

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, veinte (20) de agosto de dos mil veinte (2020).

RADICADO	17-001-33-33-003-2014-00001-02
MEDIO DE CONTROL	REPARACIÓN DIRECTA
ACCIONANTE	MARICELA PATIÑO ISAZA Y OTROS
ACCIONADOS	ASSBASALUD E.S.E
LLAMADAS EN GARANTÍA	SEGUROS DEL ESTADO, LAURA GÓMEZ GONZÁLEZ Y EPS SALUD CÓNDOR SA

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 Quinto Administrativo del Circuito de Manizales el día 21 de junio de 2019 dentro del proceso de la referencia.

PRETENSIONES

1. Que se declare que Assbasalud ESE es administrativamente responsable de los perjuicios materiales y morales, lesiones corporales, daño a la vida de relación causados a Maricela Patiño Isaza, a sus hijas menores María Fernanda, Nicol Dahiana, Yenifer Tatiana y Daniela Alexandra Salazar Patiño, y a su señora madre María Dora Isaza de Patiño, por las fallas en el servicio y en la atención médica prestada a la señora Maricela Patiño Isaza que le produjo unas gravísimas lesiones en su cuerpo y daños irreparables, generados con un irregular procedimiento (legrado), que incluso la tuvo al borde la muerte.

Que como consecuencia de lo anterior se hagan las siguientes o similares condenas:

1. Que se pague a los actores, o a quienes representen sus derechos al momento del fallo, las siguientes cantidades de dinero:

- Se reconozca por perjuicios morales para la señora Maricela Patiño Isaza el equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Para las demás demandantes el equivalente a 60 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

- Se reconozca por perjuicios por daño a la vida de relación para la señora Maricela Patiño Isaza el equivalente a 150 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Para las demás demandante el equivalente a 60 salarios mínimos legales mensuales vigentes.
- Se reconozca por perjuicios a la alteración a las condiciones de existencia para la señora Maricela Patiño Isaza el equivalente a 150 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Para las demás demandantes el equivalente a 60 salarios mínimos legales mensuales vigentes.
- Se reconozca por perjuicios por daño corporal para la señora Maricela Patiño Isaza el equivalente a 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes.
- Por daño punitivo para la señora Maricela Patiño Isaza el equivalente a 150 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Para las demás demandantes el equivalente a 60 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

2. Se considerará que las sumas de dinero reconocidas en la sentencia se deben a partir de la ocurrencia del daño antijurídico, razón por la cual estas serán actualizadas teniendo en cuenta el poder adquisitivo del peso Colombiano desde el momento del hecho dañoso hasta el momento de la ejecutoria del fallo que así lo determine.

3. Ordenar a la entidad demandada que le dé cumplimiento al fallo en los términos reglamentados por el artículo 176 del CCA, advirtiéndose que cualquier pago parcial que se haga será imputado a intereses.

4. Advertir a la entidad accionada que de no dar cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el artículo 176 del CCA, deberá pagar intereses de mora según el artículo 177 del CCA.

5. Que se decreten y reconozcan los nuevos conceptos de daños, los mayores valores o mayores límites indemnizatorios y las nuevas presunciones que a favor de los demandantes se estipulen por vía legal o jurisprudencial con posterioridad a la presentación de la demanda.

6. Condenar en costas y agencias en derecho a la entidad demandada.

HECHOS

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

- La señora Maricela Patiño Isaza estuvo afiliada durante el año 2012 a la administradora del régimen subsidiado de salud denominada Salud Cóndor SA; EPS que contrató con Assbasalud la prestación de los servicios para los afiliados.

- El día 2 de abril de 2012, a las 12:40 horas, la señora Maricela Patiño Isaza hizo presencia en uno de los centros de atención pertenecientes a Assbasalud, más exactamente al Centro de Servicios de Salud del Centro (centro piloto), con el fin de ser atendida por unos fuertes dolores estomacales y una abundante hemorragia, siendo objeto de triage a las 12:55 horas, es decir, 15 minutos después de haber llegado.

- Una vez realizado el triage fue sentada en una silla, porque según concepto de una auxiliar de enfermería su caso no era demasiado urgente, y siendo las 14:17 horas, es decir, 1 hora y 22 minutos después, fue valorada por la médica de turno quien la dejó en observación con líquidos intravenosos, para más o menos a las 17:59 horas ordenar su remisión a la Clínica San Cayetano con el fin de continuar con el estudio de su sangrado y además porque se requería una ecografía tras vaginal, misma que en ese horario no podía ser autorizada, según lo expresó. En la nota de remisión se evidencia el estado irregular de la demandante, ya que se encontraba la novedad de un aborto en curso.

- Una vez hospitalizada en la Clínica San Cayetano no se le practicó la ecografía, pese a estar sugerida, y solo se limitaron a darle un manejo analgésico a su dolor despreocupándose del aborto en curso, hasta el punto que solo hasta el día 5 de abril a las 9:53 horas, es decir, 67 horas y 36 minutos después, le fue practicado el legrado.

- Afirmó que el procedimiento estuvo plagado de varias irregularidades. En primer lugar, no se atendió oportunamente la situación para haber salvado el embarazo; en segundo lugar, estas intervenciones son propias de instituciones prestadoras de servicios de mayor nivel de complejidad, siendo Assbasalud una IPS de primer nivel de atención; y, en tercer lugar, el procedimiento fue practicado por una persona que no tenía la experiencia, en tanto estaba cumpliendo el año social obligatorio exigido para los recién egresados de medicina. Fue así como a la demandante en el procedimiento le fue perforado el útero y el intestino grueso, lo que generó un gravísimo estado de peritonitis que la tuvo al borde de perder la vida.

- La demandante fue dada de alta luego del procedimiento, brindándosele por parte del médico las señales de alerta para una reconsulta; horas más tarde, exactamente a las 02:11, la señora Patiño Isaza regresa con un fuerte dolor, siendo atendida 28 minutos después; la paciente al realizarle maniobras de tacto reaccionó tan fuerte al dolor que incluso le produjo

una insuficiencia cardiaca que obligó al galeno a realizar maniobras de reanimación, por lo que debió ser hospitalizada de manera inmediata.

- Después de permanecer 3 días hospitalizadas en la Clínica San Cayetano sin evidenciar mejoría fue remitida al Hospital San Marcos del Municipio de Chinchiná. Caldas, donde después de una serie de exámenes lograron establecer -a juicio de la parte actora- que había sido víctima de una grave lesión provocada por el irregular procedimiento de legrado que describieron como "rafia intestinal-rafia uterina", que consiste en la perforación del útero y del intestino grueso, lo que desencadenó una peritonitis pélvica femenina que obligó a que se le realizara una intervención quirúrgica y un posterior monitoreo que duró 8 días, logrando así salvarle la vida.

- Se aseguró en la demanda que la lesión padecida no solo puso en peligro la vida de la paciente, sino que también anuló, de plano, sus expectativas reproductivas, y arruinó su vida sexual y de pareja por los dolores pre y post operatorios, por lo que, al no poder satisfacer las exigencias íntimas de su esposo la abandonó.

- Sumado a ello, su señora madre debió ausentarse por varios días de su trabajo, debiendo además cubrir gastos de transporte y alimentación no solo en la ciudad de Manizales sino en el Municipio de Chinchiná.

- Hizo alusión a que en este caso se presenta una falla del servicio reflejada en la deficiente prestación del servicio de salud por la demora en la atención, la tardía remisión a un centro asistencial de mayor nivel de complejidad, y el errado procedimiento que le fue realizado no solo por parte de un médico que no era el idóneo sino además en un centro asistencial que tampoco era el adecuado, situaciones que le causaron unos perjuicios no solo de orden económico sino laborales, familiares y conyugales que deben ser resarcidos.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Assbasalud Empresa Social del Estado: Respecto a los hechos adujo que unos eran ciertos y que otros no le constaban, y en relación con las pretensiones se opuso a la prosperidad de las mismas, al considerar que no existían fundamentos fácticos ni jurídicos que conllevaran responsabilidad de la entidad en los hechos.

Como razones de defensa señaló que, a la demandante se le brindaron todas las atenciones acorde con el nivel de complejidad de la IPS, pero desafortunadamente Assbasalud no cuenta con profesionales ni equipos para la realización de ecografías, por lo que la clínica

se encuentra supeditada a las autorizaciones que se den por parte de la EPS-S, en este caso Salud Cándor, para la realización de determinados procedimientos, como en este caso, la ecografía transvaginal.

Que como consta en las notas de la historia clínica se realizaron gestiones para la ubicación de la paciente en una institución de salud que contara con los recursos para la realización de la ecografía transvaginal y la realización del legrado uterino, pero no se logró oportunamente la autorización por parte de la EPS, por lo que la paciente optó por el pago de la ecografía de forma particular.

Que al no obtener la autorización de remisión, sopesando riesgo - beneficio y en aras de evitar complicaciones mayores para la paciente al no poderla ubicar en un centro asistencial de tercer nivel, se tomó la decisión de realizar "**aspirado endouterino**", previa autorización del asegurador Salud Cándor, según consta en la nota del 5 de abril de 2012 a las 7:30 horas. Según las guías y/o protocolos de legrado uterino obstétrico y ginecológico estipulado por Assbasalud para el año 2012, se avala el procedimiento de aspirado endouterino y legrado por el personal médico general capacitado para ello. La guía de Assbasalud permite llevar a cabo este procedimiento, el cual no tuvo complicaciones y como se prueba con el registro en la historia clínica se realizó siguiendo los protocolos, por ello no se acepta la afirmación de que el mismo estuvo plagado de irregularidades.

Aclaró que la paciente ingresó por una hemorragia vaginal pero no se diagnosticó de manera inmediata que había en un aborto en curso, e hizo énfasis en que estas hemorragias pueden tener diferentes causas y orígenes, por ello se requieren ayudas diagnósticas para definir el origen de la misma, y, en consecuencia, los tratamientos más adecuados. Se cuestionó al médico desde un inicio si podría tratarse de un aborto, situación que se determinó luego de realizados los exámenes, los cuales dan como resultado que la paciente presente un aborto incompleto. Este tipo de gestación, de acuerdo a la literatura médica, no tiene posibilidades de recuperar el embarazo pues los daños fetales y ovulares son tales que lo único que se puede es realizar la extracción total de los restos contenidos en el útero, bien sea por aspirado o por legrado, y nuevamente insistió en que los aspirados pueden ser efectuados por un médico general entrenado para ello, pues este procedimiento difiere del legrado uterino, y no fue este el que se le practicó a la accionante.

Manifestó que existe una duda inmensa en relación con la lesión encontrada en la demandante cuando se hizo el hallazgo exploratorio externo del intestino grueso pues se encontró “lesión puntiforme” pequeña, la cual es poco probable o casi imposible que se produzca por un aspirado endocervical con cánula de Karman, según la literatura médica.

Propuso las excepciones de:

- **Inexistencia del nexo causal entre las atenciones en salud prestadas a la señora Maricela Patiño Isaza en el mes de abril de 2012 en las clínicas de Centro Piloto y Obstétrica de San Cayetano donde se le practicó un legrado por aspirado endouterino ante el diagnóstico de aborto incompleto y las lesiones puntiformes evidenciadas en útero e intestino grueso corregidas en el Hospital San Marcos de Chinchiná (Caldas). La presunta falla se atribuye a la entidad demandada Assbasalud ESE por no tener habilitación para practicar el citado procedimiento y haberse realizado por personal no idóneo:** adujo que no aparece con certeza indubitable el nexo causal que permita deducir una responsabilidad por falla en el servicio de Assbasalud, presuntamente atribuible al personal médico al suponer la parte actora que se realizó un procedimiento plagado de errores, en un servicio no habilitado y por personal no idóneo. Enfatizó en que no se determinaron claramente los elementos médico-científicos ni las evidencias médicas que sustenten tales dichos, al contrario, la atención brindada fue oportuna, profesional, evitando riesgos para la paciente, quien no fue ubicada por su asegurador en un nivel superior de atención en salud.

- **Assbasalud ESE no es el responsable de la red de servicios en los diferentes niveles de atención del asegurador – afiliador (Salud Cóndor SA) de la población beneficiaria del régimen subsidiado en salud, para la época de abril de 2012:** resaltó que la entidad no era la responsable del aseguramiento de la población beneficiaria del régimen subsidiado en salud, ya que solo prestan los servicios de urgencias y consulta externa, y remiten a niveles superiores a la población que según diagnóstico lo requiera. Tampoco es la responsable de la red de servicios de los aseguradores en salud y no ordena o interfiere en los niveles superiores de atención o especializados, pues estos son autónomos o independientes y hacen parte de la red en servicios de salud que disponga el asegurador.

Agregó que por disposición legal las EPS-S del régimen subsidiado no pueden trasladar el riesgo de aseguramiento y responsabilidad de la atención en salud de sus afiliados a la IPS prestadora del servicio con las cuales hayan contratado (artículos 14 y 23 de la Ley 1222).

- **Buena fe:** la actuación de los profesionales asistenciales de Assbasalud en la atención médica y el procedimiento realizado a la señora demandante en el mes de abril de 2012 se rigieron por los cánones de la *lex artis*, y el acto médico se ciñó a lo estipulado para el ejercicio de la profesión de la medicina, no existiendo dolo o culpa por acción u omisión que hubiese desencadenado daño o perjuicios.

- **Caducidad de la acción: que la solicita,** siempre y cuando la parte demandante no hubiese cumplido los términos dispuestos en el numeral 8 del artículo 136 del CCA, modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998.

- **Falta de legitimación por pasiva ausencia de responsabilidad – hecho de un tercero: que** Assbasalud en sus clínicas de Centro Piloto y San Cayetano directamente y/o a través de sus empleados asistenciales no causó daño o provocó lesión alguna en la humanidad de la demandante; máxime cuando existe duda en la lesión encontrada en la señora Patiño Isaza pues la misma es poco probable que se produzca por un aspirado endocervical con cánula de Karman.

Finalmente, llamó en garantía a la EPS Salud Cóndor, a la doctora Laura Gómez González y a Seguros del Estado.

LLAMADAS EN GARANTÍA

Salud Cóndor EPS: sobre los hechos señaló que se atenía a lo que resultara probado en el proceso, y en relación con las pretensiones se opuso a la prosperidad de las mismas.

Propuso las excepciones de:

- **Ineptitud sustantiva de la demanda:** indicó que los actos médicos fueron realizados por Assbasalud y en ningún momento se mencionó alguna causa donde se halla evidenciado alguna falta de diligencia en la prestación del servicio o negligencia del personal de la EPS Salud Cóndor, más si se tiene en cuenta que la entidad no es una IPS sino una aseguradora y administradora de riesgos, y que su obligación es de medios y no de resultados.

Tras realizar un recuento normativo que incluyó el Decreto 1485 de 1994 y la Ley 100 de 1993, indicó que una vez la EPS ha contratado con las IPS la prestación de los servicios de

salud a su población afiliada, es claro que la IPS como entidad integrante del sistema de seguridad social tiene funciones y responsabilidad propias e independientes.

Hizo alusión a una defectuosa formulación del *petitum* de la demanda, que a su juicio impide un pronunciamiento de mérito; y la confusa redacción de los hechos que conlleva a una mala interpretación de la historia clínica.

También mencionó una inexistencia de dolo o culpa grave de la entidad, ya que no existe un nexo causal para configurar la responsabilidad en este caso.

Concluyó que ninguna responsabilidad puede atribuírsele por falla del servicio en la atención médica, más cuando la omisión en el servicio de salud se reclama de Assbasalud, entidad dotada de personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa y financiera.

