogada por ésta última, que dispuso que los ajustes de las mesadas pensionales fueran incrementadas conforme a la variación del índice de precios al consumidor.

Referente a los motivos que alega el libelista, de aplicar artículo 1 de la Ley 71 de 1988, en armonía con el principio de favorabilidad, al ajuste de la mesada pensional, es pertinente traer a colación los pronunciamientos jurisprudenciales expuestos por la Corte Constitucional en sentencia C-435 de 2017, bajo la acción pública de constitucionalidad se demanda la nulidad parcial del artículo 14 de la Ley 100 de 1993; concerniente al reajuste de pensiones, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, así:

“Así, para decirlo de otra forma, pero con sus propias palabras, el actor entiende que el principio de favorabilidad también resulta aplicable a los pensionados “porque son trabajadores en receso [...] y, porque también, uno de los principios fundamentales del trabajo es la garantía de la seguridad social” y es precisamente a partir de esa consideración que concluye que “[e]n caso de duda en la medición del poder adquisitivo constante de las pensiones, porque no hay ley que establezca como se mide [...] debe aplicarse el método más favorable al pensionado”. 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.

(...)

Lo anterior pues, como también se ha explicado en la jurisprudencia constitucional, sin perjuicio de que toda pensión “tiene como objetivo primordial proteger a las personas de la tercera edad, quienes por sus condiciones físicas, ya sea por razón de la edad o por enfermedad, se encuentran imposibilitados para obtener otra clase de recursos para su propia subsistencia y la de su familia”, las personas cuya pensión no supera el valor del salario mínimo legal mensual vigente o que reciben una pensión mínima, como también se la ha denominado, “se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás”. De tal forma que ellas también requieren de un incremento periódico mínimo que, precisamente, garantice también los fines del salario mínimo, como son “satisfacer no sólo sus propias necesidades sino también las de su familia, en el orden material, social, cultural, educativo”

(...)

Siendo así, se tiene que en la norma demandada el legislador específicamente dispuso que el criterio o parámetro de actualización fuera el IPC en tanto que, como claramente explicó el DANE en su intervención, éste precisamente “es una estadística que mide la variación porcentual de los precios de un conjunto representativo de los bienes y servicios de consumo de los hogares del país”. Pero, simultáneamente, el legislador distinguió entre las pensiones superiores e inferiores al salario mínimo legal mensual vigente (SMLMV), estableciendo que únicamente éstas últimas se incrementarían en el mismo porcentaje que ese salario, “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”[94].

Lo anterior pues, como también se ha explicado en la jurisprudencia constitucional, sin perjuicio de que toda pensión “tiene como objetivo primordial proteger a las personas de la tercera edad, quienes por sus condiciones físicas, ya sea por razón de la edad o por enfermedad, se encuentran imposibilitados para obtener otra clase de recursos para su propia subsistencia y la de su familia”, las personas cuya pensión no supera el valor del salario mínimo legal mensual vigente o que reciben una pensión mínima, como también se la ha denominado, “se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás”. De tal forma que ellas también requieren de un incremento periódico mínimo que, precisamente, garantice también los fines del salario mínimo, como son “satisfacer no sólo sus propias necesidades sino también las de su familia, en el orden material, social, cultural, educativo”[95].

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 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.”

3.4. Conclusión

Conforme a los pronunciamientos jurisprudenciales citados se tiene que, la Constitución Política facultó al Legislador para que bajo su autonomía fijara las fórmulas específicas el reajuste periódico de las pensiones. Con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigencia, se entendió derogada la Ley 71 de 1989 y 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.

En ese orden de ideas, no le asiste razón al accionante al indicar que el reajuste de las mesadas pensionales se debe realizar conforme al artículo 1 de la Ley 71 de 1989, esto es, conforme al salario mínimo, y no conforme a lo establecido en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

Por lo anterior, se revocará la sentencia de primera instancia y se denegarán las pretensiones de la demandante.

4. Costas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, en concordancia con los numerales 3 y 8 del artículo 365 del Código General del Proceso – CGP, este Tribunal se abstendrá de condenar en costas por estimar que no se causaron en el curso de esta instancia.

Por lo discurrido, la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: REVÓCASE la sentencia del veinte (20) de junio de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Marleny Giraldo Torres contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En su lugar,

SEGUNDO: DECLÁRASE fundada la excepción propuesta por la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio dentro del proceso de la referencia, y que denominó “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN POR INEXISTENCIA DE CAUSA JURÍDICA”, en atención a lo expuesto en este fallo.

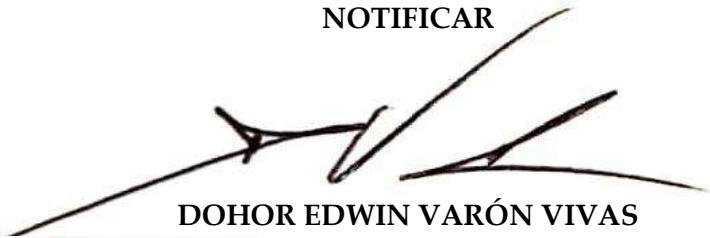
TERCERO. NIÉGANSE las súplicas de la demanda por las razones expuestas en precedencia.

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

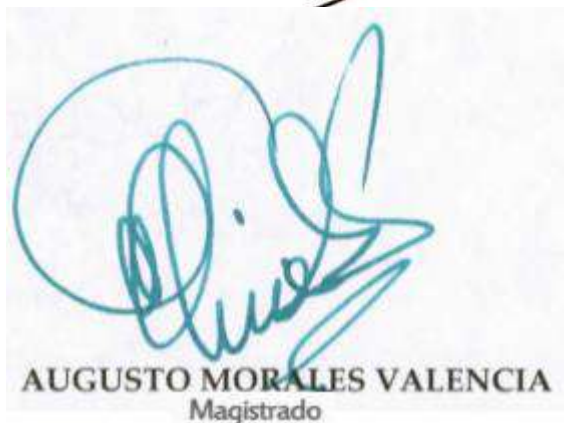
QUINTO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 031 de 2020.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 243

Manizales, treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020)

Proceso No.	17-001-33-33-001-2018-00254-02
Clase	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante	Rosa Nubia Restrepo Gallego
Accionado	Nación - Ministerio De Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio FNPSM

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la demandada contra la sentencia mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la parte actora.

I. ANTECEDENTES

1. La Demanda

1.1. Pretensiones

Solicita se declare la nulidad de la Resolución 0942-6 de 10 de febrero de 2016, por medio del cual se negó el reconocimiento y pago del reajuste periódico de la mesadas pensionales conforme lo establece la Ley 71 de 1988.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho se solicita se reconozca el reajuste y pago del retroactivo de las mesadas pensionales en los términos establecidos en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988. Que las sumas reconocidas deberán ser indexadas; se condene a la demandada al pago de intereses señalados en el artículo 192 del CPACA y las costas y agencias en derecho.

1.2. Sustento fáctico relevante

A la demandante le fue reconocida la pensión de jubilación a través de la Resolución 0803 de 2007. Mediante escrito radicado el 27 de enero de 2016, ante la entidad demandada, solicitó el reajuste periódico de la pensión conforme a los ajustes fijados por el Gobierno Nacional para el salario mínimo legal, en aplicación a la Ley 71 de 1989. A través de la Resolución 0942-6 de 2016, la demandada denegó el ajuste deprecado.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

Consideró como violados los artículos 53 y 58 de la Constitución Política; 5, 9 y 15 de la Ley 91 de 1989; 1; de la Ley 71 de 1988; 238 de 1995; 14, 279 de la Ley 100 de 1993; Decreto 2831 de 2005.

Analizó el régimen jurídico que reguló los ajustes en las mesadas pensionales, teniendo en cuenta el incremento del salario mínimo legal mensual vigente, establecido en la Ley 71 de 1989 y posteriormente en las Leyes 91 de 1989 y 100 de 1993; teniendo en cuenta las excepciones previstas en el artículo 279 de ésta última disposición.

Expuso que la Nación Ministerio de Educación - FNPSM, reajustó las pensiones de jubilación a partir del año 1995, conforme al artículo 14 de la Ley 100 de 1993; y que para los años 1996, 1998, 2000 y siguientes hasta el año 2018 los reajustes anuales de las pensiones de jubilación se realizaron por debajo del aumento del salario mínimo legal mensual vigente, teniendo en cuenta la excepción prevista en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, que excluye su aplicación a los afiliados de dicho fondo.

Reiteró que “... (s)e busca por este medio la nulidad del referido acto y el consecuente reajuste de las pretensiones de jubilación reconocidas a mi poderdante, teniendo como fórmula de incremento pensional la establecida en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988...”.

Pasó a explicar que si se aplica la fórmula de incremento de las mesadas superiores al salario mínimo, que es con el IPC, éstas presentan una pérdida porcentual frente a si se hiciera aumento con el salario mínimo mensual vigente, lo que representa un detrimento a la parte demandante.

Aludió a los presupuestos normativos contenidos en el artículo 58 de la Constitución Política y pronunciamientos jurisprudenciales del Honorable Consejo de Estado y la Corte Constitucional, respecto al alcance de los derechos adquiridos y los supuestos sustanciales que la caracteriza. Indicó que se vulneró el principio de favorabilidad, al omitir el estudio de la normatividad prevista en las Leyes 71 de 1989 y 238 de 1995, al no ajustar las mesadas pensionales al ajuste del salario mínimo legal.

2. Contestación de la demanda.

2.1. Ministerio de Educación - Fondo de Prestaciones de Sociales del Magisterio: Se opuso a la totalidad de las pretensiones y adujo no constarle los hechos aludidos en la demanda. Propuso las excepciones:

- ***Omisión de requisito de procebilidad:*** Esgrimió a la vulneración del derecho de defensa y al debido proceso previsto en el artículo 29 de la Constitución Política; al no aportarse a la demanda el requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 35 de la Ley 640 de 2001. - ***Falta de integración del contradictorio – litisconsorcio necesario:*** Consideró en virtud de las Leyes 715 de 2001, 91 de 1989, 60 de 1993, por el cual se atribuye a los entes territoriales la participación educativa, y las obligaciones prestacionales del personal docente, y conforme al trámite para su reconocimiento previsto en el Decreto 2831 de 2005, a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, vincular al Departamento de Caldas, y a la fiduciaria la Previsora S.A., en virtud del contrato de fiducia mercantil 83 de 1990, suscrito con el Ministerio de Educación Nacional, por el cual se transfiere al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio administrar los recursos destinados al pago de prestaciones sociales. - ***Vinculación de litisconsorte:*** Solicitó la vinculación de la **Fiduprevisora la Previsora S.A.**, en virtud del contrato mercantil 83 de 1990 suscrito con el Ministerio de Educación Nacional. - ***Ineptitud sustancial de la demanda por falta de legitimación en la causa por pasiva de la Nación – Ministerio de Educación Nacional:*** Describió en armonía a lo preceptuado en el artículo 52 de la Ley 962 de 2005, la Ley 715 de 2001, que definió las competencias de la entidad en materia de educación, cuya función es la de ser ente rector de las políticas educativas dada su función de trazar los

lineamientos generales en la prestación del servicio de educación, por tanto no presta el servicio de educación, ni administra las plantas de personal, como tampoco es empleador de los docente del Magisterio. *-Inexistencia del demandado – falta de relación con el reconocimiento del derecho, conexo o derivado del acto administrativo expedido por la entidad territorial certificada. Falta de competencia del ministerio de educación para expedir el acto administrativo y reconocer el derecho reclamado:* Hizo alusión a los elementos esenciales del acto administrativo e indicó que no existe causalidad o vínculo entre la Nación – Ministerio de Educación Nacional, y el derecho solicitado por el accionante, toda vez que el procedimiento de reconocimiento y pago de las prestaciones sociales se encuentra en cabeza de la entidad territorial certificada y de la sociedad fiduciaria administradora del fondo, siendo esta última y con fundamento en el contrato de fiducia mercantil 83 de 1990, quien administra y paga con recursos del fondo las obligaciones que en materia de prestaciones reclaman los docentes afiliados al FOMAG; indicó que el Ministerio de Educación nacional no interviene en el trámite de reconocimiento y pago de la prestación, no revisa ni analiza la viabilidad del pago de la misma, no tiene competencia para la expedición del acto administrativo de reconocimiento, no ordena el pago, ni destina los recursos para el pago de las prestaciones. *- Inexistencia de la obligación demandada por inexistencia de causa jurídica:* Apuntó que el ajuste de la pensión de jubilación, es el establecido en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993; y no el previsto en la Ley 71 de 1988; además que la Ley 812 de 2003, integró a los docentes al régimen pensional de prima media, con lo cual se deriva la derogación tácita de la normatividad anterior. *- Caducidad:* Con base en el artículo 164 del CPACA, argumentó que la demanda se presentó transcurridos los cuatros meses desde la expedición del acto administrativo que denegó el derecho, por lo que debe prosperar la presente excepción. *-Prescripción:* Solicitó se declare la prescripción de los derechos reclamados, prevista en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968. *-Cobro de lo no debido:* Indicó que la entidad no tiene competencia en el trámite para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes; además, que los recursos son manejados por la sociedad de economía mixta fiduciaria; y por tanto, cualquier gasto que afecte el presupuesto de la fiduciaria, deben contar con la respectiva apropiación presupuestal. *- Buena fe:* Enfatizó que el pago no las prestaciones sociales de los docentes no depende del diligenciamiento de los actos administrativos por parte del ente territorial y del visto bueno de la entidad fiduciaria, sino de la disponibilidad presupuestal conforme lo prevé la Ley 38 de 1989.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró no probadas las excepciones y accedió a las pretensiones de la demandante y ordenó reajustar anualmente la pensión de la parte actora con base en el porcentaje de incremento del salario mínimo mensual legal vigente determinando la diferencia entre la suma efectivamente pagada y la que debió pagar; y condenó en costas.

Precisó que, los efectos del incremento del artículo 14 de la ley 100 de 1993 hacen referencia al régimen de prima media con prestación definida y al régimen de ahorro individual con solidaridad no a regímenes exceptuados de dicha norma.

Indicó que conforme al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al FNPSM se encuentran exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social contenidos en dicha ley. Que el artículo 289 de la disposición anterior no derogó expresamente el artículo 1º de la ley 71 de 1988, por lo que el incremento solicitado se encuentra vigente y una interpretación diferente como la contenida en los actos administrativos demandados

vulnera los principios de inescindibilidad de los regímenes pensionales y favorabilidad del régimen exceptuado.

Hizo referencia al acto administrativo que reconoció el derecho pensional para concluir que en el mismo se indicó expresamente que la mesada pensional se debía reajustar anualmente de conformidad con la Ley 71 de 1988 y la Ley 238 de 1995. Precisó que el Acto Legislativo 1 de 2005, no modificó las condiciones en las que se reconocieron los derechos pensionales de la parte demandantes.

Trajo a colación pronunciamientos de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado (C-387 de 1994 y 2010-00186-00 (1316-10)), para fundamentar las razones por las cuales es aplicable el incremento previsto en la Ley 71 de 1988 para efectos de determinar el porcentaje de incremento de las pensiones de jubilación. En ese entendimiento, sostuvo que le asiste razón a la parte actora en cuanto a la aplicación de la Ley 71 de 1988 para el aumento anual de su pensión de jubilación.

Finalmente precisó que con la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 se vulnera el principio de favorabilidad previsto en el artículo 53 de la Constitución Política.

4. Recurso de apelación

La parte demandada solicitó revocar la providencia y negar las pretensiones de la demandante; precisó que si bien los docentes afiliados al FNPSM se encuentran exceptuados de la aplicación del régimen de seguridad social, en lo que respecta al reajuste de sus pensiones debe darse aplicación a lo dispuesto en el artículo 14 de la ley 100 de 1993.

Que la pensión reconocida al actor es superior al salario mínimo legal vigente para la fecha de reconocimiento, por lo que no resulta procedente reliquidar tomando en cuenta el incremento del salario mínimo.

Adujo además que, el ámbito de aplicación del artículo 1º de la Ley 71 de 1988 estaba circunscrito a los tipos de pensión previstos en el artículo 1 de la ley 4 de 1976, razón por la cual los docentes afiliados al Fondo nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no han tenido norma especial para el ajuste de la pensión.

Manifestó que si bien los docentes afiliados al FOMAG se encuentran exceptuados de la aplicación del régimen de seguridad social, en lo que respecta al reajuste de sus pensiones debe darse aplicación a lo dispuesto en el artículo 14 de la ley 100 de 1993 como consecuencia del contenido de la ley 238 de 1995.

Refirió con apoyo en la sentencia C-387 de 1994 de la H. Corte Constitucional, que el sistema de reajuste de la pensión no es un derecho adquirido y está sometido a las reglamentaciones que el estado encuentre pertinentes.

Aludió al contenido del Acto Legislativo 01 de 2005 para concluir que dejó sin efectos a partir del 31 de julio de 2010 los regímenes pensionales especiales como el establecido en la Ley 71 de 1988 al margen que los docentes afiliados al FOMAG fueron excluidos de la ley 100 de 1993 en virtud del artículo 279 de dicha disposición.

Indicó que no hay lugar a la aplicación del principio de favorabilidad dado que no hay coexistencia de normas vigentes ante la derogatoria tácita de la ley 71 de 1988.

Afirmó que por la variabilidad de la economía no puede afirmarse que el sistema de reajuste con base en el porcentaje de incremento del salario mínimo sea más beneficioso para el docente pensionado que el basado en el IPC.

5. Alegatos de conclusión en segunda instancia

Las partes y el Ministerio Público: guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia y procedencia

Conforme al artículo 153 del CPACA¹, es competente el Tribunal para resolver el recurso de apelación. Además, es procedente por cuanto: *“Son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales y de los Jueces”*, en virtud a lo dispuesto por el artículo 243 Ibídem.

2. Problema jurídico

Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación se estima necesario absolver el siguiente cuestionamiento: *¿Tiene derecho la parte demandante al reconocimiento y pago del reajuste periódico de la mesadas pensionales conforme lo establece la Ley 71 de 1988, esto es, teniendo en cuenta la variación del salario mínimo legal mensual vigente?*

3. Tesis del Tribunal

La parte demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago del reajuste periódico de la mesadas pensionales conforme lo establece la Ley 71 de 1988, esto es, teniendo en cuenta la variación del salario mínimo legal mensual vigente, toda vez que, la Constitución Política facultó al Legislador para que bajo su autonomía fijara las fórmulas específicas el reajuste periódico de las pensiones; con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigencia, se entendió derogada la Ley 71 de 1989 y las pensiones reconocidas antes y después de dicha ley, se vienen reajustando anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el Dane para el año inmediatamente anterior.

Para fundamentar lo anterior se abordarán los siguientes aspectos: i) hechos probados; ii) régimen general de seguridad social; iii) ajuste de pensiones en el régimen de seguridad social para los afiliados al sector público y régimen general de pensiones; y iv) el análisis del caso concreto.

3.1. Lo probado

- A la demandante le fue reconocida la pensión de jubilación a través de la Resolución 0803 de 2007. (Fl. 24-25 C. 1)

¹ Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso Administrativo.

- La demandante mediante escrito radicado el 27 de enero de 2016, ante la entidad demandada, solicitó el reajuste periódico de la pensión conforme a los ajustes fijados por el Gobierno Nacional para el salario mínimo legal, en aplicación a la Ley 71 de 1989.

A través de la Resolución 0942-6 de 2016, la demandada denegó el ajuste deprecado. (Fl. 31-32 C. 1)

3.2. Régimen general de seguridad social

El artículo 48 de la Carta Política concibe la seguridad social como un servicio público obligatorio que debe prestarse bajo la dirección coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; asimismo se garantiza como un derecho irrenunciable, servicio prestado por entidades públicas y privadas, que brinda los recursos destinados al poder adquisitivo de las pensiones.

A su vez, el artículo 53 del mandato constitucional, establece que el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

El Sistema de Seguridad Social Integral, previsto en la Ley 100 de 1993, tuvo como objeto garantizar los derechos de las personas y comunidad, en aras de mejorar la calidad de vida, y la dignidad humana, a través de las instituciones públicas y privadas prestadora de los servicios, como un servicio esencial bajo los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación.

Por su parte, el artículo 11 ibídem, modificado por el artículo 1 de la Ley 797 de 2003; prevé su campo de aplicación, así:

“El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando y respetando, adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una Pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de Prima Media y del sector privado en general.

Lo anterior será sin perjuicio del derecho de denuncia que le asiste a las partes y que el tribunal de arbitramento dirima las diferencias entre las partes”.

3.3. Ajuste de pensiones en el régimen de seguridad social para los afiliados al sector público y régimen general de pensiones

El artículo 1 de la Ley 4 de 1976², determinó que las pensiones de los sectores público, oficial, semioficial y privado, así como los afiliados al Instituto Seguro Social a excepción de las pensiones por incapacidad permanente parcial, se reajustarían de oficio, cada año, teniendo en cuenta la elevación del salario mínimo mensual legal más alto, 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

² Ley 4 de 1989, “Por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones.”

incremento entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, esto último aplicado a la correspondiente pensión.

Luego, el artículo 1 de la Ley 71 de 1988³ precisó que las pensiones referidas en el artículo 1 de la Ley 4 de 1976, la de incapacidad permanente parcial y las compartidas, serían reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que sea incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.

La citada norma fue reglamentada por el Decreto 1160 de 1989, precisó respecto al ajuste de las pensiones en el artículo 1º lo siguiente: *“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”*.

Del recuento normativo citado, se concluye que por mandato constitucional, es deber del Estado garantizar el reajuste periódico de las pensiones, que inicialmente desde la Ley 4 de 1976, se determinó un ajuste a los beneficiarios de los regímenes del sector público, oficial y privado, teniendo en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente más alto.

Luego, el artículo 1 de la Ley 71 de 1988 precisó que las pensiones referidas en el artículo 1 de la Ley 4 de 1976, la de incapacidad permanente parcial y las compartidas, serían reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que sea incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.

La citada norma fue reglamentada por el Decreto 1160 de 1989, que precisó respecto al ajuste de las pensiones en el artículo 1 lo siguiente: *“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”*.

Del recuento normativo citado, se concluye que por mandato constitucional, es deber del Estado garantizar el reajuste periódico de las pensiones, que inicialmente desde la Ley 4 de 1976, se determinó un ajuste a los beneficiarios de los regímenes del sector público, oficial y privado, teniendo en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente más alto.

A su turno la Ley 100 de 1993, en el artículo 289, indicó en relación con las vigencias y derogatorias lo siguiente: *“La presente Ley rige a partir de la fecha de su publicación, salvaguarda los derechos adquiridos y **deroga** todas las disposiciones que le sean contrarias, en especial el artículo 2o. de la Ley 4a. de 1966, el artículo 5o. de la Ley 33 de 1985, **el parágrafo del art. 7o. de la Ley 71 de 1988**, los artículos 268, 269, 270, 271 y 272 del Código de Sustantivo del Trabajo y demás normas que los modifiquen o adicionen”*.

O sea, que al derogarse el parágrafo 7 de la Ley 71 de 1988, se derogó la norma que disponía un régimen de reconocimiento pensional para las personas que tengan diez (10) años o más de afiliación en una o varias de las entidades y cincuenta (50) años o más de edad si es varón o cuarenta y cinco (45) años o más si es mujer, continuarían aplicándose las normas de los regímenes actuales vigentes.

³ Ley 71 de 1988 por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras

Además, este párrafo de la Ley 71 de 1988 fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional Sentencia C-012 de 1994.

La Ley 100 de 1993 en su artículo 279 contempló los regímenes exceptuados a dicho régimen quedando contemplado, entre otros el personal docente vinculado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, y señaló que estas excepciones no implican negación de los beneficios y derechos determinados en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, el cual consagra el reajuste anual de las pensiones en el IPC:

“ARTÍCULO 279. Excepciones. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto-Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.

***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.*

(...)

*PARÁGRAFO 4o. **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.**” (Se resalta)*

Concerniente al reajuste de las pensiones el Régimen General de Pensiones previsto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, precisó:

“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.

Dicha normativa fue declarada executable por la Corte Constitucional en sentencia C-387 de 1994⁴, en la que señaló:

*“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.***

...

“Las instituciones del salario mínimo y de la pensión mínima, se enmarcan dentro de aquellas políticas destinadas a lograr una justicia social, pues son medidas especiales de protección a

⁴ Corte Constitucional sentencia C- 387 de 1994; MP. Carlos Gaviria Díaz, 1 de septiembre de 1994; Exp. D-529.

quienes por su condición económica se encuentran en situación de debilidad manifiesta. Busca así el legislador menguar la desigualdad y de esta manera cumplir con el propósito señalado por el constituyente en el artículo 13 de la Carta, que ordena al Estado promover las condiciones requeridas para que la igualdad sea real y efectiva, mediante la adopción de medidas en favor de grupos discriminados o marginados, como también proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica o física se encuentran en situación de debilidad manifiesta.

....

Ahora bien: que el índice de precios al consumidor aumenta en proporción superior al porcentaje en que se incrementa el salario mínimo, es un argumento que esgrime el demandante, pero que no se ajusta a la realidad, pues como se demostrará en seguida, estos valores no han sido constantes, y no podían serlo, por que su comportamiento depende de una serie de circunstancias económicas y políticas que resultan variables, y en consecuencia, no es posible determinar con certeza el porcentaje en que cada uno de esos dos factores aumentará.

“Veamos el comportamiento de la tasa de inflación y el porcentaje de incremento del salario mínimo, durante los últimos diez años:

Año	Inflación	Salario mínimo
1983	16.64	22%
1984	18.28	22%
1985	22.45	20%
1986	20.95	24%
1987	24.02	22%
1988	28.12	25%
1989	26.12	27%
1990	32.36	26%
1991	26.82	26.07%
1992	25.13	26.04%
1993	22.6	21.09%

“Obsérvese que en los años 1983, 1984, 1986, 1989 y 1992 el salario mínimo se incrementó en cuantía superior al índice de inflación, y en los demás años, sucedió lo contrario, esto es, que la inflación fue mayor que el porcentaje en que subió el salario mínimo.

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”.

En este sentido, el Máximo Tribunal Constitucional, alude a la determinación de incrementar las pensiones en el salario mínimo solo para los pensionados que devengan la

pensión mínima, en aras de salvaguardar los derechos constitucionales de los pensiones que se encuentran en debilidad manifiesta frente a los demás ciudadanos; a su vez, que la determinación del índice de precios al consumidor para los demás pensionados para establecer el incremento pensional, se ajusta a factores circunstancias económicas y políticas.

De otro lado, la Ley 238 de 1995 dispuso la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 a los regímenes exceptuados previstos en dicha disposición; al respecto señaló:

“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”.

Si bien, el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, dispuso las excepciones de su aplicación al personal docente vinculado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, posteriormente la Ley 238 de 1995, integró a este sector en la aplicación del reajuste pensional contemplado en el Régimen General de Pensiones.

Bajo el tema en cuestión referente al reajuste de las mesadas en aplicación de la Ley 100 de 1993, la Sección Segunda el Honorable Consejo de Estado⁵, en providencia del 17 de agosto del 2017, en pronunciamiento dentro de la acción pública de nulidad en contra del artículo 40 del Decreto 692 de 1994; expuso **que el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 derogó el dispuesto por la Ley 71 de 1988:**

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

« [...] A partir del 1.º de enero de 1989 y hasta la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, todas las pensiones que fueron reconocidas en el país, tanto en el sector público como en el privado, se reajustaron anualmente conforme a la fórmula 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.[...]

⁵ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda -Subsección A- Consejero Ponente: William Hernández Gómez - 17 de agosto de 2017 –Rad. 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14).

En esas condiciones, no le asiste razón a la parte demandante cuando estima que al hacer extensivo el porcentaje de reajuste de la mesada pensional que se decreta para quienes se pensionan con posterioridad al 1.º de abril de 1994 a aquellos que ya tenían la prestación reconocida para ese momento, la norma demandada hace una inclusión no prevista en la ley que reglamenta y desconoce los derechos adquiridos de estos últimos, pues se reitera, la protección de los derechos adquiridos en materia pensional no comprende la proporción del incremento de la mesada.

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”

En consideración al postulado jurisprudencial precitado se extrae, que si bien quienes se pensionaron con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, cuentan con un régimen anterior al del Sistema de Seguridad Social Integral, esto no quiere decir, que en cuento al incremento de la mesada pensional deba realizarse conforme lo contempla la Ley 71 de 1988, ajustado al salario mínimo, toda vez que con la entrada en vigencia del régimen general de pensiones, dicha norma quedó derogada por ésta última, que dispuso que los ajustes de las mesadas pensionales fueran incrementadas conforme a la variación del índice de precios al consumidor.

Referente a los motivos que alega el libelista, de aplicar artículo 1 de la Ley 71 de 1988, en armonía con el principio de favorabilidad, al ajuste de la mesada pensional, es pertinente traer a colación los pronunciamientos jurisprudenciales expuestos por la Corte Constitucional en sentencia C-435 de 2017, bajo la acción pública de constitucionalidad se demanda la nulidad parcial del artículo 14 de la Ley 100 de 1993; concerniente al reajuste de pensiones, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, así:

“Así, para decirlo de otra forma, pero con sus propias palabras, el actor entiende que el principio de favorabilidad también resulta aplicable a los pensionados “porque son trabajadores en receso [...] y, porque también, uno de los principios fundamentales del trabajo es la garantía de la seguridad social” y es precisamente a partir de esa consideración que concluye que “[e]n caso de duda en la medición del poder adquisitivo constante de las pensiones, porque no hay ley que establezca como se mide [...] debe aplicarse el método más favorable al pensionado”. 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.

(...)

Lo anterior pues, como también se ha explicado en la jurisprudencia constitucional, sin perjuicio de que toda pensión “tiene como objetivo primordial proteger a las personas de la tercera edad, quienes por sus condiciones físicas, ya sea por razón de la edad o por enfermedad, se encuentran imposibilitados para obtener otra clase de recursos para su propia subsistencia y la de su familia”, las personas cuya pensión no supera el valor del salario mínimo legal mensual vigente o que reciben una pensión mínima, como también se la ha denominado, “se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás”. De tal forma que ellas también requieren de un incremento periódico mínimo que, precisamente, garantice también los fines del salario mínimo, como son “satisfacer no sólo sus propias necesidades sino también las de su familia, en el orden material, social, cultural, educativo”

(...)

Siendo así, se tiene que en la norma demandada el legislador específicamente dispuso que el criterio o parámetro de actualización fuera el IPC en tanto que, como claramente explicó el DANE en su intervención, éste precisamente “es una estadística que mide la variación porcentual de los precios de un conjunto representativo de los bienes y servicios de consumo de los hogares del país”. Pero, simultáneamente, el legislador distinguió entre las pensiones superiores e inferiores al salario mínimo legal mensual vigente (SMLMV), estableciendo que únicamente éstas últimas se incrementarían en el mismo porcentaje que ese salario, “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”[94].

Lo anterior pues, como también se ha explicado en la jurisprudencia constitucional, sin perjuicio de que toda pensión “tiene como objetivo primordial proteger a las personas de la tercera edad, quienes por sus condiciones físicas, ya sea por razón de la edad o por enfermedad, se encuentran imposibilitados para obtener otra clase de recursos para su propia subsistencia y la de su familia”, las personas cuya pensión no supera el valor del salario mínimo legal mensual vigente o que reciben una pensión mínima, como también se la ha denominado, “se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás”. De tal forma que ellas también requieren de un incremento periódico mínimo que, precisamente, garantice también los fines del salario mínimo, como son “satisfacer no sólo sus propias necesidades sino también las de su familia, en el orden material, social, cultural, educativo”[95].

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 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.”

3.4. Conclusión

Conforme a los pronunciamientos jurisprudenciales citados se tiene que, la Constitución Política facultó al Legislador para que bajo su autonomía fijara las fórmulas específicas el reajuste periódico de las pensiones. Con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigencia, se entendió derogada la Ley 71 de 1989 y 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.

En ese orden de ideas, no le asiste razón al accionante al indicar que el reajuste de las mesadas pensionales se debe realizar conforme al artículo 1 de la Ley 71 de 1989, esto es, conforme al salario mínimo, y no conforme a lo establecido en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

Por lo anterior, se revocará la sentencia de primera instancia y se denegarán las pretensiones de la demandante.

4. Costas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, en concordancia con los numerales 3 y 8 del artículo 365 del Código General del Proceso – CGP, este Tribunal se abstendrá de condenar en costas por estimar que no se causaron en el curso de esta instancia.

Por lo discurrido, la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: REVÓCASE la sentencia del veinticuatro (24) de septiembre de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Rosa Nubia Restrepo Gallego contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En su lugar,

SEGUNDO: DECLÁRASE fundada la excepción propuesta por la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio dentro del proceso de la referencia, y que denominó “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN POR INEXISTENCIA DE CAUSA JURÍDICA*”, en atención a lo expuesto en este fallo.

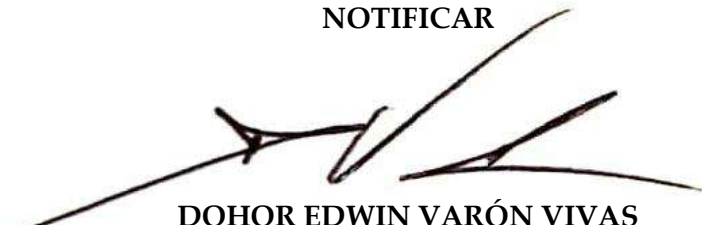
TERCERO. NIÉGANSE las súplicas de la demanda por las razones expuestas en precedencia.

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

QUINTO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 031 de 2020.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 244

Manizales, treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020)

Proceso No. 17-001-33-33-002-2018-00142-02
Clase Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante Gloria Elsy Hurtado Mejía
Accionado Nación - Ministerio De Educación – Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio

El Tribunal Administrativo de Caldas, decide el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia mediante la cual se negaron sus pretensiones.

I. ANTECEDENTES

1. La Demanda

1.1. Pretensiones

Solicita se declare la nulidad de la Resolución 1287-6 de 31 de enero de 2018, por medio del cual se negó el reconocimiento y pago del reajuste periódico de la mesadas pensionales conforme lo establece la Ley 71 de 1988.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho se solicita se reconozca el reajuste y pago del retroactivo de las mesadas pensionales en los términos establecidos en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988. Que las sumas reconocidas deberán ser indexadas; se condene a la demandada al pago de intereses señalados en el artículo 192 del CPACA y las costas y agencias en derecho.

1.2. Sustento fáctico relevante

A la demandante le fue reconocida una pensional de jubilación a través de la Resolución 19406-6 de 23 de noviembre de 2015. Mediante escrito radicado ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la Secretaría de Educación del departamento de Caldas, solicitó el reajuste periódico de la pensión conforme a los ajustes fijados por el Gobierno Nacional para el salario mínimo legal, en aplicación a la Ley 71 de 1989. La petición fue negada mediante al acto demandado.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

Consideró como violados los artículos 53 y 58 de la Constitución Política; 5, 9 y 15 de la Ley 91 de 1989; 1; de la Ley 71 de 1988; 238 de 1995; 14, 279 de la Ley 100 de 1993; Decreto 2831 de 2005.

Analizó el régimen jurídico que reguló los ajustes en las mesadas pensionales, teniendo en cuenta el incremento del salario mínimo legal mensual vigente, establecido en la Ley 71 de 1989 y posteriormente en las Leyes 91 de 1989 y 100 de 1993; teniendo en cuenta las excepciones previstas en el artículo 279 de ésta última disposición.

Expuso que la Nación Ministerio de Educación Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, reajustó las pensiones de jubilación a partir del año 1995, conforme al artículo 14 de la Ley 100 de 1993; y que para los años 1996, 1998, 2000 y siguientes hasta el año 2018 los reajustes anuales de las pensiones de jubilación se realizaron por debajo del aumento del salario mínimo legal mensual vigente, teniendo en cuenta la excepción prevista en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, que excluye su aplicación a los afiliados de dicho fondo.

Reiteró que “... (s)e busca por este medio la nulidad del referido acto y el consecuente reajuste de las pretensiones de jubilación reconocidas a mi poderdante, teniendo como fórmula de incremento pensional la establecida en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988...”.

Pasó a explicar que si se aplica la fórmula de incremento de las mesadas superiores al salario mínimo, que es con el IPC, éstas presentan una pérdida porcentual frente a si se hiciera aumento con el salario mínimo mensual vigente, lo que representa un detrimento a la parte demandante.

Aludió a los presupuestos normativos contenidos en el artículo 58 de la Constitución Política y pronunciamientos jurisprudenciales del Honorable Consejo de Estado y la Corte Constitucional, respecto al alcance de los derechos adquiridos y los supuestos sustanciales que la caracteriza. Indicó que se vulneró el principio de favorabilidad, al omitir el estudio de la normatividad prevista en las Leyes 71 de 1989 y 238 de 1995, al no ajustar las mesadas pensionales al ajuste del salario mínimo legal.

2. Contestación de la demanda.

2.1. Ministerio de Educación - Fondo de Prestaciones de Sociales del Magisterio: Se opuso a la totalidad de las pretensiones y adujo no constarle los hechos aludidos en la demanda. Propuso las excepciones:

- ***Omisión de requisito de procebilidad:*** Esgrimió a la vulneración del derecho de defensa y al debido proceso previsto en el artículo 29 de la Constitución Política; al no aportarse a la demanda el requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 35 de la Ley 640 de 2001. - ***Falta de integración del contradictorio – litisconsorcio necesario:*** Consideró en virtud de las Leyes 715 de 2001, 91 de 1989, 60 de 1993, por el cual se atribuye a los entes territoriales la participación educativa, y las obligaciones prestacionales del personal docente, y conforme al trámite para su reconocimiento previsto en el Decreto 2831 de 2005, a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, vincular al Departamento de Caldas, y a la fiduciaria la Previsora S.A., en virtud del contrato de fiducia mercantil 83 de 1990, suscrito con el Ministerio de Educación Nacional, por el cual se transfiere al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio administrar los recursos destinados al pago de prestaciones sociales. - ***Vinculación de litisconsorte:*** Solicitó la vinculación de la **Fiduprevisora la Previsora S.A.**, en virtud del contrato mercantil 83 de 1990 suscrito con el Ministerio de Educación Nacional. - ***Ineptitud sustancial de la demanda por falta de legitimación en la causa por pasiva de la Nación – Ministerio de Educación Nacional:*** Describió en armonía a lo preceptuado en el artículo 52 de la Ley 962 de 2005, la Ley 715 de 2001, que definió las competencias de la entidad en materia de educación, cuya función es la de ser ente rector de las políticas educativas dada su función de trazar los

lineamientos generales en la prestación del servicio de educación, por tanto no presta el servicio de educación, ni administra las plantas de personal, como tampoco es empleador de los docente del Magisterio. **-Inexistencia del demandado – falta de relación con el reconocimiento del derecho, conexo o derivado del acto administrativo expedido por la entidad territorial certificada. Falta de competencia del ministerio de educación para expedir el acto administrativo y reconocer el derecho reclamado:** Hizo alusión a los elementos esenciales del acto administrativo e indicó que no existe causalidad o vínculo entre la Nación – Ministerio de Educación Nacional, y el derecho solicitado por el accionante, toda vez que el procedimiento de reconocimiento y pago de las prestaciones sociales se encuentra en cabeza de la entidad territorial certificada y de la sociedad fiduciaria administradora del fondo, siendo esta última y con fundamento en el contrato de fiducia mercantil 83 de 1990, quien administra y paga con recursos del fondo las obligaciones que en materia de prestaciones reclaman los docentes afiliados al FOMAG; indicó que el Ministerio de Educación nacional no interviene en el trámite de reconocimiento y pago de la prestación, no revisa ni analiza la viabilidad del pago de la misma, no tiene competencia para la expedición del acto administrativo de reconocimiento, no ordena el pago, ni destina los recursos para el pago de las prestaciones. **- Inexistencia de la obligación demandada por inexistencia de causa jurídica:** Apuntó que el ajuste de la pensión de jubilación, es el establecido en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993; y no el previsto en la Ley 71 de 1988; además que la Ley 812 de 2003, integró a los docentes al régimen pensional de prima media, con lo cual se deriva la derogación tácita de la normatividad anterior. **- Caducidad:** Con base en el artículo 164 del CPACA, argumentó que la demanda se presentó transcurridos los cuatros meses desde la expedición del acto administrativo que denegó el derecho, por lo que debe prosperar la presente excepción. **-Prescripción:** Solicitó se declare la prescripción de los derechos reclamados, prevista en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968. **-Cobro de lo no debido:** Indicó que la entidad no tiene competencia en el trámite para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes; además, que los recursos son manejados por la sociedad de economía mixta fiduciaria; y por tanto, cualquier gasto que afecte el presupuesto de la fiduciaria, deben contar con la respectiva apropiación presupuestal. **- Buena fe:** Enfatizó que el pago no las prestaciones sociales de los docentes no depende del diligenciamiento de los actos administrativos por parte del ente territorial y del visto bueno de la entidad fiduciaria, sino de la disponibilidad presupuestal conforme lo prevé la Ley 38 de 1989.

3. Sentencia de primera instancia

El a quo declaró probada la excepción de *inexistencia de la causa por inexistencia jurídica*, propuestas por Nación-Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio; *negó* las pretensiones de la parte demandante y la condenó en costas.

Para ello analizó el régimen jurídico del Sistema General de Seguridad Social, en cuanto al incremento anual de las pensiones, previsto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, que ordena el reajuste anual, conforme a la variación de Índice de Precios al Consumidor certificado por el Dane, y a las excepciones contempladas en el artículo 279 de dicha disposición, y la Ley 238 de 1995.

Con apoyo en el pronunciamiento jurisprudencial proferido por el Consejo de Estado, del 17 de agosto de 2017, y de la Corte Constitucional en sentencia C-435 del 1994, expuso que no le asiste razón a la parte actora en cuanto a la práctica de dicha disposición, en lo relacionado con el aumento anual de la pensión; además, que no se vulneró el principio de favorabilidad previsto en el artículo 53 de la Constitución Política; con la aplicación del

artículo 14 de la Ley 100 de 1993. Expuso que para el caso bajo examine, se debe incrementar la pensión conforme a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

4. Recurso de apelación

La parte actora en síntesis señaló que la decisión desconoce derechos y principios constitucionales como el de la favorabilidad, legalidad, supremacía de la Constitución y primacía de lo especial sobre lo general. Precisó que, la ley 100 de 1993 excluyó a los docentes del sistema de Seguridad Social Integral de Se Seguridad Social. Por tanto, la ley 71 de 1988 no se encuentra derogada y por otra parte la Ley 238 de 1995 esta instituida exclusivamente para otorgar beneficios y derechos a los regímenes exceptuados.

Aludió a los reajustes prestacionales aplicados a los miembros de la Fuerza Pública, afiliados a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional; y con apoyo en los pronunciamientos jurisprudenciales, de la Sección Segunda del Consejo de Estado, precisó, que este sector, como los docentes del Magisterio, son exceptuados de la Ley 100 de 1993; pero en caso de ser el régimen general más beneficioso se le puede aplicar la Ley 238 de 1995, bajo el principio de favorabilidad.

En cuanto a la condena en costas precisó las normas que regulan la materia y resaltó que ellas debían estar probadas.

En consecuencia solicitó revocar la sentencia proferida, y su lugar acceder a las pretensiones de la demanda.

5. Alegatos de conclusión en segunda instancia

Las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia y procedencia

Conforme al artículo 153 del CPACA¹, es competente el Tribunal para resolver el recurso de apelación. Además, es procedente por cuanto: *“Son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales y de los Jueces”*, en virtud a lo dispuesto por el artículo 243 Ibídem.

2. Problema jurídico

Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación se estima necesario absolver el siguiente cuestionamiento: *¿Tiene derecho la parte demandante al reconocimiento y pago del reajuste periódico de la mesadas pensionales conforme lo establece la Ley 71 de 1988, esto es, teniendo en cuenta la variación del salario mínimo legal mensual vigente?*

3. Tesis del Tribunal

La parte demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago del reajuste periódico de la mesadas pensionales conforme lo establece la Ley 71 de 1988, esto es, teniendo en cuenta la variación del salario mínimo legal mensual vigente, toda vez que, la Constitución Política facultó al Legislador para que bajo su autonomía fijara las fórmulas específicas el reajuste periódico de las pensiones; con la expedición de la Ley 100 de 1993 y

¹ Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso Administrativo.

su entrada en vigencia, se entendió derogada la Ley 71 de 1989 y las pensiones reconocidas antes y después de dicha ley, se vienen reajustando anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el Dane para el año inmediatamente anterior.

Para fundamentar lo anterior se abordarán los siguientes aspectos: i) hechos probados; ii) régimen general de seguridad social; iii) ajuste de pensiones en el régimen de seguridad social para los afiliados al sector público y régimen general de pensiones; y iv) el análisis del caso concreto.

3.1. Lo probado

- Mediante Resolución 19406-6 de 23 de noviembre de 2015 se reconoció la pensión de jubilación, por parte del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a favor de la demandante, a partir del 27 de agosto de 2015. (Fol. 18 C.1)
- La demandante mediante escrito radicado ante la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestación Social del Magisterio, solicitó se reajuste la pensión de jubilación, tomando como base el porcentaje del incremento del salario mínimo legal mensual vigente del año inmediatamente anterior, cuando sea superior al IPC. (Fol. 20-23 C1).
- A través de la Resolución 12732-6 de 31 de enero de 2018, la demandada denegó el ajuste deprecado.

3.2. Régimen general de seguridad social

El artículo 48 de la Carta Política concibe la seguridad social como un servicio público obligatorio que debe prestarse bajo la dirección coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; asimismo se garantiza como un derecho irrenunciable, servicio prestado por entidades públicas y privadas, que brinda los recursos destinados al poder adquisitivo de las pensiones.

A su vez, el artículo 53 del mandato constitucional, establece que el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

El Sistema de Seguridad Social Integral, previsto en la Ley 100 de 1993, tuvo como objeto garantizar los derechos de las personas y comunidad, en aras de mejorar la calidad de vida, y la dignidad humana, a través de las instituciones públicas y privadas prestadora de los servicios, como un servicio esencial bajo los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación.

Por su parte, el artículo 11 ibídem, modificado por el artículo 1 de la Ley 797 de 2003; prevé su campo de aplicación, así:

“El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando y respetando, adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una Pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o

sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de Prima Media y del sector privado en general.

Lo anterior será sin perjuicio del derecho de denuncia que le asiste a las partes y que el tribunal de arbitramento dirima las diferencias entre las partes”.

3.3. Ajuste de pensiones en el régimen de seguridad social para los afiliados al sector público y régimen general de pensiones

El artículo 1 de la Ley 4 de 1976², determinó que las pensiones de los sectores público, oficial, semioficial y privado, así como los afiliados al Instituto Seguro Social a excepción de las pensiones por incapacidad permanente parcial, se reajustarían de oficio, cada año, teniendo en cuenta la elevación del salario mínimo mensual legal más alto, 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.

Luego, el artículo 1 de la Ley 71 de 1988³ precisó que las pensiones referidas en el artículo 1 de la Ley 4 de 1976, la de incapacidad permanente parcial y las compartidas, serían reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que sea incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.

La citada norma fue reglamentada por el Decreto 1160 de 1989, precisó respecto al ajuste de las pensiones en el artículo 1º lo siguiente: *“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”.*

Del recuento normativo citado, se concluye que por mandato constitucional, es deber del Estado garantizar el reajuste periódico de las pensiones, que inicialmente desde la Ley 4 de 1976, se determinó un ajuste a los beneficiarios de los regímenes del sector público, oficial y privado, teniendo en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente más alto.

Luego, el artículo 1 de la Ley 71 de 1988 precisó que las pensiones referidas en el artículo 1 de la Ley 4 de 1976, la de incapacidad permanente parcial y las compartidas, serían reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que sea incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.

La citada norma fue reglamentada por el Decreto 1160 de 1989, que precisó respecto al ajuste de las pensiones en el artículo 1 lo siguiente: *“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”.*

Del recuento normativo citado, se concluye que por mandato constitucional, es deber del Estado garantizar el reajuste periódico de las pensiones, que inicialmente desde la Ley 4 de

² Ley 4 de 1989, *“Por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones.”*

³ Ley 71 de 1988 *por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras*

Nulidad y restablecimiento del derecho

1976, se determinó un ajuste a los beneficiarios de los regímenes del sector público, oficial y privado, teniendo en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente más alto.

A su turno la Ley 100 de 1993, en el artículo 289, indicó en relación con las vigencias y derogatorias lo siguiente: *“La presente Ley rige a partir de la fecha de su publicación, salvaguarda los derechos adquiridos y **deroga** todas las disposiciones que le sean contrarias, en especial el artículo 2o. de la Ley 4a. de 1966, el artículo 5o. de la Ley 33 de 1985, **el párrafo del art. 7o. de la Ley 71 de 1988**, los artículos 268, 269, 270, 271 y 272 del Código de Sustantivo del Trabajo y demás normas que los modifiquen o adicionen”*.

O sea, que al derogarse el párrafo 7 de la Ley 71 de 1988, se derogó la norma que disponía un régimen de reconocimiento pensional para las personas que tengan diez (10) años o más de afiliación en una o varias de las entidades y cincuenta (50) años o más de edad si es varón o cuarenta y cinco (45) años o más si es mujer, continuarían aplicándose las normas de los regímenes actuales vigentes.

Además, este párrafo de la Ley 71 de 1988 fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional Sentencia C-012 de 1994.

La Ley 100 de 1993 en su artículo 279 contempló los regímenes exceptuados a dicho régimen quedando contemplado, entre otros el personal docente vinculado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, y señaló que estas excepciones no implican negación de los beneficios y derechos determinados en el artículos 14 de la Ley 100 de 1993, el cual consagra el reajuste anual de las pensiones en el IPC:

“ARTÍCULO 279. Excepciones. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto-Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.

***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.*

(...)

***PARÁGRAFO 4o. 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.”** (Se resalta)*

Concerniente al reajuste de las pensiones el Régimen General de Pensiones previsto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, precisó:

“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.

Dicha normativa fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-387 de 1994⁴, en la que señaló:

*“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.***

...

“Las instituciones del salario mínimo y de la pensión mínima, se enmarcan dentro de aquellas políticas destinadas a lograr una justicia social, pues son medidas especiales de protección a quienes por su condición económica se encuentran en situación de debilidad manifiesta. Busca así el legislador menguar la desigualdad y de esta manera cumplir con el propósito señalado por el constituyente en el artículo 13 de la Carta, que ordena al Estado promover las condiciones requeridas para que la igualdad sea real y efectiva, mediante la adopción de medidas en favor de grupos discriminados o marginados, como también proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica o física se encuentran en situación de debilidad manifiesta.

....

Ahora bien: que el índice de precios al consumidor aumenta en proporción superior al porcentaje en que se incrementa el salario mínimo, es un argumento que esgrime el demandante, pero que no se ajusta a la realidad, pues como se demostrará en seguida, estos valores no han sido constantes, y no podían serlo, por que su comportamiento depende de una serie de circunstancias económicas y políticas que resultan variables, y en consecuencia, no es posible determinar con certeza el porcentaje en que cada uno de esos dos factores aumentará.

“Veamos el comportamiento de la tasa de inflación y el porcentaje de incremento del salario mínimo, durante los últimos diez años:

<i>“Año</i>	<i>Inflación</i>	<i>Salario mínimo</i>
1983	16.64	22%
1984	18.28	22%
1985	22.45	20%
1986	20.95	24%
1987	24.02	22%
1988	28.12	25%
1989	26.12	27%
1990	32.36	26%
1991	26.82	26.07%
1992	25.13	26.04%
1993	22.6	21.09%”

“Obsérvese que en los años 1983, 1984, 1986, 1989 y 1992 el salario mínimo se incrementó en cuantía superior al índice de inflación, y en los demás años, sucedió lo contrario, esto es, que la inflación fue mayor que el porcentaje en que subió el salario mínimo.

⁴ Corte Constitucional sentencia C- 387 de 1994; MP. Carlos Gaviria Díaz, 1 de septiembre de 1994; Exp. D-529.

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”.

En este sentido, el Máximo Tribunal Constitucional alude a la determinación de incrementar las pensiones en el salario mínimo solo para los pensionados que devengan la pensión mínima, en aras de salvaguardar los derechos constitucionales de los pensionados que se encuentran en debilidad manifiesta frente a los demás ciudadanos; a su vez, que la determinación del índice de precios al consumidor para los demás pensionados para establecer el incremento pensional, se ajusta a factores circunstancias económicas y políticas.

De otro lado, la Ley 238 de 1995 dispuso la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 a los regímenes exceptuados previstos en dicha disposición; al respecto señaló:

“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”.

Si bien, el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, dispuso las excepciones de su aplicación al personal docente vinculado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, posteriormente la Ley 238 de 1995, integró a este sector en la aplicación del reajuste pensional contemplado en el Régimen General de Pensiones.

Bajo el tema en cuestión referente al reajuste de las mesadas en aplicación de la Ley 100 de 1993, la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado⁵, en providencia del 17 de agosto del 2017, en pronunciamiento dentro de la acción pública de nulidad en contra del artículo 40 del Decreto 692 de 1994; expuso **que el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 derogó el dispuesto por la Ley 71 de 1988:**

“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

⁵ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda -Subsección A- Consejero Ponente: William Hernández Gómez - 17 de agosto de 2017 –Rad. 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14).

el enunciado normativo que venía rigiendo hasta ese momento, tal y como lo admitió la Corte Constitucional en la sentencia C-110 de 1996, al señalar:

« [...] A partir del 1.º de enero de 1989 y hasta la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, todas las pensiones que fueron reconocidas en el país, tanto en el sector público como en el privado, se reajustaron anualmente conforme a la fórmula 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.[...]

En esas condiciones, no le asiste razón a la parte demandante cuando estima que al hacer extensivo el porcentaje de reajuste de la mesada pensional que se decreta para quienes se pensionan con posterioridad al 1.º de abril de 1994 a aquellos que ya tenían la prestación reconocida para ese momento, la norma demandada hace una inclusión no prevista en la ley que reglamenta y desconoce los derechos adquiridos de estos últimos, pues se reitera, la protección de los derechos adquiridos en materia pensional no comprende la proporción del incremento de la mesada.

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”

En consideración al postulado jurisprudencial precitado se extrae, que si bien quienes se pensionaron con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, cuentan con un régimen anterior al del Sistema de Seguridad Social Integral, esto no quiere decir, que en cuanto al incremento de la mesada pensional deba realizarse conforme lo contempla la Ley 71 de 1988, ajustado al salario mínimo, toda vez que con la entrada en vigencia del régimen general de pensiones, dicha norma quedó derogada por ésta última, que dispuso que los ajustes de las mesadas pensionales fueran incrementadas conforme a la variación del índice de precios al consumidor.

Referente a los motivos que alega el libelista, de aplicar artículo 1 de la Ley 71 de 1988, en armonía con el principio de favorabilidad, al ajuste de la mesada pensional, es pertinente traer a colación los pronunciamientos jurisprudenciales expuestos por la Corte Constitucional en sentencia C-435 de 2017, bajo la acción pública de constitucionalidad se demanda la nulidad parcial del artículo 14 de la Ley 100 de 1993; concerniente al reajuste de pensiones, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, así:

“Así, para decirlo de otra forma, pero con sus propias palabras, el actor entiende que el principio de favorabilidad también resulta aplicable a los pensionados “porque

son trabajadores en receso [...] y, porque también, uno de los principios fundamentales del trabajo es la garantía de la seguridad social” y es precisamente a partir de esa consideración que concluye que “[e]n caso de duda en la medición del poder adquisitivo constante de las pensiones, porque no hay ley que establezca como se mide [...] debe aplicarse el método más favorable al pensionado”. 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.

(...)

Lo anterior pues, como también se ha explicado en la jurisprudencia constitucional, sin perjuicio de que toda pensión “tiene como objetivo primordial proteger a las personas de la tercera edad, quienes por sus condiciones físicas, ya sea por razón de la edad o por enfermedad, se encuentran imposibilitados para obtener otra clase de recursos para su propia subsistencia y la de su familia”, las personas cuya pensión no supera el valor del salario mínimo legal mensual vigente o que reciben una pensión mínima, como también se la ha denominado, “se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás”. De tal forma que ellas también requieren de un incremento periódico mínimo que, precisamente, garantice también los fines del salario mínimo, como son “satisfacer no sólo sus propias necesidades sino también las de su familia, en el orden material, social, cultural, educativo”

(...)

Siendo así, se tiene que en la norma demandada el legislador específicamente dispuso que el criterio o parámetro de actualización fuera el IPC en tanto que, como claramente explicó el DANE en su intervención, éste precisamente “es una estadística que mide la variación porcentual de los precios de un conjunto representativo de los bienes y servicios de consumo de los hogares del país”. Pero, simultáneamente, el legislador distinguió entre las pensiones superiores e inferiores al salario mínimo legal mensual vigente (SMLMV), estableciendo que únicamente éstas últimas se incrementarían en el mismo porcentaje que ese salario, “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”[94].

Lo anterior pues, como también se ha explicado en la jurisprudencia constitucional, sin perjuicio de que toda pensión “tiene como objetivo primordial proteger a las personas de la tercera edad, quienes por sus condiciones físicas, ya sea por razón de la edad o por enfermedad, se encuentran imposibilitados para obtener otra clase de recursos para su propia subsistencia y la de su familia”, las personas cuya pensión no supera el valor del salario mínimo legal mensual vigente o que reciben una pensión mínima, como también se la ha denominado, “se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás”. De tal forma que ellas también requieren de un incremento periódico mínimo que, precisamente, garantice también los fines del salario mínimo, como son “satisfacer no sólo sus propias necesidades sino también las de su familia, en el orden material, social, cultural, educativo”[95].

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 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.”

3.4. Conclusión

Conforme a los pronunciamientos jurisprudenciales citados se tiene que, la Constitución Política facultó al Legislador para que bajo su autonomía fijara las fórmulas específicas el reajuste periódico de las pensiones. Con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigencia, se entendió derogada la Ley 71 de 1989 y 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.

En ese orden de ideas, no le asiste razón a la parte accionante al indicar que el reajuste de las mesadas pensionales se debe realizar conforme al artículo 1 de la Ley 71 de 1989, esto es, conforme al salario mínimo, y no conforme a lo establecido en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

Por lo anterior, se confirmará la sentencia de primera instancia.

4. Costas en primera instancia

Conviene precisar que a voces del artículo 188 del CPACA, “*Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil*”; y comoquiera que en el presente proceso se planteó un interés particular (en tanto no se trata del medio de control de simple nulidad, repetición, defensa de intereses colectivos etc., sino del de nulidad y restablecimiento del derecho), la conclusión apunta a que en la sentencia, tal y como se hizo en su momento, ciertamente resultaba procedente la decisión o pronunciamiento sobre la condena en costas.

El *a quo* en atención a la actividad desplegada por la parte accionada dentro del trámite procesal procedió a fijar las agencias en derecho a cargo de la demandante. En efecto, revisadas las actuaciones realizadas en el proceso, – en lo que al trámite de la primera instancia se refiere–, se considera que las agencias que se fijaron a favor de la parte demandada, están debidamente justificadas por la naturaleza, calidad y duración de la gestión útil desplegada por las apoderadas de la parte demandada; así mismo, en atención a la cuantía de las pretensiones reconocidas en la sentencia.

En tales condiciones, se confirmará la sentencia proferida.

5. Costas en esta instancia

Se condena en costas de la segunda instancia, conforme al numeral 1 del artículo 365 del CGP, a la UGPP, cuya liquidación y ejecución se harán conforme Código General del Proceso artículo 366 del CGP. Las agencias en derecho se tasan en un salario mínimo legal mensual vigente a favor de la parte demandada, y a cargo de la actora, de conformidad con el artículo 3 Acuerdo No. PSAA16-10554 Agosto 5 de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura, tenido en cuenta la duración la duración de esta instancia y la naturaleza del proceso, así como el resultado del recurso de apelación

La presente sentencia se profiere fuera del turno ordinario de procesos a despacho para sentencia por permitirlo el artículo 18 de la Ley 446 de 1998.

Por lo discurrido, la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

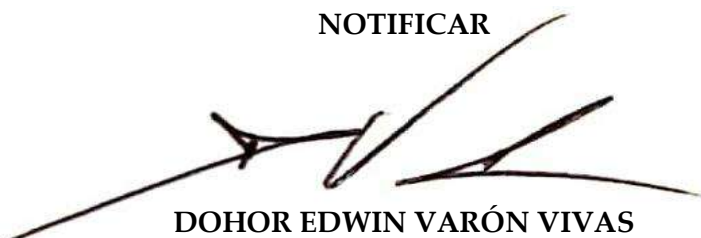
PRIMERO: CONFIRMASE la sentencia dictada el 20 de septiembre de 2019 por Juzgado Segundo Administrativo de Manizales, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por Gloria Elsy Hurtado Mejía en contra de la Nación- Ministerio de Educación- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

SEGUNDO: CONDENASE en costas a la parte demandante cuya liquidación y ejecución se harán conforme al Código General del Proceso. Se fijan las agencias en derecho por valor de un salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de ejecutoria del presente fallo.


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

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 031 de 2020.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 245

Manizales, treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020)

Proceso No. 17-001-33-33-002-2018-00143-02
Clase Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante Judith Mejía Hoyos
Accionado Nación - Ministerio De Educación – Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio

El Tribunal Administrativo de Caldas, decide el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia mediante la cual se negaron sus pretensiones.

I. ANTECEDENTES

1. La Demanda

1.1. Pretensiones

Solicita se declare la nulidad de la Resolución 1273-6 de 31 de enero de 2018, por medio del cual se negó el reconocimiento y pago del reajuste periódico de la mesadas pensionales conforme lo establece la Ley 71 de 1988.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho se solicita se reconozca el reajuste y pago del retroactivo de las mesadas pensionales en los términos establecidos en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988. Que las sumas reconocidas deberán ser indexadas; se condene a la demandada al pago de intereses señalados en el artículo 192 del CPACA y las costas y agencias en derecho.

1.2. Sustento fáctico relevante

A la demandante le fue reconocida una pensional de jubilación a través de la Resolución 1853 de 12 de abril de 2012. Mediante escrito radicado ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la Secretaría de Educación del departamento de Caldas, solicitó el reajuste periódico de la pensión conforme a los ajustes fijados por el Gobierno Nacional para el salario mínimo legal, en aplicación a la Ley 71 de 1989. La petición fue negada mediante el acto demandado.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

Consideró como violados los artículos 53 y 58 de la Constitución Política; 5, 9 y 15 de la Ley 91 de 1989; 1; de la Ley 71 de 1988; 238 de 1995; 14, 279 de la Ley 100 de 1993; Decreto 2831 de 2005.

Analizó el régimen jurídico que reguló los ajustes en las mesadas pensionales, teniendo en cuenta el incremento del salario mínimo legal mensual vigente, establecido en la Ley 71 de 1989 y posteriormente en las Leyes 91 de 1989 y 100 de 1993; teniendo en cuenta las excepciones previstas en el artículo 279 de ésta última disposición.

Expuso que la Nación Ministerio de Educación Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, reajustó las pensiones de jubilación a partir del año 1995, conforme al artículo 14 de la Ley 100 de 1993; y que para los años 1996, 1998, 2000 y siguientes hasta el año 2018 los reajustes anuales de las pensiones de jubilación se realizaron por debajo del aumento del salario mínimo legal mensual vigente, teniendo en cuenta la excepción prevista en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, que excluye su aplicación a los afiliados de dicho fondo.

Reiteró que “... (s)e busca por este medio la nulidad del referido acto y el consecuente reajuste de las pretensiones de jubilación reconocidas a mi poderdante, teniendo como fórmula de incremento pensional la establecida en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988...”.

Pasó a explicar que si se aplica la fórmula de incremento de las mesadas superiores al salario mínimo, que es con el IPC, éstas presentan una pérdida porcentual frente a si se hiciera aumento con el salario mínimo mensual vigente, lo que representa un detrimento a la parte demandante.

Aludió a los presupuestos normativos contenidos en el artículo 58 de la Constitución Política y pronunciamientos jurisprudenciales del Honorable Consejo de Estado y la Corte Constitucional, respecto al alcance de los derechos adquiridos y los supuestos sustanciales que la caracteriza. Indicó que se vulneró el principio de favorabilidad, al omitir el estudio de la normatividad prevista en las Leyes 71 de 1989 y 238 de 1995, al no ajustar las mesadas pensionales al ajuste del salario mínimo legal.

2. Contestación de la demanda.

2.1. Ministerio de Educación - Fondo de Prestaciones de Sociales del Magisterio: Se opuso a la totalidad de las pretensiones y adujo no constarle los hechos aludidos en la demanda. Propuso las excepciones:

- **Omisión de requisito de procebilidad:** Esgrimió a la vulneración del derecho de defensa y al debido proceso previsto en el artículo 29 de la Constitución Política; al no aportarse a la demanda el requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 35 de la Ley 640 de 2001. - **Falta de integración del contradictorio – litisconsorcio necesario:** Consideró en virtud de las Leyes 715 de 2001, 91 de 1989, 60 de 1993, por el cual se atribuye a los entes territoriales la participación educativa, y las obligaciones prestacionales del personal docente, y conforme al trámite para su reconocimiento previsto en el Decreto 2831 de 2005, a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, vincular al Departamento de Caldas, y a la fiduciaria la Previsora S.A., en virtud del contrato de fiducia mercantil 83 de 1990, suscrito con el Ministerio de Educación Nacional, por el cual se transfiere al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio administrar los recursos destinados al pago de prestaciones sociales. - **Vinculación de litisconsorte:** Solicitó la vinculación de la **Fiduprevisora la Previsora S.A.**, en virtud del contrato mercantil 83 de 1990 suscrito con el Ministerio de Educación Nacional. - **Ineptitud sustancial de la demanda por falta de legitimación en la causa por pasiva de la Nación – Ministerio de Educación Nacional:** Describió en armonía a lo preceptuado en el artículo 52 de la Ley 962 de 2005, la Ley 715 de 2001, que definió las competencias de la entidad en materia de educación, cuya función es la de ser ente rector de las políticas educativas dada su función de trazar los

lineamientos generales en la prestación del servicio de educación, por tanto no presta el servicio de educación, ni administra las plantas de personal, como tampoco es empleador de los docente del Magisterio. **-Inexistencia del demandado – falta de relación con el reconocimiento del derecho, conexo o derivado del acto administrativo expedido por la entidad territorial certificada. Falta de competencia del ministerio de educación para expedir el acto administrativo y reconocer el derecho reclamado:** Hizo alusión a los elementos esenciales del acto administrativo e indicó que no existe causalidad o vínculo entre la Nación – Ministerio de Educación Nacional, y el derecho solicitado por el accionante, toda vez que el procedimiento de reconocimiento y pago de las prestaciones sociales se encuentra en cabeza de la entidad territorial certificada y de la sociedad fiduciaria administradora del fondo, siendo esta última y con fundamento en el contrato de fiducia mercantil 83 de 1990, quien administra y paga con recursos del fondo las obligaciones que en materia de prestaciones reclaman los docentes afiliados al FOMAG; indicó que el Ministerio de Educación nacional no interviene en el trámite de reconocimiento y pago de la prestación, no revisa ni analiza la viabilidad del pago de la misma, no tiene competencia para la expedición del acto administrativo de reconocimiento, no ordena el pago, ni destina los recursos para el pago de las prestaciones. **- Inexistencia de la obligación demandada por inexistencia de causa jurídica:** Apuntó que el ajuste de la pensión de jubilación, es el establecido en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993; y no el previsto en la Ley 71 de 1988; además que la Ley 812 de 2003, integró a los docentes al régimen pensional de prima media, con lo cual se deriva la derogación tácita de la normatividad anterior. **- Caducidad:** Con base en el artículo 164 del CPACA, argumentó que la demanda se presentó transcurridos los cuatros meses desde la expedición del acto administrativo que denegó el derecho, por lo que debe prosperar la presente excepción. **-Prescripción:** Solicitó se declare la prescripción de los derechos reclamados, prevista en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968. **-Cobro de lo no debido:** Indicó que la entidad no tiene competencia en el trámite para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes; además, que los recursos son manejados por la sociedad de economía mixta fiduciaria; y por tanto, cualquier gasto que afecte el presupuesto de la fiduciaria, deben contar con la respectiva apropiación presupuestal. **- Buena fe:** Enfatizó que el pago no las prestaciones sociales de los docentes no depende del diligenciamiento de los actos administrativos por parte del ente territorial y del visto bueno de la entidad fiduciaria, sino de la disponibilidad presupuestal conforme lo prevé la Ley 38 de 1989.

3. Sentencia de primera instancia

El a quo declaró probada la excepción de *inexistencia de la causa por inexistencia jurídica*, propuestas por Nación-Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio; *negó* las pretensiones de la parte demandante y la condenó en costas.

Para ello analizó el régimen jurídico del Sistema General de Seguridad Social, en cuanto al incremento anual de las pensiones, previsto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, que ordena el reajuste anual, conforme a la variación de Índice de Precios al Consumidor certificado por el Dane, y a las excepciones contempladas en el artículo 279 de dicha disposición, y la Ley 238 de 1995.

Con apoyo en el pronunciamiento jurisprudencial proferido por el Consejo de Estado, del 17 de agosto de 2017, y de la Corte Constitucional en sentencia C-435 del 1994, expuso que no le asiste razón a la parte actora en cuanto a la práctica de dicha disposición, en lo relacionado con el aumento anual de la pensión; además, que no se vulneró el principio de favorabilidad previsto en el artículo 53 de la Constitución Política; con la aplicación del

artículo 14 de la Ley 100 de 1993. Expuso que para el caso bajo examine, se debe incrementar la pensión conforme a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

4. Recurso de apelación

La parte actora en síntesis señaló que la decisión desconoce derechos y principios constitucionales como el de la favorabilidad, legalidad, supremacía de la Constitución y primacía de lo especial sobre lo general. Precisó que, la ley 100 de 1993 excluyó a los docentes del sistema de Seguridad Social Integral de Se Seguridad Social. Por tanto, la ley 71 de 1988 no se encuentra derogada y por otra parte la Ley 238 de 1995 esta instituida exclusivamente para otorgar beneficios y derechos a los regímenes exceptuados.

Aludió a los reajustes prestacionales aplicados a los miembros de la Fuerza Pública, afiliados a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional; y con apoyo en los pronunciamientos jurisprudenciales, de la Sección Segunda del Consejo de Estado, precisó, que este sector, como los docentes del Magisterio, son exceptuados de la Ley 100 de 1993; pero en caso de ser el régimen general más beneficioso se le puede aplicar la Ley 238 de 1995, bajo el principio de favorabilidad.

En cuanto a la condena en costas precisó las normas que regulan la materia y resaltó que ellas debían estar probadas.

En consecuencia solicitó revocar la sentencia proferida, y su lugar acceder a las pretensiones de la demanda.

5. Alegatos de conclusión en segunda instancia

Las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia y procedencia

Conforme al artículo 153 del CPACA¹, es competente el Tribunal para resolver el recurso de apelación. Además, es procedente por cuanto: *“Son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales y de los Jueces”*, en virtud a lo dispuesto por el artículo 243 Ibídem.

2. Problema jurídico

Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación se estima necesario absolver el siguiente cuestionamiento: *¿Tiene derecho la parte demandante al reconocimiento y pago del reajuste periódico de la mesadas pensionales conforme lo establece la Ley 71 de 1988, esto es, teniendo en cuenta la variación del salario mínimo legal mensual vigente?*

3. Tesis del Tribunal

La parte demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago del reajuste periódico de la mesadas pensionales conforme lo establece la Ley 71 de 1988, esto es, teniendo en cuenta la variación del salario mínimo legal mensual vigente, toda vez que, la Constitución Política facultó al Legislador para que bajo su autonomía fijara las fórmulas específicas el reajuste periódico de las pensiones; con la expedición de la Ley 100 de 1993 y

¹ Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso Administrativo.

su entrada en vigencia, se entendió derogada la Ley 71 de 1989 y las pensiones reconocidas antes y después de dicha ley, se vienen reajustando anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el Dane para el año inmediatamente anterior.

Para fundamentar lo anterior se abordarán los siguientes aspectos: i) hechos probados; ii) régimen general de seguridad social; iii) ajuste de pensiones en el régimen de seguridad social para los afiliados al sector público y régimen general de pensiones; y iv) el análisis del caso concreto.

3.1. Lo probado

- Mediante Resolución 1853 de 12 de abril de 2012 se reconoció la pensión de jubilación, por parte del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a favor de la demandante. (Fol. 18-19 C.1)
- La demandante mediante escrito radicado ante la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestación Social del Magisterio, solicitó se reajuste la pensión de jubilación, tomando como base el porcentaje del incremento del salario mínimo legal mensual vigente del año inmediatamente anterior, cuando sea superior al IPC. (Fol. 20-23 C1).
- A través de la Resolución 1273-6 de 31 de enero de 2018, la demandada denegó el ajuste deprecado. (Fl. 29-30 C. 1)

3.2. Régimen general de seguridad social

El artículo 48 de la Carta Política concibe la seguridad social como un servicio público obligatorio que debe prestarse bajo la dirección coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; asimismo se garantiza como un derecho irrenunciable, servicio prestado por entidades públicas y privadas, que brinda los recursos destinados al poder adquisitivo de las pensiones.

A su vez, el artículo 53 del mandato constitucional, establece que el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

El Sistema de Seguridad Social Integral, previsto en la Ley 100 de 1993, tuvo como objeto garantizar los derechos de las personas y comunidad, en aras de mejorar la calidad de vida, y la dignidad humana, a través de las instituciones públicas y privadas prestadora de los servicios, como un servicio esencial bajo los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación.

Por su parte, el artículo 11 ibídem, modificado por el artículo 1 de la Ley 797 de 2003; prevé su campo de aplicación, así:

“El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando y respetando, adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una Pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o

sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de Prima Media y del sector privado en general.

Lo anterior será sin perjuicio del derecho de denuncia que le asiste a las partes y que el tribunal de arbitramento dirima las diferencias entre las partes”.

3.3. Ajuste de pensiones en el régimen de seguridad social para los afiliados al sector público y régimen general de pensiones

El artículo 1 de la Ley 4 de 1976², determinó que las pensiones de los sectores público, oficial, semioficial y privado, así como los afiliados al Instituto Seguro Social a excepción de las pensiones por incapacidad permanente parcial, se reajustarían de oficio, cada año, teniendo en cuenta la elevación del salario mínimo mensual legal más alto, 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.

Luego, el artículo 1 de la Ley 71 de 1988³ precisó que las pensiones referidas en el artículo 1 de la Ley 4 de 1976, la de incapacidad permanente parcial y las compartidas, serían reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que sea incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.

La citada norma fue reglamentada por el Decreto 1160 de 1989, precisó respecto al ajuste de las pensiones en el artículo 1º lo siguiente: *“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”.*

Del recuento normativo citado, se concluye que por mandato constitucional, es deber del Estado garantizar el reajuste periódico de las pensiones, que inicialmente desde la Ley 4 de 1976, se determinó un ajuste a los beneficiarios de los regímenes del sector público, oficial y privado, teniendo en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente más alto.

Luego, el artículo 1 de la Ley 71 de 1988 precisó que las pensiones referidas en el artículo 1 de la Ley 4 de 1976, la de incapacidad permanente parcial y las compartidas, serían reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que sea incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.

La citada norma fue reglamentada por el Decreto 1160 de 1989, que precisó respecto al ajuste de las pensiones en el artículo 1 lo siguiente: *“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”.*

Del recuento normativo citado, se concluye que por mandato constitucional, es deber del Estado garantizar el reajuste periódico de las pensiones, que inicialmente desde la Ley 4 de

² Ley 4 de 1989, *“Por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones.”*

³ Ley 71 de 1988 *por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras*

Nulidad y restablecimiento del derecho

1976, se determinó un ajuste a los beneficiarios de los regímenes del sector público, oficial y privado, teniendo en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente más alto.

A su turno la Ley 100 de 1993, en el artículo 289, indicó en relación con las vigencias y derogatorias lo siguiente: *“La presente Ley rige a partir de la fecha de su publicación, salvaguarda los derechos adquiridos y **deroga** todas las disposiciones que le sean contrarias, en especial el artículo 2o. de la Ley 4a. de 1966, el artículo 5o. de la Ley 33 de 1985, **el párrafo del art. 7o. de la Ley 71 de 1988**, los artículos 268, 269, 270, 271 y 272 del Código de Sustantivo del Trabajo y demás normas que los modifiquen o adicionen”.*

O sea, que al derogarse el párrafo 7 de la Ley 71 de 1988, se derogó la norma que disponía un régimen de reconocimiento pensional para las personas que tengan diez (10) años o más de afiliación en una o varias de las entidades y cincuenta (50) años o más de edad si es varón o cuarenta y cinco (45) años o más si es mujer, continuarían aplicándose las normas de los regímenes actuales vigentes.

Además, este párrafo de la Ley 71 de 1988 fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional Sentencia C-012 de 1994.

La Ley 100 de 1993 en su artículo 279 contempló los regímenes exceptuados a dicho régimen quedando contemplado, entre otros el personal docente vinculado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, y señaló que estas excepciones no implican negación de los beneficios y derechos determinados en el artículos 14 de la Ley 100 de 1993, el cual consagra el reajuste anual de las pensiones en el IPC:

“ARTÍCULO 279. Excepciones. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto-Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.

***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.*

(...)

***PARÁGRAFO 4o. 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.** (Se resalta)*

Concerniente al reajuste de las pensiones el Régimen General de Pensiones previsto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, precisó:

“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.

Dicha normativa fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-387 de 1994⁴, en la que señaló:

*“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.***

...

“Las instituciones del salario mínimo y de la pensión mínima, se enmarcan dentro de aquellas políticas destinadas a lograr una justicia social, pues son medidas especiales de protección a quienes por su condición económica se encuentran en situación de debilidad manifiesta. Busca así el legislador menguar la desigualdad y de esta manera cumplir con el propósito señalado por el constituyente en el artículo 13 de la Carta, que ordena al Estado promover las condiciones requeridas para que la igualdad sea real y efectiva, mediante la adopción de medidas en favor de grupos discriminados o marginados, como también proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica o física se encuentran en situación de debilidad manifiesta.

....

Ahora bien: que el índice de precios al consumidor aumenta en proporción superior al porcentaje en que se incrementa el salario mínimo, es un argumento que esgrime el demandante, pero que no se ajusta a la realidad, pues como se demostrará en seguida, estos valores no han sido constantes, y no podían serlo, por que su comportamiento depende de una serie de circunstancias económicas y políticas que resultan variables, y en consecuencia, no es posible determinar con certeza el porcentaje en que cada uno de esos dos factores aumentará.

“Veamos el comportamiento de la tasa de inflación y el porcentaje de incremento del salario mínimo, durante los últimos diez años:

<i>“Año</i>	<i>Inflación</i>	<i>Salario mínimo</i>
1983	16.64	22%
1984	18.28	22%
1985	22.45	20%
1986	20.95	24%
1987	24.02	22%
1988	28.12	25%
1989	26.12	27%
1990	32.36	26%
1991	26.82	26.07%
1992	25.13	26.04%
1993	22.6	21.09%”

“Obsérvese que en los años 1983, 1984, 1986, 1989 y 1992 el salario mínimo se incrementó en cuantía superior al índice de inflación, y en los demás años, sucedió lo contrario, esto es, que la inflación fue mayor que el porcentaje en que subió el salario mínimo.

⁴ Corte Constitucional sentencia C- 387 de 1994; MP. Carlos Gaviria Díaz, 1 de septiembre de 1994; Exp. D-529.

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”.

En este sentido, el Máximo Tribunal Constitucional alude a la determinación de incrementar las pensiones en el salario mínimo solo para los pensionados que devengan la pensión mínima, en aras de salvaguardar los derechos constitucionales de los pensionados que se encuentran en debilidad manifiesta frente a los demás ciudadanos; a su vez, que la determinación del índice de precios al consumidor para los demás pensionados para establecer el incremento pensional, se ajusta a factores circunstancias económicas y políticas.

De otro lado, la Ley 238 de 1995 dispuso la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 a los regímenes exceptuados previstos en dicha disposición; al respecto señaló:

“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”.

Si bien, el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, dispuso las excepciones de su aplicación al personal docente vinculado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, posteriormente la Ley 238 de 1995, integró a este sector en la aplicación del reajuste pensional contemplado en el Régimen General de Pensiones.

Bajo el tema en cuestión referente al reajuste de las mesadas en aplicación de la Ley 100 de 1993, la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado⁵, en providencia del 17 de agosto del 2017, en pronunciamiento dentro de la acción pública de nulidad en contra del artículo 40 del Decreto 692 de 1994; expuso **que el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 derogó el dispuesto por la Ley 71 de 1988:**

“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

⁵ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda -Subsección A- Consejero Ponente: William Hernández Gómez - 17 de agosto de 2017 –Rad. 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14).

el enunciado normativo que venía rigiendo hasta ese momento, tal y como lo admitió la Corte Constitucional en la sentencia C-110 de 1996, al señalar:

« [...] A partir del 1.º de enero de 1989 y hasta la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, todas las pensiones que fueron reconocidas en el país, tanto en el sector público como en el privado, se reajustaron anualmente conforme a la fórmula 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.[...]

En esas condiciones, no le asiste razón a la parte demandante cuando estima que al hacer extensivo el porcentaje de reajuste de la mesada pensional que se decreta para quienes se pensionan con posterioridad al 1.º de abril de 1994 a aquellos que ya tenían la prestación reconocida para ese momento, la norma demandada hace una inclusión no prevista en la ley que reglamenta y desconoce los derechos adquiridos de estos últimos, pues se reitera, la protección de los derechos adquiridos en materia pensional no comprende la proporción del incremento de la mesada.

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”

En consideración al postulado jurisprudencial precitado se extrae, que si bien quienes se pensionaron con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, cuentan con un régimen anterior al del Sistema de Seguridad Social Integral, esto no quiere decir, que en cuento al incremento de la mesada pensional deba realizarse conforme lo contempla la Ley 71 de 1988, ajustado al salario mínimo, toda vez que con la entrada en vigencia del régimen general de pensiones, dicha norma quedó derogada por ésta última, que dispuso que los ajustes de las mesadas pensionales fueran incrementadas conforme a la variación del índice de precios al consumidor.

Referente a los motivos que alega el libelista, de aplicar artículo 1 de la Ley 71 de 1988, en armonía con el principio de favorabilidad, al ajuste de la mesada pensional, es pertinente traer a colación los pronunciamientos jurisprudenciales expuestos por la Corte Constitucional en sentencia C-435 de 2017, bajo la acción pública de constitucionalidad se demanda la nulidad parcial del artículo 14 de la Ley 100 de 1993; concerniente al reajuste de pensiones, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, así:

“Así, para decirlo de otra forma, pero con sus propias palabras, el actor entiende que el principio de favorabilidad también resulta aplicable a los pensionados “porque

son trabajadores en receso [...] y, porque también, uno de los principios fundamentales del trabajo es la garantía de la seguridad social” y es precisamente a partir de esa consideración que concluye que “[e]n caso de duda en la medición del poder adquisitivo constante de las pensiones, porque no hay ley que establezca como se mide [...] debe aplicarse el método más favorable al pensionado”. 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.

(...)

Lo anterior pues, como también se ha explicado en la jurisprudencia constitucional, sin perjuicio de que toda pensión “tiene como objetivo primordial proteger a las personas de la tercera edad, quienes por sus condiciones físicas, ya sea por razón de la edad o por enfermedad, se encuentran imposibilitados para obtener otra clase de recursos para su propia subsistencia y la de su familia”, las personas cuya pensión no supera el valor del salario mínimo legal mensual vigente o que reciben una pensión mínima, como también se la ha denominado, “se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás”. De tal forma que ellas también requieren de un incremento periódico mínimo que, precisamente, garantice también los fines del salario mínimo, como son “satisfacer no sólo sus propias necesidades sino también las de su familia, en el orden material, social, cultural, educativo”

(...)

Siendo así, se tiene que en la norma demandada el legislador específicamente dispuso que el criterio o parámetro de actualización fuera el IPC en tanto que, como claramente explicó el DANE en su intervención, éste precisamente “es una estadística que mide la variación porcentual de los precios de un conjunto representativo de los bienes y servicios de consumo de los hogares del país”. Pero, simultáneamente, el legislador distinguió entre las pensiones superiores e inferiores al salario mínimo legal mensual vigente (SMLMV), estableciendo que únicamente éstas últimas se incrementarían en el mismo porcentaje que ese salario, “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”[94].

Lo anterior pues, como también se ha explicado en la jurisprudencia constitucional, sin perjuicio de que toda pensión “tiene como objetivo primordial proteger a las personas de la tercera edad, quienes por sus condiciones físicas, ya sea por razón de la edad o por enfermedad, se encuentran imposibilitados para obtener otra clase de recursos para su propia subsistencia y la de su familia”, las personas cuya pensión no supera el valor del salario mínimo legal mensual vigente o que reciben una pensión mínima, como también se la ha denominado, “se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás”. De tal forma que ellas también requieren de un incremento periódico mínimo que, precisamente, garantice también los fines del salario mínimo, como son “satisfacer no sólo sus propias necesidades sino también las de su familia, en el orden material, social, cultural, educativo”[95].

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 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.”

3.4. Conclusión

Conforme a los pronunciamientos jurisprudenciales citados se tiene que, la Constitución Política facultó al Legislador para que bajo su autonomía fijara las fórmulas específicas el reajuste periódico de las pensiones. Con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigencia, se entendió derogada la Ley 71 de 1989 y 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.

En ese orden de ideas, no le asiste razón a la parte accionante al indicar que el reajuste de las mesadas pensionales se debe realizar conforme al artículo 1 de la Ley 71 de 1989, esto es, conforme al salario mínimo, y no conforme a lo establecido en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

Por lo anterior, se confirmará la sentencia de primera instancia.

4. Costas en primera instancia

Conviene precisar que a voces del artículo 188 del CPACA, “Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”; y comoquiera que en el presente proceso se planteó un interés particular (en tanto no se trata del medio de control de simple nulidad, repetición, defensa de intereses colectivos etc., sino del de nulidad y restablecimiento del derecho), la conclusión apunta a que en la sentencia, tal y como se hizo en su momento, ciertamente resultaba procedente la decisión o pronunciamiento sobre la condena en costas.

El *a quo* en atención a la actividad desplegada por la parte accionada dentro del trámite procesal procedió a fijar las agencias en derecho a cargo de la demandante. En efecto, revisadas las actuaciones realizadas en el proceso, – en lo que al trámite de la primera instancia se refiere-, se considera que las agencias que se fijaron a favor de la parte demandada, están debidamente justificadas por la naturaleza, calidad y duración de la gestión útil desplegada por las apoderadas de la parte demandada; así mismo, en atención a la cuantía de las pretensiones reconocidas en la sentencia.

En tales condiciones, se confirmará la sentencia proferida.

5. Costas en esta instancia

Se condena en costas de la segunda instancia, conforme al numeral 1 del artículo 365 del CGP, a la UGPP, cuya liquidación y ejecución se harán conforme Código General del Proceso artículo 366 del CGP. Las agencias en derecho se tasan en un salario mínimo legal mensual vigente a favor de la parte demandada, y a cargo de la actora, de conformidad con el artículo 3 Acuerdo No. PSAA16-10554 Agosto 5 de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura, tenido en cuenta la duración la duración de esta instancia y la naturaleza del proceso, así como el resultado del recurso de apelación

La presente sentencia se profiere fuera del turno ordinario de procesos a despacho para sentencia por permitirlo el artículo 18 de la Ley 446 de 1998.

Por lo discurrido, la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

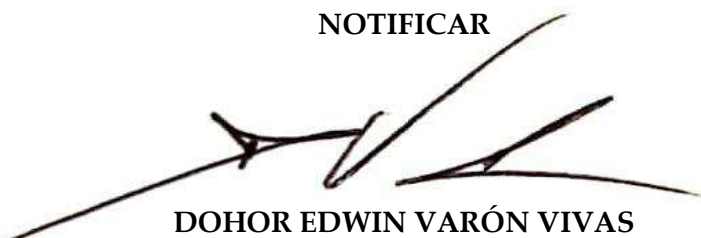
PRIMERO: CONFIRMASE la sentencia dictada el 20 de septiembre de 2019 por Juzgado Segundo Administrativo de Manizales, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por Judith Mejía Hoyos en contra de la Nación- Ministerio de Educación- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

SEGUNDO: CONDENASE en costas a la parte demandante cuya liquidación y ejecución se harán conforme al Código General del Proceso. Se fijan las agencias en derecho por valor de un salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de ejecutoria del presente fallo.

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

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 031 de 2020.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 246

Manizales, treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020)

Proceso No. 17-001-33-33-003-2017-00469-02
Clase Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante Gloria Amparo Londoño de Díaz
Accionado Nación - Ministerio De Educación – Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio

El Tribunal Administrativo de Caldas, decide el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia mediante la cual se negaron sus pretensiones.

I. ANTECEDENTES

1. La Demanda

1.1. Pretensiones

Solicita se declare la nulidad de la Resolución 1558-6 de 23 de febrero de 2016, por medio del cual se negó el reconocimiento y pago del reajuste periódico de la mesadas pensionales conforme lo establece la Ley 71 de 1988.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho se solicita se reconozca el reajuste y pago del retroactivo de las mesadas pensionales en los términos establecidos en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988. Que las sumas reconocidas deberán ser indexadas; se condene a la demandada al pago de intereses señalados en el artículo 192 del CPACA y las costas y agencias en derecho.

1.2. Sustento fáctico relevante

A la demandante le fue reconocida una pensional de jubilación a través de la Resolución 1013 de 6 de marzo de 2008. Mediante escrito radicado ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la Secretaría de Educación del departamento de Caldas, solicitó el reajuste periódico de la pensión conforme a los ajustes fijados por el Gobierno Nacional para el salario mínimo legal, en aplicación a la Ley 71 de 1989. La petición fue negada mediante al acto demandado.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

Consideró como violados los artículos 53 y 58 de la Constitución Política; 5, 9 y 15 de la Ley 91 de 1989; 1; de la Ley 71 de 1988; 238 de 1995; 14, 279 de la Ley 100 de 1993; Decreto 2831 de 2005.

Analizó el régimen jurídico que reguló los ajustes en las mesadas pensionales, teniendo en cuenta el incremento del salario mínimo legal mensual vigente, establecido en la Ley 71 de 1989 y posteriormente en las Leyes 91 de 1989 y 100 de 1993; teniendo en cuenta las excepciones previstas en el artículo 279 de ésta última disposición.

Expuso que la Nación Ministerio de Educación Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, reajustó las pensiones de jubilación a partir del año 1995, conforme al artículo 14 de la Ley 100 de 1993; y que para los años 1996, 1998, 2000 y siguientes hasta el año 2018 los reajustes anuales de las pensiones de jubilación se realizaron por debajo del aumento del salario mínimo legal mensual vigente, teniendo en cuenta la excepción prevista en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, que excluye su aplicación a los afiliados de dicho fondo.

Reiteró que “... (s)e busca por este medio la nulidad del referido acto y el consecuente reajuste de las pretensiones de jubilación reconocidas a mi poderdante, teniendo como fórmula de incremento pensional la establecida en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988...”.

Pasó a explicar que si se aplica la fórmula de incremento de las mesadas superiores al salario mínimo, que es con el IPC, éstas presentan una pérdida porcentual frente a si se hiciera aumento con el salario mínimo mensual vigente, lo que representa un detrimento a la parte demandante.

Aludió a los presupuestos normativos contenidos en el artículo 58 de la Constitución Política y pronunciamientos jurisprudenciales del Honorable Consejo de Estado y la Corte Constitucional, respecto al alcance de los derechos adquiridos y los supuestos sustanciales que la caracteriza. Indicó que se vulneró el principio de favorabilidad, al omitir el estudio de la normatividad prevista en las Leyes 71 de 1989 y 238 de 1995, al no ajustar las mesadas pensionales al ajuste del salario mínimo legal.

2. Contestación de la demanda.

2.1. Ministerio de Educación - Fondo de Prestaciones de Sociales del Magisterio: Se opuso a la totalidad de las pretensiones y adujo no constarle los hechos aludidos en la demanda. Propuso las excepciones:

-Inexistencia del demandado – falta de relación con el reconocimiento del derecho, conexo o derivado del acto administrativo expedido por la entidad territorial certificada. Falta de competencia del ministerio de educación para expedir el acto administrativo y reconocer el derecho reclamado: Hizo alusión a los elementos esenciales del acto administrativo e indicó que no existe causalidad o vínculo entre la Nación – Ministerio de Educación Nacional, y el derecho solicitado por el accionante, toda vez que el procedimiento de reconocimiento y pago de las prestaciones sociales se encuentra en cabeza de la entidad territorial certificada y de la sociedad fiduciaria administradora del fondo, siendo esta última y con fundamento en el contrato de fiducia mercantil 83 de 1990, quien administra y paga con recursos del fondo las obligaciones que en materia de prestaciones reclaman los docentes afiliados al FOMAG; indicó que el Ministerio de Educación nacional no interviene en el trámite de reconocimiento y pago de la prestación, no revisa ni analiza la viabilidad del pago de la misma, no tiene competencia para la expedición del acto administrativo de reconocimiento, no ordena el pago, ni destina los recursos para el pago de las prestaciones. *- Inexistencia de la obligación demandada por inexistencia de causa jurídica:* Apuntó que el ajuste de la pensión de jubilación, es el establecido en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993; y no el previsto en la Ley 71 de 1988; además que la Ley 812 de 2003, integró a los docentes al régimen pensional de prima

media, con lo cual se deriva la derogación tácita de la normatividad anterior. - **Prescripción:** Solicitó se declare la prescripción de los derechos reclamados, prevista en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968. - **Cobro de lo no debido:** Indicó que la entidad no tiene competencia en el trámite para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes; además, que los recursos son manejados por la sociedad de economía mixta fiduciaria; y por tanto, cualquier gasto que afecte el presupuesto de la fiduciaria, deben contar con la respectiva apropiación presupuestal. - **Buena fe:** Enfatizó que el pago no las prestaciones sociales de los docentes no depende del diligenciamiento de los actos administrativos por parte del ente territorial y del visto bueno de la entidad fiduciaria, sino de la disponibilidad presupuestal conforme lo prevé la Ley 38 de 1989.

3. Sentencia de primera instancia

El a quo declaró probada la excepción de *inexistencia de la causa por inexistencia jurídica*, propuestas por Nación-Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio; *negó* las pretensiones de la parte demandante y la condenó en costas.

Para ello analizó el régimen jurídico del Sistema General de Seguridad Social, en cuanto al incremento anual de las pensiones, previsto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, que ordena el reajuste anual, conforme a la variación de Índice de Precios al Consumidor certificado por el Dane, y a las excepciones contempladas en el artículo 279 de dicha disposición, y la Ley 238 de 1995.

Con apoyo en el pronunciamiento jurisprudencial proferido por el Consejo de Estado, del 17 de agosto de 2017, y de la Corte Constitucional en sentencia C-435 del 1994, expuso que no le asiste razón a la parte actora en cuanto a la práctica de dicha disposición, en lo relacionado con el aumento anual de la pensión; además, que no se vulneró el principio de favorabilidad previsto en el artículo 53 de la Constitución Política; con la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993. Expuso que para el caso bajo examine, se debe incrementar la pensión conforme a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

4. Recurso de apelación

La parte actora en síntesis señaló que la decisión desconoce derechos y principios constitucionales como el de la favorabilidad, legalidad, supremacía de la Constitución y primacía de lo especial sobre lo general. Preciso que, la ley 100 de 1993 excluyó a los docentes del sistema de Seguridad Social Integral de Se Seguridad Social. Por tanto, la ley 71 de 1988 no se encuentra derogada y por otra parte la Ley 238 de 1995 esta instituida exclusivamente para otorgar beneficios y derechos a los regímenes exceptuados.

Aludió a los reajustes prestacionales aplicados a los miembros de la Fuerza Pública, afiliados a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional; y con apoyo en los pronunciamientos jurisprudenciales, de la Sección Segunda del Consejo de Estado, precisó, que este sector, como los docentes del Magisterio, son exceptuados de la Ley 100 de 1993; pero en caso de ser el régimen general más beneficioso se le puede aplicar la Ley 238 de 1995, bajo el principio de favorabilidad.

Que de conformidad con el párrafo primero del Acto Legislativo 01 de 2005 son dos los regímenes pensionales que regulan el derecho pensional de jubilación, cuya aplicación está condicionada a la fecha de ingreso o vinculación del servicio educativo, así los docentes que se vincularon al servicio con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 se les aplica las normas de la Ley 71 de 1988.

En consecuencia solicitó revocar la sentencia proferida, y su lugar acceder a las pretensiones.

5. Alegatos de conclusión en segunda instancia

La **demandante** reiteró los argumentos expuestos en la demanda y en la sustentación del recurso de apelación.

La **Nación – Ministerio de Educación Nacional** solicitó confirmar la decisión para lo cual reitero los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

El **Ministerio Público** guardó silencio.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia y procedencia

Conforme al artículo 153 del CPACA¹, es competente el Tribunal para resolver el recurso de apelación. Además, es procedente por cuanto: *“Son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales y de los Jueces”*, en virtud a lo dispuesto por el artículo 243 Ibídem.

2. Problema jurídico

Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación se estima necesario absolver el siguiente cuestionamiento: *¿Tiene derecho la parte demandante al reconocimiento y pago del reajuste periódico de la mesadas pensionales conforme lo establece la Ley 71 de 1988, esto es, teniendo en cuenta la variación del salario mínimo legal mensual vigente?*

3. Tesis del Tribunal

La parte demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago del reajuste periódico de la mesadas pensionales conforme lo establece la Ley 71 de 1988, esto es, teniendo en cuenta la variación del salario mínimo legal mensual vigente, toda vez que, la Constitución Política facultó al Legislador para que bajo su autonomía fijara las fórmulas específicas el reajuste periódico de las pensiones; con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigencia, se entendió derogada la Ley 71 de 1989 y las pensiones reconocidas antes y después de dicha ley, se vienen reajustando anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el Dane para el año inmediatamente anterior.

Para fundamentar lo anterior se abordarán los siguientes aspectos: i) hechos probados; ii) régimen general de seguridad social; iii) ajuste de pensiones en el régimen de seguridad social para los afiliados al sector público y régimen general de pensiones; y iv) el análisis del caso concreto.

3.1. Lo probado

- Mediante Resolución 1013 de 6 de marzo de 2008 se reconoció la pensión de jubilación, por parte del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a favor de la demandante. (Fol. 27-28 C.1)

¹ Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso Administrativo.

- La demandante mediante escrito radicado el 27 de enero de 2016 ante la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestación Social del Magisterio, solicitó se reajuste la pensión de jubilación, tomando como base el porcentaje del incremento del salario mínimo legal mensual vigente del año inmediatamente anterior, cuando sea superior al IPC. (Fol. 20-22 C1).
- A través de la Resolución 1558-6 de 23 de febrero de 2016, la demandada denegó el ajuste deprecado. (Fl. 14-15 C. 1)

3.2. Régimen general de seguridad social

El artículo 48 de la Carta Política concibe la seguridad social como un servicio público obligatorio que debe prestarse bajo la dirección coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; asimismo se garantiza como un derecho irrenunciable, servicio prestado por entidades públicas y privadas, que brinda los recursos destinados al poder adquisitivo de las pensiones.

A su vez, el artículo 53 del mandato constitucional, establece que el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

El Sistema de Seguridad Social Integral, previsto en la Ley 100 de 1993, tuvo como objeto garantizar los derechos de las personas y comunidad, en aras de mejorar la calidad de vida, y la dignidad humana, a través de las instituciones públicas y privadas prestadora de los servicios, como un servicio esencial bajo los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación.

Por su parte, el artículo 11 ibídem, modificado por el artículo 1 de la Ley 797 de 2003; prevé su campo de aplicación, así:

“El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando y respetando, adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una Pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de Prima Media y del sector privado en general.

Lo anterior será sin perjuicio del derecho de denuncia que le asiste a las partes y que el tribunal de arbitramento dirima las diferencias entre las partes”.

3.3. Ajuste de pensiones en el régimen de seguridad social para los afiliados al sector público y régimen general de pensiones

El artículo 1 de la Ley 4 de 1976², determinó que las pensiones de los sectores público, oficial, semioficial y privado, así como los afiliados al Instituto Seguro Social a excepción de las pensiones por incapacidad permanente parcial, se reajustarían de oficio, cada año, teniendo en cuenta la elevación del salario mínimo mensual legal más alto, con una suma fija igual a la mitad de la diferencia entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual

² Ley 4 de 1989, “Por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones.”

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.

Luego, el artículo 1 de la Ley 71 de 1988³ precisó que las pensiones referidas en el artículo 1 de la Ley 4 de 1976, la de incapacidad permanente parcial y las compartidas, serían reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que sea incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.

La citada norma fue reglamentada por el Decreto 1160 de 1989, precisó respecto al ajuste de las pensiones en el artículo 1º lo siguiente: *“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”*.

Del recuento normativo citado, se concluye que por mandato constitucional, es deber del Estado garantizar el reajuste periódico de las pensiones, que inicialmente desde la Ley 4 de 1976, se determinó un ajuste a los beneficiarios de los regímenes del sector público, oficial y privado, teniendo en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente más alto.

Luego, el artículo 1 de la Ley 71 de 1988 precisó que las pensiones referidas en el artículo 1 de la Ley 4 de 1976, la de incapacidad permanente parcial y las compartidas, serían reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que sea incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.

La citada norma fue reglamentada por el Decreto 1160 de 1989, que precisó respecto al ajuste de las pensiones en el artículo 1 lo siguiente: *“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”*.

Del recuento normativo citado, se concluye que por mandato constitucional, es deber del Estado garantizar el reajuste periódico de las pensiones, que inicialmente desde la Ley 4 de 1976, se determinó un ajuste a los beneficiarios de los regímenes del sector público, oficial y privado, teniendo en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente más alto.

A su turno la Ley 100 de 1993, en el artículo 289, indicó en relación con las vigencias y derogatorias lo siguiente: *“La presente Ley rige a partir de la fecha de su publicación, salvaguarda los derechos adquiridos y **deroga** todas las disposiciones que le sean contrarias, en especial el artículo 2o. de la Ley 4a. de 1966, el artículo 5o. de la Ley 33 de 1985, **el párrafo del art. 7o. de la Ley 71 de 1988**, los artículos 268, 269, 270, 271 y 272 del Código de Sustantivo del Trabajo y demás normas que los modifiquen o adicionen”*.

O sea, que al derogarse el párrafo 7 de la Ley 71 de 1988, se derogó la norma que disponía un régimen de reconocimiento pensional para las personas que tengan diez (10) años o más de afiliación en una o varias de las entidades y cincuenta (50) años o más de edad si es varón o cuarenta y cinco (45) años o más si es mujer, continuarían aplicándose las normas de los regímenes actuales vigentes.

³ Ley 71 de 1988 por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras

Además, este párrafo de la Ley 71 de 1988 fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional Sentencia C-012 de 1994.

La Ley 100 de 1993 en su artículo 279 contempló los regímenes exceptuados a dicho régimen quedando contemplado, entre otros el personal docente vinculado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, y señaló que estas excepciones no implican negación de los beneficios y derechos determinados en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, el cual consagra el reajuste anual de las pensiones en el IPC:

“ARTÍCULO 279. Excepciones. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto-Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.

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.

(...)

PARÁGRAFO 4o. 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.” (Se resalta)

Concerniente al reajuste de las pensiones el Régimen General de Pensiones previsto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, precisó:

“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.

Dicha normativa fue declarada executable por la Corte Constitucional en sentencia C-387 de 1994⁴, en la que señaló:

“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.

...

“Las instituciones del salario mínimo y de la pensión mínima, se enmarcan dentro de aquellas políticas destinadas a lograr una justicia social, pues son medidas especiales de protección a quienes por su condición económica se encuentran en situación de debilidad manifiesta.

⁴ Corte Constitucional sentencia C- 387 de 1994; MP. Carlos Gaviria Díaz, 1 de septiembre de 1994; Exp. D-529.

Nulidad y restablecimiento del derecho

Busca así el legislador menguar la desigualdad y de esta manera cumplir con el propósito señalado por el constituyente en el artículo 13 de la Carta, que ordena al Estado promover las condiciones requeridas para que la igualdad sea real y efectiva, mediante la adopción de medidas en favor de grupos discriminados o marginados, como también proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica o física se encuentran en situación de debilidad manifiesta.

....

Ahora bien: que el índice de precios al consumidor aumenta en proporción superior al porcentaje en que se incrementa el salario mínimo, es un argumento que esgrime el demandante, pero que no se ajusta a la realidad, pues como se demostrará en seguida, estos valores no han sido constantes, y no podían serlo, por que su comportamiento depende de una serie de circunstancias económicas y políticas que resultan variables, y en consecuencia, no es posible determinar con certeza el porcentaje en que cada uno de esos dos factores aumentará.

“Veamos el comportamiento de la tasa de inflación y el porcentaje de incremento del salario mínimo, durante los últimos diez años:

“Año	Inflación	Salario mínimo
1983	16.64	22%
1984	18.28	22%
1985	22.45	20%
1986	20.95	24%
1987	24.02	22%
1988	28.12	25%
1989	26.12	27%
1990	32.36	26%
1991	26.82	26.07%
1992	25.13	26.04%
1993	22.6	21.09%”

“Obsérvese que en los años 1983, 1984, 1986, 1989 y 1992 el salario mínimo se incrementó en cuantía superior al índice de inflación, y en los demás años, sucedió lo contrario, esto es, que la inflación fue mayor que el porcentaje en que subió el salario mínimo.

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 incrementa 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”.

En este sentido, el Máximo Tribunal Constitucional alude a la determinación de incrementar las pensiones en el salario mínimo solo para los pensionados que devengan la pensión mínima, en aras de salvaguardar los derechos constitucionales de los pensiones

que se encuentran en debilidad manifiesta frente a los demás ciudadanos; a su vez, que la determinación del índice de precios al consumidor para los demás pensionados para establecer el incremento pensional, se ajusta a factores circunstancias económicas y políticas.

De otro lado, la Ley 238 de 1995 dispuso la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 a los regímenes exceptuados previstos en dicha disposición; al respecto señaló:

“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**”.*

Si bien, el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, dispuso las excepciones de su aplicación al personal docente vinculado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, posteriormente la Ley 238 de 1995, integró a este sector en la aplicación del reajuste pensional contemplado en el Régimen General de Pensiones.

Bajo el tema en cuestión referente al reajuste de las mesadas en aplicación de la Ley 100 de 1993, la Sección Segunda el Honorable Consejo de Estado⁵, en providencia del 17 de agosto del 2017, en pronunciamiento dentro de la acción pública de nulidad en contra del artículo 40 del Decreto 692 de 1994; expuso **que el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 derogó el dispuesto por la Ley 71 de 1988:**

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

« [...] A partir del 1.º de enero de 1989 y hasta la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, todas las pensiones que fueron reconocidas en el país, tanto en el sector público como en el privado, se reajustaron anualmente conforme a la fórmula 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.[...]

*En esas condiciones, **no le asiste razón a la parte demandante cuando estima que al hacer extensivo el porcentaje de reajuste de la mesada pensional que se decreta para***

⁵ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda -Subsección A- Consejero Ponente: William Hernández Gómez - 17 de agosto de 2017 –Rad. 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14).

quienes se pensionan con posterioridad al 1.º de abril de 1994 a aquellos que ya tenían la prestación reconocida para ese momento, la norma demandada hace una inclusión no prevista en la ley que reglamenta y desconoce los derechos adquiridos de estos últimos, pues se reitera, la protección de los derechos adquiridos en materia pensional no comprende la proporción del incremento de la mesada.

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”

En consideración al postulado jurisprudencial precitado se extrae, que si bien quienes se pensionaron con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, cuentan con un régimen anterior al del Sistema de Seguridad Social Integral, esto no quiere decir, que en cuento al incremento de la mesada pensional deba realizarse conforme lo contempla la Ley 71 de 1988, ajustado al salario mínimo, toda vez que con la entrada en vigencia del régimen general de pensiones, dicha norma quedó derogada por ésta última, que dispuso que los ajustes de las mesadas pensionales fueran incrementadas conforme a la variación del índice de precios al consumidor.

Referente a los motivos que alega el libelista, de aplicar artículo 1 de la Ley 71 de 1988, en armonía con el principio de favorabilidad, al ajuste de la mesada pensional, es pertinente traer a colación los pronunciamientos jurisprudenciales expuestos por la Corte Constitucional en sentencia C-435 de 2017, bajo la acción pública de constitucionalidad se demanda la nulidad parcial del artículo 14 de la Ley 100 de 1993; concerniente al reajuste de pensiones, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, así:

“Así, para decirlo de otra forma, pero con sus propias palabras, el actor entiende que el principio de favorabilidad también resulta aplicable a los pensionados “porque son trabajadores en receso [...] y, porque también, uno de los principios fundamentales del trabajo es la garantía de la seguridad social” y es precisamente a partir de esa consideración que concluye que “[e]n caso de duda en la medición del poder adquisitivo constante de las pensiones, porque no hay ley que establezca como se mide [...] debe aplicarse el método más favorable al pensionado”. 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.

(...)

Lo anterior pues, como también se ha explicado en la jurisprudencia constitucional, sin perjuicio de que toda pensión “tiene como objetivo primordial proteger a las personas de la tercera edad, quienes por sus condiciones físicas, ya sea por razón de la edad o

por enfermedad, se encuentran imposibilitados para obtener otra clase de recursos para su propia subsistencia y la de su familia”, las personas cuya pensión no supera el valor del salario mínimo legal mensual vigente o que reciben una pensión mínima, como también se la ha denominado, “se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás”. De tal forma que ellas también requieren de un incremento periódico mínimo que, precisamente, garantice también los fines del salario mínimo, como son “satisfacer no sólo sus propias necesidades sino también las de su familia, en el orden material, social, cultural, educativo”

(...)

Siendo así, se tiene que en la norma demandada el legislador específicamente dispuso que el criterio o parámetro de actualización fuera el IPC en tanto que, como claramente explicó el DANE en su intervención, éste precisamente “es una estadística que mide la variación porcentual de los precios de un conjunto representativo de los bienes y servicios de consumo de los hogares del país”. Pero, simultáneamente, el legislador distinguió entre las pensiones superiores e inferiores al salario mínimo legal mensual vigente (SMLMV), estableciendo que únicamente éstas últimas se incrementarían en el mismo porcentaje que ese salario, “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”[94].

Lo anterior pues, como también se ha explicado en la jurisprudencia constitucional, sin perjuicio de que toda pensión “tiene como objetivo primordial proteger a las personas de la tercera edad, quienes por sus condiciones físicas, ya sea por razón de la edad o por enfermedad, se encuentran imposibilitados para obtener otra clase de recursos para su propia subsistencia y la de su familia”, las personas cuya pensión no supera el valor del salario mínimo legal mensual vigente o que reciben una pensión mínima, como también se la ha denominado, “se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás”. De tal forma que ellas también requieren de un incremento periódico mínimo que, precisamente, garantice también los fines del salario mínimo, como son “satisfacer no sólo sus propias necesidades sino también las de su familia, en el orden material, social, cultural, educativo”[95].

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 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.”

3.4. Conclusión

Nulidad y restablecimiento del derecho

Conforme a los pronunciamientos jurisprudenciales citados se tiene que, la Constitución Política facultó al Legislador para que bajo su autonomía fijara las fórmulas específicas el reajuste periódico de las pensiones. Con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigencia, se entendió derogada la Ley 71 de 1989 y 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.

En ese orden de ideas, no le asiste razón a la parte accionante al indicar que el reajuste de las mesadas pensionales se debe realizar conforme al artículo 1 de la Ley 71 de 1989, esto es, conforme al salario mínimo, y no conforme a lo establecido en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

Por lo anterior, se confirmará la sentencia de primera instancia.

4. Costas en primera instancia

Conviene precisar que a voces del artículo 188 del CPACA, *“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”*; y comoquiera que en el presente proceso se planteó un interés particular (en tanto no se trata del medio de control de simple nulidad, repetición, defensa de intereses colectivos etc., sino del de nulidad y restablecimiento del derecho), la conclusión apunta a que en la sentencia, tal y como se hizo en su momento, ciertamente resultaba procedente la decisión o pronunciamiento sobre la condena en costas.

El *a quo* en atención a la actividad desplegada por la parte accionada dentro del trámite procesal procedió a fijar las agencias en derecho a cargo de la demandante. En efecto, revisadas las actuaciones realizadas en el proceso, – en lo que al trámite de la primera instancia se refiere-, se considera que las agencias que se fijaron a favor de la parte demandada, están debidamente justificadas por la naturaleza, calidad y duración de la gestión útil desplegada por las apoderadas de la parte demandada; así mismo, en atención a la cuantía de las pretensiones reconocidas en la sentencia.

En tales condiciones, se confirmará la sentencia proferida.

5. Costas en esta instancia

Se condena en costas de la segunda instancia, conforme al numeral 1 del artículo 365 del CGP, a la UGPP, cuya liquidación y ejecución se harán conforme Código General del Proceso artículo 366 del CGP. Las agencias en derecho se tasan en un salario mínimo legal mensual vigente a favor de la parte demandada, y a cargo de la actora, de conformidad con el artículo 3 Acuerdo No. PSAA16-10554 Agosto 5 de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura, tenido en cuenta la duración la duración de esta instancia y la naturaleza del proceso, así como el resultado del recurso de apelación

La presente sentencia se profiere fuera del turno ordinario de procesos a despacho para sentencia por permitirlo el artículo 18 de la Ley 446 de 1998.

Por lo discurrido, la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

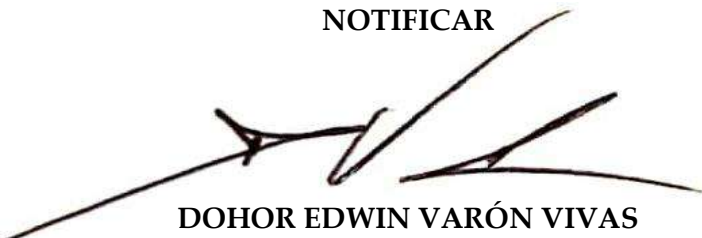
PRIMERO: CONFIRMASE la sentencia dictada el 16 de mayo de 2019 por Juzgado Tercero Administrativo de Manizales, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por Gloria Amparo Londoño de Díaz en contra de la Nación- Ministerio de Educación- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

SEGUNDO: CONDENASE en costas a la parte demandante cuya liquidación y ejecución se harán conforme al Código General del Proceso. Se fijan las agencias en derecho por valor de un salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de ejecutoria del presente fallo.

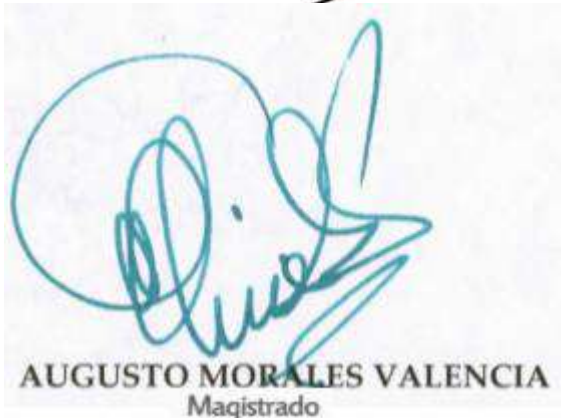
TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 031 de 2020.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 247

Manizales, treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020)

Proceso No. 17-001-33-33-003-2018-00126-02
Clase Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante Luz Helena Noreña
Accionado Nación - Ministerio De Educación – Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio

El Tribunal Administrativo de Caldas, decide el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia mediante la cual se negaron sus pretensiones.

I. ANTECEDENTES

1. La Demanda

1.1. Pretensiones

Solicita se declare la nulidad de la Resolución 1727-6 de 9 de febrero de 2018, por medio del cual se negó el reconocimiento y pago del reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme lo establece la Ley 71 de 1988.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho se solicita se reconozca el reajuste y pago del retroactivo de las mesadas pensionales en los términos establecidos en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988. Que las sumas reconocidas deberán ser indexadas; se condene a la demandada al pago de intereses señalados en el artículo 192 del CPACA y las costas y agencias en derecho.

1.2. Sustento fáctico relevante

A la demandante le fue reconocida una pensional de jubilación a través de la Resolución 5803 de 25 de noviembre de 2009. Mediante escrito radicado ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la Secretaría de Educación del departamento de Caldas, solicitó el reajuste periódico de la pensión conforme a los ajustes fijados por el Gobierno Nacional para el salario mínimo legal, en aplicación a la Ley 71 de 1989. La petición fue negada mediante el acto demandado.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

Consideró como violados los artículos 53 y 58 de la Constitución Política; 5, 9 y 15 de la Ley 91 de 1989; 1; de la Ley 71 de 1988; 238 de 1995; 14, 279 de la Ley 100 de 1993; Decreto 2831 de 2005.

Analizó el régimen jurídico que reguló los ajustes en las mesadas pensionales, teniendo en cuenta el incremento del salario mínimo legal mensual vigente, establecido en la Ley 71 de 1989 y posteriormente en las Leyes 91 de 1989 y 100 de 1993; teniendo en cuenta las excepciones previstas en el artículo 279 de ésta última disposición.

Expuso que la Nación Ministerio de Educación Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, reajustó las pensiones de jubilación a partir del año 1995, conforme al artículo 14 de la Ley 100 de 1993; y que para los años 1996, 1998, 2000 y siguientes hasta el año 2018 los reajustes anuales de las pensiones de jubilación se realizaron por debajo del aumento del salario mínimo legal mensual vigente, teniendo en cuenta la excepción prevista en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, que excluye su aplicación a los afiliados de dicho fondo.

Reiteró que “... (s)e busca por este medio la nulidad del referido acto y el consecuente reajuste de las pretensiones de jubilación reconocidas a mi poderdante, teniendo como fórmula de incremento pensional la establecida en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988...”.

Pasó a explicar que si se aplica la fórmula de incremento de las mesadas superiores al salario mínimo, que es con el IPC, éstas presentan una pérdida porcentual frente a si se hiciera aumento con el salario mínimo mensual vigente, lo que representa un detrimento a la parte demandante.

Aludió a los presupuestos normativos contenidos en el artículo 58 de la Constitución Política y pronunciamientos jurisprudenciales del Honorable Consejo de Estado y la Corte Constitucional, respecto al alcance de los derechos adquiridos y los supuestos sustanciales que la caracteriza. Indicó que se vulneró el principio de favorabilidad, al omitir el estudio de la normatividad prevista en las Leyes 71 de 1989 y 238 de 1995, al no ajustar las mesadas pensionales al ajuste del salario mínimo legal.

2. Contestación de la demanda.

2.1. Ministerio de Educación - Fondo de Prestaciones de Sociales del Magisterio: Se opuso a la totalidad de las pretensiones y adujo no constarle los hechos aludidos en la demanda. Propuso las excepciones:

-Ineptitud sustancial de la demanda por falta de legitimación en la causa por pasiva de la Nación – Ministerio de Educación Nacional: Describió en armonía a lo preceptuado en el artículo 52 de la Ley 962 de 2005, la Ley 715 de 2001, que definió las competencias de la entidad en materia de educación, cuya función es la de ser ente rector de las políticas educativas dada su función de trazar los lineamientos generales en la prestación del servicio de educación, por tanto no presta el servicio de educación, ni administra las plantas de personal, como tampoco es empleador de los docente del Magisterio. *- Inexistencia del demandado – falta de relación con el reconocimiento del derecho, conexo o derivado del acto administrativo expedido por la entidad territorial certificada. Falta de competencia del ministerio de educación para expedir el acto administrativo y reconocer el derecho reclamado:* Hizo alusión a los elementos esenciales del acto administrativo e indicó que no existe causalidad o vínculo entre la Nación – Ministerio de Educación Nacional, y el derecho solicitado por el accionante, toda vez que el procedimiento de reconocimiento y pago de las prestaciones sociales se encuentra en cabeza de la entidad territorial certificada y de la sociedad fiduciaria administradora del fondo, siendo esta última y con fundamento en el contrato de fiducia mercantil 83 de 1990, quien administra y paga con recursos del fondo las obligaciones que en materia de prestaciones reclamen los docentes afiliados al FOMAG; indicó que el Ministerio de Educación nacional no

interviene en el trámite de reconocimiento y pago de la prestación, no revisa ni analiza la viabilidad del pago de la misma, no tiene competencia para la expedición del acto administrativo de reconocimiento, no ordena el pago, ni destina los recursos para el pago de las prestaciones. - ***Inexistencia de la obligación demandada por inexistencia de causa jurídica***: Apuntó que el ajuste de la pensión de jubilación, es el establecido en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993; y no el previsto en la Ley 71 de 1988; además que la Ley 812 de 2003, integró a los docentes al régimen pensional de prima media, con lo cual se deriva la derogación tácita de la normatividad anterior. - ***Prescripción***: Solicitó se declare la prescripción de los derechos reclamados, prevista en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968. - ***Cobro de lo no debido***: Indicó que la entidad no tiene competencia en el trámite para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes; además, que los recursos son manejados por la sociedad de economía mixta fiduciaria; y por tanto, cualquier gasto que afecte el presupuesto de la fiduciaria, deben contar con la respectiva apropiación presupuestal. - ***Buena fe***: Enfatizó que el pago no las prestaciones sociales de los docentes no depende del diligenciamiento de los actos administrativos por parte del ente territorial y del visto bueno de la entidad fiduciaria, sino de la disponibilidad presupuestal conforme lo prevé la Ley 38 de 1989.

3. Sentencia de primera instancia

El a quo declaró probada la excepción de *inexistencia de la causa por inexistencia jurídica*, propuestas por Nación-Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio; *negó* las pretensiones de la parte demandante y la condenó en costas.

Para ello analizó el régimen jurídico del Sistema General de Seguridad Social, en cuanto al incremento anual de las pensiones, previsto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, que ordena el reajuste anual, conforme a la variación de Índice de Precios al Consumidor certificado por el Dane, y a las excepciones contempladas en el artículo 279 de dicha disposición, y la Ley 238 de 1995.