Seguros del Estado: Frente a los hechos de la demanda adujo que no le constaban, y que se oponía a las pretensiones en atención a que a Assbasalud no le cabía responsabilidad alguna por los hechos endilgados.

Frente al llamamiento en garantía manifestó que se presentan causales de exoneración en caso que sea condenado el asegurado, ya que la póliza base del llamamiento está regulada por un articulado donde constan los amparos cubiertos así como las exclusiones respectivas.

Propuso las siguientes excepciones frente a la demanda:

- **Ruptura o interrupción del nexo o de la relación de causalidad entre el hecho dañoso y el resultado dañino e imposibilidad de imputar responsabilidad por existir un eximente de responsabilidad:** hizo énfasis en que está probado, es más confesado por la parte demandante y demandada, que la entidad aseguradora y por lo tanto la que debía autorizar la ecografía y la remisión a un nivel superior era Salud Cóndor; entidad que no actuó de manera diligencia y a tiempo, siendo imposible para Assbasalud hacerlo motu proprio ya que dependía de la entidad aseguradora del paciente, y en tal sentido se presenta el eximente de responsabilidad de un tercero que rompe el nexo causal.

- **Exoneración de responsabilidad por estar probado que el equipo médico de Assbasalud empleó la debida diligencia y cuidado:** resaltó que la obligación del equipo médico que atendió a la demandante el día 2 de abril de 2012 en los centros de salud de Assbasalud se desarrolló dentro de los lineamientos que la técnica médico – científica acepta y recomienda como tratamiento para la patología que presentaba.

- **Inexistencia de la obligación de indemnizar por ausencia de los elementos estructurales de responsabilidad:** señaló que en este caso no existe relación de causalidad entre la conducta del equipo médico y los daños causados a la demandante; por el contrario, se advierte un actuar diligencia y cuidadoso.

- **Ausencia de culpa y consecuentemente de responsabilidad de Assbasalud ESE. Interrupción del vínculo causal entre la conducta imputada y el perjuicio que se reclama. Obligación de medio:** adujo que en caso de responsabilidad médica se acude al régimen de culpa probada, y por ello corresponde al demandante acreditar los hechos y circunstancias con base en las cuales se puede endilgar una conducta culposa. En este caso no se aportaron elementos probatorios para endilgar responsabilidad a Assbasalud, más cuando la responsabilidad médica es de medios y no de resultados.

- **Excesiva tasación de perjuicios morales:** pidió que, en caso hipotético de una sentencia condenatoria, el despacho tenga en cuenta los niveles estipulados por el Consejo de Estado para tasar las indemnizaciones dependiendo de la relación existente entre los demandantes.

- **Imposibilidad de emitir condena por concepto de daño punitivo por inexistencia de dicho daño:** manifestó que en Colombia no ha sido desarrollado ni aplicado el daño punitivo, por ello no es factible condenar a la entidad por este concepto.

- **Improcedencia de generar condena en contra de la demandada por concepto de daño a la vida de relación, alteración de las condiciones de existencia y daño corporal:** indicó que lo realmente solicitado por la parte actora es que se indemnice el daño a la salud de los demandantes según lo manifestado por el Consejo de Estado, y resaltó que en este caso no se cumplen los requisitos señalados en la jurisprudencia para proceder a otorgarlo.

- **Genérica:** pidió se declare cualquier otra excepción que se encuentre en el proceso.

Propuso las siguientes excepciones frente al llamamiento en garantía:

- **Sujeción de las partes al contrato de seguro y a las normas que lo regulan:** afirmó que la responsabilidad que le pueda incumbir a la compañía está claramente limitada por el contrato de seguros celebrado entre las partes materializado en la póliza nro. 42-03-101000207 con una vigencia del 1° de marzo de 2012 al 12 de marzo de 2013.
- **Límite del amparo asegurado:** destacó que la compañía de seguros solo responde hasta concurrencia de la suma asegurada.
- **Deducible a cargo del asegurado:** indicó que, en caso de una condena, del valor de la pérdida o un mínimo de 2.00 salarios mínimos legales mensuales vigentes, según el contrato de seguro, debe descontarse el 10.00%.
- **Ausencia de cobertura de la póliza de seguro de responsabilidad civil profesional – clínicas y hospitales nro. 42-03-101000207 en cuanto al daño a la vida de relación, a la alteración de las condiciones de existencia, al daño corporal y al daño punitivo:** Señaló que la póliza solo hace alusión al amparo de daños patrimoniales no extrapatrimoniales, entendidos estos como daño moral, daño a la vida de relación, entre otros.
- **Ausencia de cobertura del daño moral en la póliza de seguro de responsabilidad civil profesional – clínicas y hospitales nro. 42-03-101000207 por expresa exclusión de dicho daño:** que dentro del contrato se excluye cualquier tipo de indemnización que se refiere a daño moral, perjuicio que fue solicitado en la demanda.
- **Reducción de la indemnización por otros procesos judiciales:** adujo que la póliza nro. 42-03-101000207 se ha visto y puede verse afectada por reclamaciones fundadas en hechos ocurridos durante el término de su vigencia, y por ello, en dado caso, debe declararse que la responsabilidad de la aseguradora se limita al valor que resulta entre la suma asegurada y los valores que se vea obligada a pagar como resultado de otras reclamaciones.
- **Prescripción extintiva de las acciones derivadas del contrato de seguros:** resaltó que teniendo como fecha de conocimiento del hecho que da base a la acción el 31 de julio de 2012, cuando se notificó la audiencia de conciliación prejudicial, es claro que al momento de ser notificado del llamamiento en garantía, 4 de marzo de 2016, ya habían transcurrido 3 años, 7 meses y algunos días, por lo que se configuró la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro.
- **Genérica:** la sollicita de conformidad con el artículo 306 del CPC pidió se declare cualquier excepción que resulta probada en el proceso.

Laura Gómez González: se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en el llamamiento en garantía por Assbasalud. En relación con los hechos adujo que unos no le constaban, que otros no eran hechos y que otros no eran ciertos.

Propuso las excepciones de:

- **Inexistencia de dolo o culpa grave:** indicó que según el artículo 19 de la Ley 678 de 2001, la responsabilidad de la persona solo puede configurarse cuando se ha demostrado dolo o culpa grave, la cual, en este caso, por tratarse de un asunto médico, solo puede determinarse por la transgresión de las disposiciones de la Ley 23 de 1981.

- **Inexistencia de daño:** manifestó que uno de los elementos de la responsabilidad es el daño, y resaltó que en este caso el mismo informe pericial aportado con la contestación de la demanda da cuenta de que el procedimiento aspirado manual intrauterino se realizó conforme a las guías y protocolos de atención instaurados por la ciencia médica, siendo improbable el presentarse con tal actividad una perforación de útero.

- **Causa extraña al acto médico realizado por la doctora Laura Gómez González:** Tras hacer alusión a los eventos de alea terapéutica, reacciones orgánicas impredecibles y latrogenia inculpable, como causas extrañas de la actividad médica, precisó que en este caso se demuestra una buena práctica médica en la cual se siguieron los protocolos y en la cual se pudo haber presentado, en caso de probarse, una complicación cuya causa es absolutamente ajena al procedimiento de aspirado manual intrauterino.

- **Genérica:** pidió se declare cualquier otra excepción que esté probada en el proceso.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales mediante sentencia de fecha 21 de junio de 2019 negó pretensiones, tras plantearse como problema jurídico si debía declararse la responsabilidad extracontractual de Assbasalud por los perjuicios presuntamente causados a la señora Maricela Patiño Isaza con ocasión de las irregularidades que denunció la demandante se presentaron en la operación de legrado realizada el 5 de abril de 2012 en la Clínica San Cayetano de esa entidad. También, si estaba probado que con la operación a la que se le sometió el 5 de abril del mismo año se le

produjo a la señora Maricela Patiño Isaza perforación del útero y del intestino grueso que derivó en una peritonitis pélvica femenina, como lo alegó la parte demandante.

En caso positivo, se planteó determinar qué grado de responsabilidad le cabía a la médica Laura Gómez González, profesional que efectuó el procedimiento en el cuerpo de la paciente Maricela Patiño Isaza. Y, finalmente, si en caso de resultar responsable la entidad demandada se debía condenar a Seguros del Estado en virtud de la relación contractual surgida en esta y la demandada, y cuál sería el límite de la obligación asegurada por parte de Seguros del Estado en la póliza nro. 42-03-1010000207.

Comenzó el *a quo* por relacionar el material probatorio y seguidamente hizo alusión al régimen de responsabilidad aplicable al caso, para indicar que debía ser el de la falla probada del servicio.

En relación con el daño, indicó que estaba acreditada la existencia del mismo, reflejado en las lesiones causadas en los órganos internos de la demandante, situación que no estaba en el deber de soportar.

En cuanto a la falla en la prestación del servicio médico, tras realizar un estudio de la historia clínica, infirió que lo realizado a la señora Maricela Patiño Isaza fue un aspirado manual endouterino y no un legrado; el cual, según los protocolos allegados al proceso y las manifestaciones realizadas por los galenos que rindieron declaración, se sujetó a la *lex artis*.

Resaltó además que, según la evidencia científica y los testimonios, no se acreditó que la entidad demandada, a través de sus agentes, haya causado por impericia, imprudencia o violación de reglamentos la peritonitis pélvica femenina que padeció la señora Patiño Isaza. Por ello, al no acreditarse por la parte actora la falla del servicio, absolvió de responsabilidad a Assbasalud, y por consiguiente a los llamados en garantía.

Finalmente, no condenó en costas, al considerar que no había actuación de mala fe de la parte demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación tal como consta en el memorial que reposa de folio 696 a 700 del C.1B.

Adujo que el juez dio por cierto, sin estar probado, que el procedimiento que se le realizó a la demandante fue un aspirado manual endouterino, cuando es claro que a la paciente se le practicó un procedimiento invasivo conocido como legrado, de lo cual da cuenta la historia clínica; el cual, al ser realizado con una legra, causó las lesiones que padeció la accionante, pues es claro que la cánula de Karman no las genera, lo que permite inferir que efectivamente fue un legrado el procedimiento que se llevó a cabo.

Que se plasmó además en la sentencia que la doctora Gómez González era una persona idónea para adelantar el procedimiento objeto de debate, lo cual es cierto si se habla de un aspirado manual endouterino, pero como en este caso se efectuó un legrado, ese procedimiento no solo es propio de ser realizado en un centro de salud de mayor nivel de complejidad, sino que además solo puede ser llevado a cabo por un médico debidamente habilitado para ejercer su profesión.

En tal sentido aseguró se configura la falla en el servicio de Assbasalud, en tanto el legrado se hizo en una entidad que no era de segundo nivel de complejidad; no fue realizada por un galeno apto, más cuando el registro médico lo obtuvo la doctora Gómez González 6 meses después del suceso. Incluso, realizó el apoderado un símil, al indicar que avalar la posición del *a quo* frente a la profesional de la salud sería como afirmar que un abogado, sin contar con la tarjeta profesional que lo acredita como tal, pudiera defender los intereses de la demandante solo con el certificado de terminación de materias de la carrera de derecho.

Señaló además que el fallo indicó que no acogía la posición del Consejo de Estado en cuanto a la aplicación de la falla probada en materia del servicio médico, lo que claramente se convierte en un absoluto desconocimiento de la línea jurisprudencial en materia de responsabilidad médica, ya que se decidió invertir la carga de la prueba cuando es a la demandada a quien le corresponde demostrar que las lesiones sufridas por la actora no son imputables a la entidad, máxime cuando se hace alusión a una auto lesión.

Hizo énfasis en que el juez le dio mayor valor probatorio a los argumentos carentes de prueba que presentó la parte accionada, en el sentido de dar por demostrado que el procedimiento realizado fue un aspirado manual endouterino cuando fue un legrado, según la historia clínica, el cual produjo la ruptura del útero y del intestino grueso causándole una peritonitis a la paciente que puso en un alto riesgo su vida.

Pidió entonces se revoque la sentencia de prima instancia y se acceda a pretensiones.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante: insistió en los argumentos planteados en el recurso de apelación.

Assbasalud: solicitó sea confirmada la sentencia de prima instancia al compartir los argumentos allí expuestos, y más cuando estos casos según el Consejo de Estado deben ser estudiados bajo el régimen de falla probada del servicio.

Seguros del Estado: señaló que en este caso según el material probatorio no puede endilgarse responsabilidad a Assbasalud, pues la doctora Gómez González actuó de conformidad con la *lex artis* y los protocolos establecidos, generándose entonces una inexistencia de nexo causal.

Sin embargo, indicó que en caso de que se halle responsabilidad de la entidad de salud, en relación con el llamamiento en garantía, deben tenerse en cuenta las condiciones de la póliza que sirve de fundamento a la vinculación de la aseguradora.

Laura Gómez González: pidió confirmar la sentencia de primera instancia tras realizar un recuento fáctico de lo acaecido, el cual le permitió inferir que en este caso no hay responsabilidad de la doctora Gómez González ya que en el momento en que se practicó el procedimiento a la demandante contaba con los conocimientos para efectuarlo, a pesar de encontrarse realizando el servicio social obligatorio, el cual es un requisito para obtener el registro médico, pese a que ya son médicos graduados.

MINISTERIO PÚBLICO.

No presentó concepto de fondo.

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.

Debe advertirse que el recurso apelación interpuesto por la parte actora gira en torno a la responsabilidad de la entidad demandada por la realización del procedimiento legrado, el cual afirma fue el que se le practicó a la señora Patiño Isaza y del que deriva la falla del servicio, no solo por haberse llevado a cabo en un centro de salud de primer nivel sino por un médico que en su criterio no contaba con la preparación e idoneidad.

En tal sentido, en esta instancia se analizará lo relativo a esta situación específica, pues ningún otro argumento sobre una indebida prestación del servicio de salud se expuso por las demandantes en el recurso de apelación.

Problemas jurídicos

1. ¿Se probó que por falla del servicio en el acto médico realizado por la ESE ASSBASALUD a la parte demandante el 5 de abril de 2012, se causó lesiones uterinas e intestinales que haga a esa entidad responsable administrativamente?

En caso de que la respuesta anterior sea positiva se deberá analizar:

2. ¿Tienen derecho las demandantes a que se reconozcan los perjuicios que reclaman; se encuentran demostrados?

Si se halla probada la responsabilidad de Assbasalud ESE en el *sub lite* se deberán analizar los siguientes problemas jurídicos frente a los llamados en garantía:

3. ¿Tiene derecho Assbasalud ESE a que Seguros del Estado en virtud de la póliza de responsabilidad civil profesional – clínicas y hospitales nro. 42-03-101000207 del 29 de febrero de 2012, reembolse el pago que esta deba hacer como resultado de la sentencia?

4. ¿Tiene derecho Assbasalud ESE a que Salud Cóndor EPS-S le reembolse el pago que esta deba hacer como resultado de la sentencia?

5. ¿Tiene derecho Assbasalud ESE a que Laura Gómez González le reembolse el pago esta deba hacer como resultado de la sentencia?

Lo probado

- El Registro Civil de Nacimiento de Maricela Patiño Isaza da cuenta que es hija de María Dora Isaza Naranjo (fol. 3).

- Los Registros Civiles de María Fernanda Salazar Patiño, Nicol Dahiana Salazar Patiño, Yenifer Tatiana Salazar Patiño y Daniela Alexandra Salazar Patiño, dan cuenta que son hijas de Maricela Patiño Isaza (fols. 4 a 7 C.1).

- La historia clínica de Assbasalud ESE en el C.S.S del Centro da cuenta de lo siguiente (fol. 9 a 15):

El 2 de abril de 2012 a las 12:40 se reporta la llegada de la señora Maricela Patiño Isaza al CSS del Centro de Assbasalud como afiliada de Salud Cóndor EPS. Se indicó que el triage fue a las 12:55 de ese mismo día, y se consignó como observación que la paciente refería dolor abdominal acompañado de abundante sangrado vaginal.

A las 14:17 de ese mismo 2 de abril de 2012 se atendió la accionante por urgencias, y se dejó la anotación como DX principal de hemorragia vaginal y uterina anormal no especificada. En recomendaciones se señaló “pcte comentada en clínica San Cayetano acepta dra Laura, para continuar tramite de estudio de sangrado, se requiere eco sin embargo en este horario no la autoriza salud cóndor se comenta con med que recibe a pcte se explica pcte”.

Se evidencia anotación a las 17:59 horas del 2 de abril de 2012, en la cual se indicó que era una paciente en aparente regular estado general y que en ambulancia fue remitida para Assbasalud San Cayetano.

A la demandante en el C.S.S del Centro se le realizó prueba de embarazo en orina y suero.

- La historia clínica de Assbasalud San Cayetano da cuenta de lo siguiente (fol. 17 a 46): Atención el día 2 de abril de 2012 a las 18:23 en la cual se manifestó que la paciente fue remitida por hemorragia vaginal y uterina anormal no especificada y fue recibida por la doctora Laura Gómez. Que se continuó con el trámite de estudio de sangrado para lo cual se requirió ecografía, pero se indicó que en ese horario no la autorizaba Salud Cóndor, lo cual se comentó con el paciente.

En el registro de las 18:36 del día 2 de abril de 2012 se adujo que la paciente fue remitida de centro pilo con DX de aborto incompleto. Que la paciente tenía cuadro clínico de un día de evolución consistente en dolor tipo cólico en hipogastrio, concomitante sangrado vaginal en abundante cantidad, con coágulos “de gran tamaño”; que refirió estar planificando con depoprovera, con última aplicación el 12 de febrero de 2012.

A la especuloscopia: se observa OCE entreabierto, con sangrado en moderada cantidad y presencia de coágulos, al parecer restos ovulares, no fétido.

Tacto vaginal: pelvis amplia y adecuada, probada: si. Con buena capacidad pélvica, cuello: posterior, largo, formado, cerrado, permeable a un dedo, no dolor a la lateralización del cérvix no a la palpación de enxos. No palpó masas anexiales.

Se consignó además que era paciente con signos clínicos que hacían sospechar aborto incompleto, y que iniciaban trámite de remisión para autorización de eco transvaginal.

El día 2 de abril a las 19:00 horas se escribió en la historia clínica: paciente remitida de centro piloto con IDX de aborto incompleto; paciente refiere cuadro clínico de un día de evolución consistente en dolor tipo cólico en hipogastrio, concomitante con sangrado vaginal en abundante cantidad, con coágulos, aparentes buenas condiciones generales de salud.

En las atenciones del día 3 de abril de 2012 a las 5:49, 7:00 y 8:10 se indicó que la paciente estaba en aparentes condiciones buenas y que continuaba con leve sangrado vaginal, no fétido, con pequeños coágulos. Y en la atención de las 8:10 se manifestó que se sospechaba de aborto incompleto pero que el laboratorio reportaba prueba de embarazo dudosa, por lo que se hacía absolutamente necesario eco transvaginal para definir si se trataba o no de aborto, y que por ello se realizarían trámites para hacerse la ecografía de manera particular.

En las atenciones del día 3 de abril de 2012 a las 11:18 se indicó que se solicitó eco transvaginal, y que la paciente la pagaría particular ese día a las 5 pm.

En el informe de ecografía del 3 de abril de 2012 (fol. 21), se señaló que no se observó imagen de saco gestacional intra o extrauterino mayor a 5 semanas; y en impresión diagnóstica se señaló "restos ovulares".

En la atención de las 7:34 del 4 de abril de 2012 se adujo que el DX es aborto incompleto y que quedaba pendiente la paciente de una remisión a tercer nivel para realización de legrado, lo cual también se reflejó en las anotaciones de las 9:10, 19:07; 20:11 de ese 4 de abril; y de las 6:21 del día 5 de abril.

En la revisión de las 7:30 del 5 de abril se referenció que la paciente tenía DX clínico y ecográfico de aborto incompleto; que en la actualidad estaba hemodinámicamente estable, sin SIRS y que ya tenía autorizado legrado obstétrico por aspiración endouterina. Que se continuaba con vigilancia intrahospitalaria y se procedía a realizar legrado por aspiración endouterina.

A las 9:53 del 5 de abril de 2012, la doctora Laura Gómez González realizó procedimiento de aspirado manual endouterino así:

En sala de legrados, bajo monitoreo de los signos vitales y la saturación de oxígeno y sedación con Midazolam y analgesia con meperidina se realiza:

- 1. Asepsia generosa de la vulva con isodine.*
- 2. Aplicación del especulo y visualización del cuello sangrado, coágulos y tejidos y restos ovulares.*
- 3. Asepsia de la vagina y el cuello uterino con isodine*
- 4. Asepsia de lidocaína spray en el cérvix y fondos de saco.*
- 5. Infiltración paracervical hacia las 8 y 4 del reloj con 4 cc de lidocaína simple a cada lado en la unión del cuello con el fondo del saco.*
- 6. Pinzamiento del cuello con la pinza correspondiente*
- 7. Se carga la jeringa de aspiración (se hace el vacío) y con la cureta de karman número 6 que se introduce con facilidad a través del canal endocervical.*
- 8. Se procede al aspirado endouterino, girando hasta los 180 grados la jeringa y la cánula y se obtiene unos 30 cc de restos sanguíneos y ovulares, hasta rescatar sangre espumosa y percibir sensación táctil y sonora de cavidad vacía además sangre roja escasa y espumosa.*
- 9. Se evalúan los restos y se comprueba realiza de nuevo el vacío en la jeringa confirmando la evacuación completa de la cavidad al obtener solo sangre escasa roja.*
- 10. Se hace asepsia terminal.*
- 11. No complicaciones y tolera el procedimiento. Queda sin sangrado.*
- 12. Se da salida con ampicilina por 3 días y control en esta institución. Al terminar el ciclo con antibiótico.*

Ese mismo 5 de abril de 2012 a las 17:36 se indicó que la paciente tras su séptima hora posterior al legrado por aspiración endouterina estaba hemodinámicamente estable, con sangrado escaso, por lo que se decidió darla de alta. A las 17:46 salió la paciente con leve dolor y sangrado escaso. Se le dieron indicaciones y signos de alarma, como dolor abdominal bajo, sangrado o flujo de mal olor, fiebre o vomito.

Según la historia clínica, el sello que usó la doctora Laura Gómez González como médica para referenciar su atención clínica indicaba, a parte de su nombre y cédula, "año social obligatorio".

El día 6 de abril de 2012 a las 2:11 la señora Patiño Isaza volvió a la clínica San Cayetano con dolor abdominal después de 18 horas de haberse realizado el procedimiento. Se dejó la observación al momento de examinarla que desde hacía 5 horas tenía dolor abdominal hipogástrico, intenso, progresivo, tres horas después de egreso de esta unidad después de realizársele legrado uterino. Manifestó escaso sangrado vaginal, y que además presentaba escalofrío.

En el examen físico se indicó, entre otras cosas, que la paciente estaba alerta, afebril, hidratada, activa, orientada en las 3 esferas, sin dificultad respiratoria. Los genitales externos estaban sanos, que tenía muy escaso sangrado, y que en la especuloscopia se determinaba salida de material purulento desde la cavidad uterina, movilización de cuello extremadamente dolorosa, al igual que a la palpación del útero. Se determinó como DX principal peritonitis pélvica aguda femenina, y como DX relacionado enfermedad inflamatoria pélvica femenina no especificada. Se inició tratamiento con solución salina, ampicilina, dipirona, diclofenaco y se ordenó remisión de la paciente a un centro de salud de tercer nivel de complejidad, la cual se logró el día 7 de abril a las 16:57 horas con el Hospital San Marcos de Chinchiná, por lo que se dio salida a las 17:00 horas.

- Historia Clínica del Hospital San Marcos de Chinchiná (fol. 62 a 70):

-

Ingresó la paciente el día 7 de abril de 2012 a las 19:30 horas con trastorno del peritoneo no especificado, por lo que en obstetricia se le realizó ecografía pélvica en la que se encontró hematómetra mínima con diámetro endometrial al máximo de 6.2 mm, por lo que se conceptuó hemoperitoneo y se solicitó evaluación por cx general.

A las 11:55 la paciente fue valorada por cirugía general y se programó laparotomía exploratoria.

El día 8 de abril de 2012 a las 2:53 se dejó anotación de que ingresó paciente en postoperatorio de laparotomía exploratoria. Que en el momento se evidenciaba estable con nota postoperatoria de ginecobstetricia que dio cuenta de que se inició exploración

pélvica encontrando laceración uterina hacia el fondo de más o menos 1 cm con sangrado muy escaso, se aplican puntos hemostáticos en x.

La anotación de cirugía general indicó, entre otras cosas, que se identificó lesión de fondo uterino la cual se suturó por ginecología. Que se “encuentra lesión sobre borde antimesentérico puntiforme drenando material intestinal en escasa cantidad” y “se decide debridar la herida logrando bordes vivos y se realiza la sutura de la lesión con vicryl 3-0 con 4 ptos separados”.

A las 12:20 se deja anotación de evolución de cirugía general de laparotomía exploradora por perforación intestinal, perforación uterina.

- Entre la EPS Salud Cóndor y la ESE Assbasalud el día 1 de enero de 2012 se celebró un contrato de prestación de servicios de salud II, III y IV nivel por paquetes integrales de atención y/o eventos (fols. 315 a 324).

- La guía de protocolos de Assbasalud para el legrado uterino obstétrico y ginecológico que reposa de folio 343 a 353 señala frente al legrado por aspiración, que es un procedimiento mediante el cual se realiza aspiración al vacío del endometrio. En indicaciones se consignó que es para hemorragia uterina anormal, aborto completo, aborto incompleto y huevo anembrionado.

En el acápite de procedimiento se consignó: “En sala de legrado, bajo monitoreo de los signos vitales y la saturación de oxígeno y, sedación con midazolam y analgesia con mepiridina, realizar: asepsia generosa de la vulva con isodine. Aplicación del especulo y visualización del cuello sangrado, coágulos y tejidos y restos ovulares. Asepsia de la vagina y el cuello uterino con isodine. Aplicación con lidocaína spray en el cérvix y fondo de saco. Infiltración paracervical hacia las 8 y 4 del reloj con 4 cc de lidocaína simple a cada lado en la unión del cuello en el fondo del saco. Pinzamiento del cuello con la pinza correspondiente. Cargar la jeringa de aspiración, hace el vacío, y con la cureta de Karman número 6 introducirla con facilidad a través del canal endocervical. Proceder al aspirado endouterino girando hasta 180 grados la jeringa y la cánula hasta obtener restos sanguíneos y ovulares, luego de rescatar sangra espumosa y percibir sensación táctil y sonora de cavidad vacía además sangre roja y espumosa. Evaluar los restos y comprobar el vacío en la jeringa confirmando así la evacuación completa de la cavidad al obtener solo sangre roja. Realizar asepsia terminal. Verificar que no quede con complicaciones y tolere

procedimiento. Dar salida con ampicilina por 3 días y control por consulta externa al terminar el ciclo de antibiótico”.

- Se aportó certificado que data del 9 de febrero de 2015 suscrito por el docente y médico titular de la Facultad de Medicina de la Universidad de Manizales, en el cual deja constancia que a la doctora Laura Gómez González se le capacitó, acompañó y entrenó en el procedimiento de legrado por aspiración en el Centro Obstétrico de la Clínica San Cayetano de Assbasalud durante los meses de septiembre a diciembre de 2011, y de enero a marzo de 2012 (fol. 357).

- Que en el certificado del 19 de agosto de 2011 suscrito por la líder del programa de gestión humana, la profesional universitaria de bienestar social de Assbasalud, junto con el médico ginecobstetra Luis Fernando Uribe Vargas, se indica que la doctora Laura Gómez González participó el día 18 de agosto de 2011 en la capacitación de aspirado uterino secundario a aborto retenido o incompleto (fol. 358).

- La Subdirectora de Prestación de Servicios y Aseguramiento de la Dirección Territorial de Salud de Caldas certificó que la Clínica San Cayetano es una entidad de atención de la ESE Assbasalud de baja complejidad.

Además, aclaró que el procedimiento aspirado endocervical con cánula de Karman puede ser realizado en baja complejidad según el protocolo de atención integral voluntario del embarazo en el primer nivel de complejidad – documento técnico emanado del Ministerio de Salud y Protección Social en el año 2014 (fol. 604).

- Del testimonio del señor Luis Fernando Estrada Naranjo –médico del Hospital San Marcos de Chinchiná- el cual fue peticionado por la parte demandante se resume lo siguiente: El juez le puso al testigo de presente el objeto del proceso para solicitarle a continuación que hiciera una narración completa de lo que le constara sobre el caso, a lo que el galeno solicitó ver el expediente ya que no lo recordaba; en tal sentido le mostraron los folios 9 en adelante.

Luego de revisar la documentación indicó que era una paciente remitida de Assbasalud Manizales a Chinchiná, y que según la historia clínica había un aborto incompleto, practicaron un legrado y hubo una complicación secundaria al legrado uterino. Por ese motivo fue remitida al Hospital San Marcos de Chinchiná donde el testigo laboraba como

cirujano. El día que llegó al hospital la encuentran con signos de irritación peritoneal, ginecología la valora y le hace unos estudios, hallando indicios de perforación de víscera hueca. Se llamó al cirujano de turno, le practican laparotomía y le encontraron una perforación uterina y una lesión puntiforme del intestino delgado, la cual manejan con desfibrilamiento y con rafia, y se deja hospitalizada para tratamiento post-operatorio. El testigo la revisó el día 9 de abril de 2012 y dejó la anotación de una evolución satisfactoria de post-operatorio; la valoró también el día 11 de abril, data en la cual la encontró en condiciones favorables; y el día 13 de abril en ronda hospitalaria, día quinto después de la cirugía, en el que también la encontró en estables condiciones generales.

El apoderado de la parte demandante interviene para preguntarle al testigo si sabe la causa de la lesión por la cual fue intervenida la demandante, y contestó que según la historia de Assbasalud fue por complicación de un legrado uterino, el cual explicó se trata de una limpieza del útero cuando hay restos ovulares por un aborto incompleto, o después de un parto cuando hay retención de placenta. Que consiste en hacer una limpieza del útero, que a la demandante se la realizaron con una jeringa que hace vacío y aspira, y tiene probabilidades como todo procedimiento de perforar la cavidad uterina y producir lesiones intra-abdominales, pero que no sabría el porcentaje porque no es ginecólogo, el testigo es cirujano, y no se adentra a explicar mucho cómo se realiza el procedimiento porque no tiene especialidad en el área.