Con apoyo en el pronunciamiento jurisprudencial proferido por el Consejo de Estado, del 17 de agosto de 2017, y de la Corte Constitucional en sentencia C-435 del 1994, expuso que no le asiste razón a la parte actora en cuanto a la práctica de dicha disposición, en lo relacionado con el aumento anual de la pensión; además, que no se vulneró el principio de favorabilidad previsto en el artículo 53 de la Constitución Política; con la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993. Expuso que para el caso bajo examine, se debe incrementar la pensión conforme a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

4. Recurso de apelación

La parte actora en síntesis señaló que la decisión desconoce derechos y principios constitucionales como el de la favorabilidad, legalidad, supremacía de la Constitución y primacía de lo especial sobre lo general. Precisó que, la ley 100 de 1993 excluyó a los docentes del sistema de Seguridad Social Integral de Se Seguridad Social. Por tanto, la ley 71 de 1988 no se encuentra derogada y por otra parte la Ley 238 de 1995 esta instituida exclusivamente para otorgar beneficios y derechos a los regímenes exceptuados.

Aludió a los reajustes prestacionales aplicados a los miembros de la Fuerza Pública, afiliados a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional; y con apoyo en los pronunciamientos jurisprudenciales, de la Sección Segunda del Consejo de Estado, precisó, que este sector, como los docentes del Magisterio, son exceptuados de la Ley 100

de 1993; pero en caso de ser el régimen general más beneficioso se le puede aplicar la Ley 238 de 1995, bajo el principio de favorabilidad.

En cuanto a la condena en costas precisó las normas que regulan la materia y resaltó que ellas debían estar probadas.

Adicionalmente citó la sentencia de unificación 014-CE-S2-2019 del Consejo de Estado del 25 de abril de 2019, en la que se estudió el régimen pensional que se debe aplicar a los docentes vinculados al servicio público educativo oficial afiliados al FNPSM señalando que de conformidad con el parágrafo primero del Acto Legislativo 01 de 2005 son dos los regímenes pensionales que regulan el derecho pensional de jubilación, cuya aplicación está condicionada a la fecha de ingreso o vinculación del servicio educativo, así los docentes que se vincularon al servicio con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 se les aplica las normas de la Ley 71 de 1988.

En consecuencia solicitó revocar la sentencia proferida, y su lugar acceder a las pretensiones de la demanda.

5. Alegatos de conclusión en segunda instancia

La **demandante** reiteró los argumentos expuestos en la demanda y en la sustentación del recurso de apelación.

La **Nación – Ministerio de Educación Nacional** solicitó confirmar la decisión para lo cual reitero los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

El **Ministerio Público** guardó silencio.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia y procedencia

Conforme al artículo 153 del CPACA¹, es competente el Tribunal para resolver el recurso de apelación. Además, es procedente por cuanto: *“Son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales y de los Jueces”*, en virtud a lo dispuesto por el artículo 243 *Ibídem*.

2. Problema jurídico

Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación se estima necesario absolver el siguiente cuestionamiento: *¿Tiene derecho la parte demandante al reconocimiento y pago del reajuste periódico de la mesadas pensionales conforme lo establece la Ley 71 de 1988, esto es, teniendo en cuenta la variación del salario mínimo legal mensual vigente?*

3. Tesis del Tribunal

La parte demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago del reajuste periódico de la mesadas pensionales conforme lo establece la Ley 71 de 1988, esto es, teniendo en cuenta la variación del salario mínimo legal mensual vigente, toda vez que, la Constitución Política facultó al Legislador para que bajo su autonomía fijara las fórmulas específicas el reajuste periódico de las pensiones; con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigencia, se entendió derogada la Ley 71 de 1989 y las pensiones reconocidas

¹ Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso Administrativo.

antes y después de dicha ley, se vienen reajustando anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el Dane para el año inmediatamente anterior.

Para fundamentar lo anterior se abordarán los siguientes aspectos: i) hechos probados; ii) régimen general de seguridad social; iii) ajuste de pensiones en el régimen de seguridad social para los afiliados al sector público y régimen general de pensiones; y iv) el análisis del caso concreto.

3.1. Lo probado

- Mediante Resolución 5803 de 25 de noviembre de 2009 se reconoció la pensión de jubilación, por parte del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a favor de la demandante. (Fol. 16-17 C.1)
- La demandante mediante escrito radicado el 3 de enero de 2018 ante la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestación Social del Magisterio, solicitó se reajuste la pensión de jubilación, tomando como base el porcentaje del incremento del salario mínimo legal mensual vigente del año inmediatamente anterior, cuando sea superior al IPC. (Fol. 18-21 C1).
- A través de la Resolución 1727-6 de 9 de febrero de 2018, la demandada denegó el ajuste deprecado. (Fl. 14-15 C. 1)

3.2. Régimen general de seguridad social

El artículo 48 de la Carta Política concibe la seguridad social como un servicio público obligatorio que debe prestarse bajo la dirección coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; asimismo se garantiza como un derecho irrenunciable, servicio prestado por entidades públicas y privadas, que brinda los recursos destinados al poder adquisitivo de las pensiones.

A su vez, el artículo 53 del mandato constitucional, establece que el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

El Sistema de Seguridad Social Integral, previsto en la Ley 100 de 1993, tuvo como objeto garantizar los derechos de las personas y comunidad, en aras de mejorar la calidad de vida, y la dignidad humana, a través de las instituciones públicas y privadas prestadora de los servicios, como un servicio esencial bajo los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación.

Por su parte, el artículo 11 ibídem, modificado por el artículo 1 de la Ley 797 de 2003; prevé su campo de aplicación, así:

“El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando y respetando, adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una Pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de Prima Media y del sector privado en general.”

Lo anterior será sin perjuicio del derecho de denuncia que le asiste a las partes y que el tribunal de arbitramento dirima las diferencias entre las partes”.

3.3. Ajuste de pensiones en el régimen de seguridad social para los afiliados al sector público y régimen general de pensiones

El artículo 1 de la Ley 4 de 1976², determinó que las pensiones de los sectores público, oficial, semioficial y privado, así como los afiliados al Instituto Seguro Social a excepción de las pensiones por incapacidad permanente parcial, se reajustarían de oficio, cada año, teniendo en cuenta la elevación del salario mínimo mensual legal más alto, 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.

Luego, el artículo 1 de la Ley 71 de 1988³ precisó que las pensiones referidas en el artículo 1 de la Ley 4 de 1976, la de incapacidad permanente parcial y las compartidas, serían reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que sea incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.

La citada norma fue reglamentada por el Decreto 1160 de 1989, precisó respecto al ajuste de las pensiones en el artículo 1º lo siguiente: *“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”.*

Del recuento normativo citado, se concluye que por mandato constitucional, es deber del Estado garantizar el reajuste periódico de las pensiones, que inicialmente desde la Ley 4 de 1976, se determinó un ajuste a los beneficiarios de los regímenes del sector público, oficial y privado, teniendo en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente más alto.

Luego, el artículo 1 de la Ley 71 de 1988 precisó que las pensiones referidas en el artículo 1 de la Ley 4 de 1976, la de incapacidad permanente parcial y las compartidas, serían reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que sea incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.

La citada norma fue reglamentada por el Decreto 1160 de 1989, que precisó respecto al ajuste de las pensiones en el artículo 1 lo siguiente: *“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”.*

Del recuento normativo citado, se concluye que por mandato constitucional, es deber del Estado garantizar el reajuste periódico de las pensiones, que inicialmente desde la Ley 4 de 1976, se determinó un ajuste a los beneficiarios de los regímenes del sector público, oficial y privado, teniendo en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente más alto.

² Ley 4 de 1989, *“Por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones.”*

³ Ley 71 de 1988 *por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras*

A su turno la Ley 100 de 1993, en el artículo 289, indicó en relación con las vigencias y derogatorias lo siguiente: “La presente Ley rige a partir de la fecha de su publicación, salvaguarda los derechos adquiridos y **deroga** todas las disposiciones que le sean contrarias, en especial el artículo 2o. de la Ley 4a. de 1966, el artículo 5o. de la Ley 33 de 1985, **el párrafo del art. 7o. de la Ley 71 de 1988**, los artículos 268, 269, 270, 271 y 272 del Código de Sustantivo del Trabajo y demás normas que los modifiquen o adicionen”.

O sea, que al derogarse el párrafo 7 de la Ley 71 de 1988, se derogó la norma que disponía un régimen de reconocimiento pensional para las personas que tengan diez (10) años o más de afiliación en una o varias de las entidades y cincuenta (50) años o más de edad si es varón o cuarenta y cinco (45) años o más si es mujer, continuarían aplicándose las normas de los regímenes actuales vigentes.

Además, este párrafo de la Ley 71 de 1988 fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional Sentencia C-012 de 1994.

La Ley 100 de 1993 en su artículo 279 contempló los regímenes exceptuados a dicho régimen quedando contemplado, entre otros el personal docente vinculado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, y señaló que estas excepciones no implican negación de los beneficios y derechos determinados en el artículos 14 de la Ley 100 de 1993, el cual consagra el reajuste anual de las pensiones en el IPC:

“ARTÍCULO 279. Excepciones. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto-Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.

***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.*

(...)

***PARÁGRAFO 4o. 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.**” (Se resalta)*

Concerniente al reajuste de las pensiones el Régimen General de Pensiones previsto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, precisó:

“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.

Dicha normativa fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-387 de 1994⁴, en la que señaló:

*“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.***

...

“Las instituciones del salario mínimo y de la pensión mínima, se enmarcan dentro de aquellas políticas destinadas a lograr una justicia social, pues son medidas especiales de protección a quienes por su condición económica se encuentran en situación de debilidad manifiesta. Busca así el legislador menguar la desigualdad y de esta manera cumplir con el propósito señalado por el constituyente en el artículo 13 de la Carta, que ordena al Estado promover las condiciones requeridas para que la igualdad sea real y efectiva, mediante la adopción de medidas en favor de grupos discriminados o marginados, como también proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica o física se encuentran en situación de debilidad manifiesta.

....

Ahora bien: que el índice de precios al consumidor aumenta en proporción superior al porcentaje en que se incrementa el salario mínimo, es un argumento que esgrime el demandante, pero que no se ajusta a la realidad, pues como se demostrará en seguida, estos valores no han sido constantes, y no podían serlo, por que su comportamiento depende de una serie de circunstancias económicas y políticas que resultan variables, y en consecuencia, no es posible determinar con certeza el porcentaje en que cada uno de esos dos factores aumentará.

“Veamos el comportamiento de la tasa de inflación y el porcentaje de incremento del salario mínimo, durante los últimos diez años:

<i>“Año</i>	<i>Inflación</i>	<i>Salario mínimo</i>
1983	16.64	22%
1984	18.28	22%
1985	22.45	20%
1986	20.95	24%
1987	24.02	22%
1988	28.12	25%
1989	26.12	27%
1990	32.36	26%
1991	26.82	26.07%
1992	25.13	26.04%
1993	22.6	21.09%”

“Obsérvese que en los años 1983, 1984, 1986, 1989 y 1992 el salario mínimo se incrementó en cuantía superior al índice de inflación, y en los demás años, sucedió lo contrario, esto es, que la inflación fue mayor que el porcentaje en que subió el salario mínimo.

⁴ Corte Constitucional sentencia C- 387 de 1994; MP. Carlos Gaviria Díaz, 1 de septiembre de 1994; Exp. D-529.

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”.

En este sentido, el Máximo Tribunal Constitucional alude a la determinación de incrementar las pensiones en el salario mínimo solo para los pensionados que devengan la pensión mínima, en aras de salvaguardar los derechos constitucionales de los pensionados que se encuentran en debilidad manifiesta frente a los demás ciudadanos; a su vez, que la determinación del índice de precios al consumidor para los demás pensionados para establecer el incremento pensional, se ajusta a factores circunstancias económicas y políticas.

De otro lado, la Ley 238 de 1995 dispuso la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 a los regímenes exceptuados previstos en dicha disposición; al respecto señaló:

“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”.

Si bien, el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, dispuso las excepciones de su aplicación al personal docente vinculado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, posteriormente la Ley 238 de 1995, integró a este sector en la aplicación del reajuste pensional contemplado en el Régimen General de Pensiones.

Bajo el tema en cuestión referente al reajuste de las mesadas en aplicación de la Ley 100 de 1993, la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado⁵, en providencia del 17 de agosto del 2017, en pronunciamiento dentro de la acción pública de nulidad en contra del artículo 40 del Decreto 692 de 1994; expuso **que el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 derogó el dispuesto por la Ley 71 de 1988:**

“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

⁵ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda -Subsección A- Consejero Ponente: William Hernández Gómez - 17 de agosto de 2017 –Rad. 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14).

el enunciado normativo que venía rigiendo hasta ese momento, tal y como lo admitió la Corte Constitucional en la sentencia C-110 de 1996, al señalar:

« [...] A partir del 1.º de enero de 1989 y hasta la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, todas las pensiones que fueron reconocidas en el país, tanto en el sector público como en el privado, se reajustaron anualmente conforme a la fórmula 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.[...]

En esas condiciones, no le asiste razón a la parte demandante cuando estima que al hacer extensivo el porcentaje de reajuste de la mesada pensional que se decreta para quienes se pensionan con posterioridad al 1.º de abril de 1994 a aquellos que ya tenían la prestación reconocida para ese momento, la norma demandada hace una inclusión no prevista en la ley que reglamenta y desconoce los derechos adquiridos de estos últimos, pues se reitera, la protección de los derechos adquiridos en materia pensional no comprende la proporción del incremento de la mesada.

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”

En consideración al postulado jurisprudencial precitado se extrae, que si bien quienes se pensionaron con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, cuentan con un régimen anterior al del Sistema de Seguridad Social Integral, esto no quiere decir, que en cuanto al incremento de la mesada pensional deba realizarse conforme lo contempla la Ley 71 de 1988, ajustado al salario mínimo, toda vez que con la entrada en vigencia del régimen general de pensiones, dicha norma quedó derogada por ésta última, que dispuso que los ajustes de las mesadas pensionales fueran incrementadas conforme a la variación del índice de precios al consumidor.

Referente a los motivos que alega el libelista, de aplicar artículo 1 de la Ley 71 de 1988, en armonía con el principio de favorabilidad, al ajuste de la mesada pensional, es pertinente traer a colación los pronunciamientos jurisprudenciales expuestos por la Corte Constitucional en sentencia C-435 de 2017, bajo la acción pública de constitucionalidad se demanda la nulidad parcial del artículo 14 de la Ley 100 de 1993; concerniente al reajuste de pensiones, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, así:

“Así, para decirlo de otra forma, pero con sus propias palabras, el actor entiende que el principio de favorabilidad también resulta aplicable a los pensionados “porque

son trabajadores en receso [...] y, porque también, uno de los principios fundamentales del trabajo es la garantía de la seguridad social” y es precisamente a partir de esa consideración que concluye que “[e]n caso de duda en la medición del poder adquisitivo constante de las pensiones, porque no hay ley que establezca como se mide [...] debe aplicarse el método más favorable al pensionado”. 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.

(...)

Lo anterior pues, como también se ha explicado en la jurisprudencia constitucional, sin perjuicio de que toda pensión “tiene como objetivo primordial proteger a las personas de la tercera edad, quienes por sus condiciones físicas, ya sea por razón de la edad o por enfermedad, se encuentran imposibilitados para obtener otra clase de recursos para su propia subsistencia y la de su familia”, las personas cuya pensión no supera el valor del salario mínimo legal mensual vigente o que reciben una pensión mínima, como también se la ha denominado, “se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás”. De tal forma que ellas también requieren de un incremento periódico mínimo que, precisamente, garantice también los fines del salario mínimo, como son “satisfacer no sólo sus propias necesidades sino también las de su familia, en el orden material, social, cultural, educativo”

(...)

Siendo así, se tiene que en la norma demandada el legislador específicamente dispuso que el criterio o parámetro de actualización fuera el IPC en tanto que, como claramente explicó el DANE en su intervención, éste precisamente “es una estadística que mide la variación porcentual de los precios de un conjunto representativo de los bienes y servicios de consumo de los hogares del país”. Pero, simultáneamente, el legislador distinguió entre las pensiones superiores e inferiores al salario mínimo legal mensual vigente (SMLMV), estableciendo que únicamente éstas últimas se incrementarían en el mismo porcentaje que ese salario, “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”[94].

Lo anterior pues, como también se ha explicado en la jurisprudencia constitucional, sin perjuicio de que toda pensión “tiene como objetivo primordial proteger a las personas de la tercera edad, quienes por sus condiciones físicas, ya sea por razón de la edad o por enfermedad, se encuentran imposibilitados para obtener otra clase de recursos para su propia subsistencia y la de su familia”, las personas cuya pensión no supera el valor del salario mínimo legal mensual vigente o que reciben una pensión mínima, como también se la ha denominado, “se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás”. De tal forma que ellas también requieren de un incremento periódico mínimo que, precisamente, garantice también los fines del salario mínimo, como son “satisfacer no sólo sus propias necesidades sino también las de su familia, en el orden material, social, cultural, educativo”[95].

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 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.”

3.4. Conclusión

Conforme a los pronunciamientos jurisprudenciales citados se tiene que, la Constitución Política facultó al Legislador para que bajo su autonomía fijara las fórmulas específicas el reajuste periódico de las pensiones. Con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigencia, se entendió derogada la Ley 71 de 1989 y 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.

En ese orden de ideas, no le asiste razón a la parte accionante al indicar que el reajuste de las mesadas pensionales se debe realizar conforme al artículo 1 de la Ley 71 de 1989, esto es, conforme al salario mínimo, y no conforme a lo establecido en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

Por lo anterior, se confirmará la sentencia de primera instancia.

4. Costas en primera instancia

Conviene precisar que a voces del artículo 188 del CPACA, “*Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil*”; y comoquiera que en el presente proceso se planteó un interés particular (en tanto no se trata del medio de control de simple nulidad, repetición, defensa de intereses colectivos etc., sino del de nulidad y restablecimiento del derecho), la conclusión apunta a que en la sentencia, tal y como se hizo en su momento, ciertamente resultaba procedente la decisión o pronunciamiento sobre la condena en costas.

El *a quo* en atención a la actividad desplegada por la parte accionada dentro del trámite procesal procedió a fijar las agencias en derecho a cargo de la demandante. En efecto, revisadas las actuaciones realizadas en el proceso, – en lo que al trámite de la primera instancia se refiere-, se considera que las agencias que se fijaron a favor de la parte demandada, están debidamente justificadas por la naturaleza, calidad y duración de la gestión útil desplegada por las apoderadas de la parte demandada; así mismo, en atención a la cuantía de las pretensiones reconocidas en la sentencia.

En tales condiciones, se confirmará la sentencia proferida.

5. Costas en esta instancia

Se condena en costas de la segunda instancia, conforme al numeral 1 del artículo 365 del CGP, a la UGPP, cuya liquidación y ejecución se harán conforme Código General del Proceso artículo 366 del CGP. Las agencias en derecho se tasan en un salario mínimo legal mensual vigente a favor de la parte demandada, y a cargo de la actora, de conformidad con el artículo 3 Acuerdo No. PSAA16-10554 Agosto 5 de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura, tenido en cuenta la duración la duración de esta instancia y la naturaleza del proceso, así como el resultado del recurso de apelación

La presente sentencia se profiere fuera del turno ordinario de procesos a despacho para sentencia por permitirlo el artículo 18 de la Ley 446 de 1998.

Por lo discurrido, la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

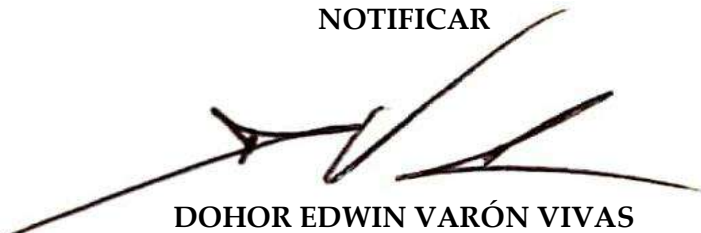
PRIMERO: CONFIRMASE la sentencia dictada el 7 de mayo de 2019 por Juzgado Tercero Administrativo de Manizales, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por Luz Helena Noreña en contra de la Nación- Ministerio de Educación-Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

SEGUNDO: CONDENASE en costas a la parte demandante cuya liquidación y ejecución se harán conforme al Código General del Proceso. Se fijan las agencias en derecho por valor de un salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de ejecutoria del presente fallo.


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

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 031 de 2020.


NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 248

Manizales, treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020)

Proceso No. 17-001-33-33-004-2017-00448-02
Clase Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante María del Socorro Pérez Muñoz
Accionado Nación - Ministerio De Educación – Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio y Departamento de Caldas

El Tribunal Administrativo de Caldas, decide el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia mediante la cual se negaron sus pretensiones.

I. ANTECEDENTES

1. La Demanda

1.1. Pretensiones

Solicita se declare la nulidad de la Resolución 0982-6 de 10 de febrero de 2016, por medio del cual se negó el reconocimiento y pago del reajuste periódico de la mesadas pensionales conforme lo establece la Ley 71 de 1988.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho se solicita se reconozca el reajuste y pago del retroactivo de las mesadas pensionales en los términos establecidos en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988. Que las sumas reconocidas deberán ser indexadas; se condene a la demandada al pago de intereses señalados en el artículo 192 del CPACA y las costas y agencias en derecho.

1.2. Sustento fáctico relevante

A la demandante le fue reconocida una pensional de jubilación a través de la Resolución 4321 de 19 de octubre de 2007. Mediante escrito radicado ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la Secretaría de Educación del departamento de Caldas, solicitó el reajuste periódico de la pensión conforme a los ajustes fijados por el Gobierno Nacional para el salario mínimo legal, en aplicación a la Ley 71 de 1989. La petición fue negada mediante el acto demandado.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

Consideró como violados los artículos 53 y 58 de la Constitución Política; 5, 9 y 15 de la Ley 91 de 1989; 1; de la Ley 71 de 1988; 238 de 1995; 14, 279 de la Ley 100 de 1993; Decreto 2831 de 2005.

Nulidad y restablecimiento del derecho

Analizó el régimen jurídico que reguló los ajustes en las mesadas pensionales, teniendo en cuenta el incremento del salario mínimo legal mensual vigente, establecido en la Ley 71 de 1989 y posteriormente en las Leyes 91 de 1989 y 100 de 1993; teniendo en cuenta las excepciones previstas en el artículo 279 de ésta última disposición.

Expuso que la Nación Ministerio de Educación Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, reajustó las pensiones de jubilación a partir del año 1995, conforme al artículo 14 de la Ley 100 de 1993; y que para los años 1996, 1998, 2000 y siguientes hasta el año 2018 los reajustes anuales de las pensiones de jubilación se realizaron por debajo del aumento del salario mínimo legal mensual vigente, teniendo en cuenta la excepción prevista en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, que excluye su aplicación a los afiliados de dicho fondo.

Reiteró que “... (s)e busca por este medio la nulidad del referido acto y el consecuente reajuste de las pretensiones de jubilación reconocidas a mi poderdante, teniendo como fórmula de incremento pensional la establecida en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988...”.

Pasó a explicar que si se aplica la fórmula de incremento de las mesadas superiores al salario mínimo, que es con el IPC, éstas presentan una pérdida porcentual frente a si se hiciera aumento con el salario mínimo mensual vigente, lo que representa un detrimento a la parte demandante.

Aludió a los presupuestos normativos contenidos en el artículo 58 de la Constitución Política y pronunciamientos jurisprudenciales del Honorable Consejo de Estado y la Corte Constitucional, respecto al alcance de los derechos adquiridos y los supuestos sustanciales que la caracteriza. Indicó que se vulneró el principio de favorabilidad, al omitir el estudio de la normatividad prevista en las Leyes 71 de 1989 y 238 de 1995, al no ajustar las mesadas pensionales al ajuste del salario mínimo legal.

2. Contestación de la demanda.

Ministerio de Educación - Fondo de Prestaciones de Sociales del Magisterio: Se opuso a la totalidad de las pretensiones y adujo no constarle los hechos aludidos en la demanda. Propuso las excepciones:

-Inexistencia del demandado – falta de relación con el reconocimiento del derecho, conexo o derivado del acto administrativo expedido por la entidad territorial certificada. Falta de competencia del ministerio de educación para expedir el acto administrativo y reconocer el derecho reclamado: Hizo alusión a los elementos esenciales del acto administrativo e indicó que no existe causalidad o vínculo entre la Nación – Ministerio de Educación Nacional, y el derecho solicitado por el accionante, toda vez que el procedimiento de reconocimiento y pago de las prestaciones sociales se encuentra en cabeza de la entidad territorial certificada y de la sociedad fiduciaria administradora del fondo, siendo esta última y con fundamento en el contrato de fiducia mercantil 83 de 1990, quien administra y paga con recursos del fondo las obligaciones que en materia de prestaciones reclaman los docentes afiliados al FOMAG; indicó que el Ministerio de Educación nacional no interviene en el trámite de reconocimiento y pago de la prestación, no revisa ni analiza la viabilidad del pago de la misma, no tiene competencia para la expedición del acto administrativo de reconocimiento, no ordena el pago, ni destina los recursos para el pago de las prestaciones. - *Inexistencia de la obligación demandada por inexistencia de causa jurídica:* Apuntó que el ajuste de la pensión de jubilación, es el establecido en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993; y no el previsto en la Ley 71 de 1988; además que la Ley 812 de 2003, integró a los docentes al régimen pensional de prima

media, con lo cual se deriva la derogación tácita de la normatividad anterior. - **Prescripción:** Solicitó se declare la prescripción de los derechos reclamados, prevista en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968. - **Cobro de lo no debido:** Indicó que la entidad no tiene competencia en el trámite para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes; además, que los recursos son manejados por la sociedad de economía mixta fiduciaria; y por tanto, cualquier gasto que afecte el presupuesto de la fiduciaria, deben contar con la respectiva apropiación presupuestal. - **Buena fe:** Enfatizó que el pago no las prestaciones sociales de los docentes no depende del diligenciamiento de los actos administrativos por parte del ente territorial y del visto bueno de la entidad fiduciaria, sino de la disponibilidad presupuestal conforme lo prevé la Ley 38 de 1989.

El **departamento de Caldas - Secretaria de Educación**, se opuso a las pretensiones de la parte demandante y propuso las excepciones denominadas '*FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA*' mencionando que el FNPSM fue creado para encargarse de todo lo relacionado con el reconocimiento, liquidación y pago de pensiones de los docentes y directivos a nivel nacional y '*PRESCRIPCIÓN*', de conformidad con los Decretos 3135/68 y 1848/69.

3. Sentencia de primera instancia

El a quo declaró probada la excepción de *Falta de legitimación en la causa* propuesta por el Departamento de Caldas y de *inexistencia de la causa por inexistencia jurídica*, propuestas por Nación-Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio; *negó* las pretensiones de la parte demandante y la condenó en costas.

Para ello analizó el régimen jurídico del Sistema General de Seguridad Social, en cuanto al incremento anual de las pensiones, previsto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, que ordena el reajuste anual, conforme a la variación de Índice de Precios al Consumidor certificado por el Dane, y a las excepciones contempladas en el artículo 279 de dicha disposición, y la Ley 238 de 1995.

Con apoyo en el pronunciamiento jurisprudencial proferido por el Consejo de Estado, del 17 de agosto de 2017, y de la Corte Constitucional en sentencia C-435 del 1994, expuso que no le asiste razón a la parte actora en cuanto a la práctica de dicha disposición, en lo relacionado con el aumento anual de la pensión; además, que no se vulneró el principio de favorabilidad previsto en el artículo 53 de la Constitución Política; con la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993. Expuso que para el caso bajo examine, se debe incrementar la pensión conforme a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

4. Recurso de apelación

La **parte actora** solicitó revocar la sentencia y acceder a sus pretensiones; precisó inicialmente sobre la *indebida aplicación del precedente jurisprudencial*, por parte del *a quo*, toda vez que no corresponde a idénticos hechos, fundamentos de derecho y pretensiones en relación con el convocado; por tanto la providencia carece de los presupuestos procesales previstos en los artículos 162, 187 de la Ley 1437 de 2011, como quiera que "... el objeto real del litigio fue determinar la fórmula aplicable para el incremento del debate corresponde al incremento de la pensión de jubilación de los docentes dentro del régimen exceptuado del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 1º de la Ley 238 de 1995... sino determinar la fórmula de incremento más favorable dentro del régimen exceptuado conforme a la posibilidad otorgadas por el artículo 1º de la Ley 238 de 1995".

Se refirió a los alcances de la Ley 238 de 1995, en el sentido que no pretendió modificar el sistema actualizado pensional de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio; toda vez, que la disposición busca recuperar el poder adquisitivo de la pensiones y en el caso de los docentes se mantuviera, aplicando el régimen especial.

Aludió a los reajustes prestacionales aplicados a los miembros de la Fuerza Pública, afiliados a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional; y con apoyo en los pronunciamientos jurisprudenciales, de la Sección Segunda del Consejo de Estado, precisó, que este sector, como los docentes del Magisterio, son exceptuados de la Ley 100 de 1993; pero en caso, de ser el régimen general más beneficioso se le puede aplicar la Ley 238 de 1995, bajo el principio de favorabilidad.

Afirmó que por disposición normativa contenida en el acto legislativo 01 de 2005, los docentes afiliados hasta la expedición de la Ley 812 de 2003, se encontraban bajo la disposición contenida en la Ley 33 de 1985; y conservando los beneficios del exceptuado del artículo 279 de la Ley 100 de 1993.

Solicitó que al no encontrarse los beneficios otorgados en el régimen general de pensiones, resulta ilegal para las pensiones otorgadas dentro del régimen exceptuado docente, la aplicación de la fórmula del artículo 14 de la Ley 100 de 1993; por tanto, se debe declarar la nulidad del acto demandado otorgando un incremento pensional conforme al artículo 1 de la Ley 71 de 1988, mismo que no figura dentro de las derogatorias expresas del artículo 289.

En consecuencia solicitó revocar la sentencia proferida, y su lugar acceder a las pretensiones.

5. Alegatos de conclusión en segunda instancia

La **demandante** reiteró los argumentos expuestos en la demanda y en la sustentación del recurso de apelación; citó la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, radicado 29001-23-33- 000-2012-00143-01, para señalar que el régimen pensional contemplado en la Ley 100 del 93 no es aplicable a los docentes específicamente en cuanto a los incrementos anuales a sus mesadas y cotizaciones al sistema de salud.

Trajo a colación varios pronunciamientos del Consejo de Estado que reiteran lo expuesto, y agregó que, en virtud del principio de favorabilidad resulta inaplicable el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 a los docentes.

La **demandada** y el **Ministerio Público** guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia y procedencia

Conforme al artículo 153 del CPACA¹, es competente el Tribunal para resolver el recurso de apelación. Además, es procedente por cuanto: *“Son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales y de los Jueces”*, en virtud a lo dispuesto por el artículo 243 *Ibidem*.

¹ Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso Administrativo.

2. Problema jurídico

Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación se estima necesario absolver el siguiente cuestionamiento: *¿Tiene derecho la parte demandante al reconocimiento y pago del reajuste periódico de la mesadas pensionales conforme lo establece la Ley 71 de 1988, esto es, teniendo en cuenta la variación del salario mínimo legal mensual vigente?*

3. Tesis del Tribunal

La parte demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago del reajuste periódico de la mesadas pensionales conforme lo establece la Ley 71 de 1988, esto es, teniendo en cuenta la variación del salario mínimo legal mensual vigente, toda vez que, la Constitución Política facultó al Legislador para que bajo su autonomía fijara las fórmulas específicas el reajuste periódico de las pensiones; con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigencia, se entendió derogada la Ley 71 de 1989 y las pensiones reconocidas antes y después de dicha ley, se vienen reajustando anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el Dane para el año inmediatamente anterior.

Para fundamentar lo anterior se abordarán los siguientes aspectos: i) hechos probados; ii) régimen general de seguridad social; iii) ajuste de pensiones en el régimen de seguridad social para los afiliados al sector público y régimen general de pensiones; y iv) el análisis del caso concreto.

3.1. Lo probado

- Mediante Resolución 4321 de 19 de octubre de 2007 se reconoció la pensión de jubilación, por parte del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a favor de la demandante a partir del 17 de octubre de 2003.
- La demandante mediante escrito radicado el 27 de enero de 2016 ante la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestación Social del Magisterio, solicitó se reajuste la pensión de jubilación, tomando como base el porcentaje del incremento del salario mínimo legal mensual vigente del año inmediatamente anterior, cuando sea superior al IPC.
- A través de la Resolución 0982-6 de 10 de febrero de 2016, la demandada denegó el ajuste deprecado.

3.2. Régimen general de seguridad social

El artículo 48 de la Carta Política concibe la seguridad social como un servicio público obligatorio que debe prestarse bajo la dirección coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; asimismo se garantiza como un derecho irrenunciable, servicio prestado por entidades públicas y privadas, que brinda los recursos destinados al poder adquisitivo de las pensiones.

A su vez, el artículo 53 del mandato constitucional, establece que el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

El Sistema de Seguridad Social Integral, previsto en la Ley 100 de 1993, tuvo como objeto garantizar los derechos de las personas y comunidad, en aras de mejorar la calidad de

vida, y la dignidad humana, a través de las instituciones públicas y privadas prestadora de los servicios, como un servicio esencial bajo los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación.

Por su parte, el artículo 11 ibídem, modificado por el artículo 1 de la Ley 797 de 2003; prevé su campo de aplicación, así:

“El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando y respetando, adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una Pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de Prima Media y del sector privado en general.

Lo anterior será sin perjuicio del derecho de denuncia que le asiste a las partes y que el tribunal de arbitramento dirima las diferencias entre las partes”.

3.3. Ajuste de pensiones en el régimen de seguridad social para los afiliados al sector público y régimen general de pensiones

El artículo 1 de la Ley 4 de 1976², determinó que las pensiones de los sectores público, oficial, semioficial y privado, así como los afiliados al Instituto Seguro Social a excepción de las pensiones por incapacidad permanente parcial, se reajustarían de oficio, cada año, teniendo en cuenta la elevación del salario mínimo mensual legal más alto, 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.

Luego, el artículo 1 de la Ley 71 de 1988³ precisó que las pensiones referidas en el artículo 1 de la Ley 4 de 1976, la de incapacidad permanente parcial y las compartidas, serían reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que sea incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.

La citada norma fue reglamentada por el Decreto 1160 de 1989, precisó respecto al ajuste de las pensiones en el artículo 1º lo siguiente: *“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”.*

Del recuento normativo citado, se concluye que por mandato constitucional, es deber del Estado garantizar el reajuste periódico de las pensiones, que inicialmente desde la Ley 4 de 1976, se determinó un ajuste a los beneficiarios de los regímenes del sector público, oficial y privado, teniendo en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente más alto.

² Ley 4 de 1989, *“Por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones.”*

³ Ley 71 de 1988 *por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras*

Luego, el artículo 1 de la Ley 71 de 1988 precisó que las pensiones referidas en el artículo 1 de la Ley 4 de 1976, la de incapacidad permanente parcial y las compartidas, serían reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que sea incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.

La citada norma fue reglamentada por el Decreto 1160 de 1989, que precisó respecto al ajuste de las pensiones en el artículo 1 lo siguiente: *“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”*.

Del recuento normativo citado, se concluye que por mandato constitucional, es deber del Estado garantizar el reajuste periódico de las pensiones, que inicialmente desde la Ley 4 de 1976, se determinó un ajuste a los beneficiarios de los regímenes del sector público, oficial y privado, teniendo en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente más alto.

A su turno la Ley 100 de 1993, en el artículo 289, indicó en relación con las vigencias y derogatorias lo siguiente: *“La presente Ley rige a partir de la fecha de su publicación, salvaguarda los derechos adquiridos y **deroga** todas las disposiciones que le sean contrarias, en especial el artículo 2o. de la Ley 4a. de 1966, el artículo 5o. de la Ley 33 de 1985, **el parágrafo del art. 7o. de la Ley 71 de 1988**, los artículos 268, 269, 270, 271 y 272 del Código de Sustantivo del Trabajo y demás normas que los modifiquen o adicionen”*.

O sea, que al derogarse el parágrafo 7 de la Ley 71 de 1988, se derogó la norma que disponía un régimen de reconocimiento pensional para las personas que tengan diez (10) años o más de afiliación en una o varias de las entidades y cincuenta (50) años o más de edad si es varón o cuarenta y cinco (45) años o más si es mujer, continuarían aplicándose las normas de los regímenes actuales vigentes.

Además, este parágrafo de la Ley 71 de 1988 fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional Sentencia C-012 de 1994.

La Ley 100 de 1993 en su artículo 279 contempló los regímenes exceptuados a dicho régimen quedando contemplado, entre otros el personal docente vinculado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, y señaló que estas excepciones no implican negación de los beneficios y derechos determinados en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, el cual consagra el reajuste anual de las pensiones en el IPC:

“ARTÍCULO 279. Excepciones. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto-Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.

***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.*

(...)

PARÁGRAFO 4o. 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. (Se resalta)

Concerniente al reajuste de las pensiones el Régimen General de Pensiones previsto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, precisó:

“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.

Dicha normativa fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-387 de 1994⁴, en la que señaló:

*“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.***

...

“Las instituciones del salario mínimo y de la pensión mínima, se enmarcan dentro de aquellas políticas destinadas a lograr una justicia social, pues son medidas especiales de protección a quienes por su condición económica se encuentran en situación de debilidad manifiesta. Busca así el legislador menguar la desigualdad y de esta manera cumplir con el propósito señalado por el constituyente en el artículo 13 de la Carta, que ordena al Estado promover las condiciones requeridas para que la igualdad sea real y efectiva, mediante la adopción de medidas en favor de grupos discriminados o marginados, como también proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica o física se encuentran en situación de debilidad manifiesta.

....

Ahora bien: que el índice de precios al consumidor aumenta en proporción superior al porcentaje en que se incrementa el salario mínimo, es un argumento que esgrime el demandante, pero que no se ajusta a la realidad, pues como se demostrará en seguida, estos valores no han sido constantes, y no podían serlo, por que su comportamiento depende de una serie de circunstancias económicas y políticas que resultan variables, y en consecuencia, no es posible determinar con certeza el porcentaje en que cada uno de esos dos factores aumentará.

“Veamos el comportamiento de la tasa de inflación y el porcentaje de incremento del salario mínimo, durante los últimos diez años:

“Año Inflación Salario mínimo

⁴ Corte Constitucional sentencia C- 387 de 1994; MP. Carlos Gaviria Díaz, 1 de septiembre de 1994; Exp. D-529.

Nulidad y restablecimiento del derecho

1983	16.64	22%
1984	18.28	22%
1985	22.45	20%
1986	20.95	24%
1987	24.02	22%
1988	28.12	25%
1989	26.12	27%
1990	32.36	26%
1991	26.82	26.07%
1992	25.13	26.04%
1993	22.6	21.09%

“Obsérvese que en los años 1983, 1984, 1986, 1989 y 1992 el salario mínimo se incrementó en cuantía superior al índice de inflación, y en los demás años, sucedió lo contrario, esto es, que la inflación fue mayor que el porcentaje en que subió el salario mínimo.

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”.

En este sentido, el Máximo Tribunal Constitucional alude a la determinación de incrementar las pensiones en el salario mínimo solo para los pensionados que devengan la pensión mínima, en aras de salvaguardar los derechos constitucionales de los pensionados que se encuentran en debilidad manifiesta frente a los demás ciudadanos; a su vez, que la determinación del índice de precios al consumidor para los demás pensionados para establecer el incremento pensional, se ajusta a factores circunstancias económicas y políticas.

De otro lado, la Ley 238 de 1995 dispuso la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 a los regímenes exceptuados previstos en dicha disposición; al respecto señaló:

“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”.

Si bien, el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, dispuso las excepciones de su aplicación al personal docente vinculado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, posteriormente la Ley 238 de 1995, integró a este sector en la aplicación del reajuste pensional contemplado en el Régimen General de Pensiones.

Bajo el tema en cuestión referente al reajuste de las mesadas en aplicación de la Ley 100 de 1993, la Sección Segunda el Honorable Consejo de Estado⁵, en providencia del 17 de agosto del 2017, en pronunciamiento dentro de la acción pública de nulidad en contra del artículo 40 del Decreto 692 de 1994; expuso **que el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 derogó el dispuesto por la Ley 71 de 1988:**

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

« [...] A partir del 1.º de enero de 1989 y hasta la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, todas las pensiones que fueron reconocidas en el país, tanto en el sector público como en el privado, se reajustaron anualmente conforme a la fórmula 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.[...]

En esas condiciones, no le asiste razón a la parte demandante cuando estima que al hacer extensivo el porcentaje de reajuste de la mesada pensional que se decreta para quienes se pensionan con posterioridad al 1.º de abril de 1994 a aquellos que ya tenían la prestación reconocida para ese momento, la norma demandada hace una inclusión no prevista en la ley que reglamenta y desconoce los derechos adquiridos de estos últimos, pues se reitera, la protección de los derechos adquiridos en materia pensional no comprende la proporción del incremento de la mesada.

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”

En consideración al postulado jurisprudencial precitado se extrae, que si bien quienes se pensionaron con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, cuentan con un régimen anterior al del Sistema de Seguridad Social Integral, esto no quiere decir, que

⁵ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda -Subsección A- Consejero Ponente: William Hernández Gómez - 17 de agosto de 2017 –Rad. 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14).

en cuenta al incremento de la mesada pensional deba realizarse conforme lo contempla la Ley 71 de 1988, ajustado al salario mínimo, toda vez que con la entrada en vigencia del régimen general de pensiones, dicha norma quedó derogada por ésta última, que dispuso que los ajustes de las mesadas pensionales fueran incrementadas conforme a la variación del índice de precios al consumidor.

Referente a los motivos que alega el libelista, de aplicar artículo 1 de la Ley 71 de 1988, en armonía con el principio de favorabilidad, al ajuste de la mesada pensional, es pertinente traer a colación los pronunciamientos jurisprudenciales expuestos por la Corte Constitucional en sentencia C-435 de 2017, bajo la acción pública de constitucionalidad se demanda la nulidad parcial del artículo 14 de la Ley 100 de 1993; concerniente al reajuste de pensiones, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, así:

“Así, para decirlo de otra forma, pero con sus propias palabras, el actor entiende que el principio de favorabilidad también resulta aplicable a los pensionados “porque son trabajadores en receso [...] y, porque también, uno de los principios fundamentales del trabajo es la garantía de la seguridad social” y es precisamente a partir de esa consideración que concluye que “[e]n caso de duda en la medición del poder adquisitivo constante de las pensiones, porque no hay ley que establezca como se mide [...] debe aplicarse el método más favorable al pensionado”. 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.

(...)

Lo anterior pues, como también se ha explicado en la jurisprudencia constitucional, sin perjuicio de que toda pensión “tiene como objetivo primordial proteger a las personas de la tercera edad, quienes por sus condiciones físicas, ya sea por razón de la edad o por enfermedad, se encuentran imposibilitados para obtener otra clase de recursos para su propia subsistencia y la de su familia”, las personas cuya pensión no supera el valor del salario mínimo legal mensual vigente o que reciben una pensión mínima, como también se la ha denominado, “se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás”. De tal forma que ellas también requieren de un incremento periódico mínimo que, precisamente, garantice también los fines del salario mínimo, como son “satisfacer no sólo sus propias necesidades sino también las de su familia, en el orden material, social, cultural, educativo”

(...)

Siendo así, se tiene que en la norma demandada el legislador específicamente dispuso que el criterio o parámetro de actualización fuera el IPC en tanto que, como claramente explicó el DANE en su intervención, éste precisamente “es una estadística que mide la variación porcentual de los precios de un conjunto representativo de los bienes y servicios de consumo de los hogares del país”. Pero, simultáneamente, el legislador distinguió entre las pensiones superiores e inferiores al salario mínimo legal mensual vigente (SMLMV), estableciendo que únicamente éstas últimas se incrementarían en el mismo porcentaje que ese salario, “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”[94].

Lo anterior pues, como también se ha explicado en la jurisprudencia constitucional, sin perjuicio de que toda pensión “tiene como objetivo primordial proteger a las personas de la tercera edad, quienes por sus condiciones físicas, ya sea por razón de la edad o por enfermedad, se encuentran imposibilitados para obtener otra clase de recursos para su propia subsistencia y la de su familia”, las personas cuya pensión no supera el valor del salario mínimo legal mensual vigente o que reciben una pensión mínima, como también se la ha denominado, “se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás”. De tal forma que ellas también requieren de un incremento periódico mínimo que, precisamente, garantice también los fines del salario mínimo, como son “satisfacer no sólo sus propias necesidades sino también las de su familia, en el orden material, social, cultural, educativo”[95].

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 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.”

3.4. Conclusión

Conforme a los pronunciamientos jurisprudenciales citados se tiene que, la Constitución Política facultó al Legislador para que bajo su autonomía fijara las fórmulas específicas el reajuste periódico de las pensiones. Con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigencia, se entendió derogada la Ley 71 de 1989 y 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.

En ese orden de ideas, no le asiste razón a la parte accionante al indicar que el reajuste de las mesadas pensionales se debe realizar conforme al artículo 1 de la Ley 71 de 1989, esto es, conforme al salario mínimo, y no conforme a lo establecido en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

Por lo anterior, se confirmará la sentencia de primera instancia.

4. Costas en esta instancia

Se condena en costas de la segunda instancia, conforme al numeral 1 del artículo 365 del CGP, a la UGPP, cuya liquidación y ejecución se harán conforme Código General del

Nulidad y restablecimiento del derecho

Proceso artículo 366 del CGP. Las agencias en derecho se tasan en un salario mínimo legal mensual vigente a favor de la parte demandada, y a cargo de la actora, de conformidad con el artículo 3 Acuerdo No. PSAA16-10554 Agosto 5 de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura, tenido en cuenta la duración la duración de esta instancia y la naturaleza del proceso, así como el resultado del recurso de apelación

La presente sentencia se profiere fuera del turno ordinario de procesos a despacho para sentencia por permitirlo el artículo 18 de la Ley 446 de 1998.

Por lo discurrido, la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

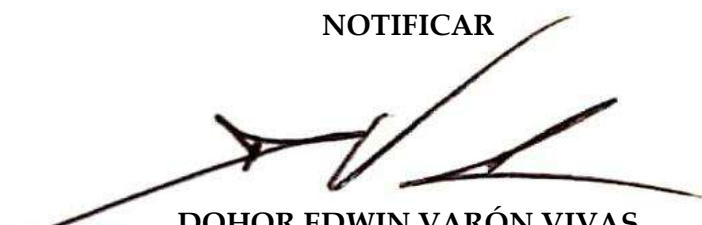
PRIMERO: CONFIRMASE la sentencia dictada el 29 de abril de 2019 por Juzgado Cuarto Administrativo de Manizales, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por María del Socorro Pérez Muñoz en contra de la Nación- Ministerio de Educación- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

SEGUNDO: CONDENASE en costas a la parte demandante cuya liquidación y ejecución se harán conforme al Código General del Proceso. Se fijan las agencias en derecho por valor de un salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de ejecutoria del presente fallo.

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

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 031 de 2020.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 249

Manizales, treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020)

Proceso No. 17-001-33-33-004-2017-00470-02
Clase Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante Stella Londoño Zapata
Accionado Nación - Ministerio De Educación – Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio y Departamento de Caldas

El Tribunal Administrativo de Caldas, decide el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia mediante la cual se negaron sus pretensiones.

I. ANTECEDENTES

1. La Demanda

1.1. Pretensiones

Solicita se declare la nulidad de la Resolución 1558-6 de 23 de febrero de 2016, por medio del cual se negó el reconocimiento y pago del reajuste periódico de la mesadas pensionales conforme lo establece la Ley 71 de 1988.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho se solicita se reconozca el reajuste y pago del retroactivo de las mesadas pensionales en los términos establecidos en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988. Que las sumas reconocidas deberán ser indexadas; se condene a la demandada al pago de intereses señalados en el artículo 192 del CPACA y las costas y agencias en derecho.

1.2. Sustento fáctico relevante

A la demandante le fue reconocida una pensional de jubilación a través de la Resolución 1977 de 29 de febrero de 2002. Mediante escrito radicado ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la Secretaría de Educación del departamento de Caldas, solicitó el reajuste periódico de la pensión conforme a los ajustes fijados por el Gobierno Nacional para el salario mínimo legal, en aplicación a la Ley 71 de 1989. La petición fue negada mediante el acto demandado.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

Consideró como violados los artículos 53 y 58 de la Constitución Política; 5, 9 y 15 de la Ley 91 de 1989; 1; de la Ley 71 de 1988; 238 de 1995; 14, 279 de la Ley 100 de 1993; Decreto 2831 de 2005.

Analizó el régimen jurídico que reguló los ajustes en las mesadas pensionales, teniendo en cuenta el incremento del salario mínimo legal mensual vigente, establecido en la Ley 71 de 1989 y posteriormente en las Leyes 91 de 1989 y 100 de 1993; teniendo en cuenta las excepciones previstas en el artículo 279 de ésta última disposición.

Expuso que la Nación Ministerio de Educación Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, reajustó las pensiones de jubilación a partir del año 1995, conforme al artículo 14 de la Ley 100 de 1993; y que para los años 1996, 1998, 2000 y siguientes hasta el año 2018 los reajustes anuales de las pensiones de jubilación se realizaron por debajo del aumento del salario mínimo legal mensual vigente, teniendo en cuenta la excepción prevista en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, que excluye su aplicación a los afiliados de dicho fondo.

Reiteró que “... (s)e busca por este medio la nulidad del referido acto y el consecuente reajuste de las pretensiones de jubilación reconocidas a mi poderdante, teniendo como fórmula de incremento pensional la establecida en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988...”.

Pasó a explicar que si se aplica la fórmula de incremento de las mesadas superiores al salario mínimo, que es con el IPC, éstas presentan una pérdida porcentual frente a si se hiciera aumento con el salario mínimo mensual vigente, lo que representa un detrimento a la parte demandante.

Aludió a los presupuestos normativos contenidos en el artículo 58 de la Constitución Política y pronunciamientos jurisprudenciales del Honorable Consejo de Estado y la Corte Constitucional, respecto al alcance de los derechos adquiridos y los supuestos sustanciales que la caracteriza. Indicó que se vulneró el principio de favorabilidad, al omitir el estudio de la normatividad prevista en las Leyes 71 de 1989 y 238 de 1995, al no ajustar las mesadas pensionales al ajuste del salario mínimo legal.

2. Contestación de la demanda.

Ministerio de Educación - Fondo de Prestaciones de Sociales del Magisterio: Se opuso a la totalidad de las pretensiones y adujo no constarle los hechos aludidos en la demanda. Propuso las excepciones:

-Inexistencia del demandado – falta de relación con el reconocimiento del derecho, conexo o derivado del acto administrativo expedido por la entidad territorial certificada. Falta de competencia del ministerio de educación para expedir el acto administrativo y reconocer el derecho reclamado: Hizo alusión a los elementos esenciales del acto administrativo e indicó que no existe causalidad o vínculo entre la Nación – Ministerio de Educación Nacional, y el derecho solicitado por el accionante, toda vez que el procedimiento de reconocimiento y pago de las prestaciones sociales se encuentra en cabeza de la entidad territorial certificada y de la sociedad fiduciaria administradora del fondo, siendo esta última y con fundamento en el contrato de fiducia mercantil 83 de 1990, quien administra y paga con recursos del fondo las obligaciones que en materia de prestaciones reclaman los docentes afiliados al FOMAG; indicó que el Ministerio de Educación nacional no interviene en el trámite de reconocimiento y pago de la prestación, no revisa ni analiza la viabilidad del pago de la misma, no tiene competencia para la expedición del acto administrativo de reconocimiento, no ordena el pago, ni destina los recursos para el pago de las prestaciones. - *Inexistencia de la obligación demandada por inexistencia de causa jurídica:* Apuntó que el ajuste de la pensión de jubilación, es el establecido en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993; y no el previsto en la Ley 71 de 1988; además que la Ley 812 de 2003, integró a los docentes al régimen pensional de prima

media, con lo cual se deriva la derogación tácita de la normatividad anterior. - **Prescripción:** Solicitó se declare la prescripción de los derechos reclamados, prevista en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968. - **Cobro de lo no debido:** Indicó que la entidad no tiene competencia en el trámite para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes; además, que los recursos son manejados por la sociedad de economía mixta fiduciaria; y por tanto, cualquier gasto que afecte el presupuesto de la fiduciaria, deben contar con la respectiva apropiación presupuestal. - **Buena fe:** Enfatizó que el pago no las prestaciones sociales de los docentes no depende del diligenciamiento de los actos administrativos por parte del ente territorial y del visto bueno de la entidad fiduciaria, sino de la disponibilidad presupuestal conforme lo prevé la Ley 38 de 1989.

El **departamento de Caldas - Secretaria de Educación**, se opuso a las pretensiones de la parte demandante y propuso las excepciones denominadas '*FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA*' mencionando que el FNPSM fue creado para encargarse de todo lo relacionado con el reconocimiento, liquidación y pago de pensiones de los docentes y directivos a nivel nacional y '*PRESCRIPCIÓN*', de conformidad con los Decretos 3135/68 y 1848/69.

3. Sentencia de primera instancia

El a quo declaró probada la excepción de *Falta de legitimación en la causa* propuesta por el Departamento de Caldas y de *inexistencia de la causa por inexistencia jurídica*, propuestas por Nación-Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio; *negó* las pretensiones de la parte demandante y la condenó en costas.

Para ello analizó el régimen jurídico del Sistema General de Seguridad Social, en cuanto al incremento anual de las pensiones, previsto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, que ordena el reajuste anual, conforme a la variación de Índice de Precios al Consumidor certificado por el Dane, y a las excepciones contempladas en el artículo 279 de dicha disposición, y la Ley 238 de 1995.

Con apoyo en el pronunciamiento jurisprudencial proferido por el Consejo de Estado, del 17 de agosto de 2017, y de la Corte Constitucional en sentencia C-435 del 1994, expuso que no le asiste razón a la parte actora en cuanto a la práctica de dicha disposición, en lo relacionado con el aumento anual de la pensión; además, que no se vulneró el principio de favorabilidad previsto en el artículo 53 de la Constitución Política; con la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993. Expuso que para el caso bajo examine, se debe incrementar la pensión conforme a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

4. Recurso de apelación

La **parte actora** solicitó revocar la sentencia y acceder a sus pretensiones; precisó inicialmente sobre la *indebida aplicación del precedente jurisprudencial*, por parte del *a quo*, toda vez que no corresponde a idénticos hechos, fundamentos de derecho y pretensiones en relación con el convocado; por tanto la providencia carece de los presupuestos procesales previstos en los artículos 162, 187 de la Ley 1437 de 2011, como quiera que "... el objeto real del litigio fue determinar la fórmula aplicable para el incremento del debate corresponde al incremento de la pensión de jubilación de los docentes dentro del régimen exceptuado del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 1º de la Ley 238 de 1995... sino determinar la fórmula de incremento más favorable dentro del régimen exceptuado conforme a la posibilidad otorgadas por el artículo 1º de la Ley 238 de 1995".

Nulidad y restablecimiento del derecho

Se refirió a los alcances de la Ley 238 de 1995, en el sentido que no pretendió modificar el sistema actualizado pensional de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio; toda vez, que la disposición busca recuperar el poder adquisitivo de la pensiones y en el caso de los docentes se mantuviera, aplicando el régimen especial.

Aludió a los reajustes prestacionales aplicados a los miembros de la Fuerza Pública, afiliados a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional; y con apoyo en los pronunciamientos jurisprudenciales, de la Sección Segunda del Consejo de Estado, precisó, que este sector, como los docentes del Magisterio, son exceptuados de la Ley 100 de 1993; pero en caso, de ser el régimen general más beneficioso se le puede aplicar la Ley 238 de 1995, bajo el principio de favorabilidad.

Afirmó que por disposición normativa contenida en el acto legislativo 01 de 2005, los docentes afiliados hasta la expedición de la Ley 812 de 2003, se encontraban bajo la disposición contenida en la Ley 33 de 1985; y conservando los beneficios del exceptuado del artículo 279 de la Ley 100 de 1993.

Solicitó que al no encontrarse los beneficios otorgados en el régimen general de pensiones, resulta ilegal para las pensiones otorgadas dentro del régimen exceptuado docente, la aplicación de la fórmula del artículo 14 de la Ley 100 de 1993; por tanto, se debe declarar la nulidad del acto demandado otorgando un incremento pensional conforme al artículo 1 de la Ley 71 de 1988, mismo que no figura dentro de las derogatorias expresas del artículo 289.

En consecuencia solicitó revocar la sentencia proferida, y su lugar acceder a las pretensiones.

5. Alegatos de conclusión en segunda instancia

La demandante reiteró los argumentos expuestos en la demanda y en la sustentación del recurso de apelación; citó la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, radicado 29001-23-33- 000-2012-00143-01, para señalar que el régimen pensional contemplado en la Ley 100 del 93 no es aplicable a los docentes específicamente en cuanto a los incrementos anuales a sus mesadas y cotizaciones al sistema de salud.

Trajo a colación varios pronunciamientos del Consejo de Estado que reiteran lo expuesto, y agregó que, en virtud del principio de favorabilidad resulta inaplicable el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 a los docentes.

La demandada y el Ministerio Público guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES**1. Competencia y procedencia**

Conforme al artículo 153 del CPACA¹, es competente el Tribunal para resolver el recurso de apelación. Además, es procedente por cuanto: *“Son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales y de los Jueces”*, en virtud a lo dispuesto por el artículo 243 *Ibíd.*

¹ Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso Administrativo.

2. Problema jurídico

Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación se estima necesario absolver el siguiente cuestionamiento: *¿Tiene derecho la parte demandante al reconocimiento y pago del reajuste periódico de la mesadas pensionales conforme lo establece la Ley 71 de 1988, esto es, teniendo en cuenta la variación del salario mínimo legal mensual vigente?*

3. Tesis del Tribunal

La parte demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago del reajuste periódico de la mesadas pensionales conforme lo establece la Ley 71 de 1988, esto es, teniendo en cuenta la variación del salario mínimo legal mensual vigente, toda vez que, la Constitución Política facultó al Legislador para que bajo su autonomía fijara las fórmulas específicas el reajuste periódico de las pensiones; con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigencia, se entendió derogada la Ley 71 de 1989 y las pensiones reconocidas antes y después de dicha ley, se vienen reajustando anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el Dane para el año inmediatamente anterior.

Para fundamentar lo anterior se abordarán los siguientes aspectos: i) hechos probados; ii) régimen general de seguridad social; iii) ajuste de pensiones en el régimen de seguridad social para los afiliados al sector público y régimen general de pensiones; y iv) el análisis del caso concreto.

3.1. Lo probado

- Mediante Resolución 1977 de 29 de noviembre de 2002 se reconoció la pensión de jubilación, por parte del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a favor de la demandante a partir del 28 de julio de 2002.
- La demandante mediante escrito radicado el 27 de enero de 2016 ante la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestación Social del Magisterio, solicitó se reajuste la pensión de jubilación, tomando como base el porcentaje del incremento del salario mínimo legal mensual vigente del año inmediatamente anterior, cuando sea superior al IPC.
- A través de la Resolución 1558-6 de 23 de febrero de 2016, la demandada denegó el ajuste deprecado.

3.2. Régimen general de seguridad social

El artículo 48 de la Carta Política concibe la seguridad social como un servicio público obligatorio que debe prestarse bajo la dirección coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; asimismo se garantiza como un derecho irrenunciable, servicio prestado por entidades públicas y privadas, que brinda los recursos destinados al poder adquisitivo de las pensiones.

A su vez, el artículo 53 del mandato constitucional, establece que el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

El Sistema de Seguridad Social Integral, previsto en la Ley 100 de 1993, tuvo como objeto garantizar los derechos de las personas y comunidad, en aras de mejorar la calidad de

vida, y la dignidad humana, a través de las instituciones públicas y privadas prestadora de los servicios, como un servicio esencial bajo los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación.

Por su parte, el artículo 11 *ibídem*, modificado por el artículo 1 de la Ley 797 de 2003; prevé su campo de aplicación, así:

“El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando y respetando, adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una Pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de Prima Media y del sector privado en general.

Lo anterior será sin perjuicio del derecho de denuncia que le asiste a las partes y que el tribunal de arbitramento dirima las diferencias entre las partes”.

3.3. Ajuste de pensiones en el régimen de seguridad social para los afiliados al sector público y régimen general de pensiones

El artículo 1 de la Ley 4 de 1976², determinó que las pensiones de los sectores público, oficial, semioficial y privado, así como los afiliados al Instituto Seguro Social a excepción de las pensiones por incapacidad permanente parcial, se reajustarían de oficio, cada año, teniendo en cuenta la elevación del salario mínimo mensual legal más alto, 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.

Luego, el artículo 1 de la Ley 71 de 1988³ precisó que las pensiones referidas en el artículo 1 de la Ley 4 de 1976, la de incapacidad permanente parcial y las compartidas, serían reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que sea incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.

La citada norma fue reglamentada por el Decreto 1160 de 1989, precisó respecto al ajuste de las pensiones en el artículo 1º lo siguiente: *“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”.*

Del recuento normativo citado, se concluye que por mandato constitucional, es deber del Estado garantizar el reajuste periódico de las pensiones, que inicialmente desde la Ley 4 de 1976, se determinó un ajuste a los beneficiarios de los regímenes del sector público, oficial y privado, teniendo en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente más alto.

² Ley 4 de 1989, *“Por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones.”*

³ Ley 71 de 1988 *por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras*

Luego, el artículo 1 de la Ley 71 de 1988 precisó que las pensiones referidas en el artículo 1 de la Ley 4 de 1976, la de incapacidad permanente parcial y las compartidas, serían reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que sea incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.

La citada norma fue reglamentada por el Decreto 1160 de 1989, que precisó respecto al ajuste de las pensiones en el artículo 1 lo siguiente: *“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”*.

Del recuento normativo citado, se concluye que por mandato constitucional, es deber del Estado garantizar el reajuste periódico de las pensiones, que inicialmente desde la Ley 4 de 1976, se determinó un ajuste a los beneficiarios de los regímenes del sector público, oficial y privado, teniendo en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente más alto.

A su turno la Ley 100 de 1993, en el artículo 289, indicó en relación con las vigencias y derogatorias lo siguiente: *“La presente Ley rige a partir de la fecha de su publicación, salvaguarda los derechos adquiridos y **deroga** todas las disposiciones que le sean contrarias, en especial el artículo 2o. de la Ley 4a. de 1966, el artículo 5o. de la Ley 33 de 1985, **el parágrafo del art. 7o. de la Ley 71 de 1988**, los artículos 268, 269, 270, 271 y 272 del Código de Sustantivo del Trabajo y demás normas que los modifiquen o adicionen”*.

O sea, que al derogarse el parágrafo 7 de la Ley 71 de 1988, se derogó la norma que disponía un régimen de reconocimiento pensional para las personas que tengan diez (10) años o más de afiliación en una o varias de las entidades y cincuenta (50) años o más de edad si es varón o cuarenta y cinco (45) años o más si es mujer, continuarían aplicándose las normas de los regímenes actuales vigentes.

Además, este parágrafo de la Ley 71 de 1988 fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional Sentencia C-012 de 1994.

La Ley 100 de 1993 en su artículo 279 contempló los regímenes exceptuados a dicho régimen quedando contemplado, entre otros el personal docente vinculado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, y señaló que estas excepciones no implican negación de los beneficios y derechos determinados en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, el cual consagra el reajuste anual de las pensiones en el IPC:

“ARTÍCULO 279. Excepciones. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto-Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.

***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.*

(...)

PARÁGRAFO 4o. 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. (Se resalta)

Concerniente al reajuste de las pensiones el Régimen General de Pensiones previsto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, precisó:

“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.

Dicha normativa fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-387 de 1994⁴, en la que señaló:

*“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.***

...

“Las instituciones del salario mínimo y de la pensión mínima, se enmarcan dentro de aquellas políticas destinadas a lograr una justicia social, pues son medidas especiales de protección a quienes por su condición económica se encuentran en situación de debilidad manifiesta. Busca así el legislador menguar la desigualdad y de esta manera cumplir con el propósito señalado por el constituyente en el artículo 13 de la Carta, que ordena al Estado promover las condiciones requeridas para que la igualdad sea real y efectiva, mediante la adopción de medidas en favor de grupos discriminados o marginados, como también proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica o física se encuentran en situación de debilidad manifiesta.

....

Ahora bien: que el índice de precios al consumidor aumenta en proporción superior al porcentaje en que se incrementa el salario mínimo, es un argumento que esgrime el demandante, pero que no se ajusta a la realidad, pues como se demostrará en seguida, estos valores no han sido constantes, y no podían serlo, por que su comportamiento depende de una serie de circunstancias económicas y políticas que resultan variables, y en consecuencia, no es posible determinar con certeza el porcentaje en que cada uno de esos dos factores aumentará.

“Veamos el comportamiento de la tasa de inflación y el porcentaje de incremento del salario mínimo, durante los últimos diez años:

“Año Inflación Salario mínimo

⁴ Corte Constitucional sentencia C- 387 de 1994; MP. Carlos Gaviria Díaz, 1 de septiembre de 1994; Exp. D-529.

Nulidad y restablecimiento del derecho

1983	16.64	22%
1984	18.28	22%
1985	22.45	20%
1986	20.95	24%
1987	24.02	22%
1988	28.12	25%
1989	26.12	27%
1990	32.36	26%
1991	26.82	26.07%
1992	25.13	26.04%
1993	22.6	21.09%

“Obsérvese que en los años 1983, 1984, 1986, 1989 y 1992 el salario mínimo se incrementó en cuantía superior al índice de inflación, y en los demás años, sucedió lo contrario, esto es, que la inflación fue mayor que el porcentaje en que subió el salario mínimo.

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”.

En este sentido, el Máximo Tribunal Constitucional alude a la determinación de incrementar las pensiones en el salario mínimo solo para los pensionados que devengan la pensión mínima, en aras de salvaguardar los derechos constitucionales de los pensionados que se encuentran en debilidad manifiesta frente a los demás ciudadanos; a su vez, que la determinación del índice de precios al consumidor para los demás pensionados para establecer el incremento pensional, se ajusta a factores circunstancias económicas y políticas.

De otro lado, la Ley 238 de 1995 dispuso la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 a los regímenes exceptuados previstos en dicha disposición; al respecto señaló:

“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”.

Si bien, el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, dispuso las excepciones de su aplicación al personal docente vinculado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, posteriormente la Ley 238 de 1995, integró a este sector en la aplicación del reajuste pensional contemplado en el Régimen General de Pensiones.

Bajo el tema en cuestión referente al reajuste de las mesadas en aplicación de la Ley 100 de 1993, la Sección Segunda el Honorable Consejo de Estado⁵, en providencia del 17 de agosto del 2017, en pronunciamiento dentro de la acción pública de nulidad en contra del artículo 40 del Decreto 692 de 1994; expuso **que el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 derogó el dispuesto por la Ley 71 de 1988:**

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

« [...] A partir del 1.º de enero de 1989 y hasta la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, todas las pensiones que fueron reconocidas en el país, tanto en el sector público como en el privado, se reajustaron anualmente conforme a la fórmula 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.[...]

En esas condiciones, no le asiste razón a la parte demandante cuando estima que al hacer extensivo el porcentaje de reajuste de la mesada pensional que se decreta para quienes se pensionan con posterioridad al 1.º de abril de 1994 a aquellos que ya tenían la prestación reconocida para ese momento, la norma demandada hace una inclusión no prevista en la ley que reglamenta y desconoce los derechos adquiridos de estos últimos, pues se reitera, la protección de los derechos adquiridos en materia pensional no comprende la proporción del incremento de la mesada.

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”

En consideración al postulado jurisprudencial precitado se extrae, que si bien quienes se pensionaron con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, cuentan con un régimen anterior al del Sistema de Seguridad Social Integral, esto no quiere decir, que

⁵ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda -Subsección A- Consejero Ponente: William Hernández Gómez - 17 de agosto de 2017 –Rad. 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14).

en cuenta al incremento de la mesada pensional deba realizarse conforme lo contempla la Ley 71 de 1988, ajustado al salario mínimo, toda vez que con la entrada en vigencia del régimen general de pensiones, dicha norma quedó derogada por ésta última, que dispuso que los ajustes de las mesadas pensionales fueran incrementadas conforme a la variación del índice de precios al consumidor.

Referente a los motivos que alega el libelista, de aplicar artículo 1 de la Ley 71 de 1988, en armonía con el principio de favorabilidad, al ajuste de la mesada pensional, es pertinente traer a colación los pronunciamientos jurisprudenciales expuestos por la Corte Constitucional en sentencia C-435 de 2017, bajo la acción pública de constitucionalidad se demanda la nulidad parcial del artículo 14 de la Ley 100 de 1993; concerniente al reajuste de pensiones, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, así:

“Así, para decirlo de otra forma, pero con sus propias palabras, el actor entiende que el principio de favorabilidad también resulta aplicable a los pensionados “porque son trabajadores en receso [...] y, porque también, uno de los principios fundamentales del trabajo es la garantía de la seguridad social” y es precisamente a partir de esa consideración que concluye que “[e]n caso de duda en la medición del poder adquisitivo constante de las pensiones, porque no hay ley que establezca como se mide [...] debe aplicarse el método más favorable al pensionado”. 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.

(...)

Lo anterior pues, como también se ha explicado en la jurisprudencia constitucional, sin perjuicio de que toda pensión “tiene como objetivo primordial proteger a las personas de la tercera edad, quienes por sus condiciones físicas, ya sea por razón de la edad o por enfermedad, se encuentran imposibilitados para obtener otra clase de recursos para su propia subsistencia y la de su familia”, las personas cuya pensión no supera el valor del salario mínimo legal mensual vigente o que reciben una pensión mínima, como también se la ha denominado, “se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás”. De tal forma que ellas también requieren de un incremento periódico mínimo que, precisamente, garantice también los fines del salario mínimo, como son “satisfacer no sólo sus propias necesidades sino también las de su familia, en el orden material, social, cultural, educativo”

(...)

Siendo así, se tiene que en la norma demandada el legislador específicamente dispuso que el criterio o parámetro de actualización fuera el IPC en tanto que, como claramente explicó el DANE en su intervención, éste precisamente “es una estadística que mide la variación porcentual de los precios de un conjunto representativo de los bienes y servicios de consumo de los hogares del país”. Pero, simultáneamente, el legislador distinguió entre las pensiones superiores e inferiores al salario mínimo legal mensual vigente (SMLMV), estableciendo que únicamente éstas últimas se incrementarían en el mismo porcentaje que ese salario, “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”[94].

Lo anterior pues, como también se ha explicado en la jurisprudencia constitucional, sin perjuicio de que toda pensión “tiene como objetivo primordial proteger a las personas de la tercera edad, quienes por sus condiciones físicas, ya sea por razón de la edad o por enfermedad, se encuentran imposibilitados para obtener otra clase de recursos para su propia subsistencia y la de su familia”, las personas cuya pensión no supera el valor del salario mínimo legal mensual vigente o que reciben una pensión mínima, como también se la ha denominado, “se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás”. De tal forma que ellas también requieren de un incremento periódico mínimo que, precisamente, garantice también los fines del salario mínimo, como son “satisfacer no sólo sus propias necesidades sino también las de su familia, en el orden material, social, cultural, educativo”[95].

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 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.”

3.4. Conclusión

Conforme a los pronunciamientos jurisprudenciales citados se tiene que, la Constitución Política facultó al Legislador para que bajo su autonomía fijara las fórmulas específicas el reajuste periódico de las pensiones. Con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigencia, se entendió derogada la Ley 71 de 1989 y 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.

En ese orden de ideas, no le asiste razón a la parte accionante al indicar que el reajuste de las mesadas pensionales se debe realizar conforme al artículo 1 de la Ley 71 de 1989, esto es, conforme al salario mínimo, y no conforme a lo establecido en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

Por lo anterior, se confirmará la sentencia de primera instancia.

4. Costas en esta instancia

Se condena en costas de la segunda instancia, conforme al numeral 1 del artículo 365 del CGP, a la UGPP, cuya liquidación y ejecución se harán conforme Código General del

Nulidad y restablecimiento del derecho

Proceso artículo 366 del CGP. Las agencias en derecho se tasan en un salario mínimo legal mensual vigente a favor de la parte demandada, y a cargo de la actora, de conformidad con el artículo 3 Acuerdo No. PSAA16-10554 Agosto 5 de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura, tenido en cuenta la duración la duración de esta instancia y la naturaleza del proceso, así como el resultado del recurso de apelación

La presente sentencia se profiere fuera del turno ordinario de procesos a despacho para sentencia por permitirlo el artículo 18 de la Ley 446 de 1998.

Por lo discurrido, la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

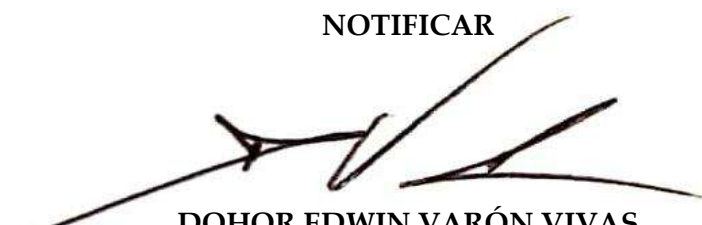
PRIMERO: CONFIRMASE la sentencia dictada el 29 de abril de 2019 por Juzgado Cuarto Administrativo de Manizales, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por Stella Londoño Zapata en contra de la Nación- Ministerio de Educación-Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

SEGUNDO: CONDENASE en costas a la parte demandante cuya liquidación y ejecución se harán conforme al Código General del Proceso. Se fijan las agencias en derecho por valor de un salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de ejecutoria del presente fallo.


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

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 031 de 2020.


NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 250

Manizales, treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020)

Proceso No. 17-001-33-33-004-2018-00131-02
Clase Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante María Lily Sánchez de Velázquez
Accionado Nación - Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

El Tribunal Administrativo de Caldas, decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia mediante la cual se negaron sus pretensiones.

I. ANTECEDENTES

1. La Demanda

1.1. Pretensiones

Solicita se declare la nulidad de la Resolución 1741-6 de 9 de febrero de 2018, por medio del cual se negó el reconocimiento y pago del reajuste periódico de la mesadas pensionales conforme lo establece la Ley 71 de 1988.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho se solicita se reconozca el reajuste y pago del retroactivo de las mesadas pensionales en los términos establecidos en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988. Que las sumas reconocidas deberán ser indexadas; se condene a la demandada al pago de intereses señalados en el artículo 192 del CPACA y las costas y agencias en derecho.

1.2. Sustento fáctico relevante

A la demandante le fue reconocida una pensional de jubilación a través de la Resolución 152 de 2000. Mediante escrito radicado ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la Secretaría de Educación del departamento de Caldas, solicitó el reajuste periódico de la pensión conforme a los ajustes fijados por el Gobierno Nacional para el salario mínimo legal, en aplicación a la Ley 71 de 1989. La petición fue negada mediante al acto demandado.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

Consideró como violados los artículos 53 y 58 de la Constitución Política; 5, 9 y 15 de la Ley 91 de 1989; 1; de la Ley 71 de 1988; 238 de 1995; 14, 279 de la Ley 100 de 1993; Decreto 2831 de 2005.

Analizó el régimen jurídico que reguló los ajustes en las mesadas pensionales, teniendo en cuenta el incremento del salario mínimo legal mensual vigente, establecido en la Ley 71 de 1989 y posteriormente en las Leyes 91 de 1989 y 100 de 1993; teniendo en cuenta las excepciones previstas en el artículo 279 de ésta última disposición.

Expuso que la Nación Ministerio de Educación Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, reajustó las pensiones de jubilación a partir del año 1995, conforme al artículo 14 de la Ley 100 de 1993; y que para los años 1996, 1998, 2000 y siguientes hasta el año 2018 los reajustes anuales de las pensiones de jubilación se realizaron por debajo del aumento del salario mínimo legal mensual vigente, teniendo en cuenta la excepción prevista en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, que excluye su aplicación a los afiliados de dicho fondo.

Reiteró que “... (s)e busca por este medio la nulidad del referido acto y el consecuente reajuste de las pretensiones de jubilación reconocidas a mi poderdante, teniendo como fórmula de incremento pensional la establecida en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988...”.

Pasó a explicar que si se aplica la fórmula de incremento de las mesadas superiores al salario mínimo, que es con el IPC, éstas presentan una pérdida porcentual frente a si se hiciera aumento con el salario mínimo mensual vigente, lo que representa un detrimento a la parte demandante.

Aludió a los presupuestos normativos contenidos en el artículo 58 de la Constitución Política y pronunciamientos jurisprudenciales del Honorable Consejo de Estado y la Corte Constitucional, respecto al alcance de los derechos adquiridos y los supuestos sustanciales que la caracteriza. Indicó que se vulneró el principio de favorabilidad, al omitir el estudio de la normatividad prevista en las Leyes 71 de 1989 y 238 de 1995, al no ajustar las mesadas pensionales al ajuste del salario mínimo legal.

2. Contestación de la demanda.

Ministerio de Educación - Fondo de Prestaciones de Sociales del Magisterio: Se opuso a la totalidad de las pretensiones y adujo no constarle los hechos aludidos en la demanda. Propuso las excepciones:

-Inexistencia del demandado – falta de relación con el reconocimiento del derecho, conexo o derivado del acto administrativo expedido por la entidad territorial certificada. Falta de competencia del ministerio de educación para expedir el acto administrativo y reconocer el derecho reclamado: Hizo alusión a los elementos esenciales del acto administrativo e indicó que no existe causalidad o vínculo entre la Nación – Ministerio de Educación Nacional, y el derecho solicitado por el accionante, toda vez que el procedimiento de reconocimiento y pago de las prestaciones sociales se encuentra en cabeza de la entidad territorial certificada y de la sociedad fiduciaria administradora del fondo, siendo esta última y con fundamento en el contrato de fiducia mercantil 83 de 1990, quien administra y paga con recursos del fondo las obligaciones que en materia de prestaciones reclaman los docentes afiliados al FOMAG; indicó que el Ministerio de Educación nacional no interviene en el trámite de reconocimiento y pago de la prestación, no revisa ni analiza la viabilidad del pago de la misma, no tiene competencia para la expedición del acto administrativo de reconocimiento, no ordena el pago, ni destina los recursos para el pago de las prestaciones. - *Inexistencia de la obligación demandada por inexistencia de causa jurídica:* Apuntó que el ajuste de la pensión de jubilación, es el establecido en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993; y no el previsto en la Ley 71 de 1988; además que la Ley 812 de 2003, integró a los docentes al régimen pensional de prima

media, con lo cual se deriva la derogación tácita de la normatividad anterior. - **Prescripción:** Solicitó se declare la prescripción de los derechos reclamados, prevista en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968. - **Cobro de lo no debido:** Indicó que la entidad no tiene competencia en el trámite para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes; además, que los recursos son manejados por la sociedad de economía mixta fiduciaria; y por tanto, cualquier gasto que afecte el presupuesto de la fiduciaria, deben contar con la respectiva apropiación presupuestal. - **Buena fe:** Enfatizó que el pago no las prestaciones sociales de los docentes no depende del diligenciamiento de los actos administrativos por parte del ente territorial y del visto bueno de la entidad fiduciaria, sino de la disponibilidad presupuestal conforme lo prevé la Ley 38 de 1989.

3. Sentencia de primera instancia

El a quo declaró probada la excepción de *inexistencia de la causa por inexistencia jurídica*, propuestas por Nación-Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio; *negó* las pretensiones de la parte demandante y la condenó en costas.

Para ello analizó el régimen jurídico del Sistema General de Seguridad Social, en cuanto al incremento anual de las pensiones, previsto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, que ordena el reajuste anual, conforme a la variación de Índice de Precios al Consumidor certificado por el Dane, y a las excepciones contempladas en el artículo 279 de dicha disposición, y la Ley 238 de 1995.

Con apoyo en el pronunciamiento jurisprudencial proferido por el Consejo de Estado, del 17 de agosto de 2017, y de la Corte Constitucional en sentencia C-435 del 1994, expuso que no le asiste razón a la parte actora en cuanto a la práctica de dicha disposición, en lo relacionado con el aumento anual de la pensión; además, que no se vulneró el principio de favorabilidad previsto en el artículo 53 de la Constitución Política; con la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993. Expuso que para el caso bajo examine, se debe incrementar la pensión conforme a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

4. Recurso de apelación

La **parte actora** solicitó revocar la sentencia y acceder a sus pretensiones; en síntesis señaló que la decisión desconoce derechos y principios constitucionales como el de la favorabilidad, legalidad, supremacía de la Constitución y primacía de lo especial sobre lo general. Preciso que, la ley 100 de 1993 excluyó a los docentes del sistema de Seguridad Social Integral de Se Seguridad Social. Por tanto, la ley 71 de 1988 no se encuentra derogada y por otra parte la Ley 238 de 1995 esta instituida exclusivamente para otorgar beneficios y derechos a los regímenes exceptuados.

Aludió a los reajustes prestacionales aplicados a los miembros de la Fuerza Pública, afiliados a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional; y con apoyo en los pronunciamientos jurisprudenciales, de la Sección Segunda del Consejo de Estado, precisó, que este sector, como los docentes del Magisterio, son exceptuados de la Ley 100 de 1993; pero en caso de ser el régimen general más beneficioso se le puede aplicar la Ley 238 de 1995, bajo el principio de favorabilidad.

En cuanto a la condena en costas precisó las normas que regulan la materia y resaltó que ellas debían estar probadas.

5. Alegatos de conclusión en segunda instancia

La **demandante** reiteró los argumentos expuestos en la demanda y en la sustentación del recurso de apelación; adicionalmente citó la sentencia de unificación 014-CE-S2-2019 del Consejo de Estado del 25 de abril de 2019, en la que se estudió el régimen pensional que se debe aplicar a los docentes vinculados al servicio público educativo oficial afiliados al FNPSM señalando que de conformidad con el parágrafo primero del Acto Legislativo 01 de 2005 son dos los regímenes pensionales que regulan el derecho pensional de jubilación, cuya aplicación está condicionada a la fecha de ingreso o vinculación del servicio educativo, así los docentes que se vincularon al servicio con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 se les aplica las normas de la Ley 71 de 1988.

La **demandada** y el **Ministerio Público** guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia y procedencia

Conforme al artículo 153 del CPACA¹, es competente el Tribunal para resolver el recurso de apelación. Además, es procedente por cuanto: *“Son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales y de los Jueces”*, en virtud a lo dispuesto por el artículo 243 *Ibíd.*

2. Problema jurídico

Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación se estima necesario absolver el siguiente cuestionamiento: *¿Tiene derecho la parte demandante al reconocimiento y pago del reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme lo establece la Ley 71 de 1988, esto es, teniendo en cuenta la variación del salario mínimo legal mensual vigente?*

3. Tesis del Tribunal

La parte demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago del reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme lo establece la Ley 71 de 1988, esto es, teniendo en cuenta la variación del salario mínimo legal mensual vigente, toda vez que, la Constitución Política facultó al Legislador para que bajo su autonomía fijara las fórmulas específicas el reajuste periódico de las pensiones; con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigencia, se entendió derogada la Ley 71 de 1989 y las pensiones reconocidas antes y después de dicha ley, se vienen reajustando anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el Dane para el año inmediatamente anterior.

Para fundamentar lo anterior se abordarán los siguientes aspectos: i) hechos probados; ii) régimen general de seguridad social; iii) ajuste de pensiones en el régimen de seguridad social para los afiliados al sector público y régimen general de pensiones; y iv) el análisis del caso concreto.

3.1. Lo probado

- Mediante Resolución 000152 de 2000, se reconoció la pensión de jubilación, por parte del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a favor de la demandante.

¹ Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso Administrativo.

- La demandante mediante escrito radicado ante la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestación Social del Magisterio, solicitó se reajuste la pensión de jubilación, tomando como base el porcentaje del incremento del salario mínimo legal mensual vigente del año inmediatamente anterior, cuando sea superior al IPC.
- A través de la Resolución 1741-6 de 9 de febrero de 2018, la demandada denegó el ajuste deprecado.

3.2. Régimen general de seguridad social

El artículo 48 de la Carta Política concibe la seguridad social como un servicio público obligatorio que debe prestarse bajo la dirección coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; asimismo se garantiza como un derecho irrenunciable, servicio prestado por entidades públicas y privadas, que brinda los recursos destinados al poder adquisitivo de las pensiones.

A su vez, el artículo 53 del mandato constitucional, establece que el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

El Sistema de Seguridad Social Integral, previsto en la Ley 100 de 1993, tuvo como objeto garantizar los derechos de las personas y comunidad, en aras de mejorar la calidad de vida, y la dignidad humana, a través de las instituciones públicas y privadas prestadora de los servicios, como un servicio esencial bajo los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación.

Por su parte, el artículo 11 ibídem, modificado por el artículo 1 de la Ley 797 de 2003; prevé su campo de aplicación, así:

“El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando y respetando, adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una Pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de Prima Media y del sector privado en general.

Lo anterior será sin perjuicio del derecho de denuncia que le asiste a las partes y que el tribunal de arbitramento dirima las diferencias entre las partes”.

3.3. Ajuste de pensiones en el régimen de seguridad social para los afiliados al sector público y régimen general de pensiones

El artículo 1 de la Ley 4 de 1976², determinó que las pensiones de los sectores público, oficial, semioficial y privado, así como los afiliados al Instituto Seguro Social a excepción de las pensiones por incapacidad permanente parcial, se reajustarían de oficio, cada año, teniendo en cuenta la elevación del salario mínimo mensual legal más alto, 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

² Ley 4 de 1989, “Por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones.”

incremento entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, esto último aplicado a la correspondiente pensión.

Luego, el artículo 1 de la Ley 71 de 1988³ precisó que las pensiones referidas en el artículo 1 de la Ley 4 de 1976, la de incapacidad permanente parcial y las compartidas, serían reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que sea incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.

La citada norma fue reglamentada por el Decreto 1160 de 1989, precisó respecto al ajuste de las pensiones en el artículo 1º lo siguiente: *“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”*.

Del recuento normativo citado, se concluye que por mandato constitucional, es deber del Estado garantizar el reajuste periódico de las pensiones, que inicialmente desde la Ley 4 de 1976, se determinó un ajuste a los beneficiarios de los regímenes del sector público, oficial y privado, teniendo en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente más alto.

Luego, el artículo 1 de la Ley 71 de 1988 precisó que las pensiones referidas en el artículo 1 de la Ley 4 de 1976, la de incapacidad permanente parcial y las compartidas, serían reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que sea incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.

La citada norma fue reglamentada por el Decreto 1160 de 1989, que precisó respecto al ajuste de las pensiones en el artículo 1 lo siguiente: *“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”*.

Del recuento normativo citado, se concluye que por mandato constitucional, es deber del Estado garantizar el reajuste periódico de las pensiones, que inicialmente desde la Ley 4 de 1976, se determinó un ajuste a los beneficiarios de los regímenes del sector público, oficial y privado, teniendo en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente más alto.

A su turno la Ley 100 de 1993, en el artículo 289, indicó en relación con las vigencias y derogatorias lo siguiente: *“La presente Ley rige a partir de la fecha de su publicación, salvaguarda los derechos adquiridos y **deroga** todas las disposiciones que le sean contrarias, en especial el artículo 2o. de la Ley 4a. de 1966, el artículo 5o. de la Ley 33 de 1985, **el parágrafo del art. 7o. de la Ley 71 de 1988**, los artículos 268, 269, 270, 271 y 272 del Código de Sustantivo del Trabajo y demás normas que los modifiquen o adicionen”*.

O sea, que al derogarse el parágrafo 7 de la Ley 71 de 1988, se derogó la norma que disponía un régimen de reconocimiento pensional para las personas que tengan diez (10) años o más de afiliación en una o varias de las entidades y cincuenta (50) años o más de edad si es varón o cuarenta y cinco (45) años o más si es mujer, continuarían aplicándose las normas de los regímenes actuales vigentes.

³ Ley 71 de 1988 por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras

Además, este párrafo de la Ley 71 de 1988 fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional Sentencia C-012 de 1994.

La Ley 100 de 1993 en su artículo 279 contempló los regímenes exceptuados a dicho régimen quedando contemplado, entre otros el personal docente vinculado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, y señaló que estas excepciones no implican negación de los beneficios y derechos determinados en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, el cual consagra el reajuste anual de las pensiones en el IPC:

“ARTÍCULO 279. Excepciones. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto-Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.

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.

(...)

PARÁGRAFO 4o. 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.” (Se resalta)

Concerniente al reajuste de las pensiones el Régimen General de Pensiones previsto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, precisó:

“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.

Dicha normativa fue declarada executable por la Corte Constitucional en sentencia C-387 de 1994⁴, en la que señaló:

“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.

...

“Las instituciones del salario mínimo y de la pensión mínima, se enmarcan dentro de aquellas políticas destinadas a lograr una justicia social, pues son medidas especiales de protección a quienes por su condición económica se encuentran en situación de debilidad manifiesta.

⁴ Corte Constitucional sentencia C- 387 de 1994; MP. Carlos Gaviria Díaz, 1 de septiembre de 1994; Exp. D-529.

Busca así el legislador menguar la desigualdad y de esta manera cumplir con el propósito señalado por el constituyente en el artículo 13 de la Carta, que ordena al Estado promover las condiciones requeridas para que la igualdad sea real y efectiva, mediante la adopción de medidas en favor de grupos discriminados o marginados, como también proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica o física se encuentran en situación de debilidad manifiesta.

....

Ahora bien: que el índice de precios al consumidor aumenta en proporción superior al porcentaje en que se incrementa el salario mínimo, es un argumento que esgrime el demandante, pero que no se ajusta a la realidad, pues como se demostrará en seguida, estos valores no han sido constantes, y no podían serlo, por que su comportamiento depende de una serie de circunstancias económicas y políticas que resultan variables, y en consecuencia, no es posible determinar con certeza el porcentaje en que cada uno de esos dos factores aumentará.

“Veamos el comportamiento de la tasa de inflación y el porcentaje de incremento del salario mínimo, durante los últimos diez años:

“Año	Inflación	Salario mínimo
1983	16.64	22%
1984	18.28	22%
1985	22.45	20%
1986	20.95	24%
1987	24.02	22%
1988	28.12	25%
1989	26.12	27%
1990	32.36	26%
1991	26.82	26.07%
1992	25.13	26.04%
1993	22.6	21.09%”

“Obsérvese que en los años 1983, 1984, 1986, 1989 y 1992 el salario mínimo se incrementó en cuantía superior al índice de inflación, y en los demás años, sucedió lo contrario, esto es, que la inflación fue mayor que el porcentaje en que subió el salario mínimo.

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 incrementa 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”.

En este sentido, el Máximo Tribunal Constitucional alude a la determinación de incrementar las pensiones en el salario mínimo solo para los pensionados que devengan la pensión mínima, en aras de salvaguardar los derechos constitucionales de los pensiones

que se encuentran en debilidad manifiesta frente a los demás ciudadanos; a su vez, que la determinación del índice de precios al consumidor para los demás pensionados para establecer el incremento pensional, se ajusta a factores circunstancias económicas y políticas.

De otro lado, la Ley 238 de 1995 dispuso la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 a los regímenes exceptuados previstos en dicha disposición; al respecto señaló:

“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**”.*

Si bien, el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, dispuso las excepciones de su aplicación al personal docente vinculado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, posteriormente la Ley 238 de 1995, integró a este sector en la aplicación del reajuste pensional contemplado en el Régimen General de Pensiones.

Bajo el tema en cuestión referente al reajuste de las mesadas en aplicación de la Ley 100 de 1993, la Sección Segunda el Honorable Consejo de Estado⁵, en providencia del 17 de agosto del 2017, en pronunciamiento dentro de la acción pública de nulidad en contra del artículo 40 del Decreto 692 de 1994; expuso **que el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 derogó el dispuesto por la Ley 71 de 1988:**

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

« [...] A partir del 1.º de enero de 1989 y hasta la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, todas las pensiones que fueron reconocidas en el país, tanto en el sector público como en el privado, se reajustaron anualmente conforme a la fórmula 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.[...]

*En esas condiciones, **no le asiste razón a la parte demandante cuando estima que al hacer extensivo el porcentaje de reajuste de la mesada pensional que se decreta para***

⁵ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda -Subsección A- Consejero Ponente: William Hernández Gómez - 17 de agosto de 2017 –Rad. 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14).

quienes se pensionan con posterioridad al 1.º de abril de 1994 a aquellos que ya tenían la prestación reconocida para ese momento, la norma demandada hace una inclusión no prevista en la ley que reglamenta y desconoce los derechos adquiridos de estos últimos, pues se reitera, la protección de los derechos adquiridos en materia pensional no comprende la proporción del incremento de la mesada.

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”

En consideración al postulado jurisprudencial precitado se extrae, que si bien quienes se pensionaron con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, cuentan con un régimen anterior al del Sistema de Seguridad Social Integral, esto no quiere decir, que en cuento al incremento de la mesada pensional deba realizarse conforme lo contempla la Ley 71 de 1988, ajustado al salario mínimo, toda vez que con la entrada en vigencia del régimen general de pensiones, dicha norma quedó derogada por ésta última, que dispuso que los ajustes de las mesadas pensionales fueran incrementadas conforme a la variación del índice de precios al consumidor.

Referente a los motivos que alega el libelista, de aplicar artículo 1 de la Ley 71 de 1988, en armonía con el principio de favorabilidad, al ajuste de la mesada pensional, es pertinente traer a colación los pronunciamientos jurisprudenciales expuestos por la Corte Constitucional en sentencia C-435 de 2017, bajo la acción pública de constitucionalidad se demanda la nulidad parcial del artículo 14 de la Ley 100 de 1993; concerniente al reajuste de pensiones, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, así:

“Así, para decirlo de otra forma, pero con sus propias palabras, el actor entiende que el principio de favorabilidad también resulta aplicable a los pensionados “porque son trabajadores en receso [...] y, porque también, uno de los principios fundamentales del trabajo es la garantía de la seguridad social” y es precisamente a partir de esa consideración que concluye que “[e]n caso de duda en la medición del poder adquisitivo constante de las pensiones, porque no hay ley que establezca como se mide [...] debe aplicarse el método más favorable al pensionado”. 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.

(...)

Lo anterior pues, como también se ha explicado en la jurisprudencia constitucional, sin perjuicio de que toda pensión “tiene como objetivo primordial proteger a las personas de la tercera edad, quienes por sus condiciones físicas, ya sea por razón de la edad o

por enfermedad, se encuentran imposibilitados para obtener otra clase de recursos para su propia subsistencia y la de su familia”, las personas cuya pensión no supera el valor del salario mínimo legal mensual vigente o que reciben una pensión mínima, como también se la ha denominado, “se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás”. De tal forma que ellas también requieren de un incremento periódico mínimo que, precisamente, garantice también los fines del salario mínimo, como son “satisfacer no sólo sus propias necesidades sino también las de su familia, en el orden material, social, cultural, educativo”

(...)

Siendo así, se tiene que en la norma demandada el legislador específicamente dispuso que el criterio o parámetro de actualización fuera el IPC en tanto que, como claramente explicó el DANE en su intervención, éste precisamente “es una estadística que mide la variación porcentual de los precios de un conjunto representativo de los bienes y servicios de consumo de los hogares del país”. Pero, simultáneamente, el legislador distinguió entre las pensiones superiores e inferiores al salario mínimo legal mensual vigente (SMLMV), estableciendo que únicamente éstas últimas se incrementarían en el mismo porcentaje que ese salario, “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”[94].

Lo anterior pues, como también se ha explicado en la jurisprudencia constitucional, sin perjuicio de que toda pensión “tiene como objetivo primordial proteger a las personas de la tercera edad, quienes por sus condiciones físicas, ya sea por razón de la edad o por enfermedad, se encuentran imposibilitados para obtener otra clase de recursos para su propia subsistencia y la de su familia”, las personas cuya pensión no supera el valor del salario mínimo legal mensual vigente o que reciben una pensión mínima, como también se la ha denominado, “se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás”. De tal forma que ellas también requieren de un incremento periódico mínimo que, precisamente, garantice también los fines del salario mínimo, como son “satisfacer no sólo sus propias necesidades sino también las de su familia, en el orden material, social, cultural, educativo”[95].

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 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.”

3.4. Conclusión

Conforme a los pronunciamientos jurisprudenciales citados se tiene que, la Constitución Política facultó al Legislador para que bajo su autonomía fijara las fórmulas específicas el reajuste periódico de las pensiones. Con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigencia, se entendió derogada la Ley 71 de 1989 y 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.

En ese orden de ideas, no le asiste razón a la parte accionante al indicar que el reajuste de las mesadas pensionales se debe realizar conforme al artículo 1 de la Ley 71 de 1989, esto es, conforme al salario mínimo, y no conforme a lo establecido en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

Por lo anterior, se confirmará la sentencia de primera instancia.

4. Costas en primera instancia

Conviene precisar que a voces del artículo 188 del CPACA, *“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”*; y comoquiera que en el presente proceso se planteó un interés particular (en tanto no se trata del medio de control de simple nulidad, repetición, defensa de intereses colectivos etc., sino del de nulidad y restablecimiento del derecho), la conclusión apunta a que en la sentencia, tal y como se hizo en su momento, ciertamente resultaba procedente la decisión o pronunciamiento sobre la condena en costas.

El *a quo* en atención a la actividad desplegada por la parte accionada dentro del trámite procesal procedió a fijar las agencias en derecho a cargo de la demandante. En efecto, revisadas las actuaciones realizadas en el proceso, – en lo que al trámite de la primera instancia se refiere-, se considera que las agencias que se fijaron a favor de la parte demandada, están debidamente justificadas por la naturaleza, calidad y duración de la gestión útil desplegada por las apoderadas de la parte demandada; así mismo, en atención a la cuantía de las pretensiones reconocidas en la sentencia.

En tales condiciones, se confirmará la sentencia proferida.

5. Costas en esta instancia

Se condena en costas de la segunda instancia, conforme al numeral 1 del artículo 365 del CGP, a la UGPP, cuya liquidación y ejecución se harán conforme Código General del Proceso artículo 366 del CGP. Las agencias en derecho se tasan en un salario mínimo legal mensual vigente a favor de la parte demandada, y a cargo de la actora, de conformidad con el artículo 3 Acuerdo No. PSAA16-10554 Agosto 5 de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura, tenido en cuenta la duración la duración de esta instancia y la naturaleza del proceso, así como el resultado del recurso de apelación

La presente sentencia se profiere fuera del turno ordinario de procesos a despacho para sentencia por permitirlo el artículo 18 de la Ley 446 de 1998.

Por lo discurrido, la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

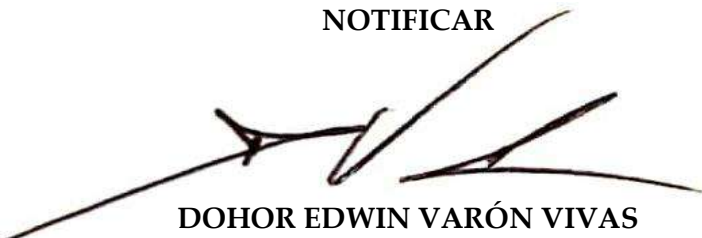
PRIMERO: CONFIRMASE la sentencia dictada el 7 de marzo de 2019 por Juzgado Cuarto Administrativo de Manizales, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por María Lily Sánchez de Velázquez en contra de la Nación- Ministerio de Educación- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

SEGUNDO: CONDENASE en costas a la parte demandante cuya liquidación y ejecución se harán conforme al Código General del Proceso. Se fijan las agencias en derecho por valor de un salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de ejecutoria del presente fallo.

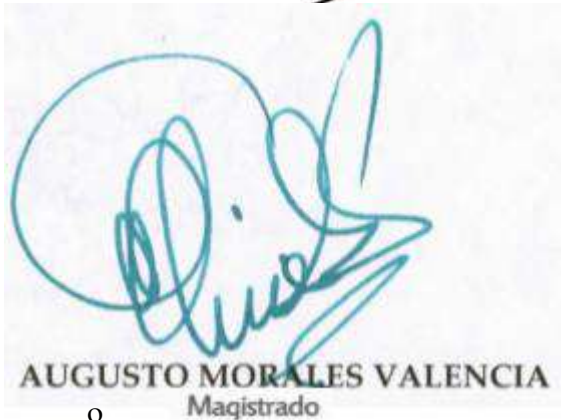
TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 031 de 2020.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

RADICADO	17001-23-33-000-2018-00547-00
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	JORGE ALBERTO LEÓN ÁLZATE
DEMANDADO	DEPARTAMENTO DE CALDAS Y LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL

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

PRETENSIONES

Primera: Se declare la nulidad de la Resolución nro. 5051-6 del 7 de mayo de 2017, por medio de la cual se desconocieron y negaron los intereses moratorios generados con ocasión al pago tardío del retroactivo de homologación y nivelación salarial, así como el ajuste de la indexación.

Segunda: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se declare que el actor tiene pleno derecho a que la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas y la Nación – Ministerio de Educación Nacional le reconozcan y ordenen pagar los intereses moratorios efectivos a partir del día siguiente a los 30 días posteriores a su causación, 10 de febrero de 1997 al año 2002, y en adelante hasta el día en que se hizo efectivo el pago total del retroactivo, es decir, hasta el día 15 de abril de 2013.

Tercera: Se condene a la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas y la Nación – Ministerio de Educación Nacional a pagar al actor los intereses moratorios a que tiene derecho, liquidados con base al interés bancario corriente desde la fecha de su causación hasta la fecha efectiva del pago; en consideración a que el pago de la nivelación salarial debe hacerse al igual que el salario, por periodos 30 días, por tanto, una vez ocurrido dicho

vencimiento, su no pago genera automáticamente la obligación de cancelar los intereses aludidos.

Cuarta: Se ordene liquidar y pagar a expensas de la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas y la Nación – Ministerio de Educación Nacional, a favor del actor, los intereses reclamados con base al capital neto cancelado, es decir, sin incluir el valor que por concepto de indexación salarial se reconoció.

Quinta: Que se ordene revisar, ajustar y pagar a expensas de la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas y de la Nación – Ministerio de Educación y a favor del actor la indexación con base a la última tabla de IPC ponderada emitida por la Superintendencia Financiera.

Sexta: Que se ordene a las demandadas dar cumplimiento del fallo conforme al inciso 2º del artículo 192 del CPACA, y se haga entrega de los dineros al apoderado.

Séptima: Se condene a las demandadas al pago de los intereses moratorios conforme al inciso 3 del artículo 192 del CPACA.

Octava: Se condene en costas a la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas y la Nación – Ministerio de Educación Nacional, en caso de que se oponga a las pretensiones de esta demanda.

Novena: Que se ordene expedir al apoderado primera copia que preste mérito ejecutivo, así como copia auténtica con constancia de ejecutoria.

Décima: Una vez que quede en firme el fallo que acceda a las pretensiones de la demanda solicita que al comunicar a la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas y la Nación – Ministerio de Educación Nacional, se remita copia auténtica con la fecha exacta de la constancia de ejecutoria.

HECHOS

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

➤ El señor Jorge Alberto León Álzate prestó sus servicios en la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, como personal administrativo.

- En cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 60 de 1993, el Ministerio de Educación Nacional mediante la Resolución nro. 3500 de 1996 certificó al Departamento de Caldas para la administración del servicio educativo.

- El Ministerio de Educación Nacional aprobó una homologación y nivelación salarial para los cargos administrativos pertenecientes a la planta de personal del Departamento de Caldas, por lo que mediante la Resolución nro. 1898-6 del 22 de marzo de 2013, aclarada mediante la Resolución nro. 4230-6 del 26 de junio de 2013, modificada a su vez mediante la Resolución nro. 9016-6 del 11 de diciembre de 2014, el Ministerio de Educación a través de la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas canceló a favor del señor Jorge Alberto León Álzate el pago de un retroactivo por concepto de homologación y nivelación salarial, indicando en forma expresa que la fecha de constitución de la obligación era desde el 10 de febrero de 1997 hasta el 31 de diciembre de 2009.

- Mediante petición radicada el 7 de abril de 2017 el actor solicitó el reconocimiento y pago de intereses moratorios por el pago tardío del retroactivo por la homologación y nivelación salarial del personal administrativo, solicitud que fue resuelta de manera negativa a través del acto administrativo demandado.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Se invocan los artículos 1, 2, 13, 25, 53, 58, 93, 123, 209 y 350 de la Constitución Política; numerales 1º y 2º del artículo 1608, y artículos 1617 y 1649 del Código Civil; artículo 177 del Decreto 01/84 y la sentencia C-367 de 1995.

En el concepto de la violación explicó cómo se desarrolló el proceso de homologación y nivelación salarial, e indicó que los estudios técnicos no previeron el pago de intereses moratorios a que se vieran avocados, y sobre este tema citó el artículo 148 de la Ley 1450 de 2011 en relación con el saneamiento de deudas que resulten del reconocimiento del costo del servicio educativo, incluidas las homologaciones de cargos administrativos del sector.

Consideró que se debió efectuar previamente la homologación de cargos y luego la incorporación, para así preservar los principios de igualdad y equidad laboral; y explicó que los intereses pretendidos se basan en que la homologación y nivelación salarial fue cancelada años después de haberse causado, y sin reconocimiento de este concepto.

Afirmó que con la negativa al reconocimiento de intereses se vulneran las normas constitucionales antes invocadas, principalmente el artículo 53 que contempla la no renunciabilidad a las prerrogativas laborales; a lo cual se suma el principio de favorabilidad.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN: Se pronunció sobre los hechos de la demanda y aceptó como ciertos los relativos al proceso de homologación y de reconocimiento a favor del causante. Pero se opuso a las pretensiones de la demanda bajo la consideración de que las reclamaciones docentes están a cargo de la entidad territorial.

Explicó que los artículos 34 y 38 de la Ley 715 de 2001 establecieron el procedimiento a seguir para incorporar las plantas financiadas con recursos del Sistema General de Participaciones, el cual se debía llevar a cabo a más tardar al 21 de diciembre de 2003.

Destacó que la municipalización de la educación también se cumplió mediante un proceso de incorporación y homologación de cargos, que para el caso del personal administrativo generó costos derivados del estudio técnico que involucraba el grado de remuneración que correspondía a las funciones que debía cumplir, los requisitos exigidos para el cargo y los elementos estructurales del empleo, conforme a criterios de igualdad y equivalencia frente al personal que laboraba en las plantas de las entidades territoriales.

Añadió que a partir de los recursos asignados por el Acto Legislativo 01 para el sector educación y bajo las directrices y el acompañamiento del Ministerio de Educación se llevó a cabo el proceso de homologación de cargos y de nivelación salarial del personal administrativo. Igualmente se definió que la deuda por concepto de retroactividad en aquellos eventos en que la homologación y consecuente incorporación conllevara la nivelación de salarios, cuando no procede la incorporación horizontal, se asumiría con recursos del Sistema General de Participaciones previa disponibilidad presupuestal.

Adujo que ese ministerio carece de legitimación dentro del presente proceso porque no expidió el acto cuya nulidad se pretende; y luego de exponer nuevamente la manera cómo se llevó a cabo el proceso de homologación y nivelación manifestó que si bien el ministerio impartió instrucciones a las entidades territoriales para el efecto, su función no va más allá pues por virtud de la descentralización la responsabilidad radica en cabeza de la entidad territorial a la cual está vinculada el docente que reclamó el derecho.

En punto a los intereses peticionados explicó que dicho concepto busca sancionar y penalizar económicamente a quienes incurran en mora o incumplimiento de sus obligaciones como una forma de indemnizar los perjuicios. Y agregó que los reclamados en este caso son improcedentes porque no existió mora en el pago de las obligaciones laborales por parte del empleador sino una simple equiparación de cargos como consecuencia de una decisión administrativa con base en un procedimiento definido por la ley, y advirtió que en todo caso las sumas reconocidas fueron indexadas, lo cual resulta incompatible con el reconocimiento de intereses.

Formuló las excepciones que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inepta demanda, caducidad, prescripción y genérica.

DEPARTAMENTO DE CALDAS: Se opuso a las pretensiones de la demanda y no aceptó los hechos relevantes que sustentan la demanda.

En los argumentos de defensa hizo referencia a la manera cómo se llevó a cabo el proceso de certificación educativa por parte de la entidad territorial, lo que implicó, entre otras situaciones, la necesidad de incorporar a la planta de personal del Departamento de Caldas a los funcionarios de la educación pagados con recursos del situado fiscal, hoy, Sistema General de Participaciones, lo que ocasionó una desigualdad salarial para aquellos frente a los que estaban en la planta de personal del departamento. Añadió que en cumplimiento a las instrucciones en la materia dadas por el Ministerio de Educación se debía revisar que las funciones correspondieran al nivel jerárquico en el que se encontraba ubicado cada funcionario, respecto a los pares del departamento.

Explicó que el proceso de homologación se inició por los trabajadores desde el año de 1997; desde esa fecha en el estudio técnico realizado revisaron el salario más aproximado de cada funcionario homologado en la escala salarial de la administración central, según el nivel jerárquico, y los requisitos para el desempeño del cargo, y así recomendar el nivel, cargo, grado y salario en el que se debía designar, respetando los derechos de carrera y la Ley 909 de 2004. Finalmente, el estudio técnico fue aprobado por el Ministerio de Educación y así como la revisión posterior efectuada en el año 2009.

Concluye que “lo recibido por el demandante fueron dineros dentro del proceso de homologación y nivelación salarial que al estar indexado no le da derecho a la parte accionante a reclamar ninguna sanción moratoria, en calidad de intereses, ya que se estaría pretendiendo (...) que el Departamento de Caldas incurra en doble sanción (...)”.

Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva frente a la cual adujo que fue el Ministerio de Educación el que asignó los recursos para el reconocimiento de la homologación salarial. Buena fe, por cuanto la entidad siempre ha obrado en forma correcta, pero la cancelación del dinero correspondía al Ministerio de Educación. Inexistencia de la obligación con fundamento en la ley, porque se pretende aplicar una doble sanción a la entidad que no posee la titularidad de la obligación toda vez que los recursos fueron asignados por el Ministerio. E inaplicabilidad de los intereses moratorios con base en que los dineros pagados por nivelación salarial fueron indexados al momento de su desembolso, y al ser la indexación una sanción, no puede pretender la parte actora una penalidad adicional por el mismo hecho.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandante: Hizo alusión a que se confunde el concepto de indexación con el de interés moratorio, y por ello en este caso es procedente el reconocimiento de los segundos en tanto se presentó un retraso en la cancelación del retroactivo derivado del proceso de homologación y nivelación salarial.

Nación – Ministerio de Educación: Insistió en los argumentos planteados en la contestación de la demanda, especialmente el relativo a la falta de legitimación de la entidad en lo pretendido por la parte actora.

Departamento de Caldas: No presentó alegatos de conclusión.

Ministerio Público: No allegó concepto de fondo.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

En la audiencia inicial se resolvieron las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva de hecho; caducidad e ineptitud de la demanda, las cuales se declararon no probadas.

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

Problemas jurídicos

1. ¿Tiene derecho la parte demandante al reconocimiento y pago de los intereses de mora sobre la liquidación del valor por el retroactivo de su nivelación salarial?

En caso negativo se deberá analizar:

2. ¿Tiene derecho el actor, aunque no lo haya solicitado, a indexación de los valores reconocidos y pagado en lo que corresponde específicamente al retroactivo salarial por homologación?

En caso positivo de alguna de las anteriores preguntas deberá la Sala resolver:

3. ¿Cuál es la entidad llamada a responder por el pago de los intereses, o de la indexación?

Hechos Probados

- Mediante la Resolución nro. 1898-6 del 22 de marzo de 2013 se reconoció a favor del actor la suma de \$74.176.169 por concepto de nivelación salarial, incluida una indexación de \$28.718.015. (fols. 23 a 25 C.1)
- Mediante la Resolución nro. 4230-6 del 26 de junio de 2013 se aclaró la resolución anterior en relación con un reajuste de la indexación, pues se reconoció inicialmente por un valor de \$28.718.015 pero debía realizársele un ajuste de -\$4.622.216; en consecuencia, se redujo la homologación y nivelación salarial a un total de \$ 72.370.091 (fols. 26 a 28 C.1)
- Por medio de la Resolución nro. 9016-6 del 11 de diciembre de 2014 se modificaron las resoluciones anteriores, y se indicó que el valor total a cancelar por homologación y nivelación salarial era la suma de \$78.798.382, que incluía una indexación de \$28.718.015 y un ajuste de indexación de \$4.622.216. De igual manera actualizó el valor de la indexación hasta el 31 de diciembre de 2012 a un valor de \$7.392.626 (fols. 29 y 30 C.1)
- Según constancia de la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, la homologación y nivelación salarial fue cancelada el 15 de abril de 2013 (fols. 30 y 31 C.1)

Cuestión Preliminar:

Frente al proceso de homologación del personal administrativo al servicio de los establecimientos educativos- el cual se abordará más adelante *in extenso*- la Sala de Consulta y Servicio Civil del H. Consejo de Estado, mediante concepto N° 1607 emitido el 9 de diciembre de 2004¹, expuso:

1.- Las entidades territoriales, como consecuencia del proceso de descentralización del servicio educativo, previa la homologación de los cargos previstos en las plantas de personal nacional y departamentales en lo relacionado con la clasificación, funciones, requisitos, responsabilidades y remuneración, etc. de los empleos, incorporan en iguales o equivalentes condiciones el personal administrativo que reciban en virtud de la certificación.

2.- En virtud de lo dispuesto por el artículo 3° del Acto Legislativo No. 1 de 2001, que modificó el artículo 357 de la Constitución, el Sistema General de Participaciones debió comprender en la base inicial, a 1° de noviembre de 2000, los costos provenientes de la homologación e incorporación del personal administrativo realizada por las entidades territoriales con fundamento en la ley 60 de 1993. Si así no se hizo y los mayores costos por los conceptos mencionados provienen de homologaciones realizadas conforme a la normatividad aplicable para la adopción de las plantas, la Nación debe asumirlos; de lo contrario, serán de cargo de los departamentos.

3.- En el evento de existir mayores costos con ocasión del proceso de homologación en virtud de lo dispuesto en la ley 715 de 2001, si el proceso se cumplió conforme a derecho y existe disponibilidad, debe asumirlos el SGP; si no existe disponibilidad, serán de cargo de la Nación.

Si el respectivo municipio homologó e incorporó al personal administrativo contrariando el orden jurídico, responderá con sus recursos propios.

Atendiendo al concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del H. Consejo de Estado, el Ministerio de Educación Nacional en la Directiva Ministerial número 10 del 30 de junio de 2005, señaló:

Una vez elaborado el estudio técnico y fundamentándose en éste, la entidad territorial certificada procederá a realizar, bajo la responsabilidad del secretario de educación y del jefe de personal o quien haga sus veces, la homologación y nivelación salarial de los cargos administrativos conforme a la normatividad vigente, mediante acto administrativo general.

¹ Consejero ponente: Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce.

Con base en este último, la homologación de cada funcionario administrativo se realizará, mediante acto administrativo individualizado el cual debe especificar el cargo al cual es homologado y la nivelación salarial respectiva -si a ella hay lugar según el estudio técnico- que rige a partir de la fecha de expedición de dicho acto administrativo, previo certificado de disponibilidad presupuestal. El certificado de disponibilidad presupuestal será emitido contra recursos del Sistema General de Participaciones -SGP. Si el costo de la planta de personal administrativo aprobada, incluido el aumento por concepto de la nivelación y homologación, no alcanza a ser cubierto con los recursos del SGP asignados por alumno atendido para el pago de la prestación del servicio, la entidad territorial podrá solicitar al MEN su cubrimiento por concepto de complemento de planta.” (Subraya el Despacho).

Así las cosas, el proceso de homologación y nivelación salarial adelantado en el Departamento de Caldas para el personal administrativo de los establecimientos educativos, se realizó de manera concertada entre la NACIÓN y el DEPARTAMENTO DE CALDAS, razón por la cual quien estaría llamado a reconocer y pagar –en caso de proceder- los intereses de mora sobre la liquidación del retroactivo de nivelación salarial, aquí reclamados, sería La Nación representada por el Ministerio de Educación Nacional, pues en los términos tanto del Concepto del Consejo de Estado como de la Directiva Ministerial citados, se trataría del pago de un mayor valor pagado a título de reajuste o nivelación salarial, lo que implica declarar probada la excepción de ‘Falta de legitimación en la causa por pasiva’ propuesta por el DEPARTAMENTO DE CALDAS y no fundada frente al Ministerio de Educación Nacional.

Síntesis del proceso de homologación y nivelación salarial

El proceso de homologación y nivelación salarial para los empleados del área administrativa de los establecimientos educativos oficiales tiene su origen en un proceso aún más amplio: la descentralización del servicio educativo; inicialmente, a través de la Ley 43 de 1975 se nacionalizó la educación primaria y secundaria que oficialmente venían prestando los Departamentos, el Distrito Especial de Bogotá, los Municipios, las Intendencias y Comisarías, por razón de esta ley, los gastos que hoy sufragan los departamentos, intendencias, comisarías, el Distrito Especial de Bogotá y los municipios, pasaron a ser cuenta de la Nación.

Posteriormente, con la expedición de la Ley 60 de 1993, comenzó a revertirse la nacionalización y se abrió paso la descentralización del servicio educativo y conforme a su artículo 3º se determinó que corresponde a los departamentos, en materia de educación, y en el artículo 15º como se realizaba la asunción de competencias por los departamentos y distritos sobre la administración de las plantas de personal preceptuó:

artículo 6º.- Administración del personal. Corresponde a la ley y a sus reglamentos, señalar los criterios, régimen y reglas para la organización de plantas de personal docente y administrativo de los servicios educativos estatales. Ningún departamento, distrito o municipio podrá vincular docentes y administrativos sin el lleno de los requisitos del estatuto docente y la carrera administrativa, respectivamente, ni por fuera de las plantas de personal que cada entidad territorial adopte.

A su turno la Ley 715 de 2001, dictó normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación.

De las anteriores disposiciones se observa todo un proceso legal a efectos de hacer efectiva la administración de la educación por parte de las entidades territoriales como producto de la descentralización de dicho servicio, que antes estaba en su totalidad a cargo de la Nación; naturalmente, dicho proceso implicó, entre otras circunstancias, que los cargos al servicio de la educación que estaban adscritos a la nación debieron ser asumidos por las entidades territoriales, que a partir de dichas normas fueron responsables de la educación pública. Y asumidos o adoptados por los departamentos y municipios dichos cargos debían ajustarlos a las plantas propias (homologación de cargos), incluso salarial y prestacionalmente, lo que derivó en el reconocimiento económico de las diferencias que se presentaran en dichos aspectos (nivelación salarial).

Por su parte, y según se desprende del texto de los actos que reconocieron la nivelación salarial al demandante, el Departamento de Caldas a través del Decreto Departamental nro. 0399 del 20 de abril de 2007, atendiendo las directrices del Ministerio de Educación Nacional, homologó y niveló los cargos administrativos del personal perteneciente a la planta de cargos del Departamento de Caldas pagada con recursos del Sistema General de Participaciones, el cual fue modificado por el Decreto Departamental nro. 0337 del 2 de diciembre de 2010, y expidió a través de su Secretaría de Hacienda el Certificado de Disponibilidad Presupuestal nro. 3500003137 del 07 de marzo de 2013 por valor de \$57.341.662.202 para el pago del mismo.

En efecto, el proceso de nivelación salarial tuvo su fundamento en la necesidad legal de incorporar el cargo del demandante que era del orden nacional a la planta de cargos del departamento, y dada la diferencia salarial y prestacional entre uno y otro que afectaba al

accionante. Por ello, se reconocieron los mayores valores resultantes de dicha homologación actualizados al momento del pago, sin que el mismo tuviera la connotación del pago tardío de una obligación.

Primer problema jurídico

¿Tiene derecho la parte demandante al reconocimiento y pago de los intereses de mora sobre la liquidación del valor por el retroactivo de su nivelación salarial?

Tesis: La Sala defenderá la tesis de que teniendo en cuenta la naturaleza indemnizatoria de los intereses moratorios, sin que exista norma expresa y concreta que imponga esta sanción por pago extemporáneo de la homologación salarial, el demandante no tiene derecho al pago de los mismos generados por pago tardío del retroactivo por homologación y nivelación salarial.

Naturaleza jurídica de los intereses moratorios.

Es preciso diferenciar los conceptos de indexación y de interés moratorio.

Según la doctrina, la indexación es la actualización del dinero en el tiempo para mantener su valor y evitar la pérdida adquisitiva de la moneda; se trata de una equivalencia financiera en la cual unidades monetarias del pasado (VP) se re-expresan en unidades monetarias del futuro (VF), que tienen en mismo poder adquisitivo, siendo la diferencia entre dichos valores temporales la corrección monetaria del dinero, con base en los índices determinados por el ordenamiento jurídico².

Por su parte, el Honorable Consejo de Estado en providencia del 30 de mayo de 2013 con ponencia de la Consejera María Elizabeth García González, radicado 2006-00986-01 ha precisado que “el propósito de la indexación es uno: mantener el valor o poder adquisitivo constante de la moneda en razón la depreciación que ha sufrido por el paso del tiempo. La indexación o corrección monetaria no tiene por finalidad incrementar o aumentar el valor nominal de las sumas económicas, sino actualizarlo, es decir, traerlo a valor presente”.

A su turno la Honorable Corte Constitucional en la sentencia C-862 de 2006, Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto indicó respecto a la indexación:

La indexación persigue entonces mantener el valor originario del crédito dinerario, mediante el empleo de pautas

² César Mauricio Ochoa Pérez, Tratado de los Dictámenes Periciales, Biblioteca Jurídica DIKE, pág. 723.

preestablecidas, aplicables a todas las obligaciones dinerarias que se especifican. Mediante este procedimiento de ajuste periódico y automático se pueden actualizar salarios, rentas, ahorros, impuestos y en general todas aquellas prestaciones originadas en obligaciones que se prolongan en el tiempo.

En síntesis, la indexación busca mantener actualizado el valor del dinero por el paso del tiempo.

En cuanto a los intereses moratorios, estos tienen un carácter indemnizatorio por los perjuicios que causa la mora en el cumplimiento de las obligaciones, conforme al artículo 1617 del Código Civil que dice:

Indemnización por mora en obligaciones de dinero. Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes:

1a.) Se siguen debiendo los intereses convencionales, si se ha pactado un interés superior al legal, o empiezan a deberse los intereses legales, en el caso contrario; quedando, sin embargo, en su fuerza las disposiciones especiales que autoricen el cobro de los intereses corrientes en ciertos casos.

El interés legal se fija en seis por ciento anual.

2a.) El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando solo cobra intereses; basta el hecho del retardo.

3a.) Los intereses atrasados no producen interés.

4a.) La regla anterior se aplica a toda especie de rentas, cánones y pensiones periódicas.