El apoderado de Assbasalud interroga al testigo para indagarle, porque él habla de un legrado en términos generales, y pide explique, si sabe, qué clases de legrados existen, a lo que indicó que no tiene conocimiento. Frente a las lesiones que adujo podían causarse, que en este caso fue puntiforme en el intestino delgado, preguntó el abogado si era posible causarla con una cánula Karman de 6 milímetros, a lo que indicó que es posible porque como eso aspira a lo mejor puede pensarse que hubo una perforación, pues al aspirar se hace vacío y pudo haber atrapado el borde antimesentérico del intestino y lo lesiona, hace una isquemia y se perfora a las horas o al momento inmediato del procedimiento; por ello considera pudo ser el mecanismo por el cual se produjo la lesión. Aclaró que es diferente con la legra, que es un instrumento largo, porque hay de diferentes tamaños, y con ella atrapan el intestino, lo traccionan y lo rompen directamente con la legra, que sería un mecanismo diferente de lesión.

Indagó además el apoderado, si recordaba después de leer la historia clínica, si había identificado si en el aspirado manual endouterino realizado a la paciente se procedió a

realizar algún raspado con la cánula o si no se utilizó, a lo que respondió, luego de revisar la historia clínica y leer textualmente la página 5 relativa a la atención en Assbasalud (fol. 25) y al procedimiento que se le realizó a la demandante, que allí hablan de una jeringa y de una cureta de Karman, pero que no sabía decir que es la cureta ni el instrumento porque hace mucho no hace legrados, pero que después de leer lo relativo a la intervención se ve que en el procedimiento no hubo problemas ni complicaciones aparentes, ya la evolución clínica habla de que presentó dolor y fue remitida a Chinchiná y se operó por lo que ya se indicó fue encontrado. Se solicitó explicar la presencia de sepsis, o peritonitis, o material purulento en estos casos en cuanto tiempo de evolución se puede presentar, y explicó que después de una lesión penetrante de intestino en un lapso de una a cinco horas se habla de abdomen contaminado, de 5 horas en adelante ya hay peritonitis, máximo 6 horas, algunos hablan de 8 horas, pero si uno encuentra un paciente con una peritonitis manifiesta es porque ya lleva horas de evolución.

- Del testimonio de Oscar Alonso Díaz - médico y cirujano de Assbasalud- solicitado por la parte demandante se resume lo siguiente:

Informó que es médico de Assbasalud desde hace 19 años. Y luego que se le puso de presente el objeto del proceso solicitó el testigo ver la historia clínica, por lo que se le mostraron los documentos que reposan a folio 23 y siguientes del cuaderno 1, para indicar que su primer contacto con la paciente ocurrió el 6 de abril del año 2012 cuando a las 2 y 33 de la madrugada acudió al servicio de urgencias de la clínica San Cayetano, noche en la que estaba de turno. Que la paciente refirió un dolor abdominal después de haber salido de un procedimiento, dieciocho horas después, y al momento de hacerle la valoración clínica ella indicó que llevaba cinco horas con dolor abdominal hipogástrico intenso, progresivo, cuadro clínico que había empezado tres horas después de haber egresado del centro clínico de San Cayetano. Manifestó que tenía escaso sangrado vaginal y escalofrío. Cuando realizó el médico el examen físico la encontró bien en términos generales, y cuando efectuó el examen de abdomen halló defensa muscular involuntaria, poco depresible el abdomen, pero no habían masas ni visceromegalias, peristaltismo disminuido en frecuencia, blumberg insinuado, dolor al palpar hipogastrio y fosas iliacas. Observó que tenía una marcha antiálgica con flexión de la columna lumbar y tenía una fuerza muscular conservada con sensibilidad termoalgésica sin alteraciones. Al examen del área ginecológica encontró que los genitales externos estaban sanos, con muy escaso sangrado, pero cuando él le puso el espejuelo encontró que había salida de material purulento desde la cavidad uterina, una movilización del cuello extremadamente dolorosa y dolor a la

palpación del útero. Con estos hallazgos el médico pudo determinar que la paciente tenía una peritonitis pélvica aguda femenina, para lo cual empezó inmediatamente tratamiento con antibiótico y ordenó la remisión a tercer nivel para valoración. Aclaró que tiene entendido que después que ordenó la remisión en el mismo acto de ingreso, la paciente se quedó varios días sin ser aceptada en tercer nivel para hacer el tratamiento correspondiente. Eso es lo que sabe del caso.

Intervino la apoderada de la médica llamada en garantía, quien indagó sobre el hecho que la paciente le indicó a él que tres horas después del egreso, tras habersele realizado el legrado uterino, manifestó que empezó a sentir dolor, a lo que respondió el médico que sí, que eso es lo que estaba consignado en la historia clínica. Se le preguntó sobre si tuvo la oportunidad de conocer la historia clínica anterior, especialmente sus anotaciones, a lo que respondió que no tiene recuerdo si en ese momento la revisó, pero que ahora la conoce porque la consultó para saber de qué se traba el caso, a lo que la apoderada le solicitó entonces, con base en ese conocimiento que tenía en ese momento caso, explicar por qué a la paciente se le realizó el procedimiento que él escribió en su nota de historia, a lo que el galeno manifestó que tiene entendido que la paciente consultó en el centro piloto y desde allí fue remitida a la Clínica San Cayetano porque entiende tenía un aborto incompleto y se le realizó un aspirado endouterino en ese centro asistencial. Se le solicitó que indicara la experiencia que tenía en el manejo de pacientes como la demandante, a lo que respondió que tenía experiencia de 19 años, especialmente en el área de ginecología y obstetricia, por ello se le pidió explicara en qué consiste el aspirado endouterino a lo que respondió es un procedimiento realmente seguro, que se realiza con materiales muy seguros como la cánula de Karman, y es simplemente la realización de un aspirado haciendo un vacío de tal forma que se traen hacia la cánula todos los restos que hay dentro de la cavidad uterina. Preguntó entonces la apoderada si es lo mismo un aspirado endouterino a un legrado uterino, a lo que respondió que son dos cosas diferentes, ya que un legrado se refiere básicamente a la utilización de unas estructuras llamadas legbras, que sí son cortantes por uno de los lados, pero es una estructura que en su extremo distal es redondeada, tiene un extremo romo y el otro cortante; ese sería el que se llama legrado, y que históricamente se ha llamado así. Pero el procedimiento del que están hablando es un aspirado endouterino que no utiliza material cortante alguno. De acuerdo a esa experiencia se le solicitó explicar cuáles son los riesgos inherentes o complicaciones de un aspirado endouterino, y adujo que realmente son muy pocas las complicaciones, que incluso en su experiencia no ha observado ninguna, ya que es la primera vez que ve un caso como este, pero que en la literatura no sabe qué información pueda haber, pero que en

aspirado endouterino como tal nunca había observado una complicación. Al testigo se le puso de presente el acápite de la historia clínica que consignó el procedimiento realizado por la doctora Laura Gómez González – folio 25 cuaderno 1 – frente al cual adujo que se podía leer en la historia clínica que se siguió el protocolo completo de lo que se hacía en la clínica San Cayetano. Inicialmente y en sala de legrados o de partos, porque es el mismo sitio donde se hacen los procedimientos en la clínica San Cayetano, y bajo monitoreo de los signos vitales, saturación de oxígeno y una sedación con midazolam y analgesia con meperidina, se realizó asepsia generosa a la vulva con isodine; le aplicaron el espejuelo, visualizaron el cuello donde vieron sangrado con coágulos, tejido y restos ovulares; hicieron asepsia de la vagina y el cuello uterino con isodine, aplicaron lidocaína spray en el cérvix y fondos de saco; hicieron una infiltración paracervical hacia las 8 y 4 del reloj con 4 centímetros de lidocaína simple a cada lado en la unión del cuello con el fondo de saco; seguidamente pinzaron el cuello con la pinza correspondiente, la de cuello; cargaron la jeringa de aspiración, hicieron el vacío, y con la cureta de Karman número seis que se introdujo con facilidad a través del canal endocervical, pues es muy claro que ahí dice que no hubo dificultad alguna. Se procedió al aspirado endouterino, giraron hasta 180 grados la jeringa y la cánula, y obtuvieron 30 centímetros de restos sanguíneos y ovulares hasta rescatar sangre espumosa y percibir una sensación táctil y sonora de cavidad vacía, además sangre roja escasa y espumosa. Luego evacuaron los restos y comprobaron de nuevo, con el vacío en la cánula de Karman, que habían evacuado completamente la cavidad, y solamente obtuvieron sangre roja. Hicieron asepsia terminal, y dice que no tuvieron complicaciones y que la paciente toleró el procedimiento quedando sin sangrado. Adujo el médico que realmente ese es el procedimiento que se lleva en la clínica y está adherido a los protocolos, y que si hubiera existido alguna complicación ahí estaría descrita. Le manifestó la apoderada que cuando él valoró a la paciente le diagnosticó una peritonitis pélvica aguda, por ello le preguntó qué cree pudo haber producido esa peritonitis en la demandante, a lo que respondió que directamente en esta paciente si revisa la historia y se da cuenta que hubo un procedimiento previo, lo primero que uno piensa es que tiene relación con él, lógicamente una peritonitis en cualquier persona puede dar secundaria a muchas razones, por muchas causas, pero que es claro que en el procedimiento realizado por la doctora Laura Gómez González no se evidenció alguna complicación.

El apoderado de la parte demandante interviene para preguntar por su experiencia como médico, a lo que responde que es de 30 años, y que en Assbasalud lleva 19 años. Que no tiene estudios superiores formales en ginecología y obstetricia, que después del pregrado ha asistido a capacitaciones en esas materias, y que anualmente acude a actualizaciones.

Preguntó el abogado si ha tenido la oportunidad en Assbasalud de realizar legrados, a lo que indica que sí, que ha realizado aspirados endouterinos, que legrados realizó pero no dentro de la entidad. Que conoció a la doctora Laura Gómez, quien estaba en condición de medica graduada y en ejercicio de su profesión, y que laboraba para la entidad como tal. Se le manifestó que en respuesta anterior indicó que en muy pocas ocasiones ha observado una lesión como esa, que de hecho ninguna le ha tocado, y por ello se le preguntó cuál pudo haber sido la causa de la lesión sufrida en la humanidad de la demandante, a lo que respondió que no tiene explicación, que no sabe realmente en su saber y entender qué pudo haber pasado. Se le preguntó si cuando a una paciente se le detecta un aborto en curso el procedimiento siempre es el mismo o depende del tipo de patología, ya que en este proceso se habla del término legrado y de absorción por aspiración, a lo que indicó el médico que lo que habitualmente se ha hecho cuando hay un aborto en curso es remitir la paciente para que en tercer nivel se haga el aspirado endouterino. Que tiene entendido que para la época era muy complicado pues la red de servicios de las EPS no garantizaba una atención oportuna de los pacientes, y que por eso a veces ellos tienen que hacer aspirados endouterinos para salvar la vida de las personas porque una hemorragia uterina puede ocasionar un shock hipovolémico y terminar con la vida de la paciente, por ello si hay que hacer un aspirado endouterino de urgencia debe hacerse. Aclaró que para realizar esos procedimientos necesitan autorización de la EPS, y que leyó por ahí en la historia clínica que se había solicitado. Explicó que el diagnóstico de remisión de la paciente al Hospital San Marcos de Chinchiná fue peritonitis pélvica femenina, y que en la historia clínica no tiene por qué indicar la causa de la misma.

El apoderado de Assbasalud indaga sobre las dificultades que había para remitir los pacientes a otros niveles, a lo que adujo que la organización del sistema de salud hace que la atención de los pacientes sufra una gran cantidad de obstáculos para lograr una atención oportuna y eficiente, y por ello se tienen inconvenientes para que los pacientes que requieren una atención en tercer nivel sean aceptados rápidamente. Preguntó por la experiencia que tiene, si era posible que con una cánula de Karman de 6, como está consignado en la historia clínica, se pudiera causar una lesión puntiforme en el intestino delgado de una paciente, a lo que respondió que para él eso es imposible porque una cánula de Karman es una estructura como de plástico, para que se entienda precisó que es un cilindro de plástico que en su extremo distal es redondeada y el material no es cortante por ningún lado. Que la cánula tiene perforaciones a los lados, no en la punta, y lejos de donde podría llegar que es el fondo uterino, y por ello no ve de qué forma un instrumento como este puede producir una laceración en alguna parte del útero, no le encuentra lógica

alguna. Se le indagó además por alguna posible lesión que pueden causarse las pacientes, a lo que manifestó que históricamente las mujeres que llegan con abortos en curso al preguntarles el médico si se realizó alguna maniobra abortiva la respuesta es siempre que no, pero que en su experiencia de 10 pacientes una sola viene a reconocer que realizó una maniobra. Finalmente, aclaró que a la paciente no se le realizó un legrado con legras cortantes sino un aspirado endouterino utilizando la cánula de Karman; procedimiento seguro que no emplea elementos cortantes que pudieran generar lesión como la que se le causó a la paciente. Se le indagó sobre la nota médica realizada por él en la que se dejó constancia que la demandante presentaba salida de material purulento desde la cavidad uterina, y por ello se le solicitó explicar qué es ese material purulento, a lo que respondió que en la historia clínica se indicó que al poner el especulo se evidenció muestra de salida de ese material desde la cavidad uterina, lo que significa que estaba saliendo a través del orificio cervical externo del útero un líquido viscoso de color verde o amarillo que son las características propias del material purulento. Se solicitó explicar ese material purulento que se evidenció desde la cavidad uterina en qué tiempo pudo evolucionar, a lo que manifestó que en su experiencia considera que se requieren varios días en que se haya hecho algún tipo de procedimiento, es decir, que de un momento a otro es muy complicado que salga material purulento en periodos tan cortos de tiempo porque se supone que para que eso ocurra tiene que haber existido un proceso inflamatorio en los tejidos de donde sale el material y ese proceso inflamatorio atrae la presencia de glóbulos blancos que son los que dan el color amarillo o verde a ese material.

• A la señora Maricela Patiño Isaza se le realizó interrogatorio de parte que fue solicitado por la apoderada de la llamada en garantía Laura Gómez González, del cual se extrae lo siguiente:

Se le puso de presente que ella consultó el 4 de abril de 2012 y se le interrogó acerca de los motivos por los cuales acudió ese día al médico, a lo que respondió que ella se enfermó el 2 de abril, y que consultó por un sangrado que presentaba porque era muy abundante. Se le preguntó qué le explicaron en esa atención, a lo que manifestó que le realizaron varios exámenes y que a lo último descartaron prueba de embarazo, y que se dieron cuenta que ella estaba embarazada. Le preguntaron qué le explicó la doctora Laura Gómez González cuando la valoró, a lo que señaló que ella la revisó en San Cayetano, y que ella entró al baño y que ahí botó algo pero que la doctora no estuvo pendiente de ella; que le realizó lo de la presión, y que le dijo que posiblemente era un aborto pero que había que hacer primero unos exámenes, pero que ella, aunque le ordenó unos exámenes, ahí no le hizo nada. Le preguntó qué procedimiento le realizaron en San Cayetano a lo que

manifestó que no recuerda, pero que la doctora Laura Gómez fue la que lo hizo, y adujo que no le explicaron las complicaciones que podían presentarse y que no recuerda si firmó un consentimiento informado.

- La llamada en garantía Laura Gómez González aportó al momento de contestar la demanda dictamen pericial realizado por el médico Ginecobstetra Luis Fernando Uribe Vargas. La parte demandante y Assbasalud solicitaron aclaración y complementación del dictamen, lo cual se realizó en audiencia celebrada el 8 de agosto de 2018. Se extrae lo siguiente:

Manifestó el especialista sobre el caso de la demandante que recuerda el contenido del dictamen pericial, y que la firma que aparece al final del documento que reposa de folio 485 a 591 es la suya. El perito es médico egresado de la Universidad de Caldas y es ginecólogo obstetra también de esa institución, graduado en el año 1981.