Ahora bien, respecto de la procedencia del pago de intereses moratorios sobre sumas indexadas, el Honorable Consejo de Estado ha decantado³:

En vista de lo anterior, se observa que la sentencia de primera instancia no sólo condena a Cajanal E.I.C.E. liquidada, a pagar al actor intereses por mora como mecanismo indemnizatorio de los perjuicios sufridos por el demandante, sino además a la indexación prevista en el artículo 178 del C.C.A., condenas que resultan completamente incompatibles, en cuanto ambas cargas económicas tienen una misma finalidad que es mitigar los efectos adversos devenidos por la mora del deudor en el cumplimiento de las obligaciones y de configurarse en conjunto tendría como resultado un enriquecimiento sin justa causa a favor del acreedor.

³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda Subsección "A". Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Bogotá, D.C., veintidós (22) de abril de dos mil quince (2015). Radicación número: 25000-23-25-000-01312(2506-2013).

La Corporación, en varias oportunidades ha venido sosteniendo que recibir ambas compensaciones constituye un doble pago, máxime cuando se ha declarado la recuperación del valor perdido por las sumas adeudadas, en este caso, el relativo a la actualización de los salarios devengados por el actor como funcionario de planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores a moneda colombiana como efecto de la inflación, al respecto se ha precisado:

“Por el contrario, no procede reconocer intereses moratorios pues si el ex-empleado inconforme con la decisión recurre a la acción judicial, además del reconocimiento de las sumas de dinero dejadas de cancelar por efecto del acto ilegal, se ordena su ajuste conforme al artículo 178 del C.C.A., con lo cual se previene la devaluación, buscando que el restablecimiento del derecho represente el valor real al momento de la condena que es el equivalente al perjuicio recibido.

En gracia de discusión, si se ordenara el reconocimiento de intereses por mora se estaría condenando a la entidad a un doble pago por la misma causa.

Sumado a ello, los intereses moratorios y la indexación no son acumulables considerando que los primeros inician con la mora en el crédito u obligación, en tanto el periodo de la indexación está dado entre la fecha del crédito, capital u obligación y la fecha en que se quiere actualizar, no siendo relevante la existencia de la mora⁴.

Dicha postura fue retomada por la Subsección A, Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado en providencia del 7 de diciembre de 2017⁵, en el sentido de afirmar sobre la improcedencia del reconocimiento de intereses moratorios por el pago tardío de homologación o nivelación; sin embargo, no comparte la tesis del reconocimiento del interés legal del 6% anual, al no haberse pactado interés y acudir a la regla de Código Civil, en suma refirió:

(...) Ahora bien, la Subsección no comparte los argumentos del tribunal en el sentido de reconocer un interés legal del 6% anual, por cuanto no puede concluirse que por el hecho de no haberse «pactado» el pago de un interés, deba acudirse en subsidio a la regla que trae la norma del Código Civil (f.89vto) pues en estricto sentido no se está hablando de un asunto comercial, en el cual las partes involucradas puedan pactar a su arbitrio cláusulas contractuales; como ya se expuso, el reconocimiento de las sumas de dinero obedecieron a la homologación y nivelación que debió realizarse para que las

⁴ Pág.738

⁵ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección "A" Consejero ponente: William Hernández Gómez, del 7 de diciembre de 2017. Radicación número: 73001-23-33-000-2014-00311-01(0905-15). <http://181.57.206.9:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2107361>

plantas de personal administrativo, se ajustaran a la nueva reglamentación en cuanto a clasificación, nomenclatura, funciones y requisitos de los empleos del nivel territorial.

Por otro lado, tampoco hay lugar a reconocer intereses moratorios en el presente caso, teniendo en cuenta la naturaleza eminentemente sancionatoria de los mismos, en cuanto buscan castigar al deudor incumplido. Bajo este entendido si no se dijo nada al respecto en las resoluciones que reconocieron el retroactivo, como tampoco hay norma que expresamente lo consagre, no se puede en consecuencia, entrar a reconocerse los intereses moratorios.

Recordemos que por su carácter sancionatorio, los intereses moratorios deben estar consagrados en una norma que los autorice expresamente, es decir, que faculte el cobro de los mismos para los casos de pagos retroactivos por homologación y nivelación, o estar claramente incluidos en el documento que reconoce el derecho, supuestos, que no se evidencian en el presente asunto (...).

Del régimen prestacional y salarial

El Congreso de la República, en ejercicio de su competencia principal de hacer las leyes, tiene el deber constitucional de estatuir el marco general, los objetivos y directrices que orientarán al Presidente de la República para establecer el régimen salarial y prestacional de los distintos servidores públicos del Estado, a fin de proferir el mencionado régimen salarial y prestacional, tanto el órgano legislativo como el ejecutivo nacional desarrollan una competencia concurrente, la cual permite que el Congreso actúe, en primer término, trazando una línea general, para que luego el Presidente dentro del marco por este diseñado, lo proceda a dotar de contenido. De esta forma, a través de una “ley marco o cuadro” el Congreso fija las pautas y criterios generales que guían la forma en que habrá de regularse la materia, correspondiéndole al Presidente de la República el desarrollo de tales parámetros por medio de decretos.

Sin embargo, si bien tanto el salario como las prestaciones son definidas en una ley, o por un decreto del presidente, hay que tener muy claro que existe una gran diferencia entre salario y prestaciones sociales.

Para identificar el concepto de salario, se puede señalar que son todas aquellas sumas que se perciben como una contraprestación que tiene carácter retributivo; comprende todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado, es una contraprestación directa y onerosa por la prestación de un servicio.

Las prestaciones sociales, por su parte, han sido establecidas por el legislador "para cubrir los riesgos o necesidades del trabajador que se originan durante la relación de trabajo", y por ello pueden estar representadas por dinero, servicios u otros beneficios con los cuales se busca amparar las contingencias a que suele verse sometida la persona que labora al servicio de un empleador. Se diferencian del salario, sustancialmente, en que no tienen carácter retributivo o remuneratorio por los servicios prestados, pues el derecho a ella surge en razón de la relación laboral y con el fin de cubrir riesgos o necesidades.

Sin embargo, la ley no siempre es precisa al calificar las prestaciones sociales o la institución salarial; lo que sí es claro es que no puede existir ningún empleo público que no esté sometido a un régimen salarial y prestacional señalado o en una ley o por el ejecutivo nacional. Los artículos 122 y 123 de la norma Constitucional señalan que todo empleo público requiere estar contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente, y que los servidores públicos deberán ejercer sus funciones en la forma prevista en la Ley y el reglamento.

Es así como para el caso de los docentes y personal administrativo, el régimen salarial en general lo expide el Presidente de la República en desarrollo de las reglas generales señaladas en la Ley 4 de 1992, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 46 del Decreto Ley 1278 de 2002; y el régimen prestacional está señalado en la Ley 91 de 1989 y en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y sus decretos reglamentarios, esta última para los vinculados con posterioridad a la promulgación de esta norma.

La Ley General de la Educación, 115 de 1994, en su artículo 175 estableció que el régimen salarial de los educadores de los servicios educativos estatales del orden departamental, distrital o municipal se rige por el Decreto 2277 de 1979, y la Ley 4 de 1992 y demás normas que lo modifiquen y adicionen, en armonía con el artículo 6 de la Ley 60 de 1993.

Conforme al marco legal anterior, se debe señalar o deducir que el pago de intereses moratorios dentro de una relación laboral legal y reglamentaria, atendiendo su naturaleza indemnizatoria, corresponde a una prestación social, pues este pago no tiene las características para tenerlo como salario, esto es, que sea una contraprestación que tiene carácter retributivo, que se reciba en forma habitual y periódicamente, y que sea una contraprestación directa y onerosa por la prestación de un servicio; por ende, para que un empleado o servidor de cualquier entidad pública, valga señalar del sector de la educación, tuviera derecho al pago de intereses moratorios por el no pago oportuno de sus emolumentos, deben estar expresamente señalados en las disposiciones que reglamentan

el régimen prestacional, *verbi gracia*, los intereses por pago retardado de cesantías; y revisadas las normas que regulan el sistema prestacional no se observa que alguna de ellas regule el derecho a reclamar intereses moratorios por pago tardío de una nivelación u homologación salarial.

Así las cosas, como la demanda se encamina a que se le reconozcan intereses moratorios por el pago presuntamente retardado de una nivelación salarial, la misma no es procedente y se negarán por ello las pretensiones.

Segundo problema jurídico

¿Tiene derecho el actor, aunque no lo haya solicitado, a indexación de los valores reconocidos y pagados en lo que corresponde específicamente al retroactivo salarial por homologación?

Tesis: La Sala defenderá la tesis de que, a pesar de no haberse pedido indexación, al verificarse el pago en fecha posterior a las resoluciones que reconocieron la homologación y nivelación salarial, en virtud de los principios de protección constitucional consagrados en el artículo 53 de la Constitución Política, de equidad y justicia, se ordenará reconocer como fallo *extrapetita*, el pago de una indexación.

Facultades *extra* y *ultrapetita* del juez de primera instancia en materia laboral

Esta figura o principio está contenida en el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo, norma que fija los criterios y requisitos a seguir para su aplicación:

El Juez (de primera instancia) 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.

La Corte constitucional de tiempo atrás viene consolidando esta postura como lo dijo en la sentencia C-662 de 1998:

Dentro de la potestad integradora de esta Corte para revisar la totalidad de la preceptiva legal demandada, conforme a la jurisprudencia de la Corporación, la Sala estima que la misma no contradice el ordenamiento superior, salvo en la expresión "de primera instancia", como así se declarará en la parte

resolutiva del presente fallo. En consecuencia, los jueces laborales de única instancia en adelante están facultados para emitir fallos con alcances extra o ultra petita, potestad que se ejerce en forma discrecional, con sujeción a las condiciones exigidas, esto es, que los hechos en que se sustenta el fallo con esos alcances se hayan debatido dentro del proceso con la plenitud de las formas legales y que los mismos estén debidamente probados.

Al respecto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia 38224 del 2011 con ponencia del Magistrado Carlos Ernesto Molina Monsalve manifestó que:

En materia laboral, dicho postulado (Que la sentencia debe estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda) encuentra una excepción en cuanto a que la ley permite que los juzgadores de única y primera instancia fallen en torno a súplicas jamás invocadas en el libelo genitor (aspecto de su calidad) e, incluso, los reviste de la facultad de decidir materias cuantitativamente superiores a las pedidas (aspecto relativo a la cantidad), es decir, como lo explicara el Tribunal Supremo en sentencia de 27 de septiembre de 1958, se le “otorga al juez del trabajo la facultad de apreciar ampliamente la causa petendi de la acción a efectos de modificar el petitum, en el momento de la condena”. Todo ello como una manifestación palpable de la protección de los derechos mínimos e irrenunciables del trabajador.

Por otro lado, se ha considerado que por razones de equidad y justicia, los valores que se deben pagar a los trabajadores deben ser indexados si se pagan en fecha posterior a lo expresado en los actos administrativos, para actualizar el valor adeudado a valor presente al momento del pago, como lo ha dicho el Consejo de Estado⁶:

Conforme lo ha sostenido esta Corporación «no existe normatividad alguna que establezca la actualización de las sumas que en vía gubernativa paga la administración a sus administrados en forma morosa. Y si bien, la administración no está facultada para sufragar sumas adicionales a las que por ley le corresponde, no pueden desconocerse mandatos preconizados en la Constitución de 1991, contenidos en el artículo 53, al tenor del cual dentro de los principios mínimos fundamentales del derecho al trabajo se encuentran la remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo. Ello es entonces una expresión de equidad que impone que el pago del salario debe ser oportuno, dada la

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B” C.P., Rafael Francisco Suárez Vargas, de fecha 23 de marzo de 2017, Número interno (2284-13)

inflación y la consecuente pérdida del poder adquisitivo, que hace imperioso el pago del salario en forma concomitante con el desarrollo de la relación laboral, dentro de los períodos concebidos para tal fin». El pago de dichos intereses es por el periodo comprendido entre diciembre de 2003 al 12 de diciembre de 2007, que corresponde al plazo de mora de los salarios y prestaciones insolutos en favor de los demandantes hasta la liquidación definitiva de la E.S.E Hospital Universitario San Juan de Dios del Socorro y se liquidan hasta esa fecha; por ello, en criterio de la Sala no resulta razonable que ese monto fijo no sea susceptible de ser actualizado desde el 2007 hasta la presente fecha, en que se profiere la sentencia definitiva proferida por esta jurisdicción. En otras palabras, así como el tribunal definió que el acto administrativo esta nulo, porque no existía fundamento legal para el no pago de intereses moratorios, estos no deben ser pagados de manera menguada, empobrecida o depreciada por el efecto del paso del tiempo que se demoró esta jurisdicción en decidir el derecho a su pago.

En el caso bajo estudio, el demandante no solicita indexación de los valores pagados por la nivelación y homologación salarial, sino intereses moratorios, los cuales como bien se dijo anteriormente no pueden ser reconocidos.

Sin embargo, se observa que efectivamente el pago de esas sumas -que fueron objeto de discusión y de prueba- se hicieron en fecha posterior al reconocimiento de las mismas, razón por la cual como un fallo *extrapetita*, y por razones de equidad y justicia, se ordenará el reconocimiento de indexación de las sumas canceladas, escindiendo eso sí, y separando de las sumas pagadas, las que corresponden a la indexación reconocida en los actos, pues no puede haber indexación sobre indexación, y los descuentos que por obligación se debieron realizar, esto es, limitándose únicamente al capital.

Es de observar que al ser autorizado por la Constitución en casos de protección al trabajador reconocer por razones de justicia y equidad cualquier otro derecho o indemnización que sea probado dentro del proceso, lleva consigo la autorización para un fallo *extrapetita*, que por la misma consideración no puede entenderse contrario al principio de congruencia externa, pues a pesar de no haber sido solicitado se debe amparar por protección al carísimo principio de protección laboral consagrado en la carta magna.

El derecho laboral que se reconoce *extrapetita* no es el derecho a indexación, pues así entendido no se encuentra regulado como derecho laboral; el derecho que se reconoce es el de recibir el salario a que se tiene derecho, en toda su integridad, esto es, que de pagarse

en forma extemporánea o retardado, tiene derecho el asalariado a que su valor se mantenga en el tiempo, esto es, que no se vea afectado por el desvalor de la pérdida de capacidad adquisitiva que sufre el dinero con el tiempo, lo que se pretende es que cuando el trabajador reciba su salario obtenga de él una suma que tenga la misma capacidad de pago del que tuviera si se le cancela a tiempo, de esta manera y solo de esta manera se podrá proteger una remuneración vital y móvil proporcional al trabajo, como lo prescribe el artículo 53 de la C.P.

En el caso concreto, si bien el reconocimiento de esta homologación y nivelación salarial fue objeto de varias modificaciones, si quedó claro que con la Resolución nro. 9016-6 del 11 de diciembre de 2014, la misma se indexó hasta el 31 de diciembre de 2012, y como se cancelaron las sumas el 15 de abril de 2013, la demandante tiene derecho a que se le indexe las sumas desde el 1 de enero de 2013, hasta el 14 de abril de ese año.

Ahora, es claro que no puede ordenarse indexación sobre sumas indexadas, y también que la nivelación salarial a recibir debe someterse a descuento por pagos al sistema de seguridad social; por lo tanto, el valor de capital a indexar será igual al valor total recibido menos lo recibido por indexación y los descuentos, en el caso bajo estudio sería: valor total: \$74.176.169, menos (\$28.718.015 + descuentos por salud y pensión de \$ 2.340.572) esto es igual a \$43.117.582, los cuales se deberán indexar desde el 1° de enero de 2013 fecha de inicio y hasta el 14 de abril de ese año como fecha final.

Tercer problema jurídico:

¿Cuál es la entidad llamada a responder por el pago de los intereses, o de la indexación?

Tesis: La Sala defenderá la tesis de que cualquier pago que se derive del proceso de nivelación y homologación salarial, le corresponderá a la Nación - Ministerio de Educación Nacional.

Como se señaló en apartado anterior, en el concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del H. Consejo de Estado, el Ministerio de Educación Nacional en la Directiva Ministerial nro. 10 del 30 de junio de 2005 señaló:

Así las cosas, el proceso de homologación y nivelación salarial adelantado en el Departamento de Caldas para el personal administrativo de los establecimientos educativos, se realizó de manera concertada entre la NACIÓN y el DEPARTAMENTO DE CALDAS, razón por la cual quien estaría llamado a reconocer y pagar –en caso de proceder- los intereses de mora sobre la

liquidación del retroactivo de nivelación salarial, aquí reclamados, sería La Nación representada por el Ministerio de Educación Nacional, pues en los términos tanto del Concepto del Consejo de Estado como de la Directiva Ministerial citados, se trataría del pago de un mayor valor pagado a título de reajuste o nivelación salarial, lo que implica declarar probada la excepción de 'Falta de legitimación en la causa por pasiva' propuesta por el DEPARTAMENTO DE CALDAS y no fundada frente al Ministerio de Educación Nacional.

Por lo anterior, la entidad obligada a pagar la indexación aquí reconocida corresponderá a la Nación- Ministerio de Educación Nacional, y ello conlleva de contera a declarar prospera la excepción de falta de legitimación en la causa material del Departamento de Caldas.

COSTAS:

De conformidad con el artículo 188 del CPACA, este Juez plural no condenará en costas, pues si bien el fallo es favorable al trabajador, no lo es por lo que se pidió en la demanda.

En mérito de lo expuesto, la **SALA PRIMERA DE DECISIÓN TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**, administrando justicia en nombre de la República de **COLOMBIA** y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: DECLÁRASE FUNDADA la excepción de "falta de legitimación en la causa por pasiva material" formulada por el Departamento de Caldas, por lo expuesto en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: RECONOCER POR RAZONES DE EQUIDAD Y JUSTICIA, que por parte de la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL**, se le reconozca al señor Jorge Alberto León Álzate una indexación teniendo como base para indexar de \$43.117.582, los cuales se liquidarán teniendo como fecha de inicio el 1° de enero de 2013 y fecha final el 14 de abril de ese año.

TERCERO: NEGAR las pretensiones de la demanda.

CUARTO: SIN COSTAS por lo brevemente expuesto en la parte motiva.

QUINTO: ORDENAR a la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL** que dé cumplimiento a esta sentencia conforme lo dispone los artículos 192 y 194 del CPACA.

SEXTO: EJECUTORIADA esta providencia, **LIQUÍDENSE** los gastos del proceso, **DEVUÉLVANSE** los remanentes si los hubiere. **ARCHÍVENSE** las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el programa Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

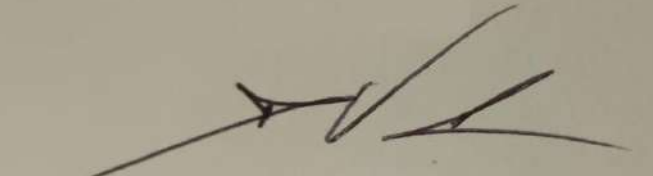
Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Virtual realizada el 30 de julio de 2020 conforme Acta n° 036 de la misma fecha



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
Magistrado



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 097 del 4 de agosto de 2020. Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.

Manizales, _____



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

RADICADO	17-001-33-33-002-2014-00360-02
MEDIO DE CONTROL	REPARACIÓN DIRECTA
ACCIONANTE	MARISOL MONTOYA MONROY
ACCIONADO	NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, NACIÓN – RAMA JUDICIAL Y NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL

Procede la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas a dictar sentencia de segunda instancia, en virtud del recurso de apelación interpuesto la Fiscalía General de la Nación y por la Policía Nacional contra la sentencia que accedió a pretensiones, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales el día 11 de diciembre de 2018, dentro del proceso de la referencia.

PRETENSIONES

Peticionó la parte actora se hagan los siguientes pronunciamientos:

1. Se declare civilmente responsable a la Fiscalía General de la Nación – la Nación, al Consejo Superior de la Judicatura – la Nación y a la Policía Nacional – la Nación.
2. Que como consecuencia de lo anterior se ordene a las entidades demandadas cancelar a la demandante las siguientes sumas de dinero:

- Por perjuicios materiales y en calidad de lucro cesante el equivalente a un salario de \$700.000 mensuales que multiplicados por ocho meses daría un valor de \$5.600.000, que es lo que dejó de percibir por este concepto mientras la demandante estuvo detenida.

- Daño a la vida de relación, y para ello se tendrá en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente al momento del accidente, y se habla de accidente por no hablar de un falso positivo; perjuicios que se valora en la suma de 150 salarios mínimos legales mensuales vigentes, es decir, para la época de los hechos el salario mínimo legal mensual estaba en la suma de \$566.700.00 para un total de \$85.005.000.00

- Por perjuicios morales se pidió la suma de 200 salarios mínimos mensuales vigentes a raíz de la magnitud del daño ocasionado a la demandante, es decir, la suma de \$113.340.000, pues el salario mínimo para el año 2012 era de \$566.700.

3. Que se paguen intereses moratorios de las anteriores sumas de dinero al momento de proferir sentencia.

4. Que se paguen las demás sumas de dinero que resulten probadas.

5. Que se cancelen las costas del proceso.

HECHOS

Como supuestos fácticos se expusieron, en resumen, los siguientes:

➤ Que el día 1° de septiembre de 2012 se capturó en el Municipio de Riosucio – Caldas a la señora Marisol Montoya Monroy por el presunto ilícito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

- El 2 de septiembre de 2012 ante el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Riosucio se llevaron a cabo las audiencias preliminares de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento; diligencia en la cual se le impuso a la accionante medida de detención preventiva en establecimiento carcelario.
- El 27 de septiembre de 2012 se reciben las diligencias por parte del Juzgado Penal del Circuito de Riosucio – Caldas, despacho que programó audiencia de formulación de acusación para el 22 de noviembre de 2012.
- El día 1° de febrero de 2013 se llevó a cabo audiencia preparatoria en el Juzgado penal del Circuito de Riosucio y se decretaron pruebas; y el día 8 de abril de 2013 se realizó audiencia de juicio oral por parte del Juzgado Penal de Riosucio y se dictó fallo absolutorio y se ordenó la libertad inmediata de la señora Montoya Monroy.
- Ello significa que la señora Montoya Monroy estuvo detenida desde el 1° de septiembre de 2012 hasta el 8 de abril de 2013, es decir 8 meses aproximadamente.
- Que en los considerandos de la sentencia, además de hablar del *indubio pro reo* y de la falta de prueba, se adujo que en el presente caso no quedaba duda de que los policías que participaron en el operativo de captura en flagrancia de la demandante conocían que antes había estado condenada por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, y que además ella había presentado queja en contra de varios funcionarios de la estación porque días antes habían ingresado a la casa del hermano de la señora Montoya Monroy en forma presuntamente abusiva, lo que permitió afirmar que el motivo por el cual se acusó falsamente a la demandante no era otro que el malestar que causó en los uniformados las quejas que ella presentó en su contra, y por ello en la providencia además se indicó que se trataba de un falso positivo.
- Que esta detención de la que fue objeto la accionante afectó su vida a nivel familiar, laboral y sentimental, ya que sus hijos de 10 años, 8 años y 2 años quedaron

a merced de familiares; no pudo volver a realizar sus labores de ama de casa y de trabajo independiente del que obtenía ingresos por \$700.000; sumado a las angustias, intranquilidad, daño a su buen nombre y honra.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

RAMA JUDICIAL: En relación con los hechos manifestó que se atiene a lo que resulte probado en el proceso. Y sobre las pretensiones indicó que se opone a la prosperidad.

Como razones de defensa señaló que cuando la absolución de un procesado se da por alguno de los postulados establecidos en la ley, el asunto debe ser analizado desde la perspectiva del régimen objetivo, en el cual no se estudia la ilicitud o licitud de la medida restrictiva sino el daño antijurídico, y por ello en este caso la responsabilidad de la Rama Judicial es latente, pues en casos como este se presume que la privación fue injusta y por ello los daños que se demuestren deben ser resarcidos.

Aclaró que en sede extrajudicial se ofreció el pago de perjuicios morales, no así de los materiales y daño a la vida de relación, en tanto los mismos no se acreditaron, pero no obstante ello la propuesta fue rechazada al considerar que no se ajustaba a las pretensiones.

Adujo que es inviable reconocer los perjuicios materiales y daño a la vida de relación reclamados, ya que no se encuentran probados.

POLICÍA NACIONAL: Frente a los hechos aceptó unos como ciertos, otros como parcialmente ciertos y de otros adujo que no eran hechos.

Como razones de defensa señaló que el día de los hechos la policía requirió a la demandante para verificar lo que había al interior de unas bolsas plásticas que

portaba en sus manos, y en ellas se encontraron varias cosas, entre ellas unos tamales que en su interior tenían una sustancia que después de examinada resultó ser "bazuco", y por ello a la accionante se endilgó el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

Que luego de una investigación incipiente y debido a que los policiales olvidaron la fijación fotográfica de los tamales dentro de los cuales se encontró la sustancia, el juez concluyó que, si no existieron los tamales, mucho menos la droga, pues los demás elementos de incautación sí fueron relacionados en el acta.

Destacó que la demandante afirmó que la droga había sido colocada allí por los policiales, hecho que no es suficiente para hablar de un falso positivo, más cuando no existe auto o sentencia que señale la responsabilidad de los uniformados.

Hizo relación al marco normativo que regula quiénes son los órganos encargados de la función jurisdiccional, como el artículo 12 de la Ley 270 de 1996, y concluyó que el ente policial no desarrolla funciones jurisdiccionales, y por tanto no debe ser sujeto pasivo de este proceso.

En lo atinente a la responsabilidad del Estado con ocasión del daño antijurídico causado por la acción u omisión de sus agentes judiciales, aseguró que el Estado debe responder por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia por error judicial y por privación injusta de la libertad.

Propuso las excepciones de:

- **Falta de legitimación en la causa por pasiva:** Ya que la Policía Judicial depende de las acciones del fiscal de conocimiento, quien está a cargo de la recolección y valoración de las pruebas con las cuales pretende inculpar al acusado, sin que se pueda predicar que la entidad cumple funciones jurisdiccionales.

- Falta de causalidad procesal entre la falta o falla de la administración y el daño:

La Policía nacional es la encargada de hacer cumplir el orden público, lo cual resulta de la prevención y eliminación de las perturbaciones, tal como lo hizo en este caso, y en nada tiene que ver con la valoración, promulgación o elaboración de autos y sentencias que terminan con una medida de aseguramiento.

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN: En relación con los hechos adujo que son ciertos los relativos a la sentencia absolutoria, pero frente a los demás manifestó que no eran hechos, de otros que se atenía a lo que se probara en el proceso, y de otros que eran apreciaciones de la parte actora. Seguidamente se opuso a la prosperidad de las pretensiones.

Expuso como razones de defensa que en este caso no se configuran los supuestos esenciales que permiten estructurar responsabilidad en la cabeza de la entidad, en tanto se presenta el eximente de responsabilidad de culpa exclusiva y excluyente de un tercero, ya que la entidad actuó de conformidad con el artículo 250 de la Constitución Política y lo establecido en la Ley 906 de 2004, y por ello se infiere que no se acreditó el elemento de la responsabilidad relativo a la relación de causalidad entre la falla del servicio y el daño padecido por la demandante.

Propuso las excepciones de:

- Culpa excluyente de un tercero: A la luz de los hechos de la demanda es evidente que existe una causal exonerativa de responsabilidad que rompe el nexo causal, en este caso de la Policía Nacional por cuanto hubo una irregularidad en el procedimiento de captura en flagrancia de la accionante, mismo que no puede ser trasladado a la entidad, pues la falla en el servicio que se alega no se puede predicar de la actuación de la Fiscalía.

- **Falta de legitimación en la causa por pasiva:** Ya que la Fiscalía General es quien asume el papel acusador frente a conductas punibles más no quien determina las medidas restrictivas, siendo este el fundamento principal que conlleva a que en el presente caso la entidad quede eximida de responsabilidad frente a una privación injusta de la libertad, pues es el juez de garantías quien decide y decreta la medida de aseguramiento.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 11 de diciembre de 2018 accedió a pretensiones, tras plantearse como problemas jurídicos si se había configurado un daño antijurídico por motivo de la privación de la libertad de la demandante; si el daño antijurídico causado a la parte actora fue derivado del proceder de alguna de las entidades; y si había lugar a indemnizar los perjuicios materiales e inmateriales reclamados.

En primer momento analizó el tema de la responsabilidad del Estado en materia de privación injusta de la libertad para afirmar que el análisis, según la providencia de unificación del Consejo de Estado del 15 de agosto de 2018, exigía verificar si quien fue privado de la libertad incurrió en alguna actuación que fuera culposa o dolosa y que conllevara tomar esa medida de restricción de la libertad.

Analizó entonces el material probatorio de este proceso, e indicó que estaba demostrado que la demandante estuvo privada de su libertad del 1 de septiembre de 2012 al 8 de abril de 2013; y en relación con la conducta dolosa o culposa de la señora Montoya Monroy afirmó que los hechos frente a los cuales se endilgó responsabilidad no lograron ser demostrados, e incluso que tan mal realizado estuvo el procedimiento policial que en la sentencia penal se ordenó investigar a los policiales que realizaron la requisita a la actora.

Con fundamento en lo anterior infirió que se configuraba un daño imputable al

Estado, el cual determinó era causado por la Policía Nacional por incumplimiento del mandato legal descrito en el artículo 254 del CPP, así como por la Fiscalía al ser el ente investigador. En relación con la Rama Judicial indicó que el juez de garantías fue inducido a un error, ya que luego se logró establecer el irregular procedimiento policial.

Sobre los perjuicios accedió a reconocer los morales en la suma de 70 salarios mínimos legales mensuales vigentes; por daño a la vida de relación el equivalente a 30 salarios mínimos legales mensuales vigentes, y en relación con los perjuicios materiales condenó en abstracto; sumas de dinero que ordenó fueran cancelados en un 50% por la Fiscalía General y el otro 50% por la Policía Nacional.

RECURSO DE APELACIÓN

POLICÍA NACIONAL: Apeló la sentencia de primera instancia mediante memorial que reposa de folio 263 a 268 del expediente.

Señaló que, en este caso dentro del proceso penal adelantado contra la accionante, se tuvo como medio de defensa la inexistencia del tamal en que iba la droga, no obstante haberse puesto a disposición de la Fiscalía la sustancia ilícita, y fue así como se concluyó que se estaba en presencia de un falso positivo sin tener en cuenta que con anterioridad la demandante era conocida en el medio judicial por vender estupefacientes en el municipio de Riosucio – Caldas.

Añadió que los policiales fueron investigados por parte de control disciplinario y absueltos de los cargos; y que además no se había comprobado que los uniformados fueran los autores del supuesto falso positivo, más cuando la accionante es reconocida expendedora de drogas.

Resaltó que la perito forense indicó que la accionante no presenta signos o síntomas que puedan estar generando una alteración clínicamente significativa a nivel

psicológico, con lo cual queda comprobada la falta de daño psicológico que se reclama.

Solicitó entonces absolver a la entidad.

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN: Apeló la sentencia mediante memorial visible de folio 269 a 285 del expediente.

Señaló que la entidad obró en cumplimiento de sus deberes constitucionales y legales por lo tanto el daño antijurídico que encontró probado por la juez de primera instancia no es atribuible a la entidad.

Destacó que, según la noticia criminal y el informe de investigador de campo, la Fiscalía tenía la obligación constitucional y legal de proceder a judicializar a la accionante, encontrando además que se cumplían los requisitos para imputarle cargos y solicitar la medida de aseguramiento.

Insistió en la culpa de un tercero, en tanto fueron los miembros de la Policía Nacional los que indujeron a un error al presentar un informe de una supuesta captura en flagrancia que no se presentó y que fue el sustento con el cual se inició la judicialización de la actora.

Agregó que la Fiscalía no tiene la potestad de imponer medidas de aseguramiento, y por ello carece de legitimación en la causa por pasiva, en tanto esta competencia es del juez de control de garantías, y que no tener en cuenta esta situación desconoce precedente del Consejo de Estado, en tanto es el juez quien controla, vigila y analiza que la medida de restricción de la libertad solicitada cumpla los requisitos establecidos en las normas penales.

En relación con los perjuicios reconocidos, daño a la vida de relación, enfatizó que en la sentencia se presumieron los mismos, más no se demostraron, y sobretodo

porque en el peritaje se afirma que la accionante no presenta secuela alguna de esta situación.

En cuanto a los perjuicios materiales indicó que el despacho condenó en abstracto, lo cual no comparte, pues no se probó que para la época en que fue privada de la libertad se encontrara vinculada a un empleo formal o ejerciera alguna actividad lícita que le genera ingresos; aunado a que en la demanda hay una contradicción en la suma que supuestamente recibía mensualmente la señora Montoya Monroy.

Finalmente, en relación con las costas aseguró que la entidad no ha obrado de mala fe, condición exigida en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante: No presentó alegatos

Fiscalía General de la Nación: Insistió en los argumentos planteados en el recurso de apelación, especialmente en que la entidad obró en cumplimiento de sus deberes constitucionales y legales; con el eximente de responsabilidad de culpa exclusiva de un tercero; y en el tema de los perjuicios que fueron reconocidos y que no están demostrados en el proceso.

Policía Nacional: Reiteró los argumentos planteados en el recurso de apelación.

Rama Judicial: No presentó alegatos de conclusión.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

No presentó concepto de fondo.

CONSIDERACIONES

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

Problemas jurídicos

1. ¿Conforme a la unificación de jurisprudencia para casos de privación injusta de la libertad, estaba la señora Marisol Montoya Monroy obligada a soportar la carga de la restricción a su libertad?

Si la respuesta anterior es negativa deberá la Sala resolver:

2. ¿Se probaron los perjuicios causados a la demandante para que los mismos puedan ser reconocidos?

3. ¿Qué entidad debe responder por las pretensiones de la demanda?

Lo probado

➤ Los Registros Civiles de Nacimiento de Jhoan Esteban Bayer Montoya, Farid Camilo Bayer Montoya y Dylan Samuel Montes Montoya dan cuenta que son hijos de Marisol Montoya Monroy (fol. 34 a 36).

➤ El día 12 de agosto de 2012, la señora Marisol Montoya Monroy se presentó a las instalaciones de la Personería Municipal de Riosucio – Caldas a presentar queja contra el Teniente Johan Jaramillo, Andrés Lemus y el Sargento Ospina por unos inconvenientes con una vivienda de su hermano. A raíz de esto la Personera remitió el asunto a la oficina de Control Interno Disciplinario de la Policía Departamental para lo de su competencia (fol. 174 a 178).

➤ Que según certificado expedido por la Directora del EPMSC de Riosucio – Caldas que data del 12 de agosto de 2016, la accionante registra: i) ingreso el 25

de junio de 2007 a la reclusión de mujeres de Manizales; ii) ingreso el 2 de agosto de 2008 a la reclusión de mujeres de Pereira; iii) ingreso el 12 de noviembre de 2010 a la reclusión de mujeres de Armenia; iv) ingreso el 3 de septiembre de 2012 a la reclusión de mujeres de Manizales; v) ingreso el 8 de noviembre de 2013 a la reclusión de mujeres de Manizales; vi) ingreso el 3 de agosto de 2015 a la reclusión de mujeres de Manizales, donde para la fecha del certificado se encontraba reclusa (fol. 32 C.2).

➤ Según certificado de antecedentes de la Policía Nacional para el 26 de septiembre de 2013 la señora Marisol Montoya Monroy registra sentencia condenatoria vigente (fol. 82). También en certificado de antecedentes disciplinarios del 26 de septiembre de 2013 registra una pena de prisión de 76 meses y 24 días dictada en sentencia del 13 de junio de 2008 por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, la cual también generó una inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas que va del 13 de junio de 2008 al 12 de junio de 2018 (fol. 84).

➤ El informe de la Policía de Vigilancia en casos de captura en flagrancia realizado el 1 de septiembre de 2012, da cuenta que en la carrera 6 con calle 12 en el barrio 20 de julio del municipio de Riosucio - Caldas, siendo aproximadamente las 22:20 horas, la patrulla de vigilancia observó a la señora demandante a quien se le solicitó exhibiera el contenido de unas bolsas plásticas que portaba en su mano derecha e izquierda, donde se le halló en su mano izquierda dentro de una bolsa plástica color blanca con logotipos del supermercado El Bodegón una serie de alimentos perecederos, y en el interior de la misma había otra bolsa plástica de color negro que portaba unos tamales y "al verificar el contenido de uno de ellos se encontró una bolsa plástica color blanca rodeada de cinta adhesiva transparente en olor y características similar al estupefaciente conocido como bazuco"; inmediatamente se dieron a conocer los derechos como persona capturada y se le garantizaron los mismos. Seguidamente se consignó que la accionante sacó de su bolsillo del pantalón la suma de \$15.000 y los entregó

diciendo que la dejaran tranquila y que en su casa tenía la suma de \$1.000.000 para que los compartiera con el compañero de patrulla. El dinero es embalado y sometido a cadena de custodia (fol. 86 y 87). Al momento de firmar el acta de derechos del capturado la demandante se negó a firmar, al igual que lo hizo en relación con la constancia de buen trato (fol. 88 *ibídem*).

➤ En el acta de incautación de elementos que data del 1 de septiembre de 2012 se consignó que se le había sido retenido a la señora Marisol Montoya Monroy una envoltura plástica color blanco con cinta adhesiva transparente que en su interior contenía sustancia polvorienta con olor y color similar al bazuco, así como la suma de \$15.000 pesos moneda corriente, en billetes de diez mil y cinco mil pesos (fol. 89 C.2).

➤ En el informe de investigador de campo para diligencia PIPH del 2 de septiembre de 2012, se indica que entregada para análisis una bolsa plástica transparente sellada y rotulada en cuyo interior había una porción de sustancia sólida, color café, la cual arrojó como resultado a su valoración 102 gramos con 9 miligramos de cocaína y sus derivados; resultado que después fue confirmado también con otro análisis de laboratorio realizado el 8 de octubre de 2012 (fol. 156 a 159 C.2).

➤ En la audiencia de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento llevada a cabo el 2 de septiembre de 2012, en relación con esta última actuación se impuso a la accionante detención preventiva en establecimiento de reclusión en la ciudad de Manizales (fol. 65 a 67 C.2).

➤ Según certificado del secretario Ad- Hoc del Juzgado Penal del Circuito de Riosucio – Caldas, la accionante estuvo detenida del 2 de septiembre de 2012 al 8 de abril de 2013 (fol. 35 C.2).

➤ La sentencia del Juzgado Penal del Circuito de Riosucio – Caldas del 26 de abril de 2013, mediante la cual se absolvió a la demandante del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes indicó lo siguiente (fol. 110 a 120):

Y es que frente a ello, me refiero específicamente al momento mismo de la captura en flagrancia, porque tal como lo dijo el señor Fiscal, fue allí donde empezaron las irregularidades que están dando lugar a la presente sentencia absolutoria, irregularidades estas que se cimentan no solo en las declaraciones rendidas por los funcionarios de la Policía Nacional que participaron en la captura en flagrancia, como lo son los servidores Alexander Ospina Chinca y Jorge Hernán Correa Marín, sino la prueba documental que obra en el proceso, y que sirve de sustento a sus declaraciones.

(...)

Los funcionarios que realizaron la captura en flagrancia aseguran que la droga fue encontrada dentro de uno de los tamales que presuntamente llevaba la encausada el día de su captura, sin embargo, no existe evidencia física o documental que demuestre la existencia de dichos tamales, excepto la mención que hacen los mismos en el informe de captura en flagrancia, quedándose todo en la versión de los policiales, que por tornarse confusa e incoherente pierde credibilidad, pues veamos cómo no existe registro alguno que documente la existencia de los mismos, no existe álbum fotográfico alguno, acta de incautación del elemento, anotación en el libro de minutas de la Policía, o cualquier otro rastro de su existencia.

Ahora, si bien, tal como lo señaló el Fiscal, tales elementos no se hubiesen guardado en el almacén de evidencias de la Fiscalía, pues como aquí se ha sostenido, eran elementos perecederos sí, cuando menos se hubiesen fijado fotográficamente y relacionado como evidencia, y tal vez entregados a una entidad de beneficencia.

Así pues, además de la ausencia total de la evidencia documental, existen otras circunstancias de tiempo, modo y lugar que nos llevan a creer que los tamales no existieron en verdad y en consecuencia nos da para concluir que tampoco la droga que presuntamente había escondida en uno de ellos existía, y ello es así por cuanto en primer lugar, miremos cómo los funcionarios de la Policía sin motivo alguno, y cuando supuestamente ya se dirigían al Comando de Policía a entregar turno, decidieron sin causa real alguna,

requisar a una mujer que a tempranas horas de la noche se dirigía a su casa, sola, sobria, cargando unas bolsas presuntamente de un supermercado, lo que de suyo resulta poco usual, máxime tratándose de una dama. – valga de una vez señalar que tal requisita no fue casual como pretendieron hacerlo ver los policiales, pues sabemos que tenían plenamente identificada a la ciudadana-.

Segundo, aseguran que la señora entre las bolsas del supermercado llevaba una bolsa con dos tamales y que al palpar uno de ellos, se sintió algo duro que les llamó la atención, por lo que en plena calle, los mismos policiales, más precisamente el intendente Ospina Chica, decidió abrir uno de los tamales donde según él, efectivamente encontró la droga estupefaciente, hecho que mirado a la luz de las reglas de la sana crítica, resulta bien inverosímil, y más extraño resulta aún que a pesar de llevar dos tamales, según declaración del patrullero Correa Marín, solo se hubiese abierto uno – así dijo recordarlo al momento de rendir su declaración – pues lo cierto es que ante tal hallazgo, y existiendo dos tamales, lo normal es que se hubiesen abierto los dos, pues es bien conocido por su composición, lo normal es que ambos presenten al mero tacto elementos duros.

De otro parte, indagados sobre qué pasó con el tamal donde estaba la droga, dicen al unísono que la encausada se lo comió, y después ante un nuevo interrogatorio, ya dicen que ella se comió los dos tamales, esto muy a pesar de que Correa Marín sostuvo que la bolsa de los tamales cuando se dirigían a la estación de policía la llevaba el intendente Ospina Chica como evidencia. ¿Cuándo se comió entonces la encausada los tamales?, ninguno de los dos lo sabe. ¿Dónde se los comió?, uno dice que en la estación, otro que no sabe. ¿Qué pasó con las hojas de los tamales? No se sabe; en tanto, los otros elementos que le fueron incautados a la procesada, como las bolsas con los víveres como arroz, aceite, entre otros, y la misma ropa, sí fueron relacionados en el libro de minuta de la policía, pues así lo hicieron saber los declarantes siendo dichos elementos entregados posteriormente a un sobrino de la acusada.

(...)

De otra parte, y para cimentar el hecho de que los tamales nunca existieron y en consecuencia tampoco la droga que presuntamente había dentro de uno de ellos, rindió declaración la encausada, quien fue clara y enfática en decir

que ella, la noche en que fue capturada, no llevaba tamales entre sus pertenencias, ni droga estupefaciente alguna.

Lo anterior, llevó a la Fiscalía a concluir, que en realidad nunca existieron tales tamales, y valga decir que a igual conclusión llegó la defensa, y que al mismo análisis se une esta funcionaria judicial.

Por otro lado, señala también el ente Fiscal, que se habló de que la encausada había ofrecido dinero a uno de los funcionarios de la policía para que la dejara "sana", más precisamente que le había ofrecido quince mil pesos (\$15.000), prometiendo entregarle un millón de pesos más (\$1.000.000) que tenía guardados en su casa, cuando en realidad, y así lo hizo saber la propia encausada, no se le incautó ningún dinero, pues ella misma al momento de la requisita le contó a la patrullera Stella, que tenía \$20.000, la cual inicialmente le permitió conservarlos, pero posteriormente le pidió \$15.000, ello siguiendo órdenes de su superior el intendente Ospina Chica, a quien se los entregó, y que fueron los mismos que después él relacionó en el acta de elementos incautados.

(...)

Sobre la entrega de este dinero y el ofrecimiento de otro, solo da cuenta el intendente Ospina Chica, pues Correa Marín dice no saber nada al respecto.

Lo anterior nos lleva a concluir nuevamente, tal como lo hicieron el ente Fiscal y la defensa, que nos encontramos frente a un falso positivo de los que comúnmente se han venido presentando en la fuerza pública para mostrar operatividad, llevándose al lastre los derechos de los ciudadanos como el debido proceso, el principio de legalidad, la presunción de inocencia, etc, y que si bien tal como lo afirmó también el ente fiscal no estamos frente a una ciudadana ejemplar, pues posee antecedentes penales por similar delito, lo mismo no es óbice para que no se respeten por parte de los funcionarios públicos sus derechos fundamentales.

(...)

De otra parte, logró la defensa demostrar, de acuerdo a lo prometido al inicio del juicio, que su prohijada era inocente, que la droga había sido puesta en sus pertenencias, y que todo obedecía a una única razón: Que la señora Marisol Monroy había denunciado con anterioridad al intendente Ospina Chica, y esto lo demostró con suficiencia con la declaración de la Personera Municipal de Riosucio – Caldas, con la declaración de la misma acusada, y con la copia del

expediente que contiene la queja en contra del Intendente Ospina Chica y Otros
(...)

Las anteriores pruebas no dejan duda alguna sobre que los funcionarios de la Policía que participaron en el operativo de captura en flagrancia de la señora Marisol Montoya, la conocían, sabían que ella con anterioridad había sido condenada por delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, sabían que ella había presentado queja en contra de varios funcionarios de la estación, entre ellos el intendente Ospina Chica, y sabían que ella días anteriores a su captura – 3 días – había tomado fotos de varios policiales ingresando a la casa de su hermano en forma presuntamente abusiva, la cual se encontraba deshabitada, pues de ello la misma Personera nos informó que las fotos prometidas habían sido dejadas en su despacho.

De manera pues que dichas pruebas nos permiten fácilmente concluir que el motivo por el cual se acusó falsamente a la señora Marisol Montoya Monroy, por llevar consigo sustancia estupefaciente, no es otro que el malestar que causó en los policiales, las constantes quejas que ella venía presentando en su contra, situación esta que la mantuvo privada de su libertad por espacio de 8 meses.

Es por todo lo anterior, que se absolverá de toda responsabilidad penal a la señora Marisol Montoya Monroy, y como consecuencia obligada de ello, se ordenará expedir copias de la presente sentencia absolutoria con destino a la Fiscalía General de la Nación y a la Oficina de Control Interno Disciplinario de la Policía Nacional, para que procedan a iniciar las correspondientes investigaciones que consideren procedentes en contra de los funcionarios de la Policía Nacional, intendente Alexander Ospina Chica y el patrullero Correa Marín.

- Según dictamen pericial psicológico realizado a la demandante por parte del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses el día 7 de diciembre de 2016, el cual tenía por objeto determinar la posible afectación psicológica como consecuencia de la restricción de la libertad a la que fue sometida la accionante, se concluyó lo siguiente por parte de la psicóloga que lo realizó:

La señora Marisol Montoya Monroy proviene de una familia monoparental jefatura femenina, conformada por

su mamá y hermanos. De su padre no tiene información, solo conoce de que éste falleció, cuando ella tenía un año de edad. Las relaciones familiares son conflictivas y distantes, la relación con su mamá es distante, refiere negligencia en el cuidado por parte de su mamá, toda vez que según información de la examinada su mamá se ha dedicado al tráfico de estupefacientes, estando en varias oportunidades privada de la libertad, razón por la cual, desde temprana edad delego su cuidado a familiares cercanos. Expresa la examinada que siempre ha sentido rechazo significativo de la mamá hacia ella, contrario a lo que sucede con su mamá y su hermana Gloria, situación que inicialmente la afectaba emocionalmente, generándole síntomas de ansiedad y tristeza.

(...)

No ha recibido tratamiento psiquiátrico como tampoco psicológico, hace referencia de que ha "hablado" con la psicóloga de la institución que se encuentra privada de la libertad, por presentar desespero en ocasiones "no soportar" a veces estar privada de la libertad, expresa que ha tomado medicamentos "psiquiátricos" sin embargo, dentro de los documentos enviados por la autoridad competente no hay reportes que respalden esta información. Niega consumo de sustancias psicoactivas, refiere consumo de licor desde los 14 años de edad. En el examen mental actual se aprecia una señora espontánea con tendencia a la exageración, actúa de manera muy emocional y dramática, espontánea, colaboradora, con adecuada presentación personal, establece fácil interacción con la entrevistadora, no se evidencia compromiso cognitivo importante, ni síntomas de tipo psicótico, hay pensamiento lógico, afecto ansioso, mantiene capacidad de juicio y raciocinio, el nivel intelectual impresiona clínicamente como dentro del promedio, mantiene la prueba de la realidad.

La examinada refiere que por los hechos que son materia de investigación, cuando fue privada de la libertad tuvo algunos síntomas ansiosos y depresivos, los cuales requirió intervención psicológica, sin embargo, no hay documentación que respalde esta información. Si bien la señora Marisol Montoya Monroy manifiesta tristeza, síntomas ansiosos en ocasiones por su situación legal, siente temor en el "cargar bolsas", no "soportar estar dentro de tanta gente", esta situación está más asociada a sus rasgos de comportamiento, a sus antecedentes de

síntomas ansiosos de vieja data, estos síntomas como tal con una condición que comprometa por si solos de manera importante su funcionamiento global. En la actualidad la examinada ha tenido una actitud adecuada y estable con las personas que la rodean, realiza las actividades cotidianas de su vida, su función vegetativa como el sueño y el apetito no se han visto significativamente alteradas, ha tenido un funcionamiento y estado emocional adecuados, no se presentan síntomas graves que alteren de manera significativa su funcionamiento general, su vida social, afectiva, el estado anímico, comportamental y psicológico no están afectados en tal magnitud que impidan mantener su existencia en forma adecuada como consecuencia de los hechos que son materia de investigación, por lo tanto, en la actualidad no se presentan signos o síntomas que puedan estar generando en la examinada una alteración clínicamente significativa a nivel psicológico desde la perspectiva forense y por tanto no se percibe un daño psíquico como consecuencia de la pérdida de la libertad a que fue sometida entre el 01 de septiembre de 2012 hasta el 08 de abril de 2013.

CONCLUSIONES

En la actualidad en la señora Marisol Montoya Monroy no se presentan signos o síntomas que puedan estar generando en la examinada una alteración clínicamente significativa a nivel psicológico desde la perspectiva forense y por tanto no se percibe un daño psíquico como consecuencia de la privación de la libertad a la que fue sometida entre el 01 de septiembre de 2012 hasta el 08 de abril de 2013.

Marco legal y jurisprudencial

Ha dicho la jurisprudencia del Consejo de Estado que de conformidad con lo dispuesto en 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 artículo 140 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo que consagra el medio de control de reparación directa, cuyo ejercicio dio origen al presente proceso y que establece la

posibilidad que tienen los interesados de demandar la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado.

En el *sub lite*, la demanda tiene por objeto la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado por la privación de la libertad de la que fue objeto la señora Marisol Montoya Monroy, la cual tiene soporte en el artículo 90 de la Constitución Política de 1991 que dispuso:

El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.

Por su parte la Ley 270 de 1996, en relación con la responsabilidad patrimonial del Estado por el actuar de los agentes judiciales estableció lo siguiente:

ARTÍCULO 65. DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. *El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales.*

En los términos del inciso anterior el Estado responderá por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por el error jurisdiccional y por la privación injusta de la libertad.

(...)

ARTÍCULO 68. PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD. *Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios" (subrayado Sala de Decisión).*

Frente al régimen de responsabilidad en caso de privación injusta de la libertad, en sentencia del 21 de junio de 2018¹ el Consejo de Estado determinó:

¹ Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección Tercera; Subsección A; Consejero ponente: Carlos

Responsabilidad del Estado derivada de la privación injusta de la libertad

En cuanto a los presupuestos para declarar la responsabilidad del Estado derivada de la privación injusta de la libertad, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha desarrollado una jurisprudencia consolidada, estable y reiterada, a partir de la interpretación y alcance del artículo 90 de la Constitución Política, del artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 -anterior Código de Procedimiento Penal- y de la Ley 270 de 1996.

Bajo este escenario, se aplica el régimen objetivo de responsabilidad y se impone la declaración de ésta en todos los eventos en los cuales quien ha sido privado de la libertad es absuelto o se precluye la investigación en su favor, cuando en el proceso que haya dado lugar a su detención o restricción de la libertad se determine que: i) el hecho no existió, ii) el sindicado no lo cometió o iii) la conducta era atípica.

De igual forma, la posición mayoritaria de la Sección Tercera del Consejo de Estado contempla la posibilidad de que se pueda declarar la responsabilidad del Estado por el hecho de la detención preventiva en aquellos eventos en los cuales se aplica, dentro del proceso penal respectivo, el principio universal de in dubio pro reo².

Así, pues, aunque la privación de la libertad se hubiere producido como resultado de la actividad investigativa correctamente adelantada por la autoridad competente e, incluso, así se hubiere proferido la medida de aseguramiento con el lleno de las exigencias legales, lo cierto es que, si se da alguna de las causales recién mencionadas o se estructura una falla en el servicio, se abre paso el reconocimiento de la obligación, a cargo del Estado, de indemnizar los perjuicios irrogados, siempre que quien demande no tenga el deber jurídico de soportarlos.

Alberto Zambrano Barrera; Bogotá D.C., veintiuno (21) de junio de dos mil dieciocho (2018); Radicación número: 41001-23-31-000-2006-00598-01(45853)

Encuentra la Sala que la jurisprudencia en cita es diáfana y contundente en señalar que el Estado es responsable patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables en aquellos eventos en los que una persona es privada de la libertad como consecuencia de una decisión proferida por la autoridad judicial competente y luego es dejada en libertad en consideración a que se dan los supuestos legales que determinan su desvinculación de una investigación penal, bien porque el hecho imputado no existió, porque el sindicado no lo cometió o porque el hecho no es punible.

Sin embargo, posteriormente, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado en la sentencia de unificación proferida el 15 de agosto de 2018³ determinó lo siguiente:

PRIMERO: MODIFÍCASE LA JURISPRUDENCIA DE LA SECCIÓN TERCERA en relación con los casos en que la litis gravita en torno a la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños irrogados con ocasión de la privación de la libertad de una persona a la que, posteriormente, se le revoca esa medida, sea cual fuere la causa de ello, y UNIFÍCANSE criterios en el sentido de que, en lo sucesivo, en esos casos, el juez deberá verificar:

1) Si el daño (privación de la libertad) fue antijurídico o no, a la luz del artículo 90 de la Constitución Política;

2) Si quien fue privado de la libertad actuó con culpa grave o dolo, desde el punto de vista meramente civil -análisis que hará, incluso de oficio-, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la subsecuente imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva (artículos 70 de la ley 270 de 1996 y 63 del Código Civil) y,

3)Cuál es la autoridad llamada a reparar el daño.

En virtud del principio iura novit curia, el juez podrá encausar el análisis del asunto, siempre en forma razonada, bajo las

³Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección Tercera Sala Plena; Consejero ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera; Bogotá, D.C., quince (15) de agosto de dos mil dieciocho (2018); Radicación número: 66001-23-31-000-2010-00235-01(46947)

premisas del título de imputación que, conforme al acervo probatorio, considere pertinente o que mejor se adecúa al caso concreto” (negrillas del texto).

Primer problema jurídico

¿Conforme a la unificación de jurisprudencia para casos de privación injusta de la libertad, estaba la señora Marisol Montoya Monroy obligada a soportar la carga de esa restricción a su libertad?

Tesis: La Sala defenderá la tesis que en este caso no se presentó un daño antijurídico, ya que en este caso había elementos probatorios que soportaban que la demandante fuera privada de la libertad.

Lo primero que deberá aclarar la Sala de Decisión es que la jurisprudencia del Consejo de Estado hasta agosto del año 2018 establecía un régimen de responsabilidad objetivo en los casos de privación de la libertad cuando el proceso penal culminaba con sentencia absolutoria porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, la conducta investigada no constituía un hecho punible, o la desvinculación respecto del proceso penal se había producido por la aplicación del principio *in dubio pro reo*, y ello era suficiente para que el sujeto pasivo de la detención se hiciera merecedor de recibir una indemnización, así la medida de aseguramiento de la que fue objeto se hubiera ajustado a derecho.

Pese a ello, a raíz de la expedición de la sentencia de unificación del 15 de agosto de 2018, relacionada en líneas anteriores, el Máximo Tribunal Administrativo se apartó de ese régimen objetivo al determinar que, aunque la sentencia absolutoria fuera proferida por esas causales antes enunciadas, debía analizarse por parte de los jueces si el sujeto objeto de esa medida de aseguramiento con su actuar tuvo incidencia en la que misma fuera decretada. Se expresó así en la sentencia:

En esa medida, comoquiera que, en criterio de esta Sala, la participación o incidencia de la conducta del demandante en la generación del daño alegado resulta preponderante, se torna necesario que el juez verifique, incluso de oficio, si quien fue privado de la libertad actuó, desde el punto de vista civil, con culpa grave o dolo, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva, pues no debe olvidarse que, para los eventos de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, el artículo 70 de la Ley 270 de 1996 dispone que aquél (el daño) "se entenderá como debido a culpa exclusiva de la víctima cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo", de modo que en los casos en los que la conducta de la víctima esté provista de una u otra condición procede la exoneración de responsabilidad del Estado, por cuanto en tal caso se entiende que es esa conducta la determinante del daño.

Por ello, en casos como el que ahora ocupa la atención de este juez plural, a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, se debe identificar la antijuridicidad del daño y su imputación, esto es, si quien fue privado de la libertad actuó con culpa grave o dolo, miradas desde la óptica civil, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la consecuente imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva.

Por lo anterior, la Sala se adentrará a estudiar en primer momento el daño y su antijuridicidad.

En relación con el daño se ha entendido que debe tener la característica de ser resarcible e indemnizable; es entendido jurisprudencialmente como "el detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia causado a alguien, en su persona, bienes, libertad, honor, afectos, creencias, etc., suponiendo la destrucción o disminución de ventajas o beneficios patrimoniales o extra-patrimoniales de que goza un individuo, sin que el ordenamiento jurídico le haya

impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carezca de causales de justificación”⁴.

Ahora, para que el daño pueda ser objeto de reparación también debe ser antijurídico; y esta antijuridicidad se configura no porque la conducta del autor sea contraria a derecho, sino porque el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportarlo, razón por la cual se reputa indemnizable⁵. El daño antijurídico consistirá siempre en la lesión patrimonial o extrapatrimonial que la víctima no está en el deber jurídico de soportar.

En este sentido, el daño ocasionado a un bien jurídicamente tutelado impone el deber de indemnizar el consecuente menoscabo, con el objetivo de garantizar el principio de igualdad frente a las cargas públicas.

En el caso bajo examen, conforme a lo expuesto en la demanda y de acuerdo al material probatorio aportado al proceso, considera el Tribunal que el daño alegado por la parte actora se concreta en la afectación del derecho fundamental a la libertad de la señora Marisol Montoya Monroy entre el 2 de septiembre de 2012 al 8 de abril de 2013, con ocasión de la detención de la que fue objeto por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

De acuerdo a lo anterior, se acredita entonces una lesión a un derecho inherente a la condición humana, la libertad, el cual por su trascendencia personal y social claramente conlleva la afectación de intereses tanto materiales como inmateriales que trascienden al núcleo familiar de quien padece el daño.

Sin embargo, como se indicó, el daño debe tener además la connotación de ser antijurídico, aspecto que se determina bajo el entendido que la persona no estaba

⁴ (Consejo de Estado – Sección Tercera, sentencia del 27 de enero del 2000, M.P: Alier E. Hernández Enríquez)

⁵ Máximo Tribunal Administrativo– Sección Tercera – Subsección “C”, en providencia del 24 de abril de 2013, radicación 66001-23-31-000-1999-00494-01(26923)

en el deber jurídico de soportarlo. Finalmente, se debe analizar su imputabilidad a las entidades demandadas.

En la sentencia de primera instancia, tras estudiarse el caso a la luz de la sentencia de unificación antes relacionada, se concluyó que la actora efectivamente estuvo privada de su libertad de manera injusta, pues los hechos que se le endilgaban no habían sido demostrados. Al contrario, las pruebas recaudadas evidenciaban que la sindicada no había incurrido en la conducta que se le atribuía, incluso porque existía duda del hecho investigado, y lo que había concluido la juez penal es que el motivo por el cual se acusó falsamente a la demandante no era otro que el malestar que causó en los policiales las quejas que ella había presentado con anterioridad; incluso en la sentencia penal se ordenó compulsar copias de la actuación a la Fiscalía y a la Oficina de Control Interno de la Policía para que investigaran el actuar de los policiales que capturaron a la demandante.

Por ello, en primera instancia se condenó a la Fiscalía General de la Nación y a la Policía Nacional, y se absolvió de responsabilidad a la Rama Judicial, siendo las dos primeras entidades quienes apelaron el fallo.

Como en este caso la sentencia de unificación determina que se debe verificar si quien fue privado de la libertad actuó con culpa grave o dolo desde el punto de vista meramente civil, análisis que se hará incluso de oficio, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la subsecuente imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva, se adentrará la Sala a revisar si la señora Montoya Monroy de algún modo se expuso a ser objeto de la medida de aseguramiento.

Al tenor del artículo 63 del Código Civil la ley distingue la culpa y el dolo así:

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus

negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo. Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano. El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa. Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado. El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.

En el acápite de lo probado, la Sala hizo alusión a los hechos que el día 1° de septiembre de 2012 originaron la captura de la demandante, y como referente se tiene que a la señora Montoya Monroy se le realizó una requisita por parte de dos uniformados quienes encontraron una bolsa cubierta con cinta adhesiva que en su interior tenía una sustancia que se comprobó, al día siguiente de su captura tras realizar un examen de laboratorio, se trataba de 102 gramos con 09 miligramos de cocaína. Es decir, la accionante fue capturada en flagrancia, y según el acta de elementos incautados, ella portaba una sustancia que era ilícita.

Es cierto que la sentencia de la Juez Penal del Circuito de Riosucio absolvió a la accionante al considerar que no se había demostrado que la sustancia alucinógena fuera llevada por ella ese día de su captura; es decir, para la juez había ausencia de evidencia física porque nunca aparecieron los tamales, lo cual concluyó después de ser adelantado todo el proceso penal, después de practicar testimonios y otras pruebas que le dieron soporte a esa conclusión.

Pese a ello, para la Sala, y en relación con la medida de aseguramiento que es lo que debe analizarse en este proceso, la cual fue dictada al día siguiente de la captura de la accionante, se encuentran elementos probatorios importantes que daban cuenta de que la demandante posiblemente había cometido el delito conocido como tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, pues había una

captura en flagrancia y un acta de incautación que daba cuenta de la existencia de una droga que le había sido incautada a la demandante el día 1 de septiembre de 2012, lo que denota que al ser ella la que transportaba esa sustancia, con su actuar se expuso a ser objeto de esa medida de aseguramiento.

Por ello, sin pretender desconocer la decisión emitida por el juez penal que declaró a la accionante inocente del delito que se le imputaba, lo cierto es que al momento de dictarse la medida de aseguramiento existían pruebas que respaldaban la solicitud que se realizó ante el juez de control de garantías.

Y es que, sin querer atentar contra la presunción de inocencia de la accionante, debe advertirse que ella ya había sido condenada por este mismo delito en época anterior, esto es, en el año 2008; e incluso, según certificado de la directora del EPMSC de Riosucio reporta 4 entradas previas al año 2012 a diferentes cárceles, e incluso una posterior que data del 3 de agosto del año 2015.

Para la Sala, la medida de aseguramiento de la que fue objeto la actora contaba con un material probatorio que arrojaba indicios graves que no solamente apuntaban a la posible comisión de un delito que, si bien al final del proceso penal consideró la juez que la accionante había sido acusada falsamente, no por eso deja de tener fundamento para dictar la medida de aseguramiento.

Es por ello que se considera que conforme a los hechos probados, los actos en que se vio comprometida la demandante y que dieron lugar a iniciar la investigación penal y su posterior detención preventiva no puede calificarse de cuidadosos, correctos o prudentes, sino que más bien encajan en conductas culposas, valoradas desde el punto de vista civil como lo enseña la jurisprudencia de unificación tantas veces señalada, pues aunque en esta instancia no se está juzgando penalmente a la actora, si se hace desde la óptica de lo que la jurisprudencia del Consejo de Estado señala como comportamientos que pueden originar la imposición de una medida de aseguramiento.

Es decir, la medida de aseguramiento de la que fue objeto la señora Montoya Monroy contaba con un material probatorio suficiente que daba cuenta de una posible comisión del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, aspecto que sí daba lugar a tomar la medida de privación de la libertad, por cuanto se debe advertir que esta medida no está condicionada a la existencia de una prueba categórica e irrefutable de la responsabilidad penal, sino a que medie una orden de la autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por un motivo previamente definido en la ley (como la existencia de indicios en su contra), requisitos sin los cuales su imposición sí se tornaría en injusta e, incluso, ilícita.

Es importante también recordar que el ser objeto de una medida de aseguramiento no va en contravía de la presunción de inocencia, es decir, la misma se mantiene incólume, ya que esta solo resulta ser desvirtuada una vez se agotan los trámites propios del proceso penal mediante la decisión de declaratoria de responsabilidad en firme, pues de conformidad con el artículo 29 de la Constitución *"toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable"*.

De conformidad con los artículos 355 y 356 de la Ley 600 del 2000, para decretar las medidas de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario se requería, en primer lugar, de la configuración de, por lo menos, dos indicios graves de responsabilidad en contra del implicado y, en segundo, de la necesidad de su imposición, bien con el fin de garantizar la comparecencia de los sindicados al proceso, asegurar la ejecución de la pena privativa de la libertad, evitar la continuación de su actividad delictual o impedir el entorpecimiento de la actividad probatoria

Sobre si se evidenciaron elementos que afirmaban la existencia de la droga tenemos:

En el acta de incautación de elementos que data del 1 de septiembre de 2012 se consignó que se le había sido retenido a la señora Marisol Montoya Monroy una envoltura plástica color blanco con cinta adhesiva transparente que en su interior contenía sustancia polvorienta con olor y color similar al bazuco, así como la suma de \$15.000 pesos moneda corriente, en billetes de diez mil y cinco mil pesos (fol. 89 C.2).

En el informe de investigador de campo para diligencia PIPH del 2 de septiembre de 2012, se indica que entregada para análisis una bolsa plástica transparente sellada y rotulada en cuyo interior había una porción de sustancia sólida, color café, la cual arrojó como resultado a su valoración 102 gramos con 9 miligramos de cocaína y sus derivados; resultado que después fue confirmado también con otro análisis de laboratorio realizado el 8 de octubre de 2012 (fol. 156 a 159 C.2).

Los anteriores elementos son o eran jurídicamente válidos para decretar la medida de aseguramiento, otra cosa es que ya para la fecha de la audiencia de juzgamiento, no se encontrara la droga o se evidenciaran los errores del procedimiento policial o las incongruencias de las declaraciones de los policías. lo que llevó a la sentencia absolutoria.

Así las cosas, se evidencia que la señora Marisol Montoya Monroy si bien sufrió un daño, este no tiene la connotación de ser antijurídico, ya que la medida de aseguramiento encontró fundamento en pruebas que permitían presumir la comisión de un delito por parte de la mencionada persona, por lo que es diáfano concluir que asumió una carga que tenía el deber jurídico de soportar.

No sobra señalar que para determinar si la administración tiene responsabilidad por privación injusta de la libertad no le compete al juez revisar la legalidad de la decisión de privación, esto es, que no le implica estudiar si la decisión se tomó teniendo en cuenta los parámetros legales y/o jurisprudenciales para decretarla,

únicamente si quien fue sujeto pasivo del *ius puniendi* estaba obligado o no a soportar esa carga, lo que en este caso se responde de manera positiva.

Conforme a lo anterior, y en atención a la Jurisprudencia del Consejo de Estado frente a la responsabilidad del Estado en casos de privación de la libertad, encuentra esta Sala de Decisión que la demandante con su actuar dio lugar de manera clara y objetiva a la medida de aseguramiento de la que fue objeto, y por ello conforme a la dogmática actual de la privación de la libertad la misma no se torna en injusta, y por el contrario era una carga que debía soportar, lo que lleva a esta corporación a revocar la sentencia de primera instancia, y por sustracción de materia a no estudiar los demás problemas jurídicos planteados.

Conclusiones:

Considera el Tribunal que, de acuerdo al material probatorio obrante en el expediente, en el presente asunto no se acreditó la antijuridicidad del daño, en tanto se encontró justificado que la señora Marisol Montoya Monroy soportara la medida de aseguramiento de la que fue objeto.

Por las anteriores consideraciones se revocará la sentencia de primera instancia, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales el día 11 de diciembre de 2018, y en su lugar se absolverá de responsabilidad a las demandadas.

Costas

En el presente asunto se condenará en costas de ambas instancias a la parte demandante, en atención a que la sentencia de primera instancia será revocada, y a que la Fiscalía General de la Nación y la Policía Nacional se vieron en la necesidad de asumir el pago de abogados y gastos procesales para atender esta

instancia, lo cual se refleja en la presentación de alegatos de conclusión ante esta corporación.

La liquidación y ejecución se harán por el juzgado de primera instancia, conforme artículo 366 del Código General del Proceso.

Las agencias en derecho de conformidad con el artículo 6 numeral 3.1.3 inciso 2 del Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura se tasan en un valor de \$112.000 a cargo de la parte demandante y a favor de la Nación – Fiscalía General de la Nación y la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional en un porcentaje del 50% para cada una. No se reconocerán agencias a favor de la Rama Judicial en tanto no se evidencia actuación en esta instancia.

Es por lo expuesto que **LA SALA PRIMERA DE DECISIÓN** del **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 11 de diciembre de 2018 proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales dentro del proceso que por el medio de control de **REPARACIÓN DIRECTA** instauró **MARISOL MONTOYA MONROY** contra la **NACIÓN – RAMA JUDICIAL**, la **NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** y la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL**, de acuerdo a las consideraciones que anteceden, y en su lugar **NEGAR** las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de ambas instancias a la parte demandante; por agencias en derecho se fija la suma de \$112.000 a cargo de la parte demandante y a favor de la Fiscalía General de la Nación y de la Policía Nacional.

La liquidación y ejecución se harán por parte del Juzgado de primera instancia conforme artículo 366 del Código General del Proceso.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen para lo pertinente. 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 30 de julio de 2020 conforme Acta nº 036 de la misma fecha.

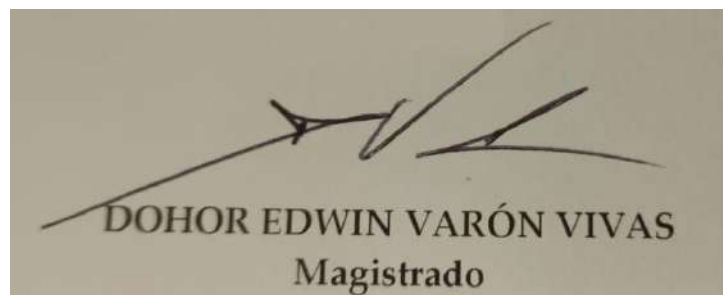


CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
Magistrado

Salva el voto



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. 097 del 4 de agosto de 2020.
Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.

Manizales, _____



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



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

Manizales, treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020)

PROCESO No.	17-001-33-39-008-2019-00331-02
CLASE	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	MARÍA OLGA VALLEJO MURILLO
ACCIONADO	NACIÓN – RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL

Ingresó el proceso a Despacho para decidir sobre el escrito presentado por la parte accionante el 17 de julio del año en curso, mediante el cual solicita se corrija el auto del 13 de julio de 2020 con el cual se aceptó el impedimento manifestado por los jueces administrativos y se fija fecha para el sorteo de conjueces.

CONSIDERACIONES:

El artículo 286 del CGP, norma aplicable por remisión del artículo 306 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, establece:

Artículo 286. Corrección de errores aritméticos y otros. Toda providencia en que se haya incurrido en error puramente aritmético puede ser corregida por el juez que la dictó en cualquier tiempo, de oficio o a solicitud de parte, mediante auto.

Si la corrección se hiciera luego de terminado el proceso, el auto se notificará por aviso.

Lo dispuesto en los incisos anteriores se aplica a los casos de error por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén contenidas en la parte resolutive o influyan en ella.

Mediante escrito de fecha 13 de julio de 2020, la parte accionante señaló que existía un error en la fecha ordenada para el sorteo, pues se indicó que el mismo se llevaría a cabo el 27 de marzo de 2020.

Conforme a la norma transcrita evidencia esta Sala que, efectivamente por un error involuntario se fijó una fecha de sorteo para conjueces anterior a la del mismo auto que la autoriza, haciendo evidente la corrección.

Así las cosas, se corrige la providencia dictada el 13 de julio del año en curso en el sentido de indicar que se FIJA como fecha y hora para el sorteo de conjuez que deba actuar en el presente trámite, el día **VIERNES CATORCE (14) DE AGOSTO DE DOS MIL VEINTE (2020) A LAS NUEVE Y MEDIA (9:30) DE LA MAÑANA** de manera virtual.

Por lo anteriormente expuesto, **LA SALA PRIMERA DE DECISIÓN EL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE CALDAS**, en Sala de Decisión

RESUELVE:

PRIMERO: CORREGIR la providencia dictada el 13 de julio del año en curso en el sentido de indicar que: la fecha y hora para el sorteo de conjuez que deba actuar en el presente trámite, será el día **VIERNES CATORCE (14) DE AGOSTO DE DOS MIL VEINTE (2020) A LAS NUEVE Y MEDIA (9:30) DE LA MAÑANA** de manera virtual. .

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE el presente proveído por estado electrónico; una vez surtido éste, envíese mensaje de datos a los correos electrónicos suministrados, según lo dispone el inciso 3º del artículo 201 de la Ley 1437 de 2011.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, continúese con el trámite de ley.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

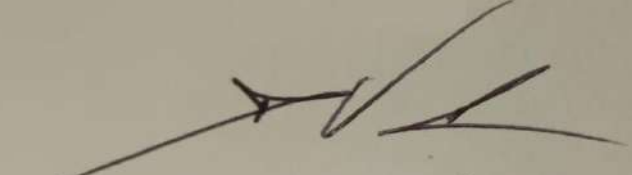
Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión Virtual celebrada el 30 de julio de 2020 conforme Acta nº 036 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
Magistrado



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 097 del 4 de agosto de 2020. Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.
Manizales, _____



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

ACTA DE AUDIENCIA INICIAL
MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, treinta y uno (31) de julio del año dos mil veinte (2020)

A.I.: 157

Radicado: 17001-23-33-000-2014-00118-00
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Martha Isabel Díaz Cuartas
Demandados: Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional.

Procede el Despacho Sustanciador de conformidad con lo establecido el artículo 13 de Decreto 813 de 2020 *“Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”*, a resolver las excepciones previas planteadas. previo a las siguientes consideraciones.

1.- Saneamiento:

Analizadas las etapas previamente adelantadas dentro del asunto, no se observa algún vicio o situación que deba ser objeto de saneamiento.

De tal suerte que, ejecutoriada esta actuación, mientras no se trate de situaciones presentadas con posterioridad, no se podrá alegar vicio alguno respecto de las actuaciones surtidas.

2.- Resolución de Excepciones Previas:

- La Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, propuso la siguiente excepción previa:

i) Falta de competencia: Argumentó que la demandante estimó la cuantía para determinar la competencia en la suma de \$48.069.990 por concepto de indemnización moratoria entre el 12 de noviembre de 2009 y el 10 de febrero de 2014, la cual a su juicio no puede ser aplicada, toda vez que dichas sumas solo surgen a partir de la sentencia que reconozca la existencia del contrato realidad. Con fundamento en ello, adujo que este Tribunal no es competente para conocer del presente asunto en primera instancia, debido a que las pretensiones no superan los 50 smmlv señalados en el numeral 2 del artículo 152 del CPACA.

- Traslado de la parte demandante: Frente a la excepción referida, la parte demandante señaló que la competencia recae sobre esta Célula Judicial, toda vez que así fue determinado por el Consejo de Estado en providencia del 27 de mayo de 2017.

.- Consideración.

Respecto de la competencia en asuntos donde se ventilen pretensiones de nulidad y restablecimiento de carácter laboral como el presente, el factor objetivo de la cuantía determinará el juez competente para conocer del proceso; es así que para que esta Corporación pueda conocer de aquellos asuntos en primera instancia, deberán superar el monto de 50 smlmv, tal como lo dispone el art. 152 núm.. 2 del CPACA, en contraste con lo anterior, si la cuantía es inferior a ese valor, serán los jueces Administrativos quienes asumirán el conocimiento del proceso en primera instancia.

Ahora bien, para efectos de establecer la cuantía, el legislador dispuso en el art. 157 del CPACA, que:

“(...) En las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho no podrá prescindirse de la estimación razonada de la cuantía, so pretexto de renunciar al restablecimiento.

La cuantía se determinará por el valor de las pretensiones al tiempo de la demanda, sin tomar en cuenta los frutos, intereses, multas o perjuicios reclamados como accesorios, que se causen con posterioridad a la presentación de aquella.

Cuando se reclame el pago de prestaciones periódicas de término indefinido, como pensiones, la cuantía se determinará por el valor de lo que se pretenda por tal concepto desde cuando se causaron y hasta la presentación de la demanda, sin pasar de tres (3) años.”

Efectuadas las anteriores consideraciones y con el fin de determinar el juez competente, conviene recordar que, en asuntos de carácter laboral, la cuantía se determina como lo dispone el artículo 157 del CPACA, es decir, **por la suma de sus pretensiones**, sin incluir los perjuicios morales. En tal sentido, en el caso *sub judice*, el actor pretende que se reconozca la existencia de un contrato realidad y consecuentemente las prestaciones sociales que pueda percibir; por lo tanto, la cuantía deberá estimarse de conformidad con el párrafo 4º. del artículo antes citado.

Así lo ha referido el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A; Consejero ponente: Rafael Francisco Suárez Vargas en providencia del veintiuno (21) de febrero de dos mil diecinueve (2019), en la que señaló:

“Según el artículo 152, numeral 2º., de la Ley 1437 de 2011, los tribunales administrativos en primera instancia conocerán de asuntos de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral que no provengan de un contrato de trabajo en los cuales se controviertan actos administrativos de cualquier autoridad, cuando la cuantía exceda de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

De igual manera, el artículo 157 de la Ley 1437 de 2011 establece que respecto a la competencia por razón de la cuantía, en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho no podrá prescindirse de su estimación razonada, so pretexto de renunciar al restablecimiento. Y que la cuantía se determinará por el valor de las pretensiones al tiempo de la demanda, sin tomar en cuenta los frutos, intereses, multas o perjuicios reclamados como accesorios, que se causen con posterioridad a la presentación de la demanda

Efectuadas las anteriores consideraciones y con el fin de determinar el juez competente, conviene recordar que, en asuntos de carácter laboral, la cuantía se determina como lo dispone el artículo 157 del CPACA, es decir, por la suma de sus pretensiones, sin incluir los perjuicios morales (...)". (Se destaca)

De acuerdo a lo anterior, la cuantía estimada del presente proceso asciende a la suma de \$80.677.507¹; conformada por:

Valor de la cesantía por todo el tiempo de labor	\$12.244.444,4
Valor interés a la cesantía	\$18.938.074
Valor prima del último año	\$950.000
Valor vacaciones del último año	\$475.000
Indemnización moratoria	\$48.069.990
Total	\$80.677.508,4

Ahora, independientemente de si se acoge la posición de la demandante o la demandada sobre la forma de estimar la cuantía del rubro específico denominado "*indemnización moratoria*", ello no afecta la competencia de este Tribunal para conocer el asunto, pues la suma de las demás pretensiones asciende a \$32.607.518

Por lo anterior se concluye que, la cuantía de las pretensiones de la demanda supera los 50 smmlv, que para la fecha de formulación de la demanda equivalía a \$30.801.350²

Por lo tanto, según lo dispuesto en el artículo 152 del CPACA, el presente asunto es de competencia de este Tribunal, razón por la que será negada la excepción.

2) *Inepta demanda por indebida proposición jurídica*: Argumentó que la parte demandante no agotó el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 161 del CPACA, toda vez que los aspectos que reclama el actor tienen el carácter de ciertos y discutibles y por ende conciliables.

.- Traslado de la parte demandante: Frente a la excepción referida, la parte demandante señaló que no tiene vocación de prosperidad toda vez que *el Consejo de Estado ya definió que el acto administrativo es susceptible del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (sic)*.

.- Consideración.

Para resolver la excepción propuesta, se advierte que si bien es cierto el artículo 161 del CPACA expresa que: "*(...) Cuando los asuntos sean conciliables, el trámite de la conciliación extrajudicial constituirá requisito de procedibilidad de toda demanda en que se formulen pretensiones relativas a nulidad con restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales*", no obstante lo anterior, cuando el asunto objeto de debate comprometa derecho que tenga el carácter de imprescriptibles e irrenunciables, no se deberá agotar el requisito previo de procedibilidad.

Así las cosas, teniendo en cuenta que además de las prestaciones sociales cuyo reconocimiento reclama la parte actora, se busca sean reconocidos los aportes pensionales provenientes del contrato realidad, los cuales tiene la naturaleza de imprescriptibles e irrenunciables, se arriba a la conclusión que no era necesario agotar la conciliación pre

¹ Ver folio 14 C1

² Salario mínimo para el año 2014, según el Decreto 3068 de 2013 equivalía a \$616.027

judicial como requisitos de procedibilidad para demandar ante esta sede. Por lo tanto, se negará la excepción propuesta.

3) *Indebida integración del contradictorio*: Señaló que la señora Martha Isabel Díaz Cuartas fue contratada por la Asociación Acción Social Ejército Seccional Armenia Quindío, afirmando que es una persona jurídica de derecho privado, siendo indispensable la presencia dentro del litigio.

.- Traslado de la parte demandante: Frente a la excepción referida, la parte demandante señaló que no tiene vocación de prosperidad toda vez que según la Oficio del 19 de diciembre de 2001, suscrito por el Jefe de Personal del Batallón de Infantería No. 22 Ayacucho, la señora Martha Isabel Cuartas se encontraba vinculada al Ministerio de Defensa.

.- Consideración:

Para resolver la excepción propuesta, resulta necesario remitirnos a lo establecido en el artículo 61 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 306 del C.P.A.C.A., norma que señala sobre el litisconsorcio necesario e integración del contradictorio, lo siguiente:

ARTÍCULO 61. LITISCONSORCIO NECESARIO E INTEGRACIÓN DEL CONTRADICTORIO. *Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciera así, el juez, en el auto que admite la demanda, ordenará notificar y dar traslado de esta a quienes falten para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado.*

Existe litisconsorcio necesario cuando hay pluralidad de sujetos en calidad demandante (litisconsorcio por activa) o demandado (litisconsorcio por pasiva) que están vinculados por una única "relación jurídico sustancial"; en este caso y por expreso mandato de la ley, es indispensable la presencia dentro del litigio de todos y cada uno de ellos, para que el proceso pueda desarrollarse, pues cualquier decisión que se tome dentro de éste es uniforme y puede perjudicar o beneficiarlos a todos.

En cambio, el litisconsorcio será facultativo o voluntario cuando concurren libremente al litigio varias personas, en calidad de demandantes o demandados, ya no en virtud de una única relación jurídica, sino de tantas cuantas partes dentro del proceso deciden unirse para promoverlo conjuntamente (legitimación por activa), aunque válidamente pudieran iniciarlo por separado, o de padecer la acción si sólo uno o varios de ellos debe soportar la pretensión del actor (legitimación por pasiva).

Bajo esta modalidad, los actos de cada uno de los litisconsortes no redundarán en provecho o en perjuicio de los otros, sin que ello afecte la unidad del proceso o implique que la sentencia sea igual para todos³.

En este caso, el proceso puede adelantarse con o sin la presencia de la Asociación Acción Social Ejército Seccional Armenia Quindío, porque el contenido de la sentencia en últimas

³ Artículo 60 C.G.P.

no lo perjudica ni lo beneficia.

En cuanto al litisconsorcio necesario en casos similares, el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. William Hernández Gómez; del 3 de marzo de 2020. Radicación: 17001-23-33-000-2015-00295-01(2814-16) señaló:

Resulta oportuno y pertinente traer la conclusión allí propuesta en el sentido de señalar que quien presuntamente se beneficia de los servicios prestados por el asociado es el tercero. En consecuencia, es este último el que eventualmente está llamado a responder, toda vez que, se reitera, es quien aparentemente se favorece de la realización de las actividades permanentes del asociado, y del cual, por demás, se depreca la existencia de una relación laboral.

Colofón de lo anterior y en atención a los presupuestos fácticos y jurídicos, para el caso concreto, no es necesaria la vinculación de la cooperativa Coopreserva, puesto que no se advierte que el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme frente a esta o que sea imposible decidir de mérito sin la comparecencia de la cooperativa, porque no es sujeto de la presunta relación laboral del señor Fabián Mauricio Bedoya Muñoz con la demandada y tampoco intervino en la producción del acto administrativo del cual ahora se solicita su nulidad.

En efecto, la comparecencia de la cooperativa Coopreserva no resulta indispensable e inescindible para proferir fallo, porque el debate jurídico planteado está direccionado al tercero beneficiario de la presunta prestación personal del servicio endilgado por el demandante, que según las pretensiones y hechos de la demanda, sería la Territorial de Salud.

Así las cosas, no encuentra esta Sala fundamento fáctico o jurídico para colegir que el presente asunto no pueda ser resuelto, tal y como está integrado el contradictorio. Por lo tanto, será negada la excepción propuesta.

Por lo expuesto el Tribunal Administrativo de Caldas,

Resuelve:

Primero: Negar las excepciones previas propuesta por la Nación Ministerio de Defensa – Ejército Nacional.

Notificar



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE CALDAS



SALA PLENA DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, treinta y uno (31) de JULIO de dos mil veinte (2020)

RADICACIÓN	17001-33-39-007-2016-00255-02
CLASE	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	BERNARDO VALENCIA NEIRA Y OTROS
DEMANDADO	NACIÓN - RAMA JUDICIAL - DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL
ASUNTO	MANIFESTACIÓN DE IMPEDIMENTO

ANTECEDENTES

Los demandantes, Bernardo Valencia Neira, Luzmila Restrepo Orozco y Fernando Amaya Castaño, en sus calidades de padre, madre y esposo, respectivamente, de la Doctora Ángela María Valencia Restrepo, quien en vida se desempeñó en el cargo de Escribiente de esta Corporación, pretenden la nulidad de la Resolución N° DESAJMZR 16-4613 de 7 de enero de 2016, y del acto ficto originado con el recurso de apelación interpuesto contra el acto primigenio, con los cuales se negó el reconocimiento y pago de la bonificación judicial creada por el Decreto 383 de 2013 como factor salarial. A título de restablecimiento del derecho, solicita que se ordene a la entidad demandada reconocer y pagar la diferencia salarial entre lo que se ha liquidado y pagado hasta ahora, y lo que debería devengar, teniendo como base la bonificación judicial como factor salarial y prestacional.

IMPEDIMENTO PARA CONOCER DEL ASUNTO

Los impedimentos tienen como fundamento la integridad moral del funcionario que los declara, quien en razón de la existencia de ciertas situaciones comprobadas puede sentirse condicionado, bien en su fuero interno o en sus circunstancias externas.

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala en su artículo 130 que los Magistrados y Jueces deberán declararse impedidos, o serán recusables, en los casos previstos en el artículo 150 del Código de Procedimiento Civil (actualmente, artículo 141 del Código General del Proceso).

El Estatuto Adjetivo en mención reza en el numeral 1 del referido canon 141:

“Son causales de recusación las siguientes:


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

Respetuosamente consideramos que en nuestra calidad de Magistrados de este Tribunal y debido a la naturaleza de los reajustes salariales y prestacionales pretendidos, resultaríamos indirectamente beneficiados puesto que la inclusión de un factor para la liquidación de las prestaciones sociales, se aplicaría de igual manera a los demás funcionarios judiciales, y por tanto nos asistiría interés, circunstancia que se ajusta al contenido del numeral reproducido, razón por la cual, a juicio de los suscritos, se concretiza el impedimento para conocer de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho de la referencia.

Por ello, y de conformidad con lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 131 de la Ley 1437 de 2011, por la Secretaría de esta Corporación y previa anotación en el programa informático “Justicia Siglo XXI”, remítase el expediente al H. Consejo de Estado - Sección Segunda, para lo pertinente.

CÚMPLASE

Los Magistrados,



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA

Magistrado



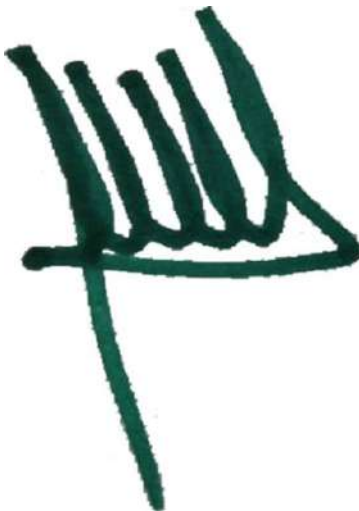
DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 097 de fecha 04 de Agosto de 2020.

Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.

Manizales,

A handwritten signature in green ink, consisting of several vertical strokes of varying heights and a horizontal base line, with a long vertical stroke extending downwards from the left side.

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

17-001-23-33-000-2016-00697-00

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA IV ORAL DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: **AUGUSTO MORALES VALENCIA**

Manizales, treinta y uno (31) de JULIO de dos mil veinte (2020)

S. 089

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 primer grado dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** de carácter disciplinario promovido por el señor **DIEGO MAURICIO PULIDO PINEDA** contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL**.

PRETENSIONES

DE LA PARTE ACTORA

/fls. 3 y 4 cdno ppl/

Se impetra por la parte actora la nulidad de los fallos administrativos de primera y segunda instancia, datados 18 de marzo y 22 de mayo de 2014, en su orden, dictados por la Policía Nacional, con los cuales fue destituido de la institución como “Teniente”, e inhabilidad para el desempeño de funciones públicas por un lapso de trece (13) años; así como la anulación de la Resolución N° 1723 de 11 de septiembre también de 2014 del Ministerio de Defensa Nacional con la que se ejecutan aquellos, pero se incrementa la inhabilidad a diecisiete (17) años.

A título de restablecimiento del derecho se demanda le sean restablecidos sus derechos como Teniente efectivo, se le liquiden y cancelen los valores dejados de percibir como salarios, primas legales y extralegales, ordinarias y especiales, vacaciones, cesantías y demás emolumentos que haya dejado de percibir como miembro activo de la Policía Nacional; que se condene a la entidad al pago de intereses moratorios hasta el momento en que se haga efectivo el pago, y se dé cumplimiento a la sentencia conforme a la Ley 1437/11.

SÍNTESIS DE LOS HECHOS

/fls. 4-7 ídem/

➤ HECHOS CON RESPECTO A LA INVESTIGACIÓN DISCIPLINARIA REGI3-2013-3 ADELANTADA EN CONTRA DEL DEMANDANTE

Se expresa por la parte nulidiscente, que fue adelantada en su contra investigación disciplinaria con radicación REGI3-2013-3, ante queja formulada por la señora LUZ MARINA DUQUE CEDEÑO por hechos sucedidos el 20 de septiembre de 2012, la que señaló, que siendo las 16:30 horas, aproximadamente, cuatro (4) Agentes de la Policía, adscritos a la Estación del municipio de Chinchiná, se introdujeron a su residencia procediendo a requisar a su hijo Oscar Iván Salazar Duque quien ingresaba su motocicleta al garaje de la casa, apuntándole dos policiales en su cabeza con sus armas de fuego; en el momento se hallaban, según se relata de la queja, alrededor de 20 uniformados y funcionarios de la Fiscalía, y ante la situación de violencia, su hijo Oscar Iván decidió subir al vehículo de la Policía. Se señala de la queja, igualmente, que otro hijo, que se hallaba con dos amigos, recriminó por el procedimiento que se realizaba, pero fueron también subidos al mismo vehículo; al paso que otro hijo, que igualmente llamó la atención, se vio forzado a ingresar a la residencia, a la cual los Agentes no pudieron entrar, pero le daban patadas a la puerta. Al no poder acceder los Policiales a la residencia, continúa el relato de la queja, el Teniente PULIDO -el actor- quebró un vidrio de una de las ventanas de la casa lanzando una granada de gas lacrimógeno, procediendo seguidamente a la retirada con el personal de la Fiscalía.

De la querrela también se indica que en la residencia se hallaban 4 personas, entre ellas 3 menores de edad, una de las cuales se encontraba en estado de embarazo, e igualmente una persona adulta, resultando todas afectadas en su salud por efectos del gas, al tiempo que se daba a conocer que la denunciante es hipertensa, perdió la voz por un lapso de dos (2) horas, y que por efectos del gas lacrimógeno aún padecía problemas respiratorios al momento de presentarse la queja.

Prosiguiendo el accionante con el relato de la quejosa ante la Policía, se expone que vidrios de la ventana cayeron en el pecho de una de las hijas de la reclamante, y algunos niños que se encontraban en un parque infantil que se halla localizado enseguida de la casa, resultaron afectados por el mismo gas lacrimógeno; mientras que sobre la motocicleta que tenía su hijo fue llevada por los policiales, sin

justificación alguna, para los patios de la Policía, no obstante tener la documentación en regla, sin embargo, el Teniente PULIDO la mantuvo retenida.

Refirió así mismo el demandante, que según la queja, el hijo de la denunciante OSCAR IVAN SALAZAR DUQUE, con sus dos amigos, los tuvieron alrededor de dos horas en el vehículo de la policía, pero ante sus protestas por problemas de respiración, los trasladaron al calabozo. De igual manera, que al indagarle el señor LUIS MIGEL PINEDA RAMOS al Teniente PULIDO, las razones por las cuales iban a ser ingresados al calabozo, este Oficial, sin explicación alguna, ‘le dijo que él era un marica y le pegó tres golpes en el rostro y posteriormente estando en el calabozo llegó otro policía y lo golpeo (sic) en el pecho y le propinó un rodillazo en el estómago’, considerando la quejosa como extraño, que ‘a un menor de edad no lo registren en el libro de entrada y salidas de las personas que son detenidas’. El mismo día 20 de septiembre, de acuerdo a la queja, después de cinco (5) horas de retención indebida e ilegal, fue liberado el hijo de aquella.

Según la reclamación que hizo la señora DUQUE CEDEÑO, al ir su hijo OSCAR IVAN SALAZAR al Comando de la Policía y a la Oficina de Tránsito con los documentos al día para reclamar la motocicleta, le indicaron que solo lo harían cuando cancelara tres comparendos hechos por no portar los papeles. Se indicó también que el Teniente PULIDO le manifestó a su otro hijo ALBEIRO SALAZAR DUQUE, que OSCAR IVAN ‘era un delincuente y bandido’, que en el lugar donde lo encontrara lo iba a requisar y detener, y fue quien ordenó que durante un mes aproximadamente le hiciera 4 comparendos por razón de la moto, todos por distintos motivos. La persecución contra su hijo la consideró como ‘ilegal e inexplicable’, puesto que donde lo ve, ‘lo detiene, lo requisa y lo maltrata verbalmente’ /fls. 4 y 5 cdno ppl/.

➤ **HECHOS CON RESPECTO A LA INVESTIGACIÓN DISCIPLINARIA REGI3-2013-19 ADELANTADA TAMBIÉN CONTRA DEL DEMANDANTE.**

Dice el accionante TENIENTE PULIDO PINEDA, que el señor JOSÉ ALEXANDER GÓMEZ ESPINOSA tuvo un problema con el Coronel Mauricio Dávila Medina, quien lo acusó a de haberle ‘robado unos elementos de su vehículo’, por lo que el Teniente, ‘para rendirle pleitesía al Coronel’ lo amenazó diciéndose que le iba a formular orden de captura si no le respondía al Coronel, ‘en el momento que él me dijo esto me asusté y le firme (sic) una letra de cambio, esto ocurrió el 18 de agosto de 2012’, y que consultando con profesionales del derecho, le explicaron que el señor

PULIDO había abusado de su autoridad, por lo que se dirigió a la Fiscalía a presentar la correspondiente denuncia. El día 8 de septiembre de 2012 el Teniente PULIDO fue a la casa del denunciante a indagarle si las cosas supuestamente robadas ya habían aparecido, o si ya le había respondido al Coronel por la letra de cambio, manifestándole que él (el Teniente) nada tenía que ver con el asunto; días después llamó el Coronel al reclamante diciéndole ‘porque (sic) yo no dejaba que el Teniente se hiciera cargo de esto, le conteste (sic) que porque él nada tiene que ver con esto, que esto era un problema del Coronel con mi persona’; y que este oficial al indagarle cuándo le iba a pagar la letra de cambio le indicó que el dinero que percibía era escasamente para vivir, replicándole que iba a hacer efectivo el título ante un juzgado.

El 22 de septiembre de 2012, encontrándose el señor GÓMEZ ESPONOSA en el atrio de la iglesia, el Teniente PULIDO le llamó la atención amablemente, pero luego le expuso groseramente que era ‘un bocón...por estar diciendo cosas que no son...porque usted está diciendo que yo le presioné para firmar esa letra...’. Después de tratarlo soezmente, ‘me capturó en un carro de la Policía, me llevó al Comando de Policía, dijo que me trataran como un perro y me metieran al calabozo por un largo tiempo...me ayudaron a salir de allí, después de haber permanecido 4 horas...en la salida me dice delante de mi patrona...y el Sargento Figueroa que yo era el que lo había agredido, volvió y me llamó bocón, yo le dije usted fue el que me insulto (sic) en el parque y en el momento él, lo negó todo, me dijo que si no firmaba el libro de asistencia en el Comando, sabiendo que lo único que decía era mentiras, volvía y me metía al calabozo, a pesar de sentirme otra vez presionado, volví a firmar...’ /fls. 5-6 cdno ídem/.

➤ **HECHOS RELACIONADOS CON LA SUPUESTA ILEGALIDAD DE LA ACTUACION DISCIPLINARIA, SEGÚN EL ACCIONANTE**

Cuestiona el demandante, con argumentos de difícil intelección, que hubo una “acumulación oficiosa” de ambas actuaciones disciplinarias por parte de la INSPECCIÓN DELEGADA DE LA REGIÓN TRES DE LA POLICÍA /v. fls. 285-288 cdno 1ª/, siguiendo ambas con el número de radicado REGI3-2013-3, de acuerdo al auto de 10 de septiembre de 2013, ‘pero extrañamente y pese a la forma en que se erigieron las quejas, solo se aperturaron (sic) las indagaciones preliminares en contra del citado Teniente...y no en contra de otros Policía (sic) por establecer, pese a que se enunciaban como en cada caso, la coparticipación de otros Institucionales, una situación que desde ese momento se convirtió en un vicio

dentro del proceso’/fl. 6 infra/, señalando luego (hecho 5° fl. 7 supra ídem/ que, ‘En cada una de las investigaciones disciplinarias se apertura la investigación disciplinaria formal y posterior a ello se declaró la acumulación’.

Más adelante se indicaron los cargos atribuidos al Teniente Pulido (Causar daño a la integridad de... los bienes, como consecuencia del exceso en el uso de...la fuerza...; realizar una conducta descrita en la ley como delito, a título de dolo, cuando se cometa...con ocasión...de la función; privar ilegalmente de la libertad a una persona...), los que serán abordados en las consideraciones de esta providencia, juntamente con los vicios de los que se acusa adoleció la investigación disciplinaria.

NORMAS VIOLADAS
Y
CONCEPTO DE VIOLACIÓN
/fls. 37 a 67 cdno 1/

La parte nulidiscendente invocó como normas vulneradas con la declaración de voluntad administrativa impugnada, las siguientes disposiciones de orden constitucional y legal:

- **Constitución Política**, arts. 1°, 4°, 13, y 29.
- **Ley 734 de 2002**, arts. 12, 20, 132, 143.

Mencionó que se vulneró el artículo 1° constitucional al ser sancionado el investigado ‘bajo parámetros salidos del contexto legal’, afectando su dignidad como persona, funcionario e inculpado; sobre el artículo 4° ibídem estimó que fue transgredido atendiendo a que ‘es de simple consecuencia su vulneración y debe aplicarse sin consideración alguna a aquellas personas o funcionario que están bajo el influjo de un proceso’; del 13 se anotó que se vulnera cuando no se trata de manera igual al Teniente sancionado con el resto de los inculpados dentro del proceso disciplinario; y con respecto al artículo 21 del mismo Estatuto Fundamental, apuntó que se infringió desde el inicio de la investigación disciplinaria puesto que el único policía vinculado fue el Teniente DIEGO MAURICIO PULIDO PINEDA, pues debió iniciarse investigación contra otros policiales, y los Inspectores se limitaron a direccionar y sancionar al demandante; fuera de ello considera, el Inspector Delegado ‘había ya prejuzgado en otro proceso en contra de DIEGO MAURICIO PULIDO radicado 2012-24.

Al abordar la violación de los preceptos invocados de la Ley 734/02, señala la parte nulidiscente que se quebrantó el artículo 12 por no haberse cumplido con los términos de la norma disciplinaria, en especial por las declaratorias de nulidad que afectaron ese proceso disciplinario, ‘en donde se demoran casi dos años, para poder tomar una decisión definitiva que contraria (sic) la ley disciplinaria...’; acerca del artículo 20 del mismo ordenamiento, discute que se vulnera cuando no ha habido un proceso disciplinario justo, con las formalidades de ley, y con ostensible violación de sus derechos y garantías; en frente del artículo 132 ibídem, explica que fue desatendido, ‘pues las pruebas fueron negadas de forma amplia parcial, evitando así que se pudiera ejercer una verdadera demostración de la inocencia’ del sancionado; y sobre el artículo 143, indicó que no obstante en instancia disciplinaria haber advertido una pluralidad de vicios y nulidades, se dictaron los fallos que se demandan, dejando por fuera al accionante PULIDO PINEDA.

Refirió de igual modo, que hubo desconocimiento del derecho de audiencias y defensa /fl. 16 cdno ppl/; falsa motivación /fl. 17 ídem/, y expedición irregular del acto administrativo /fl. 18 íd/

CONTESTACIÓN
AL LIBELO DEMANDADOR
/fls. 594 a 602 cdno 1B/

La NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICÍA NACIONAL, dando respuesta a la demanda se pronunció sobre los hechos indicando que acepta el primero, pero anota que el actor a la fecha de la contestación de la demanda tenía 5 sanciones, 4 destituciones y una multa de 150 días, acompañadas de las respectivas inhabilidades para ejercer cargos públicos, así como un proceso penal pendiente por el delito de secuestro extorsivo. Del hecho segundo señaló que, precisamente, por ser el acto cometido por el Teniente violatorio de las leyes 1015 y 1098, así como de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario, no hubo anotación en el libro de población o registro de detención transitoria del ciudadano; del hecho tercero se expuso que el artículo 53 de la ley 1015 de 2006 permite la ‘acumulación de investigaciones’. Dijo aceptar también los hechos 16 (parcialmente, al estimar que el Decreto con el cual se retira del servicio al disciplinado constituye un acto de ejecución, el mismo que carece de inconsistencias), y 17; mas no admite los hechos 4 a 15, entre otras razones,

porque la acción disciplinaria es de interés público, es pública, oficiosa e independiente de la acción penal (6°); en la investigación se observó en todo momento el debido proceso (7°); se dio debido curso a los recursos interpuestos y se dio trámite a las peticiones (8°); fue imposible la comparecencia de los testigos, defendiendo que si era una prueba del investigado, 'el interés de estos debió a su vez estar puesto en la búsqueda o comparecencia de dichos testimonios para llevar a cabo el cometido de dicha solicitud, pero estos no efectuaron actividad alguna para que esto fuera posible' (10°).

Dijo oponerse igualmente a las pretensiones de la parte nulidisciente, puesto que los actos demandados fueron expedidos conforme a derecho, y adicionalmente porque el Decreto 1723 de 11 de septiembre de 2014 es un acto de ejecución, el que también se encuentra ajustado a derecho.

Como RAZONES DE DEFENSA manifestó, en suma, la entidad demandada, que el accionante a la fecha de contestación del libelo introductor ostentaba cinco (5) sanciones disciplinarias gravísimas (entre ellas 4 destituciones y una multa por 150 días, contándose secuestro extorsivo agravado, indebido comportamiento, y falta a la disciplina judicial), incluso con alcances penales y administrativos, lo que ha generado vergüenza y detrimento a la imagen de la institución.

Después de aludir al servicio de policía contemplado en el artículo 218 constitucional, y sobre los compromisos que se adquieren como Policía al tomar juramento, refiere que los ciudadanos como receptores del servicio, 'no pueden verse involucrados o afectados por el indebido comportamiento y desempeño deshonesto y contrario a la ley de uno de sus funcionarios que para este caso el demandante transgredió sin ningún reparo, y violando todo concepto y deber abusando de su cargo y grado, así como la posición que ostentaba para el día y momento de los hechos'.

Aludiendo a 24 de los deberes que, considera, infringió el demandante, se procede a analizar las supuestas violaciones a los derechos al debido proceso y defensa, y la negativa de la práctica de pruebas /fls. 598-601 ídem/, para con todo solicitar sean denegadas las pretensiones del accionante.

ALEGATOS DE CONCLUSION

- ✓ Primeramente lo hizo la parte accionada con el libelo obrante de fls. 660 fte a 662 vto cdno 1B. Dijo reiterar lo expuesto en el pliego de contestación de la demanda, agregando que, según los testimonios recepcionados en el proceso de los señores Rave Clavijo y Luis Felipe Giraldo, no solo faltan a la verdad sino que se contradicen con el fin de un interés personal, habida cuenta que ambos ejercen acciones de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la Policía Nacional por los hechos en los cuales estuvo también vinculado el actor, al paso que alude a la tacha que del testimonio del segundo hizo el señor Procurador Judicial. Ulteriormente procedió a hacer una defensa de la actuación disciplinaria y las garantías que tuvo el investigado en dicho proceso, para concluir, por último, la misión que tiene el personal de la Policía y pedir que no se anulen los actos enjuiciados.

- ✓ El demandante intervino con el memorial de fls.663 a 665 ídem, señalando, en primer lugar, que ‘más allá de cualquier duda razonable’ se ha probado que ‘lo esgrimido en la demanda se ajusta a la realidad’, donde los testigos manifiestan sobre la persecución hecha contra el señor PULIDO PINEDA. Expuso que la investigación y juzgamiento en primera instancia a cargo del Teniente Coronel Juan Carlos Navia y tal como lo explicó el testigo Felipe Giraldo, tenía la finalidad de afectar al Teniente Diego Mauricio Pulido, lo que deduce de las supuestas denuncias por este formuladas que no ‘fueron debidamente atendidas en la Policía. Y sobre la declaración del señor Rave Clavijo, resalta su manifestación de ‘buen funcionario’ que hizo del demandante, el que en el municipio de Chinchiná gozaba de ‘mucho respeto’, sin que hubiese observado maltrato en contra de “roscó”, de mala reputación en la ciudadanía y en la institución policial, y menos en la fecha en que, se dice, fue conducido a las instalaciones de la Policía.

Refiriéndose a dos procesos contenciosos administrativos que se adelantan en los Tribunales de Caldas y Risaralda, alude el nulidisciente que en ellos se puede corroborar la existencia de ‘un interés ilegal en contra del señor Teniente DIEGO MAURICIO PULIDO PINEDA, no solo de parte del Teniente Coronel NAVIA, sino de la General MIREYA y de parte del alto mando de la Policía, pues recuérdese que el capitán que trato (sic) de sobornar a LUIS FELIPE GIRALDO, pertenece al grupo de inteligencia a nivel nacional con sede en la ciudad de Bogotá y solo se puede movilizar bajo las ordenes de

oficiales Generales'. Se refirió por último el querellante a situaciones que planteó en el libelo introductor.

VISTA PÚBLICA

El señor Procurador Judicial emitió su concepto de mérito con el escrito de fls. 666 a 668 también del cdno 1B, acotando que, 'al no haberse probado la violación al debido proceso...la Procuraduría solicita respetuosamente al Tribunal...que deniegue las súplicas de la demanda'.

Fundamenta su solicitud, en síntesis, indicando que el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como el precepto 29 de la Carta Política, consagran los elementos del debido proceso, y basado así mismo en sentencia C-818 de 2005 de la Corte Constitucional, anota que revisado el expediente disciplinario, no halla ninguna causal probada 'que estructure una conducta arbitraria o caprichosa de la Policía Nacional', puesto que se aplicaron las normas vigentes y los cargos fueron formulados en relación con los hechos investigados, descartando algún "defecto sustantivo" de las providencias demandadas; al paso que señala que la decisión de la Administración fue adoptada 'con fundamento en el material probatorio recopilado en forma legal en el expediente y su valoración no puede reprocharse como irrazonable, erradicando así un eventual "defecto fáctico"; y sobre un "defecto procedimental" refirió el Ministerio Público que en cada etapa de la actuación se observaron las formas propias de dicho trámite administrativo; estimando, por último, 'que el que no se haya accedido por el operador disciplinario a los pedimentos de la defensa, no impone concluir que por esa circunstancia se ha violado el debido proceso del demandante'.

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

Al momento de la fijación del litigio, en la audiencia inicial se señaló como problema jurídico principal a desarrollar, si la entidad demandada había o no vulnerado **"...los derechos del investigado DIEGO MAURICIO PULIDO PINEDA, en el trámite de la indagación preliminar y posterior investigación disciplinaria identificada con el radicado REG13-2013-3.**

Por manera, los puntos cuestionados por la parte nulidiscendente y que son materia de litigio se circunscriben a lo siguiente:

- a) Haber habido una indebida acumulación oficiosa de dos (2) investigaciones disciplinarias contra el mismo demandante: La radicada con el N° 2012-47 (o REGI3-2013-3 vista la demanda. V. ord. 2° capítulo hechos) en la que fungió como quejosa la señora LUZ MARINA DUQUE CEDEÑO; y REGI3-2013-19 ante denuncia del señor JOSÉ ALEXANDER GÓMEZ ESPINOSA, ambas tramitadas luego con el radicado REGI3-2013-3 /V. hecho 3 de la demanda. Fl. 6 cdno 1/;
- b) No haberse adelantado ninguna gestión disciplinaria contra otros policiales que participaron en los hechos /V. hecho 4. Fl. Ídem/.
- c) Los cargos asignados al accionante: Realización de una conducta descrita como delito, a título de dolo, cuando se cometa con ocasión de la función incurriendo en los punibles, “abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto” y “constreñimiento ilegal”, fueron condicionados a la jurisdicción penal, ‘y en materia penal militar y ordinaria no hay una sola sanción por estos hechos’ /V. fl. 8 infra ídem/.
- d) Se produjeron las siguientes nulidades adjetivas:
 - i) En el auto de cargos se reprochan conductas atípicas y ambiguas /fl. 9 infra ídem/, pues no se determina en qué se excedió el actor, atinándose solo en manifestar que “El servidor público excediéndose en el ejercicio de ellas, cometa acto arbitrario”, estimando que habría que adivinar ‘quienes (sic) son “ELLAS”, para indagarse ‘que (sic) clase de cargo es ese...’, echando de menos los elementos que configuran la tipicidad de la falta: diafanidad, elementalidad y legalidad /fl. 10 supra íd/.
 - ii) No decreto de pruebas solicitadas con la respuesta al pliego de cargos /fl. 10 ídem/
 - iii) No haber prosperado una recusación, por prejuizgamiento, en que se vio envuelto el Teniente Coronel JUN CARLOS NAVIA, la que no prosperó;
 - iv) Además de la ambigüedad que se presentó, no se demostró bajo las circunstancias de tiempo, modo y lugar, el traslado del señor JOSÉ

- ALEXANDER GÓMEZ ESPINOZA, por el Teniente Pulido, a las instalaciones de la Policía, privándolo injustamente de la libertad;
- v) El fallo se basó en lo alegado por la quejosa, pero en el caso de los señores OSCAR IVAN (?) y JAIRO SALAZAR no se tuvieron en cuenta las denuncias o testimonios de estos, pues a pesar de estar previstos como prueba desde el auto de apertura de la indagación preliminar, nunca se practicaron.
 - vi) La sentencia de segunda instancia no corrigió los vicios que se habían puesto de presente, reduciendo dos de los cargos atribuidos y disminuyendo la inhabilidad a 13 años, pero sin referirse a la competencia asignada al Inspector Delegado de la Región Tres de Policía de quien, se insiste, ‘quien por ética no debía conocer de este proceso, máxime que ya había sido determinado como quien prejuzgó en otro proceso en contra de DIEGO MAURICIO PULIDO PINEDA’;
 - vii) No se respetaron los términos de la Ley 734/02
- e) Hubo desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, al no haberse atendido a las nulidades propuestas, decidiendo en su lugar sancionar al demandante, sin que haya justificación alguna para que no se hubieran corregido los errores, lo que formuló no solo en los alegatos de conclusión en instancia administrativa, sino en el memorial de apelación del fallo de primera instancia, incluyendo la solicitud de declaración de impedimento por parte del instructor;
- f) Se incurrió también en FALSA MOTIVACIÓN, indicándose, de manera abstracta, que lo fue porque no se corrigieron con los fallos las nulidades formuladas, limitándose solo a expresar que no tenían asidero legal, fundándose las motivaciones en razones contrarias al ordenamiento jurídico; tacha que también sitúa en la violación del debido proceso;
- g) La resolución 1723 de 11 de septiembre de 2014 fue firmada por funcionario incompetente, al no guardar relación entre su enunciado con la firma del mismo, pues se inicia con Presidente de la República y se firma por el Ministerio de Defensa sin fundamentos legales para ello, incrementándose sin ningún piso jurídico la inhabilidad de 13 a 17 años;
- h) Expedición irregular, sustentada en que a pesar de la formación de los servidores públicos instructores, no solucionaron los yerros procesales denunciados, como la incompetencia ni las nulidades específicas señaladas en la actuación.

Seguendo el mismo estricto orden, resolverá la Corporación.

I) INDEBIDA ACUMULACIÓN

La Ley 1015 de 2006 es el que regula el Régimen Disciplinario para la Policía Nacional, por ende, aplicable al trámite disciplinario adelantado por el cuerpo armado contra el señor DIEGO MAURICIO PULIDO PINEDA, el demandante.

El artículo 53 de dicha Ley establece, *ad pedem litterae*:

“ARTÍCULO 53. ACUMULACIÓN DE INVESTIGACIONES. La acumulación de las investigaciones disciplinarias que se adelanten contra un mismo investigado, procederá de oficio o a solicitud de parte, siempre y cuando la actuación se tramite por el mismo procedimiento y no se haya formulado auto de cargos o citado a audiencia.

Cuando las investigaciones se adelanten en unidades diferentes, la acumulación solo procederá a solicitud de parte y se hará en aquella que indique el disciplinado, si allí cursa actuación en su contra.

PARÁGRAFO. La acumulación se decidirá mediante auto motivado contra el cual procede el recurso de reposición.

Del esquema disposicional en trasunto se pueden extraer los siguientes elementos:

- a) Es permitida la acumulación;
- b) Puede hacerse de oficio o a solicitud de parte;
- c) Las actuaciones a acumular deben tramitarse por un mismo procedimiento;
- d) Puede decretarse antes del auto de cargos o se haya hecho citación a audiencia.

A partir del fl. 30 del cdno 1, se encuentra el proceso disciplinario identificado con la radicación REGI3-2013-3, adelantado contra el señor PULIDO PINEDA, según la carátula, por el ‘Presunto procedimiento irregular en la conducción del Señor OSCAR IVAN SALAZAR DUQUE, y el empleo de arma con la cual se tiraron gases lacrimógenos al interior de la residencia de la quejosa señora LUZ MARINA DUQUE’ /V. también fls 273 y ss cdno 1A/.

En los infolios 30 a 33 del cdno ídem se halla la queja formulada por la señora DUQUE, donde denuncia del procedimiento irregular (en forma irregular y violenta) adelantado en su casa de habitación por personal de la Policía, narrando pormenorizadamente los hechos, incluida unas supuestas retenciones ilegales, al tiempo que formulaba unas peticiones, entre ellas, que se ‘adelante las investigaciones internas correspondientes, frente a la violación de los derechos humanos y fundamentales de las que fue objeto mi hijo, sus amigos y todas las personas que estábamos dentro de la casa al momento del lanzamiento de la granada’.

En los fls. 34 a 37 ídem se halla AUTO APERTURA INDAGACIÓN PRELIMINAR en el entonces radicado P-REGI3-2012-47 (luego REGI3-2013-3) derivada de la queja de la señora DUQUE CEDEÑO, contra personal “por establecer...” (ord. 1°); que una vez identificados los posibles autores de las faltas disciplinarias se procederá a su vinculación, notificándoles el inicio de la actuación y haciéndoles saber los derechos que les asisten conforme a los artículos 17, 89, 90 y 92 de la Ley 734/02 (ord. 2°); se decretaron pruebas “Para el esclarecimiento de los hechos” (ord. 3°)...”. El auto fue signado por el Teniente Coronel JUAN CARLOS NAVIA HERRERA, Inspector Delegado Regional # 3.

El señor JOSE OSCAR SALAZAR OSORIO, esposo de la señora LUZ MARINA DUQUE CEDEÑO, formuló también queja ante la Procuraduría General de la Nación en Manizales el día 24 de septiembre de 2012 /V. fl. 90 cdno 1/, donde expuso que formulaba queja contra el Teniente Pulido...por los hechos que formuló su esposa, del que dijo agregar copia (la misma de la que ya se dejó constancia); ‘Yo de esos hechos me dí (sic) cuenta cuando llegué a la casa y encontré que habían lanzado en su interior gases lacrimógenos, cuyos residuos me permito anexar a esta queja’; en la misma fecha, por competencia, se remitió la queja al Jefe de la Oficina de Control Interno Disciplinario del Departamento de Policía Caldas /V. fls. 87-89 íd./.

Con el proveído de fls. 100 a 102 del mismo cdno ppl, proferido por la Inspección Delegada Regional Tres, suscrito por el instructor Teniente Coronel NAVIA HERRERA ya aludido, vinculó a indagación preliminar P-REGI3-2012-47 al Teniente PULIDO PINEDA.

Entre los fls. 140 y 144 ídem se halla el AUTO APERTURA INVESTIGACIÓN DISCIPLINARIA NUMERO REGI3-2013-3 suscrito por el mismo TC NAVIA HERRERA,

contra el señor DIEGO MAURICIO PULIDO PINEDA, “quien se desempeña como Comandante de la Estación de Policía Chinchiná (Caldas).

Así mismo, en el fl. 158 ídem se halla la carátula del expediente REGI3-2013-19 de la INSPECCIÓN DELEGADA REGIONAL 3 DE LA POLICÍA NACIONAL, donde se indica como investigado el mismo Teniente PULIDO PINEDA, por ‘Presuntamente hacer firmar letra a quejoso por elementos hurtados al CR ® MARIO DÁVILA al interior de un parqueadero y privar ilegalmente de la libertad’, hechos acaecidos el 18 de agosto de 2012, y donde fungió como denunciante el señor JOSÉ ALEXANDER GÓMEZ ESPINOSA al tenor de la queja que se halla en los folios 166-167, la que dio lugar a la APERTURA DE INDAGACIÓN PRELIMINAR EN RADICACION P-REGI3-2013-6 contra el Teniente PULIDO PINEDA según auto de 22 de febrero de 2013 /fls. 174-178 cdno 1/, proveído que fue anulado con el auto de 22 de marzo de 2013 /fls. 181-183 cdno 1/, rehaciéndose la actuación con auto de 25 de julio también de 2013 /fl. 188 a 191 ídem, en esta ocasión librándose nueva providencia de apertura de indagación preliminar en el mismo expediente, pero ahora, ‘en contra de PERSONAL POR ESTABLECER...’. En el mismo expediente P-REGI3-2013-6, con auto de 6 de agosto de 2013 se decidió vincular al mismo Teniente DIEGO MAURICIO PULIDO a indagación preliminar, por la queja formulada por el señor JOSÉ ALEXANDER GÓMEZ ESPINOSA /fls. 230-233 íd./, habiéndose luego abierto la INVESTIGACIÓN DISCIPLINARIA NÚMERO REGI-3-2013-19 por la queja del último ciudadano en mención y contra el mismo Teniente plurimencionado /fls. 257-260 ídem/.

Ahora bien; en el fl. 278 del cuaderno 1A, se halla la carátula REGI3-2013-3 de la INSPECCIÓN DELEGADA REGIONAL 3, referente a PROCEDIMIENTO ORDINARIO donde funge como INVESTIGADO el mismo teniente DIEGO MAURICIO PULIDO PINEDA, por ‘Presunto procedimiento irregular en la conducción del Señor OSCAR IVAN SALAZAR DUQUE, y el empleo de arma con la cual se tiraron gases lacrimógenos al interior de la residencia de la quejosa señora LUZ MARINA DUQUE’, en los hechos ocurridos el 20 de septiembre de 2012.

La acumulación reprochada se sitúa en dos situaciones: a) no haberse vinculado a otros policiales a la investigación y que supuestamente participaron en la actuación investigada /fl. 6 infra cdno 1/; y b) expedirse el auto de acumulación después de la apertura formal de la investigación.

Sobre el primer punto, el artículo 53 de la Ley 1015/06, no prevé ese supuesto de hecho de vinculación de otros presuntos responsables a una investigación para que proceda la acumulación, por lo que la Corporación queda relevada de pronunciarse sobre el particular; además, la vinculación es un asunto que compete a la autoridad instructora según la forma como se hayan presentado los hechos y quiénes pudieron ser participantes en los mismos, pero de ningún modo, se insiste, esa no vinculación carece de incidencia en una acumulación como la dispuesta.

Ahora bien; en los folios 285 a 288 Cdno 1A, se encuentra el auto de ACUMULACIÓN de las actuaciones disciplinarias REGI3-2013-3 Y REGI3-2013-19, datado 10 de septiembre de 2013, ambas adelantadas contra el Teniente demandante DIEGO MAURICIO PULIDA PINEDA. En tal proveído se consideró que dichas actuaciones se tramitan por ‘el mismo procedimiento -ordinario-, no se ha formulado auto de cargos o citado a audiencia, y la identidad del inculcado en ambas investigaciones...es la misma, situación que sin lugar a dudas configura la procedencia para la acumulación de investigaciones consagrada en el Artículo 53 de la Ley 1015 de 2006...’, fecha hasta la cual aún no se había formulado auto de cargos ni citado a audiencia, habida cuenta que aquél, el pliego de cargos formulado a PULIDO PINEDA, se expidió el 21 de octubre inmediatamente siguiente /V. fls. 301 y ss cdno ídem/, lo que demuestra, en contrario, la aseveración hecha por el togado apoderado de la parte accionante, quedando sin piso el primer cargo formulado.