Se le concedió la palabra al apoderado de la parte demandante para que le hiciera las preguntas sobre las cuales solicitó aclaración, y comenzó entonces por solicitar al perito que explicara al despacho la diferencia entre legrado uterino obstétrico y legrado uterino ginecológico, a lo que el perito aclaró que el legrado uterino obstétrico se realiza a una paciente en estado de embarazo o cuando ha abortado, tiene que ver directamente con el embarazo; y que el legrado uterino ginecológico se utiliza cuando la paciente no está embarazada pero requiere un legrado que puede ser secundario a una hemorragia uterina anormal o cuando se requiere tomar una biopsia para un diagnóstico más preciso. Indagó el apoderado, según la respuesta anterior, cuál de esos dos procedimientos se le realizó a la demandante, a lo que el perito explicó que se le realizó un procedimiento obstétrico porque se evidenció por los estudios ecográficos y por la clínica que reportaba restos ovulares, que estaba embarazada. Solicitó entonces el abogado diferenciar un legrado y un aspirado uterino, y por ello ilustró el especialista acerca de que el legrado utiliza unas curetas rígidas de acero inoxidable que se introducen dentro de la cavidad, se raspa y se retira todo el contenido que hay dentro de la cavidad uterina. Que el legrado hecho por aspiración manual endouterina no utiliza este tipo de instrumentos, es decir, rígidos, sino instrumentos que son plásticos, romos y que son flexibles, y por una succión que se hace, la presión que hace la jeringa de Karman se obtiene todo el material de allí y se deja la cavidad limpia. Frente a cuando se realiza un procedimiento o el otro explicó que hoy en día se considera que el legrado uterino clásico ya es obsoleto, ninguna entidad de salud lo recomienda, ni siquiera la Organización Mundial de la Salud, pues se recomienda la

limpieza del contenido uterino con una aspiración manual endouterina, precisamente porque son instrumentos flexibles, de plástico, que tiene una punta roma, lo que disminuye los peligros del procedimiento. Se indagó sobre cuál sería la forma para que un ginecólogo detectara una posible perforación del útero, a lo que indicó que en el informe pericial que rindió señaló que cuando se presenta una perforación del útero en el momento en que este se causa en una paciente que no está bajo anestesia general es un dolor intenso y se produce una hipotensión severa de la paciente, lo cual hace sospechar la perforación, pero el médico también lo puede sospechar al tener la sensación de penetración, de que la cureta se fue más allá de lo que normalmente puede llegar porque uno percibe cuando toca el fondo del útero. Entonces le pregunta bajo el entendido que haya una sedación si hay alguna ayuda diagnóstica que pueda aclarar si hay una perforación o no, a lo que señaló que es el cuadro clínico, y si no se presenta dentro de la parte clínica esta situación el médico no tiene cómo pensar en esa posibilidad, o sea, no tener la sensación de penetración y que no se presente la complicación paraclínica como es la hipotensión y el dolor severo. Le solicitó manifestar de qué manera podía como profesional detectar si una paciente se había realizado o no maniobras abortivas, a lo que respondió que es muy difícil, que lo único es que basado en su experiencia pues trabajó muchísimos años en servicios de urgencias del Hospital de Caldas en obstetricia y ginecología y allí sí tuvieron muchas evidencias en el sentido de que se iba a realizar un legrado uterino por un cuadro como el presente y al entrar la cureta se sentía que se iba muy fácilmente, ahí se sospechaba de maniobras abortivas y que podían generar perforación uterina. Se preguntó que cuando habla de la *lex artis* a qué se refiere, y explicó que es un término que se utiliza para indicar que el médico se ciñó a los protocolos establecidos, entonces el procedimiento se hace basado en lo que se debe hacer. Se le preguntó porque afirmaba que la doctora Laura estaba capacitada, a lo que respondió que porque observó que brindó toda la información sobre el procedimiento, y añadió que la doctora Lauro estuvo con él en agosto del año 2011 en una capacitación que dio a los médicos de Assbasalud sobre este procedimiento, incluso se les dio un certificado firmado por el perito; que ella ingresó a hacer su año social a Assbasalud y allí en San Cayetano participó en varios procedimientos que fueron certificados por el médico profesor donde ella observó, y luego participó en varios procedimientos ya ella como médica. Le indagó sobre bajo qué condición dictó la capacitación e indicó que bajo solicitud de Assbasalud para los médicos generales que estaban vinculados a la entidad, la cual manifestó se hace en una jornada o en unas horas porque es teórica, y ellos ya hacen la parte práctica. Le preguntó el abogado porque adujo en el dictamen pericial que ese procedimiento lo podría hacer hasta un paramédico y si la normativa colombiana así lo autorizaba, a lo que respondió que sí, y que ello está en el

documento de guía de capacitación para atención en salud de la interrupción voluntaria del embarazo, que es un documento del Ministerio de Salud de Colombia, hablando de la aspiración manual endouterina, el cual indica quiénes deben estar capacitados y cómo se haría el procedimiento, y procede a leer acápites del texto en los cuales se consignó que no requiere de personal médico especializado y puede llevarse a cabo en sistemas de baja complejidad; y agregó que cuando ya hay un aborto es más sencillo el procedimiento porque no hay que dilatar. Procedió a aportar el documento para que obrara en el expediente en 4 folios. Se preguntó sobre el consentimiento informado porque según jurisprudencia se debe comunicar muy bien en qué consiste el procedimiento y Assbasalud lo tiene como un formato, el cual además debe estar firmado por un testigo, a lo que explicó que recuerda que estaba firmado por la paciente pero que no sabe qué más pudo haber pasado en ese momento con ese documento. Se le manifestó que la pericia la rindió solo por la historia clínica, y que en ella se basó para rendir el concepto, entonces se le cuestionó con qué certeza llegaba a la convicción que la doctora Laura no realizó un legrado sino un AMEU, a lo que respondió que porque así estaba en la historia clínica. Se le preguntó si las capacitaciones que daba eran didácticas, a lo que indicó que es teórica y se solicita que cuando vayan a realizar los primeros legrados lo hagan con alguien que tenga experticia, y que en tal sentido la doctora Gómez estuvo presente en muchas aspiraciones del doctor Villegas y luego él la acompañó a ella. Sobre la legra manifestó que para este evento obstétrico no es necesaria. Se le preguntó si en la aspiración endouterina puede existir la posibilidad que no se expulsa todo el contenido a lo que respondió que sí, que incluso en el legrado puede pasar eso y se podría requerir un segundo procedimiento. Frente a si se pudo prevenir la complicación indicó que la médica estaba capacitada, y que ello lo puede afirmar porque ella participó en muchas aspiraciones y luego las realizó.

El apoderado de Assbasalud interviene para solicitar se aclare el dictamen en el sentido de que explique según su experiencia, ya que está claro que el procedimiento realizado fue un aspirado manual endouterino en el cual se utiliza una cánula de Karman, si es posible con esa cánula lesionar el intestino grueso y que queden lesiones puntiformes, ya que cuando se hizo la rafia del intestino y del útero se encontró en la parte externa del intestino grueso lesión puntiforme. El perito pidió permiso para mostrar la cánula y la jeringa de aspiración con la que se hace el procedimiento, y al ser autorizado procedió a exhibir los mismos en la audiencia, e indicó que la probabilidad de que se produzca una perforación uterina con la cánula de Karman es supremamente difícil, remota; y adujo que realiza el procedimiento desde el año 1980, 38 años, y nunca ha tenido una perforación y tampoco conoce un reporte al menos de la región de que esto se haya presentado. Explicó que en la literatura médica aparecen reportes pero supremamente raros, de poca probabilidad, y la

razón es porque esas cánulas son de plástico y en los extremos son redondas, no son de material de acero inoxidable sino que son flexibles, y por ello si se hace mucha presión la cánula se dobla, y eso indicaría que no debe hacer más presión. La otra situación es que a la jeringa de Karman se le hace el vacío y queda con una fuerza negativa de succión de 55 milímetros de mercurio, que es una fuerza similar a la contracción uterina en un trabajo de parto, o sea que la succión es bastante fuerte; si se le hace una perforación al útero y esta penetra dentro de la cavidad uterina, esa succión, por los huequitos que tiene la cánula en el extremo que es por donde se extrae el material, tomaría el intestino, y como el tejido intestinal es tan lábil lo succionaría y lo desgarraría, o sea, la lesión debe ser supremamente fuerte; y porque digo supuesto, porque no lo conozco, no he visto ningún caso de esos, sino que por el hecho de hacer la succión y como conozco tan bien el tejido intestinal y es tan lábil lo introduciría y lo destrozaría o lo metería dentro del cuerpo uterino al retirar la cánula y este no es el caso. En el caso tal que se presente una perforación uterina dice la literatura que generalmente no se presentan lesiones graves, que basta con observar la paciente y no requiere ningún otro procedimiento. En este caso se presentó una ligera laceración del tejido intestinal, pero indicó el médico que es muy poco probable que haya sido por la cánula de Karman. Y advirtió el profesional que el hallazgo era lesión puntiforme, lo cual es una cosa supremamente rara y difícil que se presente con ese procedimiento. Que según la historia clínica y la descripción de la cirugía lo que tuvo la paciente fue una ligera laceración de la mucosa intestinal que se suturó y con eso arreglaron el problema, porque explicó que si se hubiera presentado una perforación muy probablemente le hubieran hecho una resección intestinal y probable colostomía, pero eso no fue necesario. En la exploración que se realizó en el San Marcos de Chinchiná se indicó que para corregir el hallazgo realizaron una rafia uterina e intestinal que explicó se trata que en el punto de la perforación en el fondo del útero que fue de menos de un centímetro, o un centímetro, simplemente pusieron un punto, o sea, con una sutura se cierra y lo mismo que se le hizo al intestino se le hizo al útero, se pone una sutura, se cierra y ya queda sellado. Se le indagó según su experiencia y el procedimiento realizado si consideraba que la paciente había quedado con lesiones graves que el impidieran llevar una vida normal, concretamente volver a procrear hijos, a lo que explicó que según lo que concluyó después de revisar la historia clínica no se presentaría esa situación e inclusive hay unas consultas de planificación familiar, de manera que de acuerdo a la historia clínica, que es en la que el medico perito se basó, eso no pasaría.

Se le concede la palabra a la apoderada de la médica llamada en garantía quien indaga sobre el aborto incompleto que presentaba la demandante, y explicó el médico que el

aborto incompleto como su nombre lo indica es cuando una paciente que está en embarazo expulsa los productos de esa gestación, pero le quedan restos dentro de la cavidad uterina. En el caso de la paciente y de lo que leyó en la historia clínica se le hizo el diagnóstico por una ecografía y el reporte es de restos ovulares en la cavidad y es ahí donde se hace necesario la extracción de los mismos para evitar infección. Con base en eso, y el conocimiento de la historia clínica, se preguntó si cuando la doctora Laura Gómez valoró a la accionante ya venía cursando con un aborto, a lo que respondió el perito que sí, y que por eso se usa la aspiración endouterina, por la seguridad que tiene y se recomienda para hacer la limpieza de la cavidad uterina en estos casos.

El juez le indagó al perito, como antes enseñó la jeringa de Karman con las cánulas, si ese aparato, de acuerdo a lo indicado en la historia clínica, lo podía manejar la doctora Laura o lo tenía que manejar otra persona, a lo que respondió que en la historia clínica se dejó constancia que lo manejó ella sola, ya que después de que el médico está entrenado lo puede hacer solo, incluso que eso pasa en regiones que son apartadas.

Primer problema jurídico

¿Se probó que por falla del servicio en el acto médico realizado por la ESE ASSBASALUD a la parte demandante el 5 de abril de 2012, se causó lesiones uterinas e intestinales que haga a esa entidad responsable administrativamente?

Tesis: La Sala defenderá la tesis que la parte actora no demostró que el procedimiento médico legrado por aspiración manual endouterina realizado a la demandante en la Clínica San Cayetano, se hubiese presentado una falla del servicio o contrariado la *lex artis*; así como tampoco que, este haya sido el causante de la lesión puntiforme que presentó en el útero e intestino la señora Maricela Patiño Isaza.

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.

La sentencia de primera instancia analizó el asunto a la luz del título de imputación de falla probada, por cuanto en el *sub lite* se pretende el reconocimiento de unos perjuicios derivados de la mala praxis en la realización de un procedimiento médico llevado a cabo en la Clínica San Cayetano; título de imputación que comparte esta Sala en el entendido que la posición jurisprudencial actual del Consejo de Estado en los casos de falla médica, a diferencia de lo planteado por la parte accionante en el recurso de apelación, es que deben ser revisados bajo este régimen, en el que no solo debe demostrarse la existencia de un daño antijurídico sino también su imputabilidad a la entidad demandada¹.

Esta última posición se puede extraer de la sentencia del Consejo de Estado - Sección Tercera- Subsección B, de fecha 13 de noviembre de 2014, expediente: 31182, radicado 050012331000199903218-0, en los siguientes términos:

Finalmente, en 2006 se abandonó definitivamente la presunción de falla en el servicio para volver al régimen general de falla probada. Actualmente se considera que en materia de responsabilidad médica deben estar acreditados en el expediente todos los elementos que la configuran, esto es, el daño, la actividad médica y el nexo causal entre esta y aquel, sin perjuicio de que para la demostración de este último elemento las partes puedan valerse de todos los medios de prueba legalmente aceptados, falla de la entidad demandada, probabilidad que además fue reconocida por los médicos que laboraban en la institución.

[...]

De manera reciente la Sala ha recogido las reglas jurisprudenciales anteriores, es decir, las de presunción de falla médica, o de la distribución de las cargas probatorias de acuerdo con el juicio sobre la mejor posibilidad de su aporte, para acoger la regla general que señala que en materia de responsabilidad médica deben estar acreditados en el proceso todos los elementos que la configuran, para lo cual se puede echar mano de todos los medios probatorios legalmente aceptados, cobrando particular importancia la prueba indiciaria que pueda construirse con fundamento en las demás pruebas que obren en el proceso, en

¹ “El régimen aplicable al juicio de responsabilidad por falla médica ha variado en la jurisprudencia de esta Corporación a lo largo de los años. Adelantado inicialmente bajo el régimen de falla probada del servicio; adelantado más tarde conforme a los supuestos de la falla presunta del servicio, y sometido después a los lineamientos teóricos de la carga dinámica de la prueba, a partir del año 2006¹ ha estado sujeto al régimen de falla probada del servicio, de modo que en la actualidad, quien demande la reparación de un daño ocasionado como consecuencia del acto médico soporta la carga de probar, no solo la existencia de un daño, sino también su imputabilidad a la entidad que se demanda” - Sección Tercera - SUBSECCIÓN C - 29 de abril de dos mil diecinueve (2019). - Radicación número: 23001-23-31-000-2009-00180-01(55350)

especial para la demostración del nexo causal entre la actividad médica y el daño.

[...]

Por lo anterior, la actividad médica capaz de comprometer la responsabilidad de la administración es la falla probada; sin embargo, no solamente se estructura la responsabilidad cuando se contrarían los postulados de la lex artis o, esto es, por funcionamiento anormal, negligente o descuidado del servicio médico, sino también cuando la actividad que se despliega en condiciones normales o adecuadas puede dar lugar objetivamente a que ello ocurra.