II) AUSENCIA DE INVESTIGACIÓN FRENTE OTROS POLICIALES PARTICIPANTES EN LOS HECHOS

Ya se dijo que la norma disciplinaria aplicable al actor es la Ley 1015 de 2006 que regula el régimen disciplinario para la Policía Nacional. En cuanto al procedimiento a observar para la investigación lo determinó su artículo 58:

“El procedimiento aplicable a los destinatarios de la presente ley, será el contemplado en el Código Disciplinario Único, o normas que lo modifiquen o adicionen”.

Y es, por modo, para el caso de autos, la Ley 734 de 2002 el que lo establece.

El título VII de esta Ley está referido a las nulidades en el proceso disciplinario, estableciéndose en el artículo 143 las causales de nulidad de la actuación:

- “1. La falta de competencia del funcionario para proferir el fallo.
2. La violación del derecho de defensa del investigado.
3. La existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso”.

De la lectura de la citada disposición, en parte alguna se halla que el no inicio de investigación disciplinaria por parte de la institución policial contra otros uniformados supuestamente copartícipes de la(s) conducta(s) investigadas, tiene la virtud de dejar sin efectos, por nulidad, el proceso disciplinario que se adelantó contra el demandante, pues ello no se enmarca en ninguna de las causales ahora reproducidas, como tampoco hace parte de las previsiones del inciso 2º del artículo 137 del C/CA. Distinto acontece en el supuesto normativo del artículo 81 del Código Disciplinario Único (Ley 734/02), cuando se han abierto sendas investigaciones y no se produce la acumulación habiendo conexidad sustancial o material. En consecuencia, no prospera el cargo.

Y si como alega el nulidisciente, se le vulnera con ello el artículo 29 constitucional por haberse direccionado la investigación solo para sancionarlo a él, que, a juicio de este juez colegiado, esa situación no se concreta en el derecho a un debido proceso que implica, además de la competencia, observarse las ritualidades o formas propias de cada juicio o actuación, pero ello podrá ser materia de análisis al abordar otros cuestionamientos al proceso disciplinario.

III) SUJECCIÓN DE LAS CONDUCTAS ENDILGADAS AL ACTOR (abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto y constreñimiento ilegal) A UNA PREVIA CONDENA PENAL.

Haciendo un esfuerzo la Sala por desentrañar la alegación que en este sentido formula el demandante, y aunque no halló en el capítulo de normas violadas y concepto de violación las disposiciones infringidas y el criterio sobre la tacha, acude la colegiatura al apartado de los hechos en donde en el segundo cargo /V. fl 7 dno 1/ alude simplemente al numeral 9 del artículo 34 de la Ley 1015/06 que hace concordar con el precepto 416 del Código Penal (Ley 599 de 2000) el cual consagra el tipo penal de “Abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto”, pero se insiste, sin abordar el tema en el capítulo concerniente a las disposiciones vulneradas y concepto de infracción, lo que hace que el cargo caiga en el vacío.

Recuérdese, además, que las investigaciones disciplinarias son autónomas de las investigaciones penales, las cuales pueden o no transcurrir de manera paralela o simultánea, y sin que la ausencia del proceso penal o su favorabilidad al imputado, pueda impedir la eventual asignación de sanción disciplinaria contra el servidor público respectivo. (V. Consejo de Estado, sentencia de 14 de marzo de 2002 (Exp. 25000-23-24-000-1999-0228-01(5863), M.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

IV) LAS NULIDADES PROCESALES:

a) Asignación de cargos atípicos y ambiguos.

El precepto 162 de la Ley 734 de 2002 determina que, “El funcionario de conocimiento formulará pliego de cargos cuando esté objetivamente demostrada la falta y exista prueba que comprometa la responsabilidad del investigado. Contra esta decisión no procede recurso alguno”; mientras que el artículo 163 *ibídem* establece sobre el auto de cargos, en lo pertinente y según lo rebatido:

“La decisión mediante la cual se formulen cargos al investigado deberá contener:

1. La descripción y determinación de la conducta investigada, con indicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizó.

2. Las normas presuntamente violadas y el concepto de la violación, concretando la modalidad específica de la conducta.

...

...”

5. El análisis de las pruebas que fundamentan cada uno de los cargos formulados.

...

...”.

El actor extraña, se itera, la ambigüedad y atipicidad de las conductas a él endilgadas.

Estudiado el “PLIEGO DE CARGOS” dirigido contra el señor PULIDO PINEDA, datado 21 de octubre de 2013 visible de fls 301 a 329 del cdno 1A, se observa que en el punto 3 “DESCRIPCIÓN Y DETERMINACIÓN DE LA CONDUCTA INVESTIGADA” se alude que una de las conductas hizo relación “al presunto daño ocasionado por exceso en el uso de la fuerza al vidrio de la ventana de a casa No. 1...lugar de residencia de la señora LUZ MARINA DUQUE CEDEÑO, hechos acaecidos en la tarde del 20 de Septiembre de 2012 en el Municipio de Chinchiná (Caldas)”; así como “el presunto exceso en el ejercicio de las funciones de vigilancia que prestaba el Teniente DIEGO MAURICIO PULIDO PINEDA...cuando posiblemente accionó al interior de la casa...el fusil lanza gas que tenía a su cargo, ocasionando injustificadamente la salida de sus moradores a causa del gas irritante que introdujo a la vivienda...” lo que aconteció en la misma fecha; y otro hecho atribuido al demandante lo fue “el posible constreñimiento que realizo (sic) sobre el Señor JOSE ALEXANDER GÓMEZ ESPINOSA”, concretada en la supuesta manifestación que el mencionado Teniente le hizo “de que tenía que responder por el hurto, de lo contrario le libraría orden de captura, a causa del miedo que le causo (sic) accedió a realizar el arreglo económico con el señor Coronel...; hechos acaecidos el 18/08/2012”, y, finalmente, se le imputó “por presuntamente privar indebidamente de la libertad al señor JOSE ALEXANDER GÓMEZ ESPINOSA por aproximadamente cuatro (4) horas, conducta que se configura al presuntamente disponer injustamente su conducción del frente del atrio de la iglesia del Municipio de Chinchiná en horas de la mañana del 22/09/2013, para luego ingresarlo a las salas temporales de privación de la libertad de la Estación de Policía...otorgándole su libertad en horas de la tarde de la misma calenda”; al paso que los cargos señalados y las normas que los prevén fueron:

- i) “Causar daño a la integridad de...los bienes, como consecuencia del exceso en el uso de...la fuerza”, conducta que se expuso, está tipificada en el artículo 34 numeral 18 de la Ley 1015 de 2006 /fl. 305 cdno 1A/;
- ii) “Realizar una conducta descrita en la ley como delito, a título de dolo, cuando se cometa...con ocasión...de la función” , la que el funcionario de disciplina encontró tipificada en el mismo artículo 34 numeral 9 de la mencionada Ley 1015 de 2006, en concordancia con el mandato 416 del Código Penal alusivo a “Abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto”, el que se describió así: “El servidor público que fuera de los

casos especialmente previstos como conductas punibles, con ocasión de sus funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas, cometa acto arbitrario o injusto, incurrirá en...” /fl. 311 cdno 1A/;

- iii) “Realizar una conducta descrita en la ley como delito, a título de dolo, cuando se cometa...con ocasión...de la función”, también para hacerla concordar con el artículo 182 del Código Penal, por cuyo ministerio, se reproduce, “El que, fuera de los casos especialmente previstos como delito, constriña a otro a hacer, tolerar u omitir alguna cosa, incurrirá en...”;
- iv) El cuarto cargo se hizo consistir en la trasgresión del numeral 1 del artículo 34 de la Ley 1015 de 2006, a cuyo tenor “Privar ilegalmente de la libertad una persona...”.

Yerra la parte nulidiscendente al cuestionar de atípicas las conductas del señor DIEGO MAURICIO PULIDO, pues en sentir de esta Sala, los hechos por los que se le denunció, se adecuaron a los tipos disciplinarios y penales asignados al entonces investigado, y así quedó corroborado en la parte resolutive del proveído examinado /fl. 329 ídem/; y menos que los mismos hayan sido confusos o ambiguos, pues la claridad a como fueron expuestos, permitía ejercer una debida defensa por el entonces presunto infractor. Por esta razón, tampoco prospera la acusación en este sentido formulada.

b) No decreto de pruebas en instancia administrativa disciplinaria.

Se cuestiona que la autoridad disciplinaria no haya dispuesto las pruebas que el investigado solicitó con el pliego de descargos.

El artículo 168 del Código Disciplinario único dispone, en lo que es del caso, que “Vencido el término señalado en el artículo 166, el funcionario competente resolverá sobre las nulidades propuestas y ordenará la práctica de las pruebas que hubieren sido solicitadas, de acuerdo con los criterios de conducencia, pertinencia y necesidad”.

Yendo a la solicitud de pruebas que hizo el señor PULIDO PINEDA al dar respuesta a los cargos atribuidos /V. fls. 335 a 338 ídem/, se tiene impetró prueba testimonial, documental y visita especial o inspección judicial (sic).

Con respecto a los testimonios, de los cuales pidió la comparecencia a aquella actuación disciplinaria de dieciséis (16) ciudadanos, la sustentó de la siguiente manera, la que reproduce esta Sala de Decisión:

‘Las pruebas obrantes en el plenario fueron debidamente tomadas por el despacho, pero las mismas requieren de un interrogatorio exhaustivo, que permitan dar certeza al Funcionario disciplinante de si los hechos existieron o no y de si existen o no razones suficientes para ELEVAR LOS CARGOS QUE SE ERIGIERON EN CONTRA DE Mauricio pulido pineda (sic), las pruebas que se solicitan son aquellas que si bien ya están en el escenario procesal, deben ser ampliadas en especial las testimoniales, pues después del interrogatorio seguro deberán llevarse a la práctica otras que solo se pueden orientar con la ampliación testificativa de estos, como por ejemplo si los asfixiados asistieron o no a atención médica hospitalaria o a medicina legal, determinar los lugares exactos de ubicación de las personas, determinar si efectivamente estuvieron o no en el lugar y hora de los supuestos hechos, pues como ya se ha probado en otros procesos, a veces las personas están laborando y es importante conocer la ubicación laboral de estos para corroborar que no estuvieron en ese momento trabajando y en fin muchas de las preguntas que el despacho a (sic) ignorado realizar en ese escenario procesal...’ /Mayúsculas del texto, subrayas de la Sala/.

A título de prueba documental se pidió certificación de los funcionarios que intervinieron en el procedimiento que se llevó a cabo con el señor OSCAR IVAN SALAZAR DUQUE y al cual hacen referencia en la denuncia ‘estaban en el lugar con unos veinte policías’, prueba que se dijo, se requiere porque los testimonios neutrales que solicita, ‘dejarán sin sustento a los testigos que ha cobijado el despacho para erigir los cargos’, y también solicitando que ‘posterior a su identificación al azar escuchese (sic) en testimonio al 50% de los funcionarios’; y que también se oficiara a la Policía de Chinchiná para que certificara ‘los nombres de los Policías que estuvieron en el operativo o procedimiento en contra del señor OSCAR IVAN SALAZAR DUQUE, ya que solo llamaron a dos de estos Policías y apresuradamente fueron descalificados por el despacho. Posterior a su identificación, también señaló, al azar escúchese en testimonio al 50% de los funcionarios’; finalmente, que se aportara ‘copia del libro de armamento en donde quedo (sic) radicada la entrega y baja de la granada de gas lacrimógeno, lanzada supuestamente por MAURICIO PULIDO PINEDA el día de los hechos’ /fl. 337-338 íd./

Y acerca de VISITA ESPECIAL con funcionarios de la SIJIN, con la finalidad de que ‘elevanten plano sobre los hechos acaecidos con el señor OSCAR IVAN SALAZAR DUQUE y de los cuales puso en evidencia su señora madre, esta prueba nos arrojará la veracidad de lo ocurrido y si efectivamente quienes dicen ser testigos, estaban o no ubicados en un lugar que les permitiera la visibilidad requerida y que hacen parte de su relato’.

Discutió que las pruebas ‘son pertinentes y conducentes’.

Con auto de 26 de noviembre de 2013 que reposa de fls. 356 a 360 ídem, se decidió “Negar de manera total la práctica de pruebas solicitadas en el memorial de descargos...” con fundamento en cuanto a la prueba testimonial, que varios de los testigos de los que se solicita ampliación de sus declaraciones y que en la providencia se enlistan, sus manifestaciones se refirieron a los hechos irregulares sucedidos el 18 de agosto, el 8 y 22 de septiembre todos de 2012, con respecto al señor ALEXANDER GÓMEZ ESPINOSA, ‘no pudiendo testificar acerca de los hechos acaecidos el 20/09/2012 con el señor OSCAR IVÁN SALAZAR DUQUE’; al tiempo que alude que los testimonios encaminados a demostrar atención médica, ‘la pretensión en que se cimenta la solicitud de práctica de pruebas carece de pertinencia’, pues esta situación no llegó a ser tema de reproche, máxime cuando la señora LUZ MARINA DUQUE CEDEÑO en diligencia de declaración manifestó que ninguno de los moradores salió lesionado, y si bien pudieron haber sufrido asfixia no necesariamente tuvieron que recibir atención médica...en consecuencia, ampliar la declaración de los testigos para determinar si recibieron o no atención médica carece de adecuación con los hechos que son tema de prueba, y por consiguiente carecen de utilidad a razón de la aptitud probatoria de otras pruebas con mayor poder suasorio’. Adicionalmente, solicitarlos para que declaren acerca de su ubicación en el sitio de los hechos, o si estuvieron o no en el lugar, o su situación laboral “ninguna utilidad ni conducencia presta/n/”, al estimarse que “toda aducción probatoria debe tender a verificar o desvirtuar la existencia de los hechos...” /fl. 338 ídem/.

Acerca de la certificación a la SIJIN y a la Policía, se consideró que dicha información ya había sido allegada al expediente por vía de un testimonio con el que se conoció de qué cuadrantes eran las patrullas que llegaron de apoyo y los policiales que los conformaban, cuyos datos de policiales y servicios se encuentra en la minuta de servicios de la Policía de Chinchiná del 20 de septiembre de 2013

que obra también en el proceso, como también lo indica la orden de servicios 097 de aquella misma fecha /V. fl. 359/.

Sobre el listado del personal que llegó como apoyo para que se llame a declarar el 50%, dijo la autoridad instructora, esta expuso que, “hasta este momento procesal no se ha alegado la parcialidad de los testigos de cargos como para inferir la práctica de otras pruebas que permitan superar la falta de aptitud probatoria de los mismos, en consecuencia, a falta de estimarse su pertinencia y conducencia para atender las pretensiones de la defensa y los fines en que se erige la actuación disciplinaria, se ha de negar su práctica”.

En lo que concierne a la petición de expedición de copia del libro de armamento, se dejó consignado que “en visita especial realizada el 23 de septiembre de 2012 se pudo establecer que al Señor TE. DIEGO PULIDO mediante acta le fue entregado de dotación oficial el único fusil lanza gas de la unidad con 50 granadas 37 mm, se procedió al conteo de las granadas y se encontraron 48 granadas de 37 mm, estableciéndose que las dos (2) restantes fueron empleadas por el mismo oficial en una alteración del orden ocasionados (sic) por hinchas del Once Caldas y Deportivo Cali acaecidos el 05/08/2012...estableciéndose a través de la presente diligencia que no obra en la unidad policial antecedente alguno que de (sic) cuenta del uso de granadas lacrimógenas 37 mm por parte del TE. DEGO PULIDO, lo que descarta la viabilidad de la citada solicitud”.

Sobre la visita especial con funcionarios de la SIJIN se anotó por la autoridad administrativa que no se accederá a ella “dado que no se ha acreditado el servicio que prestaría para la investigación la intervención de un perito en planimetría durante la visita especial, cuando ha sido la prueba testimonial la que por preferencia ha servido para fijar los hechos bajo investigación, bajo ese rasero, ninguna utilidad aportaría la diligencia como tampoco el representar gráficamente la forma y determinar con precisión las dimensiones de la vivienda y ubicación de las personas cuando carece de relevancia llevar esto a la investigación por su falta de pertinencia frente a los hechos que se requieren ser probados, tampoco acredita la defensa lo relevante que sería par el proceso establecer la ubicación de las personas, cuando no se ha alegado alguna clase de duda en la precepción que tuvieron de los hechos, tampoco el despacho la evidencia” /fls. 359-360 cdno 1A/.

Interpuestos contra ese auto recursos de reposición y apelación, frente al primero se confirmó la decisión, pero en apelación el a-quo decidió “...modificar parcialmente la decisión adoptada por el fallador de instancia dentro del auto de fecha 26 de noviembre de 2013...bajo el entendido de acceder a la práctica de la prueba solicitada, relacionada con escuchar de manera aleatoria en diligencia de declaración al 50% del personal de policiales de la estación de Chinchiná (Caldas) que apoyaron el caso, de conformidad con lo expuesto...”, y “Confirmar la negativa en lo que respecta a las demás pruebas solicitadas por la defensa...”.

El funcionario de segunda instancia confirmó la negativa a recibir unos testimonios /V. fl. 385 supra ídem/ porque, como lo dijo la autoridad de disciplina de primer grado “no es posible resolver las inquietudes que plantea el profesional del derecho; habida cuenta, que como se observa en las juradas de esos declarantes, estos hacen referencia a situaciones acaecidas en otras fechas que no tienen nada que ver con los hechos ocurridos el 20 de septiembre de 2012”; como que tampoco es de utilidad “determinar el lugar exacto de ubicación de cada uno de los testigos y su situación laboral”, como tampoco “si recibieron atención médica hospitalaria o de medicina legal; por no ser estos hechos motivo de averiguación en la presente investigación”, ratificando lo dicho por la quejosa DUQUE CEDEÑO, “ninguno de los moradores salió lesionado”, concluyendo, que la “ampliación de declaración solicitadas por la defensa son innecesarias” por cuanto ya fueron recepcionadas con notificación a los sujetos procesales, y tampoco aportarían nuevos elementos de juicio /fl. 387 íd/.

Acerca de la búsqueda de certificación del CTI de la Fiscalía en Chinchiná, Caldas, para que relacione los funcionarios del organismo intervinientes en el procedimiento del 20 de septiembre de 2012, donde estuvo involucrado el señor OSCAR IVAN SALAZAR DUQUE, y se les reciba declaración, aludió a diferentes miembros de la institución policial, consideró improcedente la recepción de los testimonios porque “no participaron en el procedimiento de policía del 20 de septiembre de 2012; en el que hubo necesidad de solicitar apoyo, al que acuden un sinnúmero de uniformados entre estos personal de la SIJIN...”, corroborado por la señora LUZ MARINA DUQUE, la denunciante, que si bien ella alude a personal de la Fiscalía, este no participó en el procedimiento, sino que lo fue personal de la SIJIN, “quienes se encontraban en traje de civil como lo refiere la patrulla cuadrante tres” /fls. 387-388 íd/.

En lo atinente a la elaboración planimétrica del lugar, compartiendo el criterio de primera instancia, expuso el ad-quem disciplinario que tampoco representa utilidad para la investigación al no reportar elementos de juicio que interesaran a aquella; “por tanto -se expuso-, que (sic) caso tendría entrar a estudiar, evaluar y representar gráficamente lo solicitado por el profesional del derecho, mediante el empleo de técnicas de medición , como las que como se advierte el propósito es aportar información gráfica al funcionario para que tenga elementos materiales de prueba; siendo lo anterior inoficioso e innecesario, habida cuenta, que dentro de la investigación ya existen un sinnúmero de pruebas pertinentes y conducentes, con las que se podrá tomar la decisión que en derecho corresponda, una vez sean valoradas en conjunto”; igual suerte que debe correr la copia del libro de armamento que se deprecia por innecesaria, pues la información que se busca de no haber usado bala lacrimógena ya estaba demostrada en la actuación /fl. 389 supra ídem/.

Pues bien; el artículo 20 de la Ley 734 de 2002 es categórico al establecer que “En la interpretación y aplicación de la ley disciplinaria el funcionario competente debe tener en cuenta que la finalidad del proceso es la prevalencia de la justicia, la efectividad del derecho sustantivo, la búsqueda de la verdad material y el cumplimiento de los derechos y garantías debidos a las personas que en él intervienen”, como materialización de los artículos 29 constitucional y 6° de la Ley 734/02; mientras que el precepto 21 de la misma Ley 734 dispuso que,

“En la aplicación del régimen disciplinario prevalecerán los principios rectores contenidos en esta ley y en la Constitución Política. En lo no previsto en esta ley se aplicarán los tratados internacionales sobre derechos humanos y los convenios internacionales de la OIT ratificados por Colombia, y lo dispuesto en los códigos Contencioso Administrativo, Penal, de Procedimiento Penal y de Procedimiento Civil en lo que no contravengan la naturaleza del derecho disciplinario”.

Como bien se observa en este último esquema disposicional, hay un orden preferente en la aplicación de las normas supletorias, que en el caso concreto lo serían en el derecho nacional, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (hoy la Ley 1437/11), y los códigos de procedimiento penal y civil.

Así se tiene que en materia probatoria la parte primera de la Ley 1437 en su artículo 40 indicó que, “Durante la actuación administrativa y hasta antes de que se profiera la decisión de fondo se podrán aportar, pedir y practicar pruebas de oficio o a petición del interesado sin requisitos especiales. Contra el acto que decida la solicitud de pruebas no proceden recursos. El interesado contará con la oportunidad de controvertir las pruebas aportadas o practicadas dentro de la actuación, antes de que se dicte una decisión de fondo”; pero sin aludir a su calificación para el decreto, como tampoco lo hace la segunda parte de ese código que remite al Código General del Proceso por disposición del artículo 211, y es el mandato 168 de la Ley 1564 de 2012 el que indica en cuanto al rechazo de plano de pruebas, que

“El juez rechazará, mediante providencia motivada, las pruebas ilícitas, las notoriamente impertinentes, las inconducentes y las manifiestamente superfluas o inútiles”.

Y en ese orden actuó el funcionario disciplinario, avalado por su inmediato superior, cuando se denegaron pruebas pedidas por el investigado, por no aportarle nada de lo que ya aquel consideraba, ya se hallaba con suficiencia en el proceso de lo que se quería probar.

En sentencia C-610 de 2012, la Corte Constitucional con ponencia del Magistrado Luís Ernesto Vargas Silva, expuso:

“...

La imposibilidad de realizar una traslación mecánica de los contenidos del debido proceso judicial al debido proceso administrativo se fundamenta en que este último se encuentra regido por una doble categoría de principios rectores de rango constitucional que el legislador debe tener en cuenta a la hora de diseñar los procedimientos administrativos, de un lado, las garantías adscritas al debido proceso (arts. 29) y de otra, los principios que gobiernan el recto ejercicio de la función pública (Art. 209).

Al respecto la jurisprudencia de esta Corte señaló:

"Así, a partir de una concepción del procedimiento administrativo que lo entiende como un conjunto de actos independientes pero concatenados con miras a la obtención de un resultado final que es la decisión administrativa definitiva, cada acto, ya sea el que desencadena la actuación, los instrumentales o intermedios, el que le pone fin, el que comunica este último y los destinados a resolver los recursos procedentes por la vía gubernativa, deben responder al principio del debido proceso. Pero como mediante el procedimiento administrativo se logra el cumplimiento de la función administrativa, el mismo, adicionalmente a las garantías estrictamente procesales que debe contemplar, debe estar presidido por los principios constitucionales que gobiernan la función pública y que enuncia el canon 209 superior. Estos principios son los de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad"[24].

8.7. Las constataciones y consideraciones efectuadas en los anteriores apartes llevan a la Sala a concluir que la proposición jurídica que el demandante considera contraria a la Constitución, vale decir, la exclusión de recursos judiciales frente a la decisión del juez o magistrado que se pronuncia sobre solicitudes probatorias de los sujetos procesales, no se deriva del contenido normativo demandado (Art. 40), orientado este a regular el aporte, aducción y práctica de pruebas en el procedimiento administrativo general. Ni siquiera desde una perspectiva pro actione podría la Corte ingresar al estudio de constitucionalidad del segmento normativo acusado, toda vez ello implicaría construir los motivos de la violación a partir de una traslación automática, al ámbito de la actuación administrativa, del contenido del debido proceso judicial al que se refiere persistentemente el demandante, con base en su errado entendimiento de la norma, posibilidad que desconocería las particularidades del debido proceso administrativo.

8.8. Algunos intervinientes proponen la inexecutable del segmento normativo acusado, partiendo del mismo error en que incurre el demandante, es decir entender que la discusión se ubica en el campo de las garantías adscritas al debido proceso judicial (Universidad de Ibagué y Universidad del Rosario). Por su parte la Universidad de los Andes identifica el error en que incurre el demandante y reconduce sus argumentos hacia el presunto desconocimiento del debido proceso administrativo, sustentando su propuesta de inexecutable en la equiparación absoluta de las garantías adscritas al debido proceso judicial, al ámbito administrativo, planteamiento que prescinde de consideraciones que podrían eventualmente tener impacto en la decisión como las diversas finalidades que cumple la actuación administrativa y la función judicial; la disímil estructura probatoria que presenta el procedimiento administrativo y el proceso contencioso administrativo; el sistema diferenciado de controles que existen respecto de los actos administrativos y las decisiones judiciales, así como los principios que orientan la administración pública, y la administración de justicia”.

Sirvan las anteriores líneas para denotar la autonomía que tiene el operador disciplinario para encausar la actuación administrativa de aquella naturaleza, siguiendo por supuesto las pautas del debido proceso, y bajo tal perspectiva, y de acuerdo a la concepción de la conducción del proceso administrativo, aquel tiene la facultad, según la realidad procesal y su convicción, de decidir cuáles pruebas resultaban conducentes, pertinentes o útiles para la actuación, grado de discrecionalidad que no es omnímodo, desde luego, sino que debe ajustarse a la realidad procesal.

Pero lo que más brilla en esa etapa de decreto de pruebas fue la posibilidad que tuvo el señor PULIDO PINEDA de oponerse a la decisión negativa mediante los recursos de reposición y apelación (debido proceso y defensa), con respecto a algunas pruebas pedidas y denegadas, que finalmente decidió el superior de la manera como ya se dejó expuesta, esto es, revocando parcialmente la decisión del funcionario instructor, y por ello no se incurrió en la causal 2 del artículo 143 de la Ley 734 que contempla como motivo de nulidad del proceso disciplinario, “La

violación del derecho de defensa del investigado”, pues estuvo rodeado de esa garantía al menos en ese momento del proceso.

c) No prosperidad de una recusación

Esta manifestación está íntimamente ligada al principio de imparcialidad que debe también gobernar a las actuaciones administrativas, según los artículos 22 de la pluricitada Ley 734/02 y 3º numeral 3 de la Ley 1437/11, éste último en virtud del cual, “...las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin discriminación alguna y sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva”.

Los artículos 84 a 88 del Código Disciplinario Único desarrollan el principio de imparcialidad que se ha enunciado, cuyas causales y trámite que deben observarse íntegramente en los procesos disciplinarios administrativos, que, en caso de resultar desconocidos por los operadores jurídicos acarrearán sanciones de la misma naturaleza, pero en modo alguno la nulidad de la actuación conforme ya se indicó al tenor del artículo 143 del código que se menciona en este apartado. Por ello, tampoco prospera el motivo de la recusación invocado.

d) No se probó la conducción por el investigado PULIDO PINEDA, del señor JOSÉ ALEXANDER GÓMEZ ESPINOSA a las instalaciones de la Policía.

Para la Sala, este será un aspecto a analizar sobre la materialidad de los actos administrativos demandados.

e) No haberse practicado una prueba testimonial de los señores OSCAR IVÁN (?) y JAIRO SALAZAR.

Este punto ya fue abordado en el literal b), y a él se envía en aras de la economía procesal que también orienta los procesos judiciales.

f) Incompetencia del Inspector Delegado de la regional 3 de Policía, quien no debió conocer del proceso por prejuzgamiento en otra actuación contra el mismo DIEGO MAURICIO PULIDO PINEDA.

Sobre el particular, y en aras también de la brevedad, esta colegiatura remite nuevamente al literal c) donde se abordó lo relativo a la recusación y al respeto al principio de imparcialidad, lo que, se itera, no constituye causal de nulidad sino eventualmente investigación disciplinaria frente a quien no admitió la recusación.

g) No haberse respetado los términos de la Ley 734 de 2002.

El artículo 12 de la ley en mención al prever como principio la celeridad de la actuación administrativa, estipuló que,

“El funcionario competente impulsará oficiosamente la actuación disciplinaria y cumplirá estrictamente los términos previstos en este código”.

Como en varias ocasiones se ha expuesto, esta circunstancia no es causal de nulidad del proceso disciplinario por no preverlo así el artículo 143 de la ley de referencia; y si bien ese es un ideal de la gestión pública, en este tipo de actuaciones son variadas las circunstancias que impiden cumplir estrictamente con los términos administrativos; sin embargo, existen una figura jurídica como la “prescripción” de la acción disciplinaria que castiga la inercia del Estado, según prevé el artículo 30 de la Ley 734, la cual no ha sido alegada en el sub-lite.

- v) **Desconocimiento del derecho de audiencia y defensa: por no atenderse las nulidades propuestas en el procedimiento administrativo, lo que, dijo, alegó no solo en los alegatos de conclusión sino también en el recurso de apelación contra el fallo de primera instancia.**

En otros apartados de esta misma providencia se ha indicado cuáles son las causales de nulidad que afectan el proceso administrativo disciplinario, las que están contempladas en el artículo 143 de la Ley 734/02, que se recuerdan:

“1. La falta de competencia del funcionario para proferir el fallo.

2. La violación del derecho de defensa del investigado.

3. La existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso.

PARÁGRAFO. Los principios que orientan la declaratoria de nulidad y su convalidación, consagrados en el Código de Procedimiento Penal, se aplicarán a este procedimiento.

El precepto 146 ibídem también manda que, “La solicitud de nulidad podrá formularse antes de proferirse el fallo definitivo, y deberá indicar en forma concreta la causal o causales respectivas y expresar los fundamentos de hecho y de derecho que la sustenten”.

Desde luego que si el operador disciplinario sin observar el ordenamiento jurídico desecha las nulidades procesales propuestas siendo ellas viables y debían prosperar, negándolas, el juez administrativo conforme a la potestad de control integral que posee sobre toda la actuación disciplinaria, perfectamente puede hacer el examen correspondiente, y en el caso de que, a su juicio, ha debido prosperar alguna, esta decisión afectará, sin hesitación alguna, el fallo respectivo, y daría como consecuencia, lugar a su anulación de él. Empero, las nulidades planteadas en la actuación disciplinaria ya fueron desarrolladas en otros apartados de esta sentencia, por lo que en aras de la economía procesal se remite a ellos (Ver núm. IV).

Ahora bien; en el memorial de recurso de apelación contra la resolución que determinó en primera instancia la sanción al actor, se halla en los folios 524 a 532 del cuaderno 1B. En lo que es del caso, la parte sancionada indica que conforme al artículo 146 de la mencionada ley 734, el superior tiene la obligación de revisar nuevamente las nulidades planteadas a lo largo de la actuación administrativa. Ese artículo 146 dispone:

“La solicitud de nulidad podrá formularse antes de proferirse el fallo definitivo, y deberá indicar en forma concreta la causal o causales respectivas y expresar los fundamentos de hecho y de derecho que la sustenten”.

Contrario a lo que expone la parte nulidisciente, el fallo definitivo es el fallo de primera instancia, y no el de segunda como lo menciona, puesto que es el artículo 43 de la Ley 1437/11 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo) el que determina que,

“Son actos definitivos los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación”.

En este orden, se insiste, no es el fallo de segunda instancia el “acto definitivo”, así sea el que cierre la etapa gubernativa en la actuación sub-iúdice, sino que lo es el fallo de “primera instancia” que fue el que decidió directamente el fondo del asunto concluyendo la responsabilidad del inculpado e imponiéndole la punición administrativa; bajo este entendido resulta por modo extemporáneo cualquier intento de proposición de nulidades procesales a través del recurso de apelación contra el acto sancionatorio.

Empero, además de lo que ya se expuso en lo que atañe a las nulidades adjetivas, la Sala examinará, fuera de las ya examinadas, en un nuevo barrido, si alguna de ellas está dentro de los motivos que contempla el artículo 143 *ejusdem*.

Pues bien; en los folios 332 a 337 del Cdno 1A, se halla la primera solicitud de nulidad que hizo el apoderado del demandante, indicando que se vulneró el numeral 2 del artículo 143 de la Ley 734 (violación del derecho de defensa del investigado), sustentada en una serie de disquisiciones propias para el desarrollo de la investigación propiamente dicha, y no de su etapa preliminar. Nótese, por ejemplo, que el togado acude a sinónimos del gerundio del verbo “responder”, para educir que su representado no ha reconocido o confesado nada dentro de la actuación como para que le hubiesen corrido Pliego de Cargos /V. fl. 333 íd./, señalando que ‘lo único que ha hecho es ser el espectador de las actuaciones dl (sic) despacho, pues se encuentra recluido en un centro penitenciario, lo que obliga al despacho a ser más severo en el respeto de sus derechos...’, y alegando que no se está respetando la presunción de inocencia, ‘pues, se quiere hacer parecer que ya la responsabilidad esta (sic) aceptada y que de nada valdrá buscar la verdad real, ya que el despacho disciplinariamente determinó que mi patrocinado /está/ RESPONDIENDO DISCIPLINARIAMENTE por los hechos que se le vinculan y que aun en este momento son materia simple de investigación...si bien no es un prejuzgamiento directo, sí es el indicativo de cual (sic) será la decisión final...’ /fls. 334 infra y 335 supra/.

Procederá la Corporación a examinar las normas que regulan la etapa disciplinaria anterior al pliego de cargos, con el fin de establecer si el hoy demandante debía o no ser escuchado en versión libre.

El artículo 92-3 de la Ley 734/02 establece como derecho del investigado “Ser oído en versión libre, en cualquier etapa de la actuación, hasta antes del fallo de primera instancia”.

Sobre la indagación preliminar, el artículo 150 de la Ley 734 indica que, “La indagación preliminar tendrá como fines verificar la ocurrencia de la conducta, determinar si es constitutiva de falta disciplinaria o si se ha actuado al amparo de una causal de exclusión de la responsabilidad”(inc. 2°); mientras que el apartado 4° faculta para que el investigador competente haga “uso de los medios de prueba legalmente reconocidos y podrá oír en exposición libre al disciplinado...”, lo que significa, es fácil detectarlo, que no es indispensable, obligatorio, imprescindible, escuchar en esa fase al presunto inculpado, tal como se procedió con ambos autos de indagación principal de los cuales ya se ha dado cuenta.

Ahora bien; la Ley 734 de 2002 consagra en su precepto 92 los derechos del investigado, entre ellos y según la alegación a la sazón del defensor del demandante, “3. Ser oído en versión libre, en cualquier etapa de la actuación, hasta antes del fallo de primera instancia”.

Para el efecto, la Sala parte, de un lado, de la actuación más primaria de la investigación, antes de la acumulación (Exp. REGI3-2012-47, que luego sería el REGI3-2013-3 según se pudo colegir /V. fl. 140 cdno 1); y por otro lado, se tendrá como extremo procesal inicial, el auto de 22 de marzo de 2013 ya examinado, con el cual fue declarada la nulidad del proveído de 22 de febrero del mismo año que había dispuesto apertura de indagación preliminar al señor DIEGO MAURICIO PULIDO, el demandante, en el expediente REGI3-2013-6 /fls. 181 a 183 cdno 1/.

Pues bien; en ambas aperturas de indagación preliminar /fls. 34-38 y 188-191 cdno 1/, se indicó que se abría “en contra de personal por establecer...”/fls. 35 y 190 ídem/, en ambas se dispuso luego la vinculación del señor PULIDO PINEDA /fls. 100 a 103 cdno 1, y 230-232 cdno 1A/ en cuyos ordinales 4° se ordenó hacerle saber al vinculado “su derecho de rendir diligencia de versión libre y espontánea (sic)...”, decisiones que le fueron notificadas personalmente (la segunda a través de su apoderado) en las diligencias de fl. 126 del cuaderno 1 y 233 el Cdno 1A; posteriormente, sin solicitarse recepción de declaración injurada, se le abrieron las investigaciones de las que da cuenta el auto de 19 de marzo de 2013 en el expediente REGI3-2013-3 /fl. 140-144 cdno 1/, y auto de 20 de agosto de 2013 en el expediente REGI3-2013-19, que en el numeral 4, al igual que en la providencia

similar anterior, también se le indicó que a solicitud suya, podía ser escuchado en diligencia de versión libre.

Es de recordar que la acumulación de ambas actuaciones disciplinarias (REGI3-1013-19 y REGI3-2013-3, se dio con el auto de 10 de septiembre de 2013 que se halla en los folios 282-288 del Cdno 1A.

9 días después con auto de 19 de septiembre de 2013 se cerró la investigación disciplinaria /fl. 295 cdno 1A/; y con proveído de 21 de octubre también de 2013 se le corrió pliego de cargos al hoy accionante /fls. 301 y ss/, del cual ya también se dio amplia cuenta.

El artículo 152 del Código Disciplinario Único estatuye acerca de la procedencia de la investigación disciplinaria que, “Cuando, con fundamento en la queja, en la información recibida o en la indagación preliminar, se identifique al posible autor o autores de la falta disciplinaria, el funcionario iniciará la investigación disciplinaria”, la cual tendrá por OBJETO, a voces del artículo 153 ibídem, “verificar la ocurrencia de la conducta; determinar si es constitutiva de falta disciplinaria; esclarecer los motivos determinantes, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se cometió, el perjuicio causado a la administración pública con la falta, y la responsabilidad disciplinaria del investigado”.

Así mismo, los artículos 161 y 162 del Código Disciplinario Único aluden a la evaluación del mérito de las pruebas, y cuándo hay lugar a que proceda pliego de cargos. El primero de esos esquemas disposicionales estipula que, “Cuando se haya recaudado prueba que permita la formulación de cargos, o vencido el término de la investigación, dentro de los quince días siguientes, el funcionario de conocimiento, mediante decisión motivada, evaluará el mérito de las pruebas recaudadas y formulará pliego de cargos contra el investigado u ordenará el archivo de la actuación, según corresponda, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso 2o. del artículo 156”. Es decir, el instructor disciplinario de acuerdo a la sana crítica le dará el valor que en derecho corresponda a las pruebas recaudadas hasta ese momento, y de encontrar convicción en la necesidad o deber jurídico de formular pliego de cargos al supuesto infractor, por lo hasta entonces probado, no le queda otra alternativa que proceder en consecuencia, sin que esto llegue a significar culpabilidad, pues el solo hecho de correr pliego de cargos no implica necesariamente responsabilidad y sanción, pues si no hay probanzas que ello acaree, se mantendrá incólume la presunción de inocencia.

Revisado el pliego de cargos aludido /fls. 301 y ss cdno 1A/, en el numeral 4 /fl. 304 /, se señala que hasta ese momento procesal “el Señor Teniente DIEGO MAURICIO PULIDO PINEDA ha hecho uso de su derecho a guardar silencio, no rindiendo diligencia de versión libre y espontánea”, de lo que el legisperito apoderado del demandante parece también quejarse, pues deja entrever que a la sazón su patrocinado se encontraba privado de la libertad.

De acuerdo a lo narrado, no encuentra esta Sala Colectiva de Decisión irregularidad alguna en la actuación administrativa al menos hasta la etapa del pliego de cargos, pues no obstante la opción dada al investigado de rendir versión libre, no hay constancias en el cartulario que la haya solicitado, y su intervención, descubre esta misma colegiatura, se dio por vía del derecho de defensa que le asistía al dar respuesta al pliego de cargos, por lo que vistas así las cosas, el reproche de violación del derecho de audiencia y defensa carece de fundamento al menos hasta aquella etapa.

VI) FALSA MOTIVACIÓN POR NO CORRECCIÓN EN LOS FALLOS DE LAS NULIDADES PLANTEADAS.

Este punto ha quedado resuelto con lo hasta aquí abordado, por lo que la Corporación remite hasta lo aquí dicho.

VII) INCOMPETENCIA EN LA EXPEDICIÓN DE LA RESOLUCIÓN 1723 DE 11 DE SEPTIEMBRE DE 2014, ANTE LA INCONGRUENCIA EN CUANTO AL ENCABEZAMIENTO Y LA FIRMA DE DICHO ACTO.

La Resolución 1723 de 2014 es un acto de ejecución que está desprendido de la investigación disciplinaria propiamente dicha, y lo que hace es simplemente ejecutar lo allí dispuesto; y frente a la concepción de la parte actora, yerra al confundir que no firma el Presidente de la República sino el Ministro de Defensa.

Debe señalarse que el acto si lo firma el primer mandatario de la Nación, y el Ministro de Defensa, el Dr. Juan Carlos Pinzón Bueno, con quien hacía Gobierno en los precisos términos del inciso 3º del artículo 115 constitucional, por cuyo ministerio, “El Presidente y el ministro o director de departamento correspondiente, en cada negocio particular, constituyen el Gobierno”, y si la

Policía Nacional es una institución que depende de la cartera de asuntos militares, correspondía también al Mindefensa suscribirlo.

Lo que acontece es que la signatura del señor Presidente usualmente carece de antefirma, incluso cuando sanciona los proyectos de ley.

Tampoco prospera el cuestionamiento por la tacha que planteó el nulidiscente.

VIII) EXPEDICIÓN IRREGULAR POR NO CORRECCIÓN DE LOS YERROS PROCESALES EN QUE INCURRIERON LOS INSTRUCTORES DE LA INVESTIGACIÓN.

Hasta la saciedad, y de manera también bastante pormenorizada, ha podido explicar este Tribunal que no hubo irregularidad alguna en el desarrollo de la investigación siguiendo los planteamientos del demandante, a cuyos apartados vuelve a remitir esta Sala de Decisión.

COROLARIO

No habiendo encontrado esta colegiatura nulidad alguna de los actos administrativos enjuiciados, fuerza a declarar la improsperidad de las pretensiones del demandante.

COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO

Costa a cargo de la parte actora, las que serán liquidadas por la Secretaría en la oportunidad legal. Como agencias en derecho también a cargo del demandante, equivaldrán al 3% de las pretensiones formuladas.

Es por lo discurrido que **EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, Sala 4ª de Decisión Oral, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,**

FALLA

NIÉGANSE las pretensiones de la parte nulidiscente, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho del derecho de naturaleza disciplinaria, promovido

por el señor DIEGO MAURICIO PULIDO PINEDA contra la NACIÓN-Ministerio de Defensa-Policía Nacional.

COSTAS y agencias del derecho a cargo de la parte demandante, las que serán liquidadas por Secretaría en la oportunidad de ley.

EJECUTORIADA esta sentencia, **LIQUÍDENSE** los gastos del proceso, **DEVUÉLVANSE** los remanentes si los hubiere, y **ARCHÍVESE** el expediente previas las anotaciones que sean del caso en el programa Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión de la fecha según acta N° 037 de 2020.



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado




PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 097 de fecha 04 de Agosto de 2020.

Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.

Manizales,

A handwritten signature in green ink, consisting of several vertical strokes and a horizontal base, resembling the name 'Héctor Jaime Castro Castañeda'.

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA

Secretario

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE CALDAS



SALA PLENA DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA
Manizales, treinta y uno (31) de JULIO de dos mil veinte (2020)

RADICACIÓN	17001-23-33-000-2017-00333-00
CLASE	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	NÉSTOR CARMONA MARÍN
DEMANDADO	NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
ASUNTO	MANIFESTACIÓN DE IMPEDIMENTO

El demandante, señor Néstor Carmona Marín, quien fungió como Fiscal Seccional entre el 1° de marzo de 2005 y el 1° de noviembre de 2009, demanda la nulidad del Oficio DAP 20143100083861 de 31 de diciembre de 2014; a título de restablecimiento del derecho solicita que se ordene a la entidad demandada reconocer la prima especial del 30% como factor salarial para todos los efectos prestacionales, así como el pago retroactivo y debidamente indexado de las incidencias que tal reconocimiento tenga sobre los salarios y demás prestaciones devengadas durante el tiempo de vinculación.

Los impedimentos tienen como fundamento la integridad moral del funcionario que los declara, quien en razón de la existencia de ciertas situaciones comprobadas puede sentirse condicionado, bien en su fuero interno o en sus circunstancias externas.

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala en su artículo 130 que los Magistrados y Jueces deberán declararse impedidos, o serán recusables, en los casos previstos en el artículo 150 del Código de Procedimiento Civil (actualmente, artículo 141 del Código General del Proceso).

El Estatuto Adjetivo en mención reza en el numeral 1 del referido canon 141:

“Son causales de recusación las siguientes:

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

...”

Consideramos que en nuestra calidad de Magistrados y debido a la naturaleza de los reajustes prestacionales pretendidos, resultaríamos indirectamente afectados con la sentencia, pues la decisión sobre la inclusión de la prima especial como factor salarial para la liquidación de las prestaciones sociales, guarda estrecha relación con el mismo emolumento que se nos ha reconocido; por tanto, nos asiste interés en las resultas de la litis.

Recientemente, en un caso de similares características, el H. Consejo de Estado¹ declaró fundado el impedimento manifestado por los Magistrados del Tribunal Administrativo de Santander, en los siguientes términos:

“En anterior oportunidad, los magistrados del Tribunal Administrativo de Santander manifestaron estar incurso en la referida causal, razón por la que solicitaron ser apartados del conocimiento de la presente controversia; sin embargo, esta Corporación declaró infundado el impedimento (...).

Sin embargo, con posterioridad, la Sala abordó nuevamente el estudio de esta causal y concluyó que «si bien una y otra prima especial se encuentran reguladas en instrumentos normativos diferentes, lo cierto es que el objeto de discusión en este proceso es el carácter salarial del porcentaje devengado a título de prima especial de servicios, que no ha sido tenido en cuenta para la liquidación de las prestaciones sociales, lo que podría conllevar a un beneficio para los Magistrados que integran esta Corporación».

En ese escenario, la Sala declarará fundado el impedimento bajo análisis, puesto que, una vez confrontada la causal invocada con las razones que expusieron los magistrados integrantes del Tribunal Administrativo de Santander, se estima que a estos les asiste un interés directo en el resultado del proceso porque la discusión planteada concierne a la reliquidación y pago de salarios y prestaciones sociales, con inclusión de la prima especial de servicios que prevé el artículo 14 de la Ley 4.ª de 1992, equivalente al 30 % del salario básico, pretensión que, de resultar favorable, también podría incidir en la liquidación de sus demás acreencias, en tanto ostentan la calidad de servidores de la Rama Judicial”. /Resalta la Sala/

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas. Febrero 06 de 2020, Radicación número: 68001-23-33-000-2016-01201-02(6448-19).

Por ello, y de conformidad con lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 131 de la Ley 1437 de 2011, por la Secretaría de esta Corporación y previa anotación en el programa informático “Justicia Siglo XXI”, remítase el expediente al H. Consejo de Estado - Sección Segunda, para lo pertinente.

CÚMPLASE

Los Magistrados,



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

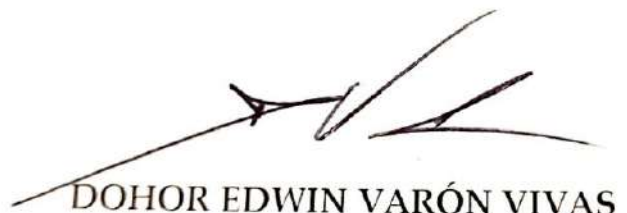


CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA

Magistrado



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS


Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 097 de fecha 04 de Agosto de 2020.

Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.

Manizales,

A handwritten signature in green ink, consisting of several vertical strokes of varying heights and a horizontal base line, with a long vertical stroke extending downwards from the left side.

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE CALDAS



SALA PLENA DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, treinta y uno (31) de JULIO de dos mil veinte (2020)

RADICACIÓN	17001-33-33-004-2017-00495-03
CLASE	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	CAROLINA PINILLA SUÁREZ
DEMANDADO	NACIÓN - RAMA JUDICIAL - DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL
ASUNTO	MANIFESTACIÓN DE IMPEDIMENTO

La demandante, Doctora Carolina Pinilla Becerra, quien fungió como Asistente Administrativa Grado 5 de la Rama Judicial, demanda la nulidad de la Resolución N° DESAJMZR 16-335 de 04 de marzo de 2016, y del acto ficto originado con el recurso de apelación interpuesto contra dicho acto, con los cuales se negó el reconocimiento y pago de la bonificación judicial creada por el Decreto 383 de 2013; a título de restablecimiento del derecho, solicita que se ordene a la entidad demandada reconocer y pagar la diferencia salarial entre lo que se ha liquidado y pagado hasta ahora, y lo que debería devengar, teniendo como base la bonificación judicial como factor salarial y prestacional.

Los impedimentos tienen como fundamento la integridad moral del funcionario que los declara, quien en razón de la existencia de ciertas situaciones comprobadas puede sentirse condicionado, bien en su fuero interno o en sus circunstancias externas. El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala en su artículo 130 que los Magistrados y Jueces deberán declararse impedidos, o serán recusables, en los casos previstos en el artículo 150 del Código de Procedimiento Civil (actualmente, artículo 141 del Código General del Proceso).

El Estatuto Adjetivo en mención reza en el numeral 1 del referido canon 141:

“Son causales de recusación las siguientes:

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

...”

Respetuosamente consideramos que en nuestra calidad de Magistrados de este Tribunal y debido a la naturaleza de los reajustes salariales y prestacionales pretendidos, resultaríamos indirectamente beneficiados, pues la decisión sobre la inclusión de un factor salarial para la

liquidación de las prestaciones sociales se aplicaría igualmente a los demás funcionarios judiciales, y por tanto nos asistiría interés, circunstancia que se ajusta al contenido del numeral reproducido, razón por la cual, a juicio de los suscritos, se concretiza el impedimento para conocer de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho de la referencia.

Recientemente, en un caso de similares características, el H. Consejo de Estado declaró fundado el impedimento manifestado por los Magistrados del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en los siguientes términos: “la Sección Segunda del Consejo de Estado declarará fundado el impedimento presentado por los Magistrados del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, teniendo en cuenta que les asiste un interés indirecto en las resultados del proceso, en la medida en que una de las discusiones planteadas en el presente asunto consiste en el reconocimiento y pago de la bonificación Judicial como factor salarial (Decreto 383 de 2013), es decir, que en su calidad de funcionarios de la Rama Judicial persiguen el mismo interés salarial al de la parte actora”.

Por ello, y de conformidad con lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 131 de la Ley 1437 de 2011, por la Secretaría de esta Corporación y previa anotación en el programa informático “Justicia Siglo XXI”, remítase el expediente al H. Consejo de Estado - Sección Segunda, para lo pertinente.

CÚMPLASE

Los Magistrados,



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
Magistrado



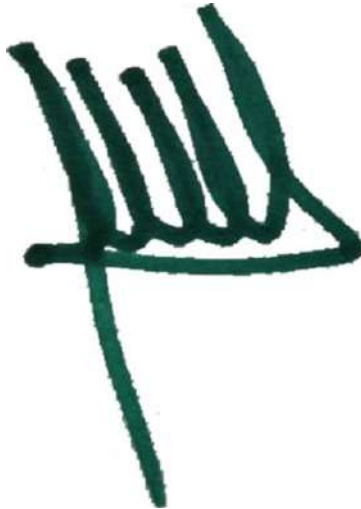
DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 097 de fecha 04 de Agosto de 2020.

Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.

Manizales,

A handwritten signature in green ink, consisting of several vertical strokes and a horizontal base, resembling a stylized 'H' or a similar symbol.

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

17001-33-33-003-2018-00100-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: **AUGUSTO MORALES VALENCIA**

Manizales, treinta y uno (31) de JULIO de dos mil veinte (2020)

S. 088

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 de Manizales, con la cual negó a las pretensiones formuladas por el señor **LEONARDO GRISALES GRISALES**, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**¹.

ANTECEDENTES

PRETENSIONES.

- I) Se declare la nulidad parcial del acto ficto surgido con ocasión de la petición de 08 de septiembre de 2017, por cuanto negó la inclusión de la prima de servicios y la bonificación por servicios prestados en la cuantía de la mesada pensional reconocida al señor Leonardo Grisales Grisales.

- II) Se declare que la parte actora tiene derecho a que la demandada le reconozca y pague una pensión ordinaria de jubilación a partir del 28 de octubre de 2015, incluyendo los factores salariales de prima de servicios y bonificación por servicios prestados.

¹ En adelante, FNPSM.

A título de restablecimiento del derecho, solicita:

- i. Se ordene el reconocimiento y pago de una pensión ordinaria de jubilación a partir del 28 de octubre de 2015 con la inclusión de los factores salariales de prima de servicios y la bonificación por servicios prestados, y que sobre el monto inicial de la pensión se realicen los ajustes de ley para cada anualidad, ordenando el pago de las mesadas atrasadas, desde la consolidación del derecho hasta la inclusión en nómina, realizando en lo sucesivo el pago del incremento decretado.
- ii. Se realicen los ajustes de valor por motivo de la disminución del poder adquisitivo de las diferencias pensionales que se decreten (art. 187 C/CA), y se ordene el reconocimiento y pago de intereses moratorios conforme al inciso 3º del artículo 192 del C/CA, y se condene a la demandada en costas.

CAUSA PETENDI

- Laboró más de 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.
- Sin embargo, la base de liquidación pensional únicamente incluyó la asignación básica y la prima de vacaciones.
- Con sentencia de segunda instancia del 13 de marzo de 2014, el Tribunal Administrativo de Caldas ordenó que se reconociera a favor del demandante la prima de servicios y la bonificación por servicios prestados a partir del 17 de junio de 2005 como factores salariales.
- Una vez proferida la sentencia debió incluirse la prima de servicios y la bonificación por servicios prestados para la liquidación de la mesada pensional.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Se invocaron: Ley 91 de 1989, art. 15; Ley 33 de 1985, art. 1º; Ley 62 de 1985 y Decreto Nacional 1045 de 1978.

Luego de realizar una diacronía de la normativa que cobija a los docentes nacionalizados y precisando que le es aplicable el régimen pensional de la Ley 91/89 con las demás normas vigentes para esa época, acudió a los contenidos de la Ley 33 de 1985, artículo 1º, para argüir que dicho mandato legal no instituye de manera taxativa cuáles factores salariales conforman la base para calcular la mesada pensional, anotando al efecto que, según sentencia de unificación del H. Consejo de Estado, esa situación no impide incluir todos los factores devengados por el trabajador durante el último año de servicios, pues de esta forma se hacen efectivas sus derechos y garantías laborales.

Conforme al precepto 15 de la Ley 91/89, la liquidación de la pensión de jubilación ha de regirse por los Decretos 3135/68, 1848/69 y 1045/78, e insistió que el Supremo Tribunal de lo Contencioso Administrativo fue enfático al señalar que al momento de establecer la base de liquidación de esa prestación vitalicia, las primas de vacaciones y de navidad deben ser tenidas en cuenta, tal como lo autoriza el artículo 45 del último de los decretos enunciados.

Finalmente, trasuntando apartes de providencias emanadas del Alto Tribunal varias veces referenciado, culminó su exposición destacando que, si no fueron realizados los respectivos descuentos sobre las primas y bonificaciones que percibió, debe ordenarse lo pertinente frente al último año de servicio, incluyéndolas en todo caso en el valor de su pensión.

CONTESTACIÓN AL LIBELO DEMANDADOR.

La **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FNPSM**, se pronunció con memorial obrante de folios 65 a 77, 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; ‘INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DEMANDADA POR INEXISTENCIA DE CAUSA JURÍDICA’ ya que no le asiste el derecho a la parte actora a reclamar la reliquidación con inclusión de la prima de servicios, de conformidad

con la jurisprudencia del H. Consejo de Estado; '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

El Juez 3º Administrativo de Manizales dictó sentencia negando las pretensiones de la parte actora en los términos que pasan a compendiarse /fls. 105 a 114 cdno ppl/:

El litigio se circunscribió a determinar si le asiste derecho a la parte actora a que su pensión de jubilación sea reliquidada teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados durante el año anterior y aquellos reconocidos por el Tribunal Administrativo. Así mismo, en identificar cuál es la entidad encargada de reconocer la reliquidación de las pensiones de los docentes afiliados al FNPSM.

Explicó que el régimen pensional aplicable al caso concreto es aquel que rige a los empleados públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985. Respecto a los factores para determinar la base de liquidación pensional, acudió al artículo 1º de la Ley 62 de 1985 y a las subreglas precisadas por el H. Consejo de Estado en sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, para concluir que sólo los factores salariales sobre los que se haya realizado aporte o cotización pueden ser tenidos en cuenta para la liquidación de la mesada pensional.

Respecto de la sentencia proferida en segunda instancia por esta Corporación el 13 de marzo de 2014, concluyó que si bien allí se ordenó reconocer la prima de servicios al demandante, no realizó pronunciamiento alguno sobre si tal factor debía tenerse en cuenta para liquidar la pensión del señor Leonardo Grisales G. Por último explicó, frente la prima de servicios, que la misma no se encuentra enlistada dentro de los factores salariales a tener en cuenta para liquidar la pensión de jubilación, y frente a la bonificación judicial, sostuvo que no se allegó prueba de que se haya realizado cotización sobre dicho factor, razón por la cual negó las pretensiones de la demanda.

EL RECURSO DE SEGUNDO GRADO.

Mediante memorial visible de folios 116 a 120 del cuaderno principal, la parte demandante impugnó la sentencia de primera instancia, e indicó que la sentencia de unificación que fundamentó la decisión, dispone que los factores salariales a tener en cuenta para la reliquidación de la pensión deben ser aquellos definidos en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

Sostuvo que el demandante no puede tener la carga de verificar si el empleador realizó los descuentos con destino al Sistema General de Seguridad Social. En punto al reconocimiento de la bonificación por servicios prestados, explicó que para la fecha de presentación de la demanda aún no se había realizado el pago de lo ordenado en sentencia del 13 de marzo de 2014, pero que por tratarse de un factor salarial, deberían hacerse los respectivos descuentos a pensión.

Reprochó que el Juez de primera instancia no haya hecho uso de su facultad oficiosa en materia probatoria para establecer si sobre los factores solicitados se realizaron aportes a pensión.

De este modo, solicitó la revocatoria del fallo de primera instancia y en consecuencia que se ordene la reliquidación de la pensión de jubilación del señor Leonardo Grisales Grisales, con la inclusión de la prima de servicios y la bonificación por servicios prestados.

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

Pretende la parte actora la nulidad parcial del acto ficto surgido con ocasión de la petición de 08 de septiembre de 2017, por cuanto negó la inclusión de la prima de servicios y la bonificación por servicios prestados en la cuantía de la mesada pensional reconocida al señor Leonardo Grisales Grisales.

PROBLEMAS JURÍDICOS

Atendiendo a la postura erigida por la parte apelante y a lo expuesto por la Jueza *A quo*, los problemas jurídicos a resolver en el presente asunto se contraen a la dilucidación de los siguientes interrogantes:

- *¿Qué factores salariales deben tenerse en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de la parte accionante?*

(I)

RÉGIMEN PENSIONAL APLICABLE Y LOS FACTORES SALARIALES COMPUTABLES

La Ley 100 de 1993, por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones, en el artículo 11 -modificado luego por el artículo 1° de la Ley 797 de 2003-, determinaba su campo de aplicación con el siguiente tenor literal:

“El Sistema General de Pensiones, con las excepciones previstas en el artículo 279 de la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, del Instituto de Seguros Sociales y del sector privado en general...”

En efecto, el artículo 279 dispuso en lo pertinente:

“...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...”

En el tema de pensiones para institutores, la Ley 91 de 1989 unificó para los docentes nacionales y nacionalizados el porcentaje de la pensión, también equiparó el régimen al de los pensionados del sector público nacional. Señaló a propósito en el artículo 15 ibídem:

“[...] 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...

2. Pensiones:

B. Para los docentes vinculados a partir del 1° de enero de 1981, nacionales o 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 [...]”.

A su vez, el inciso 4° del artículo 6° de la Ley 60 de 1993, al definir las prestaciones del sector docente dispuso que “el régimen aplicable a los actuales docentes nacionales y nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones será el reconocido por la Ley 91 de 1989, y las prestaciones en ella reconocidas serán compatibles con pensiones o cualquier otra clase de remuneraciones”. Así mismo, la Ley 115 de 1994, en la parte final del inciso 1, artículo 115, remite al régimen prestacional establecido para los educadores estatales en las Leyes 91 de 1989 y 60 de 1993.

Finalmente, la Ley 812 de 2003 en su artículo 81 inciso 1° estableció que “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”.

Todo lo antes señalado indica que las normas a aplicar en el caso estudiado son las Leyes 33 de 1985 y 62 del mismo año, es decir, el régimen general de prestaciones sociales del sector público.

En este orden, la mencionada Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de la misma anualidad, previó en su 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 jornada 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 [...]” /subrayas de la Sala/

Este Tribunal ha venido señalando de manera reiterada² que la normativa reproducida ilustra que, así se hagan aportes a la Caja de Previsión basados en rubros distintos de los enlistados en el inciso segundo del artículo 1º, las pensiones se liquidarán teniéndolos también en cuenta, intelección que se acompasa con lo estipulado en el canon 1º también trasunto.

De igual manera, se acudía a lo pregonado por el H. Consejo de Estado, que había considerado como salario “*lo que el trabajador recibe en forma habitual o a cualquier título y que implique retribución ordinaria permanente de servicios, sea*

² Ver entre muchas otras, sentencias del 16 de junio de 2015, Exp. 2013-00299-02 y Exp. 2013-00369-02. M.P. Augusto Morales Valencia.

*cual fuere la designación que las partes le den*³, postura que reiteró en providencia de 16 de febrero de 2012⁴, dando solidez a su propia tesis, plasmada en la sentencia de la Sala Plena de la Sección Segunda, de 4 de agosto de 2010⁵.

Por otra parte, cabe anotar que en sentencia de veintiocho (28) de agosto de 2018, la Sala Plena del H. Consejo de Estado⁶ precisó que la interpretación respecto a la aplicación del IBL y factores salariales del artículo 36 de la Ley 100/93, no cobija a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ya que se encuentran exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, y su régimen pensional está previsto en la Ley 91 de 1989.

Ante este panorama, el Tribunal venía esbozando que la Ley 33/85 rige la pensión ordinaria de los docentes, no en virtud de la transición establecida en el artículo 36 de la Ley 100/93, sino por expresa remisión que hace la Ley 91 de 1989 al régimen general de prestaciones sociales del sector público anterior, es decir, las Leyes 33 y 62 de 1985.

SENTENCIA DE UNIFICACIÓN SOBRE LIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN DOCENTE.

El veinticuatro (24) de abril de 2019, el H. Consejo de Estado profirió sentencia en la que unificó su postura en punto al Ingreso Base de Liquidación (IBL) y los factores salariales que deben tomarse en cuenta para liquidar las pensiones de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio - FNPSM⁷.

³ Sentencia del 19 de febrero de 2004, Sección Segunda, M.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub-sección A, Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero. Expediente: 25000-23-25-000-2007-00001-01(0302-11).

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, fecha: 4 de agosto de 2010, Ref: Expediente No. 250002325000200607509 01.-, Número Interno: 0112-2009.-, Actor: Luis Mario Velandia.

⁶ C.P.: César Palomino Cortés. Expediente: 52001-23-33-000-2012-00143-01. Demandante: Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro. Demandado: Caja Nacional de Previsión Social E.I.C.E. En Liquidación. Asunto: Sentencia de unificación de jurisprudencia. Criterio de interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

⁷ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, C.P. César Palomino Cortés, Sentencia de Unificación SUJ-014 -CE-S2 -2019, 680012333000201500569-01.

En esta oportunidad, el máximo órgano de esta jurisdicción determinó que el mandato de correspondencia entre las cotizaciones hechas al sistema pensional y la liquidación de las prestaciones pensionales, regla contenida en el artículo 48 Superior, es inherente a la totalidad de regímenes pensionales en tanto prescripción constitucional, por lo que se separó de modo expreso de la tesis de unificación acogida hasta entonces, prevista la sentencia de cuatro (4) de agosto de 2010, y que venía aplicando incluso a los docentes afiliados al FNPSM.

A partir de lo anterior, distinguió entre aquellos docentes vinculados con posterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003, a quienes se aplica el régimen de prima media con prestación definida contenido en la Ley 100/93, y los educadores vinculados al servicio público educativo antes de proferida aquella norma, cuya situación pensional se gobierna por las previsiones de la Ley 33 de 1985.

En este último caso, que es el que interesa a la Sala de Decisión en el sub lite, la regla de unificación fue fijada en los siguientes términos:

“(…)

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

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

a. **En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la**

Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo” /Resaltado del Tribunal, negrita del texto original/.

En consecuencia, partiendo del imperativo que representa la aplicación de las reglas jurisprudenciales adoptadas en sede de unificación por el Consejo de Estado, esta Sala De Decisión aplicará los parámetros descritos en la providencia parcialmente trasuntada, lo que impone ajustar la postura que al respecto había venido asumiendo esta colegiatura en materia de liquidación de pensiones docentes. Al respecto, se agrega que el órgano de cierre de esta jurisdicción dispuso la aplicación retrospectiva de dicho precedente, incluyendo dentro de este ámbito a los casos que se hallen pendientes de decisión en vía administrativa o judicial.

EL CASO CONCRETO

En el *sub lite*, el despacho judicial de primera instancia negó las pretensiones de la demanda respecto a la inclusión de la prima de servicios y la bonificación por servicios prestados en la base de liquidación pensional de la parte accionante /fl. 105 a 113 cdno. 1/.

- PRIMA DE SERVICIOS

Bajo la égida del temperamento jurídico adoptado en sede de unificación, la prima de servicio no ha de tomarse como factor determinante del cómputo pensional, no solo por no hallarse dentro del catálogo de emolumentos enlistados en la Ley 62 de 1985, sino porque tampoco se demostró que hayan sido objeto de aportes al sistema pensional, por lo que se halla acertado, sobre este punto, el fallo impugnado.

- BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADOS

Ahora, ha de tenerse en cuenta que según certificado que obra a folio 52 del cuaderno principal, la parte actora devengó en el año anterior a la adquisición del estatus pensional (28 de octubre de 2014 a 28 de octubre de 2015), asignación

básica, bonificación mensual y las primas de navidad, vacaciones y de servicios. De los anteriores factores, en el acto de reconocimiento (Resolución N° 000073 de febrero de 2016) se tuvieron en cuenta la asignación básica y la prima de vacaciones. /fl. 23/, no así la bonificación por servicios prestados.

No obstante lo anterior, tal como lo manifestó el Juez de primera instancia, no reposa prueba en el expediente de que sobre dicho factor se hayan realizado descuentos con destino al Sistema General de Seguridad Social, razón por la cual habrá de confirmarse también este punto del fallo impugnado.

Ahora bien, una de las motivaciones centrales del recurso de apelación, es que el Juez de primera instancia no debió imponer al demandante la carga de probar si sobre la bonificación por servicios prestados se realizaron descuentos con destino al Sistema General de Seguridad Social, e incluso cuestionó la facultad oficiosa que en materia de pruebas tienen los operadores judiciales.

Al respecto esta Sala Plural habrá de manifestar que el artículo 212 del C/CA determina las oportunidades para solicitar, practicar e incorporar pruebas en primera y en segunda instancia, no habiéndose realizado solicitud al respecto en el escrito de demanda, y que sumado a ello, el apoderado de la parte demandante manifestó estar de acuerdo con el auto que abrió el proceso a pruebas en desarrollo de la audiencia inicial /fl. 103 vto. cdno ppal/, razón por la cual se confirmará en su totalidad la sentencia de primer grado.

COSTAS.

No habrá condena en costas ni agencias en derecho teniendo en cuenta que al momento de interponer la demanda, la jurisprudencia del Consejo de Estado avalaba la reliquidación pensional con el IBL cuya aplicación pretendía la parte accionante sede judicial; sin embargo, ante la nueva postura, y debido a la cual se debió variar la línea argumentativa que en otra época se perfiló por este Tribunal, estima la Sala que no es procedente condenar en costas en este caso.

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

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia emanada del Juzgado 3° Administrativo de Manizales, con la cual negó a las pretensiones formuladas por el señor **LEONARDO GRISALES GRISALES**, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM**.

SIN COSTAS ni 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° 037 de 2020.



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 097 de fecha 04 de Agosto de 2020.

Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.

Manizales,

A handwritten signature in green ink, consisting of several vertical strokes and a horizontal base, resembling a stylized 'H' or a similar symbol.

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE CALDAS**



SALA PLENA DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, treinta y uno (31) de JULIO de dos mil veinte (2020)

RADICACIÓN	17001-33-33-003-2018-00188-03
CLASE	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTES	CLAUDIA PATRICIA TABARES CARDONA MARÍA ISABEL SALAZAR SIERRA
DEMANDADO	NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
ASUNTO	MANIFESTACIÓN DE IMPEDIMENTO

Las demandantes, señoras Claudia Patricia Tabares Cardona y María Isabel Salazar Sierra, quienes se han desempeñado como servidoras públicas de la Fiscalía General de la Nación, demandan la nulidad de los Oficios N° DS-16-12-000146 y N° DS-16-12-000144, ambos de 26 de enero de 2016, así como de los actos fictos originados ante el silencio de la entidad frente a los recursos de apelación interpuestos contra los referidos actos administrativos; a título de restablecimiento del derecho, solicitan que se ordene a la entidad demandada reconocer la bonificación judicial como factor salarial para todos los efectos prestacionales, así como el pago de las prestaciones ajustadas desde la expedición del Decreto 382 de 2013.

Los impedimentos tienen como fundamento la integridad moral del funcionario que los declara, quien en razón de la existencia de ciertas situaciones comprobadas puede sentirse condicionado, bien en su fuero interno o en sus circunstancias externas.

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala en su artículo 130 que los Magistrados y Jueces deberán declararse impedidos, o serán recusables, en los casos previstos en el artículo 150 del Código de Procedimiento Civil (actualmente, artículo 141 del Código General del Proceso).

El Estatuto Adjetivo en mención reza en el numeral 1 del referido canon 141:

“Son causales de recusación las siguientes:

1. Tener el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o

segundo de afinidad, interés directo o indirecto
en el proceso...”

Respetuosamente consideramos que en nuestra calidad de Magistrados de este Tribunal y debido a la naturaleza de los reajustes prestacionales pretendidos, resultaríamos indirectamente beneficiados, pues la decisión sobre la inclusión de la bonificación judicial como factor salarial para la liquidación de las prestaciones económicas, guarda estrecha relación con el mismo emolumento reconocido a los funcionarios de la Rama Judicial a través del Decreto 383 de 2013, y por tanto nos asistiría interés, circunstancia que se ajusta al contenido del numeral reproducido, razón por la cual, a juicio de los suscritos, se concretiza el impedimento para conocer de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho de la referencia.

Recientemente, en un caso de similares características, el H. Consejo de Estado¹ declaró fundado el impedimento manifestado por los Magistrados del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en los siguientes términos:

“Realizadas las anteriores precisiones, la Sección Segunda del Consejo de Estado, declarará fundado el impedimento presentado por los funcionarios en comento, toda vez que les asiste un interés indirecto en las resultas del proceso, en la medida que la discusión planteada consiste en la reliquidación y pago de las prestaciones sociales con la inclusión de la bonificación judicial de que trata el Decreto 382 de 2013 y este beneficio guarda semejanza con la bonificación judicial y bonificación por compensación reconocidas a los empleados y funcionarios de la Rama Judicial, mediante los Decretos 383 de 2013 y 610 de 1998, respectivamente.

Por demás cabe mencionar que la pretensión de la demanda radica en la inclusión de la bonificación judicial no solamente como un factor salarial para la base de cotización al sistema general de pensiones y seguridad social en salud, sino como un factor salarial para el reconocimiento y pago de todas las prestaciones sociales y económicas de los funcionarios de la Fiscalía; pretensión similar a la que los servidores de la Rama Judicial también han realizado a través de diversas demandas presentadas ante esta jurisdicción”.

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. C.P. William Hernández Gómez. Enero 23 de 2020, Radicación número: 11001-33-35-012-2016-00114-01(3789-19).

Por ello, y de conformidad con lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 131 de la Ley 1437 de 2011, por la Secretaría de esta Corporación y previa anotación en el programa informático “Justicia Siglo XXI”, remítase el expediente al H. Consejo de Estado - Sección Segunda, para lo pertinente.

C Ú M P L A S E

Los Magistrados,



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



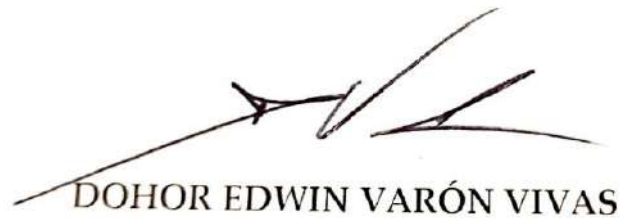
PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
Magistrado



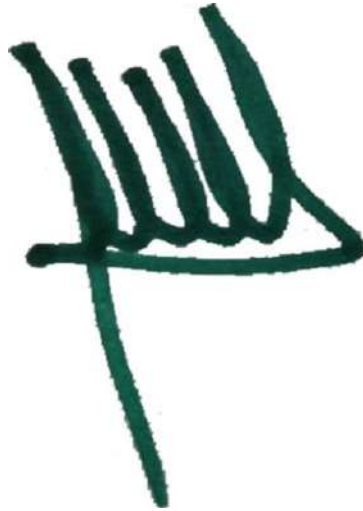
DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 097 de fecha 04 de Agosto de 2020.

Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.

Manizales,

A handwritten signature in green ink, consisting of several vertical strokes of varying heights and a horizontal base line, with a long vertical stroke extending downwards from the left side.

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Jairo Ángel Gómez Peña

Manizales, treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020)

Radicación	17-001-23-33-000-2019-00428-00
Clase:	Repetición
Demandante:	Municipio de Palestina
Demandado:	Diego Fernando Alejandro Muñoz Gallego – Carlos Alberto Ocampo Vasco – Carlos Alberto Piedrahita

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 171 de la Ley 1437 de 2011, se **admite** la demanda que en ejercicio del medio de control de Repetición, regulado en el artículo 142 del CPACA, instauró a través de apoderado el **Municipio de Palestina - Caldas**, contra los señores **Carlos Alberto Ocampo Vasco, Carlos Alberto Piedrahita Echeverry y Diego Alejandro Muñoz Gallego**. En consecuencia, para su tramitación, se dispone:

I) Notificaciones personales.

Mediante mensaje dirigido al buzón electrónico para notificaciones judiciales, en la forma y términos indicados en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 612 del CGP, se notificará la demanda a las siguientes personas:

- 1) Al Agente del Ministerio Público delegado ante este Tribunal Administrativo.
- 2) Al demandado **Diego Alejandro Muñoz** personalmente conforme al numeral 1° del artículo 171 del CPACA y los artículos 291, 293 y 108 del CGP, y de quien se suministra como dirección electrónica alejandromunozgallego87@hotmail.com.
- 3) A los demandados **Carlos Alberto Ocampo Vasco y Carlos Alberto Piedrahita**, en vista que el apoderado judicial de la parte demandante, afirma bajo la gravedad de juramento que desconoce la dirección electrónica de éstos demandados, se procederá conforme a 293 del CGP en concordancia con el artículo 10 del Decreto 806 de 4 de junio de 2020, y de quienes se aporta la siguiente información:

Carlos Alberto Ocampo Vasco dirección de residencia calle 9 número 10 – 22, teléfono 8710626 de Palestina – Caldas.

Carlos Alberto Piedrahita dirección de residencia carrera 9 número 18 – 40,

Barrio Rincón Campestre de Chinchiná – Caldas.

- II) Mantener en la Secretaría del Tribunal copia de la demanda y sus anexos, que estará a disposición de los notificados.
- III) Para la notificación de la demanda a la parte demandada, se **requiere a la parte demandante**, para que una vez se surta por la Secretaría de este Tribunal la notificación personal de esta providencia, se remita a **través del servicio postal autorizado o mediante correo electrónico**, copia de la demanda, de sus anexos y de esta providencia a la entidad; lo anterior de conformidad con lo previsto en el inicio 5º del artículo 612 del CGP.

Se le advierte a la parte demandante que si dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación personal del auto admisorio de la demanda no se acredita la remisión de los documentos arriba indicados, se dará aplicación a lo consagrado en el artículo 178 del CPACA.
- IV) Correr traslado de la demanda por el término de 30 días, conformidad con lo dispuesto en el artículo 172 del CPACA; dicho término solo comenzará a correr al vencimiento del término común de veinticinco (25) días después de surtida la última notificación (artículo 612 del Código General del Proceso), para lo cual la Secretaría dejará constancia del vencimiento de éste término en el expediente.
- V) Notificar este proveído a la parte demandante por estado electrónico.
- VI) Se reconoce personería para actuar como apoderado de la parte demandante, al abogado Alejandro Franco Castaño identificado con la cédula de ciudadanía No. 75.086.934 de Manizales y Tarjeta Profesional No. 116.906 del C. S de la J.

Notifíquese y cúmplase



Jairo Ángel Gómez Peña
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Jairo Ángel Gómez Peña

Manizales, treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020)

Radicación:	17 001 23 33 000 2019 00575 00
Clase:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Accionante:	Ingenieros Calderón y Jaramillo S.A.S.
Demandado:	Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales - U.G.P.P.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 171 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante CPACA), se **admite** la demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, regulado en el artículo 138 del CPACA, instauró a través de apoderado, la sociedad **Ingenieros Calderón y Jaramillo S.A.S.** contra la **Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales – UGPP**. En consecuencia, para su tramitación, se dispone:

I) **Notificaciones personales.**

Mediante mensaje dirigido al buzón electrónico para notificaciones judiciales, en la forma y términos indicados en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 612 del CGP, se notificará la demanda a las siguientes personas:

- 1) Al Director de la UGPP.
- 2) Al Agente del Ministerio Público delegado ante este Tribunal Administrativo.
- 3) Al Director General de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

II) Remítase a los notificados, excepto a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado¹, copia de la demanda, de sus anexos y de esta providencia, por el servicio postal autorizado o mediante correo electrónico, en la forma y términos indicados en el inciso 5º del artículo 199 del CPAC A, modificado por el artículo 612 del C.G.P.

III) Mantener en la Secretaría del Tribunal copia de la demanda y sus anexos, que estará a disposición de los notificados.

¹ Decreto 1365 de 27 de junio de 2013, artículo 3.

IV) Para la notificación de la demanda a la parte demandada, se **requiere a la parte demandante**, para que una vez se surta por la Secretaría de este Tribunal la notificación personal de esta providencia, se remita **a través del servicio postal autorizado o mediante correo electrónico**, copia de la demanda, de sus anexos y de esta providencia a la entidad; lo anterior de conformidad con lo previsto en el inciso 5º del artículo 612 del CGP.

Se le advierte a la parte demandante que si dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación personal del auto admisorio de la demanda no se acredita la remisión de los documentos arriba indicados, se dará aplicación a lo consagrado en el artículo 178 del CPACA.

V) Correr traslado de la demanda, incluido el dictamen pericial aportado con ésta, por el término de 30 días, conformidad con lo dispuesto en el artículo 172 del CPACA; dicho término solo comenzará a correr al vencimiento del término común de veinticinco (25) días después de surtida la última notificación (artículo 612 del Código General del Proceso), para lo cual la Secretaría dejará constancia del vencimiento de éste término en el expediente.

VI) Prevengase a la entidad accionada del cumplimiento del parágrafo 1 del artículo 175 del CPACA.

VII) Notificar este proveído a la parte demandante por estado electrónico.

VIII) Se reconoce personería para actuar como apoderado de la parte demandante, al abogado Carlos Mario Salgado, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.015.401.323 y Tarjeta Profesional No. 219.447 del C. S. de la J., de conformidad con el poder a él conferido. (fl. 10 C. 1)

Notifíquese y cúmplase,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Jairo Ángel Gómez Peña', written over a light gray rectangular background.

**Jairo Ángel Gómez Peña
Magistrado**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Jairo Ángel Gómez Peña

Manizales, treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020)

Radicación:	17-001-23-33-000-2020-00019-00
Clase:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante:	Septiclean S.A. E.S.P.
Demandado:	Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 171 de la Ley 1437 de 2011, se **admite** la demanda que en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, regulado en el artículo 138 del CPACA, instauró a través de apoderado, la empresa **Septiclean S.A. E.S.P.** contra la **DIAN**. En consecuencia, para su tramitación, se dispone:

I) **Notificaciones personales.**

Mediante mensaje dirigido al buzón electrónico para notificaciones judiciales, en la forma y términos indicados en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 612 del CGP, se notificará la demanda a las siguientes personas:

- 1) A la DIAN
 - 2) Al Agente del Ministerio Público delegado ante este Tribunal Administrativo.
 - 3) Al Director General de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.
- II) Remítase a los notificados, excepto a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado¹, copia de la demanda, de sus anexos y de esta providencia, por el servicio postal autorizado, en la forma y términos indicados en el inciso 5º del artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 612 del C.G.P.
- III) Mantener en la Secretaría del Tribunal copia de la demanda y sus anexos, que estará a disposición de los notificados.
- IV) Para la notificación de la demanda a la parte demandada, se **requiere a la parte demandante**, para que una vez se surta por la Secretaría de este Tribunal la

¹ Decreto 1365 de 27 de junio de 2013, artículo 3.

notificación personal de esta providencia, se remita a **través del servicio postal autorizado o mediante correo electrónico**, copia de la demanda, de sus anexos y de esta providencia a la entidad; lo anterior de conformidad con lo previsto en el inicio 5º del artículo 612 del CGP.

Se le advierte a la parte demandante que si dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación personal del auto admisorio de la demanda no se acredita la remisión de los documentos arriba indicados, se dará aplicación a lo consagrado en el artículo 178 del CPACA.

- V) Correr traslado de la demanda por el término de 30 días, conformidad con lo dispuesto en el artículo 172 del CPACA; dicho término solo comenzará a correr al vencimiento del término común de veinticinco (25) días después de surtida la última notificación (artículo 612 del Código General del Proceso), para lo cual la Secretaría dejará constancia del vencimiento de éste término en el expediente.
- VI) Prevéngase a la entidad accionada del cumplimiento del parágrafo 1 del artículo 175 del CPACA.
- VII) Notifíquese proveído a la parte demandante por estado electrónico.
- VIII) Se reconoce personería para actuar como apoderado de la parte demandante, al abogado José Elbert Castañeda Durán identificado con la cédula de ciudadanía No. 5.795.187 de Manizales y Tarjeta Profesional No. 38.214 del C. S de la J.

Notifíquese y cúmplase



Jairo Ángel Gómez Peña
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Manizales, tres (3) de agosto de dos mil veinte (2020).

Asunto: Resuelve Solicitud

Radicado: 17233300202000023

Medio de control: Acción Popular

Demandante: SINDICATO SINDESS SECCIONAL CALDAS

Demandado: Comisión Nacional del Servicio Civil y la Universidad Libre de Colombia

Auto de Sustanciación: 119

Mediante escrito allegado el día trece (13) de marzo del año en curso, se solicita que el Despacho se pronuncie respecto a la medida cautelar, se informa que por sustracción de materia, la misma quedó resuelto en la providencia que ordenó rechazar la demanda de la referencia.

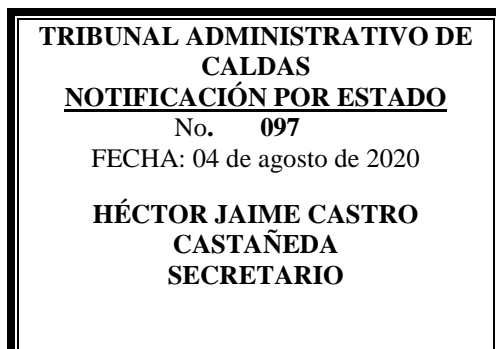
Por lo anterior se autoriza el retiro de la demanda.

Notifíquese y Cúmplase

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

Firmado Por:

**PUBLIO MARTIN
MEJIA
MAGISTRADO
CONSEJO
DESPACHO 6**



ANDRES PATIÑO
**TRIBUNAL O
SECCIONAL
TRIBUNAL**

ADMINISTRATIVO DE CALDAS

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

Código de verificación:

15226dc14c4e4c642c130c131d3a238443d671ca16181297821e2ccb24002f7f

Documento generado en 03/08/2020 03:11:02 p.m.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Jairo Ángel Gómez Peña

Manizales, treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020)

Radicación	17-001-23-33-000-2020-00042-00
Clase:	Repetición
Demandante:	Nación – Ministerio de Defensa Nacional
Demandado:	SL Pérez Gallo Neider –SLP Pineda Riobo Luis Fernando – SLP Huila Pizzo William – Subintendente Fabio Nelson Caro Jiménez

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 171 de la Ley 1437 de 2011, se **admite** la demanda que en ejercicio del medio de control de Repetición, regulado en el artículo 142 del CPACA, instauró a través de apoderado la **Nación – Ministerio de Defensa Nacional**, contra los señores **SL Pérez Gallo Neider, SLP Pineda Riobo Luis Fernando, SLP Huila Pizzo William, Subintendente Fabio Nelson Caro Jiménez**. En consecuencia, para su tramitación, se dispone:

I) Notificaciones personales.

Mediante mensaje dirigido al buzón electrónico para notificaciones judiciales, en la forma y términos indicados en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 612 del CGP, se notificará la demanda a las siguientes personas:

- 1) Al Agente del Ministerio Público delegado ante este Tribunal Administrativo.
 - 2) A los demandados **SL Pérez Gallo Neider –SLP Pineda Riobo Luis Fernando – SLP Huila Pizzo William – Subintendente Fabio Nelson Caro Jiménez**, en vista que el apoderado judicial de la parte demandante, afirma bajo la gravedad de juramento que desconoce la dirección de los demandados, se procederá conforme a 293 del CGP en concordancia con el artículo 10 del Decreto 806 de 4 de junio de 2020, y de quienes se aporta la siguiente información:
- II)** Mantener en la Secretaría del Tribunal copia de la demanda y sus anexos, que estará a disposición de los notificados.
- III)** Para la notificación de la demanda a la parte demandada, se **requiere a la parte demandante**, para que una vez se surta por la Secretaría de este Tribunal la notificación personal de esta providencia, se remita a **través del servicio postal**

autorizado o mediante correo electrónico, copia de la demanda, de sus anexos y de esta providencia a la entidad; lo anterior de conformidad con lo previsto en el inicio 5º del artículo 612 del CGP.

Se le advierte a la parte demandante que si dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación personal del auto admisorio de la demanda no se acredita la remisión de los documentos arriba indicados, se dará aplicación a lo consagrado en el artículo 178 del CPACA.


IV) Correr traslado de la demanda por el término de 30 días, conformidad con lo dispuesto en el artículo 172 del CPACA; dicho término solo comenzará a correr al vencimiento del término común de veinticinco (25) días después de surtida la última notificación (artículo 612 del Código General del Proceso), para lo cual la Secretaría dejará constancia del vencimiento de éste término en el expediente.

V) Notificar este proveído a la parte demandante por estado electrónico.

VI) Con relación a la petición que la parte demandante hace en el capítulo de notificaciones, relacionada con oficiar al Sistema General de Salud, previa notificación a los demandados, a fin de obtener la dirección para notificación de los mismos, y con ello garantizar su derecho de defensa y contradicción, considera el Despacho que dicho requerimiento no se hace necesario por cuanto el Código General del Proceso en su artículo 293 prevé esa situación, cuando el demandante manifiesta que ignora el lugar donde debe ser citado el demandado, procediendo a la notificación por emplazamiento allí prevista, donde se dispone además que, surtido el emplazamiento, se procederá a la asignación de curador ad litem, si fuere necesario, garantizando con todo ello el derecho de defensa y contradicción de los demandados.

VII) Se reconoce personería para actuar como apoderado de la parte demandante, al abogado Julián Ortega Sánchez identificado con la cédula de ciudadanía No. 89.008.689 de Manizales y Tarjeta Profesional No. 158.414 del C. S de la J.

Notifíquese y cúmplase

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Jairo Ángel Gómez Peña', written over a light gray background.

Jairo Ángel Gómez Peña
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Magistrado Ponente: Jairo Ángel Gómez Peña

Manizales, treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020)

Radicación	17-001-23-33-000-2020-00062-00
Clase:	Reparación directa
Demandante:	Sandra Liliana Londoño y Otros
Demandado:	Municipio de Pácora – Agencia Nacional de Minería – Corporación Autónoma Regional de Caldas – Instituto Nacional de Vías

De conformidad con el artículo 170 del C.P.A.C.A., se concede a la parte actora un término de diez (10) días para **CORREGIR** la demanda que en ejercicio del medio de control de reparación directa instauró mediante apoderado judicial las señoras Sandra Liliana y Juliana Londoño Osorio, y los señores Diego Alexander y Julián Londoño Osorio contra el Municipio de Pácora – Agencia Nacional de Minería – Corporación Autónoma Regional de Caldas – Instituto Nacional de Vías por las siguientes:

I. Consideraciones

En el medio de control de repetición la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional solicita entre otros:

“Primera: Que se declare que el Municipio de Pácora –Caldas, la Agencia Nacional de Minería, La Corporación Autónoma Regional de Caldas – Corpocaldas, el Instituto Nacional de Vías – INVÍAS- y la señora María Cecilia Jaramillo Ramírez, son responsables administrativa y extracontractualmente por el daño antijurídico causado a los demandantes (...) por los daños y perjuicios ocasionados al predio de su propiedad localizado en la jurisdicción del Municipio de Pácora – Caldas, al permitir y omitir ejercer sus funciones respecto de la operación de la mina (cantera) de propiedad de la señora María Cecilia Jaramillo Ramírez, como consecuencia directa de las acciones y omisiones atribuidas a miembros de las instituciones demandadas”

No obstante que las pretensiones se solicite la declaratoria de responsabilidad de la señora María Cecilia Jaramillo Ramírez; en el capítulo de la demanda denominado parte demandada, no se encuentra citada dicha señora, por lo que se hace necesario unificar, o precisar en qué calidad se está vinculando a la misma en la demanda de la referencia.

De ser posible, se debe aportar el documento que acredite la condición de la señora María Cecilia Jaramillo Ramírez bien como demandada, que la legitime en la causa por pasiva (algo como el certificado de tradición del bien inmueble del cual se reputa como dueña en los hechos de la demanda, o el que se considere pertinente) dentro del asunto de la referencia, o que acredite la calidad que se defina en el escrito de corrección de la demanda.

En las direcciones para notificaciones de las demandas aparece la señora María Cecilia Jaramillo Ramírez, de quien se aporta una dirección física y teléfonos, pero no se aporta un correo electrónico para las notificaciones pertinentes, y no se advierte bajo la gravedad de juramento que la misma se desconoce; por lo que se solicita aportar la misma.

No se observa ni correo electrónico, ni teléfono, del apoderado judicial de la parte demandante.

Al revisar el CD que se aporta con la demanda a folio 85 del cuaderno 1, se evidencia que el mismo se encuentra en blanco, y no contiene ni la información que se advierte en los anexos de la demanda, ni la demanda en medio magnético para la correspondiente notificación de las partes.

De acuerdo con lo expuesto, se hace necesaria corrección en el siguiente sentido:

1. El capítulo denominado partes demandadas, debe coincidir con las pretensiones de la demanda, y precisar la naturaleza de la vinculación que se pretende, de la señora María Cecilia Jaramillo Ramírez.
2. Aportar, de ser posible, el documento que acredite la legitimación en la causa por pasiva de la señora María Cecilia Jaramillo Ramírez en su calidad de demandada, o que acredite la calidad mediante la cual se pretenda su vinculación.
3. Precisar un correo electrónico para notificación de la señora María Cecilia Jaramillo Ramírez.
4. Debe definirse un correo electrónico del apoderado judicial de la parte demandante con el fin de llevar a cabo las notificaciones correspondientes.
5. Aportar el CD con la demanda en medio magnético y los anexos de la misma, para las correspondientes notificaciones y traslados para las partes, verificando previamente que se encuentren los documentos que se mencionan.
6. Se requiere aportar copia física de la corrección para el traslado a las partes y al Ministerio Público.

Segundo: Una vez realizadas las correcciones ordenadas en precedencia, la parte actora deberá integrarlas en un solo escrito, del cual deberá allegar copia en medio magnético (formato PDF de baja resolución), en aras de surtir el trámite de notificación personal del auto admisorio. Así como las copias para los traslados respectivos para las demandadas y para el Ministerio Público.

Notifíquese y cúmplase

A handwritten signature in black ink on a light gray background. The signature is fluid and cursive, starting with a large loop on the left and ending with a smaller loop on the right.

**Jairo Ángel Gómez Peña
Magistrado**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala Plena de Decisión
Magistrado Ponente: Jairo Ángel Gómez Peña

Manizales, treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020)

Radicación	17 001 23 33 000 2020 0013100
Clase	Control Inmediato de Legalidad
Demandante	Municipio de Victoria - Caldas
Demandado	Decretos Números 025 (22 de marzo), Decreto 026 (26 de marzo), Decreto 031 (3de abril) Decreto 033 (12 de abril) y Decreto 034 (12 de abril)
Providencia	Sentencia N° 78

La actuación se ha cumplido con plena observancia de las formas procesales y no se advierte motivo alguno que pueda dar lugar a la nulidad de lo actuado, con vista en lo cual procede la Sala Plena de Decisión a proferir sentencia que culmina la instancia.

Así pues, una vez agotado el trámite contemplado en el artículo 185 del Código de lo Contencioso Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, procede la Sala Plena a proferir la sentencia que pone fin a la actuación de control inmediato de legalidad de los siguientes decretos proferidos por el alcalde municipal de Victoria – Caldas, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica declarado en todo el territorio nacional como consecuencia de la pandemia originada por el COVID-19:

1. Decreto 025 (22 de marzo) *“Por medio de cual se suspenden los términos de las actuaciones administrativas, sancionatorias de competencia de las dependencias del municipio de Victoria, Caldas”.*

2. Decreto 026 (26 de marzo) *“Por medio del cual se dictan medidas sobre la prestación del servicio público de transporte y su infraestructura, dentro del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica decretando por el gobierno nacional, con respecto a la jurisdicción del municipio de Victoria – Caldas.”*

3. Decreto 031 (3de abril) *“Por medio del cual se fijan los horarios de atención al público par los establecimientos comerciales, industriales y de servicios en el*

municipio de Victoria – Caldas, dentro del Estado de Emergencia, Económica, Social y Ecológica, decretado por el Gobierno Nacional”

4. Decreto 033 (12 de abril) *“Por medio del cual se fijan horarios de atención al público para los establecimientos comerciales, industriales y de servicios en el municipio de Victoria – Caldas y los días de mercado público dentro del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, decretada por el gobierno nacional”.*

5. Decreto 034 (12 de abril) *“Por medio del cual se prorroga la suspenden (SIC) los términos de las actuaciones administrativas, sancionatorias de la competencia de las dependencias del municipio de Victoria, Caldas.”*

I. Antecedentes

1. Decretos allegados para ejercer el Control Inmediato de Legalidad

El día 14 de mayo de 2020, se allegó a la oficina judicial de reparto de la ciudad de Manizales, los siguientes decretos proferidos por el alcalde municipal de Victoria – Caldas, con el fin de ejercer el correspondiente control de legalidad:

1. Decreto 020 (16 de marzo) *“Por medio del cual se adoptan las medidas de contención y acciones sanitarias por el Covid – 19 en el municipio de Victoria, Caldas con ocasión a la declaratoria de emergencia sanitaria dictada por el Presidente de la República, el Ministerio de Salud y Protección Social así como de la activación de la alerta naranja decretada por la Gobernación de Caldas a través del Decreto 0078 del 15 de marzo de 2010.”*

2. Decreto 022 (20 de marzo) *“A través del cual se modifica el Decreto 020 del 16 de marzo de 2020 “Por medio del cual se adoptan las medidas de contención y acciones sanitarias por el Covid – 19 en el municipio de Victoria, Caldas con ocasión a la declaratoria de emergencia sanitaria dictada por el Presidente de la República, el Ministerio de Salud y Protección Social así como de la activación de la alerta naranja decretada por la Gobernación de Caldas a través del Decreto 0078 del 15 de marzo de 2010”*

3. Decreto 025 (22 de marzo) *“Por medio de cual se suspenden los términos de las actuaciones administrativas, sancionatorias de competencia de las dependencias del municipio de Victoria, Caldas”.*

4. Decreto 026 (26 de marzo) *“Por medio del cual se dictan medidas sobre la*

prestación del servicio público de transporte y su infraestructura, dentro del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica decretado por el gobierno nacional, con respecto a la jurisdicción del municipio de Victoria – Caldas.”

5. Decreto 031 (3de abril) *“Por medio del cual se fijan los horarios de atención al público par los establecimientos comerciales, industriales y de servicios en el municipio de Victoria – Caldas, dentro del Estado de Emergencia, Económica, Social y Ecológica, decretado por el Gobierno Nacional”*

6. Decreto 033 (12 de abril) *“Por medio del cual se fijan horarios de atención al público para los establecimientos comerciales, industriales y de servicios en el municipio de Victoria – Caldas y los días de mercado público dentro del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, decretada por el gobierno nacional”*

7. Decreto 034 (12 de abril) *“Por medio del cual se proroga la suspenden (sic) los términos de las actuaciones administrativas, sancionatorias de la competencia de las dependencias del municipio de Victoria, Caldas.”*

8. Decreto 036 (25 de abril) *“Por medio del cual se prorrogan las medias de contención y acciones sanitarias por el virus Covid – 19 en el municipio de Victoria, Caldas con ocasión del Decreto Nacional No. 593 del 24 de abril de 2020, en el que se imparten instrucciones en virtud de la Emergencia Sanitaria generada por la pandemia Coronavirus Covid – 19 y el mantenimiento del orden público y se dictan otras disposiciones”.*

9. Decreto 037 (26 de abril) *“Por medio del cual se proroga la suspenden (SIC) los términos de las actuaciones administrativas de las dependencias del municipio de Victoria, Caldas”*

10. Decreto 038 (30 de abril) *“Por medio del cual se adiciona el Decreto No. 036 de abril de 2020, “Por medio del cual se prorrogan las medidas de contención y acciones sanitarias por el virus Covid – 19 en el municipio de Victoria, Caldas con ocasión del Decreto Nacional No. 593 del 24 de abril de 2020, en el que se imparten instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la Pandemia del Coronavirus Covid – 19 y el mantenimiento del orden público y se dictan otras disposiciones”*

11. Decreto 041 (3 de mayo) *“Por medio del cual se adopta el protocolo general de Bioseguridad para las actividades económicas, sociales, sectores de la administración pública, sector de la construcción y la manufactura para mitigar, controlar y realizar el adecuado manejo de la pandemia del Coronavirus Covid – 19”*

12. Decreto 044 (10 de mayo) *“Por medio del cual se prorrogan las medidas de contención y acciones sanitarias por el virus Covid – 19 en el municipio de Victoria, Caldas con ocasión del Decreto Nacional No. 636 del 06 de mayo de 2020, en el que se imparten instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del Coronavirus Covid – 19 y el mantenimiento del orden público y se dictan otras disposiciones”*

Mediante auto de fecha 22 de mayo de 2020, se resolvió: No avocar conocimiento del trámite del medio de control inmediato de legalidad, respecto de los Decretos números 020 de 16 de marzo, 022, de 20 de marzo, 036 de 25 de abril, 037 de 26 de abril, 038 de 30 de abril, 041 de 3 de mayo, y 044 de 10 de mayo de 2020; así mismo, se avocó conocimiento del trámite correspondiente al Control Inmediato de Legalidad de los Decretos 025 de 22 de marzo, 026 de 26 de marzo, 031 de 3 de abril, 033 y 034 de 12 de abril de 2020; actos todos proferidos por el Alcalde del municipio de Victoria – Caldas.

El Agente del Ministerio Público rindió su concepto número 38-2020 el 24 de junio de 2020; así como la universidad de Caldas y la Universidad de Manizales; y el 9 de junio se pronunció el alcalde del municipio de Victoria.

2. Antecedentes administrativos aportados por el municipio

El municipio de Victoria – Caldas no allegó al expediente electrónico los antecedentes administrativos que dieron origen a la expedición de los Decretos aportados para el Control Inmediato de Legalidad tal como fueron solicitados en el auto correspondiente mediante el cual se avocó el conocimiento de los mismos; y en el memorial aportado expone que en la parte considerativa de todos los decretos proferidos, y de los cuales se avocó conocimiento por parte del Tribunal Administrativo, contienen una breve explicación de los antecedentes y necesidades que justifican la expedición del acto, y que ello, a su juicio, contiene los antecedentes administrativos, pues su expedición se basa en la normativa que allí se cita.

3. Concepto Universidad de Caldas

En cumplimiento de lo dispuesto en el numeral cuarto del auto que avocó conocimiento de los Decretos de la referencia, la Universidad de Caldas allegó concepto, en el cual pone de presente que, para ello solicitó a los docentes vinculados al Departamento de Salud Pública de la Facultad de Ciencias para la Salud para conceptuar sobre el alcance y eficacia de los Decretos aportados para el estudio,

profesionales que conceptuaron entre otros aspectos que, dadas las características del virus Covid – 19 y el comportamiento de la pandemia, es una cuarentena inicial de mínimo 14 días, pues según la cantidad de población aislada se alcanzan diferentes grados de disminución en el índice reproductivo básico, que se refiere al número de personas que cada persona infecta o contagia directamente, y expone unas fórmulas relacionadas con ello, citando que si la cadena de transmisión no se interrumpe en un mes, cada persona habría contagiado a 2,5 personas mas, lo que genera un crecimiento exponencial de los infectados.

Citan que por tratarse de un virus nuevo, la falta de vacunas y medicamentos eficaces, hace que las medidas de aislamiento con fines de mitigación o suspensión sean relevantes para contener el avance la pandemia; y concluye que las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional y por el alcalde del municipio, representadas en el aislamiento social, cierre de instituciones educativas y el control de circulación a través de medidas como el pico y cédula, tienen como fin disminuir la velocidad de la propagación mediante la reducción progresiva del RO (índice reproductivo básico), y que el propósito central es la protección de la vida de todos los ciudadanos, reducir la demanda de atención en salud para garantizar la calidad y oportunidad de la misma en los casos difíciles.

Afirma que “El llamado desde la academia con fundamentos científicos es que todas las personas deben mantener el aislamiento social mientras duren las medidas obligatorias y después de éstas, hasta que sea posible contar con una vacuna para proteger a toda la población”

Finaliza diciendo que, respecto de los Decretos 25 y 34 de 2020, que no se considera aplicable el concepto por la Universidad rendido; así como que no procede emitirlo en tal caso, pues las medidas que allí se adoptan, si bien surgen por la situación de salud pública existente, se refieren a asuntos netamente administrativos y jurídicos, de los cuales sus efectos no impactan en el campo de las ciencias de la salud.

4. Concepto Universidad de Manizales

De igual manera, y en cumplimiento de lo dispuesto en el numeral cuarto del auto que avocó conocimiento de los Decretos de la referencia, la Universidad de Manizales allegó concepto citando el artículo 215 Constitucional, el Decreto 417 de 17 de marzo de 2020, Decreto 418 de 18 de marzo de 2020 y el decreto 457 de 22 de marzo 2020; así como los decretos sometidos a Control Inmediato de Legalidad dentro del proceso de la referencia.

Cita el rector de la Universidad que son tres los requisitos que se deben reunir por la normatividad Constitucional y, conforme al CPACA: (i) Que, se trate de una medida adoptada por una autoridad en ejercicio de función administrativa; (ii) que, la medida tenga carácter general; que nazca de la voluntad de una autoridad pública y que busque el beneficio o interés común y (iii) que, haya sido expedida en desarrollo de decretos legislativos durante el estado de excepción; y que los decretos respecto a los cuales se solicita el concepto de la Universidad de Manizales, considera que dichos decretos, se encuentran en armonía con las normas sustanciales compatibles con el ordenamiento jurídico.

Así mismo, sostiene que con relación al contenido de los decretos de los cuales se avocó conocimiento, y las decisiones que allí se adoptan, fueron tomadas en armonía con la Constitución y el ordenamiento jurídico, reuniendo los elementos esenciales y de validez necesarios para nacer a la vida jurídica. Motivos por los cuales solicita que se declaren ajustados a derecho, los decretos referidos.

5. Concepto del Ministerio Público

En su concepto el Ministerio Público hace un estudio sobre la naturaleza del medio de Control Inmediato de Legalidad, y relaciona varias citas jurisprudenciales relacionadas con el tema; sostiene que por tratarse de un estudio de legalidad limitado, las decisiones de la jurisdicción que desestiman la nulidad de los actos administrativos objeto de control, por lo que resulta posible que, sobrevenga un debate judicial posterior sobre las mismas normas y por distintos reproches de ilegalidad, en el trámite del contencioso objetivo de anulación.

Expone que es posible identificar los elementos que caracterizan el control inmediato de legalidad y cita que, éste comporta un control integral, en cuanto debe efectuarse sobre el fondo y la forma de la medida general revisada; por consiguiente, su juzgamiento deberá realizarse frente a cualquier norma que le sea superior y no solamente respecto del decreto legislativo en el cual se fundamenta.

Resalta que el juicio sobre estas medidas es de constitucionalidad y de legalidad, como también es de razonabilidad, aplicando para ello el test de proporcionalidad para determinar si la medida es acorde con el objetivo de la emergencia, y si además existen otras menos lesivas para los derechos y libertades de las personas.

Refiere que de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 20 de la Ley 137 de 1994, las medidas de carácter general que sean dictadas en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos durante los Estados de

Excepción, tendrán un control inmediato de legalidad, ejercido por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, a través del Tribunal Administrativo del lugar donde se expidan, si se tratare de entidades territoriales o por el Consejo de Estado si emanaren de autoridades nacionales.

Seguidamente hace un estudio sobre los decretos que en este caso son sometidos al Control de Legalidad y afirma que encuentra cumplida la exigencia relativa a la competencia formal del Alcalde Municipal de Victoria, Caldas para expedir los decretos sometidos a control judicial, puesto que constituyen actos administrativos de carácter general, cuyos supuestos normativos aparecen enunciados de manera objetiva y abstracta, proferidos con base en las atribuciones constitucionales y legales.

Después de verificar los requisitos de forma de los actos administrativos controlados, el Ministerio Público advierte que el análisis material de los referidos actos debe adelantarse, en primer lugar, mediante la confrontación de los mismos con algunas de las normas que dieron origen a su expedición y que les sirvió de fundamento jurídico inmediato, esto es, con los decretos nacionales 457 de 22 de marzo, 531 de 8 de abril, 593 del 24 de abril y 636 de mayo de 2020; y se refiere de manera muy precisa, frente a la parte resolutive de cada uno de los decretos estudiados.

Cita que al revisar el contenido de los decretos municipales número 025 y 034, en éstos se adoptan medidas de suspensión de términos de actuaciones administrativas sancionatorias, en el marco de la emergencia sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social mediante la resolución No. 385 del 12 de marzo de 2020.

Y que los decretos municipales 031 y 033, tienen como finalidad establecer los horarios de atención al público que deben cumplir los establecimientos comerciales, industriales y de servicios habilitados para desarrollar sus actividades, conforme a lo dispuesto en los decretos nacionales 457 del 22 de marzo y 531 del 8 de abril de 2020, los mismos que tienen carácter ordinario, más no legislativo.

Concluye de lo expuesto, que la motivación de los decretos municipales bajo estudio, no es producto del desarrollo de ninguna disposición en ejercicio de una función administrativa dictada con ocasión del estado de excepción declarado en el país a través del Decreto Nacional 417 del 17 de marzo de 2020, sino del ejercicio de las funciones del Alcalde como autoridad máxima de la administración municipal y dentro de la órbita de sus atribuciones ordinarias, sin que para dictar tales decisiones deba mediar la declaratoria de un estado de emergencia económica, social y ecológica, en cuanto se trata de una facultad legal, más no excepcional.

Expone el Ministerio Público que, los decretos nacionales 457 del 22 de marzo, 531 del 8 de abril, 593 del 24 de abril y 636 del 6 de mayo de 2020, por medio de los cuales se adoptaron algunas de las medidas más relevantes para afrontar la crisis generada por la pandemia, fueron expedidos con base en los poderes de policía ordinarios, y no se fundamentaron en los decretos legislativos del estado de emergencia. Y con base en ello, sostiene la tesis según la cual los actos administrativos expedidos en ejercicio de las facultades de policía o de control de salubridad que han sido conferidas a los alcaldes y gobernadores por leyes ordinarias, como es el caso de la Ley 1801 de 201618, así hayan sido dictados después de la expedición del Decreto 417 de 2020, no son objeto de control inmediato de legalidad.

Seguidamente se pronuncia con relación a las medidas adoptadas en el decreto 026 de 26 de marzo de 2020, expedido por el Alcalde Municipal de Victoria – Caldas, y expone que debe estudiarse la conexidad, y precisa que si la materia del acto objeto de control inmediato tiene fundamento constitucional y guarda relación directa y específica con el estado de emergencia declarado y el decreto legislativo que adopta medidas para conjurarlo; de tal manera que, a su juicio, existe conexidad entre el decreto legislativo y el acto administrativo expedido por la autoridad municipal que lo desarrolla, cuando entre una y otra norma, media una correlación directa.

De lo anterior, concluye que, el contenido normativo del decreto municipal No. 026 de 2020 denota la evidente relación de conexidad de este acto administrativo con el decreto declarativo del estado de excepción y con el decreto legislativo 482 del 26 de marzo de 2020, como también permite establecer que el acto administrativo controlado desarrolla las normas extraordinarias dictadas por medio del referido decreto legislativo expedido en vigencia del estado de excepción. Y frente a la proporcionalidad de las medidas contenidas en el decreto No. 026 de 2020, afirma que, se debe observar la correlación entre los fines buscados y los medios empleados para conseguirlo, así como que las decisiones de carácter administrativo contenidas en el decreto municipal materia de control están plenamente justificadas, en tanto es notorio que las mismas están dirigidas a regular en el ámbito territorial las condiciones de operación del servicio público de transporte terrestre y de carga, con el objetivo de facilitar la movilidad de las personas que se encuentran en alguna de las excepciones previstas en el decreto nacional 457 de 2020, al igual que para garantizar el abastecimiento y la prestación o acceso a los servicios de salud, es decir, para atender necesidades básicas en materia de salud y alimentación, en el marco de la grave calamidad pública por la emergencia sanitaria que altera el orden económico y social y constituye una amenaza para la población.

Concluye su concepto, sosteniendo que, el control inmediato de legalidad deviene improcedente frente a los decretos No. 025 (22 de marzo), No. 031 (3 de abril), No. 033 (12 de abril) y No. 034 (12 de abril) expedidos por el Alcalde Municipal de Victoria, Caldas; y que, de otro lado, el decreto 026 (26 de marzo) expedido por la misma autoridad pública se encuentra ajustado al marco constitucional y legal, conforme a las consideraciones expuestas, por lo que debe declararse la legalidad de éste último.

II. Consideraciones

Procede la Sala Plena a plantear el problema jurídico a resolver, con el fin de proferir la sentencia correspondiente al Control Inmediato de Legalidad de los decretos proferidos por el alcalde municipal de Victoria – Caldas, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica declarado en todo el territorio nacional como consecuencia de la pandemia originada por el COVID-19.

1. Problema jurídico

¿Los Decretos números 25 de 22 de marzo, 26 de 26 de marzo, 31 de 3 de abril, 33 de 12 de abril y 34 de 12 de abril de 2020, expedidos por el Alcalde del Municipio de Victoria – Caldas, cumplen con los requisitos necesarios previstos por el artículo 20 de la Ley 137 de 1994 y el artículo 136 de la Ley 1437 de 2011 para ser susceptible de control inmediato de legalidad, particularmente el relacionado con desarrollar los decretos legislativos expedidos durante los estados de excepción?

2. Decretos objeto de Control de Legalidad

A continuación la Sala se permite transcribir la parte resolutive de los Decretos objeto de control de legalidad; para proseguir con el estudio correspondiente, a fin de determinar si éstos desarrollan o no Decretos Legislativos.

2.1. Decreto 025 (22 de marzo) *“Por medio de cual se suspenden los términos de las actuaciones administrativas, sancionatorias de competencia de las dependencias del municipio de Victoria, Caldas”.*

El Decreto en mención, fue proferido por el alcalde de municipio de Victoria - Caldas en ejercicio de sus atribuciones Constitucionales y Legales, especialmente las conferidas por el artículo 315 de la Constitución Nacional y la Ley 1551 de 2012 y resuelve:

“ARTICULO PRIMERO. Suspender los términos de todas las actuaciones administrativas sancionatorias que adelanta las dependencias de la Alcaldía Municipal de Victoria, Caldas, por el término comprendido entre el 24 de marzo al 13 de abril de 2020

PARAGRAFO 1: En caso de identificarse la necesidad de adelantar actuaciones administrativas sancionatorias por acciones que impacte gravemente el orden público, la dependencia respectiva lo comunicará al despacho del Alcalde para tomar la decisión si así se requiere, de levantar la suspensión de la que trata el presente Decreto, a efectos de atender oportunamente la situación que le sea reportada.

ARTICULO SEGUNDO: El presente decreto rige a partir del 24 de marzo de 2020.”

De igual manera, en su parte considerativa funda las medidas adoptadas en el Decreto 417 de 17 de marzo de 2020 por el cual se declara el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en el Territorio Nacional.

2.2. Decreto 026 (26 de marzo) *“Por medio del cual se dictan medidas sobre la prestación del servicio público de transporte y su infraestructura, dentro del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica decretando por el gobierno nacional, con respecto a la jurisdicción del municipio de Victoria – Caldas.”*

El Decreto referido, fue proferido por el alcalde de municipio de Victoria - Caldas en ejercicio de sus atribuciones Constitucionales y Legales, especialmente las conferidas por el artículo 315 de la Constitución Nacional y la Ley 1551 de 2012 y resuelve:

ARTÍCULO PRIMERO: *Trasporte de pasajeros por carretera interveredal. Durante el estado de emergencia económica, social y ecológica y el aislamiento preventivo obligatorio, se permite operar el servicio público de transporte automotor en la modalidad de pasajeros por su carretera interveredal, con fines de acceso o prestación de servicios de salud, abastecimiento de productos agropecuarios y venta de productos agropecuarios, ya en personas que requieran movilizarse y sean excepciones autorizadas en los términos del Decreto No. 457 de marzo de 2020.*

Parágrafo primero. *Para cada ruta autorizada al momento de entrar en vigencia este Decreto, redúzcase la oferta de operaciones hasta el cincuenta por ciento (50%) de la capacidad transportadora autorizada.*

ARTÍCULO SEGUNDO. *Transporte de pasajeros individual tipo taxi. Durante el estado de emergencia económica, social y ecológica y el aislamiento preventivo obligatorio, se permite operar el servicio público de transporte de pasajeros individual tipo Taxi que sólo podrá ofrecerse vía telefónica o a través de plataformas tecnológicas.*

ARTICULO TERCERO: *Transporte de carga. Durante el estado de emergencia económica, social y ecológica y el aislamiento preventivo obligatorio, se deberá garantizar el servicio de transporte de carga en la jurisdicción de Victoria, Caldas, que sean estrictamente necesarios para prevenir, mitigar y atender la emergencia sanitaria por causa del Coronavirus COVID – 19 y las permitidas en el Decreto 457 de 22 de marzo de 2020.*

ARTÍCULO SEGUNDO: *El presente decreto rige a partir del 24 de marzo de 2020.*”

De igual manera, en su parte considerativa funda las medidas adoptadas en las siguientes normas:

- Resolución 385 de 12 de marzo de 2020 *“Por la cual se declara la emergencia sanitaria por causa del coronavirus COVID – 19 y se adoptan las medidas para hacer frente al virus”*
- Ley 1753 de 2015 *“Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “todos por un nuevo país”*
- Decreto 417 de marzo de 2020 *“Por el cual se declara un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el Territorio Nacional”*
- Decreto 482 de 26 de marzo de 2020 *“Por el cual se dictan medidas sobre la prestación del servicio público de transporte y su infraestructura, dentro del Estado de Emergencia, Económica, Social y Ecológica”*

2.3. Decreto 031 (3de abril) *“Por medio del cual se fijan los horarios de atención al público par los establecimientos comerciales, industriales y de servicios en el municipio de Victoria – Caldas, dentro del Estado de Emergencia, Económica, Social y Ecológica, decretado por el Gobierno Nacional”*

El Decreto referido, fue proferido por el alcalde de municipio de Victoria - Caldas en ejercicio de sus atribuciones Constitucionales y Legales, especialmente las conferidas por el artículo 315 de la Constitución Nacional, la Ley 1551 de 2012 y el parágrafo del artículo 83 de la ley 1801 de 2016 y resuelve:

ARTÍCULO PRIMERO: *Establézcase como horario de atención al público de los establecimientos comerciales, industriales y de servicios en la jurisdicción de Victoria – Caldas, que estén exceptuados para funcionar dentro del término del toque de queda regulado por el Decreto 457 de 2020 desde las 07:00 hasta las 4:00 p.m.*

Parágrafo primero. *Las farmacias y/o droguerías podrán atender sin ingreso al establecimiento, desde las 4:00 pm hasta las 9:00 p.m.*

ARTÍCULO SEGUNDO. *El no acatamiento de las órdenes aquí decretadas dará lugar a la aplicación de las sanciones de que trata la ley 1801 de 2016 y las establecidas en el artículo 7 del Decreto Ley 457 de 2000”*

ARTICULO TERCERO: *El presente decreto rige a partir de su expedición y su vigencia será hasta las cero horas (00:00) del día 13 de abril de 2020.”*

De igual manera, en su parte considerativa funda las medidas adoptadas en las siguientes normas:

- Resolución 385 de 12 de marzo de 2020 *“Por la cual se declara la emergencia*

sanitaria por causa del coronavirus COVID – 19 y se adoptan las medidas para hacer frente al virus”

- Decreto 417 de marzo de 2020 *“Por el cual se declara un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el Territorio Nacional”*
- Ley 1753 de 2015 *“Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “todos por un nuevo país”*
- Decreto 420 de 2020 *“Por el cual se imparten instrucciones para expedir normas en materia de orden público en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia de COVID – 19”*
- Decreto 457 de 22 de marzo de 2020 *“Por el cual se imparten instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del Coronavirus COVID – 19 y el mantenimiento del orden público”*
- Ley 1801 de 2016.

2.4. Decreto 033 (12 de abril) *“Por medio del cual se fijan horarios de atención al público para los establecimientos comerciales, industriales y de servicios en el municipio de Victoria – Caldas y los días de mercado público dentro del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, decretada por el gobierno nacional”.*

Este Decreto, fue proferido por el alcalde de municipio de Victoria - Caldas en ejercicio de sus atribuciones Constitucionales y Legales, especialmente las conferidas por el artículo 315 de la Constitución Nacional, la Ley 1551 de 2012 y el párrafo del artículo 83 de la ley 1801 de 2016 y resuelve:

ARTÍCULO PRIMERO: *Adóptese el aislamiento preventivo obligatorio decretado por el gobierno nacional a través del decreto ley No. 531 de 2020, a partir de las (00:00 am) del día 12 de abril de 2020 hasta las cero horas (00:00 am) del día 27 de abril de 2020, en el marco de la emergencia sanitaria decretada en la resolución No. 385 de 2020, por causa del Coronavirus COVID – 19 y el decreto municipal No. 020 del 16 de marzo de 2020, en cumplimiento del artículo 2 del Decreto ley 531 de 2020.*

ARTÍCULO SEGUNDO. *Adóptense como garantías para la medida de aislamiento preventivo obligatorio, las establecidas en el artículo 3 del Decreto ley 531 de 2020*

ARTICULO TERCERO: *Prohíbese en todo el territorio del municipio de Victoria, Caldas, cualquier impedimento, obstrucción o restricción al pleno ejercicio de los derechos del personal médico y las demás vinculadas con la prestación del servicio de salud, ni ejercer actos de discriminación en su contra.*

ARTÍCULO CUARTO: *Establézcase como días de mercado público en el municipio de Victoria, los sábados y domingos desde las 07:00 am hasta las 4:00 pm*

Parágrafo: *Los campesinos que ingresen a la zona urbana del municipio deben contar con los elementos de protección de bioseguridad (tapabocas)*

ARTÍCULO QUINTO: *El no acatamiento de las órdenes aquí decretadas dará*

lugar a la aplicación de las sanciones de que trata la ley 1801 de 2016 y las establecidas en el artículo 7 del Decreto 457 de 2020

ARTÍCULO SEXTO: *El presente decreto rige a partir de su expedición y su vigencia será hasta las cero horas (00:00) del día 27 de abril de 2020.*

De igual manera, en su parte considerativa funda las medidas adoptadas en las siguientes normas:

- Resolución 385 de 12 de marzo de 2020 *“Por la cual se declara la emergencia sanitaria por causa del coronavirus COVID – 19 y se adoptan las medidas para hacer frente al virus”*
- Decreto 417 de marzo de 2020 *“Por el cual se declara un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el Territorio Nacional”*
- Decreto 531 de 08 de abril de 2020 *“Por el cual se imparten instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del Coronavirus Covid – 19 y el mantenimiento del orden público.”*
- Decreto 420 de 2020 *“Por el cual se imparten instrucciones para expedir normas en materia de orden público en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia de COVID – 19”*
- Ley 1801 de 2016 y Ley 1551 de 2012
- Decreto 020 del 16 de marzo del alcalde municipal de Victoria – Caldas.

2.5. Decreto 034 (12 de abril) *“Por medio del cual se prorroga la suspender (SIC) los términos de las actuaciones administrativas, sancionatorias de la competencia de las dependencias del municipio de Victoria, Caldas.”*

El decreto en mención, fue proferido por el alcalde de municipio de Victoria - Caldas en ejercicio de sus atribuciones Constitucionales y Legales, especialmente las conferidas por el artículo 315 de la Constitución Nacional y la Ley 1551 de 2012 y resuelve:

ARTÍCULO PRIMERO: *Suspender los términos de todas las actuaciones administrativas sancionatorias que adelanta las dependencias de la Alcaldía municipal de Victoria, Caldas, por el término comprendido entre las cero horas (00:00 horas) del 13 de abril de 2020 hasta las cero horas (00:00 horas) del día 27 de abril de 2020.*

Parágrafo 1. *En caso de identificarse la necesidad de adelantar actuaciones administrativas sancionatorias por acciones que impacte gravemente el orden público, la dependencia respectiva lo comunicará al despacho del Alcalde para tomas la decisión si así se requiere, de levantar la suspensión de la que trata el presente Decreto, a efectos de atender oportunamente la situación que le sea reportada.*

ARTÍCULO SEGUNDO. *El presente decreto rige a partir del 13 de abril de 2020.*

De igual manera, en su parte considerativa funda las medidas adoptadas en las siguientes normas:

- Decreto 417 de marzo de 2020 *“Por el cual se declara un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el Territorio Nacional”*
- Decreto 531 de 08 de abril de 2020 *“Por el cual se imparten instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del Coronavirus Covid – 19 y el mantenimiento del orden público.”*
- Decreto 025 del 22 de marzo, proferido por el alcalde municipal de Victoria – Caldas

3. Del Control Inmediato de Legalidad

Mediante la sentencia C – 715 de 2015¹, la Corte Constitucional plantea los límites al ejercicio de las facultades atribuidas al Gobierno Nacional durante los Estados de Excepción, así como los requisitos formales de los Decretos Legislativos de la siguiente manera:

1.1.1.1. Requisitos formales

La Ley Estatutaria 137 de 1994 exige el cumplimiento de los siguientes requisitos formales de los decretos legislativos²: (i) la declaración previa del Estado de Emergencia, (ii) las firmas del decreto legislativo, (iii) la temporalidad de la expedición del decreto legislativo, (iv) la motivación del decreto legislativo y (v) la remisión del decreto legislativo a la Corte Constitucional.