Así las cosas, como esta Subsección lo recordó en sentencia del 29 de julio del 2013, en relación con la carga de la prueba tanto de la falla del servicio como del nexo causal, se ha dicho que corresponde exclusivamente al demandante, pero dicha exigencia se atenúa mediante la aceptación de la prueba indirecta de estos elementos de la responsabilidad a través de indicios. En palabras de la Sala: La responsabilidad estatal por fallas en la prestación del servicio médico asistencial no se deriva simplemente a partir de la sola constatación de la intervención de la actuación médica, sino que debe acreditarse que en dicha actuación no se observó la lex artis y que esa inobservancia fue la causa eficiente del daño. Esa afirmación resulta relevante porque de conformidad con lo previsto en el artículo 90 de la Constitución, el derecho a la reparación se fundamenta en la antijuridicidad del daño, sin que sea suficiente verificar que la víctima o sus beneficiarios no estaban en el deber de probar.

En la motivación del fallo de primer grado se expuso, en síntesis, que en este caso el procedimiento realizado a la demandante había sido un "aspirado manual endouterino" el cual se ciñó a los estándares, protocolos indicados y fue realizado por un médico que tenía la formación para llevarlo a cabo; sumado a que en su criterio este procedimiento no fue el causante de la peritonitis pélvica femenina que padeció la demandante.

En el escrito de apelación se afirmó, que estaba claro según la historia clínica que el procedimiento que se realizó a la señora Patiño Isaza fue un legrado, el cual se denomina así precisamente porque se practica con una legra, instrumento que es capaz de producir la perforación en el útero e intestino que fue encontrada por los médicos del Hospital San Marcos de Chinchiná en el cuerpo de la demandante. Procedimiento que además afirmó solo puede ser llevado a cabo por médicos especialistas en un hospital de mayor nivel de complejidad, no por una persona que se encontraba realizando su año social obligatorio y en centro de salud de primer nivel.

Lo primero que deberá dejar claro la Sala, es que en este caso el título de imputación al cual se debe acudir para resolver el caso, es el de falla probada del servicio, en el cual se debe acreditar el daño antijurídico, la imputación y el nexo causal entre esta y aquel, sin perjuicio de que para la demostración de este último elemento las partes puedan valerse de todos los medios de prueba legalmente aceptados, incluso indiciarios.

El daño

El daño constituye el primer elemento, cuya inexistencia o falta de prueba hace imposible continuar con el análisis de los demás elementos de la responsabilidad extracontractual, ya que este se instituye en el pilar fundamental del deber de responder patrimonialmente, de conformidad con el artículo 90 de la Constitución Política.

Sobre el tema del daño, la Sección Tercera del Consejo de Estado² ha determinado que, “El daño se refiere a aquel evento en el cual se causa un detrimento o menoscabo, es decir, cuando se lesionan los intereses de una persona en cualquiera de sus órbitas, es “la ofensa o lesión de un derecho o de un bien jurídico cualquiera”³.

Sin embargo, para que se declare la responsabilidad del Estado no basta simplemente con demostrar el daño, también es necesario, según los postulados del artículo 90 de la Constitución Política, que el mismo sea antijurídico.

Sobre la antijuridicidad, la misma providencia del Consejo de Estado relacionada en líneas anteriores explicó lo siguiente:

La antijuridicidad⁴ se refiere a aquello que no se tiene la obligación de padecer, al evento que es “contrario a derecho”⁵, “es la contradicción entre la conducta del sujeto y el ordenamiento jurídico aprehendido en su totalidad”⁶, ello se refiere a que se desconozca cualquier disposición normativa del compendio normativo, sin importar la materia o la rama del derecho que se vulnera, puesto que la transgresión a cualquiera de ellas, genera la antijuridicidad

² Providencia del 10 de septiembre de 2014, radicado interno 29590 con ponencia del Consejero Enrique Gil Botero.

³ ORGAZ Alfredo. El daño resarcible. 2ª Edición. Ed. Bibliográfica Omeba, Buenos Aires. Pág. 36. En ese mismo sentido VÁSQUEZ Ferreira Roberto en su obra Responsabilidad por daños. Ed. Depalma, Buenos Aires. Pág. 174 lo definió así: “El daño es la lesión a un interés jurídico.”

⁴ Término que ha sido aceptado por un sector de la doctrina como sinónimo de injusto, y en ciertos eventos de ilícito.

⁵ BUSTOS Lago José Manuel, Ob. cit. Pág. 45.

⁶ Nota del original: “Cfr. BUERES, A. J.: <<El daño injusto y la licitud>> op. Cit., p. 149. En el mismo sentido, entre otros, RODRIGUEZ MOURULLO, G.: Derecho Penal. Parte General, op cit., p. 343: <<Para la determinación de la antijuridicidad resulta decisivo el ordenamiento jurídico en su conjunto>>”. BUSTOS Lago José Manuel. Ob. cit. Pág. 50.

*del daño*⁷.

[...]

Esta Corporación ha entendido el daño antijurídico como “el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo”⁸, como también en los siguientes términos:

“A pesar de que el artículo 90 de la Constitución es claro en señalar que el Estado “responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables”, lo cierto es que en nuestro ordenamiento jurídico no existe definición normativa del concepto de daño antijurídico. Por ello, la jurisprudencia nacional, siguiendo algunos parámetros de la doctrina extranjera, dada la similitud de los artículos 106 de la Constitución Española y 90 de la Constitución Colombiana, ha definido el daño antijurídico como “la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho”⁹; o también se ha entendido como el daño que se produce a una persona a pesar de que “el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carece de ´causales de justificación”¹⁰.

[...]

El daño antijurídico, a efectos de que sea indemnizable, requiere que esté cabalmente estructurado, por tal motivo, se torna imprescindible que se acrediten los siguientes aspectos relacionados con la lesión o detrimento cuya reparación se reclama: i) debe ser antijurídico, esto es, que la persona no tenga el deber jurídico de soportarlo; ii) que se lesione un derecho, bien o interés protegido legalmente por el ordenamiento; iii) que sea cierto, es decir, que se pueda apreciar material y jurídicamente; por ende, no puede limitarse a una mera conjetura.

En el presente caso, el daño se encuentra probado, como lo afirmó la *a quo*, que de la historia clínica se desprende que la demandante padeció una lesión puntiforme, laceraciones en el útero e intestino, las cuales fueron suturadas mediante una laparotomía

⁷ Sobre el concepto de daño antijurídico resulta ilustrativo, la breve reseña que sobre el mismo presentó, Vázquez Ferreira Roberto. Ob. cit. Pág. 128.: “En una primera aproximación, Compagnucci de Caso define a la antijuridicidad como “el acto contrario a derecho, considerado este último concepto como una concepción totalizadora del plexo normativo.”

“Gschntzer entiende por antijuridicidad “una infracción de una norma, ley, contrato, ya norma expresa, ya atentado a la finalidad que la norma persiga o lesiones principios superiores”.

“En el campo penal, Mezger define la antijuridicidad –injusto- como el juicio impersonal- objetivo sobre la contradicción existente entre el hecho y el ordenamiento jurídico.”

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 8 de mayo de 1995, Expedientes Nos. 8118 y 8163 de 13 de julio de 1993, M.P.: Juan de Dios Montes Hernández, reiterado en sentencia del 6 de junio de 2007, expediente No. 16.460, M.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

⁹ Nota del original: “Sentencia del 2 de marzo de 2000, expediente 11945, entre muchas otras.”

¹⁰ Nota del original: “Sentencias del 11 de noviembre de 1999, expediente 11499 y del 27 de enero de 2000, expediente 10867”.

exploratoria que se realizó en el Hospital San Marcos de Chinchiná, lo que claramente da cuenta de una afectación en su salud que no estaba en el deber de soportar, y que deberá estudiarse si es imputable a la entidad demandada.

Imputación

Frente al elemento de la responsabilidad conocido como imputación, se tiene que este consiste en la razón jurídica por la cual una persona -en este caso la demandada- debe reparar el daño antijurídico que se endilga por haber incurrido en una acción u omisión. Sobre el tema la Sección Tercera – Subsección B en providencia del 11 de marzo de 2019, radicado 05001-23-31-000-2007-02647-01(44580) explicó:

En lo relativo a la imputación, se entiende que se trata de la "atribución de la respectiva lesión"¹¹; en consecuencia, "la denominada imputación jurídica (imputatio iure o subjetiva) supone el establecer el fundamento o razón de la obligación de reparar o indemnizar determinado perjuicio derivado de la materialización de un daño antijurídico, y allí es donde intervienen los títulos de imputación que corresponden a los diferentes sistemas de responsabilidad que tienen cabida tal como lo ha dicho la jurisprudencia en el artículo 90 de la Constitución Política"¹².

Al respecto, esta Sección ha reiterado que:

"la imputación fáctica supone un estudio conexo o conjunto entre la causalidad material y las herramientas normativas propias de la imputación objetiva que han sido delineadas precisamente para establecer cuándo un resultado, en el plano material, es atribuible a un sujeto. De otro lado, la concreción de la imputación fáctica no supone por sí misma, el surgimiento de la obligación de reparar, ya que se requiere un estudio de segundo nivel, denominado imputación jurídica, escenario en el que el juez determina si además de la atribución en el plano fáctico existe una obligación jurídica de reparar el daño antijurídico; se trata, por ende, de un estudio estrictamente jurídico en el que se establece si el demandado debe o no resarcir los perjuicios bien a partir de la verificación de una culpa (falla), o por la concreción de un riesgo excepcional al que es sometido el administrado, o de un daño especial que frente a los demás asociados es anormal y que parte del rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas"¹³ (subrayado Sala de Decisión).

¹¹ Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 30 de agosto de 2007; Exp. 15932.

¹² Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 12 de julio de 1993; Exp. 7622.

¹³ Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 9 de junio de 2010; Rad. 1998-0569.

La imputación, como segundo elemento de la responsabilidad que debe analizarse después de la comprobación del daño, supone establecer la relación de causalidad entre el daño y el hecho dañino, así como entre el hecho dañino y el autor. En particular, tratándose de un juicio de responsabilidad estatal que se adelanta frente a una entidad pública, la carga que ostenta la parte demandante es la de demostrar que el daño provino directamente de la acción u omisión de la administración.

Sobre el tema de la carga de la prueba el Máximo Tribunal Administrativo, Sección Tercera – Subsección B, en providencia del 31 de agosto de 2015, dentro del proceso de radicación número 23001-23-31-000-1998-11014-01(36419) precisó:

4.4 Bajo este contexto es importante resaltar, que la carga de la prueba es “una noción procesal que consiste en una regla de juicio, que le indica a las partes la autorresponsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman aparezcan demostrados y que, además, le indica al juez cómo debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos”¹⁴. Sobre este punto se ha referido la Sala Plena en los siguientes términos¹⁵:

“La noción de carga ha sido definida como “una especie menor del deber consistente en la necesidad de observar una cierta diligencia para la satisfacción de un interés individual escogido dentro de los varios que excitaban al sujeto”. La carga, entonces, a diferencia de la obligación, no impone al deudor la necesidad de cumplir—incluso pudiendo ser compelido a ello coercitivamente— con la prestación respecto de la cual se ha comprometido con el acreedor, sino que simplemente faculta —la aludida carga—, a aquél en quien recae, para realizar una conducta como consecuencia de cuyo despliegue puede obtener una ventaja o un resultado favorable, mientras que si no la lleva a cabo, asume la

¹⁴ PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de derecho probatorio. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional. 2007., pág. 249. De manera más detallada el tratadista Devis Echandía expone lo siguiente: “Para saber con claridad qué debe entenderse por carga de la prueba, es indispensable distinguir los dos aspectos de la noción: 1°) por una parte, es una regla para el juzgador o regla del juicio, porque le indica cómo debe fallar cuando no encuentre la prueba de los hechos sobre los cuales debe basar su decisión, permitiéndole hacerlo en el fondo y evitándole el proferir un non liquet, esto es, una sentencia inhibitoria por falta de pruebas, de suerte que viene a ser un sucedáneo de la prueba de tales hechos; 2°) por otro aspecto, es una regla de conducta para las partes, porque indirectamente les señala cuáles son los hechos que a cada una le interesa probar (a falta de prueba aducida oficiosamente o por la parte contraria; cfr., núms. 43 y 126, punto c), para que sean considerados como ciertos por el juez y sirvan de fundamento a sus pretensiones o excepciones.” DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría general de la prueba judicial. Bogotá: Editorial Temis. 2002., pág. 405. De lo anterior, este último autor afirma: “De las anteriores consideraciones, deducimos la siguiente definición: carga de la prueba es una noción procesal que contiene una regla de juicio, por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar cuando no encuentre en el proceso pruebas que le que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitarse las consecuencias desfavorables.” Ídem. pág. 406

¹⁵ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de diciembre 11 de 2007. Radicado 110010315000200601308 00.

responsabilidad de aceptar las consecuencias desventajosas, desfavorables o nocivas que tal omisión le acarree.

“Trayendo este concepto al ámbito del proceso y de la actividad probatoria dentro del mismo, la noción de carga se traduce en que a pesar de que la igualdad de oportunidades que, en materia de pruebas, gobierna las relaciones entre las partes procesales, dicho punto de partida no obsta para que corra por cuenta de cada una de ellas la responsabilidad de allegar o procurar la aportación, al expediente, de la prueba de ciertos hechos, bien sea porque los invoca en su favor, bien en atención a que de ellos se deduce lo que pide o a lo que se opone, ora teniendo en cuenta que el hecho opuesto está exento de prueba —verbigracia, por venir presumido por la ley o por gozar de notoriedad o por tratarse de una proposición (afirmación o negación) indefinida—.”

A partir de esta noción, las partes del proceso conocen desde el principio el comportamiento a seguir, en punto al ejercicio probatorio que requieren desplegar, con el fin de lograr la aplicación de los supuestos normativos que invocan y lograr una decisión favorable a sus intereses. De igual forma aceptan las consecuencias positivas como negativas que finalmente se desprendan, por cuanto, es el producto del debate probatorio que ellos propician y en el que participan en igualdad de condiciones, el que finalmente le permite al funcionario judicial decidir.

Al retomar el material probatorio que reposa en el expediente, está probado que la señora Maricela Patiño Isaza ingresó el día 2 de abril al C.S.S Centro de Assbasalud por un sangrado abundante, que por esta situación fue remitida a la Clínica San Cayetano, también perteneciente a Assbasalud, para continuar con el estudio de la causa de la hemorragia uterina; centro de salud en el cual, luego de realizar una ecografía que fue sufragada por la demandante el día 3 de abril, se pudo determinar que se trataba de un caso de aborto incompleto, por lo que se comenzaron los trámites para realizar una remisión a un centro asistencial de mayor nivel de complejidad para que le fuera realizado un legrado.

En vista de que no se logró la ubicación de la paciente en otro centro asistencial de mayor complejidad, el día 4 de abril se solicitó autorización para la práctica de un “legrado”, según lo consignado en la historia clínica, el cual fue aprobado el día 5 de abril según la anotación de las 7:30 cuando se escribió que fue autorizado “legrado obstétrico por aspiración endouterina”, mismo que fue llevado a cabo por la doctora Laura Gómez González a las 9:53 de ese 5 de abril. En la historia clínica se dejó constancia del

procedimiento realizado como “aspirado manual endouterino”, el cual se efectuó con jeringa de aspiración y cureta de Karman número 6 sin complicación alguna, por lo que se ordenó dar salida con ampicilina por 3 días y control luego de terminar el ciclo de antibióticos.