(...)

1.1.1.2. Declaración previa del Estado de Emergencia

El estado de emergencia en virtud del cual se expidió este decreto se declaró mediante el Decreto 1770 del 7 de septiembre de 2015, el cual fue declarado exequible por esta Corporación mediante la sentencia C – 670 de 2015.

1.1.1.3. Firmas del decreto legislativo

Una vez revisado el texto del decreto se puede verificar que está suscrito por el Presidente de la República y todos los Ministros del Despacho.

1.1.1.4. Temporalidad de la expedición del decreto legislativo

El decreto se profirió el seis (6) de octubre de dos mil quince (2015), es decir, dentro del periodo de vigencia del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica declarado por Decreto 1770 de 2015 por el término de treinta (30) días desde el 7 de septiembre de 2015 y hasta el 6 de octubre del mismo año.

1.1.1.5. Motivación del decreto legislativo

El decreto se encuentra motivado a través de diversos fundamentos señalados

¹ Sentencia Corte Constitucional C - 751 de 10 de diciembre de 2015. C.P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Exp. RE - 221

² Sentencia de la Corte Constitucional C-243 de 2011, M.P. Mauricio González Cuervo.

en su acápite de consideraciones que se centran en: (...)

1.1.1.6. Remisión del decreto legislativo a la Corte Constitucional

El decreto legislativo fue remitido a la Corte Constitucional mediante comunicación dirigida el siete (7) de octubre de dos mil quince (2015) a la Presidenta de esta Corporación.

1.1.1.7. Conclusión

De acuerdo a lo anteriormente señalado es claro que el decreto cumple con los requisitos formales exigidos. (...)

Respecto de los requisitos formales señalados, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado³ se pronunció en el siguiente sentido:

(...)
- En cuanto a su forma

(i) Deben llevar la firma del presidente de la República y de los ministros de su Gabinete.

(ii) Han de ser motivados, con la expresión de las razones de hecho y de derecho por las cuales se hace la declaratoria respectiva o por las que se adoptan las medidas que la desarrollan. Esos motivos deben guardar correspondencia con los supuestos previstos en la Constitución para la declaración de cada estado de excepción y con las causas concretas que lo originaron.

- Respecto de su contenido sustancial

Aquí es necesario distinguir entre el decreto que declara el estado de excepción de los expedidos con fundamento en dicha declaratoria. Podemos distinguirlos así:

(i) En el decreto legislativo que declara la conmoción interior o la emergencia económica, social y ecológica se debe fijar el tiempo de duración, que podrá ser por períodos de treinta días, los cuales, sumados, no podrán exceder de noventa en el año calendario.

(ii) Los decretos legislativos dictados con fundamento en el estado de excepción que haya sido declarado, deben circunscribirse a las medidas estrictamente necesarias para afrontar y superar la crisis. Igualmente, estas últimas deben ser proporcionales a la gravedad de los hechos y no pueden implicar la suspensión de los derechos humanos ni de las libertades fundamentales, y, en todo caso, deberán respetar las reglas del Derecho Internacional Humanitario.

(...)

En la siguiente tabla se pueden observar las características generales de los decretos legislativos expedidos en el marco de los estados de excepción y las específicas de aquéllos relativos al estado de emergencia:

CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LOS DECRETOS LEGISLATIVOS	CARACTERÍSTICAS ESPECÍFICAS DE
---	---

³ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sala Diecinueve Especial de Decisión, Providencia del 22 de abril de 2020. Rad11001-03-15-000-2020-01213-00(CA).

	LOS DECRETOS LEGISLATIVOS DE EMERGENCIA
<p>Forma</p> <p><i>Firma del presidente de la República y todos sus ministros. Deben reflejar expresamente su motivación.</i></p>	<ul style="list-style-type: none"> - Tienen la misma fuerza jurídica vinculante de ley. - Los que desarrollan el estado de emergencia tienen vigencia indefinida.
<p>Contenido sustancial</p> <p><i>El decreto legislativo que declara la conmoción interior o el estado de emergencia debe precisar el tiempo de duración. Las medidas adoptadas en los decretos legislativos que desarrollan los estados de excepción deben ser necesarias y proporcionales a la situación que se pretende remediar. Además, no pueden suspender los DDHH, las libertades fundamentales ni el DIH.</i></p>	<ul style="list-style-type: none"> - Pueden ser derogados, modificados o adicionados por el Congreso bajo ciertas condiciones. - No pueden desmejorar los derechos sociales de los trabajadores.
<p>Control</p> <p><i>Judicial automático por parte de la Corte Constitucional. Político del Congreso.</i></p>	

De lo anterior se deduce que los Decretos Legislativos deben llevar la firma del Presidente y todos los Ministros, y deben reflejar expresamente su motivación, así como que en sus características específicas se encuentra, entre otras, que tienen la misma fuerza jurídica vinculante de la ley..

Por otra parte, el artículo 20 de la Ley 137 de 1994, “*Por la cual se reglamentan los Estados de Excepción en Colombia*”, establece lo siguiente con relación al control de legalidad respecto de las medidas adoptadas en desarrollo de los estados de excepción:

“Artículo 20. Control de legalidad. Las medidas de carácter general que sean dictadas en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos durante los Estados de Excepción, tendrán un control inmediato de legalidad, ejercido por la autoridad de lo contencioso administrativo en el lugar donde se expidan si se tratare de entidades territoriales o del Consejo de Estado si emanaren de autoridades nacionales.

Las autoridades competentes que los expidan enviarán los actos administrativos a la jurisdicción contencioso-administrativa indicada, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a su expedición.” (Subraya la Sala).

Y el artículo 136 del CPACA, literalmente, establece:

“Artículo 136. Control inmediato de legalidad. Las medidas de carácter general que sean dictadas en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos durante los Estados de Excepción, tendrán un control inmediato de legalidad, ejercido por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en el lugar

donde se expidan, si se tratare de entidades territoriales, o del Consejo de Estado si emanaren de autoridades nacionales, de acuerdo con las reglas de competencia establecidas en este Código.

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

Los artículos en precedencia, son coincidentes con las sentencias citadas, en relación con que, en medio de Control de Legalidad se deben revisar los Decretos de carácter general que se profieran en ejercicio de la función administrativa, como desarrollo de los decretos de carácter legislativos en los Estados de Excepción.

4. Requisitos de procedencia del Control Inmediato: requisitos materiales de los decretos legislativos.

El estudio que a continuación debe abordar la Sala, corresponde al cumplimiento de los requisitos de procedencia del Control Inmediato de Legalidad.

De lo expuesto en el numeral anterior, no hay duda que para realizar el Control Inmediato de Legalidad se deben observar la concurrencia de los siguientes requisitos i) El carácter general de los Decretos a revisar, ii) que dichos Decretos se profieran en ejercicio de la función y, iii) que los Decretos desarrollen los Decretos de carácter Legislativos en los Estados de Excepción.

Por su parte, el Consejo de Estado⁴ recientemente, precisó con relación a los requisitos del Control Inmediato de Legalidad lo siguiente:

“(…) En lo que tiene que ver con cuáles son los actos administrativos que pueden ser enjuiciados por el CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD, el Consejo de Estado desde 1994 hasta la fecha, en más de 40 providencias, de manera reiterada y casi pacífica, ha interpretado taxativamente los artículos 20 de la Ley 137 de 1994 y 136 y 185 de la Ley 1437 de 2001, para en términos generales señalar, que son aquellos que de manera expresa desarrollen decretos legislativos.

De acuerdo con esta visión, que podríamos llamar taxativa, tradicional o formal, son tres los presupuestos requeridos para la procedencia del control inmediato de legalidad, a saber: (i) que se trate de un acto de contenido general; (ii) que el mismo se haya dictado en ejercicio de la función administrativa, y (iii) que el acto tenga como fin desarrollar uno o más de los decretos legislativo expedidos durante los estados de excepción.” (Subraya la Sala).

⁴Consejo de Estado, Sala Plena Especial de Decisión nro. 10, 11 de mayo de 2020, proceso radicado 11001-03-15-000-2020-00944-00; Consejero Ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez.

A su turno, la sentencia en numerales anteriores señalada, C – 715 de 2015 precisa como requisitos materiales de los Decretos Legislativos los siguientes:

1.1.1.8. *Requisitos materiales*

La Ley Estatutaria 137 de 1994 y la jurisprudencia de esta Corporación han reconocido la existencia de los siguientes requisitos materiales de los decretos legislativos:

1.1.1.8.1. *Conexidad material*

El juicio de conexidad material, que estudia si las medidas adoptadas se refieren a la misma materia de las causas que justificaron la declaratoria del estado de excepción. Este juicio lo establece expresamente el artículo 215 de la Carta y ha sido desarrollado por la Ley Estatutaria de Estados de Excepción. Específicamente respecto de las medidas concebidas en un Estado de Emergencia Económica y Social, la conexidad puede ser definida de acuerdo a dos elementos⁵:

- (i) Las medidas han de estar dirigidas **exclusivamente** a conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos. De esta manera, el objetivo de las medidas únicamente ha de ser el de superar la emergencia por la que se declaró la excepción. No es admisible una medida que tenga otras finalidades.*
- (ii) En cuanto a la materia sobre la cual tratan las medidas adoptadas, ésta ha de tener una relación **directa y específica** con los temas de que trata la crisis que se intenta afrontar. No son aceptables las medidas sobre temas que no tienen una correspondencia de causalidad inmediata (en términos causales) y concreta con el asunto por el cual se declaró la emergencia.*

1.1.1.8.2. *Finalidad*

Según el juicio de finalidad, dirigido a verificar que cada una de las medidas adoptadas en los decretos legislativos esté “directa y específicamente encaminada a conjurar las causas de la perturbación y a impedir la extensión de sus efectos” (artículo 10 de la Ley 137 de 1994).

De acuerdo con la sentencia señalada, los requisitos materiales que deben reunir los Decretos Legislativos son la conexidad material, la finalidad, la necesidad, incompatibilidad y proporcionalidad.

5. Caso en concreto

Una vez establecidos los requisitos formales y materiales, parte la Sala de la verificación y estudio de los requisitos formales de los Decretos allegados por la alcaldía del municipio de Victoria - Caldas para el Control Inmediato de Legalidad, y

⁵ Sentencias de la Corte Constitucional C-241 de 2011 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; C-225 de 2009 M.P. Clara Helena Reales Gutiérrez; C- 223 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; C-227 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez ; C-194 de 2011 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; C-274 de 2011 M.P. María Victoria Calle Correa; C-272 de 2011 M.P. María Victoria Calle Correa; C-244 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez; C-297 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez; C-300 de 2011 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁶ Sentencia de la Corte Constitucional C-241 de 2011 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; C-225 de 2009 M.P. Clara Helena Reales Gutiérrez; C- 223 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; C-227 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez; C-194 de 2011 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; C-274 de 2011 M.P. María Victoria Calle Correa; C-272 de 2011 M.P. María Victoria Calle Correa; C-244 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez; C-297 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez; C-300 de 2011 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

determinar entonces, si en este caso particular, resulta o no procedente efectuar dicho control.

5.1. Que se trate de actos generales

Al revisarse cuidadosamente los Decretos números 025 (22 de marzo) *“Por medio de cual se suspenden los términos de las actuaciones administrativas, sancionatorias de competencia de las dependencias del municipio de Victoria, Caldas”*; 026 (26 de marzo) *“Por medio del cual se dictan medidas sobre la prestación del servicio público de transporte y su infraestructura, dentro del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica decretando por el gobierno nacional, con respecto a la jurisdicción del municipio de Victoria – Caldas.”*; 031 (3 de abril) *“Por medio del cual se fijan los horarios de atención al público par los establecimientos comerciales, industriales y de servicios en el municipio de Victoria – Caldas, dentro del Estado de Emergencia, Económica, Social y Ecológica, decretado por el Gobierno Nacional”*; 033 (12 de abril) *“Por medio del cual se fijan horarios de atención al público para los establecimientos comerciales, industriales y de servicios en el municipio de Victoria – Caldas y los días de mercado público dentro del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, decretada por el gobierno nacional”* y 034 (12 de abril) *“Por medio del cual se proroga la suspenden (SIC) los términos de las actuaciones administrativas, sancionatorias de la competencia de las dependencias del municipio de Victoria, Caldas.”*; y al examinar cada uno de sus artículos, tal como se transcribieron en el inicio de este estudio, la Sala corrobora la estirpe general, impersonal y abstracta de cada uno de ellos, proferidos por el señor alcalde del municipio de Victoria, en virtud de las funciones, facultades y atribuciones constitucionales, legales y reglamentarias, todo ello, en el ámbito de lo consagrado en el título VII, capítulo V, artículos 209 a 211 de la constitución Política.

Encontrándose de esta manera, satisfecho el primer requisito de procedibilidad.

5.2. Que se trate de un acto de contenido general, dictado en ejercicio de la función administrativa

Para el estudio de este requisito, lo primero que se hace necesario señalar por esta Sala Plena es, que existen cantidad de definiciones, conceptos y alcances respecto de la función administrativa como tal; no obstante, se remite en este momento de la discusión a su origen constitucional, y a la más reciente sentencia del Consejo de Estado dentro del medio de Control Inmediato de Legalidad para revisar el cumplimiento de este requisito frente a los Decretos bajo estudio.

El artículo 209 de la Constitución Política de Colombia dispone:

“La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.”

En reciente pronunciamiento del Consejo de Estado⁷, dentro del medio de Control Inmediato de Legalidad precisó lo siguiente:

“(…) Al efecto, se debe recordar que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido unánime en reconocer que no existe un concepto unívoco de función administrativa, toda vez que ni la Constitución, ni la ley han determinado que actividades se encuentran comprendidas dentro de esta función⁸. Sin embargo, en un intento por adoptar una definición de esta clase de función se ha colegido que aquella:

*“(…) corresponde en principio a actividades encomendadas al ejecutivo y dirigidas a la aplicación de la Constitución, de la ley, y de los ordenamientos inferiores.*⁹

*En un sentido más amplio y acorde con nuestra realidad institucional, por función administrativa se entiende aquella que se ejerce por parte de los agentes del Estado y los particulares expresamente autorizados por la ley, y que, excepto para las supremas autoridades administrativas, se caracteriza por la presencia de un poder de instrucción.*¹⁰

Entonces, el género es la función pública y una de sus especies es la función administrativa, de suerte que su primera característica es la de ser inherente al poder del Estado.

*Así las cosas, la función administrativa es siempre actividad del poder estatal, sea que se realice por órganos o autoridades públicas o por particulares, con la finalidad de materializar los derechos y principios consignados en la parte dogmática de la Constitución.*¹¹ ¹² (...) Subraya la Sala).

⁷ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado – Sala Especial de Decisión Dieciséis. Providencia del 27 de abril de 2020. Rad. 11001-03-15-000-2020-01222-01.

⁸ Al respecto consultar: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, subsección B, sentencia del 15 de noviembre de 2019, radicación 11001-03-26-000-2009-00065-00, número interno 37012 y Consejo de Estado, Sección primera, auto del 20 de marzo de 2003, radicación 15001-23-31-000-2002-2006-01. Por su parte, la Sección Tercera en sentencia del 31 de marzo de 2005 proferida dentro del radicado 25000-23-25-000-2004-01617-01 concluyó que *“La función administrativa no es una noción muy definida, de la cual se deduzca una concepción normativa. Además, dentro de un esquema de democracia participativa y de Estado Social, los criterios organicistas que delimitaban dicha función, no alcanzan a cubrir todas las posibilidades de acción estatal. Sin embargo, se advierte en nuestro ordenamiento jurídico, que el concepto de función administrativa tiene su génesis en el ejercicio legítimo de poder de la administración pública con consecuencias jurídicas, que en últimas se traduce en la expedición de actos administrativos. Fundamentalmente, la creación, extinción o modificación de situaciones jurídicas generales o individuales a través de actos administrativos, opera bajo la presunción de legalidad, la obligatoriedad intrínseca de los actos, y la capacidad para que la administración ejecute por sí misma tales decisiones.”*

⁹ Consejo de Estado. Sala Plena. Sentencia del 14 de mayo de 1985. Expediente 10.

¹⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 10 de febrero de 2010. Expediente AC 9407.

¹¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 8 de junio de 2011. Expediente 2004-00540.

¹² Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto N°2416 del 30 de julio de 2019, radicación 11001-03-06-000-2019-00051-00

En vista de que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y, la ejercen los agentes del Estado en virtud de los poderes de éste; todo ello, con el fin de garantizar sus fines y funciones; en este caso se evidencia que el alcalde del municipio de Victoria – Caldas profirió los decretos números 025 de 22 de marzo, 026 de 26 de marzo, 031 de 3 de abril, 033 y 034 de 12 de abril de 2020 en ejercicio de las facultades a él conferidas por el artículo 315 de la Constitución Nacional, Ley 1551 de 2012 y parágrafo 83 de la ley 1801 de 2016; de tal manera que, con ello se cumple con el segundo requisito de procedibilidad del Control Inmediato de Legalidad.

5.3. Que se trate de un acto de contenido general, dictado en ejercicio de la función administrativa, y que tenga como fin desarrollar uno o más de los Decretos Legislativos expedidos por el Gobierno Nacional durante el Estado de Excepción

5.3.1. De la expedición de los Decretos durante el Estado de Excepción

Es necesario precisar que los decretos números 025 de 22 de marzo, 026 de 26 de marzo, 031 de 3 de abril, 033 y 034 de 12 de abril de 2020, proferidos por el alcalde municipal de Victoria - Caldas, se fundaron en los siguientes Decretos proferidos en este año, con ocasión a la declaratoria de Emergencia por parte del Gobierno Nacional, debido a la pandemia decretada por la OMS por el Covid – 19:

- Decreto 417 de marzo 17 de 2020 *“Por el cual se declara un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el Territorio Nacional”*
- Decreto 482 de 26 de marzo de 2020 *“Por el cual se dictan medidas sobre la prestación del servicio público de transporte y su infraestructura, dentro del Estado de Emergencia, Económica, Social y Ecológica”*
- Decreto 420 de 18 de marzo 2020 *“Por el cual se imparten instrucciones para expedir normas en materia de orden público en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia de COVID – 19”*
- Decreto 457 de 22 de marzo de 2020 *“Por el cual se imparten instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del Coronavirus COVID –19”*
- Decreto 531 de 08 de abril de 2020 *“Por el cual se imparten instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del Coronavirus Covid – 19 y el mantenimiento del orden público.”*

Debe precisarse es que, la primera declaratoria de Estado de Excepción de este año, fue realizada mediante Decreto 417 de 17 de marzo de 2020, el cual, de conformidad con el artículo 215 Constitucional, dicho estado de excepción se declara por un

periodo hasta de 30 días, prorrogables sin exceder los 90 días del año calendario; pero en este caso, no se profirió ningún decreto que prorrogara el estado de excepción. De tal manera que, al haber sido declarado el 17 de marzo de 2020, el Estado de Excepción declarado en Colombia, con ocasión al Covid 19, tuvo una duración de 20 días, que terminaron el 17 de abril de 2020.

Y al revisar los Decretos sometidos a control por parte de este Tribunal, proferidos por el alcalde del municipio de Victoria – Caldas, se advierte que las fechas de expedición fueron el 22 y 26 de marzo; así como 3 y 12 de abril de 2020; es decir dentro del término que duró el primer Estado de Excepción declarado mediante el Decreto 417 de 2020, cumpliendo con ello este sub requisito del tercer requisito en mención.

Ahora bien: para continuar con el estudio de este requisito, debe determinarse si se desarrolló uno o más Decretos Legislativos y, entre los requisitos esenciales, si fueron dictados por el Presidente de la República, con la firmas de todos sus ministros.

Así pues, en Colombia actualmente se cuenta con 18 Ministerios; y revisando los cinco Decretos en los cuales se fundó el alcalde del municipio de Victoria – Caldas, para proferir los actos que son objeto de estudio en esta sentencia, esto es, los Decretos 417 de marzo 17 de 2020 *“Por el cual se declara un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el Territorio Nacional”*; 482 de 26 de marzo de 2020 *“Por el cual se dictan medidas sobre la prestación del servicio público de transporte y su infraestructura, dentro del Estado de Emergencia, Económica, Social y Ecológica”*; 420 de 18 de marzo 2020 *“Por el cual se imparten instrucciones para expedir normas en materia de orden público en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia de COVID – 19”*; 457 de 22 de marzo de 2020 *“Por el cual se imparten instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del Coronavirus COVID –19”*; y 531 de 08 de abril de 2020 *“Por el cual se imparten instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del Coronavirus Covid – 19 y el mantenimiento del orden público.”*; solo los decretos 417 de 17 de marzo y 482 de 20 de marzo de 2020, fueron suscritos por la totalidad de los Ministros; de tal manera que, solo se puede cumplir así con el requisito formal para catalogar como Decretos Legislativos los antes citados, requisito consistente en la firma del Presidente y todos sus Ministros; por lo que bien puede decirse que, los decretos 417 y 482 son de naturaleza legislativa, y los Decretos 420, 457 y 531 no son de naturaleza Legislativa.

5.3.2. De la motivación de los Decretos

¹³ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sala Diecinueve Especial de

El segundo requisito formal que define un Decreto como Legislativo es que refleje expresamente su motivación, y dice la providencia de 22 de abril de 2020 proferida por el Consejo de Estado¹³, citada inicialmente, que dichos actos deben expresar las razones de hecho y de derecho por las cuales se hace la declaratoria respectiva o por las que se adoptan las medidas de la desarrollan; así como guardar correspondencia con los supuestos previstos en la Constitución para la declaración de cada estado de excepción y con las causas concretas que lo originaron.

a. Decreto 417 de 17 de marzo de 2020, “Por el cual se declara un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el Territorio Nacional”.

Este Decreto fue proferido en ejercicio de las facultades Constitucionales y legales conferidas en el artículo 215 Constitucional, así como en la ley 147 de 1994.

Y, de igual manera, en su parte considerativa cita los artículos 212, 213, y 215 constitucionales, así como la ley 9 de 197.

Así mismo, su parte resolutive se Declara el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional, por el término de treinta (30) días calendario; dice que el Gobierno Nacional ejercerá las facultades a las cuales se refiere el artículo 215 Constitucional, el artículo 1 del decreto y las demás disposiciones que requiera para conjurar la crisis; así como que el Gobierno Nacional adoptará mediante Decretos Legislativos, además de las medidas anunciadas, todas aquellas medidas adicionales necesarias para conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos, así mismo dispondrá las operaciones presupuestales necesarias para llevarlas a cabo.

De lo expuesto queda claro que el Decreto 417 fue proferido en virtud de facultades excepcionales, no sólo por su aspecto formal, sino por su contenido y las facultades mediante las cuales se profiere.

b. Decreto 482 de 20 de marzo de 2020 “Por el cual se dictan medidas sobre la prestación del servicio público de transporte y su infraestructura, dentro del Estado de Emergencia, Económica, Social y Ecológica”

Este Decreto fue proferido en ejercicio de las facultades Constitucionales y legales conferidas en el artículo 215 Constitucional, así como en la ley 147 de 1994, y en desarrollo del Decreto 417 de 17 de marzo de 2020.

Y, de igual manera, en su parte considerativa cita el artículo 215 constitucional, así como el Decreto 417 de 2020; las resoluciones 380, 385 y 471 de marzo de 2020; así como el decreto 457 de 2020; la ley 155 de 1959, Ley 151 de 2010 y ley 1508 de 2012.

Así mismo, su parte resolutive crea el centro de logística y transporte; designa las funciones y facultades de dicho centro; así como adopta las medidas derivadas de las restricciones de movilidad y de aislamiento preventivo obligatorio, respecto al transporte de pasajeros intermunicipal; transporte masivo; transporte de pasajeros individual tipo taxi; transporte de carga y duración de la autorización de convenios para sinergias logísticas eficientes.

En su capítulo tercero de la parte resolutive, regula la operación e transporte; documentos y puntos seguros en la vía; así como continúa con los peajes, y las medidas económicas derivadas de la declaratoria de emergencia en la industria aeronáutica y las concesiones e infraestructura;

De lo expuesto queda claro igualmente que, el Decreto 482 de 20 de marzo de 2020, desarrolla el decreto 417 de 17 de marzo de 2020; así como que fue proferido en virtud de facultades excepciones, y no hay duda alguna sobre su naturaleza de Legislativo, no sólo por su aspecto formal; sino por su contenido y las facultades mediante las cuales se profiere.

c. Decreto 420 del 19 de marzo del 2020 *“Por el cual se imparten instrucciones para expedir normas en materia de orden público en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia de Covid - 19”.*

Este Decreto fue expedido en ejercicio de las facultades Constitucionales y legales en especial las que le confiere el numeral 4 del artículo 189, los artículos 303 y 315 de la Constitución Política de Colombia y el artículo 199 de la Ley 1801 de 2016, en concordancia con el Decreto 418 de 2020

Y en su parte considerativa hace alusión a las siguientes normas:

Artículos 44, 45, 49, 95, 189, 296 y 315 Constitucional; resolución 385 de 12 de marzo de 2020; decreto 418 de 18 de marzo de 2020; Ley 1751 de 2015; artículos 198 y 199 de la Ley 1801 de 2016; artículo 91 de la ley 136 de 1994 y circular 20 de 16 de marzo de 2020

d. Decreto 457 de 22 de marzo de 2020 *“Por el cual se imparten instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia Covid - 19 y el*

mantenimiento del orden público”

Este decreto fue proferido en ejercicio de las facultades Constitucionales y legales en especial las que le confiere el numeral 4 del artículo 189, los artículos 303 y 315 de la Constitución Política de Colombia y el artículo 199 de la Ley 1801 de 2016.

En su parte considerativa hace alusión a las siguientes normas:

Artículos 2, 4, 46, 49, 95, 189 296, 303 y 315 Constitucional; artículo 91 de la ley 136 de 1994; artículos 5, 6, 198 y 199 de la ley 1801 de 2016; Ley 175 de 2015; resolución 386 de 12 de marzo de 2020; Circular 020 de 16 de marzo de 2020; Resolución 464 de 18 de marzo de 2020; Decretos 418 y 420 de 18 de marzo de 2020; Decreto 106 de 17 de marzo de 2020; y Decretos proferidos por la Gobernación del Valle, la alcaldía de Bogotá y la Gobernación de Antioquia.

e. Decreto 531 de 8 de abril de 2020 *“Por el cual se imparten instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del Coronavirus COVID-19, y el mantenimiento del orden público”*

Este decreto fue proferido en ejercicio de las facultades Constitucionales y legales en especial las que le confiere el numeral 4 del artículo 189, los artículos 303 y 315 de la Constitución Política de Colombia y el artículo 199 de la Ley 1801 de 2016.

En su parte considerativa hace alusión a las siguientes normas:

Artículos 2, 4, 24, 44, 45, 46, 189, 296, 303 y 315 Constitucional; artículo 91 de la ley 136 de 1994; artículos 5, 6, 198 y 199 de la ley 1801 de 2016; Ley 1751 de 2015; resolución 385 de 12 de marzo de 2020; Circular 020 de 16 de marzo de 2020; Resolución 450 de 17 de marzo de 2020, Resolución 453 de 18 de marzo de 2020, Resolución 464 de 18 de marzo de 2020; Decretos 418, 439 y 457 de marzo de 2020; y Decretos proferidos por diferentes Gobernaciones y Alcaldías del país.

Así pues, respecto de los Decretos 420, 457 y 531 de 2020, lo primero que se concluye es, que éstos fueron proferidos en ejercicio de facultades constituciones y legales diferentes al Estado de Excepción, así como que en su parte considerativa se fundan en normas constitucionales y Decretos que no tienen naturaleza legislativa.

De conformidad con lo anterior, puede concluir esta Sala que, los Decretos 429, 457 y 531 no corresponden a Decretos de naturaleza Legislativa, decretos que sirvieron de fundamento para proferir los Decretos objeto de este control por parte del alcalde del municipio de Victoria –Caldas; de tal manera que, bien pueden catalogarse los primeros como Decretos Ordinarios, toda vez que para adoptarse las decisiones allí

contenidas por parte del Presidente de la República, no se requería de facultades extraordinarias concebidas el virtud del Estado de Emergencia, Económica, Social y Ecológica contenida en el Decreto 417 de 17 de marzo de 2020.

Se resalta pues, la excepcionalidad del control de Legalidad, por cuanto éste no se predica respecto de cualquier tipo de Decretos proferidos dentro de un Estado de Excepción, sino solo, respecto de aquellos que realmente confieren facultades extraordinarias, que de alguna manera, modifican el ordenamiento jurídico existente con el fin de tomar otras decisiones, que no resultaba posible ser tomadas antes del Decreto de dicho Estado.

Pero al no ocurrir lo mismo con los Decretos 417 y 482 de 17 y 20 de marzo de 2020, mediante los cuales se declara un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el Territorio Nacional, y se dictan medidas sobre la prestación del servicio público de transporte y su infraestructura, dentro del Estado de Emergencia, Económica, Social y Ecológica, respectivamente, es necesario revisar respecto de los decretos 025, 026, 031, 033 y 034, proferidos por el Alcalde de Victoria, Caldas, que éstos sí desarrollen Decreto Legislativo y si el Decreto 026 de 26 de marzo de 2020, desarrolla el decreto legislativo 482 de 20 de marzo de 2020.

5.3.3. Que se trate de un acto de contenido general, dictado en ejercicio de la función administrativa, y que tenga como fin desarrollar uno o más de los Decretos Legislativos expedidos por el Gobierno Nacional durante el Estado de Excepción

Claro como está que, los decretos 025, 026, 031, 033 y 034 son actos de contenido general, dictados por el alcalde del municipio de Victoria – Caldas en el ejercicio de la función administrativa que le confiere la ley; la Sala aplica a este caso las acepciones que define, del verbo desarrollar, el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua como *“Exponer con orden y amplitud una cuestión o un tema”* y *“realizar o llevar a cabo algo”*, de tal manera que, concretamente, debe mirarse si, si dichos Decretos proferidos por el alcalde de Victoria desarrollaron decretos legislativos expedidos en virtud de la declaratoria de emergencia establecida en el Decreto 417 de 2020, así como si el decreto 026 de 26 de marzo de 2020, desarrolló el decreto 482 de 20 de marzo de 2020, para lo cual es necesario citar nuevamente la parte resolutive de los decretos sub examine:

Decreto 025 (22 de marzo) *“Por medio de cual se suspenden los términos de las actuaciones administrativas, sancionatorias de competencia de las dependencias del municipio de Victoria, Caldas”.*

“ARTICULO PRIMERO. Suspender los términos de todas las actuaciones administrativas sancionatorias que adelanta las dependencias de la Alcaldía Municipal de Victoria, Caldas, por el término comprendido entre el 24 de marzo al 13 de abril de 2020

PARAGRAFO 1: En caso de identificarse la necesidad de adelantar actuaciones administrativas sancionatorias por acciones que impacte gravemente el orden público, la dependencia respectiva lo comunicará al despacho del Alcalde para tomar la decisión si así se requiere, de levantar la suspensión de la que trata el presente Decreto, a efectos de atender oportunamente la situación que le sea reportada.

ARTICULO SEGUNDO: El presente decreto rige a partir del 24 de marzo de 2020.”

Decreto 026 (26 de marzo) *“Por medio del cual se dictan medidas sobre la prestación del servicio público de transporte y su infraestructura, dentro del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica decretando por el gobierno nacional, con respecto a la jurisdicción del municipio de Victoria – Caldas.”*

ARTÍCULO PRIMERO: *Transporte de pasajeros por carretera interveredal. Durante el estado de emergencia económica, social y ecológica y el aislamiento preventivo obligatorio, se permite operar el servicio público de transporte automotor en la modalidad de pasajeros por su carretera interveredal, con fines de acceso o prestación de servicios de salud, abastecimiento de productos agropecuarios y venta de productos agropecuarios, ya en personas que requieran movilizarse y sean excepciones autorizadas en los términos del Decreto No. 457 de marzo de 2020.*

Parágrafo primero. *Para cada ruta autorizada al momento de entrar en vigencia este Decreto, redúzcase la oferta de operaciones hasta el cincuenta por ciento (50%) de la capacidad transportadora autorizada.*

ARTÍCULO SEGUNDO. *Transporte de pasajeros individual tipo taxi. Durante el estado de emergencia económica, social y ecológica y el aislamiento preventivo obligatorio, se permite operar el servicio público de transporte de pasajeros individual tipo Taxi que sólo podrá ofrecerse vía telefónica o a través de plataformas tecnológicas.*

ARTICULO TERCERO: *Transporte de carga. Durante el estado de emergencia económica, social y ecológica y el aislamiento preventivo obligatorio, se deberá garantizar el servicio de transporte de carga en la jurisdicción de Victoria, Caldas, que sean estrictamente necesarios para prevenir, mitigar y atender la emergencia sanitaria por causa del Coronavirus COVID – 19 y las permitidas en el Decreto 457 de 22 de marzo de 2020.*

ARTÍCULO SEGUNDO: *El presente decreto rige a partir del 24 de marzo de 2020.”*

Decreto 031 (3 de abril) *“Por medio del cual se fijan los horarios de atención al público par los establecimientos comerciales, industriales y de servicios en el municipio de Victoria – Caldas, dentro del Estado de Emergencia, Económica, Social y Ecológica, decretado por el Gobierno Nacional”*

ARTÍCULO PRIMERO: *Establézcase como horario de atención al público de los establecimientos comerciales, industriales y de servicios en la jurisdicción*

de Victoria – Caldas, que estén exceptuados para funcionar dentro del término del toque de queda regulado por el Decreto 457 de 2020 desde las 07:00 hasta las 4:00 p.m.

Parágrafo primero. *Las farmacias y/o droguerías podrán atender sin ingreso al establecimiento, desde las 4:00 pm hasta las 9:00 p.m.*

ARTÍCULO SEGUNDO. *El no acatamiento de las órdenes aquí decretadas dará lugar a la aplicación de las sanciones de que trata la ley 1801 de 2016 y las establecidas en el artículo 7 del Decreto Ley 457 de 2000”*

ARTICULO TERCERO: *El presente decreto rige a partir de su expedición y su vigencia será hasta las cero horas (00:00) del día 13 de abril de 2020.”*

Decreto 033 (12 de abril) *“Por medio del cual se fijan horarios de atención al público para los establecimientos comerciales, industriales y de servicios en el municipio de Victoria – Caldas y los días de mercado público dentro del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, decretada por el gobierno nacional”.*

ARTÍCULO PRIMERO: *Adóptese el aislamiento preventivo obligatorio decretado por el gobierno nacional a través del decreto ley No. 531 de 2020, a partir de las (00:00 am) del día 12 de abril de 2020 hasta las cero horas (00:00 am) del día 27 de abril de 2020, en el marco de la emergencia sanitaria decretada en la resolución No. 385 de 2020, por causa del Coronavirus COVID – 19 y el decreto municipal No. 020 del 16 de marzo de 2020, en cumplimiento del artículo 2 del Decreto ley 531 de 2020.*

ARTÍCULO SEGUNDO. *Adóptense como garantías para la medida de aislamiento preventivo obligatorio, las establecidas en el artículo 3 del Decreto ley 531 de 2020*

ARTICULO TERCERO: *Prohíbese en todo el territorio del municipio de Victoria, Caldas, cualquier impedimento, obstrucción o restricción al pleno ejercicio de los derechos del personal médico y las demás vinculadas con la prestación del servicio de salud, ni ejercer actos de discriminación en su contra.*

ARTÍCULO CUARTO: *Establézcase como días de mercado público en el municipio de Victoria, los sábados y domingos desde las 07:00 am hasta las 4:00 pm*

Parágrafo: *Los campesinos que ingresen a la zona urbana del municipio deben contar con los elementos de protección de bioseguridad (tapabocas)*

ARTÍCULO QUINTO: *El no acatamiento de las órdenes aquí decretadas dará lugar a la aplicación de las sanciones de que trata la ley 1801 de 2016 y las establecidas en el artículo 7 del Decreto 457 de 2020*

ARTÍCULO SEXTO: *El presente decreto rige a partir de su expedición y su vigencia será hasta las cero horas (00:00) del día 27 de abril de 2020.”*

Decreto 034 (12 de abril) *“Por medio del cual se prorroga la suspenden (SIC) los términos de las actuaciones administrativas, sancionatorias de la competencia de las dependencias del municipio de Victoria, Caldas.”*

ARTÍCULO PRIMERO: *Suspender los términos de todas las actuaciones administrativas sancionatorias que adelanta las dependencias de la Alcaldía municipal de Victoria, Caldas, por el término comprendido entre las cero horas*

(00:00 horas) del 13 de abril de 2020 hasta las cero horas (00:00 horas) del día 27 de abril de 2020.

Parágrafo 1. *En caso de identificarse la necesidad de adelantar actuaciones administrativas sancionatorias por acciones que impacte gravemente el orden público, la dependencia respectiva lo comunicará al despacho del Alcalde para tomas la decisión si así se requiere, de levantar la suspensión de la que trata el presente Decreto, a efectos de atender oportunamente la situación que le sea reportada.*

ARTÍCULO SEGUNDO. *El presente decreto rige a partir del 13 de abril de 2020.*

De las partes resolutivas en comento, queda claro que lo que efectivamente lo que hacen los decretos en mención, es suspender los términos de las actuaciones administrativas y sancionatorias de las dependencias del municipio de Victoria; así como precisar la prestación del servicio de transporte por carretera interveredal, de transporte individual de pasajeros, y transporte de carga, reduciendo las operaciones de la primera en un 50%.

Así mismo, establece un horario de atención al público en los establecimientos comerciales, industriales y de servicios, y adopta el aislamiento preventivo obligatorio decretado por el gobierno, adopta las garantías para las medidas de aislamiento preventivo, prohibir el impedimento o restricción para la prestación de servicios de salud y establece los días de mercado.

De tal manera que, no se cumple tampoco este requisito, relacionado con que los decretos a estudiar, tengan como fin desarrollar uno o más de los Decretos Legislativos expedidos por el Gobierno Nacional durante el Estado de Excepción.

Ahora bien, en cuanto al Decreto 026 de 26 de marzo de 2020, debe decirse que, éste tampoco desarrolla el decreto Legislativo 482 de 20 de marzo de 2020; siendo necesario precisar en este punto que, si bien es cierto que el decreto 026 de 26 de marzo de 2020, dicta medidas sobre la prestación del servicio público de transporte, dichas medidas de por sí, no implican el desarrollo de las definidas en el decreto 482 de 20 de marzo de 2020; pues al revisar los artículos 4, 6 y 7 del decreto legislativo los cuales disponen lo siguiente:

“Artículo 4. Transporte de Pasajeros por Carretera • Intermunicipal. Durante el estado emergencia económica, social y ecológica y el aislamiento preventivo obligatorio, se permite operar el servicio público de transporte automotor en la modalidad de pasajeros por carretera intermunicipal, con fines acceso o de prestación de servicios salud; ya personas que requieran movilizarse y sean autorizadas en los términos del Decreto de de marzo de 2020. Parágrafo Primero. Para cada ruta autorizada al momento de entrar en vigencia este Decreto Legislativo, redúzcase la oferta de operaciones hasta el cincuenta por ciento (50%) de la capacidad transportadora autorizada.

Artículo 6. Transporte de pasajeros individual tipo taxi. Durante estado de emergencia económica, social y ecológica y el aislamiento preventivo obligatorio, se permite operar el servicio público de transporte pasajeros individual tipo taxi que sólo podrá ofrecerse vía telefónica o a través plataformas tecnológicas.

Artículo 7. Transporte de Carga. Durante el estado de emergencia económica, social y ecológica y el aislamiento preventivo obligatorio, se deberá garantizar el servicio de transporte de carga en el territorio nacional, que sean estrictamente necesarios para prevenir, mitigar y atender la emergencia sanitaria por causa del Coronavirus COVID-19 y las permitidas en el Decreto 457 de 22 de marzo de 2020.”

Y al tenor de lo resuelto por el decreto 026 proferido por el Alcalde municipal de Victoria, éste dice que el transporte de pasajeros por carretera interveredal, debe cumplirse en los términos del decreto 457, sin que regule, adicione o desarrolle nada en particular; también reduce las operaciones en un 50%, tal como lo que dice el decreto legislativo, de tal manera que ello no lo desarrolla, sino que es prácticamente una transcripción de esa parte; y de igual manera ocurre cuando dispone sobre el transporte de pasajeros tipo taxi, que solo podrá ofrecerse vía telefónica, o a través de plataformas tecnológicas; tal como así lo dispone el decreto Legislativo 482 en su artículo 6.

Respecto del decreto 026, dice que durante el estado de emergencia se debe garantizar el servicio de transporte de carga, guardando tal decisión, identidad con lo dispuesto en el artículo 7 del decreto legislativo. De manera que, bien podría decirse, que el decreto 026 de 26 de marzo de 2000, es una reproducción de los artículos 4, 6 y 7 del decreto legislativo 482 de 2020, sin que ello constituya un desarrollo del mismo.

Finalmente, no puede esta Sala pasar por alto que los Decretos números **025 (22 de marzo)** “*Por medio de cual se suspenden los términos de las actuaciones administrativas, sancionatorias de competencia de las dependencias del municipio de Victoria, Caldas*”; **026 (26 de marzo)** “*Por medio del cual se dictan medidas sobre la prestación del servicio público de transporte y su infraestructura, dentro del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica decretando por el gobierno nacional, con respecto a la jurisdicción del municipio de Victoria – Caldas.*”; **031 (3 de abril)** “*Por medio del cual se fijan los horarios de atención al público par los establecimientos comerciales, industriales y de servicios en el municipio de Victoria – Caldas, dentro del Estado de Emergencia, Económica, Social y Ecológica, decretado por el Gobierno Nacional*”; **033 (12 de abril)** “*Por medio del cual se fijan horarios de atención al público para los establecimientos comerciales, industriales y de servicios en el municipio de Victoria – Caldas y los días de mercado público dentro del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, decretada por el gobierno nacional*” y **034 (12 de abril)** “*Por medio del cual se prorroga la suspenden (SIC) los términos de las actuaciones*

administrativas, sancionatorias de la competencia de las dependencias del municipio de Victoria, Caldas.”; se profirieron por el alcalde municipal en ejercicio de las atribuciones Constitucionales y conferidas por el artículo 315 de la Constitución Nacional, la ley 1551 de 2012 y el parágrafo 83 de la ley 1801 de 2016.

De las normas en las cuales se funda el alcalde municipal de Victoria – Caldas, para proferir el decreto de la referencia, se desprende lo siguiente:

El artículo 315 Constitucional dispone las atribuciones del alcalde, y en sus artículos 1° y 2° consagra dentro de ellas:

“1. Cumplir y hacer cumplir la Constitución, la ley, los decretos del gobierno, las ordenanzas, y los acuerdos del concejo.

2. Conservar el orden público en el municipio, de conformidad con la ley y las instrucciones y órdenes que reciba del Presidente de la República y del respectivo gobernador. El alcalde es la primera autoridad de policía del municipio. La Policía Nacional cumplirá con prontitud y diligencia las órdenes que le imparta el alcalde por conducto del respectivo comandante.”

De igual manera, el artículo 91 de la ley 136, de 1994, modificado por el artículo 29 de la Ley 1551 de 2012 regula dentro del ejercicio de las funciones que asigna la constitución y la ley a los alcaldes entre otros, con relación al orden público las siguientes:

“Los alcaldes ejercerán las funciones que les asigna la Constitución, la ley, las ordenanzas, los acuerdos y las que le fueren delegadas por el Presidente de la República o gobernador respectivo.

B) En relación con el orden público:

1. Conservar el orden público en el municipio, de conformidad con la ley y las instrucciones del Presidente de la República y del respectivo gobernador. La Policía Nacional cumplirá con prontitud y diligencia las órdenes que le imparta el alcalde por conducto del respectivo comandante.

2. Dictar para el mantenimiento del orden público o su restablecimiento de conformidad con la ley, si fuera del caso, medidas tales como:

a) Restringir y vigilar la circulación de las personas por vías y lugares públicos;

b) Decretar el toque de queda;

c) Restringir o prohibir el expendio y consumo de bebidas embriagantes;

d) Requerir el auxilio de la fuerza armada en los casos permitidos por la Constitución y la ley;

e) Dictar dentro del área de su competencia, los reglamentos de policía local necesarios para el cumplimiento de las normas superiores, conforme al artículo 9° del Decreto 1355 de 1970 y demás disposiciones que lo modifiquen o adicionen.

3. Promover la seguridad y convivencia ciudadanas mediante la armónica relación con las autoridades de policía y la fuerza pública para preservar el orden público y la lucha contra la criminalidad y el delito.

4. Servir como agentes del Presidente en el mantenimiento del orden público y actuar como jefes de policía para mantener la seguridad y la convivencia ciudadana.

El Director de la Policía Nacional deberá solicitar al final de cada vigencia fiscal a los alcaldes, un informe anual del desempeño del respectivo comandante de policía del municipio, el cual deberá ser publicado en la página web de la Policía Nacional.

5. Diseñar, implementar, liderar, desarrollar y promover planes integrales de seguridad y convivencia ciudadana, para garantizar instrumentos efectivos contra la delincuencia urbana y rural.

Los alcaldes podrán presentar ante el Concejo Municipal proyectos de acuerdo en donde se definan las conductas y las sanciones: pedagógicas, de multas, o aquellas otras que estén definidas en el Código de Policía. Por medio de ellas podrá controlar las alteraciones al orden y la convivencia que afecten su jurisdicción. (...)"(Subraya la Sala).

Y finalmente la ley 1801 del 2016 citada, es la que expide el Código Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana.

De las normas antes transcritas, resulta posible concluir:

1. Los decretos 025 de 22 de marzo, 026 de 26 de marzo, 031 de 3 de abril, 033 y 034 de 12 de abril de 2020, proferidos por el alcalde municipal de Victoria – Caldas, se dictaron con el fin de suspender los términos de las actuaciones administrativas y sancionatorias competencia de las dependencias del municipio de Victoria, Caldas; así como dictar medidas sobre la prestación del servicio público de transporte y su infraestructura; fija horarios de atención al público par los establecimientos comerciales, industriales y de servicios, y los días de mercado público; así como prorroga la suspensión de los términos de las actuaciones administrativas citadas.

2. Las medidas antes mencionadas, se profirieron en virtud de la condición propia de autoridad de policía que tiene el alcalde de conformidad con el numeral 2 del artículo 315 Constitucional antes citado, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 49 y 95 numeral 2; y los artículos 14 y 202 del Código Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana contenido en la Ley 1801 de 2016, también citada.

3. De acuerdo a las competencias y facultades constitucionales y legales, a los alcaldes municipales, como primeros mandatarios del municipio, en este caso en particular, el alcalde del municipio de Victoria – Caldas, adoptó las medidas citadas, de tal manera que, para esta Sala es claro que los decretos 025 de 22 de marzo, 026 de 26 de marzo, 031 de 3 de abril, 033 y 034 de 12 de abril de 2020, proferidos por el alcalde municipal de Victoria – Caldas, fueron expedidos en ejercicio de las facultades propias de policía.

4. Los mencionados decretos, no se fundamentan, como ya se dijo, en desarrollo o cumplimiento de ninguno de los Decretos Legislativos expedidos por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias originadas en la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional ni de las contenidas en el Decreto 417 de 17 de marzo de 2020 ni en el Decreto 482 de 20 de marzo de 2020; pues el primero solo se cita a manera de referencia; y del segundo se hace prácticamente una transcripción de sus artículos 4, 6 y 7.

5. También puede concluirse que, las medidas adoptadas en los decretos proferidos por el alcalde Victoria – Caldas, bien pudieron haberse podido tomar sin necesidad de la expedición de un Estado de Excepción; tanto así que, parte de los Decretos en los cuales se fundan, decretos 420, 457 y 531 de 2020, los cuales no son Decretos Legislativos, sino Ordinarios, tampoco necesitaron de facultades extraordinarias del Presidente de la República para ser proferidos; y se fundaron igualmente, en normas constitucionales y legales que no tiene la naturaleza de excepcionales; y más aún, son la continuidad y modificación de otro Decreto municipal.

6. Conclusión

De todo lo expuesto, la Sala Plena de Decisión concluye que los decretos **025 (22 de marzo)** *“Por medio de cual se suspenden los términos de las actuaciones administrativas, sancionatorias de competencia de las dependencias del municipio de Victoria, Caldas”*, **026 (26 de marzo)** *“Por medio del cual se dictan medidas sobre la prestación del servicio público de transporte y su infraestructura, dentro del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica decretando por el gobierno nacional, con respecto a la jurisdicción del municipio de Victoria – Caldas.”*, **031 (3de abril)** *“Por medio del cual se fijan los horarios de atención al público par los establecimientos comerciales, industriales y de servicios en el municipio de Victoria – Caldas, dentro del Estado de Emergencia, Económica, Social y Ecológica, decretado por el Gobierno Nacional”*, **033 (12 de abril)** *“Por medio del cual se fijan horarios de atención al público para los establecimientos comerciales, industriales y de servicios en el municipio de Victoria – Caldas y los días de mercado público dentro del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, decretada por el gobierno nacional”*, y **034 (12 de abril)** *“Por medio del cual se proroga la suspenden (SIC) los términos de las actuaciones administrativas, sancionatorias de la competencia de las dependencias del municipio de Victoria, Caldas.”*; no pueden ser objeto del medio de Control Inmediato de Legalidad, por lo que éste resulta improcedente, tal como se dirá en la parte resolutive de esta sentencia.

Decisión que, por su naturaleza, no impide que en el futuro estos mismos actos puedan ser debatidos a través de los medios de control ordinarios establecidos en el CPACA o del control de constitucionalidad y legalidad que, conforme al artículo 305, numeral 10 de la Constitución Política, está atribuido a los gobernadores de departamento. Por esta razón, la Sala dispone que por Secretaría de esta Corporación se haga llegar al Despacho del señor Gobernador y a la Secretaría Jurídica del Departamento de Caldas, vía correo electrónico, el texto de los Decretos 025 de 22 de marzo, 026 de 26 de marzo, 031 de 3 de abril, y 033 y 034 de 12 de abril de 2012, proferidos por el señor alcalde de Victoria, Caldas, para los efectos que estimen conveniente según su competencia, todo, conforme las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de Decisión del **Tribunal Administrativo de Caldas**, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

III. Falla

Primero: Declarar improcedente el control inmediato de legalidad respecto de los decretos números los decretos **025 (22 de marzo)** *“Por medio de cual se suspenden los términos de las actuaciones administrativas, sancionatorias de competencia de las dependencias del municipio de Victoria, Caldas”*, **026 (26 de marzo)** *“Por medio del cual se dictan medidas sobre la prestación del servicio público de transporte y su infraestructura, dentro del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica decretando por el gobierno nacional, con respecto a la jurisdicción del municipio de Victoria – Caldas.”*, **031 (3de abril)** *“Por medio del cual se fijan los horarios de atención al público par los establecimientos comerciales, industriales y de servicios en el municipio de Victoria – Caldas, dentro del Estado de Emergencia, Económica, Social y Ecológica, decretado por el Gobierno Nacional”*, **033 (12 de abril)** *“Por medio del cual se fijan horarios de atención al público para los establecimientos comerciales, industriales y de servicios en el municipio de Victoria – Caldas y los días de mercado público dentro del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, decretada por el gobierno nacional”*, y **034 (12 de abril)** *“Por medio del cual se proroga la suspenden (SIC) los términos de las actuaciones administrativas, sancionatorias de la competencia de las dependencias del municipio de Victoria, Caldas.”*; proferidos por el alcalde del municipio de Victoria – Caldas, por lo considerado.

Segundo: Por Secretaría de esta Corporación, hágase llegar al Despacho del señor Gobernador y a la Secretaría Jurídica del Departamento de Caldas, vía correo electrónico, el texto de los Decretos 025 de 22 de marzo, 026 de 26 de marzo, 031 de

3 de abril, y 033 y 034 de 12 de abril de 2012, proferidos por el señor alcalde de Victoria, para los efectos que estimen conveniente según su competencia.

Tercero: Notifíquese la presente decisión a los buzones de correo electrónico para notificaciones judiciales que reposen en los archivos de la secretaría del Tribunal Administrativo de Caldas al señor Alcalde del municipio de Victoria – Caldas, al señor Gobernador del departamento de Caldas y al Ministerio Público.

Cuarto: Notificada esta providencia archívese el proceso, previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia Siglo XXI.

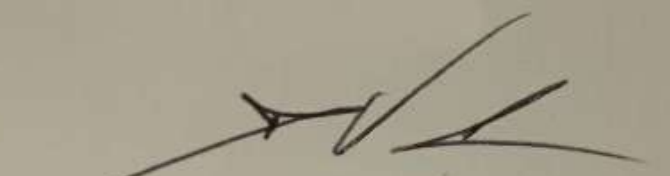
Notifíquese y cúmplase

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

Los integrantes de la Sala Plena de Decisión,



**Jairo Ángel Gómez Peña
Magistrado ponente**




**DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado**



**AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado**



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Manizales, tres (03) de agosto de dos mil veinte (2020)

Auto Interlocutorio No.113

Asunto: Admisión de Demanda

Radicado: 172333002020-00029-00

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante: MARIA MERCEDES GALEANO LONDOÑO

**Demandado: Nación- Fondo de Prestaciones sociales del Magisterio-
Municipio de Pácora- Caldas**

SISTEMA DE ORALIDAD

-Ley 1437 de 2011-

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la señora **MARIA MERCEDES GALEANO LONDOÑO**, por conducto de apoderado judicial interpuso demanda en contra de la **NACIÓN-FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-MUNICIPIO DE PÁCORA- CALDAS**.

Una vez analizado su contenido y anexos, el Tribunal encuentra procedente admitir la demanda, por cuanto fueron satisfechos los presupuestos y requisitos que se requieren para su presentación en el marco de la Ley 1437 de 2011.

En razón de lo expuesto,

- 1. ADMITIR** la demanda bajo el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho promovida por la señora **MARIA MERCEDES GALEANO LONDOÑO**, por conducto de apoderado judicial interpuso demanda en contra de la **NACIÓN- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- MUNICIPIO DE PÁCORA- CALDAS**
- 2. NOTIFÍQUESE** personalmente a la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, conforme lo dispone el artículo 199 del C.P.A.C.A., modificado por el artículo 612 del C.G.P. Para el efecto, **envíese** por Secretaría copia magnética de la presente providencia y de la demanda.
- 3. NOTIFÍQUESE** personalmente al **MUNICIPIO DE PÁCORA**, conforme lo dispone el artículo 199 del C.P.A.C.A., modificado por el artículo 612 del

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

C.G.P. Para el efecto, **envíese** por Secretaría copia magnética de la presente providencia y de la demanda.

4. **NOTIFÍQUESE** personalmente al Agente del Ministerio Público, Procurador Delegado ante esta Corporación, conforme lo dispone el artículo 199 del C.P.A.C.A., modificado por el artículo 612 del C.G.P. Para el efecto, envíese por Secretaría copia magnética de la presente providencia y de la demanda.
5. **NOTIFÍQUESE** personalmente a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, conforme lo dispone el artículo 199 del C.P.A.C.A., modificado por el artículo 612 del C.G.P. Para el efecto, envíese por Secretaría copia magnética de la presente providencia y de la demanda.
6. **NOTIFÍQUESE** por estado electrónico a la parte demandante, como lo indica el artículo 201 del C.P.A.C.A.
7. **OTÓRGUESE** el término de treinta (30) días, contados a partir del vencimiento del término contenido en el artículo 199 del C.P.C.A., modificado por el artículo 612 del C.G.P. para que la parte demandada, el Ministerio Público, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y los sujetos que tengan interés directo en las resultados del proceso, contesten la demanda, propongan excepciones, soliciten pruebas, llamen en garantía y/o presenten demanda de reconvencción.
8. **REQUIÉRASE** a la parte demandada para que con la contestación de la demanda allegue al plenario, el expediente administrativo que contenga los antecedentes de la actuación objeto del proceso y que se encuentren en su poder, so pena de que el funcionario encargado se constituya en falta disciplinaria gravísima sancionable, de conformidad con lo consagrado en el párrafo 1° del artículo 175 del C.P.A.C.A.

Requírase a la parte demandada para que insten al Comité de Conciliación de la respectiva entidad a estudiar la viabilidad de conciliar en el presente proceso, previo a la fecha de celebración de la audiencia inicial, de conformidad con lo establecido en el numeral 8° del artículo 180 del C.P.A.C.A.

9. **RECONOCER**, personería para actuar en nombre y representación a la Dra. **LAURA MARCELA LÓEZ QUINTERO**, identificada con la C.C. No. 41.960.717 de Manizales y T.P. No. 165.395 del C. S. de la J. como apoderado judicial de la señora **MARIA MERCEDES GALEANO LONDOÑO** en los términos del poder conferido.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO**

No. **097**

FECHA: 04 de julio de 2020

**HÉCTOR JAIME CASTRO
CASTAÑEDA
SECRETARIO**

Firmado Por:

**PUBLIO MARTIN
PATIÑO MEJIA**

ANDRES

**MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
DESPACHO 6 TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**

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

Código de verificación:

db5a996a077672c6e44343b618e6b401dbfa5eab1c4997d424fb07b370f117fb

Documento generado en 03/08/2020 03:11:38 p.m.

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE CALDAS**



SALA PLENA DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, treinta y uno (31) de JULIO de dos mil veinte (2020)

RADICACIÓN	17001-23-33-000-2020-00053-00
CLASE	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	CLAUDIA PILAR CEDIEL GÓMEZ
DEMANDADO	NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
ASUNTO	MANIFESTACIÓN DE IMPEDIMENTO

La demandante, señora Claudia del Pilar Cediél Gómez, quien se desempeña en el cargo de Técnico Investigador IV Grado 6 de la Dirección Seccional Caldas de la Rama Judicial, demanda la nulidad parcial del Decreto N° 382 de 2013, y de los Oficios 0997 de 20 de junio, 113 de 2 de agosto, 125 de 24 de septiembre y 2-3134 de 2 de octubre, todos de 2018; a título de restablecimiento del derecho, solicita que se ordene a la entidad demandada reconocer la bonificación judicial como factor salarial para todos los efectos prestacionales, así como el pago de las prestaciones ajustadas desde el mes de marzo de 2013.

Los impedimentos tienen como fundamento la integridad moral del funcionario que los declara, quien en razón de la existencia de ciertas situaciones comprobadas puede sentirse condicionado, bien en su fuero interno o en sus circunstancias externas.

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala en su artículo 130 que los Magistrados y Jueces deberán declararse impedidos, o serán recusables, en los casos previstos en el artículo 150 del Código de Procedimiento Civil (actualmente, artículo 141 del Código General del Proceso).

El Estatuto Adjetivo en mención reza en el numeral 1 del referido canon 141:

“Son causales de recusación las siguientes:

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

...”

Respetuosamente consideramos que en nuestra calidad de Magistrados de este Tribunal y debido a la naturaleza de los reajustes prestacionales pretendidos, resultaríamos indirectamente beneficiados, pues la decisión sobre la inclusión de la bonificación judicial como factor salarial para la liquidación de las prestaciones sociales, guarda estrecha relación con el mismo emolumento reconocido a los funcionarios de la Rama Judicial a través del Decreto 383 de 2013, y por tanto nos asistiría interés, circunstancia que se ajusta al contenido del numeral reproducido, razón por la cual, a juicio de los suscritos, se concretiza el impedimento para conocer de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho de la referencia.

Recientemente, en un caso de similares características, el H. Consejo de Estado¹ declaró fundado el impedimento manifestado por los Magistrados del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en los siguientes términos:

“Realizadas las anteriores precisiones, la Sección Segunda del Consejo de Estado, declarará fundado el impedimento presentado por los funcionarios en comento, toda vez que les asiste un interés indirecto en las resultas del proceso, en la medida que la discusión planteada consiste en la reliquidación y pago de las prestaciones sociales con la inclusión de la bonificación judicial de que trata el Decreto 382 de 2013 y este beneficio guarda semejanza con la bonificación judicial y bonificación por compensación reconocidas a los empleados y funcionarios de la Rama Judicial, mediante los Decretos 383 de 2013 y 610 de 1998, respectivamente.

Por demás cabe mencionar que la pretensión de la demanda radica en la inclusión de la bonificación judicial no solamente como un factor salarial para la base de cotización al sistema general de pensiones y seguridad social en salud, sino como un factor salarial para el reconocimiento y pago de todas las prestaciones sociales y económicas de los funcionarios de la Fiscalía; pretensión similar a la que los servidores de la Rama Judicial también han realizado a través de diversas demandas presentadas ante esta jurisdicción”.

Por ello, y de conformidad con lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 131 de la Ley 1437 de 2011, por la Secretaría de esta Corporación y previa anotación en el programa informático

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. C.P. William Hernández Gómez. Enero 23 de 2020, Radicación número: 11001-33-35-012-2016-00114-01(3789-19).

“Justicia Siglo XXI”, remítase el expediente al H. Consejo de Estado - Sección Segunda, para lo pertinente.

CÚMPLASE

Los Magistrados,



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

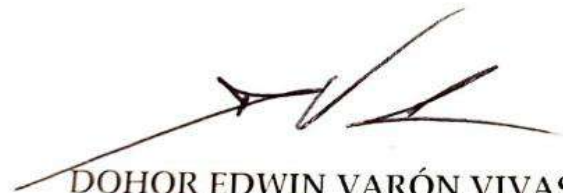


CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA

Magistrado



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 097 de fecha 04 de Agosto de 2020.

Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.

Manizales,

A handwritten signature in green ink, consisting of several vertical strokes and a horizontal base, resembling a stylized 'H' or a similar symbol.

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, treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020).

A.I. 156

RADICADO: 17-001-23-33-000-2020-00180-00
NATURALEZA: Acción de Cumplimiento
DEMANDANTE: Juan Pablo Murcia Marín
DEMANDADO: Caja Promotora de Vivienda Militar y de Policía - CajaHonor

Estudiado el escrito de demanda y al advertirse con el lleno de los requisitos señalados en el artículo 10 de la ley 393 de 1997, el Despacho decide **ADMITIR** la demanda que en ejercicio del medio de control de **CUMPLIMIENTO DE NORMAS CON FUERZA MATERIAL DE LEY O ACTOS ADMINISTRATIVOS (ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO)**, previsto en el artículo 146 de la ley 1437 de 2011, instaura **JUAN PABLO MURCIA MARÍN** en contra de la **CAJA PROMOTORA DE VIVIENDA MILITAR Y DE POLICÍA - CAJAHONOR**.

En consecuencia, conforme a lo dispuesto por el artículo 13 de la Ley 393 de 1997, para el trámite de la demanda se dispone:

1. **NOTIFÍQUESE** personalmente en el término de un (1) día este auto a la **CAJA PROMOTORA DE VIVIENDA MILITAR Y DE POLICÍA - CAJAHONOR**, haciéndole entrega de este auto, de la demanda y de sus anexos.
2. **REQUIÉRESE** a la **CAJA PROMOTORA DE VIVIENDA MILITAR Y DE POLICÍA - CAJAHONOR**, allegue dentro del término de tres (03) días, copia completa del expediente administrativo del acto administrativo cuyo cumplimiento se depreca en el *sub lite*, en lo referente al señor **JUAN PABLO MURCIA MARÍN**. La omisión injustificada en el envío de estas pruebas acarreará falta disciplinaria.
3. **ADVIÉRTESE** a la accionada y a los terceros vinculados que la decisión de mérito en este proceso será proferida dentro de los veinte (20) días siguientes a la admisión del presente asunto, por lo cual pueden hacerse parte en el proceso, allegar pruebas o solicitar su práctica, dentro de los tres (03) días siguientes a la notificación de este proveído.

Notifíquese y Cúmplase

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Magistrado Ponente: *Publio Martin Andrés Patiño Mejía*

Manizales, tres (03) de agosto de dos mil veinte (2020).

Auto Interlocutorio: 115

REFERENCIA:

Proceso : ACCIÓN POPULAR
Radicación No. : 17-001-23-33-000-2020-00184-00
Demandante(s) : PERSONERIA MUNICIPAL DE VITERBO- CALDAS
Demandado(s) : INVIAS

ASUNTO

Procede el Despacho a resolver sobre la admisión de la demanda de la referencia:

CONSIDERACIONES

Revisada la presente demanda, se encuentra que la misma carece de requisitos necesarios para su admisión, los cuales deberán corregir en el término de tres (3) días, de conformidad con lo dispuesto por el art 6 del Decreto 806 de 2020

***Artículo 6. Demanda.** La demanda indicará el canal digital donde deben ser notificadas las partes, sus representantes y apoderados, los testigos, peritos y cualquier tercero que deba ser citado al proceso, so pena de su inadmisión. Asimismo, contendrá los anexos en medio electrónico, los cuales corresponderán a los enunciados y enumerados en la demanda.*

Las demandas se presentarán en forma de mensaje de datos, lo mismo que todos sus anexos, a las direcciones de correo electrónico que el Consejo Superior de la Judicatura disponga para efectos del reparto, cuando haya lugar a este. De las demandas y sus anexos no será necesario acompañar copias físicas, ni electrónicas para el archivo del juzgado, ni para el traslado.

En cualquier jurisdicción, incluido el proceso arbitral y las autoridades administrativas que ejerzan funciones jurisdiccionales, salvo cuando se soliciten medidas cautelares previas o se desconozca el lugar donde recibirá notificaciones el demandado, el demandante, al presentar la demanda, simultáneamente deberá enviar por medio electrónico copia de ella y de sus anexos a los demandados.

Del mismo modo deberá proceder el demandante cuando al inadmitirse la demanda presente el escrito de subsanación. El secretario o el funcionario que haga sus veces velará por el cumplimiento de este deber, sin cuya acreditación la autoridad judicial inadmitirá la demanda. De no conocerse el canal de digital de la parte demandada, se acreditará con la demanda el envío físico de la misma con sus anexos.

En caso de que el demandante haya remitido copia de la demanda con todos sus anexos al demandado, al admitirse la demanda la notificación personal se limitará al envío del auto admisorio al demandado.

En consecuencia, se

RESUELVE

PRIMERO: INADMITIR la demanda de la referencia, por los motivos expuestos.

SEGUNDO: ORDENAR corregir la demanda en el término de tres (03) días, subsanando los defectos de los que adolece enunciados en la parte considerativa del presente proveído.

TERCERO: NOTIFIQUESE por el medio más expedito el presente proveído a la parte accionante.

Notifíquese y Cúmplase

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

Firmado Por:
PUBLIO MARTIN
MEJIA
MAGISTRADO
CONSEJO
DESPACHO 6
ADMINISTRATIVO

TRIBUNAL
ADMINISTRATIVO DE
CALDAS
NOTIFICACIÓN POR
ESTADO
No. **097**
FECHA: 04 de agosto de 2020
HÉCTOR JAIME CASTRO
CASTAÑEDA
SECRETARIO

ANDRES PATIÑO
TRIBUNAL O
SECCIONAL
TRIBUNAL
DE CALDAS

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

Código de verificación:

49a684b94dce893024ddc267dc7cd33db879af9a8584d2ac7bf6774ee1137b78

Documento generado en 03/08/2020 03:08:23 p.m.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, tres (3) de agosto de dos mil veinte (2020)

PROCESO No.	17001-23-33-000-2013-00627-00
CLASE	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	MIGUEL MAURICIO DÍAZ GONZÁLEZ
ACCIONADO	ESE HOSPITAL SAN ANTONIO DE MANZANARES – CALDAS, MUNICIPIO DE LA MERCED – CALDAS
VINCULADO	COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO DEL ORIENTE DE CALDAS - COOTRAORIENTE

Teniendo en cuenta que en virtud del ACUERDO PCSJA20-11567 del 05/06/2020 los términos que estuvieran suspendidos del 17 de marzo al 31 de junio de 2020 fue levantada, se hace necesario reprogramar la audiencia de pruebas que fijada para el día **LUNES DIECISÉIS (16) DE MARZO DE DOS MIL VEINTE A LAS NUEVE Y TREINTA (9:30) DE LA MAÑANA.**

Sin embargo y en virtud del Decreto 806 de 2020 antes de fijar fecha y hora para la realización de la audiencia se hace necesario que las partes informen a este Despacho si los testigos cuentan con computador con cámara y micrófono, si tienen acceso a internet y cuenta con un correo en donde pueda ser enviado el link mediante el cual deben conectarse a la diligencia que se llevara a cabo de manera virtual. De igual forma deberán informa un número celular donde puedan ser contactados.

Por lo anterior en el término de tres (3) días contados a partir del día siguiente de la notificación del presente auto mediante estado electrónico deberá la parte **DEMANDANTE** allegar la información requerida respecto de los señores **JUAN PABLO GIRALDO CARDONA** y **MARÍA CLEMENCIA CARDONA,**

De igual forma la parte **DEMANDADA** en el término de tres (3) días contados a partir del día siguiente de la notificación del presente auto mediante estado electrónico deberá allegar la información antes mencionada respecto del señor **MIGUEL MAURICIO DÍAZ GONZÁLEZ**

Finalmente las partes deberán informar si cuentan con los medios audiovisuales necesarios para llevar a cabo la audiencia de pruebas de manera virtual. En caso de que no cuenten con los medios tecnológicos se les solicita se informe de manera clara esta situación y presenten propuestas de cómo llevar a cabo la audiencia virtual, ello en aras de garantizar la continuidad del proceso.

Se le informa a las partes y demás intervinientes que el correo dispuesto para recibir memoriales o solicitudes es sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co. **Cualquier documento enviado a dirección distinta, se entenderá por no presentado.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Maestrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la partes por Estado Electrónico No. 097 del 4 de agosto de 2020. Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.
Manizales, _____

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA Secretario



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.S.: 080

Asunto:	Corre traslado para alegar de conclusión
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-23-33-000-2015-00592-00
Demandante:	Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP
Demandada:	Elide Gutiérrez Gelves

Manizales, tres (3) de agosto de dos mil veinte (2020).

Se encuentra a Despacho el proceso de la referencia pendiente de convocar a las partes a audiencia inicial.

El Gobierno Nacional profirió Decreto Legislativo 806 de 2020, con el cual adoptó medidas para agilizar los procesos judiciales.

Los artículos 12 y 13 del citado decreto previeron lo siguiente en relación con la decisión de excepciones y la posibilidad de proferir sentencia anticipada en los asuntos de conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo:

Artículo 12. Resolución de excepciones en la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. De las excepciones presentadas se correrá traslado por el término de tres (3) días en la forma regulada en el artículo 110 del Código General del Proceso, o el que lo sustituya. En este término, la parte demandante podrá pronunciarse sobre ellas y, si fuere el caso, subsanar los defectos anotados en las excepciones previas.

Las excepciones previas se formularán y decidirán según lo regulado en los artículos 100, 101 Y 102 del Código General del Proceso. Cuando se requiera la práctica de pruebas a que se refiere el inciso segundo del artículo 101 del citado código, el juzgador las decretará en el auto que cita a la audiencia inicial, y en el curso de esta las practicará. Allí mismo, resolverá las excepciones previas que requirieron pruebas y estén pendientes de decisión.

Las excepciones de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva, se tramitarán y decidirán en los términos señalados anteriormente.

La providencia que resuelva las excepciones mencionadas deberá ser adoptada en primera instancia por el juez, subsección, sección o sala de conocimiento. Contra esta decisión procederá el recurso apelación, el cual será resuelto por la subsección, sección o sala del tribunal o Consejo de Estado. Cuando esta decisión se profiera en única instancia por los tribunales y Consejo de Estado se decidirá por el magistrado ponente y será suplicable.

Artículo 13. Sentencia anticipada en lo contencioso administrativo. *El juzgador deberá dictar sentencia anticipada:*

1. Antes de la audiencia inicial, cuando se trate de asuntos de puro derecho o no fuere necesario practicar pruebas, caso en el cual correrá traslado para alegar por escrito, en la forma prevista en el inciso final del artículo 181 de la Ley 1437 de 2011 y la sentencia se proferirá por escrito.

2. En cualquier estado del proceso, cuando las partes o sus apoderados de común acuerdo lo soliciten, sea por iniciativa propia o por sugerencia del juez. Si la solicitud se presenta en el transcurso de una audiencia, se dará traslado para alegar dentro de ella. Si se hace por escrito, las partes podrán allegar con la petición sus alegatos de conclusión, de lo cual se dará traslado por diez (10) días comunes al Ministerio Público y demás intervinientes. El juzgador rechazará la solicitud cuando advierta fraude o colusión. Si en el proceso intervienen litisconsortes necesarios, la petición, deberá realizarse conjuntamente con estos. Con la aceptación de esta petición por parte del juez, se entenderán desistidos los recursos que hubieren formulado los peticionarios contra decisiones interlocutorias que estén pendientes de tramitar o resolver.

3. En la segunda etapa del proceso prevista en el artículo 179 de la Ley 1437 de 2011, cuando encuentre probada la cosa juzgada, la transacción, la conciliación, la caducidad, la prescripción extintiva y la falta de legitimación en la causa. La sentencia se dictará oralmente en audiencia o se proferirá por escrito. En este caso no se correrá traslado para alegar.

4. En caso de allanamiento de conformidad con el artículo 176 de la Ley 1437 de 2011.

Revisado este expediente, se observa que no hay excepciones previas o mixtas por resolver, teniendo en cuenta que la parte demandada formuló como medios exceptivos los de “**PRESCRIPCIÓN**” y “**BUENA FE**” (fls. 289 y 290, C.1), todos los cuales –atendiendo a las razones que los fundamentan– corresponden en estricto sentido a excepciones de mérito que habrán de ser decididas al resolver el fondo de la controversia, pues no sólo guardan relación directa con la cuestión litigiosa, sino que además no aparecen enlistadas en el numeral 6 del artículo 180 del CPACA ni en el artículo 100 del Código General del Proceso – CGP.

De otra parte, se advierte que sólo la parte actora aportó con la demanda pruebas documentales obrantes de folios 66 a 111 del cuaderno principal, las cuales **SE INCORPORAN** al proceso hasta donde la ley lo permita.


La parte actora y la accionada no solicitaron de manera expresa el decreto y práctica de ninguna prueba adicional a las allegadas con la demanda; al tiempo que el representante del Ministerio Público no hizo solicitud de pruebas y este Despacho no considera necesario decretar pruebas de oficio.

Al no haber entonces pruebas por decretar y practicar, es procedente dictar sentencia anticipada conforme lo prevé el numeral 1 del artículo 12 del Decreto Legislativo 806 de 2020, previo a lo cual **SE CORRE traslado** a las partes y al Ministerio Público para que dentro del término de diez (10) días siguientes a la notificación de esta providencia, presenten sus alegatos de conclusión y el respectivo concepto.

Surtido lo anterior, **REGRESE** inmediatamente el expediente a Despacho para proferir la sentencia anticipada que en derecho corresponda.

Se advierte a las partes que todo memorial debe ser allegado únicamente al correo dispuesto para tal fin, esto es, a la cuenta sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co. Cualquier documento enviado a otra dirección de correo, se tendrá por no presentado.

Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

No. 97
FECHA: 4 de agosto de 2020

A handwritten signature in green ink, consisting of several vertical strokes and a horizontal base, positioned above the name of the secretary.

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.I.: 191

Asunto:	Corre traslado para alegar de conclusión
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-23-33-000-2017-00709-00
Demandantes:	Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones
Demandada:	Martha Lucia García Ramírez

Manizales, tres (3) de agosto de dos mil veinte (2020).

ASUNTO

Encontrándose a Despacho el proceso de la referencia pendiente de convocar a las partes a audiencia inicial, procede el suscrito Magistrado a pronunciarse en relación con las excepciones propuestas, las pruebas aportadas por la parte demandante, así como la posibilidad de dictar sentencia anticipada en el presente asunto. Lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto Legislativo 806 de 2020.

ANTECEDENTES

El 5 de octubre de 2017, fue interpuesto el medio de control de la referencia (fls. 3 a 21, C.1), con el fin de obtener la declaratoria de nulidad de la Resolución nº GNR 3904 del 8 de enero de 2015, con la cual, se concedió pensión de vejez a la señora Martha Lucia García Ramírez con la inclusión de la bonificación por servicios prestados en un 100% y no de manera mensual.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, la parte actora solicitó se ordene a la señora Martha Lucia García Ramírez la devolución a Colpensiones de lo pagado por tal concepto.

El conocimiento del asunto correspondió por reparto a este Despacho, quien inadmitió la demanda por auto del 17 de agosto de 2018 (fls. 42, C.1); y una vez ésta fue corregida, se admitió con auto del 26 de septiembre de 2018 (fls. 63 y 64, ibídem).

Surtido el trámite procesal correspondiente, la parte accionada contestó la demanda de manera oportuna, según se evidencia en la constancia secretarial obrante a folio 132 del cuaderno 1.

Con la contestación de la demanda, la parte accionada propuso excepciones (fls. 96 vuelto a 98, C.1); de las que se corrió el traslado correspondiente (fls. 129 y 130, ibídem), y frente a las cuales la parte demandante no se pronunció.

En providencia del 25 de septiembre de 2019, el Despacho decretó como medida provisional la suspensión parcial de los efectos del acto administrativo demandado, decisión que fue objeto de recurso de apelación el cual se concedió en el efecto devolutivo.

El 25 de noviembre de 2019, el proceso ingresó a Despacho para convocar a audiencia inicial (fl. 132, C.1).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

El artículo 12 del Decreto Legislativo 806 de 2020, con el cual el Gobierno Nacional adoptó medidas para agilizar los procesos judiciales, previó lo siguiente en relación con la decisión de excepciones en los asuntos de conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo:

Artículo 12. Resolución de excepciones en la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. De las excepciones presentadas se correrá traslado por el término de tres (3) días en la forma regulada en el artículo 110 del Código General del Proceso, o el que lo sustituya. En este término, la parte demandante podrá pronunciarse sobre ellas y, si fuere el caso, subsanar los defectos anotados en las excepciones previas.

Las excepciones previas se formularán y decidirán según lo regulado en los artículos 100, 101 Y 102 del Código General del Proceso. Cuando se requiera la práctica de pruebas a que se refiere el inciso segundo del artículo 101 del citado código, el juzgador las decretará en el auto que cita a la audiencia inicial, y en el curso de esta las practicará. Allí mismo, resolverá las excepciones previas que requirieron pruebas y estén pendientes de decisión.

Las excepciones de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva, se tramitarán y decidirán en los términos señalados anteriormente.

La providencia que resuelva las excepciones mencionadas deberá ser adoptada en primera instancia por el juez, subsección, sección o sala de conocimiento. Contra esta decisión procederá el recurso apelación, el cual será resuelto por la subsección, sección o sala del tribunal o Consejo de Estado. Cuando esta decisión

se profiera en única instancia por los tribunales y Consejo de Estado se decidirá por el magistrado ponente y será suplicable.

Revisado este expediente, se observa que no hay excepciones previas o mixtas por resolver, teniendo en cuenta que la parte demandada formuló como medios exceptivos los de **“INEXISTENCIA DE PRUEBAS EFICACES QUE DEMUESTREN EL HECHO DISCUTIDO”**, **“IMPROCEDENCIA DE REINTEGRO DE LOS DINEROS PAGADOS EN VIRTUD DE LOS ACTOS DEMANDADOS”**, y **“LA GENÉRICA”** (fls. 96 vuelto a 98, C.1), todas las cuales –atendiendo a las razones que las fundamentan– corresponden en estricto sentido a excepciones de mérito que habrán de ser decididas al resolver el fondo de la controversia, pues no sólo guardan relación directa con la cuestión litigiosa, sino que además no aparecen enlistadas en el numeral 6 del artículo 180 del CPACA ni en el artículo 100 del Código General del Proceso –CGP.

Sobre la petición de pruebas y la posibilidad de dictar sentencia anticipada en este asunto

De otro lado, el artículo 13 del citado decreto legislativo, estableció igualmente la posibilidad de proferir sentencia anticipada en los asuntos de conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en los siguientes términos:

Artículo 13. Sentencia anticipada en lo contencioso administrativo. El juzgador deberá dictar sentencia anticipada:

1. Antes de la audiencia inicial, cuando se trate de asuntos de puro derecho o no fuere necesario practicar pruebas, caso en el cual correrá traslado para alegar por escrito, en la forma prevista en el inciso final del artículo 181 de la Ley 1437 de 2011 y la sentencia se proferirá por escrito.

2. En cualquier estado del proceso, cuando las partes o sus apoderados de común acuerdo lo soliciten, sea por iniciativa propia o por sugerencia del juez. Si la solicitud se presenta en el transcurso de una audiencia, se dará traslado para alegar dentro de ella. Si se hace por escrito, las partes podrán allegar con la petición sus alegatos de conclusión, de lo cual se dará traslado por diez (10) días comunes al Ministerio Público y demás intervinientes. El juzgador rechazará la solicitud cuando advierta fraude o colusión. Si en el proceso intervienen litisconsortes necesarios, la petición, deberá realizarse conjuntamente con estos. Con la aceptación de esta petición por parte del juez, se entenderán desistidos los recursos que hubieren formulado los peticionarios contra decisiones interlocutorias que estén pendientes de tramitar o resolver.

3. *En la segunda etapa del proceso prevista en el artículo 179 de la Ley 1437 de 2011, cuando encuentre probada la cosa juzgada, la transacción, la conciliación, la caducidad, la prescripción extintiva y la falta de legitimación en la causa. La sentencia se dictará oralmente en audiencia o se proferirá por escrito. En este caso no se correrá traslado para alegar.*

4. *En caso de allanamiento de conformidad con el artículo 176 de la Ley 1437 de 2011.*

Descendiendo al caso concreto se advierte que la parte actora aportó con la demanda prueba documental visible de folios 22 a 40 y 48 a 60 del cuaderno principal, todo lo cual habrá de incorporarse al proceso hasta donde la ley lo permita; mientras que la parte accionada no allegó ni realizó solicitud de práctica de pruebas.

Por lo demás, la parte actora no solicitó de manera expresa el decreto y práctica de ninguna prueba adicional a las allegadas con la demanda; al tiempo que el representante del Ministerio Público no hizo solicitud de pruebas y este Despacho no considera necesario decretar pruebas de oficio.

Al no haber entonces pruebas por decretar y practicar, es procedente dictar sentencia anticipada conforme lo prevé el numeral 1 del artículo 13 del Decreto Legislativo 806 de 2020, previo a lo cual se correrá traslado a las partes y al Ministerio Público para que presenten sus alegatos de conclusión y el respectivo concepto.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas,

RESUELVE

Primero. DIFIÉRASE la decisión de las excepciones propuestas por la señora Martha Lucia García Ramírez y que denominó “*INEXISTENCIA DE PRUEBAS EFICACES QUE DEMUESTREN EL HECHO DISCUTIDO*”, “*IMPROCEDENCIA DE REINTEGRO DE LOS DINEROS PAGADOS EN VIRTUD DE LOS ACTOS DEMANDADOS*”, y “*LA GENÉRICA*”, para el momento de proferir sentencia en el presente asunto.


Segundo. INCORPÓRASE la prueba documental aportada por las partes, hasta donde la ley lo permita.

Tercero. CÓRRASE traslado a las partes y al Ministerio Público para que dentro del término de diez (10) días siguientes a la notificación de esta providencia, presenten sus alegatos de conclusión y el respectivo concepto.

Cuarto. Ejecutoriada esta providencia, **REGRESE** inmediatamente el expediente a este Despacho para proferir la sentencia anticipada que en derecho corresponda.

Quinto. ADVIÉRTESE a las partes que todo memorial debe ser allegado únicamente al correo dispuesto para tal fin, esto es, a la cuenta sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co. Cualquier documento enviado a otra dirección de correo, se tendrá por no presentado.

Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

No. 97
FECHA: 4 de agosto de 2020

A handwritten signature in green ink, consisting of several vertical strokes and a horizontal base, positioned above the name of the secretary.

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.S.: 082

Asunto:	Corre traslado para alegar de conclusión
Medio de control:	Ejecutivo
Radicación:	17001-23-33-000-2017-00816-00
Demandante:	Martha Cecilia García Botero
Demandada:	Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP

Manizales, tres (3) de agosto de dos mil veinte (2020).

Se encuentra a Despacho el proceso de la referencia pendiente de convocar a las partes a la audiencia de que trata el numeral 2 del artículo 443 del Código General del Proceso – CGP en concordancia con el artículo 372 del mismo estatuto procedimental, por remisión expresa de los artículos 299 y 306 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA.

El Gobierno Nacional profirió Decreto Legislativo 806 de 2020, con el cual adoptó medidas para agilizar los procesos judiciales.

Los artículos 12 y 13 del citado decreto previeron lo siguiente en relación con la decisión de excepciones y la posibilidad de proferir sentencia anticipada en los asuntos de conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo:

Artículo 12. Resolución de excepciones en la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. De las excepciones presentadas se correrá traslado por el término de tres (3) días en la forma regulada en el artículo 110 del Código General del Proceso, o el que lo sustituya. En este término, la parte demandante podrá pronunciarse sobre ellas y, si fuere el caso, subsanar los defectos anotados en las excepciones previas.

Las excepciones previas se formularán y decidirán según lo regulado en los artículos 100, 101 Y 102 del Código General del Proceso. Cuando se requiera la práctica de pruebas a que se refiere el inciso segundo del artículo 101 del citado código, el juzgador las decretará en el auto que cita a la audiencia inicial, y en el curso de esta las practicará. Allí mismo, resolverá las excepciones previas que requirieron pruebas y estén pendientes de decisión.

Las excepciones de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva, se tramitarán y decidirán en los términos señalados anteriormente.

La providencia que resuelva las excepciones mencionadas deberá ser adoptada en primera instancia por el juez, subsección, sección o sala de conocimiento. Contra esta decisión procederá el recurso apelación, el cual será resuelto por la subsección, sección o sala del tribunal o Consejo de Estado. Cuando esta decisión se profiera en única instancia por los tribunales y Consejo de Estado se decidirá por el magistrado ponente y será suplicable.

Artículo 13. Sentencia anticipada en lo contencioso administrativo. El juzgador deberá dictar sentencia anticipada:

1. Antes de la audiencia inicial, cuando se trate de asuntos de puro derecho o no fuere necesario practicar pruebas, caso en el cual correrá traslado para alegar por escrito, en la forma prevista en el inciso final del artículo 181 de la Ley 1437 de 2011 y la sentencia se proferirá por escrito.

2. En cualquier estado del proceso, cuando las partes o sus apoderados de común acuerdo lo soliciten, sea por iniciativa propia o por sugerencia del juez. Si la solicitud se presenta en el transcurso de una audiencia, se dará traslado para alegar dentro de ella. Si se hace por escrito, las partes podrán allegar con la petición sus alegatos de conclusión, de lo cual se dará traslado por diez (10) días comunes al Ministerio Público y demás intervinientes. El juzgador rechazará la solicitud cuando advierta fraude o colusión. Si en el proceso intervienen litisconsortes necesarios, la petición, deberá realizarse conjuntamente con estos. Con la aceptación de esta petición por parte del juez, se entenderán desistidos los recursos que hubieren formulado los peticionarios contra decisiones interlocutorias que estén pendientes de tramitar o resolver.

3. En la segunda etapa del proceso prevista en el artículo 179 de la Ley 1437 de 2011, cuando encuentre probada la cosa juzgada, la transacción, la conciliación, la caducidad, la prescripción extintiva y la falta de legitimación en la causa. La sentencia se dictará oralmente en audiencia o se proferirá por escrito. En este caso no se correrá traslado para alegar.

4. En caso de allanamiento de conformidad con el artículo 176 de la Ley 1437 de 2011.

De conformidad con el numeral 3 del artículo 442 del CGP, los hechos que configuren excepciones previas en los procesos ejecutivos deben alegarse mediante reposición contra el mandamiento de pago.

Revisado este expediente, se observa que no hay excepciones previas o mixtas por resolver, teniendo en cuenta que con auto del 12 de agosto de 2019 (fls. 110 y 111, C.1), se declaró no probado el medio exceptivo propuesto por la UGPP que denominó "**CADUCIDAD DE LA ACCIÓN EJECUTIVA CONTENCIOSA**" y se difirió la decisión de las demás excepciones para la etapa procesal correspondiente.

De otro lado, se advierte que la parte actora aportó con la demanda, prueba documental visible de folios 7 a 13 y 23 a 29 del cuaderno principal; mientras que la entidad accionada allegó documentación de folios 99 a 105 del expediente y en CD's obrantes a folio 3 del cuaderno 2 de la actuación; todo lo cual **SE INCORPORA** al proceso hasta donde la ley lo permita.


La parte actora y la accionada no solicitaron de manera expresa el decreto y práctica de ninguna prueba adicional a las allegadas con la demanda y la contestación a la misma; al tiempo que el representante del Ministerio Público no hizo solicitud de pruebas y este Despacho no considera necesario decretar pruebas de oficio.

Al no haber entonces pruebas por decretar y practicar, es procedente dictar sentencia anticipada conforme lo prevé el numeral 1 del artículo 12 del Decreto Legislativo 806 de 2020, previo a lo cual **SE CORRE traslado** a las partes y al Ministerio Público para que dentro del término de diez (10) días siguientes a la notificación de esta providencia, presenten sus alegatos de conclusión y el respectivo concepto.

Surtido lo anterior, **REGRESE** inmediatamente el expediente a Despacho para proferir la sentencia anticipada que en derecho corresponda.

Se advierte a las partes que todo memorial debe ser allegado únicamente al correo dispuesto para tal fin, esto es, a la cuenta sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co. Cualquier documento enviado a otra dirección de correo, se tendrá por no presentado.

Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

No. 97
FECHA: 4 de agosto de 2020

A handwritten signature in green ink, consisting of several vertical strokes and a horizontal base, positioned above the name of the secretary.

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.I.: 192

Asunto:	Corre traslado para alegar de conclusión
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-23-33-000-2019-00100-00
Demandantes:	Maria Nidia Henao Toro
Demandada:	Nación -Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento de Caldas

Manizales, tres (3) de agosto de dos mil veinte (2020).

ASUNTO

Encontrándose a Despacho el proceso de la referencia pendiente de convocar a las partes a audiencia inicial, procede el suscrito Magistrado a pronunciarse en relación con las excepciones propuestas, las pruebas solicitadas por la parte demandante, así como la posibilidad de dictar sentencia anticipada en el presente asunto. Lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto Legislativo 806 de 2020.

ANTECEDENTES

El 5 de marzo de 2019, fue interpuesto el medio de control de la referencia (fls. 2 a 18, C.1), con el fin de obtener la declaratoria de nulidad de la Resolución nº 10212-6 del 19 de diciembre de 2018, con la cual, se negó el reconocimiento y pago de la sanción por mora del ajuste de la cesantía definitiva a favor de la parte actora.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, la parte actora solicitó se ordene a las entidades demandadas reconocer y pagar la sanción por mora establecida en las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 en suma equivalente a un (1) día de salario por cada día de retardo contados desde los 70 días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud de las cesantías definitivas hasta cuando se hizo efectivo el pago de la totalidad de

las cesantías reconocidas a la parte demandante.

El conocimiento del asunto correspondió por reparto a este Despacho, quien admitió la demanda por auto del 5 de julio de 2019 (fls. 42 y 43, C.1).

Surtido el trámite procesal correspondiente, el Departamento de Caldas contestó la demanda de manera oportuna, según se evidencia en la constancia secretarial obrante a folio 60 del expediente.

Con la contestación de la demanda, la parte accionada propuso excepciones (fls. 55 vuelto a 57, C.1); de las que se corrió el traslado correspondiente (fls. 58 y 59, *ibídem*), y frente a las cuales la parte demandante no se pronunció.

El 25 de noviembre de 2019, el proceso ingresó a Despacho para convocar a audiencia inicial (fl. 60, C.1).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

El artículo 12 del Decreto Legislativo 806 de 2020, con el cual el Gobierno Nacional adoptó medidas para agilizar los procesos judiciales, previó lo siguiente en relación con la decisión de excepciones en los asuntos de conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo:

Artículo 12. Resolución de excepciones en la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. De las excepciones presentadas se correrá traslado por el término de tres (3) días en la forma regulada en el artículo 110 del Código General del Proceso, o el que lo sustituya. En este término, la parte demandante podrá pronunciarse sobre ellas y, si fuere el caso, subsanar los defectos anotados en las excepciones previas.

Las excepciones previas se formularán y decidirán según lo regulado en los artículos 100, 101 Y 102 del Código General del Proceso. Cuando se requiera la práctica de pruebas a que se refiere el inciso segundo del artículo 101 del citado código, el juzgador las decretará en el auto que cita a la audiencia inicial, y en el curso de esta las practicará. Allí mismo, resolverá las excepciones previas que requirieron pruebas y estén pendientes de decisión.

Las excepciones de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva, se tramitarán y decidirán en los términos señalados anteriormente.

La providencia que resuelva las excepciones mencionadas deberá ser adoptada en primera instancia por el juez, subsección, sección o sala de conocimiento. Contra esta decisión procederá el recurso apelación, el cual será resuelto por la subsección, sección o sala del tribunal o Consejo de Estado. Cuando esta decisión

se profiera en única instancia por los tribunales y Consejo de Estado se decidirá por el magistrado ponente y será suplicable.

Revisado este expediente, se observa que no hay excepciones previas o mixtas por resolver, teniendo en cuenta que el Departamento de Caldas propuso los medios exceptivos de **"FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA"**, **"INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY"**, **"BUENA FE"**, **"MALA FE PARTE DEMANDANTE"** y **"PRESCRIPCIÓN"**, todas las cuales –atendiendo a las razones que las fundamentan– corresponden en estricto sentido a excepciones de mérito que habrán de ser decididas al resolver el fondo de la controversia.

En efecto, respecto del medio de defensa denominado **"FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA"** corresponde a un debate relativo a la legitimación material en la causa, en tanto se alega la ausencia de participación o responsabilidad en la pretensión económica que se demanda; lo cual debe ser resuelto al decidir el fondo de la controversia y no en esta etapa procesal.

Respecto de la excepción de **"PRESCRIPCIÓN"**, se indica que el mencionado medio de defensa está relacionado directamente con la cuestión litigiosa, por lo que su análisis también habrá de realizarse con el fondo de la controversia.

En este sentido, las excepciones propuestas no sólo guardan relación directa con la cuestión litigiosa, sino que además no aparecen enlistadas en el numeral 6 del artículo 180 del CPACA ni en el artículo 100 del Código General del Proceso – CGP.

Sobre la petición de pruebas y la posibilidad de dictar sentencia anticipada en este asunto

De otro lado, el artículo 13 del citado decreto legislativo, estableció igualmente la posibilidad de proferir sentencia anticipada en los asuntos de conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en los siguientes términos:

Artículo 13. Sentencia anticipada en lo contencioso administrativo. El juzgador deberá dictar sentencia anticipada:

- 1. Antes de la audiencia inicial, cuando se trate de asuntos de puro derecho o no fuere necesario practicar pruebas, caso en el cual correrá traslado para alegar por escrito, en la forma prevista en el inciso final del artículo 181 de la Ley 1437 de 2011 y la sentencia se proferirá por escrito.*

2. En cualquier estado del proceso, cuando las partes o sus apoderados de común acuerdo lo soliciten, sea por iniciativa propia o por sugerencia del juez. Si la solicitud se presenta en el transcurso de una audiencia, se dará traslado para alegar dentro de ella. Si se hace por escrito, las partes podrán allegar con la petición sus alegatos de conclusión, de lo cual se dará traslado por diez (10) días comunes al Ministerio Público y demás intervinientes. El juzgador rechazará la solicitud cuando advierta fraude o colusión. Si en el proceso intervienen litisconsortes necesarios, la petición, deberá realizarse conjuntamente con estos. Con la aceptación de esta petición por parte del juez, se entenderán desistidos los recursos que hubieren formulado los peticionarios contra decisiones interlocutorias que estén pendientes de tramitar o resolver.

3. En la segunda etapa del proceso prevista en el artículo 179 de la Ley 1437 de 2011, cuando encuentre probada la cosa juzgada, la transacción, la conciliación, la caducidad, la prescripción extintiva y la falta de legitimación en la causa. La sentencia se dictará oralmente en audiencia o se proferirá por escrito. En este caso no se correrá traslado para alegar.

4. En caso de allanamiento de conformidad con el artículo 176 de la Ley 1437 de 2011.

Descendiendo al caso concreto se advierte que la parte actora aportó con la demanda prueba documental visible de folios 19 a 40 del cuaderno principal; todo lo cual habrá de incorporarse al proceso hasta donde la ley lo permita.

La parte actora solicitó oficiar a la entidad territorial para que ésta aportara el expediente administrativo.

Ahora bien, este Despacho considera que la citada prueba documental es innecesaria, teniendo en cuenta que lo requerido ya obra en el expediente, según se observa a folios 19 a 40 del cuaderno principal

Así mismo, la parte demandante solicitó como prueba, que se oficie al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para que aporte al proceso la constancia de pago de las cesantías reconocidas mediante las Resoluciones n° 2412-6 del 29 de marzo de 2017 y n° 10212-6 del 19 de diciembre de 2018.

Respecto de esta prueba considera el despacho que la misma es innecesaria, teniendo en cuenta el contenido de las pretensiones de la demanda.

Por lo demás, la parte actora no solicitó de manera expresa el decreto y práctica de ninguna prueba adicional a las mencionadas anteriormente y a las allegadas con la demanda; al tiempo que el representante del Ministerio Público no hizo solicitud de pruebas y este Despacho no considera necesario decretar pruebas de oficio.

Al no haber entonces pruebas por decretar y practicar, es procedente dictar sentencia anticipada conforme lo prevé el numeral 1 del artículo 13 del Decreto Legislativo 806 de 2020, previo a lo cual se correrá traslado a las partes y al Ministerio Público para que presenten sus alegatos de conclusión y el respectivo concepto.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas,

RESUELVE

Primero. DIFIÉRASE la **decisión** de las excepciones propuestas por el Departamento de Caldas y que denominó **"FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA", "INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY", "BUENA FE", "MALA FE PARTE DEMANDANTE" y "PRESCRIPCIÓN"**, para el momento de proferir sentencia en el presente asunto.

Segundo. INCORPÓRASE la prueba documental aportada por las partes, hasta donde la ley lo permita.


Tercero. NIÉGASE por **innecesaria** la prueba documental solicitada por la parte demandante.

Cuarto. CÓRRASE **traslado** a las partes y al Ministerio Público para que dentro del término de diez (10) días siguientes a la notificación de esta providencia, presenten sus alegatos de conclusión y el respectivo concepto.

Quinto. Ejecutoriada esta providencia, **REGRESE** inmediatamente el expediente a este Despacho para proferir la sentencia anticipada que en derecho corresponda.

Sexto. ADVIÉRTESE a las partes que todo memorial debe ser allegado únicamente al correo dispuesto para tal fin, esto es, a la cuenta sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co. Cualquier documento enviado a otra dirección de correo, se tendrá por no presentado.

Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

No. 97
FECHA: 4 de agosto de 2020

A handwritten signature in green ink, consisting of several vertical strokes and a horizontal base, positioned above the name of the secretary.

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.I.: 193

Asunto:	Corre traslado para alegar de conclusión
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-23-33-000-2018-00183-00
Demandantes:	Marina Gallego Aristizábal
Demandada:	Nación -Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento de Caldas

Manizales, tres (3) de agosto de dos mil veinte (2020).

ASUNTO

Encontrándose a Despacho el proceso de la referencia pendiente de convocar a las partes a audiencia inicial, procede el suscrito Magistrado a pronunciarse en relación con las excepciones propuestas, las pruebas solicitadas por la parte demandante, así como la posibilidad de dictar sentencia anticipada en el presente asunto. Lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto Legislativo 806 de 2020.

ANTECEDENTES

El 6 de abril de 2018, fue interpuesto el medio de control de la referencia (fls. 2 a 20, C.1), con el fin de obtener la declaratoria de nulidad de la Resolución nº 9156-6 del 24 de noviembre de 2017, con la cual, se negó el reconocimiento y pago de la sanción por mora del ajuste de la cesantía definitiva a favor de la parte actora.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, la parte actora solicitó se ordene a las entidades demandadas reconocer y pagar la sanción por mora establecida en las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 en suma equivalente a un (1) día de salario por cada día de retardo contados desde los 70 días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud de las cesantías definitivas hasta cuando se hizo efectivo el pago de la totalidad de las cesantías reconocidas a la parte demandante.

El conocimiento del asunto correspondió por reparto a este Despacho, quien inadmitió la demanda por auto del 21 de enero de 2019 (fls. 41, C.1); y una vez ésta fue corregida, se admitió con auto del 8 de marzo de 2019 (fls. 56 y 57, ibídem).

Surtido el trámite procesal correspondiente, el Departamento de Caldas contestó la demanda de manera oportuna, según se evidencia en la constancia secretarial obrante a folio 81 del expediente.

Con la contestación de la demanda, la parte accionada propuso excepciones (fls. 73 vuelto a 77, C.1); de las que se corrió el traslado correspondiente (fls. 78 y 79, ibídem), y frente a las cuales la parte demandante no se pronunció.

El 2 de septiembre de 2019, el proceso ingresó a Despacho para convocar a audiencia inicial (fl. 81, C.1).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

El artículo 12 del Decreto Legislativo 806 de 2020, con el cual el Gobierno Nacional adoptó medidas para agilizar los procesos judiciales, previó lo siguiente en relación con la decisión de excepciones en los asuntos de conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo:

Artículo 12. Resolución de excepciones en la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. De las excepciones presentadas se correrá traslado por el término de tres (3) días en la forma regulada en el artículo 110 del Código General del Proceso, o el que lo sustituya. En este término, la parte demandante podrá pronunciarse sobre ellas y, si fuere el caso, subsanar los defectos anotados en las excepciones previas.

Las excepciones previas se formularán y decidirán según lo regulado en los artículos 100, 101 Y 102 del Código General del Proceso. Cuando se requiera la práctica de pruebas a que se refiere el inciso segundo del artículo 101 del citado código, el juzgador las decretará en el auto que cita a la audiencia inicial, y en el curso de esta las practicará. Allí mismo, resolverá las excepciones previas que requirieron pruebas y estén pendientes de decisión.

Las excepciones de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva, se tramitarán y decidirán en los términos señalados anteriormente.

La providencia que resuelva las excepciones mencionadas deberá ser adoptada en primera instancia por el juez, subsección, sección o sala de conocimiento. Contra esta decisión procederá el recurso apelación, el cual será resuelto por la

subsección, sección o sala del tribunal o Consejo de Estado. Cuando esta decisión se profiera en única instancia por los tribunales y Consejo de Estado se decidirá por el magistrado ponente y será suplicable.

Revisado este expediente, se observa que no hay excepciones previas o mixtas por resolver, teniendo en cuenta que el Departamento de Caldas propuso los medios exceptivos de **"FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA"**, **"INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY"**, **"BUENA FE"**, **"MALA FE PARTE DEMANDANTE"** y **"PRESCRIPCIÓN"**, todas las cuales –atendiendo a las razones que las fundamentan– corresponden en estricto sentido a excepciones de mérito que habrán de ser decididas al resolver el fondo de la controversia.

En efecto, respecto del medio de defensa denominado **"FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA"** corresponde a un debate relativo a la legitimación material en la causa, en tanto se alega la ausencia de participación o responsabilidad en la pretensión económica que se demanda; lo cual debe ser resuelto al decidir el fondo de la controversia y no en esta etapa procesal.

Respecto de la excepción de **"PRESCRIPCIÓN"**, se indica que el mencionado medio de defensa está relacionado directamente con la cuestión litigiosa, por lo que su análisis también habrá de realizarse con el fondo de la controversia.

En este sentido, las excepciones propuestas no sólo guardan relación directa con la cuestión litigiosa, sino que además no aparecen enlistadas en el numeral 6 del artículo 180 del CPACA ni en el artículo 100 del Código General del Proceso – CGP.

Sobre la petición de pruebas y la posibilidad de dictar sentencia anticipada en este asunto

De otro lado, el artículo 13 del citado decreto legislativo, estableció igualmente la posibilidad de proferir sentencia anticipada en los asuntos de conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en los siguientes términos:

Artículo 13. Sentencia anticipada en lo contencioso administrativo. *El juzgador deberá dictar sentencia anticipada:*

1. Antes de la audiencia inicial, cuando se trate de asuntos de puro derecho o no fuere necesario practicar pruebas, caso en el cual correrá traslado para alegar por escrito, en la forma prevista en el inciso final del artículo 181 de la Ley 1437 de 2011 y la sentencia se proferirá por escrito.

2. En cualquier estado del proceso, cuando las partes o sus apoderados de común acuerdo lo soliciten, sea por iniciativa propia o por sugerencia del juez. Si la solicitud se presenta en el transcurso de una audiencia, se dará traslado para alegar dentro de ella. Si se hace por escrito, las partes podrán allegar con la petición sus alegatos de conclusión, de lo cual se dará traslado por diez (10) días comunes al Ministerio Público y demás intervinientes. El juzgador rechazará la solicitud cuando advierta fraude o colusión. Si en el proceso intervienen litisconsortes necesarios, la petición, deberá realizarse conjuntamente con estos. Con la aceptación de esta petición por parte del juez, se entenderán desistidos los recursos que hubieren formulado los peticionarios contra decisiones interlocutorias que estén pendientes de tramitar o resolver.

3. En la segunda etapa del proceso prevista en el artículo 179 de la Ley 1437 de 2011, cuando encuentre probada la cosa juzgada, la transacción, la conciliación, la caducidad, la prescripción extintiva y la falta de legitimación en la causa. La sentencia se dictará oralmente en audiencia o se proferirá por escrito. En este caso no se correrá traslado para alegar.

4. En caso de allanamiento de conformidad con el artículo 176 de la Ley 1437 de 2011.

Descendiendo al caso concreto se advierte que la parte actora aportó con la demanda prueba documental visible de folios 21 a 38 del cuaderno principal; todo lo cual habrá de incorporarse al proceso hasta donde la ley lo permita.

La parte actora solicitó oficiar a la entidad territorial para que ésta aportara el expediente administrativo.

Ahora bien, este Despacho considera que la citada prueba documental es innecesaria, teniendo en cuenta que lo requerido ya obra en el expediente, según se observa a folios 21 a 38 del cuaderno principal

Así mismo la parte demandante solicitó como prueba se oficie al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para que aporte al proceso la constancia de pago de las cesantías reconocidas mediante las Resoluciones n° 5845-6 del 23 de junio de 2015 y n° 9156-6 del 24 de noviembre de 2017.

Respecto de esta prueba considera el despacho que la misma es innecesaria, por cuanto obra en el expediente certificado de Fiduprevisora en donde se certifica la fecha de pago de la suma reconocida por concepto de cesantías.

Respecto del certificado de pago de las cesantías reconocidas mediante Resolución 9156-6 del 24 de noviembre de 2017, considera el despacho que la misma es innecesaria teniendo en cuenta el contenido de la pretensión.

Por lo demás, la parte actora no solicitó de manera expresa el decreto y práctica de ninguna prueba adicional a las mencionadas anteriormente y a las allegadas con la demanda; al tiempo que el representante del Ministerio Público no hizo solicitud de pruebas y este Despacho no considera necesario decretar pruebas de oficio.

Al no haber entonces pruebas por decretar y practicar, es procedente dictar sentencia anticipada conforme lo prevé el numeral 1 del artículo 13 del Decreto Legislativo 806 de 2020, previo a lo cual se correrá traslado a las partes y al Ministerio Público para que presenten sus alegatos de conclusión y el respectivo concepto.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas,

RESUELVE

Primero. DIFIÉRASE la decisión de las excepciones propuestas por el Departamento de Caldas y que denominó “*FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA*”, “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY*”, “*BUENA FE*”, “*MALA FE PARTE DEMANDANTE*” y “*PRESCRIPCIÓN*”, para el momento de proferir sentencia en el presente asunto.

Segundo. INCORPÓRASE la prueba documental aportada por las partes, hasta donde la ley lo permita.

Tercero. NIÉGASE por innecesaria la prueba documental solicitada por la parte demandante.

Cuarto. CÓRRASE traslado a las partes y al Ministerio Público para que dentro del término de diez (10) días siguientes a la notificación de esta providencia, presenten sus alegatos de conclusión y el respectivo concepto.

Quinto. Ejecutoriada esta providencia, REGRESE inmediatamente el expediente a este Despacho para proferir la sentencia anticipada que en derecho corresponda.

Sexto. ADVIÉRTESE a las partes que todo memorial debe ser allegado únicamente al correo dispuesto para tal fin, esto es, a la cuenta sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co. Cualquier documento enviado a otra dirección de correo, se tendrá por no presentado.

Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

No. 97
FECHA: 4 de agosto de 2020



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.I.: 194

Asunto:	Corre traslado para alegar de conclusión
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-23-33-000-2018-00189-00
Demandantes:	Orfa Elena Betancur Arias
Demandada:	Nación -Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento de Caldas

Manizales, tres (3) de agosto de dos mil veinte (2020).

ASUNTO

Encontrándose a Despacho el proceso de la referencia pendiente de convocar a las partes a audiencia inicial, procede el suscrito Magistrado a pronunciarse en relación con las excepciones propuestas, las pruebas solicitadas por la parte demandante, así como la posibilidad de dictar sentencia anticipada en el presente asunto. Lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto Legislativo 806 de 2020.

ANTECEDENTES

El 9 de abril de 2018, fue interpuesto el medio de control de la referencia (fls. 2 a 19, C.1), con el fin de obtener la declaratoria de nulidad de la Resolución nº 9022-6 del 23 de noviembre de 2017, con la cual, se negó el reconocimiento y pago de la sanción por mora del ajuste de la cesantía definitiva a favor de la parte actora.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, la parte actora solicitó se ordene a las entidades demandadas reconocer y pagar la sanción por mora establecida en las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 en suma equivalente a un (1) día de salario por cada día de retardo contados desde los 70 días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud de las cesantías definitivas hasta cuando se hizo efectivo el pago de la totalidad de las cesantías reconocidas a la parte demandante.

El conocimiento del asunto correspondió por reparto a este Despacho, quien inadmitió la demanda por auto del 21 de enero de 2019 (fls. 42, C.1); y una vez ésta fue corregida, se admitió con auto del 8 de marzo de 2019 (fls. 61 y 62, ibídem).

Surtido el trámite procesal correspondiente, el Departamento de Caldas contestó la demanda de manera oportuna, según se evidencia en la constancia secretarial obrante a folio 86 del expediente.

Con la contestación de la demanda, la parte accionada propuso excepciones (fls. 77 a 82, C.1); de las que se corrió el traslado correspondiente (fls. 83 y 84, ibídem), y frente a las cuales la parte demandante no se pronunció.

El 2 de septiembre de 2019, el proceso ingresó a Despacho para convocar a audiencia inicial (fl. 86, C.1).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

El artículo 12 del Decreto Legislativo 806 de 2020, con el cual el Gobierno Nacional adoptó medidas para agilizar los procesos judiciales, previó lo siguiente en relación con la decisión de excepciones en los asuntos de conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo:

Artículo 12. Resolución de excepciones en la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. De las excepciones presentadas se correrá traslado por el término de tres (3) días en la forma regulada en el artículo 110 del Código General del Proceso, o el que lo sustituya. En este término, la parte demandante podrá pronunciarse sobre ellas y, si fuere el caso, subsanar los defectos anotados en las excepciones previas.

Las excepciones previas se formularán y decidirán según lo regulado en los artículos 100, 101 Y 102 del Código General del Proceso. Cuando se requiera la práctica de pruebas a que se refiere el inciso segundo del artículo 101 del citado código, el juzgador las decretará en el auto que cita a la audiencia inicial, y en el curso de esta las practicará. Allí mismo, resolverá las excepciones previas que requirieron pruebas y estén pendientes de decisión.

Las excepciones de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva, se tramitarán y decidirán en los términos señalados anteriormente.

La providencia que resuelva las excepciones mencionadas deberá ser adoptada en primera instancia por el juez, subsección, sección o sala de conocimiento. Contra esta decisión procederá el recurso apelación, el cual será resuelto por la subsección, sección o sala del tribunal o Consejo de Estado. Cuando esta decisión

se profiera en única instancia por los tribunales y Consejo de Estado se decidirá por el magistrado ponente y será suplicable.

Revisado este expediente, se observa que no hay excepciones previas o mixtas por resolver, teniendo en cuenta que el Departamento de Caldas propuso los medios exceptivos de **"FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA"**, **"INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY"**, **"BUENA FE"**, **"MALA FE PARTE DEMANDANTE"** y **"PRESCRIPCIÓN"**, todas las cuales –atendiendo a las razones que las fundamentan– corresponden en estricto sentido a excepciones de mérito que habrán de ser decididas al resolver el fondo de la controversia.

En efecto, respecto del medio de defensa denominado **"FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA"** corresponde a un debate relativo a la legitimación material en la causa, en tanto se alega la ausencia de participación o responsabilidad en la pretensión económica que se demanda; lo cual debe ser resuelto al decidir el fondo de la controversia y no en esta etapa procesal.

Respecto de la excepción de **"PRESCRIPCIÓN"**, se indica que el mencionado medio de defensa está relacionado directamente con la cuestión litigiosa, por lo que su análisis también habrá de realizarse con el fondo de la controversia.

En este sentido, las excepciones propuestas no sólo guardan relación directa con la cuestión litigiosa, sino que además no aparecen enlistadas en el numeral 6 del artículo 180 del CPACA ni en el artículo 100 del Código General del Proceso – CGP.

Sobre la petición de pruebas y la posibilidad de dictar sentencia anticipada en este asunto

De otro lado, el artículo 13 del citado decreto legislativo, estableció igualmente la posibilidad de proferir sentencia anticipada en los asuntos de conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en los siguientes términos:

Artículo 13. Sentencia anticipada en lo contencioso administrativo. El juzgador deberá dictar sentencia anticipada:

- 1. Antes de la audiencia inicial, cuando se trate de asuntos de puro derecho o no fuere necesario practicar pruebas, caso en el cual correrá traslado para alegar por escrito, en la forma prevista en el inciso final del artículo 181 de la Ley 1437 de 2011 y la sentencia se proferirá por escrito.*

2. En cualquier estado del proceso, cuando las partes o sus apoderados de común acuerdo lo soliciten, sea por iniciativa propia o por sugerencia del juez. Si la solicitud se presenta en el transcurso de una audiencia, se dará traslado para alegar dentro de ella. Si se hace por escrito, las partes podrán allegar con la petición sus alegatos de conclusión, de lo cual se dará traslado por diez (10) días comunes al Ministerio Público y demás intervinientes. El juzgador rechazará la solicitud cuando advierta fraude o colusión. Si en el proceso intervienen litisconsortes necesarios, la petición, deberá realizarse conjuntamente con estos. Con la aceptación de esta petición por parte del juez, se entenderán desistidos los recursos que hubieren formulado los peticionarios contra decisiones interlocutorias que estén pendientes de tramitar o resolver.

3. En la segunda etapa del proceso prevista en el artículo 179 de la Ley 1437 de 2011, cuando encuentre probada la cosa juzgada, la transacción, la conciliación, la caducidad, la prescripción extintiva y la falta de legitimación en la causa. La sentencia se dictará oralmente en audiencia o se proferirá por escrito. En este caso no se correrá traslado para alegar.

4. En caso de allanamiento de conformidad con el artículo 176 de la Ley 1437 de 2011.

Descendiendo al caso concreto se advierte que la parte actora aportó con la demanda prueba documental visible de folios 20 a 39 del cuaderno principal; todo lo cual habrá de incorporarse al proceso hasta donde la ley lo permita.

La parte actora solicitó oficiar a la entidad territorial para que ésta aportara el expediente administrativo.

Ahora bien, este Despacho considera que la citada prueba documental es innecesaria, teniendo en cuenta que lo requerido ya obra en el expediente, según se observa a folios 20 a 39 del cuaderno principal

Así mismo, la parte demandante solicitó como prueba, que se oficie al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para que aporte al proceso la constancia de pago de las cesantías reconocidas mediante las Resoluciones n° 7853-6 del 13 de noviembre de 2014 y n° 9022-6 del 13 de noviembre de 2014.

Respecto de esta prueba considera el despacho que la misma es innecesaria, por cuanto obra en el expediente certificado de Fiduprevisora y del banco BBVA en donde se certifica la fecha de pago de la suma reconocida por concepto de cesantías.

Respecto del certificado de pago de las cesantías reconocidas mediante Resolución 9022-6 de 2017, considera el despacho que la misma es innecesaria teniendo en cuenta el contenido de la pretensión.

Por lo demás, la parte actora no solicitó de manera expresa el decreto y práctica de ninguna prueba adicional a las mencionadas anteriormente y a las allegadas con la demanda; al tiempo que el representante del Ministerio Público no hizo solicitud de pruebas y este Despacho no considera necesario decretar pruebas de oficio.

Al no haber entonces pruebas por decretar y practicar, es procedente dictar sentencia anticipada conforme lo prevé el numeral 1 del artículo 13 del Decreto Legislativo 806 de 2020, previo a lo cual se correrá traslado a las partes y al Ministerio Público para que presenten sus alegatos de conclusión y el respectivo concepto.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas,

RESUELVE

Primero. DIFIÉRASE la **decisión** de las excepciones propuestas por el Departamento de Caldas y que denominó *“FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”, “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY”, “BUENA FE”, “MALA FE PARTE DEMANDANTE” y “PRESCRIPCIÓN”*, para el momento de proferir sentencia en el presente asunto.

Segundo. INCORPÓRASE la prueba documental aportada por las partes, hasta donde la ley lo permita.


Tercero. NIÉGASE **por innecesaria** la prueba documental solicitada por la parte demandante.

Cuarto. CÓRRASE **traslado** a las partes y al Ministerio Público para que dentro del término de diez (10) días siguientes a la notificación de esta providencia, presenten sus alegatos de conclusión y el respectivo concepto.

Quinto. Ejecutoriada esta providencia, **REGRESE** inmediatamente el expediente a este Despacho para proferir la sentencia anticipada que en derecho corresponda.

Sexto. **ADVIÉRTESE** a las partes que todo memorial debe ser allegado únicamente al correo dispuesto para tal fin, esto es, a la cuenta sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co. Cualquier documento enviado a otra dirección de correo, se tendrá por no presentado.

Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

<p>TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS</p> <p><u>NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO</u></p> <p>No. 97</p> <p>FECHA: 4 de agosto de 2020</p>  <p>HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA Secretario</p>
--



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.S.: 081

Asunto:	Corre traslado para alegar de conclusión
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-23-33-000-2018-00299-00
Demandante:	Faustino Rivera Peña
Demandada:	Nación – Rama Judicial – Fiscalía General de la Nación

Manizales, tres (3) de agosto de dos mil veinte (2020).

Se encuentra a Despacho el proceso de la referencia pendiente de convocar a las partes a audiencia inicial.

El Gobierno Nacional profirió Decreto Legislativo 806 de 2020, con el cual adoptó medidas para agilizar los procesos judiciales.

Los artículos 12 y 13 del citado decreto previeron lo siguiente en relación con la decisión de excepciones y la posibilidad de proferir sentencia anticipada en los asuntos de conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo:

Artículo 12. Resolución de excepciones en la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. De las excepciones presentadas se correrá traslado por el término de tres (3) días en la forma regulada en el artículo 110 del Código General del Proceso, o el que lo sustituya. En este término, la parte demandante podrá pronunciarse sobre ellas y, si fuere el caso, subsanar los defectos anotados en las excepciones previas.

Las excepciones previas se formularán y decidirán según lo regulado en los artículos 100, 101 Y 102 del Código General del Proceso. Cuando se requiera la práctica de pruebas a que se refiere el inciso segundo del artículo 101 del citado código, el juzgador las decretará en el auto que cita a la audiencia inicial, y en el curso de esta las practicará. Allí mismo, resolverá las excepciones previas que requirieron pruebas y estén pendientes de decisión.

Las excepciones de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva, se tramitarán y decidirán en los términos señalados anteriormente.

La providencia que resuelva las excepciones mencionadas deberá ser adoptada en primera instancia por el juez, subsección, sección o sala de conocimiento. Contra esta decisión procederá el recurso apelación, el cual será resuelto por la subsección, sección o sala del tribunal o Consejo de Estado. Cuando esta decisión se profiera en única instancia por los tribunales y Consejo de Estado se decidirá por el magistrado ponente y será suplicable.

Artículo 13. Sentencia anticipada en lo contencioso administrativo. *El juzgador deberá dictar sentencia anticipada:*

1. Antes de la audiencia inicial, cuando se trate de asuntos de puro derecho o no fuere necesario practicar pruebas, caso en el cual correrá traslado para alegar por escrito, en la forma prevista en el inciso final del artículo 181 de la Ley 1437 de 2011 y la sentencia se proferirá por escrito.

2. En cualquier estado del proceso, cuando las partes o sus apoderados de común acuerdo lo soliciten, sea por iniciativa propia o por sugerencia del juez. Si la solicitud se presenta en el transcurso de una audiencia, se dará traslado para alegar dentro de ella. Si se hace por escrito, las partes podrán allegar con la petición sus alegatos de conclusión, de lo cual se dará traslado por diez (10) días comunes al Ministerio Público y demás intervinientes. El juzgador rechazará la solicitud cuando advierta fraude o colusión. Si en el proceso intervienen litisconsortes necesarios, la petición, deberá realizarse conjuntamente con estos. Con la aceptación de esta petición por parte del juez, se entenderán desistidos los recursos que hubieren formulado los peticionarios contra decisiones interlocutorias que estén pendientes de tramitar o resolver.

3. En la segunda etapa del proceso prevista en el artículo 179 de la Ley 1437 de 2011, cuando encuentre probada la cosa juzgada, la transacción, la conciliación, la caducidad, la prescripción extintiva y la falta de legitimación en la causa. La sentencia se dictará oralmente en audiencia o se proferirá por escrito. En este caso no se correrá traslado para alegar.