El día 6 de abril, después de 18 horas de haber practicado el aspirado manual endouterino, regresó la demandante a la Clínica San Cayetano con un fuerte dolor abdominal. Al ser valorada por el médico de turno se evidenció con la especuloscopia salida de material purulento desde la cavidad uterina, movilización de cuello extremadamente dolorosa al igual que dolor a la palpación del útero, por lo que inició suministro de antibiótico al diagnosticar peritonitis pélvica aguda femenina y también se ordenó la remisión de la paciente al tercer nivel, lo cual se logró el día 7 de abril al Hospital San Marcos de Chinchiná.

En el Hospital San Marcos de Chinchiná fue recibida la paciente el día 7 de abril de 2012, y tras ser valorada por obstetricia y realizar ecografía, se evidenció hematómetra mínima con diámetro endometrial máximo de 6.2 mm, por lo que se ordenó fuera valorada por cirugía general a través de una laparotomía exploratoria, la cual se realizó el día 8 de abril y arrojó como anotación en la historia clínica que se evidenció laceración uterina que fue suturada por ginecología, y lesión sobre borde antimesentérico puntiforme drenando material intestinal en escasa cantidad al cual también se le realizó sutura; la paciente permaneció hospitalizada por unos días más.

Asegura entonces la parte demandante que lo que se le realizó a la señora Patiño Isaza fue un legrado, procedimiento en el cual se utiliza una legra, que es un instrumento capaz de causar una lesión como la encontrada en su cuerpo por médicos del Hospital San Marcos de Chinchiná tras realizar la laparotomía exploratoria; y que en consecuencia Assbasalud tiene responsabilidad por cuanto la Clínica San Cayetano no es un centro asistencial en el cual se puedan llevar a cabo este tipo de procedimientos, y menos por una doctora que no es especialista.

En relación con lo afirmado por la parte actora, debe advertirse que aunque ella insiste en que el procedimiento realizado en este caso fue un legrado, lo que evidencia la Sala de la historia clínica es que aunque en varios acápite se refieren al término “legrado”, lo cierto es que lo realizado fue un “aspirado manual endouterino” el cual utiliza dos instrumentos, una jeringa y una cureta de Karman, mismos que según lo explicado por el perito que rindió

dictamen son elementos de plástico, uno de ellos con punta redonda, que en su experiencia como galeno especialista en obstetricia no causarían lesiones de este tipo; lo cual se confirma con el testimonio del médico Oscar Alonso Díaz Marín, quien aunque no es médico especialista en este tema aseguró tener experiencia en realizar aspirados endouterinos.

Aunque el doctor Luis Fernando Estrada Naranjo, médico que también rindió declaración, indica que en su criterio una lesión como la padecida por la demandante sí puede ser causada por el procedimiento realizado, aclaró que no es médico especialista, no maneja la realización de legrados y tampoco conoce el instrumental que se usa; sumado a que después de leer la intervención realizada por la doctora Laura Gómez González, afirmó que no evidenció irregularidad alguna. Por ello, su dicho queda sin respaldo alguno.

Comparte entonces este Tribunal la afirmación que realizó el *a quo*, en el sentido que el procedimiento realizado a la parte demandante según la historia clínica y la experticia realizada fue un aspirado manual endouterino, ya que no se puede concluir de manera irrefutable, como al parecer lo quiere la parte actora, que porque la demandante presentó una laceración uterina y en el intestino, el único procedimiento posible de ser realizado fue un legrado, más cuando no hay la más mínima prueba en el expediente de este, aparte de las referencias que se hacen en la historia clínica de que se solicitó autorización para un "legrado", y que se autorizó un "legrado por aspiración endouterina".

Al dejar claro entonces que el procedimiento realizado a la señora Maricela Patiño Isaza fue un aspirado endouterino, también comprueba la Sala que el mismo se practicó de conformidad con la *lex artis*, pues de ello no solo da cuenta el documento aportado por la demandada que establece el protocolo que para Assbsalud se manejaba para la realización de legrado uterino obstétrico y ginecológico, el cual se acompasa con lo plasmado en la historia clínica por el médico el día 5 de abril de 2012, sino también en el dicho del perito quien es Ginecobstetra e incluso ha realizado capacitaciones en Assbasalud para enseñar el método de aspiración manual endouterino (AMEU), el cual aclaró que puede ser realizado por médicos generales en hospitales de primer nivel.

No puede tampoco pasar por alto esta Sala, que en este caso al no ser posible la remisión de la paciente a un centro asistencial de mayor nivel de atención, y en vista de que la demandante tenía un sangrado abundante que debía ser detenido pues de lo contrario se podría presentar un riesgo para su vida por infección, pues tenía un aborto incompleto, o

por shock hipovolémico por la hemorragia, se optó por llevar a cabo el AMEU, que en su caso era un procedimiento aceptado para detener la hemorragia y retirar los restos que quedan del aborto, es decir, para limpiar la cavidad uterina.

Por otro lado, en cuanto a la médica que realizó el procedimiento, debe advertirse que se evidenció que no solo había asistido a capacitaciones para entrenarse en este tipo de aspiraciones endouterinas; sino que, además, aunque en el sello que fue plasmado en la historia clínica se informa que se encontraba realizando el año social obligatorio, de ello no se concluye que no fuera idónea para efectuar el aspirado endouterino, por cuanto ese año social obligatorio, según el artículo 4 de la Resolución 1058 de 2010, se cumplirá por única vez con posterioridad a la obtención del título profesional en medicina, odontología, enfermería y bacteriología; es decir, en este caso se trataba de una médica que ya había culminado sus estudios en medicina.

En atención a lo ocurrido, se puede arribar a la conclusión de que el procedimiento efectuado a la señora Maricela Patiño Isaza se ajustó a las guías y protocolos que para el aspirado manual endouterino se ha establecido, y que la profesional que lo efectuó contaba con la idoneidad para hacerlo.

Aunque no se puede desconocer que la demandante sí presentó una laceración en su útero e intestino, que claramente podría llevar a pensar que fue consecuencia del procedimiento que horas antes se le había realizado en la Clínica San Cayetano, lo cierto es que, en este caso, según los expertos, no concuerda el tipo de herida que tenía en su útero e intestino con los implementos que en el aspirado manual endouterino se utilizan.

Sumado a que para la Sala se genera una duda muy grande sobre el tiempo de evolución de la herida en el útero e intestino de la demandante, ya que uno de los especialistas deja entrever que una infección de ese tipo puede tener pocas horas de iniciación, pero otro afirma que para evidenciar material purulento debe transcurrir más tiempo, incluso días, pues primero debe existir un proceso inflamatorio en los tejidos de donde sale el material, el cual atrae la presencia de glóbulos blancos que son los que dan ese color amarillo o verde. Esta incógnita no fue despejada por la parte demandante de ninguna manera, para así determinar la relación de causalidad entre el AMEU y la laceración que presentó la accionante, que por el contrario probó la llamada en garantía no tendría relación de causalidad con el procedimiento.

El Consejo de Estado en providencia de la Sección Tercera – Subsección A, del 8 de mayo de 2019, radicado 05001-23-31-000-2006-03681-01(40950), en un caso de responsabilidad médica adujo:

*Para esto último, debe tenerse en cuenta que, según la posición jurisprudencial reiterada de la Corporación, “la práctica médica debe evaluarse desde una perspectiva de medios y no de resultados, lo que lleva a entender que el galeno se encuentra en la obligación de practicar la totalidad de procedimientos adecuados para el tratamiento de las diversas patologías puestas a su conocimiento, procedimientos que, por regla general, conllevan riesgos de complicaciones, situaciones que, de llegar a presentarse, obligan al profesional de la medicina al agotamiento de todos los medios a su alcance, conforme a la *lex artis*, para evitar daños mayores y, de así hacerlo, en ningún momento se compromete su responsabilidad, incluso en aquellos eventos en los cuales los resultados sean negativos o insatisfactorios para la salud del paciente, a pesar de haberse intentado evitarlos en la forma como se deja dicho”¹⁶.*

Es importante recordar que la imputación fáctica del daño y la falla del servicio no pueden ser analizadas desde una perspectiva ideal, crítica o abstracta del funcionamiento del servicio, sino que requieren ser estudiadas desde un ámbito real que consulte las circunstancias de tiempo, modo, lugar y capacidad operativa o funcional de la administración pública al momento de la producción del daño.

En este caso, observa la Sala que en la clínica San Cayetano de Assbasalud se optó por realizarle a la demandante un procedimiento que estaban en capacidad de llevar a cabo en aras de salvar su vida, aspirado manual endouterino, el cual se efectuó de conformidad con los protocolos y un médico que tenía la preparación para efectuarlo, es decir, se acompañó con lo que la *lex artis* ha establecido.

En tal sentido, no se demostró el elemento imputación del daño a Assbasalud, ya que la parte demandante ninguna actividad probatoria desplegó para demostrar la falla del servicio y la conexión entre esta y el daño antijurídico padecido por la demandante, y por ello debe confirmarse la sentencia de primera instancia.

Por sustracción de materia, no se resolverán los demás problemas jurídicos.

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 24 de marzo de 2011 (expediente 18947).

Conclusiones

Al no haber demostrado la parte demandante la imputación del daño antijurídico a la entidad demandada, se confirmará la sentencia de primera instancia que negó pretensiones, la cual fue proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales el día 21 de junio de 2019.

Costas

En el presente asunto, de conformidad con el artículo 188 del CPACA, se condenará en costas de segunda instancia a la parte demandante, en atención a que la demandada se vio en la necesidad de asumir el pago de honorarios, gastos procesales y de todas las expensas que se generan con un proceso judicial, lo cual se comprueba con la presentación de alegatos en segunda instancia; mismas, que se liquidarán conforme al artículo 366 del Código General del Proceso.

Las agencias en derecho se tasan en un valor de \$616.000 M/CTE a favor de la demandada, de conformidad con el artículo 6 numeral 3.1.3 inciso 2 del Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura.

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

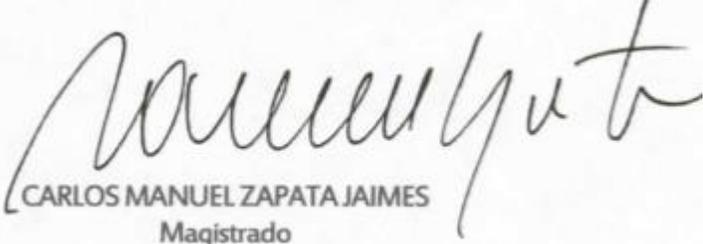
PRIMERO: CONFIRMAR la providencia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales el día 21 de junio de 2019 en el proceso de **REPARACIÓN DIRECTA** promovido por **MARICELA PATIÑO ISAZA**, quien actúa en nombre propio y en representación de sus hijas **MARÍA FERNANDA SALAZAR PATIÑO**, **NICOL DAHIANA SALAZAR PATIÑO**, **YENIFER TATIANA SALAZAR PATIÑO** Y **DANIELA ALEXANDRA SALAZAR PATIÑO**, Y LA SEÑORA **MARÍA DORA ISAZA DE PATIÑO** contra **ASSBASALUD E.S.E**, y como llamadas en garantías **SEGUROS DEL ESTADO**, **LAURA GÓMEZ GONZÁLEZ** Y **EPS SALUD CÓNDOR SA**, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Costas de la segunda instancia a cargo de la parte demandante, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma dispuesta en el Código General del Proceso. Se fijan agencias en derecho por valor de \$616.000 a favor de Assbasalud E.S.E.

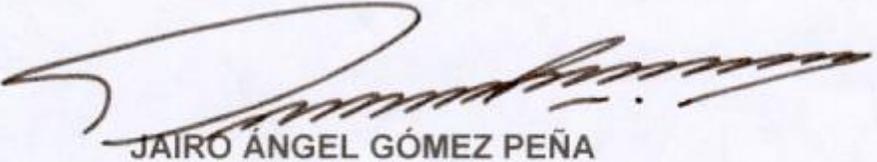
TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, envíese el expediente al juzgado de origen; háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático "Justicia Siglo XXI".

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Virtual realizada el 20 de agosto de 2020 conforme Acta n° 041 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. 109 del 24 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 center.

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, veinte (20) de agosto de dos mil veinte (2020)

PROCESO No.	17-001-33-39-007-2018-00126-02
CLASE	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	CARLOS ARTURO BEDOYA
ACCIONADO	NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

Procede el Tribunal Administrativo de Caldas a dictar sentencia de segunda instancia, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por el demandante, contra el fallo que negó a pretensiones, proferido por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, l 18 de julio de 2019, dentro del proceso de la referencia.

PRETENSIONES

Solicitó declarar la nulidad parcial de la Resolución n°1739-6 del 9 de febrero de 2018, en cuanto negó el reconocimiento y pago del reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme lo establecido en la Ley 71 de 1988.

Que, como consecuencia de la declaración de nulidad, se declare que se tiene derecho al reajuste conforme lo establece la Ley 71 de 1988.

A título de restablecimiento solicita se ordene el reconocimiento y pago de la diferencia entre lo pagado y lo que se le ha debido cancelar, a partir del año 1997.

Se ordene el cumplimiento del fallo en los términos del artículo 192 y siguientes del CPACA.

HECHOS

El señor CARLOS ARTURO BEDOYA FORERO al cumplir con los requisitos de ley le fue reconocida una pensión mediante la Resolución n° 009693 del 17 de junio de 1997, por

valor de \$670. 540.00. , con los reajustes previstos en la Ley 71 de 1988 y 238 de 1995, disposiciones aplicables a la Ley 6 de 1945; 33 de 1985; 91 de 1989; 238 de 1995; 812 de 2003; y Decreto 3752 de 2003.

Esbozó que tiene derecho a que se le reajuste la pensión teniendo en cuenta el porcentaje establecido con base en el salario mínimo mensual legal vigente, conforme lo prevé la Ley 71 de 1988, por remisión expresa del artículo 279 de la Ley 100 de 1993.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Consideró como violados los artículos 53 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.

Señala que se vulneró el artículo 53 de la Constitución Política, al no haber tomado el porcentaje del incremento del salario mínimo vigente para los años 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014, 2015, 2016, 2017, y 2018.

Hace un análisis de las normas que regulan 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.

Se apoya en el contenido del 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 lo caracteriza.

Indicó que se vulneró el principio de favorabilidad, al omitir el estudio de la normativa prevista en las Leyes 71 de 1989 y 238 de 1995, al no ajustar las mesadas pensionales al ajuste del salario mínimo legal.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

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

Propuso los siguientes medios exceptivos:

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 – LITIS CONSORCIO NECESARIO: consideró debe llamarse como litisconsorte necesario en virtud de las Leyes 715 de 2001, 91 de 1989, 60 de 1993, y conforme al trámite previsto en el Decreto 2831 de 2005, 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: Por cuanto en armonía a lo preceptuado en el artículo 52 de la Ley 962 de 2005, la Ley 715 de 2001, le asignó al Ministerio la función de ser ente rector de las políticas educativas, por tanto, no presta el servicio de educación, ni administra las plantas de personal, como tampoco es empleador de los docentes 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: 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.

CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO: aduce que la Acción de Nulidad y Restablecimiento de Derecho se ejerce no solo para garantizar el principio de legalidad en abstracto, sino que con ella también se pretende la defensa de un interés particular que ha sido vulnerado por la expedición del acto administrativo.

INEXISTENCIA DE LA CAUSA POR INEXISTENCIA 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 de 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.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 18 de julio de 2019, negó las pretensiones de la demanda.