4. En caso de allanamiento de conformidad con el artículo 176 de la Ley 1437 de 2011.

Revisado este expediente, se observa que no hay excepciones previas o mixtas por resolver, teniendo en cuenta que la parte demandada propuso el medio exceptivo que denominó “**GENERICA** (sic)” (fl. 224 vuelto, C.1A), el cual –atendiendo a las razones que lo fundamentan– corresponde en estricto sentido a una excepción de mérito que habrá de ser decidida al resolver el fondo de la controversia, pues no sólo guarda relación directa con la cuestión litigiosa, sino que además no aparece enlistada en el numeral 6 del artículo 180 del CPACA ni en el artículo 100 del Código General del Proceso –CGP.

De otro lado, se advierte que la parte actora aportó con la demanda y la reforma a la misma, prueba documental visible de folios 19 a 42, 68 a 103 y 226 del cuaderno principal; mientras que la entidad accionada allegó copia de la actuación administrativa que obra de folios 134 a 145 del expediente; todo lo cual **SE INCORPORA** al proceso hasta donde la ley lo permita.


La parte actora y la accionada no solicitaron de manera expresa el decreto y práctica de ninguna prueba adicional a las allegadas con la demanda y la contestación a la misma; al tiempo que el representante del Ministerio Público no hizo solicitud de pruebas y este Despacho no considera necesario decretar pruebas de oficio.

Al no haber entonces pruebas por decretar y practicar, es procedente dictar sentencia anticipada conforme lo prevé el numeral 1 del artículo 12 del Decreto Legislativo 806 de 2020, previo a lo cual **SE CORRE traslado** a las partes y al Ministerio Público para que dentro del término de diez (10) días siguientes a la notificación de esta providencia, presenten sus alegatos de conclusión y el respectivo concepto.

Surtido lo anterior, **REGRESE** inmediatamente el expediente a Despacho para proferir la sentencia anticipada que en derecho corresponda.

Se advierte a las partes que todo memorial debe ser allegado únicamente al correo dispuesto para tal fin, esto es, a la cuenta sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co. Cualquier documento enviado a otra dirección de correo, se tendrá por no presentado.

Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

No. 97
FECHA: 4 de agosto de 2020

A handwritten signature in green ink, consisting of several vertical strokes and a horizontal base, positioned above the name of the secretary.

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.I.: 198

Asunto:	Corre traslado para alegar de conclusión
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-23-33-000-2018-00430-00
Demandantes:	Lucelly Molina Jaramillo
Demandada:	Nación -Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento de Caldas

Manizales, tres (3) de agosto de dos mil veinte (2020).

ASUNTO

Encontrándose a Despacho el proceso de la referencia pendiente de convocar a las partes a audiencia inicial, procede el suscrito Magistrado a pronunciarse en relación con las excepciones propuestas, las pruebas solicitadas por la parte demandante, así como la posibilidad de dictar sentencia anticipada en el presente asunto. Lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto Legislativo 806 de 2020.

ANTECEDENTES

El 21 de agosto de 2018, fue interpuesto el medio de control de la referencia (fls. 2 a 19, C.1), con el fin de obtener la declaratoria de nulidad de la Resolución nº 3851-6 del 26 de abril de 2018, con la cual, se negó el reconocimiento y pago de la sanción por mora del ajuste de la cesantía definitiva a favor de la parte actora.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, la parte actora solicitó se ordene a las entidades demandadas reconocer y pagar la sanción por mora establecida en las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 en suma equivalente a un (1) día de salario por cada día de retardo contados desde los 70 días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud de las cesantías definitivas hasta cuando se hizo efectivo el pago de la totalidad de las cesantías reconocidas a la parte demandante.

El conocimiento del asunto correspondió por reparto a este Despacho, el cual admitió la demanda por auto del 6 de febrero de 2019 (fls. 39, ibídem).

Surtido el trámite procesal correspondiente, el Departamento de Caldas contestó la demanda de manera oportuna, según se evidencia en la constancia secretarial obrante a folio 73 del expediente.

En el mencionado documento se indicó que la Nación contestó la demanda de manera extemporánea.

Con la contestación de la demanda, el Departamento de Caldas propuso excepciones (fls. 52 vuelto a 54 vuelto, C.1), de las que se corrió el traslado correspondiente (fls. 70 y 71, ibídem), y frente a las cuales la parte demandante no se pronunció.

El 22 de agosto de 2019, el proceso ingresó a Despacho para convocar a audiencia inicial (fl. 73, C.1).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

El artículo 12 del Decreto Legislativo 806 de 2020, con el cual el Gobierno Nacional adoptó medidas para agilizar los procesos judiciales, previó lo siguiente en relación con la decisión de excepciones en los asuntos de conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo:

Artículo 12. Resolución de excepciones en la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. De las excepciones presentadas se correrá traslado por el término de tres (3) días en la forma regulada en el artículo 110 del Código General del Proceso, o el que lo sustituya. En este término, la parte demandante podrá pronunciarse sobre ellas y, si fuere el caso, subsanar los defectos anotados en las excepciones previas.

Las excepciones previas se formularán y decidirán según lo regulado en los artículos 100, 101 Y 102 del Código General del Proceso. Cuando se requiera la práctica de pruebas a que se refiere el inciso segundo del artículo 101 del citado código, el juzgador las decretará en el auto que cita a la audiencia inicial, y en el curso de esta las practicará. Allí mismo, resolverá las excepciones previas que requirieron pruebas y estén pendientes de decisión.

Las excepciones de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva, se tramitarán y decidirán en los términos señalados anteriormente.

La providencia que resuelva las excepciones mencionadas deberá ser adoptada en primera instancia por el juez, subsección, sección o sala de conocimiento. Contra

esta decisión procederá el recurso apelación, el cual será resuelto por la subsección, sección o sala del tribunal o Consejo de Estado. Cuando esta decisión se profiera en única instancia por los tribunales y Consejo de Estado se decidirá por el magistrado ponente y será suplicable.

Revisado este expediente, se observa que no hay excepciones previas o mixtas por resolver, teniendo en cuenta que el Departamento de Caldas propuso los medios exceptivos de **"FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA"**, **"INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY"**, **"BUENA FE"** y **"PRESCRIPCIÓN"**, todas las cuales – atendiendo a las razones que las fundamentan– corresponden en estricto sentido a excepciones de mérito que habrán de ser decididas al resolver el fondo de la controversia.

En efecto, respecto del medio de defensa denominado **"FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA"**, corresponde a un debate relativo a la legitimación material en la causa, en tanto se alega la ausencia de participación o responsabilidad en la pretensión económica que se demanda; lo cual debe ser resuelto al decidir el fondo de la controversia y no en esta etapa procesal.

Respecto de la excepción de **"PRESCRIPCIÓN"**, se indica que el mencionado medio de defensa está relacionado directamente con la cuestión litigiosa, por lo que su análisis también habrá de realizarse con el fondo de la controversia.

En este sentido, las excepciones propuestas no sólo guardan relación directa con la cuestión litigiosa, sino que además no aparecen enlistadas en el numeral 6 del artículo 180 del CPACA ni en el artículo 100 del Código General del Proceso – CGP.

Sobre la petición de pruebas y la posibilidad de dictar sentencia anticipada en este asunto

De otro lado, el artículo 13 del citado decreto legislativo, estableció igualmente la posibilidad de proferir sentencia anticipada en los asuntos de conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en los siguientes términos:

Artículo 13. Sentencia anticipada en lo contencioso administrativo. El juzgador deberá dictar sentencia anticipada:

1. Antes de la audiencia inicial, cuando se trate de asuntos de puro derecho o no fuere necesario practicar pruebas, caso en el cual correrá traslado para alegar por escrito, en la forma prevista en el inciso final del artículo 181 de la Ley 1437 de

2011 y la sentencia se proferirá por escrito.

2. En cualquier estado del proceso, cuando las partes o sus apoderados de común acuerdo lo soliciten, sea por iniciativa propia o por sugerencia del juez. Si la solicitud se presenta en el transcurso de una audiencia, se dará traslado para alegar dentro de ella. Si se hace por escrito, las partes podrán allegar con la petición sus alegatos de conclusión, de lo cual se dará traslado por diez (10) días comunes al Ministerio Público y demás intervinientes. El juzgador rechazará la solicitud cuando advierta fraude o colusión. Si en el proceso intervienen litisconsortes necesarios, la petición, deberá realizarse conjuntamente con estos. Con la aceptación de esta petición por parte del juez, se entenderán desistidos los recursos que hubieren formulado los peticionarios contra decisiones interlocutorias que estén pendientes de tramitar o resolver.

3. En la segunda etapa del proceso prevista en el artículo 179 de la Ley 1437 de 2011, cuando encuentre probada la cosa juzgada, la transacción, la conciliación, la caducidad, la prescripción extintiva y la falta de legitimación en la causa. La sentencia se dictará oralmente en audiencia o se proferirá por escrito. En este caso no se correrá traslado para alegar.

4. En caso de allanamiento de conformidad con el artículo 176 de la Ley 1437 de 2011.

Descendiendo al caso concreto se advierte que la parte actora aportó con la demanda prueba documental visible de folios 20 a 37 del cuaderno principal, todo lo cual habrá de incorporarse al proceso hasta donde la ley lo permita.

La parte actora solicitó oficiar a la entidad territorial para que ésta aportara el expediente administrativo.

Ahora bien, este Despacho considera que la citada prueba documental es innecesaria, teniendo en cuenta que lo requerido ya obra en el expediente, según se observa a folios 20 a 37 del cuaderno principal

Así mismo, la parte demandante solicitó como prueba, que se oficie al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para que aporte al proceso la constancia de pago de las cesantías reconocidas mediante las Resoluciones n° 3851-6 del 26 de abril de 2018 y n° 3197-6 del 17 de abril de 2015.

Respecto de esta prueba considera el Despacho que es innecesaria, por cuanto obra en el expediente constancia de Fiduprevisora en donde se certifica la fecha de pago de la suma reconocida por concepto de cesantías.

En relación con el certificado de pago de las cesantías reconocidas mediante Resolución 3851-6 de 2018, considera el Despacho que la misma es innecesaria teniendo en cuenta el contenido de la pretensión.

Por lo demás, la parte actora no solicitó de manera expresa el decreto y práctica de ninguna prueba adicional a las mencionadas anteriormente y a las allegadas con la demanda; al tiempo que el representante del Ministerio Público no hizo solicitud de pruebas y este Despacho no considera necesario decretar pruebas de oficio.

Al no haber entonces pruebas por decretar y practicar, es procedente dictar sentencia anticipada conforme lo prevé el numeral 1 del artículo 13 del Decreto Legislativo 806 de 2020, previo a lo cual se correrá traslado a las partes y al Ministerio Público para que presenten sus alegatos de conclusión y el respectivo concepto.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas,

RESUELVE

Primero. DIFIÉRASE la **decisión** de las excepciones propuestas por el Departamento de Caldas y que denominó **“FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”, “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY”, “BUENA FE” y “PRESCRIPCIÓN”**, para el momento de proferir sentencia en el presente asunto.

Segundo. INCORPÓRASE la prueba documental aportada por las partes, hasta donde la ley lo permita.

Tercero. NIÉGASE **por innecesaria** la prueba documental solicitada por la parte demandante.

Cuarto. CÓRRASE **traslado** a las partes y al Ministerio Público para que dentro del término de diez (10) días siguientes a la notificación de esta providencia, presenten sus alegatos de conclusión y el respectivo concepto.

Quinto. Ejecutoriada esta providencia, **REGRESE** inmediatamente el expediente a este Despacho para proferir la sentencia anticipada que en derecho corresponda.

Sexto. ADVIÉRTESE a las partes que todo memorial debe ser allegado únicamente al correo dispuesto para tal fin, esto es, a la cuenta

sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co. Cualquier documento enviado a otra dirección de correo, se tendrá por no presentado.

Notifíquese y cúmplase



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

<p>TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS</p> <p><u>NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO</u></p> <p>No. 97 FECHA: 4 de agosto de 2020</p>  <p>HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA Secretario</p>



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.I.: 195

Asunto:	Corre traslado para alegar de conclusión
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-23-33-000-2018-00432-00
Demandantes:	María Elsa Cortés Osorio
Demandada:	Nación -Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento de Caldas

Manizales, tres (3) de agosto de dos mil veinte (2020).

ASUNTO

Encontrándose a Despacho el proceso de la referencia pendiente de convocar a las partes a audiencia inicial, procede el suscrito Magistrado a pronunciarse en relación con las excepciones propuestas, las pruebas solicitadas por la parte demandante, así como la posibilidad de dictar sentencia anticipada en el presente asunto. Lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto Legislativo 806 de 2020.

ANTECEDENTES

El 21 de agosto de 2018, fue interpuesto el medio de control de la referencia (fls. 2 a 18, C.1), con el fin de obtener la declaratoria de nulidad de la Resolución nº 3943-6 del 27 de abril de 2018, con la cual, se negó el reconocimiento y pago de la sanción por mora del ajuste de la cesantía definitiva a favor de la parte actora.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, la parte actora solicitó se ordene a las entidades demandadas reconocer y pagar la sanción por mora establecida en las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 en suma equivalente a un (1) día de salario por cada día de retardo contados desde los 70 días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud de las cesantías definitivas hasta cuando se hizo efectivo el pago de la totalidad de

las cesantías reconocidas a la parte demandante.

El conocimiento del asunto correspondió por reparto a este Despacho, quien admitió la demanda con auto del 6 de febrero de 2019 (fl. 38).

Surtido el trámite procesal correspondiente, las entidades demandadas contestaron la demanda de manera oportuna, según se evidencia en la constancia secretarial obrante a folio 80 del expediente.

Con la contestación de la demanda, la parte accionada propuso excepciones (fls. 53 vuelto a 54 y 69 vuelto a 71 vuelto, C.1); de las que se corrió el traslado correspondiente (fls. 76 y 77, *ibídem*), y frente a las cuales la parte demandante no se pronunció.

El 22 de agosto de 2019, el proceso ingresó a Despacho para convocar a audiencia inicial (fl. 80, C.1).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

El artículo 12 del Decreto Legislativo 806 de 2020, con el cual el Gobierno Nacional adoptó medidas para agilizar los procesos judiciales, previó lo siguiente en relación con la decisión de excepciones en los asuntos de conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo:

Artículo 12. Resolución de excepciones en la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. De las excepciones presentadas se correrá traslado por el término de tres (3) días en la forma regulada en el artículo 110 del Código General del Proceso, o el que lo sustituya. En este término, la parte demandante podrá pronunciarse sobre ellas y, si fuere el caso, subsanar los defectos anotados en las excepciones previas.

Las excepciones previas se formularán y decidirán según lo regulado en los artículos 100, 101 Y 102 del Código General del Proceso. Cuando se requiera la práctica de pruebas a que se refiere el inciso segundo del artículo 101 del citado código, el juzgador las decretará en el auto que cita a la audiencia inicial, y en el curso de esta las practicará. Allí mismo, resolverá las excepciones previas que requirieron pruebas y estén pendientes de decisión.

Las excepciones de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva, se tramitarán y decidirán en los términos señalados anteriormente.

La providencia que resuelva las excepciones mencionadas deberá ser adoptada en primera instancia por el juez, subsección, sección o sala de conocimiento. Contra esta decisión procederá el recurso apelación, el cual será resuelto por la

subsección, sección o sala del tribunal o Consejo de Estado. Cuando esta decisión se profiera en única instancia por los tribunales y Consejo de Estado se decidirá por el magistrado ponente y será suplicable.

Revisado este expediente, se observa que no hay excepciones previas o mixtas por resolver, teniendo en cuenta que la Nación formuló como medios exceptivos los de *"INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO"* y *"RECONOCIMIENTO OFICIOSO O GENÉRICA"*; y el Departamento de Caldas propuso los de *"FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA"*, *"INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY"* *"BUENA FE"* y *"PRESCRIPCIÓN"*, todas las cuales –atendiendo a las razones que las fundamentan– corresponden en estricto sentido a excepciones de mérito que habrán de ser decididas al resolver el fondo de la controversia.

En efecto, respecto del medio de defensa denominado *"FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA"* corresponde a un debate relativo a la legitimación material en la causa, en tanto se alega la ausencia de participación o responsabilidad en la pretensión económica que se demanda; lo cual debe ser resuelto al decidir el fondo de la controversia y no en esta etapa procesal.

Respecto de la excepción de *"PRESCRIPCIÓN"*, se indica que el mencionado medio de defensa está relacionado directamente con la cuestión litigiosa, por lo que su análisis también habrá de realizarse con el fondo de la controversia.

En este sentido, las excepciones propuestas no sólo guardan relación directa con la cuestión litigiosa, sino que además no aparecen enlistadas en el numeral 6 del artículo 180 del CPACA ni en el artículo 100 del Código General del Proceso – CGP.

Sobre la petición de pruebas y la posibilidad de dictar sentencia anticipada en este asunto

De otro lado, el artículo 13 del citado decreto legislativo, estableció igualmente la posibilidad de proferir sentencia anticipada en los asuntos de conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en los siguientes términos:

Artículo 13. Sentencia anticipada en lo contencioso administrativo. El juzgador deberá dictar sentencia anticipada:

1. Antes de la audiencia inicial, cuando se trate de asuntos de puro derecho o no fuere necesario practicar pruebas, caso en el cual correrá traslado para alegar por

escrito, en la forma prevista en el inciso final del artículo 181 de la Ley 1437 de 2011 y la sentencia se proferirá por escrito.

2. En cualquier estado del proceso, cuando las partes o sus apoderados de común acuerdo lo soliciten, sea por iniciativa propia o por sugerencia del juez. Si la solicitud se presenta en el transcurso de una audiencia, se dará traslado para alegar dentro de ella. Si se hace por escrito, las partes podrán allegar con la petición sus alegatos de conclusión, de lo cual se dará traslado por diez (10) días comunes al Ministerio Público y demás intervinientes. El juzgador rechazará la solicitud cuando advierta fraude o colusión. Si en el proceso intervienen litisconsortes necesarios, la petición, deberá realizarse conjuntamente con estos. Con la aceptación de esta petición por parte del juez, se entenderán desistidos los recursos que hubieren formulado los peticionarios contra decisiones interlocutorias que estén pendientes de tramitar o resolver.

3. En la segunda etapa del proceso prevista en el artículo 179 de la Ley 1437 de 2011, cuando encuentre probada la cosa juzgada, la transacción, la conciliación, la caducidad, la prescripción extintiva y la falta de legitimación en la causa. La sentencia se dictará oralmente en audiencia o se proferirá por escrito. En este caso no se correrá traslado para alegar.

4. En caso de allanamiento de conformidad con el artículo 176 de la Ley 1437 de 2011.

Descendiendo al caso concreto se advierte que la parte actora aportó con la demanda prueba documental visible de folios 19 a 36 del cuaderno principal; todo lo cual habrá de incorporarse al proceso hasta donde la ley lo permita.

Tanto la parte actora como la Nación-Ministerio de Educación Nacional solicitaron oficiar a la entidad territorial para que ésta aportara el expediente administrativo.

Ahora bien, este Despacho considera que la citada prueba documental es innecesaria, teniendo en cuenta que lo requerido ya obra en el expediente, según se observa a folios 19 y 36 del cuaderno principal

Así mismo la parte demandante solicitó como prueba se oficie al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para que aporte al proceso la constancia de pago de las cesantías reconocidas mediante las Resoluciones n° 4378-6 del 27 de mayo de 2015 y n° 3943-6 del 27 de abril de 2018.

Respecto de esta prueba considera el despacho que la misma es innecesaria, por cuanto obra en el expediente certificado de Fiduprevisora en donde se certifica la fecha de pago de la suma reconocida por concepto de cesantías.

Respecto del certificado de pago de las cesantías reconocidas mediante Resolución 3943-6 de 2018, considera el despacho que la misma es innecesaria teniendo en cuenta el contenido de la pretensión.

Por lo demás, la parte actora no solicitó de manera expresa el decreto y práctica de ninguna prueba adicional a las mencionadas anteriormente y a las allegadas con la demanda; al tiempo que el representante del Ministerio Público no hizo solicitud de pruebas y este Despacho no considera necesario decretar pruebas de oficio.

Al no haber entonces pruebas por decretar y practicar, es procedente dictar sentencia anticipada conforme lo prevé el numeral 1 del artículo 13 del Decreto Legislativo 806 de 2020, previo a lo cual se correrá traslado a las partes y al Ministerio Público para que presenten sus alegatos de conclusión y el respectivo concepto.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas,

RESUELVE

Primero. DIFIÉRASE la **decisión** de las excepciones propuestas por la Nación-Ministerio de Educación Nacional y que denominó **“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO”** y **“RECONOCIMIENTO OFICIOSO O GENÉRICA”**; así como las propuestas por el Departamento de Caldas y que designó como **“FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”**, **“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY”** **“BUENA FE y “PRESCRIPCIÓN”**, para el momento de proferir sentencia en el presente asunto.

Segundo. INCORPÓRASE la prueba documental aportada por las partes, hasta donde la ley lo permita.


Tercero. NIÉGASE por **innecesaria** la prueba documental solicitada por la parte demandante.

Cuarto. CÓRRASE **traslado** a las partes y al Ministerio Público para que dentro del término de diez (10) días siguientes a la notificación de esta providencia, presenten sus alegatos de conclusión y el respectivo concepto.

Quinto. Ejecutoriada esta providencia, **REGRESE** inmediatamente el expediente a este Despacho para proferir la sentencia anticipada que en derecho corresponda.

Sexto. **ADVIÉRTESE** a las partes que todo memorial debe ser allegado únicamente al correo dispuesto para tal fin, esto es, a la cuenta sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co. Cualquier documento enviado a otra dirección de correo, se tendrá por no presentado.

Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

<p>TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS</p> <p><u>NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO</u></p> <p>No. 97</p> <p>FECHA: 4 de agosto de 2020</p>  <p>HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA Secretario</p>
--



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.I.: 199

Asunto:	Corre traslado para alegar de conclusión
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-23-33-000-2018-00467-00
Demandantes:	Ángela María Otálvaro Ramírez Laura Novoa Otálvaro
Demandada:	Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP

Manizales, tres (3) de agosto de dos mil veinte (2020).

ASUNTO

Encontrándose a Despacho el proceso de la referencia pendiente de convocar a las partes a audiencia inicial, procede el suscrito Magistrado a pronunciarse en relación con las excepciones propuestas, las pruebas solicitadas por la parte demandada, así como la posibilidad de dictar sentencia anticipada en el presente asunto. Lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto Legislativo 806 de 2020.

ANTECEDENTES

El 20 de septiembre de 2018, fue interpuesto el medio de control de la referencia (fls. 59 a 79, C.1), con el fin de obtener la declaratoria de nulidad de las Resoluciones nº RDP 008436 del 5 de marzo de 2018 y nº RDP 019320 del 29 de mayo de 2018, con las cuales, en su orden, se negó la reliquidación de la pensión de sobrevivientes y se confirmó tal negativa.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, la parte actora solicitó se ordene a la UGPP reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes en cuantía equivalente al 80% del monto que le hubiera correspondido al señor César Augusto Novoa Gallego en una pensión de vejez, incluyendo la totalidad de los factores salariales devengados por el causante en el año inmediatamente anterior a la fecha de su fallecimiento, esto es, en \$431.971,50. Lo anterior, de conformidad con el régimen prestacional especial de carrera que ostentaban los detectives del Departamento

Administrativo de Seguridad – DAS establecido en el Decreto 1933 de 1989.

Instó así mismo, entre otras pretensiones, a que se condene a la demandada a pagar debidamente indexadas las diferencias entre lo cancelado en virtud de la Resolución nº 010122 del 30 de mayo de 2000 y la sentencia que ponga fin al proceso.

El conocimiento del asunto correspondió por reparto a este Despacho, quien inadmitió la demanda por auto del 11 de febrero de 2019 (fls. 55 y 56, C.1); y una vez ésta fue corregida, se admitió con auto del 26 de marzo de 2019 (fls. 82 y 83, ibídem).

Surtido el trámite procesal correspondiente, la parte accionada contestó la demanda de manera oportuna, según se evidencia en la constancia secretarial obrante a folio 158 del cuaderno 1.

Con la contestación de la demanda, la parte accionada propuso excepciones (fls. 125 a 148, C.1); de las que se corrió el traslado correspondiente (fls. 150 y 151, ibídem), y frente a las cuales la parte demandante se pronunció (fls. 152 a 157, C.1).

El 18 de septiembre de 2019, el proceso ingresó a Despacho para convocar a audiencia inicial (fl. 158, C.1).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Sobre las excepciones propuestas

El artículo 12 del Decreto Legislativo 806 de 2020, con el cual el Gobierno Nacional adoptó medidas para agilizar los procesos judiciales, previó lo siguiente en relación con la decisión de excepciones en los asuntos de conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo:

Artículo 12. Resolución de excepciones en la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. De las excepciones presentadas se correrá traslado por el término de tres (3) días en la forma regulada en el artículo 110 del Código General del Proceso, o el que lo sustituya. En este término, la parte demandante podrá pronunciarse sobre ellas y, si fuere el caso, subsanar los defectos anotados en las excepciones previas.

Las excepciones previas se formularán y decidirán según lo regulado en los artículos 100, 101 Y 102 del Código General del Proceso. Cuando se requiera la práctica de pruebas a que se refiere el inciso segundo del artículo 101 del citado código, el juzgador las decretará en el auto que cita a la audiencia inicial, y en el

curso de esta las practicaré. Allí mismo, resolveré las excepciones previas que requirieron pruebas y estén pendientes de decisión.

Las excepciones de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva, se tramitarán y decidirán en los términos señalados anteriormente.

La providencia que resuelva las excepciones mencionadas deberá ser adoptada en primera instancia por el juez, subsección, sección o sala de conocimiento. Contra esta decisión procederá el recurso apelación, el cual será resuelto por la subsección, sección o sala del tribunal o Consejo de Estado. Cuando esta decisión se profiera en única instancia por los tribunales y Consejo de Estado se decidirá por el magistrado ponente y será suplicable.

Revisado este expediente, se observa que no hay excepciones previas o mixtas por resolver, teniendo en cuenta que la parte demandada propuso los medios exceptivos de **“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO”**, **“IRRETROACTIVIDAD”**, **“PRESCRIPCIÓN”** y **“LA GENÉRICA”** (fls. 125 a 148, C.1), todos los cuales –atendiendo a las razones que los fundamentan– corresponden en estricto sentido a excepciones de mérito que habrán de ser decididas al resolver el fondo de la controversia, pues no sólo guardan relación directa con la cuestión litigiosa, sino que además no aparecen enlistadas en el numeral 6 del artículo 180 del CPACA ni en el artículo 100 del Código General del Proceso – CGP.

Sobre la solicitud de pruebas y la posibilidad de dictar sentencia anticipada en este asunto

El artículo 13 del citado decreto legislativo, estableció igualmente la posibilidad de proferir sentencia anticipada en los asuntos de conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en los siguientes términos:

Artículo 13. Sentencia anticipada en lo contencioso administrativo. *El juzgador deberá dictar sentencia anticipada:*

- 1. Antes de la audiencia inicial, cuando se trate de asuntos de puro derecho o no fuere necesario practicar pruebas, caso en el cual correrá traslado para alegar por escrito, en la forma prevista en el inciso final del artículo 181 de la Ley 1437 de 2011 y la sentencia se proferirá por escrito.*
- 2. En cualquier estado del proceso, cuando las partes o sus apoderados de común acuerdo lo soliciten, sea por iniciativa propia o por sugerencia del juez. Si la solicitud se presenta en el transcurso de una audiencia, se dará traslado para alegar dentro de ella. Si se hace por escrito, las partes podrán allegar con la*

petición sus alegatos de conclusión, de lo cual se dará traslado por diez (10) días comunes al Ministerio Público y demás intervinientes. El juzgador rechazará la solicitud cuando advierta fraude o colusión. Si en el proceso intervienen litisconsortes necesarios, la petición, deberá realizarse conjuntamente con estos. Con la aceptación de esta petición por parte del juez, se entenderán desistidos los recursos que hubieren formulado los peticionarios contra decisiones interlocutorias que estén pendientes de tramitar o resolver.

3. En la segunda etapa del proceso prevista en el artículo 179 de la Ley 1437 de 2011, cuando encuentre probada la cosa juzgada, la transacción, la conciliación, la caducidad, la prescripción extintiva y la falta de legitimación en la causa. La sentencia se dictará oralmente en audiencia o se proferirá por escrito. En este caso no se correrá traslado para alegar.

4. En caso de allanamiento de conformidad con el artículo 176 de la Ley 1437 de 2011.

Descendiendo al caso concreto se advierte que la parte actora aportó con la demanda prueba documental visible de folios 22 a 53 del cuaderno principal; mientras que la entidad accionada allegó CD con el expediente administrativo que obra en el cuaderno 2 de la actuación; todo lo cual habrá de incorporarse al proceso hasta donde la ley lo permita.

La UGPP solicitó oficiar a la Dirección Nacional de Inteligencia Colombiana – antiguo DAS– para que ésta certificara la vinculación del señor César Augusto Novoa Gallego a la entidad, así como las cotizaciones hechas y los descuentos realizados por concepto de aportes a pensión durante los últimos diez años de servicio, discriminando cada uno de los factores sobre los que se cotizó.

Ahora bien, este Despacho considera que la citada prueba documental es innecesaria, teniendo en cuenta que lo requerido ya obra en el expediente, según se observa a folios 29 y 30 del cuaderno principal, así como en el CD obrante en el cuaderno 2 de la actuación, contenido del expediente administrativo (documentos 5 a 8 de la segunda carpeta y páginas 49, 81 a 86, 200 y 211 a 214 del PDF visible en la primera carpeta).

Por lo demás, la parte actora no solicitó de manera expresa el decreto y práctica de ninguna prueba adicional a las allegadas con la demanda; al tiempo que el representante del Ministerio Público no hizo solicitud de pruebas y este Despacho no considera necesario decretar pruebas de oficio.

Al no haber entonces pruebas por decretar y practicar, es procedente dictar sentencia anticipada conforme lo prevé el numeral 1 del artículo 12 del Decreto Legislativo 806 de 2020, previo a lo cual se correrá traslado a las partes

y al Ministerio Público para que presenten sus alegatos de conclusión y el respectivo concepto.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas,

RESUELVE

Primero. DIFIÉRASE la decisión de las excepciones propuestas por la UGPP y que denominó “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO”, “IRRETROACTIVIDAD”, “PRESCRIPCIÓN” y “LA GENÉRICA”, para el momento de proferir sentencia en el presente asunto.

Segundo. INCORPÓRASE la prueba documental aportada por las partes, hasta donde la ley lo permita.


Tercero. NIÉGASE por innecesaria la prueba documental solicitada por la UGPP.

Cuarto. CÓRRASE traslado a las partes y al Ministerio Público para que dentro del término de diez (10) días siguientes a la notificación de esta providencia, presenten sus alegatos de conclusión y el respectivo concepto.

Quinto. Ejecutoriada esta providencia, REGRESE inmediatamente el expediente a este Despacho para proferir la sentencia anticipada que en derecho corresponda.

Sexto. ADVIÉRTESE a las partes que todo memorial debe ser allegado únicamente al correo dispuesto para tal fin, esto es, a la cuenta sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co. Cualquier documento enviado a otra dirección de correo, se tendrá por no presentado.

Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

No. 97
FECHA: 4 de agosto de 2020

A handwritten signature in green ink, consisting of several vertical strokes and a horizontal base, positioned above the name of the secretary.

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.I.: 196

Asunto:	Corre traslado para alegar de conclusión
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-23-33-000-2018-00558-00
Demandantes:	Amparo Tabares Osorio
Demandada:	Nación -Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento de Caldas

Manizales, tres (3) de agosto de dos mil veinte (2020).

ASUNTO

Encontrándose a Despacho el proceso de la referencia pendiente de convocar a las partes a audiencia inicial, procede el suscrito Magistrado a pronunciarse en relación con las excepciones propuestas, las pruebas solicitadas por la parte demandante, así como la posibilidad de dictar sentencia anticipada en el presente asunto. Lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto Legislativo 806 de 2020.

ANTECEDENTES

El 13 de noviembre de 2018, fue interpuesto el medio de control de la referencia (fls. 2 a 19, C.1), con el fin de obtener la declaratoria de nulidad de la Resolución nº 5987-6 del 10 de julio de 2018, con la cual, se negó el reconocimiento y pago de la sanción por mora del ajuste de la cesantía definitiva a favor de la parte actora.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, la parte actora solicitó se ordene a las entidades demandadas reconocer y pagar la sanción por mora establecida en las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 en suma equivalente a un (1) día de salario por cada día de retardo contados desde los 70 días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud de las cesantías definitivas hasta cuando se hizo efectivo el pago de la totalidad de

las cesantías reconocidas a la parte demandante.

El conocimiento del asunto correspondió por reparto a este Despacho, quien admitió la demanda con auto del 3 de julio de 2019 (fls. 38, C.1).

Surtido el trámite procesal correspondiente, el Departamento de Caldas contestó la demanda de manera oportuna, según se evidencia en la constancia secretarial obrante a folio 56 del expediente.

Con la contestación de la demanda, la parte accionada propuso excepciones (fls. 51 vuelto a 53, C.1); de las que se corrió el traslado correspondiente (fls. 54 y 55, ibídem), y frente a las cuales la parte demandante no se pronunció.

El 25 de noviembre de 2019, el proceso ingresó a Despacho para convocar a audiencia inicial (fl. 56, C.1).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

El artículo 12 del Decreto Legislativo 806 de 2020, con el cual el Gobierno Nacional adoptó medidas para agilizar los procesos judiciales, previó lo siguiente en relación con la decisión de excepciones en los asuntos de conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo:

Artículo 12. Resolución de excepciones en la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. De las excepciones presentadas se correrá traslado por el término de tres (3) días en la forma regulada en el artículo 110 del Código General del Proceso, o el que lo sustituya. En este término, la parte demandante podrá pronunciarse sobre ellas y, si fuere el caso, subsanar los defectos anotados en las excepciones previas.

Las excepciones previas se formularán y decidirán según lo regulado en los artículos 100, 101 Y 102 del Código General del Proceso. Cuando se requiera la práctica de pruebas a que se refiere el inciso segundo del artículo 101 del citado código, el juzgador las decretará en el auto que cita a la audiencia inicial, y en el curso de esta las practicará. Allí mismo, resolverá las excepciones previas que requirieron pruebas y estén pendientes de decisión.

Las excepciones de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva, se tramitarán y decidirán en los términos señalados anteriormente.

La providencia que resuelva las excepciones mencionadas deberá ser adoptada en primera instancia por el juez, subsección, sección o sala de conocimiento. Contra esta decisión procederá el recurso apelación, el cual será resuelto por la subsección, sección o sala del tribunal o Consejo de Estado. Cuando esta decisión

se profiera en única instancia por los tribunales y Consejo de Estado se decidirá por el magistrado ponente y será suplicable.

Revisado este expediente, se observa que no hay excepciones previas o mixtas por resolver, teniendo en cuenta que el Departamento de Caldas propuso los medios exceptivos de **"FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA"**, **"INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY"**, **"BUENA FE"**, **"MALA FE PARTE DEMANDANTE"** y **"PRESCRIPCIÓN"**, todas las cuales –atendiendo a las razones que las fundamentan– corresponden en estricto sentido a excepciones de mérito que habrán de ser decididas al resolver el fondo de la controversia.

En efecto, respecto del medio de defensa denominado **"FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA"** corresponde a un debate relativo a la legitimación material en la causa, en tanto se alega la ausencia de participación o responsabilidad en la pretensión económica que se demanda; lo cual debe ser resuelto al decidir el fondo de la controversia y no en esta etapa procesal.

Respecto de la excepción de **"PRESCRIPCIÓN"**, se indica que el mencionado medio de defensa está relacionado directamente con la cuestión litigiosa, por lo que su análisis también habrá de realizarse con el fondo de la controversia.

En este sentido, las excepciones propuestas no sólo guardan relación directa con la cuestión litigiosa, sino que además no aparecen enlistadas en el numeral 6 del artículo 180 del CPACA ni en el artículo 100 del Código General del Proceso – CGP.

Sobre la petición de pruebas y la posibilidad de dictar sentencia anticipada en este asunto

De otro lado, el artículo 13 del citado decreto legislativo, estableció igualmente la posibilidad de proferir sentencia anticipada en los asuntos de conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en los siguientes términos:

Artículo 13. Sentencia anticipada en lo contencioso administrativo. El juzgador deberá dictar sentencia anticipada:

- 1. Antes de la audiencia inicial, cuando se trate de asuntos de puro derecho o no fuere necesario practicar pruebas, caso en el cual correrá traslado para alegar por escrito, en la forma prevista en el inciso final del artículo 181 de la Ley 1437 de 2011 y la sentencia se proferirá por escrito.*

2. En cualquier estado del proceso, cuando las partes o sus apoderados de común acuerdo lo soliciten, sea por iniciativa propia o por sugerencia del juez. Si la solicitud se presenta en el transcurso de una audiencia, se dará traslado para alegar dentro de ella. Si se hace por escrito, las partes podrán allegar con la petición sus alegatos de conclusión, de lo cual se dará traslado por diez (10) días comunes al Ministerio Público y demás intervinientes. El juzgador rechazará la solicitud cuando advierta fraude o colusión. Si en el proceso intervienen litisconsortes necesarios, la petición, deberá realizarse conjuntamente con estos. Con la aceptación de esta petición por parte del juez, se entenderán desistidos los recursos que hubieren formulado los peticionarios contra decisiones interlocutorias que estén pendientes de tramitar o resolver.

3. En la segunda etapa del proceso prevista en el artículo 179 de la Ley 1437 de 2011, cuando encuentre probada la cosa juzgada, la transacción, la conciliación, la caducidad, la prescripción extintiva y la falta de legitimación en la causa. La sentencia se dictará oralmente en audiencia o se proferirá por escrito. En este caso no se correrá traslado para alegar.

4. En caso de allanamiento de conformidad con el artículo 176 de la Ley 1437 de 2011.

Descendiendo al caso concreto se advierte que la parte actora aportó con la demanda prueba documental visible de folios 20 a 36 del cuaderno principal; todo lo cual habrá de incorporarse al proceso hasta donde la ley lo permita.

La parte actora solicitó oficiar a la entidad territorial para que ésta aportara el expediente administrativo.

Ahora bien, este Despacho considera que la citada prueba documental es innecesaria, teniendo en cuenta que lo requerido ya obra en el expediente, según se observa a folios 20 a 36 del cuaderno principal

Así mismo la parte demandante solicitó como prueba se oficie al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para que aporte al proceso la constancia de pago de las cesantías reconocidas mediante las Resoluciones n° 2938-6 del 8 de abril de 2015 y n° 5987-6 del 10 de julio de 2018.

Respecto de esta prueba considera el despacho que la misma es innecesaria, por cuanto obra en el expediente certificado del banco BBVA en donde se certifica la fecha de pago de la suma reconocida por concepto de cesantías.

Respecto del certificado de pago de las cesantías reconocidas mediante Resolución 5987-6 de 2018, considera el despacho que la misma es innecesaria teniendo en cuenta el contenido de la pretensión.

Por lo demás, la parte actora no solicitó de manera expresa el decreto y práctica de ninguna prueba adicional a las mencionadas anteriormente y a las allegadas con la demanda; al tiempo que el representante del Ministerio Público no hizo solicitud de pruebas y este Despacho no considera necesario decretar pruebas de oficio.

Al no haber entonces pruebas por decretar y practicar, es procedente dictar sentencia anticipada conforme lo prevé el numeral 1 del artículo 13 del Decreto Legislativo 806 de 2020, previo a lo cual se correrá traslado a las partes y al Ministerio Público para que presenten sus alegatos de conclusión y el respectivo concepto.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas,

RESUELVE

Primero. DIFIÉRASE la decisión de las excepciones propuestas por el Departamento de Caldas y que denominó “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”, “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY”, “BUENA FE”, “MALA FE PARTE DEMANDANTE” y “PRESCRIPCIÓN”, para el momento de proferir sentencia en el presente asunto.

Segundo. INCORPÓRASE la prueba documental aportada por las partes, hasta donde la ley lo permita.

Tercero. NIÉGASE por innecesaria la prueba documental solicitada por la parte demandante.

Cuarto. CÓRRASE traslado a las partes y al Ministerio Público para que dentro del término de diez (10) días siguientes a la notificación de esta providencia, presenten sus alegatos de conclusión y el respectivo concepto.

Quinto. Ejecutoriada esta providencia, REGRESE inmediatamente el expediente a este Despacho para proferir la sentencia anticipada que en derecho corresponda.

Sexto. ADVIÉRTESE a las partes que todo memorial debe ser allegado únicamente al correo dispuesto para tal fin, esto es, a la cuenta sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co. Cualquier documento enviado a otra dirección de correo, se tendrá por no presentado.

Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

No. 97
FECHA: 4 de agosto de 2020



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

-Sala de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.I.: 190

Asunto: Acepta desistimiento de las pretensiones
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 17001-23-33-000-2019-00027-00
Accionante: María Felisa Lozano González
Accionado: Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - Fomag

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n° 040 del treinta y uno (31) de julio de 2020

Manizales, tres (3) de agosto de dos mil veinte (2020)

ASUNTO

Procede esta Sala de Decisión, a resolver sobre la manifestación de desistimiento de pretensiones, en la cual la parte demandante solicita que no se condene en costas en el proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

El día 29 de enero de 2019, la señora María Felisa Lozano González, actuando a través de apoderado judicial, formuló demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio¹, solicitando la nulidad parcial de la Resolución n° 00000277 del 25 de abril de 2018, por la cual se reconoció el ajuste a la cesantía definitiva, omitiendo el reconocimiento de la sanción por mora.

Por auto del 3 de julio de 2019 se admitió la demanda interpuesta, remitiendo el proceso a las entidades notificadas a través del servicio postal autorizado, exceptuando la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado².

En oficio presentado el 21 de febrero de 2020, la apoderada de la parte accionante manifestó su intención de desistir de las pretensiones en el

¹ En adelante FOMAG

² Artículo 3 del Decreto 1365 de 2013

presente asunto, solicitando adicionalmente que la parte demandante no sea condenada en costas (fl. 51).

De la anterior solicitud se corrió traslado a la parte demandada como se evidencia a folio 52 del expediente, sin que se hubiese presentado manifestación al respecto.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

En aras de establecer si se dan los presupuestos para aceptar la solicitud presentada por la parte demandante, y teniendo en cuenta que la figura del desistimiento no se encuentra establecida en la Ley 1437 de 2011³, es necesario acudir, por expresa remisión del artículo 306 del mismo estatuto, a la Ley 1564 de 2012⁴, la cual regula dicha institución en su artículo 314, con el siguiente tenor:

ARTÍCULO 314. DESISTIMIENTO DE LAS PRETENSIONES. *El demandante podrá desistir de las pretensiones mientras no se haya pronunciado sentencia que ponga fin al proceso. Cuando el desistimiento se presente ante el superior por haberse interpuesto por el demandante apelación de la sentencia o casación, se entenderá que comprende el del recurso.*

El desistimiento implica la renuncia de las pretensiones de la demanda en todos aquellos casos en que la firmeza de la sentencia absolutoria habría producido efectos de cosa juzgada. El auto que acepte el desistimiento producirá los mismos efectos de aquella sentencia.

Si el desistimiento no se refiere a la totalidad de las pretensiones, o si sólo proviene de alguno de los demandantes, el proceso continuará respecto de las pretensiones y personas no comprendidas en él.

En los procesos de deslinde y amojonamiento, de división de bienes comunes, de disolución o liquidación de sociedades conyugales o patrimoniales, civiles o comerciales, el desistimiento no producirá efectos sin la anuencia de la parte demandada, cuando esta no se opuso a la demanda, y no impedirá que se promueva posteriormente el mismo proceso.

El desistimiento debe ser incondicional, salvo acuerdo de las partes, y sólo perjudica a la persona que lo hace y a sus causahabientes.

³ En adelante, CPACA.

⁴ En adelante, CGP.

El desistimiento de la demanda principal no impide el trámite de la reconvencción, que continuará ante el mismo juez cualquiera que fuere su cuantía.

Cuando el demandante sea la Nación, un departamento o municipio, el desistimiento deberá estar suscrito por el apoderado judicial y por el representante del Gobierno Nacional, el gobernador o el alcalde respectivo.

El artículo 315 del mismo estatuto establece quiénes se encuentran impedidos para desistir de las pretensiones de la demanda:

ARTÍCULO 315. QUIÉNES NO PUEDEN DESISTIR DE LAS PRETENSIONES. *No pueden desistir de las pretensiones:*

1. Los incapaces y sus representantes, a menos que previamente obtengan licencia judicial.

En este caso la licencia deberá solicitarse en el mismo proceso, y el juez podrá concederla en el auto que acepte el desistimiento si considera que no requiere la práctica de pruebas; en caso contrario fijará fecha y hora para audiencia con tal fin.

2. Los apoderados que no tengan facultad expresa para ello.

3. Los curadores ad litem.

Por su parte, el artículo 316 del mismo código, aunque se refiere al desistimiento de otros actos procesales, en su numeral 4 previó la posibilidad de desistir de las pretensiones de manera condicionada a que no se imponga condena en costas, así:

ARTÍCULO 316. DESISTIMIENTO DE CIERTOS ACTOS PROCESALES. *Las partes podrán desistir de los recursos interpuestos y de los incidentes, las excepciones y los demás actos procesales que hayan promovido. No podrán desistir de las pruebas practicadas.*

(...)

El auto que acepte un desistimiento condenará en costas a quien desistió, lo mismo que a perjuicios por el levantamiento de las medidas cautelares practicadas.

No obstante, el juez podrá abstenerse de condenar en costas y perjuicios en los siguientes casos:

(...)

4. Cuando el demandado no se oponga al desistimiento de las pretensiones que de forma condicionada presente el demandante respecto de no ser condenado en costas y perjuicios. De la solicitud del demandante se correrá traslado al demandado por tres (3) días y, en caso de oposición, el juez se abstendrá de aceptar el desistimiento así solicitado. Si no hay oposición, el juez decretará el desistimiento sin condena en costas y expensas.

Descendiendo al caso concreto, se observa que la solicitud de desistimiento se hizo antes de proferir sentencia que ponga fin al proceso, y que al apoderado de la parte actora le asiste la facultad expresa para desistir de la demanda, de conformidad con el poder obrante en folio 20. De igual modo se advierte que la parte accionada no contestó la demanda y no se pronunció en el término del traslado de la solicitud de desistimiento de las pretensiones, como se evidencia en folios 49 y 55 del cuaderno principal.

De conformidad con lo anterior y en aplicación de lo dispuesto por el artículo 316 del CGP, estima el Tribunal que, al no haber oposición por la parte demandada en relación con la petición formulada por la parte actora, es procedente aceptar el desistimiento sin condena en costas y expensas.

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

RESUELVE


Primero. ACEPTAR el desistimiento de las pretensiones de la demanda, presentado por la señora María Felisa Lozano González, dentro del proceso originado por el ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de la referencia.

Segundo. Ejecutoriado este auto, **DEVUÉLVANSE** las copias de la demanda y sus anexos al interesado.

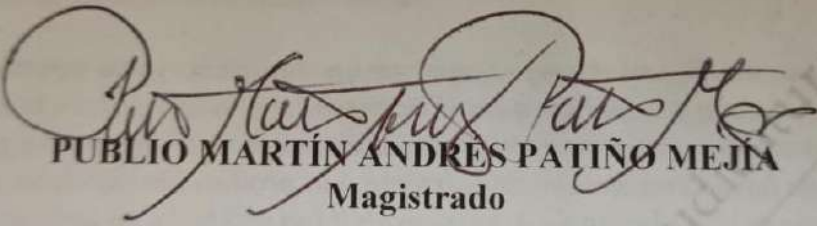
Tercero. NO CONDENAR en costas a la parte demandante, por las consideraciones efectuadas.

Cuarto. NOTIFÍQUESE el presente auto por estado electrónico, según lo dispone el inciso 3º del artículo 201 del CPACA.

Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

No. 97
FECHA: 4 de agosto de 2020



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



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

Manizales, treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020).

RADICADO	17001-23-33-000-2019-00036-00
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	SOLEDAD LÓPEZ MONTOYA
DEMANDADO	ASSBASALUD E.S.E

En el proceso de la referencia se había programado audiencia inicial para el día 17 de marzo de 2020 a partir de las dos y treinta de la tarde; diligencia que no pudo ser llevada a cabo debido a la suspensión de términos judiciales ordenada por el Consejo Superior de la Judicatura en el marco de la Emergencia Sanitaria decretada por el Gobierno Nacional a raíz de la situación presentada por el COVID-19.

Una vez reiniciado los términos judiciales a partir del 1° de julio del año en curso según el Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio de 2020, sería del caso señalar nueva fecha y hora para esa diligencia, sin embargo, conforme a lo previsto en el artículo 12 del Decreto 806 de 4 de junio de 2020, en concordancia con los artículos 100, 101 y 102 del CGP, se hace necesario que Tribunal emita pronunciamiento sobre la excepción previa de caducidad que fue propuesta por la parte accionada.

ANTECEDENTES

La señora Soledad López Montoya presentó demanda con la finalidad de que se anule el oficio nro. GER-439 del 19 de julio de 2018, mediante el cual se negó el reconocimiento de una relación laboral entre ella y Assbasalud; como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, pidió se declare la existencia del vínculo laboral; el consecuente pago, como indemnización, de todas las prestaciones sociales, emolumentos

o acreencias laborales en igualdad de condiciones a los servidores públicos de la entidad; se reembolsen las cotizaciones correspondientes al sistema de seguridad social y se declare que el tiempo de servicios prestados debe computarse para efectos pensionales.

Al momento de contestar la demanda Assbasalud propuso varias excepciones¹, pero según sus argumentos la única que puede catalogarse de previa es la de caducidad, la cual fundamentó con el argumento que, entre la expedición de la voluntad de la administración contenida en el oficio GER -439 del 19 de julio de 2018 y la presentación de la demanda transcurrió más del plazo establecido en la ley para el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Debe advertirse que la entidad accionada no solicitó la práctica de ninguna prueba para demostrar la excepción.

De las excepciones propuestas se corrió traslado según documentos que reposan a folio 416 y 417 del expediente, y dentro del término legal se allegó memorial por la parte accionante mediante el cual se pronunció sobre los medios exceptivos propuestos. Sin embargo, al revisar los argumentos, no se evidencia alguno encaminado a controvertir la excepción de caducidad.

CONSIDERACIONES

El artículo 12 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 dispuso:

Artículo 12. Resolución de excepciones en la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. De las excepciones presentadas se correrá traslado por el término de tres (3) días en la forma regulada en el artículo 110 del Código General del Proceso, o el que lo sustituya. En este término, la parte demandante podrá pronunciarse sobre ellas y, si fuere el caso, subsanar los defectos anotados en las excepciones previas. Las excepciones previas se formularán y decidirán según lo regulado en los artículos 100, 101 y 102 del Código General del Proceso. Cuando se requiera la práctica de pruebas a que se refiere el inciso segundo del artículo 101 del citado código, el juzgador las decretará en el auto que cita a la audiencia inicial, y en el curso de esta las practicará. Allí mismo, resolverá las excepciones previas que requirieron pruebas y estén pendientes de decisión.

¹ Inexistencia de la obligación laboral (prestaciones sociales) en favor de la excontratista Soledad López Montoya; cobro de lo no debido; genérica; caducidad de la acción y prescripción del derecho en materia laboral; presunción de legalidad de los contratos aportados como prueba suscritos entre Soledad López Montoya y Assbasalud ESE; y presunción de legalidad de las liquidaciones de los contratos aportados como prueba suscritos entre Soledad López Montoya y Assbasalud ESE.

Las excepciones de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva. se tramitarán y decidirán en los términos señalados anteriormente.

La providencia que resuelva las excepciones mencionadas deberá ser adoptada en primera instancia por el juez, subsección, sección o sala de conocimiento. Contra esta decisión procederá el recurso apelación, el cual será resuelto por la subsección, sección o sala del tribunal o Consejo de Estado. Cuando esta decisión se profiera en única instancia por los tribunales y Consejo de Estado se decidirá por el magistrado ponente y será suplicable.

Por lo anterior, y según lo establecido en los artículos 100, 101 y 102 del CGP, como la parte demandada no pidió la práctica de alguna prueba para probar la excepción, es procedente resolver la misma antes de reprogramar la audiencia inicial.

Frente al tema de la caducidad para el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el literal d) del numeral 2) del artículo 164 del CPACA dispuso que *“la demanda deberá presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, salvo las excepciones establecidas en otras disposiciones legales”*.

Como se explicó, se pretende con el presente medio de control se declare la nulidad del oficio nro. GER-439 del 19 de julio de 2018, mediante el cual se negó la existencia de una relación entre las partes, el cual fue notificado personalmente el día 23 del mismo mes y año, tal como se desprende del documento que se encuentra entre folios 51 a 54 del expediente.

Se evidencia además que se presentó solicitud de conciliación extrajudicial el 17 de agosto de 2018; y el acta que da cuenta de la realización de la diligencia fue emitido el 17 de septiembre de ese mismo año (fol. 38 a 41).

Finalmente, la demanda se radicó el 20 de septiembre de 2018, según el sello visible a folio 33 del expediente.

Lo reseñado permite afirmar que entre el día siguiente al de la fecha de notificación del acto administrativo (24 de julio de 2018) y la data en que se presentó la demanda (20 de septiembre de 2018) no transcurrieron más de los cuatro meses que consagró el CPACA para radicar la demanda.

Ello significa que no hay lugar a declarar probada la excepción de caducidad del medio de control.

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas

RESUELVE:

1. **DECLARAR NO PROBADA** la excepción de caducidad de la demanda que propuso **ASSBASALUD E.S.E** dentro del proceso de la referencia.
2. En firme este auto, regrese el expediente para continuar con el trámite del proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

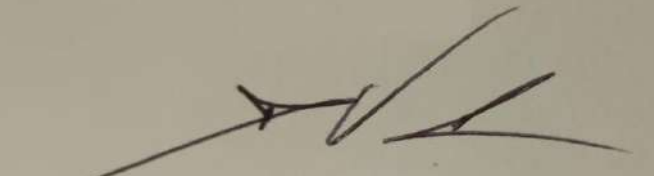
Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión Virtual celebrada el 30 de julio de 2020 conforme Acta nº 036 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
Magistrado



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

<p style="text-align: center;">TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS</p> <p>El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 097 del 4 de agosto de 2020. Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.</p> <p>Manizales, _____</p> <div style="text-align: center;"></div> <p style="text-align: center;">HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA Secretario</p>
--



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.I.: 197

Asunto:	Corre traslado para alegar de conclusión
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-23-33-000-2019-00050-00
Demandantes:	Lina María Vanegas Castañeda
Demandada:	Nación -Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Manizales, tres (3) de agosto de dos mil veinte (2020).

ASUNTO

Encontrándose a Despacho el proceso de la referencia pendiente de convocar a las partes a audiencia inicial, procede el suscrito Magistrado a pronunciarse en relación con las excepciones propuestas, las pruebas solicitadas por la parte demandante, así como la posibilidad de dictar sentencia anticipada en el presente asunto. Lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto Legislativo 806 de 2020.

ANTECEDENTES

El 12 de febrero de 2019, fue interpuesto el medio de control de la referencia (fls. 2 a 14, C.1), con el fin de obtener la declaratoria de nulidad de las Resoluciones nº 6929-6 del 13 de septiembre de 2017 y nº 6790-6 del 3 de agosto de 2018, con las cuales, en su orden, se negó la pensión de jubilación y se confirmó tal negativa.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, la parte actora solicitó se ordene al Departamento de Caldas reconocer y pagar la pensión de jubilación a que tiene derecho la señora Lilia María Vanegas Castañeda a partir del día 24 de mayo de 2016. Lo anterior, de conformidad con el régimen establecido en la Ley 33 de 1985.

Instó así mismo, entre otras pretensiones, a que se condene a la demandada a pagar el retroactivo pensional con el interés moratorio y en su defecto con la correspondiente indexación.

El conocimiento del asunto correspondió por reparto a este Despacho, quien admitió la demanda con auto del 4 de julio de 2019 (fls. 69 y 70, ibídem).

Surtido el trámite procesal correspondiente, la Nación - Ministerio de Educación Nacional no se pronunció en el término de traslado de la demanda. Por su parte, el Departamento de Caldas contestó la demanda de manera oportuna, según se evidencia en la constancia secretarial obrante a folio 96 del cuaderno 1.

Con la contestación de la demanda, la parte accionada propuso excepciones (fls. 87 a 89, C.1); de las que se corrió el traslado correspondiente (fls. 90, ibídem), y frente a las cuales la parte demandante se pronunció (fls. 92 a 95, C.1).

El 25 de noviembre de 2019, el proceso ingresó a Despacho para convocar a audiencia inicial (fl. 96, C.1).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

El artículo 12 del Decreto Legislativo 806 de 2020, con el cual el Gobierno Nacional adoptó medidas para agilizar los procesos judiciales, previó lo siguiente en relación con la decisión de excepciones en los asuntos de conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo:

Artículo 12. Resolución de excepciones en la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. De las excepciones presentadas se correrá traslado por el término de tres (3) días en la forma regulada en el artículo 110 del Código General del Proceso, o el que lo sustituya. En este término, la parte demandante podrá pronunciarse sobre ellas y, si fuere el caso, subsanar los defectos anotados en las excepciones previas.

Las excepciones previas se formularán y decidirán según lo regulado en los artículos 100, 101 Y 102 del Código General del Proceso. Cuando se requiera la práctica de pruebas a que se refiere el inciso segundo del artículo 101 del citado código, el juzgador las decretará en el auto que cita a la audiencia inicial, y en el curso de esta las practicará. Allí mismo, resolverá las excepciones previas que requirieron pruebas y estén pendientes de decisión.

Las excepciones de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva, se tramitarán y decidirán en los términos señalados anteriormente.

La providencia que resuelva las excepciones mencionadas deberá ser adoptada en primera instancia por el juez, subsección, sección o sala de conocimiento. Contra esta decisión procederá el recurso apelación, el cual será resuelto por la subsección, sección o sala del tribunal o Consejo de Estado. Cuando esta decisión se profiera en única instancia por los tribunales y Consejo de Estado se decidirá por el magistrado ponente y será suplicable.

Revisado este expediente, se observa que no hay excepciones previas o mixtas por resolver, teniendo en cuenta que la parte demandada formuló como medios exceptivos los de **"FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA"**, **"BUENA FE"** y **"PRESCRIPCIÓN"** (fls. 87 a 89, C.1), todas las cuales –atendiendo a las razones que las fundamentan– corresponden en estricto sentido a excepciones de mérito que habrán de ser decididas al resolver el fondo de la controversia.

En efecto, respecto del medio de defensa denominado **"FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA"** corresponde a un debate relativo a la legitimación material en la causa, en tanto se alega la ausencia de participación o responsabilidad en la pretensión económica que se demanda; lo cual debe ser resuelto al decidir el fondo de la controversia y no en esta etapa procesal.

Respecto de la excepción de **"PRESCRIPCIÓN"**, se indica que el mencionado medio de defensa está relacionado directamente con la cuestión litigiosa, por lo que su análisis también habrá de realizarse con el fondo de la controversia.

En este sentido, las excepciones propuestas no sólo guardan relación directa con la cuestión litigiosa, sino que además no aparecen enlistadas en el numeral 6 del artículo 180 del CPACA ni en el artículo 100 del Código General del Proceso – CGP.

Sobre la petición de pruebas y la posibilidad de dictar sentencia anticipada en este asunto

De otro lado, el artículo 13 del citado decreto legislativo, estableció igualmente la posibilidad de proferir sentencia anticipada en los asuntos de conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en los siguientes términos:

Artículo 13. Sentencia anticipada en lo contencioso administrativo. El

juzgador deberá dictar sentencia anticipada:

1. Antes de la audiencia inicial, cuando se trate de asuntos de puro derecho o no fuere necesario practicar pruebas, caso en el cual correrá traslado para alegar por escrito, en la forma prevista en el inciso final del artículo 181 de la Ley 1437 de 2011 y la sentencia se proferirá por escrito.

2. En cualquier estado del proceso, cuando las partes o sus apoderados de común acuerdo lo soliciten, sea por iniciativa propia o por sugerencia del juez. Si la solicitud se presenta en el transcurso de una audiencia, se dará traslado para alegar dentro de ella. Si se hace por escrito, las partes podrán allegar con la petición sus alegatos de conclusión, de lo cual se dará traslado por diez (10) días comunes al Ministerio Público y demás intervinientes. El juzgador rechazará la solicitud cuando advierta fraude o colusión. Si en el proceso intervienen litisconsortes necesarios, la petición, deberá realizarse conjuntamente con estos. Con la aceptación de esta petición por parte del juez, se entenderán desistidos los recursos que hubieren formulado los peticionarios contra decisiones interlocutorias que estén pendientes de tramitar o resolver.

3. En la segunda etapa del proceso prevista en el artículo 179 de la Ley 1437 de 2011, cuando encuentre probada la cosa juzgada, la transacción, la conciliación, la caducidad, la prescripción extintiva y la falta de legitimación en la causa. La sentencia se dictará oralmente en audiencia o se proferirá por escrito. En este caso no se correrá traslado para alegar.

4. En caso de allanamiento de conformidad con el artículo 176 de la Ley 1437 de 2011.

Descendiendo al caso concreto se advierte que la parte actora aportó con la demanda prueba documental visible de folios 16 a 60 del cuaderno principal; todo lo cual habrá de incorporarse al proceso hasta donde la ley lo permita; mientras que la entidad accionada no aportó ni realizó solicitud de práctica de pruebas.

La parte actora solicitó oficiar al Departamento de Caldas para que esta entidad aportara el expediente administrativo en relación con la solicitud de pensión de jubilación.

Ahora bien, este Despacho considera que la citada prueba documental es innecesaria, teniendo en cuenta que lo requerido ya obra en el expediente, según se observa en los documentos aportados con la demanda (fls.16 a 60, C.1).

Por lo demás, la parte actora no solicitó de manera expresa el decreto y práctica de ninguna prueba adicional a las allegadas con la demanda; al

tiempo que el representante del Ministerio Público no hizo solicitud de pruebas y este Despacho no considera necesario decretar pruebas de oficio.

Al no haber entonces pruebas por decretar y practicar, es procedente dictar sentencia anticipada conforme lo prevé el numeral 1 del artículo 13 del Decreto Legislativo 806 de 2020, previo a lo cual se correrá traslado a las partes y al Ministerio Público para que presenten sus alegatos de conclusión y el respectivo concepto.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas,

RESUELVE

Primero. DIFIÉRASE la **decisión** de las excepciones propuestas por el Departamento de Caldas y que denominó "**FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA**", "**BUENA FE**" y "**PRESCRIPCIÓN**", para el momento de proferir sentencia en el presente asunto.

Segundo. INCORPÓRASE la prueba documental aportada por las partes, hasta donde la ley lo permita.

Tercero. NIÉGASE **por innecesaria** la prueba documental solicitada por la parte demandante.

Cuarto. CÓRRASE **traslado** a las partes y al Ministerio Público para que dentro del término de diez (10) días siguientes a la notificación de esta providencia, presenten sus alegatos de conclusión y el respectivo concepto.

Quinto. Ejecutoriada esta providencia, **REGRESE** inmediatamente el expediente a este Despacho para proferir la sentencia anticipada que en derecho corresponda.

Sexto. ADVIÉRTESE a las partes que todo memorial debe ser allegado únicamente al correo dispuesto para tal fin, esto es, a la cuenta sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co. Cualquier documento enviado a otra dirección de correo, se tendrá por no presentado.

Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

No. 97
FECHA: 4 de agosto de 2020



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.S.: 079

Asunto:	Acepta desistimiento de las pretensiones
Acción:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-23-33-000-2019-00161-00
Accionante:	Mery Bedoya Serna
Accionado:	Nación - Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - Fomag

Manizales, tres (3) de agosto de dos mil veinte (2020)

ASUNTO

Teniendo en cuenta lo establecido en el numeral 4 del artículo 316 del Código General del Proceso, por la Secretaría de esta Corporación, córrase traslado a la contraparte de la manifestación de desistimiento presentada por la demandante, por el término de tres (3) días, con el fin de concluir de manera anticipada el proceso en referencia.

Cúmplase



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, tres (3) de agosto de dos mil veinte (2020)

Teniendo en cuenta que el proceso instaurado por **INGRIDA PAOLA CARDONA MURILLO** contra **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** fue remitido por parte del Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, y que al momento de realizarse el reparto entre los Magistrados de esta Corporación la oficina judicial cambió su radicado, por la Secretaría de este Tribunal envíese mensaje al correo electrónico suministrado por la parte demandante (fl. 16, C.1), mediante el cual se le comunique que el proceso continuará identificándose con el radicado 17001-23-33-000-2020-00082-00.

Surtido lo anterior, devuélvase de Secretaría inmediatamente el expediente a despacho para resolver lo pertinente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

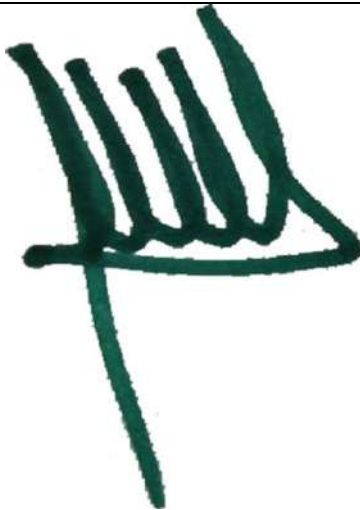
A handwritten signature in black ink, appearing to read 'C. Zapata', is written over a light blue rectangular stamp. The stamp contains the text 'CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES' and 'Magistrado' below it.

CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la partes por Estado Electrónico No. 097 del 4 de agosto de 2020.
Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.

Manizales, _____

A handwritten signature in green ink, consisting of several vertical strokes of varying heights and a horizontal base line, with a long vertical stroke extending downwards from the left side.

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, tres (3) de agosto de dos mil veinte (2020).

RADICADO	17001-33-33-001-2017-00006-03
MEDIO DE CONTROL	EJECUTIVO
DEMANDANTE	MARÍA FABIOLA QUIROZ ARDILA
DEMANDADO	LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL- UGPP

Estando el proceso de la referencia pendiente de que se programara audiencia de alegaciones y juzgamiento se presentó la suspensión de términos judiciales ordenada por el Consejo Superior de la Judicatura en el marco de la Emergencia Sanitaria decretada por el Gobierno Nacional a raíz de la situación presentada por el COVID-19.

Al haberse reanudado los términos judiciales a partir del 1 de julio del año en curso, y al estar el proceso pendiente de programar la diligencia señalada, el despacho considera innecesario fijar nueva fecha y hora para la práctica de la misma; y, en su lugar, de conformidad con el numeral 4 del artículo 247 del CPACA, **CORRERÁ** 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.

Una vez surtido lo anterior, ingrese el proceso a despacho para dictar sentencia.

Se advierte a las partes que para efectos del proceso, el único correo electrónico autorizado para la recepción de memoriales es el sgtadminclld@notificacionesrj.gov.co; y que toda documentación enviada a otro correo electrónico se tendrá por no presentada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Maqistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica por Estado Electrónico No. 094 de fecha 4 de agosto de 2020.
Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.

Manizales, _____



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020)

RADICADO	17001-33-33-001-2018-00050-02
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	RUBIELA QUIROGA PÁEZ
ACCIONADO	NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

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

Por la Secretaría de esta Corporación, **OFÍCIESE** a la Secretaría de Educación del Municipio de Manizales para que en un término no mayor a diez (10) días siguientes al recibo de la correspondiente comunicación, remita con destino a este proceso certificación en la que se indique si la señora Rubiela Quiroga Páez, identificada con la cédula de ciudadanía 30.283.299, ya se retiró del servicio docente. En caso positivo, deberá informar en qué fecha, a través de qué acto administrativo se realizó la desvinculación, y qué factores salariales percibió en el último año de servicios. Si aún no se ha retirado del servicio, deberá certificar qué factores salariales recibió en el año 2015 y 2016.

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

Para el traslado, en caso de que se aporte la respuesta por parte del Municipio de Manizales en documento físico, la misma se escaneará por la secretaría de la corporación para de esta manera darla a conocer a las partes.

Se hace saber que el único correo electrónico autorizado para la recepción de memoriales es el sgtadminclcd@notificacionesrj.gov.co; y que toda documentación enviada a otro correo electrónico se tendrá por no presentada.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

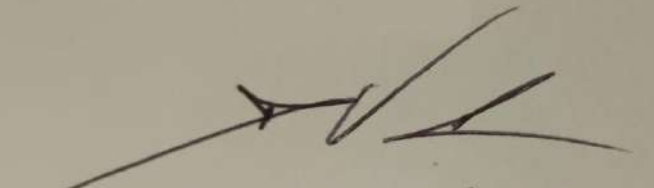
Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Virtual realizada el 30 de julio de 2020 conforme Acta n° 036 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
Magistrado



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 097 del 4 de agosto de 2020.
Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.

Manizales, _____



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA

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

Manizales, treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020).

RADICADO	17-001-33-33-002-2016-00374-02
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	CARLOS ALBERTO CARDONA TABARES
ACCIONADO	NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL

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 Segundo Administrativo del Circuito de Manizales el 28 de febrero de 2019 dentro del proceso de la referencia.

PRETENSIONES

1. Que se declare nula la Resolución nro. 02525 del 13 de mayo de 2016, expedida por el Ministerio de Defensa – Policía Nacional - Dirección General, por medio del cual se retiró del servicio activo de la Policía Nacional al señor intendente Carlos Alberto Cardona Tabares.
2. A título de restablecimiento del derecho, y consecuente con lo anterior, que la entidad demandada revoque la Resolución nro. 02525 del 13 de mayo de 2016, y en su defecto reintegre al demandante al servicio activo de la Policía Nacional de manera inmediata, sin solución de continuidad, con los derechos y prerrogativas correspondientes a su grado policial.
3. Que, como consecuencia del reintegro, la Policía Nacional proceda al ascenso de manera inmediata al grado de intendente jefe por haber cursado y superado el curso de ascenso, o en su defecto, al grado de subcomisario si se ha cumplido el tiempo para el efecto, con sus derechos y prerrogativas a dichos grados policiales.

4. Ordenar a la Dirección General de la Policía Nacional el pago de los salarios, primas, prestaciones sociales, bonificaciones y demás emolumentos dejados de percibir por el accionante desde el 18 de mayo de 2016 hasta que se produzca el reintegro, sin solución de continuidad.

5. Que se paguen por parte de la Policía Nacional los siguientes perjuicios:

- Morales para el accionante en la suma de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de la solicitud.

- Materiales – daño emergente por: 1. Gastos de estadía y curso de ascenso \$5.000.000; y 2. Gastos de honorarios de abogado 40% concepto cuota Litis.

6. Que a consecuencia de la misma conciliación la parte convocada debe pagar todos los valores demandados por concepto de perjuicios materiales y morales, actualizados con la respectiva acta de conciliación conforme el IPC certificado por el DANE desde el momento de su causación hasta el momento que quede en firme la orden de pago; y a partir de esa fecha junto con los intereses moratorios liquidados a la máxima tasa autorizada por ley colombiana y por la Superintendencia Financiera de Colombia, hasta cuando dicho pago se haga de manera efectiva a los solicitantes, conforme a derecho.

7. De conformidad con la respectiva atribución de responsabilidad, los convocados den cumplimiento al acta de conciliación.

HECHOS

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

✓ El señor Carlos Alberto Cardona Tabares mediante Resolución nro. 001 del 20 de febrero de 1995, ingresó como alumno para carrera del Nivel Ejecutivo a la Escuela de Carabineros Alejandro Gutiérrez en vigencia del Decreto 041 de 1994.

✓ Una vez terminados y aprobados los estudios reglamentarios en la escuela de formación, mediante Resolución nro. 00214 del 26 de junio de 1996, obtuvo el grado de carabinero y/o patrullero de la Policía Nacional.

✓ El Decreto 041 de 1994 modificado luego por el Decreto 791 de 2002, reglamentó los grados para la carrera del nivel ejecutivo, así como los requisitos de ascenso; mismos que

fueron superados por parte del señor demandante y por ello fue ascendido al grado de subintendente mediante Resolución nro. 0828 del 1° de marzo de 2000 de la Dirección de la Policía Nacional; y luego ascendido al grado de intendente según Resolución 02530 del 1° de noviembre de 2009.

✓ Que por el cumplimiento de los requisitos señalados en el artículo 20 del Decreto 1791 de 2000 y teniendo en cuenta el orden jerárquico, de acuerdo a las vacantes existentes conforme al decreto de planta, y con sujeción a las precedencias de la clasificación que establece el decreto de evaluación de desempeño, fue llamado a realizar curso de ascenso y/o diplomado en Seguridad Ciudadana y Política Pública, desde el 13 de enero de 2015 al 28 de febrero de 2015; curso en el cual sobresalió con un promedio de notas de 4.5544 de una máxima de 5.0.

✓ Que con el fin de allegar prueba de la existencia de las resoluciones mediante las cuales la Policía Nacional llamó a calificar servicios a los señores comisarios y subcomisarios en la misma fecha que al actor, mediante petición solicitó a la institución la expedición de actos administrativos, el cual fue contestado mediante oficio no. S-2016-257117 del 16 de septiembre de 2016 de manera negativa; y adicional a ello omitió dar respuesta sobre la solicitud de información sobre el número de personal que teniendo 20 años de servicios habían sido llamado a calificar servicios.

✓ Que en el mes de marzo de 2016 de la planta existente en el grado de intendente ascendieron al grado de intendente jefe los policiales que por el tiempo de antigüedad les correspondía, quedando pendiente los del mes de septiembre, entre estos, el accionante.

✓ Que inexplicablemente a través de Resolución 02525 del 13 de mayo de 2016 el accionante fue llamado a calificar servicios, bajo el argumento de que ya contaba con 20 años de servicios y podía acceder a la asignación de retiro; decisión que se explicó como un mecanismo de renovación dentro de la línea jerárquica para garantizar la dinámica de la carrera de los uniformados.

✓ Adujo que durante todos los años de servicio del accionante su evaluación de desempeño personal y profesional fue calificada con 1200 puntos, es decir, en rango superior.

✓ Que para la misma fecha de expedición del acto administrativo por medio del cual se llamó a calificar servicios al accionante, fueron también llamados a calificar servicios los señores subcomisarios Alfonso Jaramillo Giraldo, Jairo Mauricio Osorio Farfan, Omar Felix Ocampo, Modesto Durán Suárez, Jesús Fernando Marín Melo y Javier Reyes Trejos, quienes

están pendientes para ascenso a comisarios, último grado del Nivel Ejecutivo, y contaban con más de 25 años de servicios. Sin embargo, al tener más tiempo de servicios que el actor y por lógica ser los primeros llamados a dejar sus vacantes para dar cabida al ascenso, no se les hizo efectiva la notificación de los actos administrativo y por ello se les permitió el ascenso.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Constitución Política de Colombia: artículos 1, 2, 13, 25, 29 y 53; Declaración Universal de los Derechos Humanos: artículo 8; Convención de Derecho Humanos: artículo 25
Ley 446 de 1998.

Una vez de citar jurisprudencia y normas relacionadas con la facultad discrecional para retirar miembros de la Policía Nacional, adujo que la demandada desde el proceso de incorporación ofreció al accionante la posibilidad de ingresar a la carrera del Nivel Ejecutivo, la cual inicia con el grado de patrullero hasta el de comisario, siempre y cuando se superen los requisitos establecidos de acuerdo al orden jerárquico contemplado en el Decreto 1791 de 2000, y hayan sido convocados para curso de ascenso según las vacantes existentes para cada grado.

Por ello el actor, cumpliendo los requisitos de la anterior norma, y después de haber adelantado y aprobado el curso para ascenso al grado de intendente jefe, abruptamente fue retirado de la institución policial mediante el acto administrativo demandado el cual lesionó sus intereses; primero, por la vulneración de su derecho al trabajo; y segundo, porque con un argumento apócrifo la policía le impidió su ascenso, y por ende truncó su carrera policial.

Resaltó que el acto administrativo enjuiciado adolece de congruencia entre los hechos reales, los motivos expresados para el llamamiento a calificar servicios y la decisión de derogatoria de retiro de los subcomisarios y comisarios indicados en los hechos de la demanda, lo que da cuenta que la decisión de la administración es caprichosa, ya que si el accionante realizó curso de ascenso era porque existían las vacantes para ser promovido, pero después de superar el curso la entidad lo llama a calificar servicios indicando que su retiro corresponde a una dinámica que permite el relevo en las líneas de mando, argumento que afirma es contrario a la realidad, ya que por las plazas existentes fue llamado a realizar el curso para ascender a intendente jefe; y adicional a esto los primeros en ser llamados a calificar servicios debieron ser los que contaban con mayor tiempo de servicios, por ser quienes habilitan las plazas para permitir que los mandos subalternos asciendan y ocupen vacantes.

Precisó entonces que, esta situación también menoscaba su derecho a la igualdad cuando a los señores subcomisarios y comisarios que también fueron llamados a calificar servicios se les derogó su acto administrativo, lo cual no ocurrió con el accionante estando a tan solo tres meses del ascenso.

Insistió entonces en que el acto administrativo no contiene una argumentación razonable de la decisión y corresponde a una actuación caprichosa, injusta e irracional que lesiona el derecho al trabajo del actor; el de igualdad frente a sus compañeros; y el derecho a un trato digno.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Con relación a los hechos señaló que algunos son ciertos, que otros lo son parcialmente, y que otros no lo son; y seguidamente se opuso a la prosperidad de las pretensiones.

Como razones de defensa expuso que de conformidad con la normativa que regula el asunto, como es el Decreto 1791 de 2000, el retiro del servicio puede producirse por el llamamiento a calificar servicios, lo que indica que el actor era acreedor de una asignación de retiro por haber cumplido más de 20 años en la institución.

Frente a la desviación de poder alegada por el actor, señaló que no se probó la misma, e hizo alusión a la sentencia SU-091 de 2016 en la cual la Corte Constitucional precisó que el llamamiento a calificar servicios es una modalidad de retiro que no requiere motivación expresa; y que por su parte el Consejo de Estado ha precisado que esta decisión no comporta una sanción o trato degradante para el uniformado.

Procedió a citar varias sentencias del Consejo de Estado que han acogido la sentencia de unificación de la Corte Constitucional sobre el tema de la discrecionalidad en este tipo de decisiones.

En relación con la Resolución 02525 del 13 de mayo de 2016 explicó que en ella se refleja la facultad discrecional, pues el llamamiento a calificar servicios no requiere de motivación según lo ha precisado la jurisprudencia, aunado a que el buen desempeño del cargo no genera ningún tipo de fuero de estabilidad.

Finalmente hizo alusión a los límites indemnizatorios según la sentencia SU-556 de 2014.

Pidió que desestime la totalidad de las pretensiones, pues el acto administrativo se expidió conforme a las facultades legales conferidas.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El 28 de febrero de 2019 el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia mediante la cual negó pretensiones, tras plantearse como problemas jurídicos si la Resolución nro. 02525 del 13 de mayo de 2016, con la cual llamaron a calificar servicios al actor, fue expedida con falsa motivación; y en caso afirmativo si tenía derecho el accionante a ser reintegrado al servicio activo de la Policía Nacional sin solución de continuidad.

En primer momento analizó la figura de la desviación de poder, y seguidamente el marco normativo que regula el retiro del servicio para los miembros de la Fuerza Pública por llamamiento a calificar servicios, para concluir que el retiro es la situación mediante la cual los miembros de la Policía Nacional, sin perder el grado, cesan en sus obligaciones de prestar el servicio; que el llamamiento a calificar servicios es una causal de retiro; y que los miembros de la policía solo pueden ser llamados para calificar servicios cuando cumplan los requisitos para hacerse acreedores a la asignación de retiro.

Hizo alusión a que el Consejo de Estado ha adoptado la posición pacífica de que el llamamiento a calificar servicios es una facultad discrecional, y por ello el acto que así lo dispone goza de la presunción de legalidad y no requiere motivación.

Adujo que en este caso se hace alusión a una desviación de poder como causal de nulidad, con fundamento en la excelente hoja de vida del accionante, frente a lo cual aclaró que esta situación no otorga un fuero de estabilidad, sumado a que la parte actora, que era la que debía demostrar que la motivación del acto era una diferente al buen servicio, no lo hizo.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante apeló la sentencia de primera instancia a través de memorial que reposa de folios 267 a 269 del expediente.

Insistió que en este caso se presenta una desviación de poder en el acto administrativo que llamó a calificar servicio al accionante, pues el demandante fue llamado a realizar curso de ascenso el cual superó satisfactoriamente, lo que le daba la idoneidad y capacidad para

reemplazar a los subcomisarios que de igual forma fueron llamados a calificar servicios y luego reincorporados a la institución policial con el propósito de favorecer los intereses de terceros.

Arguyó que en este caso se evidencia que, no se tuvieron en cuenta los argumentos expuestos en los alegatos de conclusión de primera instancia, ya que el fundamento de la desviación de poder se centra en el hecho que el actor fue llamado a calificar servicios cuando ya había superado el curso de ascenso y estaba a la espera del mismo, y simultáneamente optar la institución por reintegrar a otros policiales de mayor grado y con más tiempo de servicios que el accionante, los cuales habían sido retirados en la misma fecha; actos que resultan ser contrarios a la finalidad de la ley, tal como se sostuvo en sentencia de unificación del 12 de agosto de 2010 de la Corte Constitucional.

Destacó que la entidad demandada en la contestación del libelo petitorio admitió haber llamado a calificar servicios a varios miembros de la policía superiores en grado y con más tiempo de servicios que el actor, y luego haberlos reintegrado, aspecto que no valoró la *a quo* para saber si la decisión de la entidad era discriminatoria y propendía por favorecer intereses de terceros.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante: insistió en los argumentos planteados en el recurso de apelación, especialmente sobre el tema atinente a que el llamamiento a calificar servicios no respondió al hecho de querer una renovación jerárquica.

Finalmente, solicitó se tuvieran en cuenta unas pruebas que afirmó no fueron aportadas oportunamente, como las resoluciones de retiro realizadas en mayo de 2016, al igual que el oficio nro. S-2018-0046678/SUDIE-GUTAH-37 del 6 de septiembre de 2018, donde certifican la continuidad de unos uniformados, es decir, que fueron reintegrados al servicio, excepto el actor, lo que da cuenta de una violación del derecho a la igualdad y un trato discriminatorio.

Parte demandada: ratificó que a su juicio la parte actora no demostró que los móviles para expedir el acto administrativo fueran ajenos a los que señala la ley.

Hizo alusión nuevamente a la normativa que regula el llamamiento a calificar servicios para concluir que en este caso se cumplían los requisitos de ley para tomar esa decisión, por lo

que indicó que en este caso no se presentó ni una falsa motivación ni una desviación de poder, más cuando la carga de demostrar estas causales de nulidad era del actor, la cual no cumplió.

Ministerio Público: no presentó concepto de fondo.

CONSIDERACIONES

Como no se observa alguna irregularidad que dé lugar a declarar la nulidad de lo actuado, se procederá a fallar de fondo la litis.

Cuestión previa

En el escrito de alegatos de conclusión de segunda instancia, la parte demandante solicitó se tengan como pruebas unos documentos que aportó con el escrito, como son unos actos administrativos proferidos en el año 2016, mediante los cuales se retiraron unos uniformados por llamamiento a calificar servicios, así como un oficio que da cuenta de que esas personas que habían sido llamadas a calificar servicios se encuentran en servicio activo. Ç

Sobre esta solicitud de pruebas debe advertirse, que las mismas fueron peticionadas en una etapa procesal que no es la pertinente, ya que, en segunda instancia, al tenor del artículo 212 del CPACA esta petición solo es pertinente hacerla en el término de ejecutoria del auto que admite el recurso, y siempre y cuando se acrediten unos supuestos de hecho que establece la norma mencionada. En este caso, como se indicó, las pruebas fueron aportadas al momento de presentar los alegatos de conclusión, es decir cuando ya había cobrado ejecutoria el auto admisorio del recurso de alzada, en tal sentido esta petición se torna extemporánea.

Aunado a ello, se evidencia que los actos administrativos que aportó la parte accionante, mediante los cuales se llamó a calificar servicios a unos uniformados, ya reposan en el expediente, en tanto esta prueba documental fue decretada de oficio por parte de la *a quo* (fols. 217 a 229).

Problemas jurídicos

1. ¿El hecho de que hubiese sido llamado el actor a curso para ascenso, y luego en lugar de ascenderlo lo llamó La Policía Nacional a calificar servicios, denota una desviación de poder?

En caso positivo:

2. ¿Tiene derecho el accionante a ser reintegrado al servicio activo de la Policía Nacional sin solución de continuidad, con el pago de los salarios y prestaciones dejadas de percibir?

3. ¿Tiene derecho el señor Carlos Alberto Cardona Tabares al pago de los perjuicios materiales y morales reclamados; se encuentran estos demostrados?

Lo probado en el proceso

- Mediante Resolución nro. 001 de 1995, el señor Carlos Alberto Cardona Tabares fue nombrado como patrullero del Nivel Ejecutivo (fol. 35 a 38).
- El extracto de la hoja de vida del accionante da cuenta que se desempeñó como alumno del Nivel Ejecutivo del 6 de febrero de 1995 al 31 de enero de 1996; que estuvo en el Nivel Ejecutivo del 1º de febrero de 1996 al 18 de mayo de 1996; y que tuvo alta de tres meses del 18 de mayo de 2016 al 16 de agosto de 2016. En consecuencia, laboró un total de 21 años, 6 meses y 9 días (fol. 68).
- Que los formularios de evaluación de desempeño del policial Cardona Tabares dan cuenta que tuvo calificaciones de 1.200 puntos durante casi todo el tiempo de servicios desde el año 2012 al 2016 (fol. 39 a 60).
- Que el señor Carlos Alberto Cardona Tabares adelantó curso de ascenso, Diplomado en Seguridad Ciudadana y Política Pública, del 13 de enero de 2015 al 28 de febrero del mismo año, y sus calificaciones dan cuenta de un promedio de 4.5544 (fol. 61 y 62).
- La Resolución nro. 02525 del 13 de mayo de 2016 retiró del servicio al accionante por llamamiento a calificar servicios de conformidad con el Decreto Ley 1791 de 2000 (fol. 71 y 72). Acto administrativo que fue notificado el 18 de mayo de 2016 (fol. 73).

- Se solicitó como prueba de oficio por parte del juzgado se enviaran los actos administrativos por medio de los cuales se llamó a calificar servicios a Alfonso Jaramillo Giraldo, Jairo Mauricio Osorio Farfán, Omar Felix Ocampo, Modesto Durán Suárez, Jesús Fernando Marín Melo y Javier Reyes, y en consecuencia se aportaron al proceso las Resoluciones 02801, 02387, 02445, 02394, 02433 y 02800, todas del 13 de mayo de 2016 (fols. 217 a 229 C.1).

Primer problema jurídico

¿El hecho de que hubiese sido llamado el actor a curso para ascenso, y luego en lugar de ascenderlo lo llamó La Policía Nacional a calificar servicios, denota una desviación de poder?

Tesis: La Sala defenderá la tesis que, conforme a las normas que regulan la carrera de la Policía Nacional, en el evento que un agente sea llamado a curso para ascenso, incluso lo haya superado, no limita la facultad discrecional que tiene la Policía Nacional para llamar a calificar servicios, y por lo tanto en ese evento no incurre en desviación de poder.

Marco normativo y jurisprudencial

En jurisprudencia sobre esta causal de nulidad sostuvo el Consejo de Estado¹:

*El fenómeno de desviación de poder se puede presentar, aun en los actos administrativos de naturaleza discrecional, pues tal prerrogativa no puede ejercerse de manera arbitraria o exceder los lineamientos previstos en el ordenamiento jurídico; por consiguiente, además de los requisitos objetivos que legalmente se exigen, es preciso que el retiro esté inspirado en razones del buen servicio. Sin embargo, es pertinente afirmar por parte de la Sala, que demonstrar la causal de desviación de poder implica llevar al juzgador a la **convicción plena** de que la intención de quien profirió el acto se alejó de la finalidad del buen servicio y se usó con fines distintos a los previstos por la norma. Cuando se invoca este vicio, necesariamente, la prueba ha de encontrarse en circunstancias anteriores a la determinación que se acusa, pues se trata de establecer, precisamente, la intención del funcionario que expide el acto, que es previa a la toma de la decisión (subrayado fuera de texto).*

Se entiende entonces por discrecionalidad², la potestad jurídica dada a la administración para apreciar, valorar y juzgar las circunstancias de hecho a fin de escoger dentro del orden jurídico la oportunidad y el contenido de su decisión dentro de varias posibles; entonces,

¹ Radicado Nro. 170012331000200301412 02(0734-10) – 23 de febrero de 2001.

² Sobre el tema, véanse las sentencias C-031 de 2 de febrero de 1995 y C-525 de 15 de noviembre de 1995.

hay facultad o competencia discrecional cuando la autoridad administrativa en presencia de circunstancias de hecho determinadas es libre -dentro de los límites que fije la ley- de adoptar una u otra decisión; es decir, cuando su conducta no está previamente determinada por esta.

En relación con la Policía Nacional, el Decreto 1791 de 2000, por el cual se modifican las normas de carrera del Personal de Oficiales, Nivel Ejecutivo, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional, frente al retiro del servicio por llamamiento a calificar servicios determinó:

ARTÍCULO 54. RETIRO. *Es la situación por la cual el personal uniformado, sin perder el grado, cesa en la obligación de prestar servicio.*

El retiro se hará del nivel ejecutivo, y agentes, por resolución ministerial, facultad que podrá delegarse en el Director General de la Policía Nacional.

ARTÍCULO 55. CAUSALES DE RETIRO. *El retiro se produce por las siguientes causales:*

- 1. Por solicitud propia.*
- 2. Por llamamiento a calificar servicios.*

(...)

ARTÍCULO 57. RETIRO POR LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS. *El personal de agentes de la Policía Nacional sólo podrá ser retirado por llamamiento a calificar servicios, después de haber cumplido quince (15) años de servicio. El personal del Nivel Ejecutivo solo podrá ser retirado por llamamiento a calificar servicios, después de haber cumplido veinte (20) años de servicio.*

Conforme a la normativa en cita, se observa que una de las causales para efectuar el retiro del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional es el llamamiento a calificar servicios; y que el único requisito que se exige para disponer esta medida es que se hayan cumplido las exigencias para el reconocimiento de la asignación de retiro.

Sobre el tema del retiro por llamamiento a calificar servicios, la Sección Segunda – Subsección B del Máximo Tribunal Administrativo, en providencia del 19 de julio de 2019, radicado 27001-23-33-000-2014-90002-01(0165-17) expuso lo siguiente:

ii) Retiro por llamamiento a calificar servicios

Al respecto ha considerado la Corte Constitucional que el retiro del personal uniformado de la Fuerza Pública por llamamiento a calificar servicios es una forma normal de retiro del servicio activo cuando se cumple el requisito de tiempo de servicio, para permitirle al uniformado ser beneficiario de la asignación de retiro³.

Esta causal de retiro constituye en un instrumento importante para la administración, que permite el relevo generacional dentro de la línea jerárquica dentro de actuación que supone el ascenso de algunos miembros y la separación del servicio de otros, de ahí la especial connotación que adquiere frente a otras formas de retiro laboral. Tal característica ha sido objeto de análisis de la jurisprudencia en varias oportunidades. En efecto, la Corte Constitucional⁴ sostuvo:

“(...) “calificar servicios”, acepción que implica el ejercicio de una facultad discrecional que, si bien conduce al cese de las funciones del oficial o suboficial en el servicio activo, no significa sanción, despido ni exclusión infamante o desdolorosa, sino valioso instrumento institucional de relevo dentro de la línea jerárquica en cuya virtud se pone término al desempeño de unos para permitir el ascenso y la promoción de otros, lo cual, en cuanto constituye ejercicio de una facultad inherente a la normal renovación del personal de los cuerpos armados y a la manera corriente de culminar la carrera oficial dentro de ellos, no puede equipararse con formas de retiro cuyos efectos son puramente laborales y sancionatorios, como la destitución. Tal atribución hace parte de las inherentes al ejercicio del poder jerárquico de mando y conducción de la fuerza pública, cuyas autoridades deben disponer de poderes suficientes para sustituir, en la medida de las necesidades y conveniencias, con agilidad y efectividad, al personal superior y medio de las jerarquías militares y de policía, con base en apreciaciones y evaluaciones de naturaleza institucional y según el cometido que les es propio. (...)” (Subrayas fuera de texto).

Igualmente, el pronunciamiento contenido en la sentencia SU-091 de 2016⁵ se refirió al tema de motivación en el acto de retiro por llamamiento a calificar servicios para indicar que en este caso, aquella está dada expresamente por la ley y para que proceda es necesario que se configuren dos requisitos, a saber: (i) tener un tiempo mínimo de servicios y (ii) ser acreedor de la asignación de retiro, regla que en la sentencia SU-217 de 2016⁶, juzgó conveniente para promover la “(...) necesaria renovación de los cuadros de mando en la Fuerza Pública y se observan todas las garantías procesales y

³ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia SU-091 de 2016.

⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-72 de 1995. Referencia: Expedientes acumulados D-1044, 1045 y 1046.

⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia del 25 de febrero de 2016. Magistrado ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Referencia: expedientes T- 4.862.375, T-4.938.030, T-4.943.399 y T-4.954.392.

⁶ Sentencia del 28 de abril de 2016. Referencia: Expedientes T-5.173.085 y T-5.189.329 y T-5.189.400 (acumulados).

sustanciales de los oficiales que son objeto de esta medida que, a diferencia del retiro por voluntad de la Dirección General o del Gobierno, no es una sanción sino una manera decorosa de culminar la carrera militar o policial. (...)”.

En esta última providencia la Corte hizo énfasis en que la ley “(...) no impone un estándar de razonabilidad y proporcionalidad sobre estas decisiones más allá de que se configuren las causales objetivas para que se pueda proceder a retirar (...)”, de manera que es claro que no es exigible que el nominador exponga razones adicionales para la adopción de la decisión.

Por su parte el Consejo de Estado⁷ ha sostenido que el llamamiento a calificar servicios corresponde al ejercicio de una facultad discrecional, cuya materialización depende de las necesidades del servicio, atiende a un concepto de evolución institucional y permite un relevo dentro de la línea jerárquica de las Fuerzas Armadas, facilitando el ascenso y promoción del personal, en desarrollo de la cual el nominador tiene libertad para apreciar, valorar, juzgar y escoger la oportunidad y el contenido de su decisión dentro de las varias posibilidades.

Por otra parte, frente a la motivación del acto administrativo de retiro por llamamiento a calificar servicios, esta Corporación ha considerado:

“(...) El retiro por llamamiento a calificar servicios se produce en ejercicio de una facultad discrecional, la cual por su naturaleza no requiere motivación, se presume ejercida en aras del buen servicio y quien afirme que en su expedición concurrieron razones diferentes, tiene a su cargo la obligación de aducir e incorporar la prueba que así lo demuestre.

(...)

Insiste la Sala, es incuestionable que el Gobierno Nacional está autorizado por la Ley para retirar (por llamamiento a calificar servicios) a los oficiales, después de haber cumplido quince (15) o más años de servicio, facultad que, como ya se hizo precisión, se presume ejercida en beneficio del buen servicio público⁸. (...)”.

En consecuencia, según el criterio del Consejo de Estado no debe motivarse expresamente el acto administrativo que dispone el retiro por llamamiento a calificar servicios de los oficiales y suboficiales, dado que se presume expedido con la finalidad de relevar la línea jerárquica en aras del buen servicio.

⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del 21 de noviembre de 2013. Radicación: 760012331000200501375 01 (0197-2013).

⁸ Sección Segunda, subsección A. Sentencia del 30 de octubre de 2014. Magistrado ponente: Alfonso Vargas Rincón. Radicación: 11001-03-15-000-2013-01936-01.

Ahora bien, dadas las particularidades del llamamiento a calificar servicios, principalmente, el hecho de que es reconocida como una manera decorosa de culminación de servicios en la Fuerza, esta jurisdicción sostuvo que un excelente desempeño de las funciones no riñe con la legitimidad del acto administrativo que así ordene el retiro. En efecto, el buen cumplimiento de las funciones ha sido entendido como connatural al ejercicio de la labor y por ello, no genera fuero e inamovilidad en el empleo⁹.

De igual forma, también se ha precisado que el retiro por llamamiento a calificar servicios no es una sanción o trato degradante, sino un instrumento por el cual se permite que los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y de Policía disfruten de la asignación de retiro¹⁰. Bajo dicho entendido, la causal de llamamiento a calificar no requiere motivación en consideración a que ella está dada expresamente por la ley y para que proceda solamente es necesario que el policial demuestre: (i) tener un tiempo mínimo de servicios y (ii) ser acreedor de la asignación de retiro, además del concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares.

Adicionalmente, el acto administrativo mediante el cual se retira del servicio a los miembros de las Fuerzas Militares y de Policía con ocasión de la prerrogativa de llamamiento a calificar servicios, no debe motivarse, sin embargo, cuando como en este caso, se advierten sus fundamentos en el acto enjuiciado, el juez debe analizar aquellos, con el fin de verificar la administración atendió los límites legales y constitucionales.

Queda claro entonces, que el retiro por llamamiento a calificar servicios es un acto discrecional de la Policía Nacional; que por su naturaleza no requiere motivación; y que se presume una decisión ejercida en aras del buen servicio. Por ello, quien afirme que en su expedición concurrieron razones diferentes, tiene a su cargo la obligación de aducir e incorporar la prueba que así lo demuestre.

Al descender al caso concreto, y si bien en la demanda incluye otros aspectos, en el escrito de apelación, el actor insiste que se evidencia la desviación de poder por el hecho de que fue llamado a calificar servicios, después que había sido llamado y pasado el curso para ascenso el cual se realizó porque existían las vacantes para ser promovido, sumado a que se ordenó el reintegro de varios institucionales de mayor grado y más tiempo de servicios

⁹ En este sentido se pueden consultar las providencias del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, radicación 05001-23-31-000-2002-00428-01 (0871-11), reiterado por la Subsección B, en la sentencia del 19 de enero de 2017.- Consejero ponente César Palomino Cortés. Radicación: 05001-23-31-000-1999-02281-02 (4117-2014).

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 18 de mayo de 2011. Magistrado ponente: Alfonso Vargas Rincón. Radicación: 54001-23-31-000-2001-00054-01(1065-10).

que habían sido llamados a calificar servicios en la misma fecha que el accionante, lo que da cuenta que en este caso no se persiguió la renovación jerárquica sino que se evidencia un trato discriminatorio y la necesidad de favorecer intereses de terceros.

Frente a este aspecto, es claro conforme lo trae la normativa y la jurisprudencia, que la única condición para llamar a calificar servicios a un agente del servicio de la Policía Nacional, es que haya cumplido el término para obtener su asignación de retiro, así las cosas, el hecho de que haya sido convocado a curso para ascenso no es una limitante para aplicar la facultad discrecional.

Asociado a ello, aunque es cierto que el haber realizado el curso de capacitación es uno de los requisitos para obtener el ascenso, no se observa una disposición que indique que ello ya constituye un derecho adquirido para el uniformado frente a la promoción de grado, máxime cuando el artículo 20 del Decreto 1791 de 2000, determina que una de las condiciones del ascenso es la existencia de las vacantes, sin que en este caso la parte actora acreditara alguna situación anómala o irregular en relación con este asunto.

También debe advertirse, que la parte actora no aportó ninguna prueba que lleve a esta Sala al convencimiento pleno de que la situación presentada con los otros uniformados que ocupaban un rango superior, que también habían sido llamados a calificar servicios y que según su dicho luego fueron reincorporados, tenía una intención turbia frente a la promoción a otro grado del actor, pues esto no pasar de ser una simple afirmación.

Lo que se evidencia en el acto administrativo, es que se acreditó el requisito para llamar a calificar servicios al actor, en tanto para el momento en que se tomó la decisión el accionante contaba con los 20 años de servicios para hacerse acreedor a la asignación de retiro, siendo este uno de los supuestos que establece la norma para ser retirado del servicio.

En conclusión, dentro del expediente no obran pruebas que permitan advertir que la finalidad del acto demandando fue diferente a la prevista en ley y la jurisprudencia, o que la intención del retiro fue ajena al buen servicio y al relevo jerárquico del mando, debiendo además probar que al no ser ascendido se desmejoró el servicio.

En tal sentido, en el presente asunto, como el demandante no logró demostrar de manera fehaciente que los motivos que desencadenaron el llamamiento a calificar servicios son ajenos al interés general y al buen servicio, y que en realidad desbordaron la facultad que

tiene el nominador para separar del servicio activo a quien cumplió más de 20 años en la institución, no es procedente anular el acto administrativo y ordenar el reintegro, razón por la que se confirmará la decisión de primera instancia.

Por sustracción de materia no se resolverán los demás problemas jurídicos.

Conclusión

Como la decisión en torno a llamar a calificar servicios al accionante se trata de una discrecional, debió la parte actora demostrar de manera irrefutable la desviación de poder que alega se presentó con la expedición de la Resolución 02525 del 13 de mayo de 2016; y la cual no se prueba por el mero hecho de que fue llamado y superado el curso de ascenso, pues ello no es una limitante para la Policía Nacional, ni otorga derechos adquiridos. no queda más que negar las pretensiones de la demanda.

Costas

Conforme al artículo 188 del CPACA en el presente asunto se condenará en costas de segunda instancia a la parte demandante, en atención a que la sentencia de primera instancia fue confirmada. Sin embargo, la condena solo se hará por el concepto de agencias en derecho, ya que no hay más gastos en esta instancia, pero se observa actuación del apoderado de la parte accionada en el trámite adelantado ante esta corporación, como fue la presentación de alegatos de conclusión; las costas se liquidarán de acuerdo al artículo 366 y siguientes del CGP.

Las agencias en derecho se tasan en un valor de \$25.000, de conformidad con el Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura, a favor de la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional y a cargo de la parte actora.

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 proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales el 28 de febrero de 2019, dentro del proceso que en ejercicio del

medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovió **CARLOS ALBERTO CARDONA TABARES** contra **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL**, según lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Costas de segunda instancia a cargo de la parte accionante y a favor de la Nación - Ministerio de Defensa – Policía Nacional. Fíjense agencias en derecho en la suma de \$25.000 a favor de la parte demandada y a cargo de la parte accionante.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

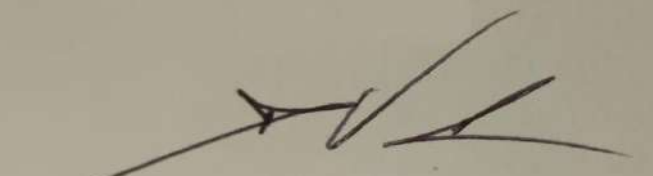
Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Virtual realizada el 30 de julio de 2020 conforme Acta nº 036 de la misma fecha. g



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
Magistrado



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 097 del 4 de agosto de 2020. Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.

Manizales, _____

A handwritten signature in green ink, consisting of several vertical strokes of varying heights and a horizontal base line, with a long vertical stroke extending downwards from the left side.

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

SALA PRIMERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

RADICADO	17001-33-39-007-2017-00434-02
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	GLORIA GIL ZULUAGA
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 demandada contra el fallo que accedió a pretensiones, proferido por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales en audiencia inicial celebrada el 28 de marzo de 2019.

PRETENSIONES

1. Declarar la nulidad parcial de la Resolución nro. 3413-6 del 29 de abril de 2016, en lo que tiene que ver con la determinación de la cuantía de la mesada pensional sin incluir todos los factores salariales devengados en el último año de servicios al momento del retiro definitivo de la docencia.
2. Declarar que la demandante tiene derecho a que la entidad demandada le reconozca y pague una pensión ordinaria de jubilación a partir del 31 de diciembre de 2015, equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento del retiro definitivo de la docencia, que son los que constituyen la base de la reliquidación pensional.

A título de restablecimiento del derecho pidió:

1. Condenar a la entidad demandada que reconozca y pague una reliquidación de la pensión ordinaria de jubilación a partir del 31 de diciembre de 2015, equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento del retiro definitivo de la docencia, que son los que constituyen la base de la reliquidación de la pensión.
2. Condenar a la demandada que en el caso concreto extienda el reconocimiento de la prima de servicios según el Decreto 1545 del 19 de julio de 2013, que no fue tomada en cuenta en la resolución que reconoció y ordenó el pago de la reliquidación pensional.
3. Ordenar a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que sobre el momento inicial de la pensión aplique los reajustes de la ley para cada año como lo ordena la Constitución Política.
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.
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 emolumentos con el inciso final del artículo 187 del CPACA.
6. Ordenar a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el reconocimiento 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, teniendo en cuenta la omisión en el acatamiento del precedente jurisprudencial.

8. Que de las sumas que resultaren a favor de la demandante se descuenta lo cancelado en virtud de la resolución que reconoció el derecho a la pensión de jubilación proferida por la entidad.

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.

➤ La señora Gil Zuluaga adquirió su reconocimiento de la pensión a partir del 8 de febrero de 2006 mediante Resolución nro. 0279 del 17 de abril de 2006, modificada por la Resolución nro. 00021 del 7 de febrero de 2007, y a través de sentencia mediante Resolución nro. 10855 del 11 de diciembre de 2015, le fueron reconocidos los factores salariales que inicialmente no se incluyeron.

➤ Después de ser reajustada su pensión ordinaria de jubilación, a partir del 8 de febrero de 2006, mediante la Resolución nro. 10855-6 del 11 de diciembre de 2015, la accionante continuó prestando sus servicios en la docencia hasta el 31 de diciembre de 2015, momento del retiro definitivo.

➤ La base de reliquidación pensional, en su momento, incluyó solo la asignación básica, la prima de alimentación, la prima de navidad, la prima de vacaciones y la bonificación mensual según Decreto 1566 del 1º de junio de 2014, pero se omitió tener en cuenta la prima de servicios del Decreto 1545 de 2013, percibida durante el último año de servicios anterior al retiro del servicio.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Artículo 15 de la Ley 91 de 1989; artículo 1º 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 a los vinculados con posterioridad a la Ley 812, se les aplica 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.

Señaló además que el Máximo Tribunal Administrativo también aclaró que, al momento de liquidar la pensión, tanto la prima de vacaciones como la de navidad deben ser tomadas en cuenta para determinar el IBL, según el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

Adujo 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 al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

Finalmente indicó que, si no fue realizado el descuento por concepto de primas y bonificaciones, debe ordenarse el mismo en el último año de servicios.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Nación - Ministerio de Educación - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio: manifestó que se opone a todas y cada una de las pretensiones, puesto que los actos demandados se ajustan a derecho.

Propuso las excepciones de:

- **Falta de integración del contradictorio – litisconsorcio necesario:** adujo que según la Ley 715 de 2001 la administración del servicio educativo ya no es nacionalizada sino descentralizada en cada una de las entidades territoriales, es decir, en los municipios y departamentos; y de igual manera la Ley 91 de 1989 atribuyó a las entidades territoriales las prestaciones sociales del personal nacionalizado.

Que el Decreto 2831 de 2005 estipula que el trámite de reconocimiento y pago de las prestaciones económicas a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales será efectuado por las secretarías de educación de las entidades territoriales certificadas, quienes elaboran y remiten el acto administrativo a la Fiduciaria La Previsora, quien administra los recursos del fondo, y por ello debe ser vinculada al presente proceso al igual que la entidad territorial, en este caso, el Municipio de Manizales.

- **Ineptitud sustancial de la demanda por falta de legitimación en la causa por pasiva de la Nación – Ministerio de Educación:** hizo alusión a que la competencia de administrar las plantas de personal de docentes vinculados a las entidades, por ser nominadoras, se encuentra en cabeza de las entidades territoriales certificadas en educación, ya que el Ministerio de Educación según la Ley 715 de 2001 solo se encarga de establecer las políticas educativas, y por ello no presta el servicio educativo ni administra plantas de personal docente.

- **Inexistencia del demandado – falta de relación con el reconocimiento del derecho conexo o derivado del acto administrativo expedido por la entidad territorial certificada. Falta de competencia del Ministerio de Educación para expedir el acto administrativo y reconocer el derecho reclamado:** señaló que el procedimiento para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales a cargo del fondo según el Decreto 1075 de 2015, para indicar que no existe relación de causalidad o vínculo entre la entidad y el derecho solicitado por el docente, ya que el trámite está en cabeza de la entidad territorial certificada y de la sociedad fiduciaria.

- **Inexistencia de la obligación demandada por inexistencia de causa jurídica:** manifestó que no hay lugar a incluir en el IBL de la pensión el factor de prima de servicios, por cuanto el mismo no fue creado a favor de los docentes según la Ley 91 de 1989.

- **Prescripción:** adujo que se debe declarar la prescripción de los derechos que superen el lapso de 3 años desde que se hizo exigible la obligación, según el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y Decreto 1848 de 1969.

- **Buena fe:** hace énfasis en que la entidad no ha obrado con el ánimo de desconocer los derechos prestacionales, sino con estricto apego a la ley aplicable al caso.

- **Genérica:** pidió se declare cualquier otra excepción que se encuentre probada en el curso del proceso.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 28 de marzo de 2019, accedió a las pretensiones, tras plantearse como problema jurídico si procedía el reajuste de la pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

Tras hacer un recuento normativo que incluyó la Ley 91 de 1989, el Decreto 3135 de 1968,

Decreto 1848 de 1969, Decreto 1045 de 1978, Ley 33 de 1985, Ley 812 de 2003, la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 del Consejo de Estado y la del 28 de agosto de 2018, indicó que la accionante tenía derecho al reajuste de su pensión con la inclusión de los factores salariales percibidos en el año de retiro, especialmente el de la prima de servicios, que comprobó era el único rubro que faltaba por incorporar en el IBL, en tanto según la Resolución 3413-6 del 29 de abril de 2016 ya estaban incluidos en el ingreso base de liquidación el sueldo mensual, la prima de navidad, prima de vacaciones, prima de alimentación y bonificación mensual.

Declaró entonces la nulidad parcial del acto administrativo y ordenó el reajuste de la pensión para que se incluyeran en el IBL además del sueldo mensual, la prima de navidad, la prima de vacaciones, la prima de alimentación y la bonificación mensual, la doceava parte de la prima de servicios percibida en el último año anterior al retiro del servicio, comprendido entre el 31 de diciembre de 2014 y el 30 de diciembre de 2015, con efectos fiscales a partir del 31 de diciembre de 2015, por prescripción.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada en primera instancia, la parte demandada presentó recurso de apelación en forma oportuna, mediante memorial visible a folios 97 a 100 del cuaderno 1.

Adujo que para ser beneficiario de la Ley 33 de 1985 era necesario al momento de entrar en vigencia la norma haber cumplido 15 años de servicios, y que de otra parte la excepción solo abarcaba lo relacionado con la edad de jubilación, de lo cual se desprendía que lo atinente a los factores salariales no había quedado comprendido en esta excepción, y por ello no le asistía derecho al accionante en relación con la normativa que invocaba.

Añadió que el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 establece que los docentes nacionalizados que figuren vinculados al 31 de diciembre de ese año, para efectos de sus prestaciones, mantienen el régimen prestacional del que han venido gozando, y para el caso de los nacionales indica que se les aplicará el mismo régimen de los empleados del orden nacional, lo que significaría que sería la Ley 33 de 1985 con sus modificaciones, y en tal sentido los únicos factores que pueden ser incluidos son aquellos sobre los que se haya cotizado, lo cual se complementa con lo determinado en el Decreto 1158 de 1994 y en el Acto Legislativo 01 de 2005.

También hizo alusión a la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 en lo que respecta a los factores salariales a tener en cuenta en el IBL, para reafirmar que solo pueden incluirse aquellos sobre los que se haya cotizado.

Concluyó entonces que la pensión de la demandante fue liquidada de manera correcta, y que por ello no es procedente acceder a las pretensiones de la demanda en tanto se desconocería la nueva línea jurisprudencial.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante: señaló que se ratificaba en los argumentos expuestos en la demanda.

Parte demandada: no presentó alegatos de conclusión.

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

▪ ¿Es procedente para el caso concreto reliquidar la pensión de jubilación de la señora Gloria Gil Zuluaga con inclusión en el IBL de la totalidad de factores salariales devengados en el año anterior al retiro definitivo de la docencia?

Lo probado

➤ En la Resolución nro. 00000279 del 17 de abril de 2006 se indica que la accionante llevaba más de 20 años de servicios como docente nacionalizada, y que nació en 1951-02-07 (fol. 16 C.1).

➤ A la señora Gloria Gil Zuluaga se le reconoció una pensión de jubilación a través de la Resolución nro. 00000279 del 17 de abril de 2006 en cuantía de \$1.215.643 a partir del

2006/02/08. El monto de su pensión fue equivalente al 75% de un IBL conformado por el sueldo mensual percibido en el año de adquisición del estatus (fol. 16 y 17).

➤ A través de Resolución nro. 00000021 del 7 de febrero de 2007 se modificó el artículo primero de la Resolución 0279 del 17 de abril de 2006, en el sentido que la cuantía de la pensión era de \$1.221.890 efectiva a partir del 2006/02/08 (fol. 18 C.1).

➤ Mediante Resolución nro. 10855-6 del 11 de diciembre de 2015 se ajustó una pensión de jubilación en cumplimiento a un fallo emitido por el Juzgado Cuarto Administrativo de Descongestión del Circuito de Manizales, confirmado por el Tribunal Administrativo de Caldas, en el cual se ordenó la indexación de la primera mesada pensional a partir del 8 de febrero de 2005, así como la inclusión en el IBL de los factores de prima de navidad, prima de vacaciones y prima de alimentación, con efectos fiscales a partir del 30 de diciembre de 2008 por prescripción trienal. En consecuencia, se mesada aumentó a la suma de \$1.378.448 a partir del 8 de febrero de 2006 (fols. 19 y 20 C.1).

➤ Según la información de la Resolución nro. 3413-6 del 29 de abril de 2016, la demandante se retiró del servicio a partir del 31 de diciembre de 2015 (fol. 21).

➤ La Resolución nro. 3413-6 del 29 de abril de 2016 reconoció y ordenó una reliquidación de pensión de jubilación con la inclusión de los factores de sueldo mensual, prima de navidad, prima de vacaciones, prima de alimentación y bonificación Decreto 1566 de 2014 devengados en el último año de servicios; IBL al que se le aplicó una tasa del 75% para así obtener una mesada por valor de \$2.462.5120 efectiva a partir del 31 de diciembre de 2015 (fol. 21 C.1),

➤ Conforme al certificado de salarios visible a folio 22, la señora Gil Zuluaga devengó en el año inmediatamente anterior al retiro del servicio (31 de diciembre de 2014 al 30 de diciembre de 2015) asignación básica, bonificación mensual, prima de vacaciones, prima de alimentación, prima de navidad y prima de servicios.

Régimen legal aplicable

Para determinar cuál es el régimen aplicable a los docentes, debe hacerse referencia inicialmente al artículo 81 de la Ley 812 de 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 nro. 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, dispuso en el párrafo transitorio 1º lo siguiente:

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

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

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

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

¹ “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. [...] (Negrillas fuera de texto)

Para el caso concreto, aunque no se conoce la fecha de vinculación de la demandante, se consignó en el acto administrativo 0279 del 17 de abril de 2006 que se ha desempeñado como docente nacionalizada por más de 20 años, hecho que además se afirmó en la demanda y que no fue controvertido por la parte demandada de ninguna manera.

En este orden de ideas, si para el año 2006 tenía más de 20 años de servicios prestados, se infiera que 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*

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.

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 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.

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 Gil Zuluaga le reconocieron pensión de jubilación, en cuya reliquidación se incluyeron la asignación básica mensual, la prima de navidad, la prima de vacaciones, la prima de alimentación y la bonificación Decreto 1566 de 2014, según Resolución 3413-6 de 2016.

En la demanda promovida, la parte actora reprocha que se hubiera omitido incluir la totalidad de factores salariales devengados en el año de retiro, pero lo cierto es que según el certificado de factores salariales solo estaría por fuera del IBL la prima de servicios.

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

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

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

De otro lado, debe aclarar la Sala que pese a que en la Resolución nro. 3413-6 del 29 de abril de 2016 se tuvo en cuenta la prima de navidad, la prima de vacaciones, la prima de alimentación y la bonificación del Decreto 1566 de 2014 percibidas en el año de retiro del servicio 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, 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.

Conclusión

De conformidad con la normativa y la jurisprudencia citada y con fundamento en los hechos debidamente acreditados, estima esta Sala de Decisión que a la parte demandante no le asiste derecho a que se reliquide su pensión con la inclusión de la prima de servicios, que es el único factor de los devengados en el último año de servicios que no está incluido en el IBL de la pensión según la Resolución nro. 3413-6 del 29 de abril de 2016.

Por ello la sentencia de primera instancia será revocada y en consecuencia se negarán las pretensiones de la parte actora.

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

Costas

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

En mérito de lo expuesto, **LA SALA 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 28 de marzo de 2019 proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora **GLORIA GIL ZULUAGA** contra la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, según lo expuesto en la parte motiva.

En su lugar

NEGAR LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

SEGUNDO: NO SE CONDENA EN COSTAS por lo brevemente expuesto en la parte considerativa.

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

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Virtual realizada el 30 de julio de 2020

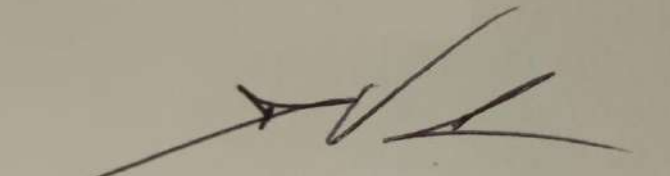
según acta nro. 036 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
Magistrado



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

<p style="text-align: center;">TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS</p> <p>El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 097 del 4 de agosto de 2020. Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.</p> <p>Manizales, _____</p> <div style="text-align: center;"></div> <p style="text-align: center;">HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA Secretario</p>
--



República de Colombia
Honorable Tribunal Administrativo de Caldas
Sala Sexta de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Manizales, tres (3) de agosto de dos mil veinte (2020)

Auto Interlocutorio 119

Radicación	17001-33-33-002-2018-00035-00
Clase	Resuelve Recurso de Apelación
Medio de Control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante	ALBA NIDIA GÓMEZ JIMÉNEZ
Demandado	Nación- Ministerio de Educación Nacional- FOMAG

ASUNTO

Esta Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, en sede de segunda instancia, procede a desatar la apelación interpuesta por la parte demandante contra el auto del 03 de diciembre de 2019 proferido por la Señoría del Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, que declaró probada la excepción de “*Falta de Integración del Contradictorio- Litisconsorcio Necesario*” y ordenó la vinculación del Departamento de Caldas y la Fiduprevisora S.A.

ANTECEDENTES

El 05 de febrero de 2018 fue presentada para su reparto a los juzgados administrativos de Manizales, demanda de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta por la señora ALBA NIDIA GÓMEZ JIMÉNEZ, a través de apoderado judicial contra la Nación- Ministerio de Educación- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio solicitando se declare la nulidad Resolución 5702-6 de fecha 31 de julio de 2017, mediante de la cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción por mora por el no pago oportuno de cesantías.

DEL AUTO APELADO

El conocimiento le correspondió el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, admitiendo la demanda el 07 de mayo de 2018, celebrándose audiencia

inicial de que trata el artículo 180 del C.P.A.C.A. el 26 de noviembre de 2019, en la cual se declaró próspera la excepción de vinculación de litisconsorte, y en consecuencia ordenó la vinculación de la Entidad Territorial, al DEPARTAMENTO DE CALDAS y a la FIDUPREVISORA SA. Al considerar que de acuerdo al artículo 57 de la Ley 1955 se establecen claramente las responsabilidades para el trámite en la mora de las cesantías docentes, es decir las actuaciones de cada entidad ya están establecidas por la ley.

EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el Ministerio Público, interpuso recurso de apelación contra la decisión de integrar el litisconsorcio necesario al considerar que las partes vinculadas no les asiste responsabilidad alguna en el reconocimiento de la sanción moratoria reclamada dentro del proceso de la referencia, más aun teniendo en cuenta que la vinculación se da con sustento a una normativa que no estaba vigente al momento de tramitar el reconocimiento y pago de las cesantías.

EL TRÁMITE PROCESAL

El recurso se concedió por auto del 03 de diciembre de 2019¹, y se dispuso a Despacho el 15 de enero de 2020².

CONSIDERACIONES

La presente decisión es competencia de la sala unitaria al tenor del artículo 153 del CPACA.

EL PROBLEMA JURÍDICO

¿Para el pago de Sanción por el pago extemporáneo de las cesantías solicitadas por la accionante, además de la Nación- Ministerio de Educación- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, se requiere la integración del litisconsorcio de las entidades territoriales y de la Fiduprevisora S.A. conforme lo establecido en la ley 1955 de 2019?

¿La Ley 1955 de 2019, se puede aplicar para las solicitudes de cesantías anteriores a la promulgación de la ley?.

¹ (f.1 64 c.1)

² (f. 2 c.2)

FIGURA DEL LITISCONSORCIO

La característica esencial del litisconsorcio necesario es que la sentencia tiene que ser única y de igual contenido para la pluralidad de sujetos que integran la relación jurídico-procesal, unidad que impide adoptar decisiones que no incidan en todos los integrantes, en tanto que en el litisconsorcio facultativo como la pluralidad de partes corresponde también a una pluralidad de relaciones sustanciales controvertidas, es posible que las causas reunidas se separen en cierto momento y cada uno vuelva a ser objeto de un proceso separado.

Así mismo, se ha indicado por la jurisprudencia que “Se deduce de todo lo anterior que el litisconsorcio necesario tiene su fundamento en la naturaleza de la relación sustancial objeto del litigio, definida expresamente por la ley o determinada mediante la interpretación de los hechos y derechos materia del proceso. En el primer evento basta estarse a lo dispuesto por la ley, pero cuando se trata de establecerlo con fundamento en la relación objeto del litigio, se impone un análisis cuidadoso para establecer la naturaleza del asunto y la imposibilidad de proferir un pronunciamiento de fondo, sin la comparecencia de un número plural de sujetos”.

De acuerdo a lo señalado en el artículo 224 de la Ley 1437 de 2011, la figura de litisconsorte e intervenciones es aplicable a ciertos medios de control, para el efecto aquel en los que se busca una reparación o restablecimiento conforme lo indica dicha preceptiva, expresa a la letra:

“ARTÍCULO 224. COADYUVANCIA, LITISCONSORTE FACULTATIVO E INTERVENCIÓN AD EXCLUDENDUM EN LOS PROCESOS QUE SE TRAMITAN CON OCASIÓN DE PRETENSIONES DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, CONTRACTUALES Y DE REPARACIÓN DIRECTA. Desde la admisión de la demanda y hasta antes de que se profiera el auto que fija fecha para la realización de la audiencia inicial, en los procesos con ocasión de pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho, contractuales y de reparación directa, cualquier persona que tenga interés directo, podrá pedir que se la tenga como coadyuvante o impugnadora, litisconsorte o como interviniente ad excludendum (...)”.

A su turno, el litisconsorcio necesario se encuentra previsto en el artículo 61 del CGP, aplicable en virtud de la remisión normativa establecida en el precepto 227 del CPACA:

“(…) ARTÍCULO 61. LITISCONSORCIO NECESARIO E INTEGRACIÓN DEL CONTRADICTORIO. Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciere así, el juez, en el auto que admite la demanda, ordenará notificar y dar traslado de esta a quienes falten para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado (…).”

Por su parte, la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado , ha señalado las clases de litisconsorcio que pueden devenir de las relaciones jurídicas sustanciales, dando lugar a la obligatoriedad, o no de su vinculación, a lo cual adujo:

“(…) En primer lugar, debe decirse que existen dos clases de litisconsorcio: (i) el necesario y; (ii) el facultativo. El primero se da cuando existe pluralidad de sujetos que actúan en calidad de demandante (litisconsorcio por activa) o demandado (litisconsorcio por pasiva) que están vinculados por una relación jurídico sustancial, lo que implica que, por mandato legal, sea indispensable y obligatoria, la presencia dentro del litigio de todos y cada uno de ellos.

En otras palabras, el litisconsorcio necesario se configura cuando el proceso versa sobre relaciones jurídicas que no es posible resolver sin la comparecencia de las personas que puedan afectarse o beneficiarse con la decisión o que hubieren intervenido en la formación de dichos actos.

No conformar esta clase de litisconsorcio, impide que el proceso se desarrolle y en consecuencia es factible emitir una sentencia inhibitoria, puesto que cualquier decisión que se tome puede perjudicar o beneficiar a todos los sujetos sin la presencia de los mismos.

En el litisconsorcio facultativo por su parte, al proceso concurren varios sujetos libremente, ya sea como demandantes o demandados, no por una relación jurídica inescindible, sino porque deciden presentar el proceso en conjunto pese a que podían iniciarlo por separado. Aquí, el proceso puede seguir su curso normal y decidirse de fondo con

presencia o no de los litisconsortes facultativos porque la sentencia no los perjudica ni los beneficia.

Dicho esto, la Subsección declarará impróspera la excepción propuesta por la señora Maruja Guerrero de Albornoz referente a la no conformación del litisconsorcio necesario, por cuanto en este caso es factible resolver la situación jurídica planteada, esto es, legalidad del reajuste especial reconocido por Fonprecon, sin la presencia de las demás entidades que concurren al pago de la mesada pensional, como entidades cuota partistas. (...)

Del pronunciamiento jurisprudencial se colige, que la relación jurídica procesal de los sujetos como esencia del litisconsorcio necesario, que no es posible resolver sin la comparecencia de las personas que puedan afectarse o beneficiarse con la decisión o que hubieren intervenido en la formación de dichos actos; por su parte el facultativo no existe tal relación, dado que el proceso puede seguir su curso en presencia o no de ellos.

Ahora bien, la Ley 1955 de 2019 en su artículo 57 dispone:

“ARTÍCULO 57. EFICIENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. *Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.*

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

Para el pago de las prestaciones económicas y los servicios de salud, el Fondo deberá aplicar el principio de unidad de caja con el fin de lograr mayor eficiencia en la administración y pago de las obligaciones definidas por la ley, con excepción de los recursos provenientes del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET). En todo caso, el Fondo debe priorizar el pago de los servicios de salud y de las mesadas pensionales de los maestros.

Los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio solo podrán destinarse para garantizar el pago de las prestaciones económicas, sociales y asistenciales a sus afiliados docentes, pensionados y beneficiarios. No podrá decretarse el pago de indemnizaciones económicas por vía judicial o administrativa con cargo a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

PARÁGRAFO. La entidad territorial será responsable del pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaría de Educación territorial al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En estos eventos el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio será responsable únicamente del pago de las cesantías....”

Descrito lo anterior corresponde determinar si es posible dictar sentencia sin la intervención en el proceso de la entidad territorial correspondiente, es decir, teniendo únicamente como demandada a la Nación - Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado por la **Ley 91 de 1989** como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, y sin personería jurídica.

A su turno, el **artículo 56 de la Ley 962 de 2005** determinó que las prestaciones sociales de los docentes a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por éste, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente

Por otra parte, el artículo 288 Superior, resalta que las competencias propias de la función administrativa se deben ejercer de conformidad con los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad en los términos que establezca la ley.

La Ley 489 de 1998 define los principios de la función administrativa acorde con los principios constitucionales, en particular los atinentes a la buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia.

De igual manera, el artículo 8 (ibídem), define la desconcentración como la radicación de competencias y funciones en dependencias ubicadas fuera de la sede principal del

organismo o entidad administrativa, sin perjuicio de las potestades y deberes de orientación e instrucción que corresponde ejercer a los jefes superiores de la Administración, lo que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, implica que el superior jerárquico o funcional ostenta los poderes de supervisión propios de la relación jerárquica.

Conforme a lo anterior, es claro para el Despacho que hasta la expedición de la Ley 1955 de 2019 la responsabilidad en el pago de las prestaciones sociales de los docentes radicaba exclusivamente en la Nación - Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, correspondiéndole a la Secretaría de Educación sólo la función de elaborar el proyecto de resolución que niega o reconoce la prestación social.

La disposición conforme a la cual se le asigna responsabilidad a las entidades territoriales en el pago de la sanción moratoria por el reconocimiento y pago tardío de las cesantías tiene aplicabilidad a las peticiones radicadas con posterioridad a la entrada en vigencia de la misma, puesto que con anterioridad ninguna responsabilidad en este sentido se le había endilgado a la entidad territorial, teniendo funciones solo de elaboración del reconocimiento y negativa de las prestaciones sociales de los docentes; recuérdese que es una aplicación del principio de legalidad, de que no existe sanción sin ley previa que la establezca.

Si la entidad demandada considera que, la entidad territorial al cumplir sus funciones delegadas por la ley, incurrió en irregularidades que conllevaron a la expedición extemporánea de la resolución que reconoce las cesantías, o impidió el pago oportuno, debería llamarla en garantía, figura procesal diferente a la de litisconsorcio necesario, siendo convocadas al proceso para poder dictar sentencia.

Por lo tanto, la determinación de la responsabilidad de la Nación – Ministerio de Educación- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, no depende de la concurrencia al proceso de la entidad territorial.

En consecuencia, considera esta Sala Unitaria, que no existe razón fáctica ni jurídica justificable para que proceda la solicitud del DEPARTAMENTO DE CALDAS-FIDUPREVISORA, concerniente a la vinculación en calidad de litisconsorte necesario de las entidades aludidas.

En consecuencia, el Tribunal revocará la decisión adoptada por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales en audiencia inicial celebrada el 03

diciembre 2019, de declarar fundada la excepción de “*No comprender la demanda todos los litisconsortes necesarios*”

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el auto dictado por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales en audiencia inicial celebrada el 03 de diciembre de 2019, de declarar fundada la excepción de “No comprender la demanda todos los litisconsortes necesarios”, dentro de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho presentada por la señora ALBA NIDIA GÓMEZ JIMENEZ contra la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

En su lugar

DECLARAR no probada la excepción denominada “No comprender la demanda todos los litisconsortes necesarios” propuesta por la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen para lo de su competencia y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”

NOTIFÍQUESE, Y CÚMPLASE.

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

Firmado Por:	TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS	
	<u>NOTIFICACIÓN POR ESTADO</u>	
	No. 097	
	FECHA: 04 de agosto de 2020	
PUBLIO MARTIN MEJIA	HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA	ANDRES PATIÑO
MAGISTRADO CONSEJO	SECRETARIO	TRIBUNAL O SECCIONAL
DESPACHO 6 ADMINISTRATIVO		TRIBUNAL DE CALDAS

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

Código de verificación:

90e86c9519c641ae1d2fccb6c705b6c1c78ea161576cc308722ae33ad2a103f8

Documento generado en 03/08/2020 03:12:06 p.m.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Manizales, tres (3) de agosto de dos mil veinte (2020)

Auto Interlocutorio 118

Radicación	17001-33-33-002-2018-00412-00
Clase	Resuelve Recurso de Apelación
Medio de Control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante	Gloria Soledad Ceballos Rojas
Demandado	Nación- Ministerio de Educación Nacional- FOMAG

ASUNTO

Esta Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, en sede de segunda instancia, procede a desatar la apelación interpuesta por la parte demandante contra el auto del 03 de diciembre de 2019 proferido por la Señoría del Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, que declaró probada la excepción de “*Falta de Integración del Contradictorio- Litisconsorcio Necesario*” y ordena la vinculación del municipio de Manizales y la Fiduprevisora S.A.

1. ANTECEDENTES

El 10 de septiembre de 2018 fue presentada para su reparto a los juzgados administrativos de Manizales, demanda de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta por la señora GLORIA SOLEDAD CEBALLOS ROJAS, a través de apoderado judicial contra la Nación- Ministerio de Educación- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio solicitando se declare la nulidad del acto ficto o presunto originado en la no respuesta a la petición

presentada el día 13 de mayo de 2018, con la cual se entiende que se negó el reconocimiento y pago de la sanción por mora por el no pago oportuno de cesantías.

DEL AUTO APELADO

El conocimiento le correspondió el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, admitiendo la demanda el 30 de noviembre de 2018, celebrándose audiencia inicial de que trata el artículo 180 del C.P.A.C.A. el 26 de noviembre de 2019, en la cual se declaró prospera la excepción de vinculación de Litisconsorte, y en consecuencia ordena la vinculación de la Entidad Territorial, al Municipio de Manizales al Departamento de Caldas y a la FIDUPREVISORA SA. Al considerar que de acuerdo al artículo 57 de la Ley 1955 se establecen muy claramente las responsabilidades para el trámite en la mora de las cesantías docentes es decir las actuaciones de cada entidad ya están establecidas por la ley.

EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el Ministerio Publico, interpuso recurso de apelación contra la decisión de integrar el litisconsorcio necesario al considerar que las partes vinculadas no les asiste responsabilidad alguna en el reconocimiento de la sanción moratoria reclamada dentro del proceso de la referencia, más aun teniendo en cuenta que la vinculación se da con sustento a una normativa que no estaba vigente al momento de tramitar el reconocimiento y pago de las cesantías.

EL TRÁMITE PROCESAL

El recurso se concedió por auto del 03 de diciembre de 2019)¹, y se dispuso a Despacho el 15 de enero de 2020².

CONSIDERACIONES

La presente decisión es competencia de la sala unitaria al tenor del artículo 153 del CPACA.

¹ (f.1 64 c.1)

² (f. 2 c.2)

EL PROBLEMA JURÍDICO

¿Para el pago de Sanción por el pago extemporáneo de las cesantías solicitadas por la accionante, además de la Nación- Ministerio de Educación- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, se requiere la integración del litisconsorcio de las entidades territoriales y de la Fidupervisora S.A. conforme lo establecido en la ley 1955 de 2019?

¿La Ley 1955 de 2019, se puede aplicar para las solicitudes de cesantías anteriores a la promulgación de la ley?.

FIGURA DEL LITISCONSORCIO

La característica esencial del litisconsorcio necesario es que la sentencia tiene que ser única y de igual contenido para la pluralidad de sujetos que integran la relación jurídico-procesal, unidad que impide adoptar decisiones que no incidan en todos los integrantes, en tanto que en el litisconsorcio facultativo como la pluralidad de partes corresponde también a una pluralidad de relaciones sustanciales controvertidas, es posible que las causas reunidas se separen en cierto momento y cada uno vuelva a ser objeto de un proceso separado.

Así mismo, se ha indicado por la jurisprudencia que “Se deduce de todo lo anterior que el litisconsorcio necesario tiene su fundamento en la naturaleza de la relación sustancial objeto del litigio, definida expresamente por la ley o determinada mediante la interpretación de los hechos y derechos materia del proceso. En el primer evento basta estarse a lo dispuesto por la ley, pero cuando se trata de establecerlo con fundamento en la relación objeto del litigio, se impone un análisis cuidadoso para establecer la naturaleza del asunto y la imposibilidad de proferir un pronunciamiento de fondo, sin la comparecencia de un número plural de sujetos”.

De acuerdo a lo señalado en el artículo 224 de la Ley 1437 de 2011, la figura de litisconsorte e intervenciones es aplicable a ciertos medios de control, para el efecto aquel en los que se busca una reparación o restablecimiento conforme lo indica dicha preceptiva, expresa a la letra:

“ARTÍCULO 224. COADYUVANCIA, LITISCONSORTE FACULTATIVO E INTERVENCIÓN AD EXCLUDENDUM EN LOS PROCESOS QUE SE TRAMITAN CON OCASIÓN DE PRETENSIONES DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, CONTRACTUALES Y DE REPARACIÓN DIRECTA.

Desde la admisión de la demanda y hasta antes de que se profiera el auto que fija fecha para la realización de la audiencia inicial, en los procesos con ocasión de pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho, contractuales y de reparación directa, cualquier persona que tenga interés directo, podrá pedir que se la tenga como coadyuvante o impugnadora, litisconsorte o como interviniente ad excludendum (...)”.

A su turno, el litisconsorcio necesario se encuentra previsto en el artículo 61 del CGP, aplicable en virtud de la remisión normativa establecida en el precepto 227 del CPACA:

“(…) ARTÍCULO 61. LITISCONSORCIO NECESARIO E INTEGRACIÓN DEL CONTRADICTORIO. Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciere así, el juez, en el auto que admite la demanda, ordenará notificar y dar traslado de esta a quienes falten para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado (...)”.

Por su parte, la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado, ha señalado las clases de litisconsorcio que pueden devenir de las relaciones jurídicas sustanciales, dando lugar a la obligatoriedad, o no de su vinculación, a lo cual adujo:

“(…) En primer lugar, debe decirse que existen dos clases de litisconsorcio: (i) el necesario y; (ii) el facultativo. El primero se da cuando existe pluralidad de sujetos que actúan en calidad de demandante (litisconsorcio por activa) o demandado (litisconsorcio por pasiva) que están vinculados por una relación jurídico sustancial, lo que implica que, por mandato legal, sea indispensable y obligatoria, la presencia dentro del litigio de todos y cada uno de ellos.

En otras palabras, el litisconsorcio necesario se configura cuando el proceso versa sobre relaciones jurídicas que no es posible resolver sin la comparecencia de las personas que puedan afectarse o beneficiarse con la decisión o que hubieren intervenido en la formación de dichos actos.

No conformar esta clase de litisconsorcio, impide que el proceso se desarrolle y en consecuencia es factible emitir una sentencia inhibitoria, puesto que cualquier decisión que se tome puede perjudicar o beneficiar a todos los sujetos sin la presencia de los mismos.

En el litisconsorcio facultativo por su parte, al proceso concurren varios sujetos libremente, ya sea como demandantes o demandados, no por una relación jurídica inescindible, sino porque deciden presentar el proceso en conjunto pese a que podían iniciarlo por separado. Aquí, el proceso puede seguir su curso normal y decidirse de fondo con presencia o no de los litisconsortes facultativos porque la sentencia no los perjudica ni los beneficia.

Dicho esto, la Subsección declarará impróspera la excepción propuesta por la señora Maruja Guerrero de Albornoz referente a la no conformación del litisconsorcio necesario, por cuanto en este caso es factible resolver la situación jurídica planteada, esto es, legalidad del reajuste especial reconocido por Fonprecon, sin la presencia de las demás entidades que concurren al pago de la mesada pensional, como entidades cuota partistas. (...)

Del pronunciamiento jurisprudencial se colige, que la relación jurídica procesal de los sujetos como esencia del litisconsorcio necesario, que no es posible resolver sin la comparecencia de las personas que puedan afectarse o beneficiarse con la decisión o que hubieren intervenido en la formación de dichos actos; por su parte el facultativo no existe tal relación, dado que el proceso puede seguir su curso en presencia o no de ellos.

Ahora bien, la Ley 1955 de 2019 en su artículo 57 dispone:

“ARTÍCULO 57. EFICIENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Las pensiones que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento de la

pensión se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.

Para el pago de las prestaciones económicas y los servicios de salud, el Fondo deberá aplicar el principio de unidad de caja con el fin de lograr mayor eficiencia en la administración y pago de las obligaciones definidas por la ley, con excepción de los recursos provenientes del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET). En todo caso, el Fondo debe priorizar el pago de los servicios de salud y de las mesadas pensionales de los maestros.

Los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio solo podrán destinarse para garantizar el pago de las prestaciones económicas, sociales y asistenciales a sus afiliados docentes, pensionados y beneficiarios. No podrá decretarse el pago de indemnizaciones económicas por vía judicial o administrativa con cargo a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

PARÁGRAFO. La entidad territorial será responsable del pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaría de Educación territorial al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En estos eventos el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio será responsable únicamente del pago de las cesantías....”

Descrito lo anterior corresponde determinar si es posible dictar sentencia sin la intervención en el proceso de la entidad territorial correspondiente, es decir, teniendo únicamente como demandada a la Nación - Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado por la **Ley 91 de 1989** como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, y sin personería jurídica.

A su turno, el **artículo 56 de la Ley 962 de 2005** determinó que las prestaciones sociales de los docentes a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por éste, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente

Por otra parte, el artículo 288 Superior, resalta que las competencias propias de la función administrativa se deben ejercer de conformidad con los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad en los términos que establezca la ley.

La Ley 489 de 1998 define los principios de la función administrativa acorde con los principios constitucionales, en particular los atinentes a la buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia.

De igual manera, el artículo 8 (ibídem), define la desconcentración como la radicación de competencias y funciones en dependencias ubicadas fuera de la sede principal del organismo o entidad administrativa, sin perjuicio de las potestades y deberes de orientación e instrucción que corresponde ejercer a los jefes superiores de la Administración, lo que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, implica que el superior jerárquico o funcional ostenta los poderes de supervisión propios de la relación jerárquica.

Conforme a lo anterior, es claro para el Despacho que hasta la expedición de la Ley 1955 de 2019 la responsabilidad en el pago de las prestaciones sociales de los docentes radicaba exclusivamente en la Nación - Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, correspondiéndole a la Secretaría de Educación sólo la función de elaborar el proyecto de resolución que niega o reconoce la prestación social.

La disposición conforme a la cual se le asigna responsabilidad a las entidades territoriales en el pago de la sanción moratoria por el reconocimiento y pago tardío de las cesantías tiene aplicabilidad a las peticiones radicadas con posterioridad a la entrada en vigencia de la misma, puesto que con anterioridad ninguna responsabilidad en este sentido se le había endilgado a la entidad territorial, teniendo funciones solo de elaboración del reconocimiento y negativa de las prestaciones sociales de los docentes; recuérdese que es una aplicación del principio de legalidad, de que no existe sanción sin ley previa que la establezca.

Si la entidad demandada considera que, la entidad territorial al cumplir sus funciones delegadas por la ley, incurrió en irregularidades que conllevaron a la expedición extemporánea de la resolución que reconoce las cesantías, o impidió el pago oportuno, debería llamarla en garantía, figura procesal diferente a la de litisconsorcio necesario, siendo convocadas al proceso para poder dictar sentencia.

Por lo tanto, la determinación de la responsabilidad de la Nación – Ministerio de Educación- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, no depende de la concurrencia al proceso de la entidad territorial.

En consecuencia, considera esta Sala Unitaria, que no existe razón fáctica ni jurídica justificable para que proceda la solicitud del DEPARTAMENTO DE CALDAS-FIDUPREVISORA, concerniente a la vinculación en calidad de litisconsorte necesario de las entidades aludidas.

En consecuencia, el Tribunal revocará la decisión adoptada por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales en audiencia inicial celebrada el 03 diciembre 2019, de declarar fundada la excepción de “*No comprender la demanda todos los litisconsortes necesarios*”

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el auto dictado por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales en audiencia inicial celebrada el 03 de diciembre de 2019, de declarar fundada la excepción de “No comprender la demanda todos los litisconsortes necesarios”, dentro de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho presentada por la señora GLORIA SOLEDAD CEBALLOS ROJAS contra la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

En su lugar

DECLARAR no probada la excepción denominada No comprender la demanda todos los litisconsortes necesarios” propuesta por la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen para lo de su competencia y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”

NOTIFÍQUESE, Y CÚMPLASE.

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE CALDAS**

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 097

FECHA: 04 de agosto de 2020

Firmado Por:

**HÉCTOR JAIME CASTRO
CASTAÑEDA**

**PUBLIO MARTIN
MEJIA**

SECRETARIO

ANDRES PATIÑO

MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL

DESPACHO 6 TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

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

Código de verificación:

a8964955aec12530ca69e0eedcf334bbab7b9de68e6114e9421ecc62408c1d80

Documento generado en 03/08/2020 03:12:35 p.m.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Manizales, tres (3) de agosto de dos mil veinte (2020)

Auto Interlocutorio 119

Radicación	17001-33-33-002-2018-00413-00
Clase	Resuelve Recurso de Apelación
Medio de Control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante	Henry Molano Toro
Demandado	Nación- Ministerio de Educación Nacional- FOMAG

ASUNTO

Esta Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, en sede de segunda instancia, procede a desatar la apelación interpuesta por la parte demandante contra el auto del 03 de diciembre de 2019 proferido por la Señoría del Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, que declaró probada la excepción de “*Falta de Integración del Contradictorio- Litisconsorcio Necesario*” y ordena la vinculación del Departamento de Caldas y la Fiduprevisora S.A.

1. ANTECEDENTES

El 10 de septiembre de 2018 fue presentada para su reparto a los juzgados administrativos de Manizales, demanda de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta por el señor Henry Molano Toro, a través de apoderado judicial contra la Nación- Ministerio de Educación- Fondo De Prestaciones Sociales del Magisterio solicitando se declare la nulidad del acto ficto o presunto originado en la no respuesta a la petición presentada el día 13 de mayo de 2018, con la cual se entiende que se negó el reconocimiento y pago de la sanción por mora por el no pago oportuno de cesantías.

DEL AUTO APELADO

El conocimiento le correspondió el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, admitiendo la demanda el 14 de enero de 2019, celebrándose audiencia inicial de que trata el artículo 180 del C.P.A.C.A. el 26 de noviembre de 2019, en la cual se declaró prospera la excepción de vinculación de Litisconsorte, y en consecuencia ordena la vinculación de la Entidad Territorial, al DEPARTAMENTO DE CALDAS y a la FIDUPREVISORA SA. Al considerar que de acuerdo al artículo 57 de la Ley 1955 se establecen muy claramente las responsabilidades para el trámite en la mora de las cesantías docentes es decir las actuaciones de cada entidad ya están establecidas por la ley.

EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el Ministerio Público, interpuso recurso de apelación contra la decisión de integrar el litisconsorcio necesario, al considerar que las partes vinculadas no les asiste responsabilidad alguna en el reconocimiento de la sanción moratoria reclamada dentro del proceso de la referencia, más aun teniendo en cuenta que la vinculación se da con sustento a una normativa que no estaba vigente al momento de tramitar el reconocimiento y pago de las cesantías.

EL TRÁMITE PROCESAL

El recurso se concedió por auto del 03 de diciembre de 2019¹, y se dispuso a Despacho el 15 de enero de 2020².

CONSIDERACIONES

La presente decisión es competencia de la sala unitaria al tenor del artículo 153 del CPACA.

EL PROBLEMA JURÍDICO

¿Para el pago de Sanción por el pago extemporáneo de las cesantías solicitadas por la accionante, además de la Nación- Ministerio de Educación- Fondo de Prestaciones Sociales

¹ (f.1 64 c.1)

² (f. 2 c.2)

del Magisterio, se requiere la integración del litisconsorcio de las entidades territoriales y de la Fiduprevisora S.A. conforme lo establecido en la ley 1955 de 2019?

¿La Ley 1955 de 2019, se puede aplicar para las solicitudes de cesantías anteriores a la promulgación de la ley?.

FIGURA DEL LITISCONSORCIO

La característica esencial del litisconsorcio necesario es que la sentencia tiene que ser única y de igual contenido para la pluralidad de sujetos que integran la relación jurídico-procesal, unidad que impide adoptar decisiones que no incidan en todos los integrantes, en tanto que en el litisconsorcio facultativo como la pluralidad de partes corresponde también a una pluralidad de relaciones sustanciales controvertidas, es posible que las causas reunidas se separen en cierto momento y cada uno vuelva a ser objeto de un proceso separado.

Así mismo, se ha indicado por la jurisprudencia que “Se deduce de todo lo anterior que el litisconsorcio necesario tiene su fundamento en la naturaleza de la relación sustancial objeto del litigio, definida expresamente por la ley o determinada mediante la interpretación de los hechos y derechos materia del proceso. En el primer evento basta estarse a lo dispuesto por la ley, pero cuando se trata de establecerlo con fundamento en la relación objeto del litigio, se impone un análisis cuidadoso para establecer la naturaleza del asunto y la imposibilidad de proferir un pronunciamiento de fondo, sin la comparecencia de un número plural de sujetos”.

De acuerdo a lo señalado en el artículo 224 de la Ley 1437 de 2011, la figura de litisconsorte e intervenciones es aplicable a ciertos medios de control, para el efecto aquel en los que se busca una reparación o restablecimiento conforme lo indica dicha preceptiva, expresa a la letra:

“ARTÍCULO 224. COADYUVANCIA, LITISCONSORTE FACULTATIVO E INTERVENCIÓN AD EXCLUDENDUM EN LOS PROCESOS QUE SE TRAMITAN CON OCASIÓN DE PRETENSIONES DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, CONTRACTUALES Y DE REPARACIÓN DIRECTA. Desde la admisión de la demanda y hasta antes de que se profiera el auto que fija fecha para la realización de la audiencia inicial, en los procesos con ocasión de pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho, contractuales y de reparación directa, cualquier persona que

tenga interés directo, podrá pedir que se la tenga como coadyuvante o impugnadora, litisconsorte o como interviniente ad excludendum (...)”.

A su turno, el litisconsorcio necesario se encuentra previsto en el artículo 61 del CGP, aplicable en virtud de la remisión normativa establecida en el precepto 227 del CPACA:

“(…) ARTÍCULO 61. LITISCONSORCIO NECESARIO E INTEGRACIÓN DEL CONTRADICTORIO. Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciere así, el juez, en el auto que admite la demanda, ordenará notificar y dar traslado de esta a quienes falten para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado (...)”.

Por su parte, la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado , ha señalado las clases de litisconsorcio que pueden devenir de las relaciones jurídicas sustanciales, dando lugar a la obligatoriedad, o no de su vinculación, a lo cual adujo:

“(…) En primer lugar, debe decirse que existen dos clases de litisconsorcio: (i) el necesario y; (ii) el facultativo. El primero se da cuando existe pluralidad de sujetos que actúan en calidad de demandante (litisconsorcio por activa) o demandado (litisconsorcio por pasiva) que están vinculados por una relación jurídico sustancial, lo que implica que, por mandato legal, sea indispensable y obligatoria, la presencia dentro del litigio de todos y cada uno de ellos.

En otras palabras, el litisconsorcio necesario se configura cuando el proceso versa sobre relaciones jurídicas que no es posible resolver sin la comparecencia de las personas que puedan afectarse o beneficiarse con la decisión o que hubieren intervenido en la formación de dichos actos.

No conformar esta clase de litisconsorcio, impide que el proceso se desarrolle y en consecuencia es factible emitir una sentencia inhibitoria, puesto que cualquier decisión que se tome puede perjudicar o beneficiar a todos los sujetos sin la presencia de los mismos.

En el litisconsorcio facultativo por su parte, al proceso concurren varios sujetos libremente, ya sea como demandantes o demandados, no por una relación jurídica inescindible, sino porque deciden presentar el proceso en conjunto pese a que podían iniciarlo por separado. Aquí, el proceso puede seguir su curso normal y decidirse de fondo con presencia o no de los litisconsortes facultativos porque la sentencia no los perjudica ni los beneficia.

Dicho esto, la Subsección declarará impróspera la excepción propuesta por la señora Maruja Guerrero de Albornoz referente a la no conformación del litisconsorcio necesario, por cuanto en este caso es factible resolver la situación jurídica planteada, esto es, legalidad del reajuste especial reconocido por Fonprecon, sin la presencia de las demás entidades que concurren al pago de la mesada pensional, como entidades cuota partistas. (...)

Del pronunciamiento jurisprudencial se colige, que la relación jurídica procesal de los sujetos como esencia del litisconsorcio necesario, que no es posible resolver sin la comparecencia de las personas que puedan afectarse o beneficiarse con la decisión o que hubieren intervenido en la formación de dichos actos; por su parte el facultativo no existe tal relación, dado que el proceso puede seguir su curso en presencia o no de ellos.

Ahora bien, la Ley 1955 de 2019 en su artículo 57 dispone:

“ARTÍCULO 57. EFICIENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

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

Para el pago de las prestaciones económicas y los servicios de salud, el Fondo deberá aplicar el principio de unidad de caja con el fin de lograr mayor eficiencia en la

administración y pago de las obligaciones definidas por la ley, con excepción de los recursos provenientes del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET). En todo caso, el Fondo debe priorizar el pago de los servicios de salud y de las mesadas pensionales de los maestros.

Los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio solo podrán destinarse para garantizar el pago de las prestaciones económicas, sociales y asistenciales a sus afiliados docentes, pensionados y beneficiarios. No podrá decretarse el pago de indemnizaciones económicas por vía judicial o administrativa con cargo a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

PARÁGRAFO. La entidad territorial será responsable del pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaría de Educación territorial al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En estos eventos el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio será responsable únicamente del pago de las cesantías... ”

Descrito lo anterior corresponde determinar si es posible dictar sentencia sin la intervención en el proceso de la entidad territorial correspondiente, es decir, teniendo únicamente como demandada a la Nación - Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado por la **Ley 91 de 1989** como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, y sin personería jurídica.

A su turno, el **artículo 56 de la Ley 962 de 2005** determinó que las prestaciones sociales de los docentes a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por éste, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente

Por otra parte, el artículo 288 Superior, resalta que las competencias propias de la función administrativa se deben ejercer de conformidad con los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad en los términos que establezca la ley.

La Ley 489 de 1998 define los principios de la función administrativa acorde con los principios constitucionales, en particular los atinentes a la buena fe, igualdad,

moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia.

De igual manera, el artículo 8 (ibídem), define la desconcentración como la radicación de competencias y funciones en dependencias ubicadas fuera de la sede principal del organismo o entidad administrativa, sin perjuicio de las potestades y deberes de orientación e instrucción que corresponde ejercer a los jefes superiores de la Administración, lo que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, implica que el superior jerárquico o funcional ostenta los poderes de supervisión propios de la relación jerárquica.

Conforme a lo anterior, es claro para el Despacho que hasta la expedición de la Ley 1955 de 2019 la responsabilidad en el pago de las prestaciones sociales de los docentes radicaba exclusivamente en la Nación - Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, correspondiéndole a la Secretaría de Educación sólo la función de elaborar el proyecto de resolución que niega o reconoce la prestación social.

La disposición conforme a la cual se le asigna responsabilidad a las entidades territoriales en el pago de la sanción moratoria por el reconocimiento y pago tardío de las cesantías tiene aplicabilidad a las peticiones radicadas con posterioridad a la entrada en vigencia de la misma, puesto que con anterioridad ninguna responsabilidad en este sentido se le había endilgado a la entidad territorial, teniendo funciones solo de elaboración del reconocimiento y negativa de las prestaciones sociales de los docentes; recuérdese que es una aplicación del principio de legalidad, de que no existe sanción sin ley previa que la establezca.

Si la entidad demandada considera que, la entidad territorial al cumplir sus funciones delegadas por la ley, incurrió en irregularidades que conllevaron a la expedición extemporánea de la resolución que reconoce las cesantías, o impidió el pago oportuno, debería llamarla en garantía, figura procesal diferente a la de litisconsorcio necesario, siendo convocadas al proceso para poder dictar sentencia.

Por lo tanto, la determinación de la responsabilidad de la Nación – Ministerio de Educación- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, no depende de la concurrencia al proceso de la entidad territorial.

En consecuencia, considera esta Sala Unitaria, que no existe razón fáctica ni jurídica justificable para que proceda la solicitud del DEPARTAMENTO DE CALDAS-FIDUPREVISORA, concerniente a la vinculación en calidad de litisconsorte necesario de las entidades aludidas.

En consecuencia, el Tribunal revocará la decisión adoptada por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales en audiencia inicial celebrada el 03 diciembre 2019, de declarar fundada la excepción de “*No comprender la demanda todos los litisconsortes necesarios*”

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el auto dictado por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales en audiencia inicial celebrada el 03 de diciembre de 2019, de declarar fundada la excepción de “No comprender la demanda todos los litisconsortes necesarios”, dentro de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho presentada por el señor HENRY MOLANO TORO contra la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

En su lugar

DECLARAR no probada la excepción denominada “No comprender la demanda todos los litisconsortes necesarios” propuesta por la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen para lo de su competencia y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”

NOTIFÍQUESE, Y CÚMPLASE.

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

	TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS	
	<u>NOTIFICACIÓN POR ESTADO</u>	
	No. 097	
	FECHA: 04 de agosto de 2020	
Firmado Por:	HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA	
PUBLIO MARTIN MEJIA	SECRETARIO	ANDRES PATIÑO
MAGISTRADO	CONSEJO SECCIONAL	TRIBUNAL O

DESPACHO 6 TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

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

Código de verificación:

3c708a32c734462f7802e02924d6a2721952e3871921cebc9c6ca5f557bc7ec9

Documento generado en 03/08/2020 03:13:27 p.m.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Manizales, tres (3) de agosto de dos mil veinte(2020).

A.S 109

Asunto: Traslado de Medida Cautelar
Radicado: 17233300201900532
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
(Lesividad)
Demandante: UGPP
Demandado: Luis Enrique Calvo Gonzalez

Procede el Despacho a dar traslado de la solicitud de Medida Cautelar.

CONSIDERACIONES

En el mismo escrito de la demanda, la entidad demandante solicita se decrete la suspensión provisional del acto administrativo demandado, Resolución RDP 42314 del 12 de septiembre de 2007, Resolución UGM 31568 del 07 de febrero de – Resolución N RDP 2890 del 25 de junio de 2013 y Resolución RDP 25844 DEL 19 de septiembre de 2014, mediante las cuales ordena el reconocimiento y pago de pensión y posterior reliquidación al señor Luis Enrique Calvo Gonzales.

El artículo 238 de la Constitución Política prevé la figura de la suspensión provisional de los actos administrativos susceptibles de impugnación judicial *“Por los motivos y con los requisitos que establezca la ley”*.

Por su parte, el artículo 231 del C.P.A.C.A., *establece como requisitos para decretar las medidas cautelares así: “... Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos.*

Por su parte, el artículo 233 del CPACA, dispone cuál es el procedimiento a seguir para la adopción de medidas cautelares:

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

“Artículo 233. Procedimiento para la adopción de las medidas cautelares. La medida cautelar podrá ser solicitada desde la presentación de la demanda y en cualquier estado del proceso.

El Juez o Magistrado Ponente al admitir la demanda, en auto separado, ordenará correr traslado de la solicitud de medida cautelar para que el demandado se pronuncie sobre ella en escrito separado dentro del término de cinco (5) días, plazo que correrá en forma independiente al de la contestación de la demanda.

Esta decisión, que se notificará simultáneamente con el auto admisorio de la demanda, no será objeto de recursos. De la solicitud presentada en el curso del proceso, se dará traslado a la otra parte al día siguiente de su recepción en la forma establecida en el artículo 108 del Código de Procedimiento Civil.

El auto que decida las medidas cautelares deberá proferirse dentro de los diez (10) días siguientes al vencimiento del término de que dispone el demandado para pronunciarse sobre ella. En este mismo auto el Juez o Magistrado Ponente deberá fijar la caución. La medida cautelar solo podrá hacerse efectiva a partir de la ejecutoria del auto que acepte la caución prestada.

Con todo, si la medida cautelar se solicita en audiencia se correrá traslado durante la misma a la otra parte para que se pronuncie sobre ella y una vez evaluada por el Juez o Magistrado Ponente podrá ser decretada en la misma audiencia.

Cuando la medida haya sido negada, podrá solicitarse nuevamente si se han presentado hechos sobrevinientes y en virtud de ellos se cumplen las condiciones requeridas para su decreto. Contra el auto que resuelva esta solicitud no procederá ningún recurso. “

En atención a lo anterior, se ordenará correr traslado de la solicitud de la medida cautelar para que la demandada se pronuncie sobre ella en escrito separado dentro del término de cinco (05) días, plazo que correrá en forma independiente al de la contestación de la demanda.

Por lo expuesto,

RESUELVE

PRIMERO: ORDENAR correr el traslado de la solicitud de medida cautelar formulada por la UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES-UGPP a la demandada **MARTHA LUCIA ZULUAGA SERNA**, para que se pronuncie en escrito separado dentro de los cinco (05) días, plazo que correrá en forma independiente al de la contestación de la demanda de conformidad con el artículo 233 del C.P.A.C.A.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

SEGUNDO: Notifíquese por estado ésta decisión simultáneamente con el auto admisorio de la presente demanda.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

Firmado Por:

PUBLIO MARTIN ANDRES PATIÑO MEJIA

**MAGISTRADO
SECCIONAL
DESPACHO 6

CALDAS**

Este documento
electrónica y
jurídica, conforme
527/99 y el decreto



**TRIBUNAL O CONSEJO

TRIBUNAL
ADMINISTRATIVO DE**

fue generado con firma
cuenta con plena validez
a lo dispuesto en la Ley
reglamentario 2364/12

Código de verificación:
0e19fe08681766d459a38665161c6a0a6697de28861a21fe44981cf17d567b6e
Documento generado en 03/08/2020 03:14:02 p.m.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Manizales, tres(03)agosto de dos mil veinte (2020)

A.I No. 106

Asunto: Admite demanda
Radicado: 17233300201900532
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
(Lesividad)
Demandante: UGPP
Demandado: LUIS ENRIQUE CALVO GONZALEZ

SISTEMA DE ORALIDAD
-Ley 1437 de 2011-

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (Lesividad) la **UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES- UGPP**, por conducto de apoderada judicial interpuso demanda en contra del señor **LUIS ENRIQUE CALVO GONZALEZ**.

Una vez analizado su contenido y anexos, el Tribunal encuentra procedente admitir la demanda, por cuanto fueron satisfechos los presupuestos y requisitos que se requieren para su presentación en el marco de la Ley 1437 de 2011

RESUELVE

- 1. ADMITIR**, la demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho (lesividad) instaurada por la **UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES-UGPP** en contra de **LUIS ENRIQUE CALVO GONZALEZ**
- 2. NOTIFÍQUESE** personalmente al señor **LUIS ENRIQUE CALVO GONZALEZ** de conformidad con lo establecido en el artículo 200 del C.P.A.C.A.
- 3. REQUIERE**, a la **UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES-UGPP**, que en atención a las nuevas directrices del Decreto 806 del 2020 y en aras de surtirse en debida forma la notificación personal, se requiere a la Administradora Colombiana de Pensiones- **COLPENSIONES**, para que suministre la dirección electrónica del señor **LUIS ENRIQUE CALVO GONZALEZ**. De no conocerla dar aplicación al artículo 293 del Código General del Proceso.
- 4. NOTIFÍQUESE** al Agente del Ministerio Público, Procurador Delegado ante esta Corporación, conforme lo dispone el artículo 199 del C.P.A.C.A., modificado por el artículo 612 del C.G.P. Para el efecto, envíese por Secretaría copia magnética de la presente providencia y de la demanda.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

5. **NOTIFÍQUESE** por estado electrónico a la parte demandante, como lo indica el artículo 201 del C.P.A.C.A.
6. **OTÓRGUESE** el término de treinta (30) días, contados a partir del vencimiento del término contenido en el artículo 199 del C.P.C.A., modificado por el artículo 612 del C.G.P. para que la parte demandada, el Ministerio Público, y los sujetos que tengan interés directo en las resultados del proceso, contesten la demanda, propongan excepciones, soliciten pruebas, llamen en garantía y/o presenten demanda de reconvencción.
7. **RECONOCER**, personería para actuar en nombre y representación al Dr. EDISON TOBAR VALLEJO, identificado con la C.C. No. 10.292.754 de Manizales y T.P. No. 161.779 del C. S. de la J. como apoderado judicial de la **UGPP** en los términos del poder conferido.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO**

No. **097**

FECHA: 04 de agosto de 2020

**HÉCTOR JAIME CASTRO
CASTAÑEDA
SECRETARIO**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Firmado Por:

PUBLIO MARTIN ANDRES PATIÑO MEJIA
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
DESPACHO 6 TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

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

Código de verificación:

506eee2eaf40d9d450e14f4fe47aa6b5c322801886c1780baf81967d14a739d1

Documento generado en 03/08/2020 03:14:38 p.m.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Manizales, tres(03) de agosto de dos mil veinte(2020)

Auto Interlocutorio No 116

Asunto: Admisión de Demanda

Radicado: 172333002019- 00553-00

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante: GERMAN GARCÍA AGUDELO

Demandado: Nación- Fondo de Prestaciones sociales del Magisterio

SISTEMA DE ORALIDAD

-Ley 1437 de 2011-

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el señor **GERMAN GARCIA AGUDELO**, por conducto de apoderado judicial interpuso demanda en contra de la **NACIÓN-FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**

Una vez analizado su contenido y anexos, el Tribunal encuentra procedente admitir la demanda, por cuanto fueron satisfechos los presupuestos y requisitos que se requieren para su presentación en el marco de la Ley 1437 de 2011.

En razón de lo expuesto,

- 1. ADMITIR** la demanda bajo el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho promovida por el señor **GERMAN GARCÍA AGUDELO**, por conducto de apoderado judicial interpuso demanda en contra de la **NACIÓN- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**.
- 2. NOTIFÍQUESE** personalmente a la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, conforme lo dispone el artículo 199 del C.P.A.C.A., modificado por el artículo 612 del C.G.P. Para el efecto, **envíese** por Secretaría copia magnética de la presente providencia y de la demanda.
 - 2.1. NOTIFÍQUESE** personalmente al **DEPARTAMENTO DE CALDAS**, conforme lo dispone el artículo 199 del C.P.A.C.A, por tener interés en las resultas del proceso.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

3. **NOTIFÍQUESE** personalmente al Agente del Ministerio Público, Procurador Delegado ante esta Corporación, conforme lo dispone el artículo 199 del C.P.A.C.A., modificado por el artículo 612 del C.G.P. Para el efecto, envíese por Secretaría copia magnética de la presente providencia y de la demanda.
4. **NOTIFÍQUESE** personalmente a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, conforme lo dispone el artículo 199 del C.P.A.C.A., modificado por el artículo 612 del C.G.P. Para el efecto, envíese por Secretaría copia magnética de la presente providencia y de la demanda.
5. **NOTIFÍQUESE** por estado electrónico a la parte demandante, como lo indica el artículo 201 del C.P.A.C.A.
6. **OTÓRGUESE** el término de treinta (30) días, contados a partir del vencimiento del término contenido en el artículo 199 del C.P.C.A., modificado por el artículo 612 del C.G.P. para que la parte demandada, el Ministerio Público, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y los sujetos que tengan interés directo en las resultas del proceso, contesten la demanda, propongan excepciones, soliciten pruebas, llamen en garantía y/o presenten demanda de reconvencción.
7. **REQUIÉRASE** a la parte demandada para que con la contestación de la demanda allegue al plenario, el expediente administrativo que contenga los antecedentes de la actuación objeto del proceso y que se encuentren en su poder, so pena de que el funcionario encargado se constituya en falta disciplinaria gravísima sancionable, de conformidad con lo consagrado en el parágrafo 1° del artículo 175 del C.P.A.C.A.

La secretaría al momento de efectuar la notificación correspondiente deberá indicar lo precedente a la entidad en el respectivo mensaje de datos.

Requírase a la parte demandada para que insten al Comité de Conciliación de la respectiva entidad a estudiar la viabilidad de conciliar en el presente proceso, previo a la fecha de celebración de la audiencia inicial, de conformidad con lo establecido en el numeral 8° del artículo 180 del C.P.A.C.A.

8. **RECONOCER**, personería para actuar en nombre y representación a la Dra. **LAURA MARCELA LÓEZ QUINTERO**, identificada con la C.C. No. 41.960.717 de Manizales y T.P. No. 165.395 del C. S. de la J. como apoderado judicial del señor **GERMAN GARCÍA AGUDELO** en los términos del poder conferido.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

Firmado Por:

**PUBLIO
PATIÑO
MAGISTRADO
CONSEJO
DESPACHO 6**

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
CALDAS**
NOTIFICACIÓN POR ESTADO
No. **097**
FECHA: 04 de agosto de 2020
**HÉCTOR JAIME CASTRO
CASTAÑEDA
SECRETARIO**

**MARTIN ANDRES
MEJIA
TRIBUNAL O
SECCIONAL
TRIBUNAL**

ADMINISTRATIVO DE CALDAS

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

Código de verificación:

acc3c6343eb577cd4f49a37e9c5bc5527e95c35dc1154e111c46a76d4c55285

Documento generado en 03/08/2020 03:15:09 p.m.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Manizales, tres (3) de agosto de dos mil veinte (2020)

Auto Interlocutorio No. 117

ACCIÓN: SIMPLE NULIDAD
RADICADO: 1700123330020200159-00
DEMANDANTE: MARINO ANDRÉS OCAMPO OSORIO
DEMANDADO: CONCEJO MUNICIPAL DE SAMANÁ y OTROS

ASUNTO

Procede el despacho a pronunciarse respecto a la admisión de la demanda de la referencia.

CONSIDERACIONES

El día 30 de junio de la presente anualidad fue presentada demanda en ejercicio del medio de control de SIMPLE NULIDAD, pretendiendo la nulidad de la Resolución 09 del 11 abril de 2020 “por medio de la cual se deroga la resolución 008 del 27 de febrero de 2020 y se reanuda el proceso de elección de personero municipal de Samaná, Caldas para el período 2020-2024; la Resolución 011 del 12 de mayo de 2020 por medio de la cual se aplazó el concurso público de méritos de elección de personero municipal de Samaná, Caldas período 2020-2024 en estricto cumplimiento al decreto legislativo 491 del 28 de marzo de 2020 y la Resolución 014 del 26 de mayo de 2020 por medio de la cual el Concejo Municipal de Samaná, Caldas reanudó el proceso de elección de Personero Municipal, al encontrarse múltiples yerros y vicios relacionados con la infracción a normas superiores, haberse expedido de forma irregular y con desviación de las atribuciones de quien los profiere.

El numeral 1 del artículo 155 del C.P.C.A el cual establece:

Artículo 155. Competencia de los jueces administrativos en primera instancia. Los jueces administrativos conocerán en primera instancia de los

Firmado Por:

**PUBLIO MARTIN ANDRES PATIÑO MEJIA
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
DESPACHO 6 TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**

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

Código de verificación:

c75cb612fb2918bbf4b36084ebb3ab4e48d3185637849f807e0b076c924870f1

Documento generado en 03/08/2020 03:15:43 p.m.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, tres (3) de agosto de dos mil veinte (2020)

RADICACIÓN	17-001-23-33-000-2020-00052-00
CLASE	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	HÉCTOR CORREA
DEMANDADO	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 171 de la Ley 1437 de 2011, corresponde al Despacho decidir sobre la admisión de la demanda en ejercicio del medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**, regulado en el artículo 138 ibídem.

Por reunir los requisitos de ley admítase la demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instaura **HÉCTOR CORREA** contra la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, en consecuencia:

Deberá la parte actora allegar dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación por estado del presente auto, constancia del envío de la demanda y los anexos a la parte demandada, so pena de desistimiento. Una vez se allegue la constancia, por Secretaría:

1. NOTIFÍQUESE personalmente al buzón de correo electrónico para notificaciones judiciales en la forma y términos indicados en el artículo 199 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 612 de la Ley 1564 de 2.012 (CGP) y el artículo 8 del Decreto 806 de 2020, mensaje que contendrá copia de esta providencia y de la demanda a las siguientes personas jurídicas:

1) A la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** mediante mensaje dirigido al buzón electrónico

para notificaciones judiciales, en la forma y términos indicados en el artículo 199 del CPACA, y con el artículo 8 del Decreto 806 de 2020.

2) **AL MINISTERIO PÚBLICO** mediante mensaje dirigido al buzón electrónico para notificaciones judiciales, en la forma y términos indicados en el artículo 199 del CPACA, y con el artículo 8 del Decreto 806 de 2020.

1 **CÓRRASE** traslado de la demanda a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica por el término de treinta (30) días de conformidad con lo dispuesto en el artículo 172 del CPACA, que empezaran a correr transcurrido dos (2) días de enviado el mensaje de datos de notificación, conforme lo establece el inciso 3 del artículo 8 del Decreto 806 de 2020, por medio del cual se regula la notificación y traslado de la demanda.

2 **PREVÉNGASE** a la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS** para que, con la contestación de la demanda, de cumplimiento al parágrafo 1º del artículo 175 del CPACA, y allegue copia de todos los antecedentes administrativos de los actos demandados.

3 **RECONÓCESE** personería a la abogada **LAURA MARCELA LÓPEZ QUINTERO** identificada con cédula de ciudadanía n° 41.960.717 y tarjeta profesional n° 165.395 del C.S. de la J. para actúe en nombre y representación del señor **HÉCTOR CORREA** en los términos del poder a ella conferido (Fol. 15-16 cuaderno 1).

4 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
Maqistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 097 del 4 de agosto de 2020. Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.

Manizales, _____



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL

HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

-Despacho 006-

Manizales, tres (03) de agosto de dos mil veinte (2020).

Auto Sustanciación N:118

Medio de Control: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO (LESIVIDAD)

Radicado: **17001233300202000010**

Demandante: Colpensiones

Demandado: Flor Bernarda Marulanda Castaño

En atención a las nuevas directrices del Decreto 806 del 2020 y en aras de surtirse en debida forma la notificación de que trata el artículo 291 del C.G.P, se requiere a la Administradora Colombiana de Pensiones- COLPENSIONES, para que suministre la dirección electrónica de la señora FLOR BERNARDA MARULANDA CASTAÑO. De no conocerla dar aplicación al artículo 293 del Código General del Proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

PUBLIO MARTIN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

<p>TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS</p> <p><u>NOTIFICACIÓN POR ESTADO</u></p> <p>No. 097</p> <p>FECHA: 04 de agosto de 2020</p> <p>HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA</p>

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL

HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

-Despacho 006-

SECRETARIO

Firmado Por:

PUBLIO MARTIN ANDRES

PATIÑO MEJIA

MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL

DESPACHO 6 TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

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

Código de verificación:

aa86dbd18c9254e96c2d22fb25e9329307bca70933db8da3f12a5cfb1eab91ed

Documento generado en 03/08/2020 03:16:53 p.m.



República de Colombia
Honorable Tribunal Administrativo de Caldas
Sala Sexta de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Manizales, tres (03) de agosto de dos mil veinte (2020).

Auto Sustanciación N:118

Medio de Control: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO (LESIVIDAD)

Radicado: **17001233300202000010**

Demandante: Colpensiones

Demandado: Flor Bernarda Marulanda Castaño

En atención a las nuevas directrices del Decreto 806 del 2020 y en aras de surtirse en debida forma la notificación de que trata el artículo 291 del C.G.P, se requiere a la Administradora Colombiana de Pensiones- COLPENSIONES, para que suministre la dirección electrónica de la señora FLOR BERNARDA MARULANDA CASTAÑO. De no conocerla dar aplicación al artículo 293 del Código General del Proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

PUBLIO MARTIN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

<p>TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS</p> <p><u>NOTIFICACIÓN POR ESTADO</u></p> <p>No. 097</p> <p>FECHA: 04 de agosto de 2020</p> <p>HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA</p>

SECRETARIO

Firmado Por:

PUBLIO MARTIN ANDRES

PATIÑO MEJIA

MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL

DESPACHO 6 TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

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

Código de verificación:

6cd9ab1edcd94ce502ada00b49e420739b71a38cdb1da31018149d43138e0e6b

Documento generado en 03/08/2020 03:17:24 p.m.



República de Colombia
Honorable Tribunal Administrativo de Caldas
Sala Sexta de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Auto admisorio

Acción: Electoral
Demandante: Alexander Vargas Castaño
Demandado: Jair Arenas
Radicado: 17001233300020200017200
Acto judicial: Auto interlocutorio 120

Manizales, tres (03) de agosto de dos mil veinte (2020).

§01. La sala unitaria de decisión se pronuncia sobre la admisión del proceso electoral interpuesta por el señor Alexander Vargas Castaño contra el señor Jair Arenas, concejal del municipio de Chinchiná - Caldas.

1. Consideraciones

§02. El 7 de julio de 2020 el señor Alexander Vargas Castaño demanda electoral en contra del señor Jair Arenas, concejal del municipio de Chinchiná.

§03. Se pretende la nulidad parcial del acta 006 de sesión ordinaria del Concejo municipal de Chinchiná – Caldas- del 04 de febrero de 2020, respecto a la declaración del concejal electo para el periodo 2020-2023, el señor Jair Arenas, quien fue electo al concejo avalado por el Partido Social de la Unidad Nacional-Partido de la U-. Así como la nulidad parcial del acta E-26 CON del 29 de octubre de 2019 emitida por la Registraduría Nacional del Estado Civil.

§04. La causal invocada es doble militancia conforme al artículo 275.8 del CPACA.

§05. El suscrito magistrado ponente es competente para resolver sobre la admisión conforme a los artículos 125, 151.9-10, 243.1 del Código de Procedimiento Administrativo de lo Contencioso Administrativo. El proceso es de única instancia, ya que Chinchiná tiene un estimado de 52,267 habitantes para 2020, conforme al DANE.

§06. Como la demanda cumple con los requisitos formales se procederá a su admisión.

§07. Se ordenará la vinculación de la Registraduría Nacional del Estado Civil.

§08. Por lo anterior, la sala sexta unitaria de decisión del Tribunal Administrativo de Caldas,

Resuelve

Primero: Admitir la demanda electoral presentada por el señor Alexander Vargas Castaño contra el señor Jair Arenas, Concejal del municipio de Chinchiná– Caldas para el periodo 2020-2023.

Segundo: Por la Secretaría de la Corporación se cumplirán las siguientes actuaciones:

Notificaciones personales:

1) Al señor Jair Arenas, Concejal del municipio de Chinchiná– Caldas por el periodo 2020-2023. Como el demandante demostró el envío físico de la demanda, los anexos, y la subsanación al demandante, y por correo electrónico al Ministerio Público, al Concejo de Chinchiná, a la alcaldía de Chinchiná, por Secretaría se enviará oficio remisorio con copia del auto admisorio por los mismos medios: al demandado a la físico a la carrera 8 11-31 piso 3 de Chinchiná – Caldas, y a los demás a los correos electrónicos concejo@chinchina-caldas.gov.co, notificacionjudicial@chinchina-caldas.gov.co, y framirez@procuraduria.gov.co, en la forma y términos indicados en el artículo 199 del CPACA, en concordancia con el numeral 3 del artículo 277 ibídem y el artículo 6 del Decreto 806 de 2020.

En caso de que no pueda hacerse la notificación personal al demandado de este acto judicial dentro de los dos (2) días siguientes a su expedición en la dirección informada por el demandante, se notificará al demandado, sin necesidad de orden especial, mediante aviso que se publicará por una vez en dos (2) periódicos de amplia circulación en el territorio de la respectiva circunscripción electoral, en los términos los literales b y c del artículo 277 del CPACA.

Si el demandante no acredita las publicaciones en la prensa requeridas para surtir las notificaciones por aviso previstas en los literales anteriores, dentro de los veinte (20) días siguientes a la notificación al Ministerio Público del auto que la ordena, se declarará terminado el proceso por abandono y se ordenará archivar el expediente.

Las copias de la demanda y de sus anexos, a parte de que ya fueron remitidos por el demandante a la dirección del demandado, quedarán también a disposición del demandado en el archivo en la biblioteca onedrive del despacho, para lo cual deberá solicitar en enlace para compartir el ingreso, el cual estará a disposición por un plazo limitado de tres días.

2) Vincular y notificar al REGISTRADOR DEL ESTADO CIVIL Regional Caldas, con copia de la demanda, sus anexos, la subsanación y el auto admisorio, a través de mensaje dirigido al buzón electrónico para notificaciones judiciales, en la forma y

términos indicados en el artículo 199 del CPACA, en concordancia con el numeral 2 del artículo 277 ibídem y el artículo 6 del Decreto 806 de 2020.

3) Notifíquese por estado electrónico a la parte demandante.

4) Infórmese al Presidente del Concejo Municipal de Chinchiná, Caldas, para que por su conducto se entere al demandado del contenido de la presente providencia, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 277 del C.P.A.C.A.

5) Infórmese a la comunidad la existencia del proceso a través del sitio web de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, de conformidad con el numeral 5 del artículo 277 del CPACA.

Tercero: Córrase traslado de la demanda al señor Jair Arenas por el término de 15 días, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 279 del CPACA.

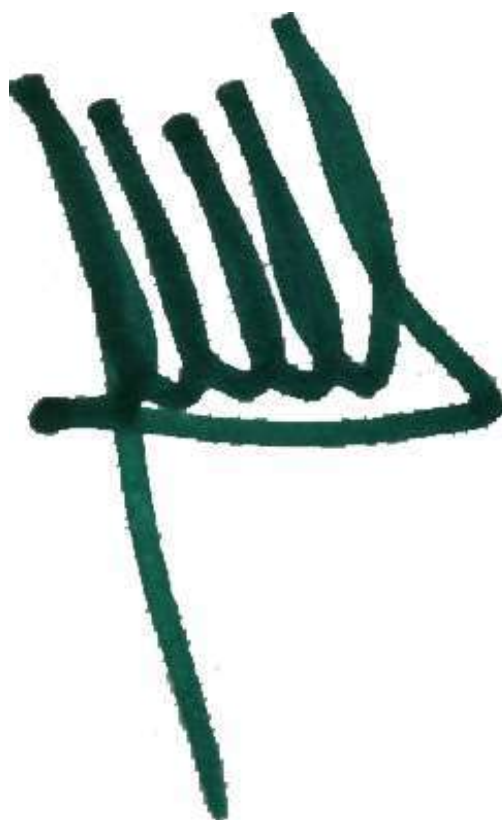
Notifíquese y cúmplase

Notifíquese y Cúmplase

Publio Martín Andrés Patiño Mejía
Magistrado

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
CALDAS**

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a las parte por Estado Electrónico No. 097 de fecha 04/08/2020

A handwritten signature in green ink, consisting of several vertical strokes of varying lengths and a horizontal base, resembling a stylized 'H' or a similar symbol.

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA

Secretario

El acto judicial corresponde al aprobado en sala

Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Firmado digitalmente

Firmado Por:

**PUBLIO MARTIN ANDRES PATIÑO MEJIA
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
DESPACHO 6 TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**

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

Código de verificación:

0727b452a123e90c590a682f83be0914e91f858fc781d61478f8516397bc8402

Documento generado en 03/08/2020 03:27:11 p.m.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Despacho 006-

Manizales, tres(3) de agosto de dos mil veinte (2020).

Auto de sustanciación No. 120

REFERENCIA:

Proceso: INCIDENTE DE DESACATO - POPULAR
Radicación : 1700123330020110042700
Accionante: JAVIER ELIAS ARIAS IDÁRRAGA
Accionada: NACIÓN- RAMA JUDICIAL –DIRECCION EJECUTIVA Y OTROS

Atendiendo a lo ordenado, en audiencia celebrada el pasado 06 de diciembre de 2019, se programa audiencia de verificación de pacto de Cumplimiento para el día **MIÉRCOLES DOCE (12) DE AGOSTO DE DOS MIL VEINTE(2020) A PARTIR DE LAS NUEVE DE LA MAÑANA (9:00 AM).**

De la misma manera se les requiere a los a apoderados de las entidades allegar correos electrónicos previamente a la celebración de la audiencia, para efectos de enviarles la invitación.

El expediente se le se advierte que el link para acceder al expediente digital será remitido a los correos electrónicos debidamente registrados por los abogados de las partes y a aquellos habilitados por las entidades públicas para notificaciones judiciales.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Despacho 006-

Firmado Por:

PUBLIO MARTIN ANDRES PATIÑO
MAGISTRADO TRIBUNAL O
SECCIONAL
DESPACHO 6 TRIBUNAL
DE CALDAS

<p>TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS</p> <p><u>NOTIFICACIÓN POR ESTADO</u></p> <p>No. 097</p> <p>FECHA: 04 de agosto de 2020</p> <p>HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA</p> <p>SECRETARIO</p>

MEJIA
CONSEJO
ADMINISTRATIVO

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:

d81a34b82cb96862e3b8a1564a4b99258fe638c3f3eb3de968cedeb72c15a989

Documento generado en 03/08/2020 03:17:52 p.m.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Despacho 006-

Manizales, tres (3) de agosto de dos mil veinte (2020).

Auto de sustanciación No. 120

REFERENCIA:

Proceso: ACCION POPULAR
Radicación : 1700123330020130042300
Accionante: GUILLERMO OCAMPO ECHEVERRY Y OTROS
Accionada: CORPOCALDAS Y OTROS

Atendiendo a lo ordenado, en audiencia celebrada el pasado 06 de diciembre de 2019, se programa audiencia de verificación de pacto de Cumplimiento para el día **JUEVES TRECE(13) DE AGOSTO DE DOS MIL VEINTE(2020) A PARTIR DE LAS NUEVE DE LA MAÑANA (9:00 AM).**

De la misma manera se les requiere a los a apoderados de las entidades allegar correos electrónicos previamente a la celebración de la audiencia, para efectos de enviarles la invitación.

El expediente se le se advierte que el link para acceder al expediente digital será remitido a los correos electrónicos debidamente registrados por los abogados de las partes y a aquellos habilitados por las entidades públicas para notificaciones judiciales.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
<u>NOTIFICACIÓN POR ESTADO</u>
No. 097
FECHA: 04 de agosto de 2020
HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
SECRETARIO

Firmado Por:

17001233100201100427-02

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Despacho 006-

PUBLIO MARTIN ANDRES PATIÑO MEJIA

MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL

DESPACHO 6 TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

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

Código de verificación:

5776ec01e81ee531b2e8148ee66923b87e21a6db1901842326b842d7b43859e5

Documento generado en 03/08/2020 03:18:23 p.m.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 254

Manizales, treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020).

Radicado: 17-001-33-33-003-2015-00028-02
Naturaleza: Reparación Directa
Demandante: Finesa S.A.
Demandado: Municipio de Manizales – Secretaría de Tránsito y Transporte
Llamado en Gtia: La Previsora S.A.

I. ASUNTO

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandante, contra la sentencia, mediante la cual se denegaron sus pretensiones.

II. ANTECEDENTES.

2.1. PRETENSIONES

Solicita la demandante, en síntesis, se declare administrativa y patrimonialmente responsable al municipio de Manizales por los daños causados con ocasión del levantamiento de la garantía prendaria que existía a favor de Finesa S.A. sobre los vehículos de placas DKT 748 y DKS 107 y en consecuencia se ordene pagar las indemnizaciones pertinentes con el fin de resarcir los perjuicios materiales causados, los cuales se estiman en el valor total adeudado por los créditos que eran respaldados por dichas garantías prendarias, créditos que a la fecha de presentación de la demanda ascendían a un total de \$ 84.555.826.

2.2. HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES.

Señala la parte actora que Finesa S.A. constituyó prenda abierta sin tenencia a favor suyo, respecto de los vehículos de placas DKT 748 -16 de noviembre de 2012- y DKS 107 -7 de junio de 2012- de propiedad de los señores Leidy Johana Rave Aguirre y Julio César Corrales Lince respectivamente; prendas que tenían sustento en las obligaciones crediticias adquiridas por dichos propietarios frente a la sociedad demandante.

Que las referidas garantías prendarias fueron levantadas por parte de la Secretaría de Tránsito de Manizales los días 25 de abril de 2013 -vehículo de placa DKT 748- y 15 de marzo de 2014 -Vehículos de placa DKS 107-.

Que al indagarse por parte de Finesa S.A. ante la Secretaría de Tránsito de Manizales se informó que las mismas fueron canceladas con base en dos documentos de levantamiento de prenda radicados ante dicha autoridad, en los cuales, según afirma la parte actora, se suplantó la firma de la representante legal de la sociedad aquí demandante *“de una manera tosca, que no se asemeja en mínima parte a la firma real de ésta”*.

2.3. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Invoca como fundamento legal el artículo 90 de la Constitución Política, con base en el cual expone que el régimen de aplicación al caso, es el de falla en el servicio al considerar que el municipio de Manizales a través de su Secretaría de Tránsito omitió efectuar un control mínimo del documento que era puesto en su conocimiento, a pesar de que contaba con las herramientas necesarias para el efecto, pues recuerda, la firma de cada uno de los usuarios de los servicios tránsito se encuentra registrada ante el Registro Único Nacional de Automotores – RUNT.

Arguye que el manejo de dicho registro de automotores conlleva la responsabilidad patrimonial de los organismos de tránsito cuando se presentan fallas en una inscripción, cancelación o alteración de la información con omisión de los requisitos legales o el desconocimiento de los procedimientos establecidos para formalizar actos o negocios que afectan la situación jurídica de un automotor.

Considera que si los funcionarios de la Secretaría de Tránsito de Manizales hubiesen efectuado una mínima verificación de la firma registrada por la representante legal de Finesa S.A. con respecto a la plasmada en el documento que les fue presentado, podrían haber detectado sin dificultad que se trataba de una suplantación, pues la firma registrada resulta muy diferente a la utilizada en los documentos con base a los cuales se levantó la prenda que existía sobre los vehículos de placas DKT 748 y DKS 107.

2.4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

El **municipio de Manizales** al paso de señalar que únicamente le constan los hechos referentes a los trámites de inscripción y levantamiento de las garantías prendarias que fueron efectuados ante la Secretaría de Tránsito municipal y tras efectuar una amplia citación de normas legales sobre el contrato de mutuo o préstamo de consumo y el contrato de prenda, señaló que la Ley 769 de 2002, otorgó al Ministerio de Tránsito y Transporte la facultad de definir, orientar, vigilar e inspeccionar la ejecución de la política nacional en materia de tránsito, entidad que a través de la Resolución 12379 de 2012, reguló lo atinente a la inscripción o levantamiento de limitaciones o gravámenes a la propiedad de vehículos automotores, determinando como criterios a seguir por parte de las secretarías de tránsito para dichos efectos: *(i)* la verificación de la inscripción en el Runt del usuario que realiza el trámite; *(ii)* La radicación de los documentos establecidos según el tipo de trámite; *(iii)* La confrontación de la información de improntas del vehículo con lo registrado en el Runt; y *(iii)* Validación de vigencia de Soat, licencia de tránsito e inexistencia de infracciones de tránsito.

De lo anterior, señala que la obligación de efectuar un examen o verificación de la firma del suscriptor de los documentos presentados ante las secretarías de tránsito no ha sido establecida como un deber legal de la administración, aunado a que en el Runt no existe firma registrada de la representante legal de Finesa S.A. que permitiera efectuar tal “verificación”.

Concluye que, no se puede pretender que el actuar presuntamente delictivo de unos terceros deudores de la demandante, se torne imputable a la entidad demandada, aunado a que no se acreditó haber efectuado las denuncias penales correspondientes, ni las acciones ejecutivas con que gozan los acreedores de dichas deudas.

Formuló las excepciones de mérito que denominó: “AUSENCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE LOS HECHOS Y EL ACTUAR DE LA ADMINISTRACIÓN – CUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES LEGALES Y

CONSTITUCIONALES POR PARTE DEL MUNICIPIO DE MANIZALES”, “CULPA O HECHO DE UN TERCERO”, “APLICACIÓN DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE LA BUENA FE”, “IMPROCEDENCIA DEL COBRO VÍA REPARACIÓN DIRECTA FRENTE AL MUNICIPIO DE MANIZALES POR EXISTENCIA DE OTRO MECANISMO PARA RECIBIR EL COBRO INDEMNIZATORIO FRENTE A LOS CAUSANTES DEL DAÑO”, “FALTA DE PRUEBA SOBRE EL MONTO DE LAS PRETENSIONES” y “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”.

Finalmente, el ente territorial demandado formuló llamamiento en garantía frente a la Previsora S.A., con base a la existencia de la póliza de responsabilidad civil extracontractual otorgada por dicha aseguradora.

La Previsora S.A. -llamada en garantía- señaló en primer lugar que, la póliza de responsabilidad civil extracontractual -por labores u operaciones- No. 1003530 tuvo vigencia entre el 1° de enero de 2014 y el 1° de enero de 2015, razón por la cual no tendría cobertura alguna respecto del evento “*levantamiento de prenda*” que acaeció en el año 2013.

En todo caso, advierte que la cobertura de la referida póliza únicamente atañe a los eventos del giro ordinario de actividades del asegurado descritos en el clausulado correspondiente, el cual no incluye “*los perjuicios por cancelación de prendas*”.

Concluyó advirtiendo que en caso de acceder a las pretensiones del llamamiento en garantía se deben tener en cuenta los límites asegurados, las afectaciones anteriores a la póliza y valor de los deducibles pactados.

2.5. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El *a quo* negó las pretensiones de la demandante; para ello realizó un análisis fáctico y jurisprudencial del caso planteado para determinar que el mismo debía ser valorado desde la teoría de la falla del servicio probada, siendo por ende necesario que la actora demuestre la existencia de los tres elementos necesarios para configurar la responsabilidad patrimonial del Estado, esto es, el daño, la acción u omisión como causa eficiente del daño y la imputación jurídica o nexo causal.

Así las cosas, al analizar los referidos elementos, en concordancia con las pruebas obrantes en el plenario, consideró que el daño se encuentra acreditado, empero estimó que, no existe nexo causal y por ende imputación frente a la entidad demandada, por no haberse acreditado que la alegada omisión en el cotejo de firmas fuese una obligación legal de la Secretaría de Tránsito de Manizales, esto aunado a que según se certificó por el Runt, no se encontró firma registrada de la señora Adriana María Madriñan Representante Legal de Finesa S.A.- en dicho sistema de información.

Finalmente, echa de menos que la parte accionante a pesar de haberse enterado de la comisión de una conducta delictiva no haya efectuado ningún tipo de diligencia de orden penal o civil con miras perseguir a los deudores y sus bienes.

2.6. RECURSO DE APELACIÓN.

La **actora** se opuso a la sentencia al considerar que el fundamento de sus pedimentos no es el hecho de que la verificación de la firma obrante en los documentos radicados ante la Secretaría de Tránsito sea una obligación legal de esta entidad, sino que es un mínimo de precaución exigible para evitar perjuicios como los causados en este asunto, aunado a que, itera, se suplantó la firma de la representante legal de la sociedad aquí demandante “*de una manera tosca, que no se asemeja en mínima parte a la firma real de ésta*”.

Además señaló que, no es posible que la firma de la representante legal de Finesa S.A. no este registrada ante el Runt, pues precisamente uno de los requisitos establecidos para realizar trámites como el levantamiento de prendas ante las secretarías de tránsito es la verificación de inscripción del solicitante en dicho registro de automotores, inscripción para la cual es obligatorio el registro de la correspondiente firma.

Así, con base a los argumentos señalados solicita la revocatoria de la sentencia de primera instancia.

2.7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

La Previsora S.A. -llamada en garantía-, solicitó confirmar la decisión adoptada por el *a quo*, pues no existe obligación legal de la entidad demandada de realizar un cotejo de firmas de los documentos que se radican para el trámite de asuntos de tránsito, lo cual de por si resulta imposible, pues son muchas las operaciones que diariamente se realizan en las secretarías de tránsito.

Igualmente, señaló que si Finesa fue enterada de la comisión de un ilícito, contaba con la obligación y derecho de interponer las denuncias penales correspondientes, que le permitieran solicitar la nulidad de las inscripciones fraudulentas y perseguir en calidad de víctima la reparación de los daños ocasionados en cabeza de quienes incurrieron en los delitos correspondientes.

Las demás partes e intervinientes no presentaron alegatos de conclusión ante esta instancia.

III. CONSIDERACIONES

3.1. COMPETENCIA.

La Sala es competente para decidir el recurso de apelación con fundamento en lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

3.2. PROBLEMAS JURÍDICOS.

Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación se estima necesario absolver los siguientes cuestionamientos: *¿Se encuentran probados los elementos necesarios para la existencia de responsabilidad en cabeza de las entidades accionadas, principalmente la imputación fáctica y jurídica de los daños soportados por la parte accionante? Y en caso afirmativo, ¿A qué monto ascienden los perjuicios ocasionados a los demandantes?*

3.3. PRIMER PROBLEMA JURÍDICO

Tesis del Tribunal: Si bien se encuentra acreditada la existencia del daño antijurídico, este no fue causado una acción u omisión imputable a la entidad demandada.

Para sustentar lo expuesto, se analizarán: i) los hechos relevantes acreditados; ii) el régimen de responsabilidad aplicable; iii) el daño antijurídico y iv) la omisión endilgada a la entidad accionada.

3.3.1. HECHOS RELEVANTES ACREDITADOS

- Que los propietarios de los vehículos con placas DKT 748 y DKS 107 suscribieron prenda abierta a favor de Finesa S.A. (v. fls. 13-16, cdo. 1), como garantía real de los créditos adquiridos por dichos propietarios según pagarés No. 100076802 y 100088398 (fls. 17-20, cdo. 1); garantías prendarias que según se aceptó por la entidad accionada fueron inscritas los días 7 de junio y 16 de noviembre de 2012.
- Que el 25 de abril de 2013 y 15 de marzo de 2014 se efectuó el levantamiento de las garantías prendarias que recaían sobre dichos vehículos, en atención a peticiones del 19 de abril de 2013 y 06 de febrero de 2014 las cuales manifiestan ser suscritas por Adriana Martínez Madriñan (fls. 23-24, cdo. 1).
- La señora Adriana Martínez Madriñan funge como representante legal suplente de Finesa S.A. según certificado de existencia y representación de dicha sociedad datado 17 de junio de 2014 (fls. 25-30, cdo. 1).
- Según documento suscrito por el Secretario de Tránsito y Transporte de Manizales de fecha 1° de marzo de 2018 una vez revisada la base de datos nacional del Runt, no se encontró firma registrada que corresponda a la señora Adriana María Madriñan identificada con cédula de ciudadanía No. 31.919.131.

3.3.2. Régimen de responsabilidad aplicable

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 artículo 140 del CPACA que consagra el medio de control de reparación directa, 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 el riesgo excepcional, que obedecen a diversas situaciones en las cuales el Estado, a través de sus autoridades, está llamado a responder por la producción de un daño antijurídico.

Para definir el régimen de responsabilidad aplicable 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*", que significa que 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 los sujetos procesales.

Así las cosas, resulta claro que la parte actora endilga a las entidades demandadas la responsabilidad de los hechos que originaron el daño, con base a lo que insiste se trata de una omisión en las obligaciones inherentes a la Secretaría de Tránsito de Manizales, por no haber efectuado una "*verificación mínima*" cotejando la firma consignada en los documentos que le fueron presentados para el levantamiento de las garantías prendarias que existían a favor de Finesa S.A., respecto de la firma registrada en el Runt.

En línea con lo anterior, la Sala considera que en el presente asunto el esquema de responsabilidad aplicable es el de la falla en el servicio probada, siendo necesario por

ende que se acredite la existencia de los elementos de la responsabilidad estatal, esto es, el daño, la acción u omisión que se aduce en cabeza de las demandadas y la imputación fáctica, esto es, el nexo de causalidad entre dichos elementos.

Así las cosas, como primer elemento de la responsabilidad pública, el *daño* 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.

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.

Así las cosas, se pasará a analizar con base a las probanzas del proceso la existencia de los referidos elementos con el fin de determinar la procedencia de la declaratoria de responsabilidad deprecada por los demandantes.

3.3.3. El daño antijurídico

En línea con los hechos previamente relacionados como acreditados, tal y como determinó la sentencia recurrida, se encuentra acreditado el daño antijurídico, consistente en el levantamiento -sin consentimiento de su beneficiario- de las garantías prendarias que recaían sobre los vehículos de placa DKT 748 y DKS 107.

Los referidos daños se encuentran plenamente acreditados con los documentos aportados por la entidad accionada (fl. 2, cdo. 3) y los certificados expedidos por la Secretaría de Tránsito de Manizales (fls. 21-22, cdo. 1) en los cuales se destaca que sobre los referidos vehículos se levantó la garantía prendaria que existía a favor de Finesa S.A.

Acreditado como está la existencia del daño antijurídico invocado, se pasará a abordar el que claramente es el punto fuerte de la discusión, esto es, la existencia de una omisión en cabeza de la entidad accionada a través de la cual sea dable afirmar la existencia de imputación fáctica.

3.3.4. La omisión endilgada a la entidad accionada.

Sea lo primer advertir en este punto que no existe discusión entre las partes, ni se pone en duda en la sentencia recurrida, el hecho de que el levantamiento de las garantías prendarias que recaían sobre los vehículos de placa DKT 748 y DKS 107 tuvo como origen la realización de una conducta presuntamente delictiva como fue la suplantación de la firma de la representante legal de Finesa S.A. en los documentos que fueron presentados ante la Secretaría de Tránsito de Manizales como fundamento de la cancelación de referidas garantías reales.

En tal sentido, el análisis de la responsabilidad de la entidad demandada debe centrarse en la configuración o no, de una conducta omisiva al no haber -como lo alega la parte actora- efectuado una verificación o cotejo entre las firmas plasmadas en los documentos que sustentaron el levantamiento de las garantías reales y la firma de la señora Adriana Martínez Madriñan, que se debía encontrar registrada en la base de datos del Runt.

Así las cosas, para definir si lo que se pretende endilgar como una omisión a la entidad accionada, era o no una obligación que debiese cumplir, se torna fundamental traer a colación la Resolución 12379 de 2012 del Ministerio de Transporte, en la cual se establecen los procedimientos a seguir por parte de los organismos de tránsito para efectuar trámites como el levantamiento de garantías prendarias, así:

“Artículo 3º. Verificación de la inscripción del usuario en el Sistema RUNT. Para iniciar cualquier trámite asociado al Registro Único Nacional de Tránsito, el organismo de tránsito, previa presentación del documento de identidad y la captura de la huella del usuario, confronta la información con la registrada en el sistema y confirma que el ciudadano que adelanta el trámite es el mismo que se encuentra inscrito o registrado en el sistema”.

Artículo 27. Requisitos y procedimiento. Verificada la inscripción del usuario en el sistema RUNT, para solicitar la inscripción o el levantamiento de limitación o gravamen a la propiedad de un vehículo ante el organismo de tránsito, se deberá observar el siguiente procedimiento y cumplir con los requisitos que el mismo exige:

1. Presentación de documentos. El organismo de tránsito requiere al usuario el formato de solicitud de trámite debidamente diligenciado y el documento original en el que conste la inscripción, el levantamiento de la limitación o gravamen a la propiedad en el que se deberán adherir las improntas del vehículo.

El organismo de tránsito confronta la información registrada en el sistema RUNT, con las improntas adheridas en el documento y los datos de la licencia de tránsito y procede a registrar la inscripción o el levantamiento de la limitación o gravamen a la propiedad del vehículo, según el caso.

2. Validación del SOAT e infracciones de tránsito. El organismo de tránsito valida en el sistema RUNT la existencia del SOAT, y valida que el usuario se encuentra a paz y salvo por concepto de multas por infracciones de tránsito.

3. Validación y verificación del pago de los derechos del trámite. El organismo de tránsito valida en el sistema RUNT el pago realizado por el usuario por los derechos del trámite a favor del Ministerio de Transporte y de la tarifa RUNT, y verifica la realización del pago correspondiente a los derechos del organismo de tránsito.

4. Otorgamiento de la licencia de tránsito. Verificados y validados los requisitos enunciados anteriormente, el organismo de tránsito procede a actualizar el Registro Nacional Automotor con la novedad registrada y a expedir la nueva licencia de tránsito.

5. Cuando se produce cambio de acreedor prendario y el nuevo titular de la obligación es quien solicita la inscripción, el organismo de tránsito procede a realizar el registro de la novedad con base en el documento que soporta el cambio.” (Se resalta)

Analizadas las normas en cita se concluye que, se exige del organismo de tránsito la verificación de: i) la presentación por el usuario del formato de solicitud de trámite debidamente diligenciado y el documento original del levantamiento de garantías o

limitaciones a la propiedad; ii) la inscripción del usuario en el Runt– en este caso el interesado en el levantamiento de la prenda y iii) la confrontación de la información de improntas del vehículo¹ con los datos registrados en dicha base de datos.

Empero por modo alguno, se impone al organismo de tránsito la comprobación de la autenticidad de la firma del acreedor plasmada en el documento de autorización de levantamiento de prenda, anexos al *formato de solicitud de tramite* que es presentado para dicho fin.

Ahora bien, alega la parte recurrente que el daño sufrido por Finesa no es imputable a la Secretaría de Tránsito de Manizales desde la égida de que la referida *“comprobación o cotejo de firmas”* fuese una obligación legal en cabeza de dicho ente territorial, sino bajo la consideración de que una *“verificación mínima”* de este aspecto, sí le era exigible, más aun cuando la firma de la representante legal de la sociedad aquí demandante fue suplantada *“de una manera tosca, que no se asemeja en mínima parte a la firma real de ésta”*.

Sobre este cargo de apelación, la Sala considera que incluso si en gracia de discusión se aceptara como exigible frente a la Secretaría de Tránsito de Manizales esta *“verificación mínima”* de la firma de la representante legal de Finesa en el documento dicho cotejo en todo caso hubiese sido de imposible realización por parte de la entidad demandada, pues como se informó en certificación visible a folio 1 del cuaderno No. 3 -según solicitud probatoria de la propia parte actora- al verificar la base de datos del Runt no se encontró firma registrada que corresponda a la señora Adriana Martínez Madriñan, documento que cabe recordar no fue objeto de oposición o tacha alguna por la parte actora en forma oportuna.

Vale entonces advertir que, era la parte actora quien debía probar que la firma de la señora Adriana Martínez Madriñan sí se encontraba registrada en la base de datos del Runt y que dicha rubrica registrada distaba tan notoriamente como lo alega, de la plasmada en los documentos que dieron lugar al levantamiento de las garantías prendarias que existían a favor de Finesa S.A.

La referida carga probatoria no puede ser suplida, como lo pretende la parte actora en su recurso de apelación, con la mera afirmación de que dicha firma *“debería”* estar registrada en el Runt por ser este un requisito de inscripción a dicho registro de automotores, pues tal aseveración no puede ser la fuente única de la responsabilidad que se pretende endilgar al municipio de Manizales, más aun cuando de la verificación de los documentos obrantes en el cartulario se puede destacar que, los documentos iniciales de la constitución de dichas prendas fueron suscritos por otras personas en representación de Finesa S.A., diferentes a la señora Adriana Martínez Madriñan (v. fls. 13-20, cdo. 1).

Lo anterior aunado a que aquella funge como representante legal suplente de dicha sociedad, por lo cual no puede afirmarse que la única forma de que Finesa S.A. efectuara su registro en el sistema Runt era mediante la inscripción de la firma de la señora Martínez Madriñan, pues dicha inscripción pudo haber sido realizada por el representante legal principal o por otro representante de la sociedad, siendo necesario reiterar que, era la parte demandante quien debía acreditar la existencia de dicha firma en la base de datos Runt que permitiera efectuar el cotejo que pretende alegar como omisión en cabeza de la entidad demandada.

De las situaciones advertidas se concluye que, la alegada omisión de verificación de cotejo

¹ Seriales o números que identifican los vehículos en el motor, chasis y serie.

o comparación de firmas no era una obligación legal exigible a la Secretaría de Tránsito municipal de Manizales, aunado a que en todo caso, dicho organismo no contaba con los elementos para efectuar tal verificación, pues se acreditó en el plenario que, en la base de datos del sistema Runt no se encontró firma registrada de la señora Adriana Martínez Madriñan.

En tal sentido, como lo ha reseñado el H. Consejo de Estado, no es posible deprecar una declaratoria de responsabilidad estatal frente a la autoridad de tránsito cuando esta ha cumplido con los procedimientos legalmente establecidos para la realización de los trámites que adelanta, por lo que en este tipo de controversias resulta necesario acreditar que la entidad accionada omitió alguna de sus obligaciones legales. Sobre esto el referido órgano de cierre advirtió²:

“De esta manera, para que proceda entonces la atribución de responsabilidad contra el ente demandado, debe acreditarse que se produjo una falla en el servicio, por omisión de la autoridad de tránsito de Chía en su deber de verificar la documentación aportada por el señor Pedro Antonio Soto al momento de radicar el traspaso de la propiedad del vehículo de placas CIL-192.

Sin embargo, de las pruebas que obran en el proceso no es posible derivar alguna irregularidad en el procedimiento seguido por la entidad demandada, en los dos traspasos de propiedad posteriores, pues en ambos casos se diligenció completamente el formulario único nacional y se aportaron los documentos requeridos por el artículo 73 del acuerdo 51 de 1993 y el vehículo fue debidamente identificado, de acuerdo con lo prescrito en el párrafo primero del artículo 87 del código nacional de tránsito, entonces vigente y dado que la denuncia penal fue formulada con posterioridad a dichos traspasos, no le era posible a la Oficina de Tránsito de Chía deducir que la documentación aportada por el señor Pedro Antonio Soto Rodríguez era apócrifa.

En este orden de ideas, debe concluir la Sala que el procedimiento aplicado por la entidad demandada y los documentos aportados por los particulares que intervinieron en ellos, no llevaba a exigir de la entidad demandada una actuación diferente a la que efectivamente desarrolló; no se determinaba por la ley que se requiriera a otras autoridades la remisión de los antecedentes del vehículo; en efecto, nada conducía a ejercer medidas de control adicionales para establecer la procedencia del vehículo, como tampoco la legislación vigente al momento de los hechos establecía el deber de hacerlo; luego, se cumplieron de manera plena los requisitos exigidos por las normas que regían, en ese momento, este tipo de actuaciones, luego era al comprador a quien le asistía el deber de constatar la idoneidad de la documentación del vehículo³ y en tal sentido cualquier perjuicio que se le hubiese ocasionado con la compra-venta del vehículo debía ser reclamado al comprador y no a la entidad demandada.

Corolario de lo anterior, resulta que en este caso no se probó la falla del servicio, lo cual impide atribuir responsabilidad a la entidad demandada-Gobernación de Cundinamarca-Departamento Administrativo de Tránsito y Transporte-, y por ello considera la Sala que existen razones suficientes para revocar la decisión objeto de apelación.”

² Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 12 de febrero de 2014, Rad. 25000-23-26-000-2002-00382-01(27134)

³ **Cita de cita:** El acuerdo 51 de 1993, establecía en el artículo tercero lo siguiente: “La responsabilidad de todos los trámites que se lleven a cabo ante los organismos de tránsito y ante el INTRA, estará en cabeza del propietario, vendedor o comprador, mandatario, importador tenedor, poseedor del vehículo; médicos en la práctica de exámenes para la obtención de la licencia de conducción; propietarios, representante legal, directores de las escuelas de enseñanza automovilística, etc, sin perjuicio de las acciones legales que de ello se desprendan.”

Cabe agregar en este punto, que aunado a lo anterior, el H. Consejo de Estado ha señalado en asuntos de similar naturaleza que las funciones de certificación y registro de automotores se desarrollado bajo postulados de buena fe, no siendo procedente endilgar responsabilidad patrimonial a la administración por la información que en forma fraudulenta sea suministrada por los particulares, pues este tipo de responsabilidad solo es dable cuando la propia entidad pública expida certificados o información errónea en el marco de la función que desempeña. En efecto la referida corporación ha señalado⁴:

“1. La Sala ya se ha pronunciado en otras oportunidades sobre debates similares al que examina en el presente proceso, es decir, sobre la expedición de licencia y autorización de traspaso de dominio de un vehículo que previamente ha sido hurtado; en la sentencia del ocho de noviembre de 2001, que toma en consideración los diferentes tratamientos que la jurisprudencia había venido dando a estas situaciones, se dijo lo siguiente:

“En consecuencia, el Estado será responsable de las fallas en que incurra al expedir certificaciones falsas o no idóneas que causen perjuicios a los particulares.

“Sin embargo, no debe perderse de vista que en estos actos de registro y posterior certificación en los cuales se da fe de una verdad suministrada por un particular y no de un acto que la autoridad que expida la certificación haya debido presenciar, la responsabilidad por la veracidad del dato corresponde al particular que la suministra y si bien es cierto que el Estado debe establecer una medidas de control para evitar que se alleguen datos falsos, también lo es que en aplicación del principio de la buena fe no debe confirmar todo cuanto el particular acredita ante éste.

“En síntesis, puede afirmarse que para el Estado el deber de certificación implica responsabilidades de orden patrimonial cuando se ha incurrido en fallas en la elaboración del registro o en la expedición del certificado, pero no cuando da cuenta de la verdad formal consignada por el particular y se han agotado las medidas de control que el caso concreto exige.

“El mismo desarrollo de ciertas actividades ha generado la necesidad de crear un principio de confianza legítima, el cual se desprende del principio de buena fe, establecido por el artículo 83 de la Carta...

En resumen, la Sala halla respuesta negativa al primero de los problemas jurídicos planteados, lo que impone confirmar la sentencia recurrida, en tanto denegó las pretensiones de la demanda que por el medio de control formuló Finesa S.A. en contra del municipio de Manizales.

3.4. COSTAS.

Con fundamento en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 365 del Código General del Proceso, no se condenará en costas en esta instancia, en tanto, a partir del criterio objetivo valorativo que ha sido expuesto por el H. Consejo de Estado⁵ para la imposición de la condena en costas, se torna necesaria la existencia de gastos procesales y actuaciones en que hayan incurrido las partes, para dar lugar a la imposición de dicha

⁴ Sección Tercera, Sentencia del 7 de julio de 2005, Rad. 73001-23-31-000-1996-04168-01(14975).

⁵ Ver: Sentencia del 7 de febrero de 2019, Rad. 41001-23-33-000-2015-00741-01(2982-17).

condena.

Así, no se impondrá tal carga al observarse que no se incurrió en gastos procesales en esta instancia y que la entidad demandada no efectuó intervención ante este Tribunal.

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

RESUELVE:

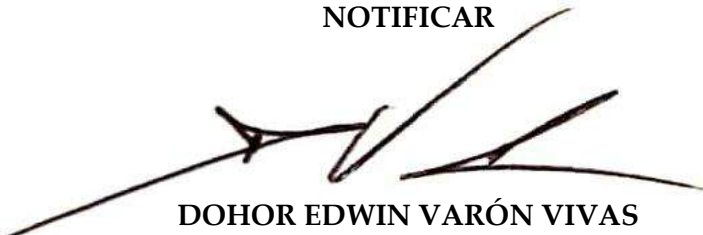
PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales el 20 de febrero de 2019, mediante la cual se denegaron las súplicas de la demanda que en ejercicio del medio de control de reparación directa formuló Finesa S.A. en contra del municipio de Manizales.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia por lo expuesto en precedencia.

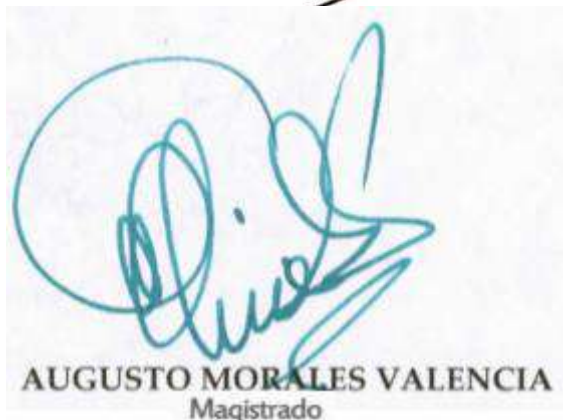
TERCERO: EJECUTORIADA esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa "Justicia Siglo XXI".

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 031 de 2020.

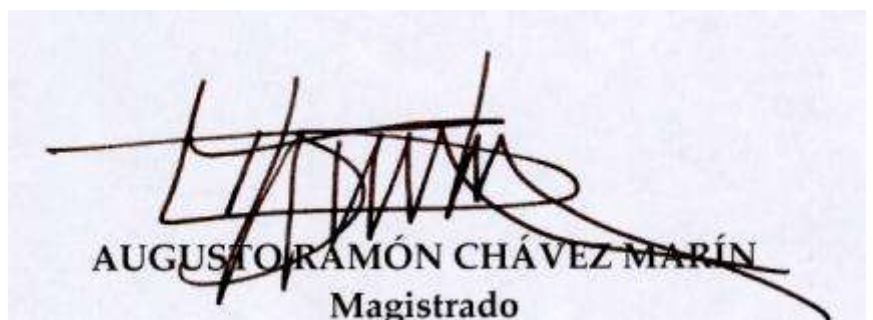
NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 253

Manizales, treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020).

Radicado: 17001-33-39-754-2015-00106-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Industrias Vatovi SAS
Demandado: Corporación Autónoma Regional de Caldas -Corpocaldas

Se decide el recurso apelación impetrado por la demandada contra la sentencia que accedió a las pretensiones de la demandante.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda (fls. 4-26 C.1).

1.1. Pretensiones

La parte demandante solicita en síntesis, que se declare la nulidad del Auto 054 de 4 de febrero de 2013 que dio lugar a la apertura del proceso sancionatorio y se formulan unos cargos¹, y las Resoluciones 446 del 2 de mayo de 2014 y 1175 del 6 de octubre de la misma anualidad, emitidos por Corpocaldas, por medio de las cuales se impone una sanción y se resuelve un recurso de reposición. Que a modo de restablecimiento del derecho, se dejen sin efecto y se ordene el no pago de la sanción impuesta.

1.2. Sustento fáctico

Señaló que, el 21 de agosto de 2012 recibió oficio de Corpocaldas en el que se informó que, el 15 de agosto de 2012 se realizó visita técnica y se realizaron mediciones de los niveles de ruido proveniente de las instalaciones de la empresa, en periodo diurno entre las 12:16 a.m y 12:37 a.m, utilizando el procedimiento indicado en el Anexo 3 de la Resolución 627 de 2006 del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

Por ello Corpocaldas requirió al representante legal de la empresa, para que en un término de 15 días calendario, presentara un cronograma de actividades con indicaciones de costos, para implementar las medidas necesarias para el control del ruido, las emisiones del horno de templado y la maquina ranuradora y se sugiere un sistema de extracción y ducto que sobrepase la edificación más alta que se encuentre próxima al establecimiento para controlar las emisiones generadoras de molestias.

¹ Por auto de 9 de noviembre de 2015 el *a quo* rechazó esta pretensión por ser un simple acto de trámite

El 3 de octubre de 2012 Industrias Vatovi presentó el cronograma final de actividades para implementar el sistema de control de ruido y emisiones de humo, indicando el valor de la inversión y la fecha de culminación de labores.

A través de Informe Técnico 500-13-030 del 28 de diciembre de 2012, Corpocaldas informó que, según visita realizada el 3 del mismo mes y año, fue encontrado que Industrias Vatovi incumplió el cronograma de actividades, el cual tenía como fecha de terminación de obras el 28 de noviembre de 2012 y que además realizaron mediciones de niveles de ruido y obtuvieron como resultado que sobrepasa los niveles permitidos; que además no cuenta con sistemas para controlar las emisiones de olores y material particulado.

Como consecuencia de lo anterior, Corpocaldas expidió el Auto 054 del 4 de febrero de 2013, por medio del cual inició proceso sancionatorio y formuló cargos. Posteriormente, dentro del término otorgado, Industrias Vatovi presentó descargos, refiriendo entre otros aspectos al uso del suelo del sector y que no aparece informe técnico de Corpocaldas referente al procedimiento realizado para determinar los resultados de la evaluación de olores.

Corpocaldas a través de Auto 148 del 18 de marzo de 2013, fijó el término probatorio por 30 días y ordenó la práctica de una visita técnica a Industrias Vatovi para determinar los niveles de ruido; si cuenta con sistemas de control de emisión de olores y material particulado; el tipo de sector de restricción de ruido ambiental y si se dio cumplimiento al cronograma.

El 2 de mayo de esa anualidad, Corpocaldas remitió el Informe Técnico 500-13-016 y dadas las falencias de este, Industrias Vatovi presentó reparos que llevaron a su aclaración y en consecuencia fue expedido el Informe Técnico 500-13-027 del 31 de julio de 2013.

Finalmente, Corpocaldas profirió la Resolución 466 de 2 de mayo de 2014, por medio de la cual declaró responsable a Industrias Vatovi, por la infracción a las normas ambientales e impuso una multa por valor de \$14.588.960; decisión que fue confirmada a través de la Resolución 1175 de 6 de octubre de 2014.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

Expuso que la sanción impuesta vulneró los principios al debido proceso y del derecho de defensa, por cuanto:

- No se le otorgó la posibilidad de demostrar que actuó dentro del riesgo permitido en las normas jurídicas y técnicas que regulan la actividad, toda vez que Corpocaldas en el Informe Técnico 500-13-030 de 28 de diciembre de 2012, para justificar la no realización de nuevas mediciones, argumentó que se infiere que las condiciones del ruido son similares a las que inicialmente constató en agosto de 2012; sin embargo en aquel informe indica que se encontró que realizaron adecuaciones a la maquina limadora para controlar las vibraciones y ruido y se encontró construida la campana de extracción en el horno de templado, es decir, las condiciones habían cambiado, por lo que debió realizarse una nueva medición.

- Que el procedimiento sancionatorio establecido en la Ley 1333 de 2009 establece dos etapas procesales separadas, la de inicio del procedimiento y la de formulación de cargos, las cuales debieron haberse proferido por actos administrativos diferentes y por separado, lo cual no ocurrió, además que tampoco existió un acto administrativo motivado mediante el cual se impusiera una medida preventiva.

- Que el proceso sancionatorio inició mediante Auto 054 de 4 de febrero de 2013, fecha para la cual Industrias Vatovi contaba con las adecuaciones necesarias, por lo tanto no se encontraba incurso en infracciones contra la normatividad ambiental.

2. Contestación de la demanda (fls. 133-152 C.1)

Corpocaldas se refirió a cada uno de los hechos y se opuso a las pretensiones de la demandante. Argumentó que los fundamentos de la demanda carecen de sustento jurídico y que la causal alegada debía obedecer a una afectación sustancial o trascendente que pudiera afectar la decisión final.

En cuanto a la razón en que se fundamenta la demanda consistente en la *“Indebida formulación de los cargos”* señaló que, la contaminación al aire con descargas contaminantes por emisión de ruido y vapores, fueron comprobadas y hasta aceptadas por el representante legal de Industrias Vatovi, según se observa en la comunicación del 9 de enero de 2013, configurándose la flagrancia del incumplimiento a sus obligaciones.

Que con base en lo anterior, lo procedente según el artículo 18 de la Ley 1333 de 2009 era la formulación de cargos, pues previamente se había requerido a la demandante la formulación de un cronograma, que posteriormente el mismo representante legal manifestó que incumplió.

Argumentó que en nada influye que para el 4 de febrero de 2013, fecha en la cual fueron formulados los cargos, Industrias Vatovi aparentemente hubiese realizado las adecuaciones para la mitigación de los impactos ambientales, pues ello no implica en manera alguna que la conducta por la cual fue sancionada no hubiere existido.

Que contrario a lo afirmado por la demandante, en cuanto a que no fue acreditada la contaminación conforme la Resolución 601 del 4 de abril de 2006, dicha norma no es aplicable para el caso atinente a emisiones molestas dado que, esta se encuentra regulada por norma posterior, como es la Resolución 909 de 2008, cuyo incumplimiento fue en parte lo que llevó a que se impusiera la sanción.

3. Sentencia de primera instancia (fls. 167-177 C1).

La *a quo* mediante sentencia del 4 de diciembre de 2014, accedió a las pretensiones de la demanda, por consiguiente declaró la nulidad de los actos administrativos mediante los cuales la entidad demandada impuso la sanción a la demandante.

- **En cuanto al debido proceso en la iniciación del proceso sancionatorio** señaló que, estaban cumplidos los requisitos para la imposición de medidas preventivas, pues Corpocaldas realizó visita el 15 de agosto de 2012 y encontró varias situaciones que

atentaban contra el medio ambiente, con lo cual encontró establecida la figura de la flagrancia.

Así las cosas, el requerimiento de la presentación de un cronograma de actividades para la adopción de medidas de control de ruido y de emisiones, constituye la imposición de una medida preventiva, que fue legalizada mediante Oficio SNR 08756 del 21 de agosto de 2012 y por lo tanto, concluyó que se desvirtúa el argumento de la demandante sobre la falta de acto administrativo que motive la adopción de la medida preventiva.

Respecto de la iniciación del procedimiento sancionatorio señaló que al encontrarse configurada la situación de flagrancia, de acuerdo con la parte final del artículo 18 de la Ley 1333 de 2009 se debía recibir descargos, lo que implicaba que no se desarrollaran etapas como la apertura de investigaciones o de formulación de cargos; por lo que concluyó que no le asistía razón a la demandante en este aspecto.

- En cuanto al debido proceso en la elaboración del informe técnico 500-13-030 de 28 de diciembre de 2012, en el que se dejó constancia que persistían los niveles de ruido, según lo monitoreado el 3 de diciembre de 2012 consideró que, si Corpocaldas dispuso el 3 de diciembre de 2012 para realizar visita técnica para determinar el incumplimiento del cronograma presentado por Industrias Vatovi, debió desplegar todo el procedimiento legal para su medición.

Consideró que no es permisible que Corpocaldas se hubiese excusado de realizar nuevas mediciones, para el día de la visita del 3 de diciembre de 2012, pues: ni las condiciones observadas en la primer visita eran similares –hubo una modificación en la maquina limadora -, ni se puede medir las emisiones de ruido a partir de una simple observación o inferencia, ya que la Resolución 627 de 2006 establece un procedimiento para ese fin.

Aunado a lo anterior encontró que, los informes técnicos que sirvieron de base para imponer la sanción, no cumplieron con los requisitos establecidos en el artículo 21 de la Resolución 627 de 2006. Por lo anterior, en estos aspectos encontró probada la vulneración al debido proceso.

- En cuanto al debido proceso en la medición por emisiones molestas encontró que, como lo aduce la demandada, la empresa Vatovi para la fecha de la primera visita -15 de agosto de 2012- no contaba con ducto o sistema de extracción que controlara las emisiones molestas generados por el horno de templado y la maquina ranuradora, contraviniendo las disposiciones contenidas en los artículos 68 de la Resolución 909 de 2008 y 23 del Decreto 948 de 1995, sin que para establecer dicha violación sea necesario desplegar un procedimiento de medición, pues, no se está cuestionando si las emisiones sobrepasan los límites permitidos, sino la falta de un dispositivo que ayude a controlar las emisiones.

Que no obstante lo anterior, para la visita del 3 de diciembre de 2012, Industrias Vatovi ya contaba con la campana con sistema de extracción y ducto, empero Corpocaldas determinó que el ducto no sobrepasaba la edificación más alta que se encontraba próxima al establecimiento, sin que para ese entonces se hubiese hecho alusión a los parámetros establecidos en el *Protocolo para el Control y Vigilancia de la Contaminación Atmosférica General por Fuentes Fijas*, como sí fue enunciado en el memorando 500-2726 del 7 de abril de 2014 y el Auto 466 de 2 de mayo de 2014.

Concluyó que no existe prueba que denote que desde que Industrias Vatovi instaló el ducto, Corpocaldas hiciera las mediciones de éste y cómo se establecieron, o cuál era la medida que debía tener dicho dispositivo.

Adicionalmente encontró que, existen contradicciones entre los informes presentados por Corpocaldas, por cuanto en un primer informe se indica que, la campana no contaba con ducto que sobrepasara la altura de la edificación y en posterior informe se indica que, en visita realizada el 23 de abril de 2013 se observó que los olores del horno de templado son conducidos mediante ducto, cuya altura supera la del edificio donde se encuentran ubicadas las instalaciones y en el informe Técnico 500-13-027 mediante el cual se hicieron aclaraciones al anterior, se determinó que para el 23 de abril de 2013 los sistemas para controlar las emisiones de olores y material particulado “logra la captura y dispersión de los mismos”; mientras que en memorando 500-2726 de 7 de abril de 2014 se indica que en visita realizada el 3 de marzo de 2014 se halló chimenea que no cumplía la altura establecida en el *Protocolo para el Control y Vigilancia de la Contaminación Atmosférica General por Fuentes Fijas*, lo cual no guarda lógica, pues no es aceptable que en unas visitas se acepte el dispositivo instalado y en otros se alegue que no cumple los parámetros adecuados, generando una falta de seguridad jurídica para el sancionado.

Lo anterior para concluir que, no existe coherencia en la verificación de la existencia del ducto para el control de emisiones molestas, pues si bien en un principio la empresa carecía completamente de él, para la visita del 3 de diciembre de 2012, ya contaba con el referido ducto, elemento sobre el que existe la duda si contaba o no con las medidas que normativamente se encuentran establecidas, debido a que nunca fue medido.

Por lo tanto, encontró acreditado que en el procedimiento sancionatorio adelantado contra Industrias Vatovi fue vulnerado el derecho al debido proceso, pues se le negó la posibilidad de conseguir la cesación del procedimiento sancionatorio, ya que de acuerdo a la Ley 1333 de 2009, solo podía cesar hasta antes de la formulación de cargos, aunado a que se mantuvo a la empresa en incertidumbre sobre cuáles eran exactamente las medidas con las que debía contar el ducto.

4. Recurso de apelación (fls. 181-195 C.1 A).

Corpocaldas solicitó que fuese revocada la sentencia, argumentando que:

- La providencia recurrida declara la nulidad con base en un cargo que no formuló el demandante, lo cual vulnera el principio de justicia rogada establecido en el artículo 88 y 162-4 del CPACA. Adujo que la sentencia parte de una afirmación aislada del contexto probatorio, en tanto la aparente contradicción entre los informes técnicos referentes al ducto instalado para controlar las emisiones molestas, no se sustenta en ningún medio de prueba que determine que, la situación observada por Corpocaldas en diciembre de 2012 era la misma que se presentaba para mediados del año 2013-, sino que además resulta oficiosa del fallo de primera instancia en tanto hace alusión a argumentos que no fueron desarrollados en la demanda.

Que no es cierto que las características de las estructuras de dispersión de vapores provenientes del proceso industrial solamente se consideraran en el informe de visita realizada en diciembre de 2012, pues en el requerimiento del cronograma de actividades

efectuado en agosto de 2012 se sugirió la instalación de un sistema de extracción y ducto que sobrepasara la edificación más alta próxima al establecimiento y que en el cronograma presentado por la demandante se determinó la medida de instalación de extractores de humo y polvo conectados a un ducto con una altura superior a la de la edificación. De manera que dicha medida en las condiciones anotadas – superar la altura de la edificación, no resultó novedosa para la visita realizada en diciembre.

Que el informe de diciembre de 2012 fue claro en manifestar que dicho elemento no superaba la altura técnica establecida en el cronograma y que luego de la formulación de cargos, la altura que debía tener el ducto fue efectivamente implementada, según se desprende del informe 027-2013 del 31 de julio de 2013. Por lo tanto concluye que, no se entiende de dónde saca el fallo que la altura del ducto de dispersión para diciembre de 2012 era la misma a la observada en 2013, situación que implica una inferencia carente de respaldo demostrativo.

- La providencia recurrida se aísla del recaudo probatorio sin ningún respaldo demostrativo y en sentido contrario procede a emitir concepto técnico. Refirió que el cargo oficiosamente establecido en la sentencia resulta huérfano de respaldo probatorio y ni siquiera se analizó el concepto técnico dado por Corpocaldas, y a su vez se controvertió sin tener pruebas técnicas que permitan inferir que, las conclusiones técnicas de Corpocaldas se aíslan del ordenamiento jurídico.

Adujo que de existir dudas sobre la legalidad de las visitas y mediciones realizadas, debía procederse al uso de las facultades oficiosas para establecer si en efecto se presentaron falencias técnicas. Reiteró que el Juzgado de primera instancia abordó argumentos que no fueron planteados ni sustentados por el demandante, pese a encontrarse vedado fallar *extra y ultra petita*.

- La sentencia hace una indebida valoración del riesgo permitido sin ningún sustento probatorio de orden técnico, procediendo a suplantar un criterio técnico, sin ningún soporte en las pruebas obrantes en el expediente, señaló que se omite que la circunstancia de riesgo permitido fue fijada por la demandante cuando propuso unas medidas y el tiempo para su ejecución, que ella misma incumplió, según se desprende del informe 500-13-030 del 28 de diciembre de 2012, puesto que para el 3 del mismo mes y año ya había fenecido el término fijado por la demandante como plazo para la terminación de las obras propuestas -28 de noviembre de 2012.

Aseguró que el análisis de las obras implementadas se basó en criterios técnicos que no fueron desvirtuados por el demandante, a lo que se suma que siempre tuvo la posibilidad de desvirtuar dicho concepto técnico y por el contrario, en la comunicación del 9 de enero de 2013 radicada ante Corpocaldas, la actora señaló que no se tenían terminadas las obras propuestas para la mitigación de los impactos atmosféricos negativos generados ,acorde con el cronograma, marco en el cual debe apreciarse el riesgo permitido, pues la actividad industrial debía contar con los elementos necesarios de control de impactos al recurso aire, desde el mismo momento de iniciación de labores.

Que pese a ello, Corpocaldas permitió la formulación de un cronograma para su implementación, el que se incumplió por la demandante, sin que obre prueba que acredite la justificación de dicha omisión.

- La sentencia se aísla sin ningún sustento, de los precedentes judiciales pacíficos y reiterados fijados por la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y el Tribunal Administrativo de Caldas, respecto a la rigurosidad de la aplicación del debido proceso en materia administrativa sancionatoria según el cual, para que se configure la causal de nulidad de *expedición irregular o con desconocimiento del debido proceso*, se debe afectar sustancialmente o de manera trascendente el trámite, de modo que influya el sentido de la decisión.

Que en el caso concreto, las supuestas falencias que se señalan en la sentencia recurrida resultan intrascendentes, pues no se acreditó que la demandante hubiese cumplido con la obligación legal de controlar sus impactos negativos dentro del plazo propuesto por ella misma a través de las medidas formuladas, sin que obre prueba que permita determinar la existencia de una causal de exoneración de responsabilidad.

Que las acciones y omisiones debidamente acreditadas en el curso de la actuación administrativa, pese a haberse remediado con posterioridad a los cargos formulados por Corpocaldas, implicaban la existencia de la infracción a las obligaciones impuestas en el ordenamiento jurídico.

5. Alegatos de conclusión en segunda instancia

La **demandada** reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación e insistió en que contrario a lo indicado en el fallo de primera instancia y conforme a lo probado, lo que se puede concluir es que fue garante del ordenamiento jurídico aplicable a los procesos contravencionales por infracción a las normas ambientales.

Adujo que la violación al debido proceso que tuvo como fundamento el *a quo* para acceder a la pretensiones, por no haberse llevado a cabo el procedimiento técnico para realizar nuevas mediciones en la segunda visita, no tienen soporte probatorio, ello por cuanto el proceder de la entidad fue sustentado en *inferencias técnicas* del personal adscrito.

Hizo énfasis en que, el fallo apelado edificó un cargo de ilegalidad que no fue objeto de sustentación en la demanda, lo cual vulnera el principio de justicia rogada establecido en los artículos 88 y 162-4 del CPACA.

- El **demandante** y el **Ministerio Público** no se pronunciaron en esta etapa.

II. CONSIDERACIONES

1. Problemas Jurídicos

Al analizar la sentencia de instancia y el escrito de impugnación, los asuntos jurídicos a resolver se centran en dilucidar los siguientes problemas jurídicos:

- *¿El fallo de primera instancia vulneró el principio de justicia rogada en tanto declaró la nulidad de los actos demandados con base en un cargo que no formuló el demandante?*

- *¿Hubo violación al debido proceso y al derecho de defensa al no tener en cuenta el a quo las pruebas sobre las características del ducto para el control de la emisión de olores y material particulado?*
- *¿En la sentencia de primer grado se hizo la debida valoración del riesgo permitido?*
- *¿Respetó el juez a-quo el precedente judicial con respecto al debido proceso en materia sancionatoria administrativa?*

2. Hechos relevantes acreditados

- Corpocaldas mediante Oficio SRN de 21 de agosto de 2012 (fls. 5-6 C. 2), informó al representante legal de Industrias Vatovi, que personal técnico realizó visita el 15 el mismo mes y año, documento del cual se extrae lo siguiente:

“(...) El resultado obtenido con las fuentes de emisión sonora encendidas y operando, muestra que el valor del nivel de presión sonora continuo equivalente corregido LEQ de 79.37dB(A), sobrepasa el límite permisible establecido en el artículo 9 de la resolución 0627 de 2006 para el horario diurno y nocturno, horario en el que opera las fuentes de emisión, y por lo tanto contraviene lo contemplado en el artículo 45 del decreto 948 de 1995.

(...)

Por lo anterior (...) se requiere la presentación en un término de 15 días calendario de un cronograma de actividades, con indicación de costos en los que incurrirá para implementar un sistema o las medidas necesarias para control (sic) el ruido hacia los alrededores, así como los sistemas necesarios para controlar las emisiones del horno de templado y la maquina (sic) ranuradora. Se sugiere la instalación de sistema de extracción y ducto que sobrepase la edificación más alta que se encuentre próxima al establecimiento, para controlar las emisiones generadoras de molestias.”

- El representante legal de Industrias Vatovi a través de oficio radicado el 3 de octubre de 2012, presentó ante la Subdirección de Recursos Naturales de Corpocaldas, el cronograma de actividades para implementar el sistema de control de ruido y emisiones de humo y polvo, que consistían en:

“– Anclaje de Maquina Limadora a través de fabricación de base sobre el suelo de la bodega “Para evitar vibraciones en la estructura del edificio”

Inversión: \$1.680.000 fecha: octubre 22 de 2012

- Instalación de ventanas a los orificios existentes en los muros (rejas) para evitar expeler humo, polvo y reducir el ruido.

Inversión: \$1.200.000 fecha: Noviembre 28 de 2012

- Instalación de extractores en los focos generadores de humo (horno) polvo (Maquina ranuradora) conectados a un ducto con una altura superior a la de la edificación siempre y cuando los habitantes, propietarios permitan el paso del ducto por su pared exterior, puesto que son ellos los más interesados que se les de solución a estos perjuicios.

Inversión: \$2.360.000 fecha: Noviembre 28 de 2012

Inversión Total: \$5.240.000”²

² Fl. 8 C2

- La Subdirección de Recursos Naturales de Corpocaldas mediante Informe Técnico 500-13-030 del 28 de diciembre de 2012³, indicó:

“(...) 2. CONCEPTO TÉCNICO.

El día 03 de diciembre de 2012 personal técnico de esta corporación realizó visita de inspección a las instalaciones de la empresa industrias Vatovi (...) con el fin de verificar las adecuaciones requeridas para controlar las emisiones de olores y ruido generadas por el funcionamiento de la empresa, encontrando lo siguiente:

- *Adecuaciones en la maquina (sic) limadora para controlar las vibraciones y ruido generadas hacia los alrededores, fotografía 1.*
 - *Campana con sistema de extracción en el horno de templado, el cual no cuenta con ducto que sobrepase la altura de la edificación, fotografía 2.*
 - *La maquina (sic) ranuradora no cuenta con un sistema para controlar las emisiones de material particulado y ruido generadas.*
 - *Las instalaciones no cuentan con acondicionamiento acústico, ni los cerramientos adecuados para evitar la presencia de material particulado y olores en los alrededores.*
- (...)*

De acuerdo con lo constatado, la empresa Industrias Vatovi incumplió con el cronograma de actividades presentado mediante oficio radicado 10726 del 10 de octubre de 2012, en el que indica la culminación de las obras el 28 de noviembre de 2012.

Por otra parte, el día 15 de agosto [de 2012] se realizó visita de inspección en respuesta a derecho de petición y se procedió a realizar mediciones de los niveles de ruido provenientes de la instalación de la empresa Industrias Vatovi en periodo diurno comprendido entre las 12:16 am y 12:37 am, utilizando el procedimiento de medición estipulado en el anexo 3 de la Resolución No. 0627 de 2006 del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, obteniendo el siguiente resultado:

(...)

El resultado obtenido con las fuentes de emisión sonora encendidas y operando, muestra que el valor del nivel de presión sonora continuo equivalente corregido LEQ de 79.37dB(A), sobrepasa el límite permisible establecido en el artículo 9 de la resolución 0627 de 2006 para el horario diurno y nocturno, horario en el que opera las fuentes de emisión, y por lo tanto contraviene lo contemplado en el artículo 45 del decreto 948 de 1995.

(...)

Las maquinas (sic) empleadas en la empresa Industrias Vatovi son equipos catalogados como de tipo industrial, en este sentido el artículo 47 del decreto 948 de 1995, prohíbe la emisión de ruido por maquinas (sic) industriales en sectores clasificados como A y B.

La empresa Industrias Vatovi no cuenta con los sistemas para controlar las emisiones de olores y material particulado generados en la actividades metalmecánica, o ducto para dar una adecuada dispersión de los mismos como lo ordena los artículos 68 de la resolución 909/08 (sic) y 23 del decreto 948/95. (sic)”

³ Fls. 92-93 C1

- El representante legal de Industrias Vatovi a través de Oficio de fecha 9 de enero de 2013⁴, solicitó al Subdirector de Recursos Naturales de Corpocaldas, realizar directamente la visita a las instalaciones para verificar el desarrollo del programa de actividades, medición del ruido, control de humo y polvo, porque “(...) con el señor Fernando Ramírez Correa, desde el 29 de noviembre de 2012 le solicité que por favor volviera el día 03 de Diciembre de 2012 porque el día 29 de noviembre no habíamos concluido las obras, eran cuestión de instalación en ese fin de semana, porque estaba en fabricación las campanas y ductos...”.

- Corpocaldas mediante Auto 054 de 4 de febrero de 2013⁵ dio inicio al proceso sancionatorio y formuló cargos contra Industrias Vatovi, en el cual indicó:

“(...) Que mediante informe técnico 500-13-030 del 28 de diciembre de 2012, se da a conocer que el día 3 de diciembre de 2012 se realizó visita de inspección a industrias VATOVI, (...) con el fin de verificar las emisiones de olores y ruidos generados por el funcionamiento de la empresa, encontrando lo siguiente:

- *Adecuaciones en la máquina limadora para controlar las vibraciones y ruido generados hacia los alrededores.*
- *Campana con sistema de extracción en el horno de templado, el cual no cuenta con ducto que sobrepase la altura de la edificación.*
- *La maquina ranuradora no cuenta con sistema para controlar las emisiones de material particulado y ruido generados.*
- *Las instalaciones no cuentan con acondicionamiento acústico, ni los cerramientos adecuados para evitar la presencia de material particulado y olores a los alrededores.*

*Que el 15 de agosto se realizo (sic) una visita de inspección con el fin de atender derecho de petición y se realizaron las mediciones de los niveles de ruido a la mencionada industria evidenciándose que: En periodo diurno comprendido entre las 12:16 am y 12:37; utilizando el procedimiento de medición estipulado en el anexo 3 de la Resolución 627 de 2006 del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial
(...)*

RESUELVE:

PRIMERO: Iniciar proceso sancionatorio en contra de Industrias VATOVI (...)

SEGUNDO: Formular cargos a industrias VATOVI (...) por la presunta infracción del artículo 9 de la Resolución 627 de 2006, los artículo 23, 45 y 47 del Decreto 948 de 1995 y el artículo 68 de la Resolución 909 de 2008.(...)”

- Industrias Vatovi el 8 de marzo de 2013,⁶ presentó descargos refiriendo que, cuenta con autorización de uso del suelo de junio 26 de 2012, expedido por Planeación Municipal; que en cuanto al ruido, el Decreto 948 de 195 clasifica los sectores de restricción de ruido ambiental, por lo que:

“...De conformidad con las disposiciones transcritas, es de cuestionar de manera respetuosa, ¿Por qué la autoridad ambiental, al hacer la medición estipulada en el anexo 3

⁴ Fls. 9-12 C 2

⁵ Fls. 14-15 C2

⁶ Fls. 30-36 C2

de la Resolución No. 627 de 2006, ubica la actividad de la Industria en el Sector B, cuando en realidad la actividad para efectos de ruido ambiental corresponde al sector C...” “Por lo anterior, discrepo con el concepto de CORPOCALDAS al clasificar el sector B – ZONAS EXCLUSIVAMENTE DESTINADAS PARA DESARROLLO HABITACIONAL; cuando realmente se debe clasificar como Sector C – ZONAS CON USOS PERMITIDOS INDUSTRIALES...”.

En cuanto a los olores adujo que, de conformidad con el artículo 16 del Decreto 948 de 1995, no aparece en ningún informe técnico de Corpocaldas referencia al procedimiento utilizado para determinar los resultados de la evaluación.

Solicitó como prueba que *“se practique la visita solicitada para verificar el acatamiento a las recomendaciones de CORPOCALDAS, atendiendo la solicitud realizada el 10 de enero de 2013.”*

- Corpocaldas por Auto 148 del 18 de marzo de 2013⁷ fijó el término probatorio y decretó la práctica de una visita técnica, con el fin de *“Realizar las mediciones de los niveles de ruido”* y determinar: *“Si cuenta con los sistemas para controlar las emisiones de olores y material particulado generados de la actividad metalmecánica.” “Determinar el tipo de sector de restricción de ruido ambiental”. “Si se dio cumplimiento al cronograma de actividades presentado por industrias VATOVI, el 10 de enero de 2013 (...)”*

- La subdirección de Recursos Naturales de Corpocaldas presentó el Informe Técnico No. 500-13-016 del 2 de mayo de 2013⁸, del cual se lee:

“(...) El día 23 de abril de 2013 a las 10:23 am, personal técnico de esta corporación realizó visita de inspección a las instalaciones de la empresa industrias Vatovi (...) con el fin de verificar lo ordenado en el auto No. 148 de marzo de 2013, en relación a las adecuaciones para controlar las emisiones de olores y material particulado generados de la actividad metalmecánica, y realizar las mediciones de ruido provenientes del funcionamiento de la empresa.

En la visita se constató...:

- *En funcionamiento instalaciones para fabricación de resortes industriales, repuestos industriales y piezas mecánicas.*
- *Instalación equipada con (5) máquina (sic) para fabricación de resortes, (1) limadora, (1) ranuradora, (2) tornos, (1) taladro de árbol, (3) esmeriles y herramientas manual.*
- *Horario de funcionamiento en periodo diurno de 7:30 am a 8:30 pm, y de acuerdo con la información suministrada por el propietario (...) ya no se trabaja en horario nocturno.*
- *Campana con sistema de extracción en el horno de templado y extractor en la cabina de la maquina ranuradora,*
- *El material particulado de la maquina ranuradora y los olores del horno de templado son conducidos mediante ducto, cuya altura supera la del edificio donde se encuentran ubicadas las instalaciones.*
- *Los ventanales del local fueron cubiertos con vidrio convencional, en la última visita estos se encontraban sin cubrir y funcionaban como un sistema de ventilación natural.*

⁷ Fls. 55-56

⁸ Fls. 71-73

De acuerdo con lo anterior se procedió a realizar mediciones de los niveles de ruido provenientes de la instalación de la empresa Industrias Vatovi en periodo diurno comprendido entre las 10:51 am y 12:10 pm, utilizando el procedimiento de medición estipulado en el anexo 3 de la Resolución No. 0627 de 2006.

(...)

3. CONCEPTO TÉCNICO

- ❖ *El resultado obtenido con las fuentes de emisión sonora encendidas y operando muestra el valor del nivel de presión sonora continuo equivalente LEQ de 58.73Db(A), no sobrepasa el límite permisible establecido en el artículo 9 de la resolución 0627 de 2006 para el horario diurno, sin embargo infringe el nivel máximo permisible para el horario nocturno con un del nivel (sic) de presión sonora continuo equivalente corregido Leq de 68.73dB(A), el cual sobrepasa significativamente el límite permisible establecido por la norma. El horario nocturno establecido por el artículo 2 de la resolución 0627 de 2006 está comprendido entre las 21:01 horas a las 7:00 horas*

Cabe mencionar que los cerramientos de los ventanales no constituyen adecuaciones fono – acústicas, sin embargo logran mitigar el ruido a los alrededores para el nivel permisible en horario diurno.

- ❖ *Los sistemas para controlar las emisiones de material particulado en las instalaciones de la empresa Industrial Vatovi (sic) logran la captura y dispersión del mismo.*

Los olores no son completamente controlados, y debe realizarse mejoras a los sistemas de extracción.

- ❖ *De acuerdo con el cronograma presentado el 03 de octubre de 2012, y lo constatado en la visita, las adecuaciones no logran evitar la generación de ruido que permita el funcionamiento del establecimiento en horario nocturno; de igual manera las adecuaciones no logran controlar completamente la generación de olores hacia los alrededores.*

(...)

En relación a los olores, estos fueron evidenciados en la visita realizada, los cuales provienen principalmente de manejo de lubricantes, y del uso de combustible ACPM en el horno de templado; si bien no existe un procedimiento empleado para la medición directa de los olores, las continuas quejas de la comunidad vecina por olores provenientes de Industrias Vatovi, también es una evidencia de la presencia de los mismos.

3. RECOMENDACIONES

- ✓ *La prohibición en horario nocturno del funcionamiento de las instalaciones de la empresa Industrias Vatovi, horario comprendido entre las 21:01 y 7:00 horas.*
- ✓ *Industrias Vatovi deberá controlar la cantidad de material particulado que se emite por chimenea de salida, ubicada hacia el sector residencia, para lo cual debe instalar un sistema de control de emisiones o dispositivos (tal como un sistema de filtros o de purificación de aire), con el fin de que las emisiones de material particulado no causen molestias a vecinos.*

- ✓ *Para el manejo de olores debe establecerse un mayor cerramiento en los vacíos arquitectónicos de las instalaciones de la empresa industrias Vatovi, así como **adicionales sistemas de extracción con el fin de conducir los olores al ducto de salida.*** (Se resalta)

- Industrias Vatovi el 25 de julio de 2013, solicitó la revisión y corrección del informe técnico por cuanto:

- El horario de funcionamiento del establecimiento es desde las 7:30 a.m. hasta las 8:30 p.m., cuando en realidad es hasta las 5:30 p.m., eventualmente se labora hasta las 8:30 p.m., y en el informe se manifiesta que los niveles de ruido superan los permitidos en horario nocturno;
- Se constata que los cerramientos se realizaron pero que los ventanales no constituyen adecuaciones fono acústicas, sin embargo logran mitigar el ruido y no permiten la ventilación natural y el esparcimiento de partículas en el medio ambiente, sin embargo recomienda mayor cerramiento de vacíos arquitectónicos e instalación de sistemas de extracción, lo cual contradice el informe en el que se constata que los cerramientos se realizaron y se evidencia la instalación de campanas extractoras y de chimeneas, pero no se constató la instalación de filtros que en ese momento poseen las campanas de extracción.

- Corpocaldas en el Informe Técnico No. 500-13-027 del 31 de julio de 2013⁹, elaborado con ocasión a la solicitud de corrección anterior, señaló:

"2. CONCEPTO TÉCNICO.

En relación a revisión y corrección de informe técnico 500-13-016 del 2 de mayo de 2013, solicitud presentada por el representante legal de Industrias Vatovi (...) se aclara lo siguiente:

El día 23 de abril de 2013 a las 10:23 am, personal técnico de esta corporación realizó visita de inspección a las instalaciones de la empresa industrias Vatovi (...)

En la visita se constató lo siguiente:

- *En funcionamiento instalaciones para fabricación de resortes industriales, repuestos industriales y piezas mecánicas.*
- *Instalación equipada con (5) máquina (sic) para fabricación de resortes, (1) limadora, (1) ranuradora, (2) tornos, (1) taladro de árbol, (3) esmeriles y herramientas manual.*
- *Horario de funcionamiento en periodo diurno de 7:30 am a 8:30 pm, y de acuerdo con la información suministrada por el propietario (...) ya no se trabaja en horario nocturno.*
- *Campana con sistema de extracción en el horno de templado y extractor en la cabina de la maquina ranuradora,*
- ***El material particulado de la maquina ranuradora y los olores del horno de templado son conducidos mediante ducto, cuya altura supera la del edificio donde se encuentran ubicadas las instalaciones.***
- *Los ventanales del local fueron cubiertos con vidrio convencional, en la última visita estos se encontraban sin cubrir y funcionaban como un sistema de ventilación natural.*

⁹ Fls. 111-112 C.2

El Auto No. 0148 de marzo de 2013 de Corpocaldas por medio del cual se incorporó y se decretó la práctica de una prueba, con el fin de determinar lo siguientes (sic) ítems:

Realizar las mediciones de los niveles de ruido.

De acuerdo con los (sic) constatado en la visita se procedió a revisión de los niveles de ruido provenientes de la instalación de la empresa Industrias Vatovi en periodo diurno (...)

El resultado obtenido con las fuentes de emisión sonora encendidas y operando, muestra que el valor del nivel de presión sonora continuo equivalente Leq de 58.73dB(A), no sobrepasa el límite permisible establecido en el artículo 9 de la resolución 0627 de 2006 para el horario diurno, (...).

Si cuenta con los sistemas para controlar las emisiones de olores y material particulado.

Los sistemas para para controlar las emisiones de olores y material particulado en las instalaciones de la empresa Industrial Vatovi logran la captura y dispersión de los mismos.

(...)

Industrias Vatovi dio cumplimiento a lo planteado en el cronograma de actividades presentado, según las obras constatadas en la visita del 23 de abril de 2013.” (Se destaca)

- Corpocaldas en el Informe Técnico 500-2726 del 7 de abril de 2014¹⁰, señaló:

“3. CONCEPTO TÉCNICO.

- *El día 3 de Marzo/2014 (sic) se realizó visita por parte de personal técnico de esta Subdirección a la Industria Vatovi (...) donde se constató:*

Que industrias Vatovi cuenta con una chimenea, la cual está ubicada cerca a las edificaciones del sector, esta cuenta con una altura aproximada de seis (6) metros, estando por debajo de la altura de las edificaciones cercanas, las cuales tienen una altura promedio de 8 metros.

- *Además se verificó en funcionamiento el horno eléctrico con el cual realizan el proceso de templado de los resortes, pero no se observaron emisiones visibles, tampoco se percibió algún tipo de olor (...).”* (Se resalta)

- Corpocaldas mediante Resolución 466 de 2 de mayo de 2014¹¹, impuso una sanción a Industrias Vatovi, acto del cual se destaca:

“(...) Concepto de la violación

Que para concluir el análisis del expediente bajo estudio, y dentro del cual se profirió el Auto Nro. 148 del 18 de marzo de 2013, decretando la práctica de una prueba y del cual se desprenden los distintos informes técnicos que indican:

¹⁰ Fl. 163 C2

¹¹ Fls. 182-189 C2

Que el párrafo primero del artículo 9 de la Resolución 0627 de 2006 contempla, “Cuando la emisión de ruido en un sector o subsector, trascienda a sectores o subsectores vecinos o inmersos en él, los estándares máximos permisibles de emisión de ruido son aquellos que corresponden al sector o subsector más restrictivo”, que para el caso de la empresa Industrias Vatovi el sector o subsector más restrictivo corresponde al sector residencial, habiéndose encontrado lo siguiente:

	Leq dB(A)	Estándares máximos permisibles de niveles de emisión de ruido en dB(A)	
		Diurna	Nocturna
Leq con equipo encendido	69.50	65	55
Leq con equipo apagado	54.10		
Leq Total	69.37		
Leq total corregido por funcionamiento en horario nocturno	79.37		

Que de acuerdo con el cronograma presentado el 03 de octubre de 2012, y lo constatado en la visita, las adecuaciones no logran controlar completamente la generación de olores hacia los alrededores, incumpliendo la normatividad ambiental vigente en esta materia. (...)

...de acuerdo a lo encontrado en la inspección realizada para el día 03 de marzo de la presente anualidad al sector de La Porteña, que la chimenea ubicada en industrias Vatovi, cuenta con una altura aproximada de seis metros, estando por debajo de la altura de las edificaciones cercanas, las cuales tienen una altura promedio de ocho metros por lo cual se concluye que no cumple con la altura de acuerdo con el Protocolo de Control y Vigilancia de Emisiones Atmosféricas Generadas por Fuentes Fijas.

...

- **Teniendo en cuenta las mediciones realizadas en la última visita técnica efectuada a la empresa Industrias Vatovi, se logró concluir que la chimenea existente cuenta con una altura de 6 metros, lo cual en aplicación a la ecuación necesaria para determinar el grado de la altura, que es $HT=2,5 He$, y se explica tomando como origen la altura de la base de la chimenea hasta la base del nivel del terreno, que para el caso de Vatovi correspondió a 5 metros, los cuales multiplicados por 2.5, arrojan como resultado la medición final de una altura de 12,5 metros, los que evidentemente no cumple Vatovi con la chimenea que presenta actualmente.**

...

Que en mérito de lo expuesto esta Corporación,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: Declara responsable a la empresa INDUSTRIAS VATOVI (...) por la infracción a la normatividad contenida en el artículo 9 de la Resolución 627 de 2006, los artículo 23, 45 y 47 del Decreto 948 de 1995 y el artículo 68 de la Resolución 909 de 2008.(...) “ (Se resalta)

- Industrias Vatovi presentó recurso de apelación contra la decisión anterior¹², señalando:

- En cuanto a la emisión de ruido, es falso que el 3 de diciembre de 2012 Corpocaldas realizó visita; que esta fue realizada el 29 de noviembre de 2012; que en esta visita no se realizaron nuevas mediciones de los niveles de ruido; además que el informe técnico debía estar acompañado de los certificados de calibración y cumplir los requisitos indicados en la Resolución 627 de 2006.
- En cuanto a la emisión de olores y material particulado, no se adelantó ningún procedimiento para establecer que está siendo fuente de emisiones, por lo que consideró no deben ser tenido en cuenta el informe técnico 500-13-030 de 28 de diciembre de 2012. Que no se tuvo en cuenta el escrito de descargos presentados, de tal manera que se le controvierta con pronunciamiento de fondo, como por ejemplo en lo referente a los resultados de la evaluación de olores. Que tampoco se valoró el informe técnico 500-13-027 de 31 de julio de 2013 en el cual se establece que la empresa **sí cuenta con los sistemas para controlar las emisiones de olores y material particulado** y concluye que sí dio cumplimiento al cronograma de actividades.

- Corpocaldas mediante Resolución 996 del 22 de agosto de 2014¹³ decretó la práctica de una prueba de oficio consistente en que se emitiera un concepto técnico que explicara el procedimiento adoptado para la medición del ruido y emisión de material particulado y aclarara el memorando interno 500-2612 de 3 de abril de 2014 que sirvió de base a la tasación de la multa.

- La Subdirección de Recursos Naturales de Corpocaldas a través del Memorando 500-7619 de 3 de octubre de 2014¹⁴, dio cumplimiento a la prueba decretada, del cual se destaca:

“2. En relación con el informe técnico 500-13-030 del 28 de diciembre, es claro que sí las condiciones observadas por personal técnico al realizar una visita son similares a las encontradas en el momento de la realización de mediciones (cuando se realizó el requerimiento), son indicativas que en el proceso no ha cambiado, por lo tanto se procede a pasar el informe al Secretaría General, con la información existente en el momento.

3. En relación con las mediciones de ruido y la comparación con las normas, lo que hace el funcionario con la información suministrada por personal de la empresa, el cual en su momento informó que laboraba en ocasiones en horario nocturno, es tomar los datos de la medición y compararlos con los dos (2) estándares (diurno y nocturno).

(...)

5. si bien no se realizaron mediciones ni el 29 de noviembre ni el 3 de diciembre, con base en lo constatado en la visita posterior (condiciones similares sin adecuaciones...) se infiere que las condiciones de ruido son similares. Es importante aclarar que dos (2) mediciones por más condiciones similares que se tomen, no arrojarán datos iguales.

A dicho documento se adjuntó la Orden de Comisión No. 36861-2012 del 3 de diciembre de 2012¹⁵, documento del que se extrae:

¹² Fls.201-223 C2 y C2A

¹³ Fls. 240-251 C2 A

¹⁴ Fls. 258- 259 C2 A

“INFORME DE COMISIÓN

Visita de seguimiento a requerimientos validados a la empresa industrias Vatovi en el municipio de Villamaría, de acuerdo con el cronograma presentado por dicha empresa para el 28 de noviembre se terminaron las adecuaciones necesarias para evitar la generación de emisiones, partículas y ruido, que producen las molestias a vecino. Según lo constatado en la visita no se han terminado las adecuaciones propuestas en el cronograma de actividades, se enviará informe técnico a secretaria general por inobservancia a las normas ambientales, con lo constatado en la visita se iniciará proceso sancionatorio. (...)”

- Corpocaldas mediante Resolución 1175 del 6 de octubre de 2014 resolvió el recurso de reposición, confirmando la sanción impuesta y de la cual se destaca:

“Se hace necesario dejar claridad que si bien es cierto que dentro del expediente obran informes de visitas que dan cuenta del cumplimiento del cronograma de actividades presentado el 3 de octubre de 2012 por industrias VATOVI, informes en los cuales se aclara que se han implementado obras que disminuyen la trascendencia del ruido generado por dicha empresa, así como el impacto de la emisión de material particulado, también es cierto que los mismos informes dan cuenta de que dichas obras fueron implementadas con posterioridad al inicio del presente proceso sancionatorio (...)”.

3. Primer Problema Jurídico: ¿El fallo de primera instancia vulneró el principio de justicia rogada en tanto declaró la nulidad de los actos demandados con base en un cargo que no formuló el demandante?

Tesis del Tribunal: El fallo de primera instancia no vulneró el principio de justicia rogada, en tanto el demandante sí presentó los argumentos, para soportar el cargo consistente en la violación del debido proceso por la inexistencia de prueba que denote que Corpocaldas hizo mediciones del ducto para controlar las emisiones molestas, y cómo se establecieron, así como la contradicción entre los informes técnicos sobre este elemento.

Para soportar lo expuesto, se hará referencia: i) al principio de justicia rogada, ii) el contenido de la demanda y iii) lo afirmado en la sentencia apelada.

3.1. El principio de justicia rogada

El Consejo de Estado¹⁶ ha reafirmado la vigencia y aplicación del principio de justicia rogada para señalar que, no le es permitido al juez de lo contencioso administrativo, confrontar el acto acusado con disposiciones no invocadas en la demanda, ni atender conceptos de violación diferentes a los en ella contenidos.

Sin embargo, la Corte Constitucional, en la sentencia C-197 de 1999, resaltó la necesidad de no extremar el carácter rogado de la jurisdicción de lo contencioso administrativo hasta el punto de restar importancia a la labor interpretativa del juez

¹⁵ Fl. 268 C2 A

¹⁶ Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez (E). 9 de agosto de 2016. Número de referencia: 110010325000201100316 00. Número interno: 1210-11

dentro del proceso o menoscabar el principio de prevalencia del derecho sustancial, la garantía de los derechos fundamentales o la supremacía de la constitución y del ordenamiento jurídico.

Por su parte el Consejo de Estado frente a la labor interpretativa del Juez Contencioso Administrativo respecto a los cargos de nulidad planteados en la demanda, ha señalado que: *“(...) sin desconocer el carácter rogado de esta jurisdicción, el juez administrativo también está en la obligación de interpretar las demandas que no ofrezcan la claridad suficiente para poner en marcha el proceso, lo cual es consecuente con el deber de administrar justicia consagrado en la Constitución (artículos 113, 116 y 228) y con el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre lo meramente adjetivo (artículo 228 de la C.P.), como también es correlativo al derecho de los particulares de acceder a la administración de justicia (artículo 229 de la C.P.).”*¹⁷

Además, el derecho sancionador como ejercicio del *Ius Puniendi del Estado*¹⁸, se encuentra sometido a las reglas propias del debido proceso (Artículo 29 de la Constitución Política), por lo tanto si el Juez Contencioso Administrativo advierte en sede judicial la vulneración de dicho precepto superior, se encuentra en la obligación de salvaguardarlo a través de la sentencia.

El debido proceso, como desarrollo del principio de legalidad, ha sido concebido por el constituyente como un derecho fundamental de aplicación inmediata, a toda actuación administrativa y judicial (art. 29 de la C.P.), y del cual se desprende obviamente el derecho de defensa y audiencia, constituyéndose en su núcleo esencial. Así, toda persona debe juzgarse conforme a la ley preexistente al acto que se le imputa, ante la autoridad competente y con las formalidades propias de cada juicio, es decir, que la actuación debe ceñirse a las ritualidades propias del caso en particular.

Para que esa protección constitucional sea real y efectiva se hace necesario que tales formalidades o procedimientos se encuentren previamente señalados en un estatuto legal, de tal suerte que pueda determinarse de manera clara e inequívoca cuál ha de ser el comportamiento gubernativo o judicial a seguir en cada caso.

3.2. Contenido de la demanda

En el hecho 17 de la demanda¹⁹ se consignó a manera de reproche frente al numeral 5 de la Resolución 1175 de 2014 por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición, confirmando la sanción impuesta, en relación con la no realización de nuevas mediciones en la segunda visita realizada en diciembre de 2012, que la condiciones habían cambiado con relación a las encontradas en agosto de 2012, entre otras razones porque se encontró: *“Campana con sistema de extracción en el horno de templado...”*, por lo que consideró que Corpocaldas debía realizar un nuevo procedimiento de medición.

En el hecho 21 de la demanda²⁰ se consignó a manera de reproche frente a los ordinales 14 y 15 de la mencionada Resolución, en relación con los sistemas de control

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ Bogotá D.C., ocho (08) de marzo de dos mil dieciocho (2018) Radicación número: 11001-03-25-000-2013-00171-00(0415-13)

¹⁸ Sentencia C-595/10

¹⁹ Fl. 11 C1

²⁰ Fl. 14 C1

de emisiones que, *“En el momento en que se realizó la visita por parte del técnico de la entidad, no evidenció los sistemas mencionados”*, aduciendo una contradicción con el informe 500-13-030 del 28 de diciembre de 2012, debido a que en él se dejó constancia que, para la fecha de la visita contaba con una *“Campana con sistemas de extracción en el horno de templado, el cual no cuenta con ducto que sobrepase la altura de la edificación”*.

Afirmó además el libelo demandatorio que, al observar la fotografía No. 2 de ese informe, se observa la campana de extracción con ducto que le sobresale, lo cual a su juicio demuestra que para esa fecha *“Industrias Vatovi sí contaba con ductos y dispositivos dispuestos para dar manejo a emisiones molestas”*.

De esta forma, es claro que la demandante sí formuló los argumentos frente a lo que consideraba la carencia de mediciones antes de la formulación de cargos y la contradicción de los informes realizados por Corpocaldas. Adicionalmente, **si bien tales inconformidades se plantearon en los hechos y no en el concepto de violación, tienen plena validez para el Tribunal.**

3.3. Lo afirmado en la sentencia apelada

Ahora bien, la sentencia objeto de apelación frente a ello señaló que, no se está cuestionando si las emisiones sobrepasan los límites permitidos, sino la falta de un dispositivo que ayude a controlar las emisiones, que sin embargo para la visita del 3 de diciembre de 2012, Industrias Vatovi ya contaba con la campana con sistema de extracción y ducto, empero Corpocaldas determinó que el ducto no sobrepasaba la edificación más alta que se encontraba próxima al establecimiento, sin que para ese entonces se hubiese hecho alusión a los parámetros establecidos en el *Protocolo para el Control y Vigilancia de la Contaminación Atmosférica General por Fuentes Fijas*, como sí fue enunciado en el memorando 500-2726 del 7 de abril de 2014 y el Auto 466 de 2 de mayo de 2014. Concluyó que, no existe prueba que denotara que, desde que Industrias Vatovi instaló el ductos, hicieron las mediciones de éste y cómo se establecieron, o cuál era la medida exacta con la que debía contar dicho dispositivo.

Adicionalmente encontró que, existen contradicciones entre los informes presentados por Corpocaldas, por cuanto en un primer informe se indica que, la campana no contaba con ducto que sobrepasara la altura de la edificación y en posterior informe se indica que, en visita realizada el 23 de abril de 2013 se observó que los olores del horno de templado son conducidos mediante ducto, cuya altura supera la del edificio donde se encuentran ubicadas las instalaciones y en el informe Técnico 500-13-027 mediante el cual se hicieron aclaraciones al anterior, se determinó que para el 23 de abril de 2013 los sistemas para controlar las emisiones de olores y material particulado *“logra la captura y dispersión de los mismos”*; mientras que en memorando 500-2726 de 7 de abril de 2014 se indica que en visita realizada el 3 de marzo de 2014 se halló chimenea que no cumplía la altura establecida en el *Protocolo para el Control y Vigilancia de la Contaminación Atmosférica General por Fuentes Fijas*.

Concluyó que ello no guarda lógica, pues no es aceptable que en unas visitas se acepte el dispositivo instalado y en otros se alegue que no cumple los parámetros adecuados, generando una falta de seguridad jurídica para el sancionado.

3.4. Conclusión

Corolario de lo anterior, no puede aceptarse el argumento de la apelante, pues es claro que la demanda expuso los fundamentos fácticos y jurídicos para soportar el cargo que la sentencia recurrida encontró probado. Por lo tanto se concluye que, la sentencia recurrida no desbordó el principio de justicia rogada y en tal sentido no prospera el cargo formulado por el apelante.

4. Segundo Problema Jurídico: *¿Hubo violación al debido proceso y al derecho de defensa al no tener en cuenta el a quo las pruebas sobre las características del ducto para el control de la emisión de olores y material particulado?*

Tesis del Tribunal: La providencia recurrida tuvo en cuenta las pruebas sobre las características del ducto, pues correctamente encontró demostrado que: i) no existe prueba que Corpocaldas hubiese realizado las mediciones técnicas del ducto existente, ni que esta informara a Industrias Vatovi antes de la formulación de cargos sobre las especificaciones técnicas que este debía cumplir y además que, ii) existía falta de claridad en los informes técnicos, sobre las condiciones del ducto.

Corpocaldas refirió como fundamento de la apelación que, el cargo oficiosamente establecido en la sentencia: resulta huérfano de respaldo probatorio y ni siquiera analizó el concepto técnico dado por la autoridad ambiental y a su vez procedió a controvertirlo sin tener pruebas técnicas que permitan inferir que, las conclusiones técnicas de Corpocaldas no se encuentran ajustadas al ordenamiento jurídico.

4.1. La Sentencia apelada

Al respecto indicó que, en la visita realizada el 3 de diciembre de 2012, Industrias Vatovi ya contaba con campana con sistema de extracción y ducto para el control de la emisión de olores y material particulado, pero quien realizó la visita determinó que el ducto no sobrepasaba la edificación más alta que se encontraba próxima al establecimiento, sin que para ese entonces se hubiese realizado algún tipo de medición y ni siquiera se hizo alusión a los parámetros establecido en el *Protocolo para el Control y Vigilancia de la Contaminación Atmosférica General por Fuentes Fijas* (capítulo 4), como sí lo hizo en el memorando 500-2726 del 7 de abril de 2014, es decir, con posterioridad a la formulación de cargos.

4.2. Lo acreditado en el proceso sobre las características del ducto

Al analizar el caudal probatorio recaudado se observa que, como lo señaló la Juez *a quo*, Corpocaldas para el momento de la expedición del Auto 54 del 4 de febrero de 2013, mediante el cual dio inicio al proceso sancionatorio e imputó cargos contra Industrias Vatovi, no había realizado la medición técnica de la altura del ducto con el cual contaba la empresa en sus instalaciones.

En efecto, Corpocaldas mediante Oficio SRN de 21 de agosto de 2012 (fls. 5-6 C. 2), informó al representante legal de Industrias Vatovi, que personal técnico realizó visita el 15 el mismo mes y año, en el cual: *“Se sugiere la instalación de sistema de extracción y ducto que sobrepase la edificación más alta que se encuentre próxima al establecimiento, para controlar las emisiones generadoras de molestias.”*

Según el informe técnico del 28 de diciembre de 2012, realizado para verificar el cumplimiento del cronograma propuesto por Industrias Vatovi y que sirvió de fundamento al auto de apertura del proceso sancionatorio, se señaló: *“Campana con sistema de extracción en el horno de templado, el cual no cuenta con ducto que sobrepase la altura de la edificación, fotografía 2.”* Es decir que el personal de Corpocaldas que visitó las instalaciones se limitó a constatar visualmente la altura del ducto.

Solo fue en el Informe Técnico 500-2726 del 7 de abril de 2014, es decir, con posterioridad a la apertura del proceso sancionatorio y a la formulación de cargos que, Corpocaldas precisó las medidas que tenía el ducto, pues señaló que este tenía una *altura de 6 metros*, estando por debajo de la altura de las edificaciones cercanas.

Adicionalmente, del caudal probatorio recaudado se observa que, resulta evidente la falta de claridad de los informes realizados dentro del trámite administrativo sancionatorio, por las siguientes razones:

- Según se lee en el informe técnico 500-13-030 del 28 de diciembre de 2012, fue encontrada en la visita realizada por Corpocaldas: *“Campana con sistema de extracción en el horno de templado, el cual no cuenta con ducto que sobrepase la altura de la edificación, fotografía 2”.*

- En el Informe Técnico 500-13-016 del 2 de mayo de 2013, se certificó la existencia de: *“Campana con sistema de extracción en el horno de templado y extractor en la cabina de la maquina ranuradora, El material particulado de la maquina ranuradora y los olores del horno de templado son conducidos mediante ducto, cuya altura supera la del edificio donde se encuentran ubicadas las instalaciones”.*

Además se recomendó que, la empresa debía *instalar un sistema de control de emisiones o dispositivos (tal como un sistema de filtros o de purificación de aire), con el fin de que las emisiones de material particulado no causen molestias a vecinos”;* y que: *“Para el manejo de olores debe establecerse un mayor cerramiento en los vacíos arquitectónicos de las instalaciones de la empresa industrias Vatovi, así como adicionales sistemas de extracción con el fin de conducir los olores al ducto de salida”.*

- Posteriormente, en el informe técnico 500-13-027 del 31 de julio de 2013, Corpocaldas aclaró el anterior informe, indicando que, Industrias Vatovi contaba con: *“Campana con sistema de extracción en el horno de templado y extractor en la cabina de la maquina ranuradora”,* que además *“El material particulado de la maquina ranuradora y los olores del horno de templado son conducidos mediante ducto, cuya altura supera la del edificio donde se encuentran ubicadas las instalaciones”.*

Concluyó dicho informe aclaratorio que:

“Sí cuenta con los sistemas para controlar las emisiones de olores y material particulado (...) Los sistemas para para controlar las emisiones de olores y material particulado en las instalaciones de la empresa Industrial Vatovi logran la captura y dispersión de los mismos (...) Industrias Vatovi dio cumplimiento a lo planteado en el cronograma de actividades presentado, según las obras constatadas en la visita del 23 de abril de 2013”.

- No obstante lo indicado en los informes referidos, a través de informe Técnico 500-2726 del 7 de abril de 2014²¹, Corpocaldas señaló: “*Que industrias Vatovi cuenta con una chimenea, la cual está ubicada cerca a (sic) las edificaciones del sector, esta cuenta con una altura aproximada de seis (6) metros, estando por debajo de la altura de las edificaciones cercanas, las cuales tienen una altura promedio de 8 metros.*”

Ademas, fue en este informe que Corpocaldas por primera vez le indicó a Industrias Vatovi la medida que el ducto debía cumplir, de acuerdo con los parámetros de las buenas prácticas de ingeniería, contenidas en el *Protocolo para el Control y Vigilancia de la Contaminación Atmosférica General por Fuentes Fijas*”.

Estos parámetros de las buenas prácticas de ingeniería²², señalan:

4.2 Buenas Prácticas de Ingeniería para instalaciones existentes

Para el caso de procesos o instalaciones existentes, la altura resultante de la aplicación de la siguiente ecuación:

$$HT = 2,5He$$

Ecuación 1

Donde:

HT: Altura de la chimenea medida desde el nivel del terreno en la base de la chimenea hasta el borde superior de la misma (Ver Figura 2)

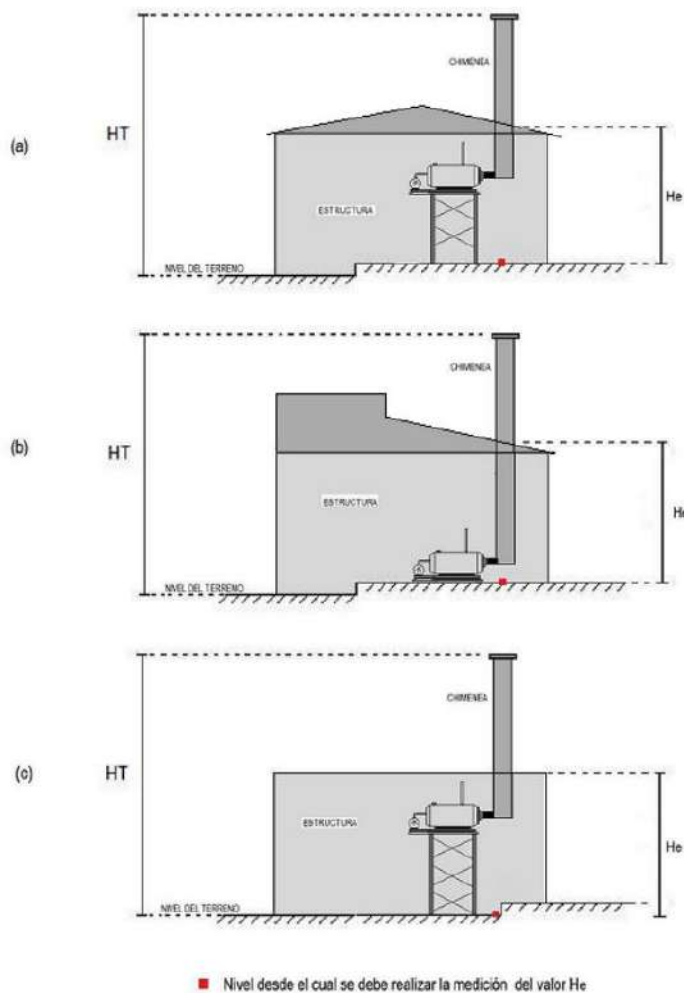
He: Altura de la estructura en el punto en el cual se encuentra ubicado el ducto o chimenea. (Ver Figura 2)

²¹ Fl. 163 C2

²² P 55

<http://www.ideam.gov.co/documents/51310/527666/Protocolo+fuentes+fijas.pdf/65780586-e70d-434a-9da7-264d3649b2ba>

Figura 2. Determinación del valor HT para el caso de estructuras existentes



Fuente: MAVDT

Ya en la Resolución 466 de 2 de mayo de 2014²³, que impuso la sanción, se precisó que:

“Teniendo en cuenta las mediciones realizadas en la última visita técnica efectuada a la empresa Industrias Vatovi, se logró concluir que la chimenea existente cuenta con una altura de 6 metros, lo cual en aplicación a la ecuación necesaria para determinar el grado de la altura, que es $HT=2,5 He$, y se explica tomando como origen la altura de la base de la chimenea hasta la base del nivel del terreno, que para el caso de Vatovi correspondió a 5 metros, los cuales multiplicados por 2.5, arrojan como resultado la medición final de una altura de 12,5 metros, los que evidentemente no cumple Vatovi con la chimenea que presenta actualmente”.

De acuerdo con lo anterior se tiene que, Corpocaldas inicialmente le indicó a Industrias Vatovi que el ducto debía *sobrepassar la edificación más alta que se encuentre próxima al establecimiento*; en el informe del 28 de diciembre de 2012, la altura del ducto se confrontó con *“la altura de la edificación”* y sin hacer ninguna medición; en el informe del 2 de mayo de 2013 también se confrontó la altura del ducto con *“la del edificio donde se encuentran ubicadas las instalaciones”*, y sin hacer ninguna medición.

Pero en el informe del 7 de abril de 2014, la altura del ducto se confrontó con unos criterios diferentes, consistentes en: *“la altura de las edificaciones cercanas”* y los parámetros de las buenas prácticas de ingeniería, contenidas en el *Protocolo para el Control y Vigilancia de la Contaminación Atmosférica General por Fuentes Fijas”*.

²³ Fls. 182-189 C2

En la Resolución 466 de 2 de mayo de 2014, que impuso la sanción, la altura del ducto se confrontó con los parámetros de las buenas prácticas de ingeniería, contenidas en el *Protocolo para el Control y Vigilancia de la Contaminación Atmosférica General por Fuentes Fijas*”.

4.3. Conclusión

De acuerdo con lo anterior se concluye que, contrario a lo aducido por la entidad apelante, el fallo de primera instancia realizó una adecuada valoración de las pruebas, congruente con los hechos de la demanda y la contestación a la misma, pues correctamente encontró demostrado que: - Corpocaldas no realizó las mediciones técnicas del ducto antes del auto que dio inicio al proceso sancionatorio y a la formulación de cargos, ni informó a la empresa sobre las especificaciones técnicas que este debía cumplir antes de la formulación de cargos, - y además que, existía una falta de claridad en los informes técnicos, sobre las condiciones del ducto.

Además, en la sentencia apelada no se afirma que la altura del ducto *era la misma para el mes de diciembre de 2012 en contraste con lo observado en el año 2013*, como lo indica el apelante; lo que se afirma es que, Industrias Vatovi para la fecha de la visita del 3 de diciembre de 2012 ya contaba con dicho elemento y Corpocaldas no procedió a su medición técnica.

Ahora, la trascendencia o relevancia de dichas falencias para declarar la nulidad de los actos demandados, será abordada al analizar el Cuarto problema jurídico.

Por lo tanto, el cargo formulado por la apelante contra la sentencia de primera instancia no prospera.

5. Tercer Problema Jurídico: *¿En la sentencia de primer grado se hizo la debida valoración del riesgo permitido?*

Tesis del Tribunal: La sentencia recurrida hizo una debida valoración del riesgo permitido, y no omitió analizar que este fue fijado por la demandante cuando propuso unas medidas y el tiempo para su ejecución.

El apelante señaló que, la sentencia parte de la suposición de que se impidió a Industrias Vatovi demostrar el riesgo permitido, apreciación que carece de sustento probatorio y omite analizar que este fue fijado por la empresa cuando propuso unas medidas y el tiempo para su ejecución.

Agregó que, el análisis realizado por Corpocaldas sobre las obras implementadas por la investigada, se basó en criterios técnicos que no fueron desvirtuados por Industrias Vatovi, quien siempre tuvo la posibilidad de desvirtuarlos y por el contrario, en la comunicación del 9 de enero de 2013, de manera libre y espontánea señaló que, no terminaron las obras propuestas para la mitigación de los impactos atmosféricos negativos acorde con el cronograma.

Que además, la actividad industrial debía contar con los elementos necesarios de control de impactos al recurso aire, desde el mismo momento de iniciación de labores; que pese a

ello, Corpocaldas permitió un cronograma para su implementación, el que se incumplió por la demandante, sin que obre prueba que acredite la justificación de dicha omisión.

5.1. Análisis de la valoración del riesgo permitido

La sentencia recurrida cuestionó que, si Corpocaldas instó a Industrias Vatovi a presentar un cronograma para realizar unas adecuaciones para el control de las emisiones de ruido, olores y material particulado y dispuso realizar una visita técnica el 3 de diciembre de 2012, para verificar su cumplimiento, necesariamente: i) debía desplegar todo el procedimiento legal para medir los niveles de ruido y determinar si se mantenían iguales a los inicialmente medidos; ii) debía además establecer técnicamente si el ducto para el control de olores y material particulado que encontró instalado, cumplía o no las especificaciones exigidas en la normatividad pertinente.

Además consideró que, lo expresado por Corpocaldas para no realizar nuevas mediciones, consistente en que *las condiciones eran similares*, era improcedente, por cuanto era evidente que las condiciones iniciales no eran las mismas, pues en la visita del 3 de diciembre de 2012 se encontraron modificaciones, entre otras en la maquina limadora y con dicho cambio pudo existir alguna alteración en la emisión de ruido. Además consideró que la simple observación o inferencia no era suficiente para considerar que las condiciones de ruido iniciales eran las mismas, pues la Resolución 627 de 2006 establece un procedimiento técnico para ese fin.

De acuerdo con lo expuesto se observa que, contrario a lo afirmado por el apelante, en la sentencia apelada no se omitió tener en cuenta que Industrias Vatovi señaló un cronograma para adoptar unas adecuaciones y que fue incumplido, pues sobre ello se refirió y lo valoró, pero no lo encontró suficientes para superar o entender saneados los errores en que Corpocaldas incurrió en el proceso sancionatorio, en especial por la falta de mediciones técnicas de los niveles de ruido a pesar de las modificaciones en las instalaciones antes de la visita del 3 de diciembre de 2012.

Al respecto se tiene que, las referidas modificaciones con anterioridad a la visita del 3 de diciembre de 2012, se encuentran acreditadas en el Informe Técnico 500-13-030 del 28 de diciembre de 2012²⁴, en el que se describe que

“El día 03 de diciembre de 2012 personal técnico de esta corporación realizó visita de inspección a las instalaciones de la empresa industrias Vatovi (...) con el fin de verificar las adecuaciones requeridas para controlar las emisiones de olores y ruido generadas por el funcionamiento de la empresa, encontrando lo siguiente:

- *Adecuaciones en la maquina (sic) limadora para controlar las vibraciones y ruido generadas hacia los alrededores, fotografía 1. (...)*

Sobre si dicha modificación pudo o no tener incidencia en la disminución de las emisiones de ruido, solo se cuenta con el Informe Técnico No. 500-13-027 del 31 de julio de 2013²⁵, en el que se indica que: *“El resultado obtenido con las fuentes de emisión sonora encendidas y operando, muestra que el valor del nivel de presión sonora continuo*

²⁴ Fls. 92-93 C1

²⁵ Fls. 111-112 C.2

equivalente Leq de 58.73dB(A), no sobrepasa el límite permisible establecido en el artículo 9 de la resolución 0627 de 2006 para el horario diurno...".

Por otra parte, la sentencia apelada señala que, teniendo en cuenta que para la visita del 3 de diciembre de 2012, Industrias Vatovi ya contaba con un sistema de extracción de olores y material particulado y un ducto; queda la incertidumbre respecto a si este cumplía o no con los parámetros técnicos, pues no se conocía la altura que debía tener, ni la que tenía para ese entonces, pues el ducto no fue medido.

Que lo anterior, aunado a las contradicciones existentes en los informes respecto a la existencia y medidas del ducto y que solo en el informe de fecha 7 de abril de 2014, se estableció la altura que debía tener conforme las buenas prácticas de ingeniería, son circunstancias que se traducen en una falta de seguridad jurídica para el sancionado. Por lo anterior, encontró probada la vulneración al debido proceso.

Al respecto se tiene que, de conformidad con el Informe Técnico 500-13-030 del 28 de diciembre de 2012, en la visita de inspección del 3 de diciembre de 2012, tampoco fueron realizadas las mediciones técnicas respecto del ducto del sistema de extracción de olores y el material particulado, ni en esa oportunidad o con anterioridad se indicaron las condiciones que de acuerdo a la normatividad técnica, debía cumplir.

Dichas condiciones técnicas solo se precisaron en el informe de 7 de abril de 2014, - con posterioridad a la formulación de cargos-, en el que se estableció la altura del ducto y se indicó que debía estar conforme a las buenas prácticas de ingeniería (*Protocolo de Control y Vigilancia de Emisiones Atmosféricas generadas por Fuentes Fijas*).

5.2. Conclusión:

Conforme a lo expresado, es correcto afirmar que, si Corpocaldas dispuso que Industrias Vatovi presentara un cronograma para realizar unas adecuaciones y ordenó una visita para verificar su cumplimiento, en esta debía realizar las mediciones técnicas para establecer o descartar la ocurrencia de la infracción ambiental.

Como quiera que las mediciones no fueron realizadas en dicha oportunidad, aunado a la falta de claridad sobre las condiciones técnicas que debía cumplir la altura del ducto, le asiste razón a la *a quo* al señalar que, a Industrias Vatovi le fue vedada la posibilidad de demostrar, antes de la formulación de cargos que, las adecuaciones que hasta ese momento había realizado, eran suficientes para acreditar que se encontraba dentro del campo del riesgo permitido y por tanto, la inexistencia de la infracción ambiental.

De lo anterior se concluye que, la sentencia recurrida no hizo una indebida valoración de las pruebas, ni omitió analizar que el riesgo permitido fue fijado por la demandante cuando propuso unas medidas y el tiempo para su ejecución, ni su incumplimiento, por lo tanto el cargo formulado por el apelante no prospera.

6. Cuarto Problema Jurídico: *¿Respetó el juez a-quo el precedente judicial con respecto al debido proceso en materia sancionatoria administrativa?*

Tesis del Tribunal: La sentencia recurrida se ajusta a los precedentes judiciales respecto a la rigurosidad de la aplicación del debido proceso en materia administrativa

sancionatoria, por cuanto las falencias que encontró probadas afectaron sustancialmente el desarrollo del proceso y el sentido de la decisión adoptada.

La apelante afirma que, la sentencia se aísla sin ningún sustento del precedente judicial según el cual, para que se configure la causal de nulidad invocada, debe influir sustancialmente o de manera trascendente el trámite, de modo que se afecte el sentido de la decisión que se adopta, lo cual no ocurrió, por cuanto las supuestas falencias que se señalan en la sentencia resultan intrascendentes, pues no se acreditó que la demandante hubiese cumplido con la obligación legal de controlar los impactos negativos dentro del plazo propuesto por ella misma, ni obra prueba sobre la existencia de una causal de exoneración de responsabilidad.

Que las acciones y omisiones debidamente acreditadas en el curso de la actuación administrativa, pese a remediarse con posterioridad a los cargos formulados por Corpocaldas, implicaban la existencia de la infracción a las obligaciones impuestas en el ordenamiento jurídico.

6.1. La Sentencia apelada

En ella se declaró la nulidad de los actos administrativos demandados, por cuanto encontró que las falencias antes señaladas, tales como: las inconsistencias en los informes, la carencia de medición en la visita del 3 de diciembre de 2012 y la falta de precisión de las condiciones técnicas que debía cumplir el ducto, configuraron un vicio de tamaño trascendencia, en tanto no le fue permitido a Industrias Vatovi, solicitar la cesación del procedimiento sancionatorio.

Precisó que de conformidad con la Ley 1333 de 2009 la cesación del procedimiento solo podía declararse antes del auto de formulación de cargos.

6.2. Trascendencia de las falencias encontradas

En cuanto a la vulneración del debido proceso administrativo, la jurisprudencia ha sido pacífica al señalar que, no todo vicio dentro del procedimiento, puede afectar la validez de los actos expedidos por la administración, al paso que solo se configura la violación a ese derecho fundamental, aquellos vicios que tengan el carácter de sustanciales.²⁶

Así mismo, ha determinado que una de las causales de nulidad de los actos administrativos, es la expedición en forma irregular, es decir, con desconocimiento de las normas que regulan los requisitos de formación del acto administrativo, incluyendo no sólo las etapas previas a su expedición, sino también los requerimientos relativos a la materialización misma del acto, es decir, la forma que deben revestir.²⁷

En el caso concreto, los errores en el procedimiento señalados en el fallo impugnado, además de encontrarse acreditados, como ya fue analizado, afectaron sustancialmente el desarrollo del proceso y la decisión final adoptada, pues:

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 13 de mayo de 2009, Expediente 27.832, Magistrado Ponente: Ramiro Saavedra Becerra.

²⁷ *Ibidem*.

- Con base en el informe de 28 de diciembre de 2012, sin que fueran realizadas las mediciones técnicas, Corpocaldas en un mismo acto, inició el procedimiento sancionatorio e imputó cargos.
- Además, se mantuvo a la empresa investigada en incertidumbre sobre cuáles eran exactamente las medidas y normas técnicas que debía cumplir el ducto, pues estas solo se precisaron en el informe de 7 de abril de 2014, - con posterioridad a la formulación de cargos-, en el que se estableció la altura del ducto y se indicó que debía estar conforme a las buenas prácticas de ingeniería (*Protocolo de Control y Vigilancia de Emisiones Atmosféricas generadas por Fuentes Fijas*).

Estas circunstancias, impidieron a Industrias Vatovi la posibilidad de conseguir la cesación del procedimiento sancionatorio demostrando *la inexistencia del hecho investigado*, pues ello solo podía lograrse hasta antes de la formulación de cargos, de acuerdo con el artículo 23 de la Ley 1333 de 2009, que señala:

*Artículo 23. Cesación de procedimiento. Cuando aparezca plenamente demostrada alguna de las causales señaladas en el artículo 9° del proyecto de ley²⁸, así será declarado mediante acto administrativo motivado y se ordenará cesar todo procedimiento contra el presunto infractor, el cual deberá ser notificado de dicha decisión. **La cesación de procedimiento solo puede declararse antes del auto de formulación de cargos, excepto en el caso de fallecimiento del infractor.** Dicho acto administrativo deberá ser publicado en los términos del artículo 71 de la ley 99 de 1993 y contra él procede el recurso de reposición en las condiciones establecidas en los artículos 51 y 52 del Código Contencioso Administrativo. (Se resalta)*

Sobre dicha oportunidad, y la vulneración del derecho al debido proceso, el Consejo de Estado en Sentencia de 15 de agosto de 2019²⁹. señaló:

7.3.1.5. En este punto, es menester señalar que, si bien es cierto que la Ley 1333 de 2009 no dispuso un plazo mínimo entre la iniciación del procedimiento sancionatorio y la formulación de cargos, no lo es menos que, como se vio, sólo hasta antes de agotar la etapa de apertura le es dable al presunto infractor solicitar la cesación del procedimiento de forma anticipada, circunstancia que impide que en un mismo acto se provea sobre la apertura y formulación.

...

Así pues, y descendiendo al caso que nos ocupa, es claro para la Sala que los actos administrativos demandados vulneraron el derecho al debido proceso de la actora, en la medida en que, se pretermitió una etapa procesal que se identifica en la Ley 1333 de 2009 como autónoma y con características propias, cual es la de la iniciación del procedimiento sancionatorio previsto en el artículo 19 de ese cuerpo normativo.

Al respecto, debe llamarse la atención a las autoridades ambientales, y en general a la administración pública, sobre el carácter legal de los procedimientos que adelantan y la

²⁸ Artículo 9°. Causales de cesación del procedimiento en materia ambiental. Son causales de cesación del procedimiento las siguientes: 1°. Muerte del investigado cuando es una persona natural. 2°. Inexistencia del hecho investigado. 3°. Que la conducta investigada no sea imputable al presunto infractor. 4°. Que la actividad esté legalmente amparada y/o autorizada.

²⁹ Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. C.P.: Oswaldo Giraldo López . Rad.: 08001 23 31 000 3 2011-01455.

necesidad de que actúen al amparo de las previsiones que allí se sustentan, pues no está a su discreción el agotamiento de las etapas concernidas. Se trata de ciclos legales que deben ser agotados pues, como ya se definió, todos ellos están fundados en la necesidad de garantizar el equilibrio de las partes que participan en esa dinámica sin que sea procedente, se reitera, que su acatamiento dependa de la voluntad de la autoridad correspondiente.

...

*Lo dicho no sólo se traduce en la violación de las formas propias de dicha actuación sino en el desconocimiento de los derechos al debido proceso y defensa de quienes son objeto de investigación, en tanto que **cuando se expidió de forma conjunta del acto que dio inicio al proceso y formuló cargos, se pretermitió la posibilidad que Triple A tenía para solicitar la cesación del procedimiento sancionatorio, lo cual a su vez, limitó las posibilidades de defensa de la sociedad demandante, al dejarle sólo la posibilidad de ejercerla hasta la presentación de descargos.***

*Bajo las anteriores conclusiones, es claro que los actos demandados comportan una evidente trasgresión del orden jurídico, por lo que la Sala no puede hacer cosa distinta que declarar la prosperidad de la pretensión de nulidad de las resoluciones números 001102 del 28 de diciembre de 2010 y 000428 de 20 de junio de 2011, expedidas por la Corporación Autónoma Regional del Atlántico, por haber sido expedidas irregularmente al mezclar dos etapas del procedimiento sancionatorio en el Auto N° 00794 del 2 de agosto de 2010, estas son las de iniciación del procedimiento sancionatorio y el de formulación de cargos, pues desconocieron el derecho al debido proceso administrativo **al impedir que el accionante solicitara la cesación del procedimiento.** Con base en lo anterior, y visto que con este cargo se enerva la validez de la disposición censurada, no se hace necesario analizar los restantes planteados en la demanda. (Se resalta)*

6.3. Conclusión:

Por tanto, la situación descrita no constituye una mera irregularidad, sino que por el contrario, es una lesión diametralmente significativa al procedimiento mismo y a los derechos al debido proceso y de defensa de la empresa investigada.

Así las cosas, teniendo claro que la autoridad ambiental no adelantó el procedimiento en contra de Industrias Vatovi, con apego a las garantías Constitucionales y legales que deben regir en materia de derecho administrativo sancionador y que ello afectó el desarrollo del procedimiento y la decisión adoptada en sede administrativa, el fallo de primera instancia será confirmado.

7. Costas

Atendiendo al criterio objetivo valorativo que ha sido desarrollado por el H. Consejo de Estado con respecto a la imposición de costas (gastos procesales y agencias en derecho), no se condenará en costas de segunda instancia advirtiendo que no se encuentran acreditadas, toda vez que la parte accionante no incurrió en gastos procesales, ni efectuó actuación en esta instancia.

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

Resuelve:

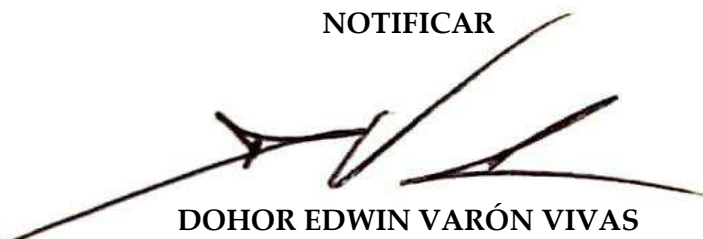
Primero: Confirmar la sentencia proferida el 4 de diciembre de 2018 por el Juzgado Octavo Administrativo de Manizales dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho formulado por Industrias Vatovi contra Corporación Autónoma Regional de Caldas -Corpocaldas.

Segundo: Sin costas en esta instancia.

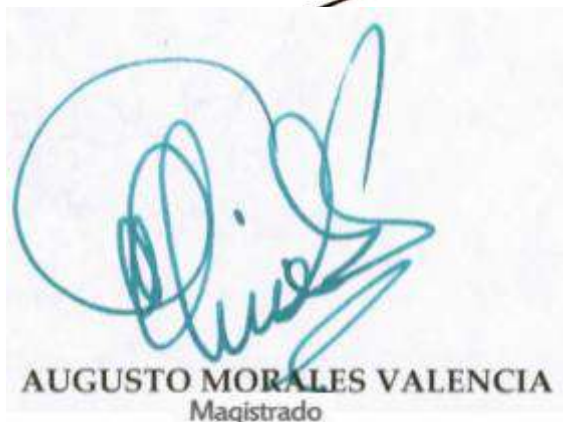
Tercero: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático "Justicia Siglo XXI".

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 031 de 2020.

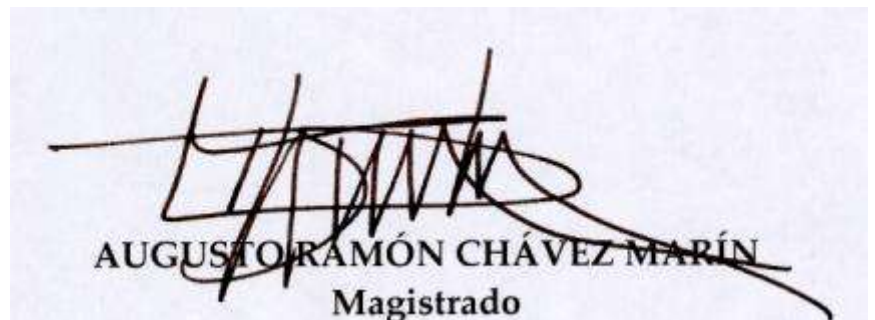
NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 255

Manizales, treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020)

Radicado: 17-001-33-39-005-2016-00265-02
Naturaleza: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Doralba Tapasco de Bernal
Demandado: Departamento de Caldas

Se emite fallo con ocasión del recurso apelación impetrado por la parte demandante en contra de la sentencia que denegó sus pretensiones.

I. Antecedentes

1. Pretensiones (fls. 6-7, cdo. 1).

La parte demandante solicita en síntesis se declare la nulidad de las Resoluciones No. 00018 del 29 de enero de 2016, No. 00059 del 19 de febrero de 2016 y No. 3048-3 del 18 de abril de 2016 proferidos por la demandada, por medio de los cuales se niega el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación y de cesantías definitiva.

Que a título de restablecimiento del derecho se ordene a la demandada el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, a partir del 04 de abril de 1991, así como al pago de las cesantías definitivas a que tuvo derecho por los servicios prestados; sumas que deben ser canceladas en forma actualizada.

Deprecia en forma subsidiaria que se reconozca la devolución de aportes pensionales en caso de que se estime que no cuenta con derecho a la prestación pensional reclamada.

2. Sustento fáctico relevante (fls. 3-6, cdo. 1).

Se relata que, la demandante nació el 15 de agosto de 1935 y laboró como docente al servicio de departamento de Caldas entre el 01 de febrero de 1953 y el 18 de febrero de 1973 -en forma discontinua- sumando un total de 16 años, 8 meses y 17 días de servicios.

Que, con posterioridad, la accionante prestó sus servicios al departamento de Caldas, igualmente en el campo docente, empero, mediante la modalidad de reconocimiento por servicios prestados, igualmente en forma discontinua por un lapso de 2 años 3 meses y 7 días; lo anterior, entre el 03 de febrero de 1986 y el 30 de junio de 1989.

Que, finalmente prestó sus servicios en el colegio Instituto Cultural Riosucio entre el 01 de febrero de 1990 y el 30 de diciembre de 1994 -en forma discontinua- por un lapso de 4 años 3 meses y 25 días.

Que por lo anterior, la demandante al considerar que contaba con más de 20 años de servicios prestados y con la edad requerida para acceder a una pensión de jubilación, el 12 de enero de 2016 deprecó ante el departamento de Caldas el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación; solicitud en la cual igualmente se reclamó el pago de las cesantías definitivas que considera debieron ser liquidadas al momento de la terminación de la relación sostenida con base a órdenes o contratos de prestación de servicios.

A través de los actos administrativo cuya nulidad se solicita, la demandada desató de forma negativa la petición al señalar que, la accionante prestó servicios al departamento de Caldas por un total 16 años, 8 meses y 17 días de servicios a través de una relación legal y reglamentaria y que los demás periodos de servicios que aquella prestó corresponden a relaciones de índole no laboral y sobre los cuales no se acreditó la realización de aportes pensionales por parte de la demandante.

3. Normas violadas y concepto de trasgresión

La demandante invocó como normas vulneradas: la Constitución Política, artículos 1, 48 y 58; así como las Leyes 33 de 1985, 6 de 1945 y el Decreto 2400 de 1968. Arguyó que, le es aplicable -por vía del régimen de transición establecido en el artículo 1° de Decreto 33 de 1985- lo dispuesto por el artículo 14 de la Ley 6 de 1945, que disponía que al trabajador que haya llegado o llegue a los 50 años de edad después de veinte 20 años de servicios continuos o discontinuos, se le reconocerá una pensión vitalicia de jubilación.

En tal sentido considera que, si bien laboró por 16 años 8 meses y 17 días como empleada publica para el departamento de Caldas, es igualmente cierto que los otros 6 años 7 meses y 2 días fueron laborados mediante reconocimientos por servicios, vínculos laborales que por vía jurisprudencial se ha indicado que al implicar el desarrollo de idénticas actividades laborales que la de los empleados públicos, se entenderá que son empleados públicos de hecho, cita la sentencia del Consejo de Estado, radicado 1129 de 2011 -sin otra identificación-.

4. Pronunciamiento de los sujetos procesales

El **departamento de Caldas** (fls. 134-136, cdo. 1) alegó que no cuenta con legitimación en la causa por pasiva ya que la expedición del acto demandado por la entidad territorial únicamente tiene fundamento en una función procedimental de representación del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, pero el acto expedido no es más que la protocolización del proyecto de acto administrativo estudiado y aprobado por dicho fondo.

En tal sentido, señaló que la demanda debió ser dirigida en contra del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues dicha entidad es la encargada del reconocimiento de las prestaciones sociales docentes.

Finalmente, solicitó que se de aplicación a las disposiciones normativas sobre la prescripción de prestaciones de naturaleza laboral.

5. Sentencia de primera instancia (fls. 171-179, C.1).

Mediante decisión adoptada el 05 de julio de 2019, el *a quo* negar las pretensiones de la demandante, tras realizar un recuento sobre el régimen de transición de la Ley 33 de 1985 y su remisión normativa a la Ley 6 de 1945 concluyó que, la demandante es beneficiaria del referido régimen de transición, empero advirtió que sostuvo una relación legal y reglamentaria como empleada pública -docente- por un periodo de 16 años, 8 meses y 17 días, mientras que los demás tiempos que se pretende sean tenidos en cuenta para el cumplimiento del requisito pensional de 20 años de servicios, corresponden a servicios prestados a través de contratos u órdenes de prestación de servicios, por lo cual estos periodos no pueden ser tenidos en cuenta, a menos de que se declare la existencia de una relación laboral.

Con respecto a esto último señaló que, no es posible determinar la existencia de una relación laboral que permita acceder a la accionante a la pensión de jubilación y las cesantías definitivas deprecadas, por dos situaciones: **(i)** Dado que dicha controversia -existencia de una relación laboral- no fue propuesta en sede administrativa ante la entidad demandada; y **(ii)** Al observarse que, los tiempos correspondientes a los 4 años 3 meses y 25 días que se alegan prestados en el colegio Instituto Cultural Riosucio, deben ser reclamados ante quien contrató dichos servicios, esto es, el municipio de Riosucio -Caldas, entidad que no fue objeto de reclamación en sede administrativa, ni de vinculación en el presente asunto.

6. Recurso de apelación (fls. 241-252, cdo. 1).

La accionante recurrió la sentencia formulando dos cargos de apelación, así:

(i) No era necesario acreditar un fallo previo que declarara la existencia de un contrato realidad entre la accionante y la entidad demandada, pues las pretensiones de la presente controversia no se encuentran dirigidas al pago de las prestaciones que derivarían del reconocimiento de dicha prestación, siendo lo único relevante, el hecho de que se acreditó fehacientemente el hecho de que la accionante, sí laboró al servicio de la entidad demandada por más de 20 años.

Así las cosas, arguye que se presentó un *exceso ritual manifiesto* al considerar que el *a quo* desconoció bajo un criterio meramente procesal o formal -declaración de existencia de un contrato realidad-, la existencia de un derecho pensional para el cual se probaron los requisitos necesarios, especialmente, itera, la prestación efectiva de 20 años de servicios. Además consideró que, contrario a lo señalado por el *a quo* los servicios prestados por la accionante no fueron contratados por el municipio de Riosucio, pues tales órdenes de servicios fueron suscritas por el ente departamental.

(ii) Existió una omisión en el fallo, en tanto no se decidió en forma concreta la pretensión de

reconocimiento y pago de cesantías definitivas, arguyendo que sus pretensiones sobre el particular no solo se circunscriben a los periodos de servicios prestados por contratos u órdenes de servicios, sino también, al periodo que la propia entidad accionada aceptó que corresponde a una relación legal o reglamentaria. Que igualmente se omitió emitir pronunciamiento expreso, sobre el pedimento realizado en forma subsidiaria referente a la devolución de aportes o pago de indemnización sustitutiva por los servicios prestados, en caso de considerar que no existe derecho al reconocimiento pensional.

II. Consideraciones

1. Problemas jurídicos

Al analizar la sentencia de instancia y el escrito de impugnación, el asunto jurídico a resolver se centra en dilucidar:

¿Existió un exceso ritual manifiesto en la sentencia recurrida al haber negado el reconocimiento pensional reclamado, bajo la égida de que los tiempos reclamados no han sido objeto de declaración previa de existencia de una relación laboral?

¿Omitió el a quo emitir pronunciamiento respecto de la totalidad de pretensiones de la demanda? y,

¿Cuenta la accionante con derecho al pago de las cesantías definitivas reclamadas y a una indemnización sustitutiva en caso de no contar con el derecho pensional reclamado?

2. Primer problema jurídico

Tesis del Tribunal: No existió un *exceso ritual manifiesto* en la sentencia de primera instancia, pues la apreciación sobre la necesidad de declaratoria de existencia de un contrato realidad con respecto a los tiempos de servicios no derivados de una relación legal y reglamentaria, no se erige como una cuestión meramente formal, sino que hace parte del fondo sustancial de la controversia, ya que los periodos laborados por la accionante por medio de órdenes o contratos de prestación de servicios no pueden ser tomados para efectos del reconocimiento pensional deprecado, ya que *prima facie* no tienen naturaleza laboral, sin que sea dable en este proceso, entrar a analizar si existió una verdadera relación laboral, según se pasa a explicar.

2.1. Tiempos de servicios computables para efectos pensionales

En el *sub lite* se deprecia el reconocimiento de una pensión de jubilación en los términos del artículo 14 de la Ley 6 de 1945 en aplicación de la transición establecida por la Ley 33 de 1985 -régimen legal que fue aceptado por el *a quo* y no es objeto de controversia-; sin embargo, frente a lo anterior, resulta necesario advertir un yerro argumentativo tanto de la parte actora, como de la sentencia recurrida, pues el referido artículo 14 contiene la obligación de una prestación pensional, empero, para empleados del sector privado, mientras que, como lo ha señalado el H. Consejo de Estado, dicho beneficio para los empleados del sector público, era regulada otrora por el subsiguiente artículo 17 de la

referida Ley 6 de 1945. En tal sentido, dicha Corporación enseñó¹:

“La Ley 6ª de 1945, en su artículo 17, literal b), estableció una pensión vitalicia de jubilación en favor de los empleados y obreros nacionales de carácter permanente que cumplieran 50 años de edad y 20 años de servicios, con el siguiente tenor literal:

“Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones:

...

b) Pensión vitalicia de jubilación cuando el empleado u obrero haya llegado o llegue a cincuenta (50) años de edad, después de veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo, equivalente a las dos terceras partes del promedio de sueldos o jornales devengados, sin bajar de treinta pesos (\$30) ni exceder de doscientos pesos (\$200) en cada mes. La pensión de jubilación excluye el auxilio de cesantía, menos en cuanto a los anticipos, liquidaciones parciales o préstamos que se le hayan hecho lícitamente al trabajador, cuya cuantía se irá deduciendo de la pensión de jubilación en cuotas que no excedan del 20% de cada pensión”.

...

El monto pensional del 75% fue incorporado mediante el artículo 4 de la Ley 4 de 1966, modificando en lo pertinente el literal b) del artículo 17 de la Ley 6 de 1945, con el siguiente tenor literal:

ARTICULO 4o. A partir de la vigencia de esta Ley, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de Derecho Público, se liquidarán y pagarán tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual obtenido en el último año de servicios”.

A su vez el artículo 68 del Decreto 1848 de 1969 preceptúa:

“Todo empleado oficial que preste o haya prestado sus servicios durante veinte (20) años, continua o discontinuamente, en las entidades, establecimientos o empresas señalados en el artículo 1º de este Decreto, tiene derecho a gozar de pensión de jubilación al cumplir cincuenta y cinco (55) años de edad, si es varón, o cincuenta (50) años de edad si es mujer...”

De la jurisprudencia -y su reseña normativa- en cita, se extrae que la prestación pensional allí contenida requiere el cumplimiento de un tiempo de 20 años de servicios como empleado o trabajador oficial.

En línea con lo anterior, se encuentra acreditado (fl. 91-102, cdo. 1) -y aceptado por la parte demandante² y demandada³- que la demandante laboró como docente en el departamento de Caldas, en virtud de una relación legal y reglamentaria, durante 16 años, 8 meses y 17 días, tiempo laborado como empleada pública que por si solo no le permite

¹ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejera ponente: Bertha Lucia Ramírez De Páez, 19 de abril de 2007, Radicación número: 15001-23-31-000-1999-02187-01 (1114-03).

² Escrito de demanda (fl. 4, cdo. 1), recurso de apelación (fl. 251, cdo. 1).

³ Según lo reconoció en los actos demandados (fls. 112-114 y 116-119, cdo. 1).

acceder a la prestación pensional reclamada, que cabe recordar requiere la prestación de servicios en dicha calidad durante 20 años.

Ahora bien, frente a los servicios prestados por la accionante por vía de contratos u ordenes de prestación de servicios, resulta necesario advertir que, tal relación no puede - en forma automática como lo pretende la parte actora- entenderse como servicios prestados como empleado público -en los términos del régimen pensional aplicable- o eventualmente equipararlos a tal naturaleza para efectos pensionales, pues justamente esta es la finalidad de las controversias de control jurisdiccional dirigidas a la declaración de existencia de una relación laboral, denominadas doctrinal y jurisprudencialmente "*contrato realidad*".

Igualmente, cabe destacar que la sentencia recurrida concluyó que el municipio de Riosucio y el Fondo de Prestaciones Sociales de Magisterio -en asocio con el ente departamental aquí demandado-, se erigen como entidades frente a las cuales se deben proponer las pretensiones de reconocimiento de existencia de las relaciones laborales que se pretenden esgrimir como computables para efectos del requisito pensional; entidades que no fueron objeto de reclamación administrativa ni de vinculación en el presente medio de control.

En su recurso de alzada, la parte actora señala que la totalidad de los servicios prestados fueron contratados por el departamento de Caldas, sin embargo, de los documentos que fueron aportados como prueba de los servicios prestados, se observan órdenes o autorizaciones de servicios, órdenes de pago y constancias suscritas, tanto por el departamento de Caldas (fls. 25, 26, 28, 35 y 37, cdo. 1) como por el municipio de Riosucio (fls. 76-81 y 86-88, cdo. 1); lo anterior, aunado a que el último periodo de servicios prestados en el colegio Instituto Cultura de Riosucio corresponde a fechas posteriores a la creación del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, esto es, servicios prestados entre los años 1991 a 1994.

Así las cosas, son precisamente tales incidencias las que deben ser propuestas en sede administrativa ante dichas entidades y de ser el caso, en sede de control jurisdiccional, se itera, deprecando la declaratoria de existencia de una verdadera relación de índole laboral entre la demandante y la entidad o entidades públicas correspondientes.

Cabe advertir en este punto que la Sala no desconoce la existencia de pronunciamientos en los cuales el H. Consejo de Estado ha abordado el análisis de las situaciones propias de la existencia de una relación laboral en asuntos en que las pretensiones de la parte actora están destinadas a un reconocimiento pensional⁴, sin embargo, es necesario señalar que este tipo de pronunciamientos difieren sustancialmente de la cuestión que acá se ventila, pues en primera medida, tal posición ha sido adoptada en asuntos de pensión gracia, en la cual al tratarse de una dadiva que no requiere de aportes al sistema o fondo pensional respectivo su reconocimiento no implica una carga prestacional a asumir por parte del empleador a diferencia de la prestación pensional ordinaria que aquí se deprecia, todo ello

⁴ Ver entre otras, sentencia del 28 de marzo de 2019, Rad.: 70001-23-33-000-2013-00205-01(3183-14), consejero ponente: Carmelo Perdomo Cueter.

aunado a que, se reitera, la entidad territorial llamada a responder frente a la responsabilidad patronal propia que se derivaría de entrar a analizar la existencia del contrato realidad, esto es, el municipio de Riosucio, al igual que la entidad llamada a participar en el reconocimiento pensional, esto es, el fondo de prestaciones sociales del magisterio, no fueron llamadas por pasiva en el presente asunto, lo que, se itera, impide analizar la existencia o no de una relación laboral en el presente asunto.

Corolario, la Sala comparte lo señalado por el *a quo* al afirmar que, la demandante no acreditó 20 años de servicios como empleada pública con miras a obtener la pensión de jubilación deprecada en los términos de la Ley 6 de 1945 y que, no resulta posible analizar si los servicios prestados en virtud de contratos u órdenes de prestación de servicios deben ser tenidos en cuenta para efectos pensionales por contar con una naturaleza laboral, dado que esta última discusión no solo, no fue una situación jurídica creada por los actos administrativos demandados, sino que adicionalmente, no obran como parte en el presente medio de control las entidades que participaron o debieron participar en la contratación y pago de dichos servicios, y así mismo, -de declararse la existencia de una relación laboral- en el pago de las cuotas partes o aportes pensionales que deben ser asumidos para el reconocimiento de la prestación pensional reclamada.

Por todo lo anterior, es que la discusión previa sobre la existencia de una relación laboral sostenida por la demandante durante los interregnos en que fue vinculada por órdenes o contratos de prestación de servicios, no es, como lo refuta el recurso de alzada, una discusión meramente formal, sino que trasciende a la sustancialidad del derecho pensional que aquí se reclama, pues de aquella discusión es que se definirá si dichos periodos deben o no ser objeto de aportes o pago de cuotas partes para efectos pensionales, pues a falta de declaración administrativa o judicial en tal sentido, dichos servicios solo pueden ser vistos, como una relación contractual de prestación de servicios, esto es, parafraseando al H. Consejo de Estado como, *una vinculación excepcional con miras a suplir actividades de administración o funcionamiento de la entidad o el desarrollo de labores especializadas que no puede asumir el personal de planta*⁵.

Así las cosas, la Sala halla respuesta negativa al primer problema jurídico planteado.

3. Segundo problema jurídico.

Tesis del Tribunal: La sentencia recurrida sí omitió emitir pronunciamiento frente a la totalidad de pretensiones formuladas, tanto en forma principal como subsidiaria, según se pasa a exponer.

La parte recurrente formula como cargo de apelación el hecho de que en la sentencia se omitió el pronunciamiento respecto al reconocimiento y pago de cesantías definitivas, y

⁵ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda Subsección B, en providencia del 1º de marzo del 2018, con ponencia del H. Consejero Carmelo Perdomo Cueter, dentro del proceso con radicado No. 23001-23-33-000-2013-00117-01(3730-14), en el cual se dijo sobre la vinculación por prestación de servicios que “...es aquel por el cual se vincula excepcionalmente a una persona natural con el propósito de suplir actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, o para desarrollar labores especializadas que no puede asumir el personal de planta y que no admite el elemento de subordinación por parte del contratista, toda vez que debe actuar como sujeto autónomo e independiente bajo los términos del contrato y de la ley contractual”.

de una indemnización sustitutiva, último asunto, planteado de forma subsidiaria.

Frente a la primera pretensión, la sentencia objeto de alzada señaló que el reconocimiento y pago de las cesantías frente a las labores prestadas por medio de contratos u órdenes de servicios requiere la declaratoria de existencia de una relación laboral, consideración que la Sala comparte. Sin embargo, las reclamaciones que fueron desatadas en los actos demandados y las pretensiones de la demanda no se limitan al pago de cesantías por dichos periodos, sino que se extiende a aquellos periodos en que la actora desarrolló en razón de una relación legal y reglamentaria, esto es, las cesantías que pudieron corresponderle con ocasión de los 16 años, 8 meses y 17 días laborados entre el 01 de febrero de 1953 y el 18 de febrero de 1973 -en forma discontinua-.

En tal sentido, sí existió una omisión en la sentencia respecto de la pretensión de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas lo cual será resuelto por esta Colegiatura en el acápite siguiente.

Frente a la pretensión subsidiaria formulada por la parte actora tendiente a que, en caso de no reconocerse la prestación pensional reclamada se reconociese una indemnización sustitutiva, no resultan necesarias mayores elucubraciones para advertir que el *a quo*, no efectuó ningún tipo de pronunciamiento, constituyendo lo anterior una omisión, por lo que procederá la Sala a emitir la decisión respectiva a continuación.

4. Tercer problema jurídico.

Tesis el Tribunal: Respecto a las cesantías reclamadas por los servicios que como empleada pública prestó la demandante, entre el 01 de febrero de 1953 y el 18 de febrero de 1973, se presentó el fenómeno de prescripción.

Frente al reconocimiento de indemnización sustitutiva, no existió una situación jurídica creada por los actos administrativos demandados, ya que dicha reclamación no fue efectuada ante la entidad demandada y por ende, no fue objeto de decisión en dichos actos, lo que impide emitir pronunciamiento de fondo sobre el particular.

4.1. Prescripción de prestaciones laborales.

El artículo 41 del decreto 3135 de 1968 señala que: *“Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto⁶ prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.” “El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.”* (Se subraya)

De conformidad con lo anterior, el periodo con base al cual se solicitó pronunciamiento sobre el reconocimiento de cesantías en el recurso de alzada, esto es, entre el 01 de febrero de 1953 y el 18 de febrero de 1973, tiene como extremo final el año 1973, por lo cual, basta con advertir que a la fecha de presentación de la reclamación que dio origen a los actos

⁶ Entre las cuales se dispone sobre el auxilio de cesantías (v. artículos 2, 33 y 35)

cuya nulidad se depreca -2016- trascurrieron más de 40 años, lo que impone que las sumas que pudiesen haberse adeudado por concepto de cesantías han prescrito.

4.2. Inexistencia de decisión administrativa sobre el reconocimiento de indemnización sustitutiva que imposibilita emitir decisión sobre el particular.

La parte actora formuló como pretensión subsidiaria que se ordene a la entidad demandada *“devolver todos los aportes, que debió asumir durante los periodos reconocidos como laborados para esta entidad, debidamente indexados”* (fl. 7, cdo. 1), sin embargo, dicho pedimento no fue formulado ante la entidad demandada (v. fls. 103-111 y 114-115, cdo. 1), razón por la cual, los actos administrativos cuya nulidad se depreca, no crearon ninguna situación jurídica particular referente al reconocimiento de la indemnización sustitutiva.

El artículo 138 del CPACA establece el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en los siguientes términos: *“Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior.”* (Subraya la Sala)

De lo anterior se tiene que, el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho envuelve dos pretensiones: *(i)* la de anulación de un acto administrativo y *(ii)* la de restablecimiento del derecho que se considera lesionado. Así, el medio de control exige como presupuesto indispensable, que exista una decisión de la administración que modifique, cree o extinga una situación jurídica particular y concreta del interesado, frente a un asunto específico, es decir, un acto administrativo que establezca una relación jurídica determinada en relación con sus derechos subjetivos.

Por lo anterior, no es dable al juez entrar a definir el derecho que pueda tener o no la demandante al reconocimiento de una indemnización sustitutiva, dado que este derecho no fue objeto de reclamación ante la administración, y la declaratoria de nulidad de los actos aquí demandados no puede derivar un restablecimiento del derecho sobre el reconocimiento de la indemnización sustitutiva.

Por lo anterior, se negarán las pretensiones respecto de las cuales el *a quo* omitió emitir pronunciamiento expreso y en consecuencia se confirmará, por las razones expuestas, la sentencia impugnada.

5. Costas de segunda instancia

Con fundamento en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 365 del Código General del Proceso (CGP) y en aplicación de un criterio objetivo valorativo, no se impondrá condena en costas en esta instancia al no haberse acreditado que la parte accionada haya incurrido en gastos procesales o haya intervenido en esta instancia a través de su apoderado judicial.

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

FALLA

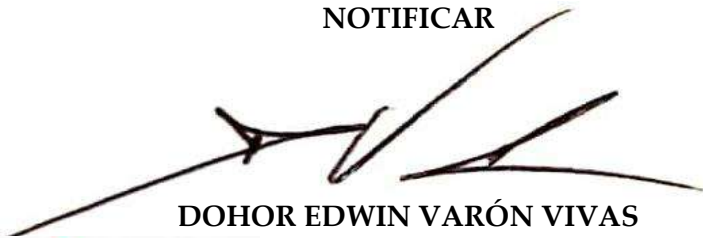
PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia proferida el 05 de julio de 2019 por el Juzgado Quinto Administrativo de Manizales, que denegó las pretensiones señaladas en la demanda en el proceso instaurado por Doralba Tapasco de Bernal en contra del Departamento de Caldas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

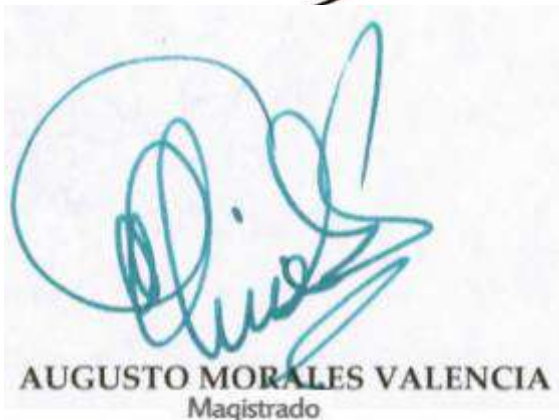
TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa "Justicia Siglo XXI".

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 031 de 2020.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 251

Manizales, treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020)

Radicado: 17-001-33-33-001-2018-00013-02
Naturaleza: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: María Judith Henao Rincón
Demandados: Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Departamento de Caldas

Se emite fallo con ocasión al recurso apelación impetrado por la demandante contra la sentencia que denegó sus pretensiones.

I. Antecedentes

1. Pretensiones (fls. 5-6, cdo. 1).

La parte demandante solicita en síntesis, se declare la nulidad de la Resolución 5332-6 del 14 de julio de 2017 por medio del cual se negó el reconocimiento y pago de “*la mesada pensional adicional de mitad de año*” establecida en el numeral 2° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989; y que a modo de restablecimiento del derecho se disponga el pago de la referida mesada pensional adicional, desde la fecha en que se efectuó el reconocimiento pensional en favor de la demandante, sumas que deben ser canceladas de forma indexada; finalmente deprecia el pago de costas procesales y el cumplimiento de la sentencia en los términos del artículo 192 de la ley 1437 de 2011.

2. Sustento fáctico relevante (fls. 4-5, cdo. 1)

La demandante fue nombrada docente del orden departamental según Decreto 0832 del 09 de septiembre de 1981, tomando posesión en dicho cargo a partir del día 23 de los mismos mes y año. Que por cumplimiento de los requisitos pertinentes le fue reconocida una pensión de jubilación mediante la Resolución 3978-6 del 20 de junio de 2014, prestación que fue otorgada con efectos a partir del 20 de enero de 2014.

3. Normas violadas y concepto de trasgresión

La demandante invocó como normas vulneradas los artículos 13, 46, 48 y 53 de la Constitución Política, así como el numeral 2° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989. Arguyó

que, el acto administrativo que negó el reconocimiento y pago de la mesada adicional de mitad de año desconoce las disposiciones que deben ser aplicadas a su caso, esto es, el numeral 2° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 disposición que creó la mesada pensional adicional de mitad de año como una compensación frente a aquellos docentes que por haber sido vinculados a partir del año 1981 ya no gozarían de la pensión “*gracia*”.

Advierte que si bien el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 creó una mesada pensional adicional para los pensionados (que fue eliminada por el acto legislativo 01 de 2005), esta no tiene nada que ver con su símil creada para el personal docentes por la Ley 91 de 1989.

4. Pronunciamiento de los sujetos procesales

La **Nación – Ministerio de Educación** (fls. 57-70, cdo. 1) al paso de alegar que no cuenta con legitimación en la causa por pasiva al no haber expedido el acto administrativo cuya nulidad se persigue, propuso argumentos que no guardan relación alguna con el objeto del debate aquí planteado -se formulan premisas sobre la inclusión de la prima de servicios como factor de liquidación pensional-.

El **departamento de Caldas** (fls. 80-84, cdo. 1) alegó que no cuenta con legitimación en la causa por pasiva ya que la expedición del acto demandado por la entidad territorial únicamente tiene fundamento en una función procedimental de representación del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, pero el acto expedido no es más que la protocolización del proyecto de acto administrativo estudiado y aprobado por dicho fondo.

Con respecto al fondo de la controversia señaló que, según pronunciamiento de la Corte Constitucional -sin identificar providencia específica- la “*mesada 14*” establecida por la Ley 91 de 1989 cuenta con igual naturaleza a la creada por la Ley 100 de 1993, prestaciones cuya única finalidad es la de compensar la pérdida de poder adquisitivo de las mesadas pensionales antes de que se dispusiera su incremento de conformidad con el I.P.C; de lo anterior, señala que ambas figuras de mesada adicional fueron eliminadas por el acto legislativo 01 de 2005, para aquellas pensiones que fuesen otorgadas con posterioridad a la vigencia de dicha modificación constitucional.

5. Sentencia de primera instancia (fls. 171-179, C.1).

Mediante decisión adoptada el 19 de marzo de 2019, el *a quo* negó las pretensiones de la demandante al señalar en síntesis que, mediante pronunciamientos del 22 de noviembre de 2007 y 10 de septiembre de 2009 del Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, No. interno 1857, se aclaró que con el Acto Legislativo 01 de 2005 desapareció el derecho a la mesada adicional de mitad de año para aquellas pensiones adquiridas con posterioridad a la vigencia del referido acto; encontrándose exceptuados únicamente a quienes causen su derecho pensional a partir del 25 de julio de 2005 para mesadas inferiores a 3 S.M.L.M.V., empero sin excepción a partir del 31 de julio de 2011.

Así las cosas, al observar que la accionante causó su derecho pensional en el año 2014 e incluso que su mesada es superior a 3 S.M.L.M.V., concluyó el *a quo* que aquella no cuenta

con derecho al pago de la mesada adicional que reclama, disponiendo por ende, la negativa de las pretensiones incoadas y la imposición de costas a cargo de la accionante.

6. Recurso de apelación (fls. 104-116, cdo. 1)

La accionante recurrió la sentencia señalando que, el *a quo* negó las pretensiones bajo la premisa de que el derecho a devengar la mesada adicional de mitad de año desapareció con la expedición del acto legislativo 01 de 2005, empero, insiste en que dicho acto legislativo dio tal suerte únicamente a la mesada adicional creada por la Ley 100 de 1993, sin que pueda concluirse lo mismo respecto de la mesada adicional aquí reclamada, esto es, la otorgada por la Ley 91 de 1989, aunado a que la referida modificación constitucional acepta la existencia de un régimen pensional exceptuado como es el del personal docente vinculado con anterioridad a la Ley 812 de 2003.

7. Alegatos de conclusión

La **accionante** (fls. 13 a 15, cdo. 2) reiteró la posición planteada desde la demanda señalando que, si bien la Ley 238 de 1994 amplió el derecho a recibir la mesada adicional de mitad de año a algunos regímenes especiales exceptuados, la sentencia C-409 de 1994 aclaró que esto no significó una modificación de dichos regímenes, por lo que, concluye la parte que, si el derecho a devengar la mesada adicional reclamada venía incluso desde antes de la Ley 100 de 1993, no puede entenderse que el acto legislativo 01 de 2005 haya eliminado tal derecho.

Finalmente advierte que, de conformidad con la sentencia de unificación del Consejo de Estado, 014 del 25 de abril de 2019, No. interno 0935-2017, se aclaró que el sector docente tiene derecho a *“una prima de medio año equivalente a una mesada pensional”*.

La **Nación – Ministerio de Educación** (fls. 7 a 9, cdo. 2) señaló que el acto legislativo 01 de 2005 nació de la necesidad planteada por el ejecutivo de propender por la *“Sostenibilidad del sistema pensional”*, por lo cual una de las medidas adoptadas en dicha modificación constitucional fue la de prohibir en todo caso -supeditado a las excepciones expresamente allí planteadas- la percepción de más de 13 mesadas pensionales de forma anual, lo cual no puede ser mezclado o interpretado con base a lo referente a la modificación u eliminación de regímenes pensionales, pues tal prohibición de recibir mas de 13 mesadas no atañe al tipo de régimen pensional sino a la fecha de causación del derecho pensional, -siendo este tema temporal precisamente el que fue objeto de debate legislativo- indistintamente, reitera, del régimen aplicable (exceptuado o no).

El **departamento de Caldas** y el **Ministerio Público** no emitieron pronunciamiento.

II. Consideraciones

1. Problema jurídico

Al analizar la sentencia de instancia y el escrito de impugnación, el asunto jurídico a resolver se centra en dilucidar: *¿Cuenta la accionante con derecho a la percepción de la mesada pensional adicional o prima de mitad de año equivalente a una mesada pensional?*

Para resolver lo anterior, se analizarán: i) las situaciones jurídicamente relevantes acreditadas; ii) el Acto legislativo 01 de 2005 en lo referente a la prohibición de devengar mas de 13 mesadas pensionales y iii) su aplicación en el caso concreto según los criterios de tipo de pensión devengada -régimen docente- y temporalidad de su causación.

2. Situaciones jurídicamente relevantes probadas

- Según Decreto 0832 expedido por el departamento de Caldas la demandante fue vinculada como docente el 9 de septiembre de 1981, tomando posesión del cargo el 23 de septiembre siguiente, según actas de posesión 0352 de 1981 (fls. 16-17, cdo. 1).
- La accionante causó su derecho pensional por haber servido al ramo docente, según se afirma en el acto de reconocimiento -y sin que sea objeto de discusión alguna- a partir del día 20 de enero de 2014 (fls. 19-20, cdo. 1).
- La entidad demandada, negó a la demandante el reconocimiento y pago de la mesada adicional de mitad de año según Resolución 5332-6 de julio 14 de 2017 (fl. 29, cdo. 1).

3. Acto Legislativo 01 de 2005, prohibición expresa mesadas adicionales.

El Acto Legislativo 01 de 2005 fue planteado como necesario para la sostenibilidad del sistema pensional que en su momento contemplaba múltiples beneficios de tal naturaleza, basados en la existencia de números regímenes pensionales. Así las cosas, dicho acto legislativo buscó unificar los sistemas pensionales, empero de igual forma implementó algunas prohibiciones expresas tales como: monto máximo pensional, pactos particulares de beneficios o requisitos inferiores a los generales, y para lo que atañe a este asunto, prohibición de devengar mas de 13 mesadas pensionales.

En tal sentido, el Acto Legislativo modificó el artículo 48 constitucional para señalar:

“Artículo 48. La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.

...

El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas.

...

En materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos.

...

Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aún cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento.

...

PARÁGRAFO 1o. *A partir del 31 de julio de 2010, no podrán causarse pensiones superiores a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, con cargo a recursos de naturaleza pública.*

PARÁGRAFO 2o. *A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico alguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del Sistema General de Pensiones.*

...

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.*

...

PARÁGRAFO TRANSITORIO 6o. *Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8o. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año.* (Se resalta)

Así, en términos generales se dispone la unificación de regímenes pensionales exceptuando el caso del presidente de la Republica, la fuerza pública, las actividades de alto riesgo y los docentes vinculados antes de la expedición de la Ley 812 de 2003, pero a su vez, se establece unas prohibiciones expresas, entre ellas, la referente a la percepción de mas de 13 mesadas pensionales.

Frente a este aspecto y atendiendo a la misma disposición del acto legislativo que implica el respeto de los derechos adquiridos, se señala que la prohibición de percibir mas de 13 mesadas pensiones al año, debe aplicarse en atención a un criterio temporal, esto es, que dicha prohibición atañe a quienes causaran el derecho pensional con posterioridad de la vigencia del acto administrativos (caso general) o a quienes causaran su derecho pensional -en cuantía inferior a 3 S.M.L.M.V.- con posterioridad al 31 de julio de 2011.

Ahora bien, la parte actora fundamenta su recurso de alzada (TÉCNICAMENTE ESTE TÉRMINO SE UTILIZA PARA EL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA) en consideraciones referentes a que el derecho a la mesada adicional que se reclama deriva del régimen docente establecido por la Ley 91 de 1989, esto es, en términos del Acto Legislativo 01 de 2005, el régimen aplicable a los docentes vinculados con anterioridad a la Ley 812 de 2003, razón por la cual si dicho régimen pensional se mantuvo, igual suerte se plantea frente a la mesada adicional que allí se establecida.

La posición planteada por la parte actora combina dos situaciones que de forma independiente y no excluyente fueron definidas por el Acto Legislativo 01 de 2005, lo cual

no se comparte por esta Sala, pues el hecho de que este haya manifestado que el régimen aplicable a los docentes vinculados con anterioridad a la Ley 812 de 2003 sería el establecido por la Ley 91 de 1989, no implica que dicho régimen este al margen de las prohibiciones expresas que quedaron contenidas en el artículo 48 constitucional, esto es, el monto máximo pensional, la prohibición de pactos colectivos con menores requisitos, y, en específico para el caso que aquí se estudia, la prohibición de devengar mas de 13 mesadas pensionales de forma anual.

En tal sentido, el argumento planteado por la recurrente sobre una diferencia sustancial entre *“la prima de mitad de año equivalente a una mesada pensional”* establecida por la Ley 91 de 1989 y la denominada *“mesada adicional de mitad de año”* creada por la Ley 100 de 1993, no tiene relevancia frente a los ojos de la prohibición establecida por el inciso 8° del Acto Legislativo 01 de 2005, que estableció la prohibición de devengar mas de 13 mesadas pensionales al año, sin efectuar ningún tipo de excepción o salvedad en lo que respecta al fundamento legal de las mesadas adicionales.

Ademas, contrario a lo señalado por el recurrente el H. Consejo de Estado en su sentencia de unificación 014 del 25 de abril de 2019, No. interno 0935-2017, no sentó un criterio de interpretación referente a que el sector docente tiene derecho a *“una prima de medio año equivalente a una mesada pensional”* en forma específica, pues dicho proveído abordó un asunto diferente, esto, estableciendo criterios de interpretación sobre los factores de liquidación pensional que deben ser tenidos en cuenta.

Cabe advertir que, la cita efectuada por la accionante en la cual dicho proveído menciona que *“... 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. «...»”* (Se subraya), no es más que una afirmación en términos generales y no plantea criterio de interpretación específica en asuntos como el aquí debatido, esto es, en casos de causación del derecho pensional con posterioridad a la prohibición establecida por el Acto Legislativo 01 de 2005 a percibir más de 13 mesadas pensionales al año.

Así las cosas, se observa que la demandante causó su derecho pensional por haber servido al ramo docente, según se afirma en el acto de reconocimiento a partir del 20 de enero de 2014, data para la cual sin excepción había proscrito la posibilidad de causar pensiones que devengaran más de 13 mesadas pensionales al año, se reitera, por expresa prohibición constitucional en tal sentido.

Por lo anterior, fue acertada la decisión adoptada por el *a quo* al negar las pretensiones de la demanda, por lo que se dispondrá su confirmación.

4. Costas de segunda instancia

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, y atendiendo a la remisión

normativa señalada por el canon 306 *ibidem* en concordancia con los numerales 1 y 3 del artículo 365 del CGP, y atendiendo a un criterio objetivo valorativo en su imposición, se condenará en costas en esta instancia a la parte accionante, por haberse resuelto desfavorablemente el recurso de apelación interpuesto y por haberse confirmado la providencia recurrida. Se fijarán agencias por la suma de Trescientos Cincuenta Mil Pesos (\$ 350.000) al haberse constatado la actuación del apoderado judicial de La Nación – Ministerio de Educación en esta etapa.

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

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

FALLA

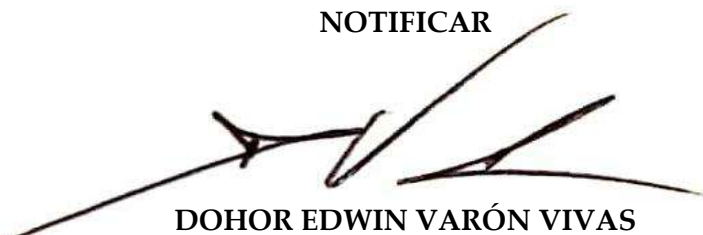
PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia proferida el 19 de marzo de 2019 por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, que accedió a las pretensiones de la demanda en el proceso instaurado por María Judith Henao Rincón en contra de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

SEGUNDO: CONDÉNASE en costas a la parte recurrente y a favor de la Nación – Ministerio de Educación. Se fija como agencias en derecho la suma de trescientos cincuenta mil pesos (\$350.000).

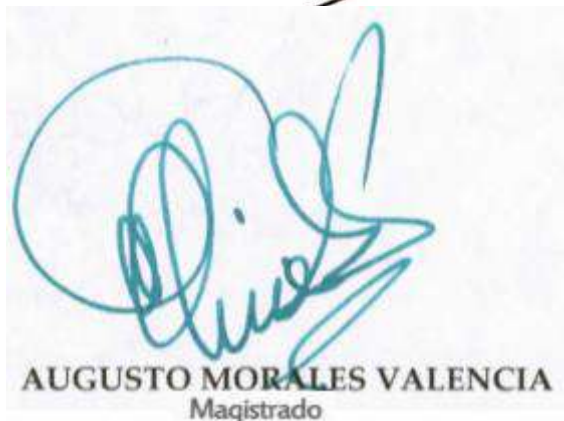
TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa “Justicia Siglo XXI”.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 031 de 2020.

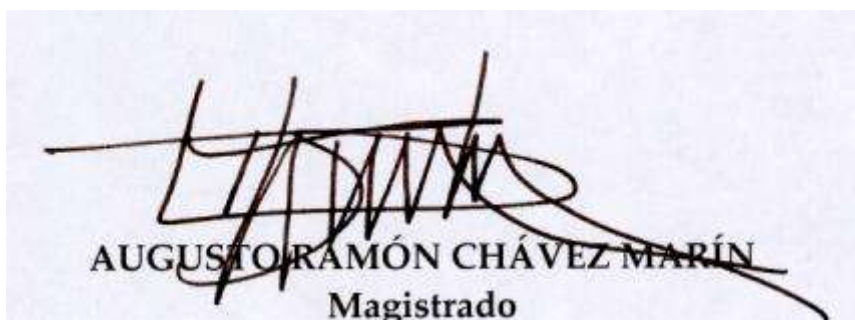
NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

SALA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Sentencia No. 252

Manizales, treinta y uno (31) de julio de dos mil diecinueve (2019).

Radicado: 17-001-23-33-004-2013-00283-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Carlos Emilio Cardonaiosópez
Demandados: Municipio de Salamina
Departamento de Caldas

El Tribunal Administrativo de Caldas, emite fallo con ocasión del recurso apelación impetrado por la parte demandante contra la sentencia que denegó sus pretensiones.

I. Antecedentes

1. La demanda¹

1.1. Pretensiones

El demandante deprecó la nulidad de la Resolución 339 del 12 de octubre de 2011, expedida por el municipio de Salamina, por medio de la cual ordenó la evacuación de un bien inmueble por amenaza de ruina; así como de la Resolución 6764 del 5 de diciembre de 2012 por medio de la cual el departamento de Caldas confirmó la referida decisión.

Por lo anterior solicita que, se revoque o suspenda la orden de desalojo emitida por el ente municipal demandado y se ordene el pago de los perjuicios generados por los ingresos dejados de percibir ante el desalojó que se dispuso del inmueble en el cual funcionaba un establecimiento comercial de su propiedad².

1.2. Hechos

Se relata que, el demandante funge como arrendatario del bien inmueble con ficha catastral No. 01-00-00-53-0004-000 ubicado en la carrera 6 # 7-25 del municipio de Salamina, inmueble que se encuentra destinado al funcionamiento del establecimiento comercial "Hotel Rotary".

¹ Folios 2 a 17, cuaderno 1.

² Estimados en la suma de \$ 51.800.000.

Que mediante Resolución 006 del 19 de marzo de 2011 la Secretaría de Planeación municipal concedió licencia de adecuación del referido inmueble -ampliación de altura, carpintería de madera en puertas, ventanas y balcones-; lo anterior, según solicitud efectuada por su arrendador y propietario la cual fue soportada en concepto del ingeniero civil Pablo Alejandro Giraldo Jiménez en el que se manifestó que el inmueble cumple con los requisitos de estabilidad.

Que pese a lo anterior, el 6 de julio de 2011 el comandante del Cuerpo de Bomberos Voluntarios de Salamina expidió una constancia en la cual se informó que según visita realizada el 10 de mayo de 2011, se pudo comprobar que el referido inmueble se encontraba en estado de ruina por lo que se hace necesaria su evacuación, documento que fue teniendo en cuenta por la administración municipal y departamental para emitir los actos demandados por medio de los cuales se dispuso el desalojo del inmueble en que funcionaba el establecimiento "Hotel Rotary"; que se notificó orden de desalojo al aquí demandante el 15 de marzo de 2013.

Que, en dicho inmueble funcionaba otro establecimiento de comercio "Apuestas Susuerte S.A." el cual no fue objeto de desalojo alguno, a pesar de que, itera, funcionaba en la misma estructura que el "Hotel Rotary".

Que los ingresos netos mensuales que percibía el demandante por el funcionamiento del establecimiento comercial "Hotel Rotary" ascendían a \$ 1.200.000.

1.3. Normas violadas y concepto de la violación

La parte actora invocó como normas vulneradas el artículo 29 de la Constitución Política y los artículos 3 y 6 de la Ley 1437 de 2011.

Arguye que, los actos demandados adolecen de falsa motivación en tanto, los documentos "técnicos" en que se soporta la decisión fueron expedidos por funcionarios de la administración municipal que no cuentan con la experticia profesional para rendir concepto sobre el estado estructural de un inmueble, funcionarios tales como el comandante del Cuerpo de Bomberos Voluntarios y el secretario de planeación municipal quienes no tienen los estudios técnicos o profesionales para rendir tales consideraciones.

Que la propia administración municipal confirió una licencia de adecuación del bien inmueble objeto de controversia aceptando que el mismo solo sería objeto de unas adecuaciones menores -ampliación de altura, carpintería de madera en puertas, ventanas y balcones-; sin embargo "extrañamente" aparece un informe técnico de una visita del cuerpo de bomberos que nunca fue notificada al demandante y de la cual resulta imposible no haberse enterado por ser el tenedor de dicho inmueble, informe que resalta un estado inminente de ruina, pero aun así, fue expedido más de dos meses después de la supuesta visita.

2. Contestación de la demanda³

El **municipio de Salamina** se opuso a las pretensiones de la demanda, sostuvo que, si bien es cierto lo relatado sobre la expedición de una licencia de adecuación del inmueble con base al concepto de ingeniería civil aportado por su propietario, dicho concepto únicamente hacía referencia a la “fachada” del inmueble y no a su estado estructural. Estructura que una vez verificada por funcionarios de la administración municipal fue advertida en estado de ruina y la consecuente situación de riesgo para sus ocupantes y demás transeúntes de la zona. En tal sentido, el haber expedido una licencia de adecuación, en nada impedía que se comprobara el estado estructural del inmueble, como se hizo, adoptando las medidas necesarias para proteger los derechos individuales y colectivos pertinentes.

Con respecto a la pretensión económica del actor señaló que, no se aportó prueba idónea de los supuestos ingresos percibidos por el establecimiento de comercio que allí funcionaba, aunado a que se pretende la indemnización de unos ingresos derivados de la explotación de un bien en estado de ruina, lo cual resulta inaceptable.

Que no puede pretenderse por la parte actora probar los supuestos ingresos que devengaba con base a la comparación de otros establecimientos de la misma rama comercial, pues el “Hotel Rotary” no puede ser equiparado a los demás hoteles del municipio, los cuales cuentan con una infraestructura idónea y mayor capacidad.

El **departamento de Caldas** no dio contestación a la demanda.

3. Sentencia de primera instancia⁴

Mediante decisión adoptada el 08 de abril de 2019, el *a quo* negó las pretensiones de la demanda. Señaló que el ente territorial contaba con la competencia para emitir las órdenes dadas en los actos administrativos demandados, de conformidad con lo dispuesto en el Código Nacional de Policía sobre la potestad de los alcaldes municipales para imponer la demolición y construcción a inmuebles en estado que amenacen ruina o se encuentren en mal estado de conservación; facultades que igualmente son ratificadas por la Ley 1523 de 2012 para la Gestión del Riesgo de Desastres a nivel territorial.

Que de conformidad con los postulados de la Ley 1575 de 2012 los cuerpos de bombero cuentan con funciones de asesoría y apoyo a los entes municipales y a los comités locales de gestión del riesgo, por lo que no se advierte que, el concepto rendido por el cuerpo de bomberos de Salamina no pudiese ser soporte para la decisión de desalojo.

³ Folios 164-171, cuaderno 1.

⁴ Folios 421a 431, cuaderno 1.

Agrega que, no se arribó prueba suficiente que desvirtuara lo contenido en los actos administrativos demandados, esto es, el estado de ruina en que se encontraba el inmueble en que funcionaba el establecimiento comercial. Destaca que el dictamen pericial que fue practicado dentro del presente medio de control concluyó el estado de amenaza en que se encontraba dicho bien antes de las reparaciones, que fueron efectuadas con posterioridad a la orden de desalojo, así como la necesidad de las obras dispuestas para su reparación.

4. Recurso de apelación⁵

La parte actora recurrió la sentencia de instancia, arguyendo que el a *quo* no valoró en forma minuciosa las pruebas aportadas al proceso, pues de ser así hubiese advertido que los actos demandados fueron expedidos con miras a favorecer al dueño del bien cuyo desalojo se ordenó, ya que desde el 2003 aquel inició una serie de maniobras con miras a que el aquí demandante entregara el inmueble donde funcionaba el Hotel Rotary *“sin ocultar su ambición porque observó el buen desempeño de esta actividad económica”*.

Igualmente señala que el propietario del bien acosó al arrendatario *“mermándole habitaciones”* y acrecentándole el valor de los servicios públicos haciéndole pagar inclusive el del local de Susuerte y otro local comercial e incrementado el valor del arrendamiento en más de un 20%.

Que el estado de ruina en que se fundaron los actos demandados para disponer el desalojo, desconoció la propia licencia de adecuación que fue otorgada al dueño del bien y que se soportaba en el concepto del ingeniero Pablo Alejandro Giraldo.

Que el dictamen pericial rendido por el auxiliar de a justicia designado en el proceso resultó improvisado, pues manifiesta que por la estructura de bareque y el estado del mismo en el momento de elaboración del dictamen debía ser objeto de las obras dispuestas para su reparación; desconociendo que el bahareque es un método de construcción usual en la región y que las supuestas grietas o afectaciones que el inmueble tenía se ocasionaron por la remodelación que antes del desalojo se venía efectuando en los locales inferiores por parte del propietario, sin los permisos legales pertinentes. Situaciones por las que reitera que, los actos administrativos vulneraron sus derechos como arrendatario.

Finalmente señala que, con el dictamen del contador Hugo Candamil se acreditaron los ingresos que podrían ser percibidos por un hotel en el municipio de Salamina.

II.- Consideraciones

1. Alcance del recurso de apelación

⁵ Folios 435 a 437, cuaderno 1.

El recurso de apelación propuesto se fundamenta en dos postulados: *(i)* La falta de competencia y la falsa motivación, al considerar que el municipio de Salamina no contaba con las competencias, ni las pruebas para concluir la existencia de un estado de ruina o amenaza respecto del inmueble frente al cual ordenó su desalojó y reparación; y *(ii)* la existencia de una desviación de poder en la emisión de los actos demandados al señalar que estos fueron expedidos con la única finalidad de favorecer al propietario del inmueble objeto de controversia, quien había efectuado múltiples “maniobras” para lograr la entrega del mismo por parte del arrendatario, siendo los actos acusados uno más de los mecanismos usados para tal fin.

Frente al segundo de los referidos cargos de apelación resulta necesario señalar que, tales argumentos o consideraciones no fueron planteados por la parte actora en la etapa pertinente, esto es, en el escrito de demanda; lo cual dio como resultado que, no fueran objeto de controversia y resolución por el *a quo*.

Al respecto, es postura pacífica de esta jurisdicción que, el estudio por parte del fallador de segunda instancia de argumentos nuevos que no fueron propuestos por las partes ante el *a quo*, se torna en una vulneración al derecho al debido proceso y más exactamente al principio de congruencia que debe ser respetado por los fallos judiciales. En tal sentido, el H. Consejo de Estado señaló⁶:

“El principio de la doble instancia, elevado a canon constitucional en el artículo 31 de la Carta Política, prevé que toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley; esta garantía del derecho de impugnación, como posibilidad de controvertir una decisión judicial, exige la presencia jerárquica del superior, quien participa como autoridad independiente, imparcial y de distinta categoría en la revisión de una actuación previa.

En suma, el principio de la doble instancia encierra una de las más caras garantías establecidas en la Carta Política, por ello, es deber del Juez, salvo las excepciones expresamente consignadas por el legislador, procurar su realización y plena efectividad como garantía de los derechos de impugnación y de contradicción que subyacen del mismo.

No obstante, el acceso a dicho derecho no opera de manera deliberada; por ello, el legislador ha establecido algunos requisitos de oportunidad y procedencia para su efectividad, que deben ser satisfechos a cabalidad so pena del fracaso del recurso de apelación, requisitos que dentro del procedimiento contencioso administrativo quedaron consignados dentro de los artículos 181 y 212 del Decreto 01 de 1984, modificado por la Ley 1395 de 2010. El primero, prevé que serán apelables las sentencias de primera instancia; el segundo establece, el trámite bajo el cual ha de surtirse la apelación señalando el término para la sustentación.

De otra parte, la normatividad procesal precisa los fines y el alcance de la apelación, como también el interés para interponerla, al precisar en el inciso 1º del artículo 350 del C.P.C.,

⁶ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, 5 de junio de 2014, radicación No. 25000-23-25-000-2012-00762-01(0623-13), C.P: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

aplicable al procedimiento contencioso administrativo por remisión del artículo 267 del Decreto 01 de 1984, que el recurso de apelación "... tiene por objeto que el superior estudie la cuestión decidida en la providencia de primer grado y la revoque o la reforme...".

Una lectura sistemática de las anteriores normas lleva a concluir que al sustentar la apelación, el recurrente debe señalar al ad quem las inconformidades frente a la decisión del a quo para que el superior revise los posibles errores en que haya incurrido la primera instancia.

Ahora bien, una de las garantías del debido proceso consiste en el límite que tiene la judicatura de no introducir sorpresivamente alegaciones o cuestiones de hecho, de manera que las partes no hayan podido ejercer su plena y oportuna defensa; por ello, la conformidad entre la sentencia y la demanda en cuanto a las personas, el objeto y la causa, es ineludible exigencia de cumplimiento de principios sustanciales del juicio relativos a la igualdad, bilateralidad y equilibrio procesal, toda vez que la litis fija los límites de los poderes del juez. Cuando se supera este marco de operatividad se produce el quebrantamiento del principio de congruencia.

Sabido es, que el principio de congruencia de la sentencia debe ser respetado por los jueces, pues estos tienen que fallar según lo pedido y de acuerdo con lo probado. Argumento que se justifica en virtud de la conexidad existente entre el debido proceso, manifestado particularmente en el derecho de contradicción, y el ceñimiento de las decisiones judiciales a lo pedido y probado dentro del mismo. De esta manera no se toma por asalto a ninguna de las partes.

Partiendo de las anteriores premisas, es evidente que el recurso de apelación formulado por el apoderado de la entidad incluye entre sus explicaciones que en el presente caso no se agotó el requisito de procedibilidad de la acción como lo es la conciliación extrajudicial para el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, razón por la que el a quo debió rechazar de plano la demanda.

Al respecto debe señalarse que este no se trata en realidad de un verdadero argumento de disenso frente a la sentencia de primera instancia. Al contrario, se trata de una nueva manifestación sobre la que no versó la controversia analizada por el Tribunal. Ni tampoco, contiene un auténtico disenso de la parte apelante frente a la decisión tomada por el a quo para dar solución a la controversia.

Así al ser introducido sorpresivamente en el recurso, no corresponde a la Sala referirse al mismo, pues entraría a desconocer el equilibrio entre las partes que debe imperar así como el derecho a la defensa de la entidad demandada. (Subrayado y negrillas son de la Sala).

Así las cosas, no se adentrará en el estudio del ya referido cargo de apelación, pues la alegada desviación de poder no fue una consideración propuesta al momento de entrar a la presente litis, sino que fue una nueva manifestación sorpresivamente introducida en indebida oportunidad.

Corolario, se descenderá al análisis de los cargos de apelación que sí se presentan como verdaderos argumentos de disenso frente a la sentencia de primera instancia, esto es, el referente a la falta de competencia y la falsa motivación, destacando que no se presenta controversia frente al desarrollo del proceso que dio lugar a la expedición de los actos administrativos.

2. Problema jurídico

Vista la sentencia de primera instancia y el recurso de apelación interpuesto por la parte actora y aclarado el tópico anterior, se debe resolver: *¿Los actos administrativos demandados se expidieron si competencia o falsa motivación?*

Para resolver el anterior planteamiento la Sala analizará: (i) La competencia del municipio de Salamina para ordenar el desalojo y reparación del inmueble objeto de controversia y (ii) La falsa motivación de los actos administrativos demandados.

3. Competencia para ordenar el desalojo y reparación de inmuebles

La Ley 1355 de 1970 que estableció el Código de Policía y Convivencia, vigente para la época en que se adelantó el procedimiento administrativo objeto de discusión señalaba la facultad de los alcaldes para imponer órdenes de demolición o de construcción a los propietarios de bienes inmuebles que se encuentren estado de amenaza de ruina y que puedan poner en peligro a sus habitantes o a la colectividad en general, así:

“ARTICULO 216. Los Alcaldes o quienes hagan sus veces impondrán demolición de obra:

1. Al dueño de edificación de edificación o construcción que amenace ruina, siempre que esté de por medio la seguridad y la tranquilidad públicas. ...”

“ARTICULO 217. Los Alcaldes o quienes hagan sus veces impondrán construcción de obra:

1. Al que mantenga los muros de su antejardín o los frentes de su casa o edificio en mal estado de conservación o de presentación; ...”

Por su parte la Ordenanza 468 de 2002 que fijó el reglamento de policía y convivencia ciudadana del departamento de Caldas⁷ al respecto dispuso:

“Artículo 71. Construcción que amenace ruina. En los municipios donde no exista Código de Construcciones, los alcaldes o quienes hagan sus veces, impondrán demolición

⁷ Código de régimen departamental.

de la obra al dueño de la edificación o construcción que amenace ruina, siempre que esté de por medio la seguridad y la tranquilidad pública.”

El Decreto 1469 de 2010, *Por el cual se reglamentan las disposiciones relativas a las licencias urbanísticas; al reconocimiento de edificaciones; a la función pública que desempeñan los curadores urbanos y se expiden otras disposiciones;* señala como competencia propia de los alcaldes o sus agentes, declarar de oficio a petición de parte el estado de ruina que puedan presentar los inmuebles de su jurisdicción, así:

“Artículo 8°. Estado de ruina. Sin perjuicio de las normas de policía y de las especiales que regulen los inmuebles y sectores declarados como bienes de interés cultural, cuando una edificación o parte de ella se encuentre en estado ruinoso y atente contra la seguridad de la comunidad, el alcalde o por conducto de sus agentes, de oficio o a petición de parte, declarará el estado de ruina de la edificación y ordenará su demolición parcial o total...”.

En línea con la normativa previamente señalada se concluye que, el municipio de Salamina contaba con la competencia legal para disponer la evacuación de inmuebles por amenaza de ruina y requerir la realización de obras de reparación necesarias para evitar posibles afectaciones a los residentes y vecinos de la edificación.

4. Falsa motivación

Los actos administrativos demandados se encuentran sustentados en los conceptos emitidos por el jefe del cuerpo de bomberos, por el secretario de planeación del municipio de Salamina y en la recomendación efectuada en tal sentido por el Comité Local de Emergencias, respecto al estado de la edificación objeto de controversia.

La parte actora arguye que, los conceptos rendidos por dichos organismos no cuentan con la pertinencia técnica o profesional para determinar el estado de ruina o amenaza que se endilgó al inmueble, aunado a que previo a dichos conceptos, se había otorgado una licencia de intervención de dicha edificación con base a un concepto técnico en sentido contrario.

Frente a lo anterior, debe precisarse que, la parte actora contaba con la carga de la prueba de los hechos que alegó como causal de nulidad de los actos acusados, esto es, la acreditación de que el inmueble objeto del trámite administrativo adelantado por el municipio de Salamina se encontraba en adecuado estado estructural.

Esto con fundamento en el artículo 167 del Código General del Proceso – CGP, que establece que cada parte tendrá que acreditar la concurrencia de las circunstancias configuradoras del supuesto de hecho cuyas consecuencias jurídicas invoca en su favor, precepto legal que debe ser aplicado en los procesos que cursan ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo por virtud de lo normado en el

artículo 306 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA.

Así las cosas, si lo que el administrado pretende al incoar el proceso contencioso administrativo es la nulidad de un acto administrativo bajo la egienda de que los hechos en los cuales se fundamentó la Administración han sido incorrectamente calificados por la autoridad, deberá arrimar al proceso judicial las pruebas que así lo acrediten.

La labor probatoria desarrollada por la parte actora, se limitó a la presentación de una copia del informe rendido por el ingeniero civil Conrado López Franco (fls. 33 y 34, cdo. 1) el cual se arribó al plenario sin el cumplimiento de los requisitos necesarios de la prueba pericial establecidos por los artículos 218 y 219 del CPACA, y en cual se señala que, si bien *“los muros confinados muestran dilatación en algunas partes como las esquinas al lado del muro medianero y en paredes internas divisorias presentan dilataciones menores en los tercios de los mismos... ni en la parte de la construcción en concreto reforzado ni en la parte ya construida bahareque-mixta muros confinados se presenta amenaza de colapso de ruina de la edificación”*.

Por su parte, la entidad demandada solicitó en la contestación a la demanda el decreto de prueba pericial con el fin de que se rindiera informe sobre las condiciones del inmueble que conllevaron a la expedición de los actos administrativos, experticia en la cual el auxiliar de la justicia designado señaló que, se constató el estado actual -marzo de 2017- del inmueble, e igualmente *“dado que los hechos a los que se hace alusión sucedieron en el año 2011, se toma también como base un registro fotográfico existente de la vivienda”, advirtiendo que en el inmueble se están adelantado obras civiles tales como, construcción de muros en mampostería y construcción de columnas en concreto reforzado, entre otras; concluyendo que “la decisión del desalojo por amenaza de ruina fue válida”*. (fls. 1-18, cdo. 3).

De los elementos referidos lo que se acredita es que, existían afectaciones en el inmueble, las cuales conllevaron a la adopción de medidas por parte de la administración municipal y que dichas órdenes cumplieron con la finalidad perseguida, esto es, la intervención de la edificación, pues con posterioridad a la orden de evacuación, viene siendo objeto de obras civiles para su reforzamiento estructural.

Ahora, en cuanto a la supuesta contradicción alegada por la parte actora, entre los conceptos rendidos para la solicitud de la licencia de construcción que fue otorgada con anterioridad a la declaratoria de amenaza de ruina del inmueble, debe precisarse que, no se existe fundamento legal que permita afirmar que la existencia de un concepto técnico previo, impedía a la administración municipal ejercer las competencias de vigilancia y de control de seguridad sobre el referido inmueble.

Además, no se evidencia contradicción alguna, pues los actos administrativos objeto de reproche señalaron que el estado de amenaza que se advertía, devenía de la ejecución de las obras autorizadas previamente en la parte *“inferior”* de la edificación.

En efecto en la demandada Resolución 339 del 12 de octubre de 2011 (fls. 37-38, cdo. 1), se indicó:

“Que el secretario de Planeación Municipal; realizo (sic) visita técnica en la fecha julio 27 de 2011 en la que dejo consignando lo siguiente:

...

3. Se prosiguió por un recorrido por el nivel (-1 piso) en el cual se evidencia que se viene desarrollando en el momento una construcción nueva dentro del inmueble y que el hotel viene funcionando aun en medio de dichos trabajos, todo el nivel superior antiguo se viene apoyando mediante cimbras a mas o menos 60 centímetros de las placas o losas de piso nuevas, lo cual denota que la antigua estructura se encuentra sostenida sobre la nueva, puntualmente sin ningún tipo de estudio estructural de cargas laterales y demás esfuerzos que puedan darse con algún movimiento atípico o fenómeno inesperado.

...

Que en la fecha 1 de septiembre de 2011 el Comité Local de Prevención y Atención de Desastres (CLOPAD) puso en conocimiento de todos los presentes a la reunión el caso del inmueble en comento y se concluyó, que como consecuencia de una licencia de construcción otorgada al propietario JORGE ORLEY ZAPATA GONZALES, la antigua estructura de la propiedad en la cual funciona el negocio actualmente descrito sufrió serios daños que ponen en evidente peligro la vida de las personas usuarios de los servicios que allí se prestan...” (Subraya la Sala)

En línea con lo anterior, la existencia de conceptos técnicos anterior a la emisión de los actos demandados y con base a los cuales se otorgó, otrora, una licencia de construcción no se erige como prueba suficiente de la alegada falsa motivación, pues los actos acusados son claros en señalar que, las afectaciones al inmueble son posteriores a tales conceptos y que precisamente se originaron en la realización de las obras adelantadas por el propietario del inmueble en la parte “inferior” de la edificación.

Con fundamento en lo expuesto se concluye que, la parte actora no logró desvirtuar por modo alguno la presunción de legalidad que recae sobre los actos administrativos demandados, pues, se itera, no logró comprobar que el sustento de estos fuese producto de una indebida apreciación sobre las condiciones del inmueble sobre el cual se advirtió su estado de ruina o amenaza.

Por tanto, no prosperan los argumentos expuestos por el apelante por lo que se confirmará la sentencia recurrida.

5. Costas.

Atendiendo al criterio objetivo valorativo que ha sido desarrollado por el H. Consejo de Estado con respecto a la imposición de costas (gastos procesales y agencias en derecho), no se condenará en costas de segunda instancia advirtiendo que no se encuentran

acreditadas, toda vez que la parte accionada no incurrió en gastos procesales, ni efectuó actuación en esta instancia.

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

RESUELVE

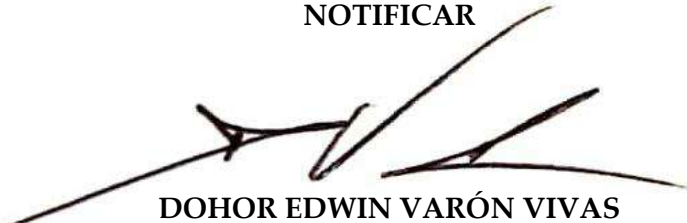
PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo de Manizales el 08 de abril de 2019 dentro del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho promovido por el señor Carlos Emilio Cardona López en contra del municipio de Salamina y el departamento de Caldas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia por lo expuesto en precedencia.

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

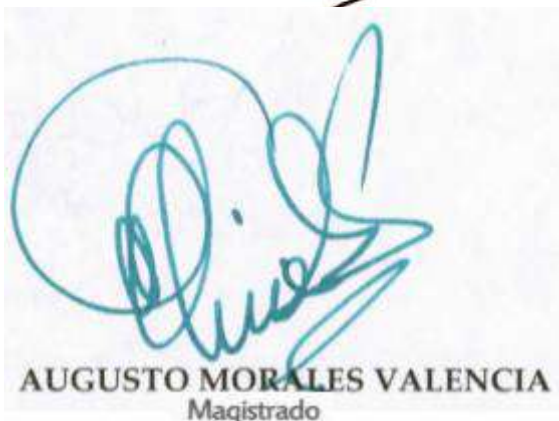
Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 031 de 2020.

NOTIFICAR




DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Manizales, treintauno (31) de julio dos mil veinte (2020)

Radicación	17001-23-33-000-2017-00293-00
Clase:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante:	Importaciones Duque Giraldo S.A.S.
Demandado:	DIAN

Mediante el presente escrito, se da **respuesta a la petición** allegada a la Secretaría de este Tribunal, y pasada a despacho en fecha de 3 de febrero de 2020, mediante la cual el apoderado judicial de la parte demandante dentro del proceso de la referencia solicita la expedición de copias de la contestación de la demanda presentada por la DIAN.

No obstante, observa el Despacho que, con arreglo al numeral 1º del artículo 114 del Código General del Proceso, en armonía con el artículo 306 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, no ha debido pasar al Despacho la solicitud de copias, sino que ha debido ser resuelta directamente por el secretario de la Corporación, como asunto propio de su competencia. No obstante, atendiendo el principio de economía y celeridad, se enviará al correo electrónico suministrado en las direcciones para notificaciones de la demanda, la respuesta de la demandada aportada por la DIAN, la cual reposa entre folios 544y 564 del cuaderno principal.

El archivo que se envía, está en formato PDF y consta de 42 imágenes que conforman la totalidad de la respuesta de la demanda allegada por la DIAN, dentro del proceso referido.

Por lo anterior, por la Secretaría de esta Corporación, envíese la respuesta al peticionario, al correo electrónico señalado en la demanda presentada, siendo éste jfer48@gmail.com

Cúmplase

Jairo Ángel Gómez Peña
Magistrado