La juez de instancia 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 esta disposición, y la Ley 238 de 1995.

Con apoyo en el pronunciamiento jurisprudencial proferido en las sentencias del 14 de junio y del 17 de agosto del 2017 por el Honorable Consejo de Estado, precisó que la norma contenida en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988 tuvo vigencia hasta que comenzó a regir el art. 14 de la Ley 100 de 1993, norma que por demás es aplicable a las pensiones; y de la Honorable Corte Constitucional en sentencia C-387 del 2017, 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.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte actora precisó sobre la excepción del régimen general de pensiones y su aplicación, en armonía desde el principio de favorabilidad pensional, contemplado para los docentes vinculados antes de la Ley 812 de 2003, bajo la previsión establecida en el Ley 71 de 1988.

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 las 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, los docentes afiliados hasta la expedición de la Ley 812 de 2003 se encontraban bajo la disposición contenida en la Ley 91 de 1989 y Ley 71 de 1988 para el reajuste de las pensiones; luego, con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003, se reajusta la prestación al Índice de Precios al Consumidor; en consecuencia, dado que el actor fue vinculado antes del 27 de junio de 2003, el régimen que se debe aplicar es el previsto en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988.

Insistió que conforme a lo previsto en los artículos 40 y 41 del Decreto 692 de 1994; y la sentencia C-432 de 2004, y sentencia de unificación 014-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019, si bien, existe dos regímenes pensionales, a los docentes vinculados con anterioridad al 27 de junio de 2003, se debe aplicar la Ley 71 de 1989, reajustando la pensión al salario mínimo legal mensual vigente.

Solicitó inaplicar con efectos inter partes los actos administrativos demandados, conforme lo prevé el artículo 4 de la Constitución Política y 148 de CPACA, por vulnerar los artículos 48 y 53 de la Carta Política y 1 de la Ley 71 de 1988; y con base en el artículo 91 del CPACA, aludió a la eficacia del acto administrativo; y en consecuencia al reconocimiento de las pretensiones de la demanda.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante: se ratificó en los argumentos expuestos en la demanda.

Ministerio de Educación Nacional - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio: guardó silencio.

Ministerio Público: guardó silencio.

CONSIDERACIONES

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

Problema jurídico

¿Tiene derecho la parte demandante al reconocimiento y pago del reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme lo establece la Ley 71 de 1988, teniendo en cuenta la variación del salario mínimo legal mensual vigente?

Lo probado

Se encuentra probado dentro del expediente:

- Que mediante la Resolución n° 009693 del 17 de junio de 1997, reconoció la pensión de jubilación por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio a favor del señor CARLOS ARTURO BEDOYA FORERO, en cuantía de \$670.053.00. (fol. 18-19, C.1)
- Que mediante la Resolución n° 1739 del 9 de febrero de 2018, se niega el reajuste periódico de la pensión de jubilación con base en el incremento del salario mínimo mensual legal vigente al docente BEDOYA FORERO. (fol. 16-17, Ibídem).
- Certificación expedida por la Fidupervisora de extractos de pagos de los años 1997 al 2017, en la que consta las mesadas percibidas y los descuentos por concepto de salud sobre las mesadas ordinarias y adicionales. (fol. 20 a 24, C.1).

Fundamento jurídico

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 1993¹, 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”.

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

¹ http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html#1

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.”
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=1165>

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 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.

Luego, el artículo 1 de la Ley 71 de 1988⁴ 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, y 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”.

³ Ley 71 de 1988 *por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras*
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=307>

⁴ Ley 71 de 1988 *por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones,*
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=307>

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.

Posteriormente, el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 dispuso un ajuste de las pensiones con base en la variación del Índice de Precios al Consumidor –IPC-, excepto aquellas pensiones iguales al salario mínimo que se incrementaban conforme al mismo:

“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.”-sft-

Esta disposición fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-387 de 1994⁵, donde señaló que el incremento por el IPC o por el salario mínimo cumplen el objetivo del reajuste periódico de las pensiones, y es facultad del legislador determinar el mismo:

*“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

⁵ Corte Constitucional sentencia C- 387 de 1994; MP. Dr. Carlos Gaviria Díaz, 1 de septiembre de 1994; REF.: expediente No. D-529. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/c-387-94.htm>

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

“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 las pensiones que se encuentran en debilidad manifiesta frente a los demás ciudadanos; y que el aumento en el índice de precios al consumidor para los demás pensionados, se ajusta a factores circunstancias económicas y políticas.

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 Estado⁶, 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 del 19 de diciembre de 1988, y que esto es aplicable a las pensiones causadas con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993:

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

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

⁶ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION SEGUNDA - SUBSECCION A- Consejero ponente: WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ - Bogotá, D.C., diecisiete (17) de agosto de dos mil diecisiete (2017) -Radicación número: 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14). <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2102915>

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”

Del 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, el 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, esta norma quedó derogada por aquella, 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 1989 al ajuste de la mesada pensional, en armonía con el principio de favorabilidad, es pertinente traer a colación el pronunciamiento expuesto por la Máxima Corporación 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.”

De otra parte, la Ley 100 de 1993 en su artículo 279 contempló los regímenes exceptuados, entre otros el personal docente vinculado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio:

“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. (...)"

Este artículo fue adicionado por la Ley 238 de 1995⁷, que dispuso la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 a los regímenes exceptuados previstos en dicha disposición; o sea, el incremento de las pensiones conforme al IPC:

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

*"Párrafo 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**".*

De esta manera, el incremento de las pensiones de los docentes pensionados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 no se rige por el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, toda vez que el factor de incremento anual de las pensiones no forma parte del Régimen Pensional por el cual se rigen los docentes, como son la edad, el monto, el ingreso base de liquidación y la tasa, y como lo señaló el Consejo de Estado⁸.

Además, lo referente a reajustes de la mesada pensional no es tema que pueda considerarse un derecho adquirido, por lo que el legislador está habilitado para modificar las normas que consagran la proporción del aumento anual. Es del caso agregar que la norma que pretende la parte demandante que se aplique al incremento de su mesada, el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, fue derogado por la Ley 100 de 1993.

Lógicamente, 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.

En consecuencia, conforme a los pronunciamientos jurisprudenciales citadas se tiene que, la Constitución Política facultó al legislador bajo su autonomía, de fijar el reajuste periódico de las pensiones, teniendo en cuenta el índice de precios al consumidor,

⁷ Ley 238 de 1995; http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0238_1995.html

⁸ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION SEGUNDA - SUBSECCIÓN A- Consejero ponente: WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ - Bogotá, D.C., diecisiete (17) de agosto de dos mil diecisiete (2017) -Radicación número: 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14). <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2102915>

parámetro que se adoptó obedeciendo a las satisfacciones de las necesidades del orden familiar, material, social, cultural y educativo, y con el fin de garantizar los fines del salario mínimo, en aras de actualizar el monto de las pensiones y de contrarrestar el fenómeno de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

En ese orden de ideas, considera la Sala que no se encuentra demostrada la vulneración de los derechos invocados en la parte actora, dado que, conforme a los presupuestos normativos y jurisprudenciales antes citados, se observa que 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, norma derogada por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

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

COSTAS EN ESTA INSTANCIA.

En segunda instancia pese a que se confirma la sentencia recurrida, no se condenará en costas toda vez que, la parte demandada no ejerció actuación alguna en la segunda instancia.

Por lo discurrido, la **SALA PRIMERA DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

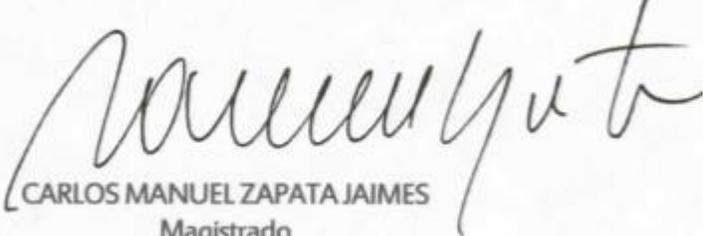
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia dictada por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales el 18 de julio de 2019 en el proceso que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuso **CARLOS ARTURO BEDOYA FORERO** en contra de la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**.

SEGUNDO: SIN CONDENAR EN COSTAS conforme a los argumentos expuestos.

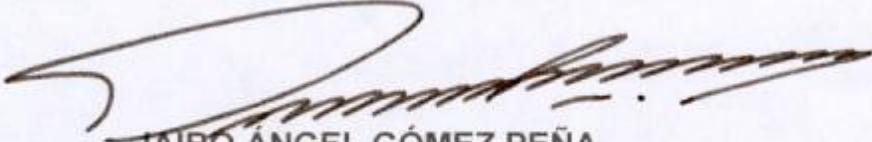
TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

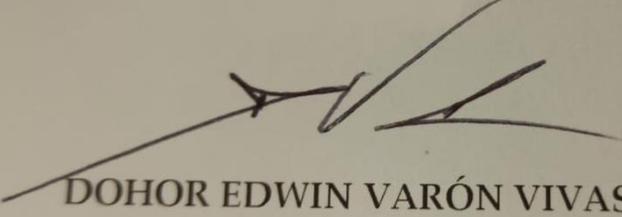
Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Virtual celebrada del 20 de agosto de 2020 conforme Acta n° 041 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
Magistrado

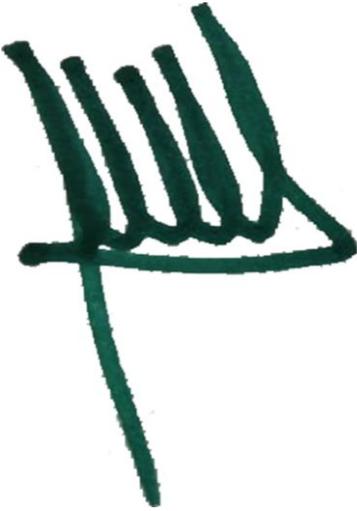


DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No.109 del 24 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

-Sala de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.I.: 215

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

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n° 044 del veintiuno (21) de agosto de 2020

Manizales, veintiuno (21) 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 12 de abril de 2019, la señora Mery Bedoya Serna, 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 del acto ficto originado en la petición del 10 de noviembre de 2017, por la cual se reconoció el ajuste a la cesantía definitiva, omitiendo el reconocimiento de la sanción por mora.

Por auto del 10 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.

¹ En adelante FOMAG

² Artículo 3 del Decreto 1365 de 2013

En oficio presentado el 27 de febrero de 2020, la apoderada de la parte accionante manifestó su intención de desistir de las pretensiones en el presente asunto, solicitando adicionalmente que la parte demandante no sea condenada en costas (fl. 47).

A través de auto de fecha 29 de julio del presente año, se ordenó que por la secretaría de esta Corporación se corriera traslado a la contraparte de la manifestación de desistimiento presentada por la demandante.

De la solicitud de desistimiento se corrió traslado a la parte demandada como se evidencia en la constancia secretarial que obra en medio electrónico, 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

³ En adelante, CPACA.

⁴ En adelante, CGP.

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.

El desistimiento de la demanda principal no impide el trámite de la reconvección, 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 2. 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 45 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

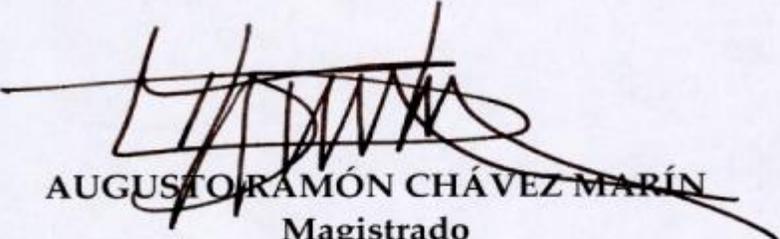
Primero. ACEPTAR el desistimiento de las pretensiones de la demanda, presentado por la señora Mery Bedoya Serna, dentro del proceso originado por el ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de la referencia.

Segundo. Ejecutoriado este auto, **DEVUÉLVANSE** las copias de la demanda y sus anexos al interesado.

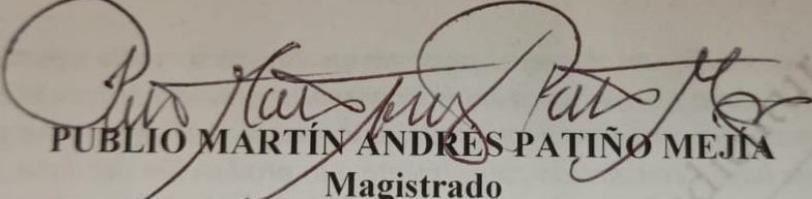
Tercero. NO CONDENAR en costas a la parte demandante, por las consideraciones efectuadas.

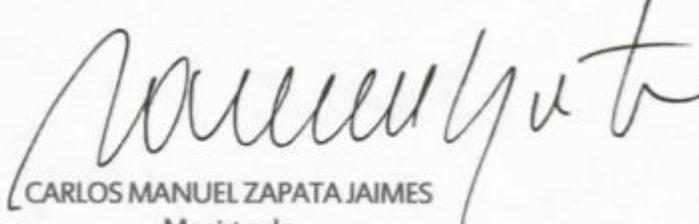
Cuarto. NOTIFÍQUESE el presente auto por estado electrónico, según lo dispone el inciso 3º del artículo 201 del CPACA.

Notifíquese y cúmplase



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado


PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado


CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

No. 109
FECHA: 24 de agosto de 2020



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.I.: 216

Asunto:	Abstención de práctica de prueba testimonial
Medio de control:	Nulidad Electoral
Radicación:	17001-23-33-000-2019-00574-00
Demandante:	María Dorys López de Arias
Demandados:	Miguel Ángel Franco Betancur (concejal del Municipio de Pácora) y otros

Manizales, veintiuno (21) de agosto de dos mil veinte (2020).

ASUNTO

Encontrándose el proceso de la referencia a Despacho para fijar nueva fecha para llevar a cabo la audiencia de pruebas que había sido programada dentro del proceso de la referencia y que no pudo realizarse a raíz de la suspensión de términos judiciales en el marco de la emergencia sanitaria decretada por el Gobierno Nacional, procede el suscrito Magistrado a pronunciarse en relación con la procedencia de practicar una de las pruebas decretadas en este asunto.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

En audiencia inicial del 17 de febrero de 2020, se decretó el testimonio solicitado por la parte actora para que el señor Leonardo Franco Pérez declarara en relación con la reclamación presentada por la demandante ante la Comisión Escrutadora Municipal, así como respecto de las circunstancias de tiempo, modo y lugar narradas en la demanda.

Según el artículo 165 del Código General del Proceso, uno de los medios mediante los cuales el juez puede llegar a tener conocimiento de los hechos relevantes para el proceso es a través de la “*declaración de terceros*”, también conocidos como testimonios.

Acudiendo a la doctrina, el Consejo de Estado ha señalado¹ que *“Esta clase de prueba ha sido definida como: “una declaración de una o varias personas naturales que no son partes del proceso y que son llevadas a él para que con sus relatos ilustren los hechos que interesen al mismo, para efectos de llevar certeza al juez acerca de las circunstancias que constituyen el objeto del proceso”²”*.

Dado que la nulidad del acto electoral en este asunto se fundamenta en la causal prevista en el numeral 3 del artículo 275³ del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA⁴, el Despacho tuvo como demandados a los demás elegidos al Concejo Municipal de Pácora, atendiendo lo dispuesto por el literal d) del numeral 1 del artículo 277⁵ *ibídem*.

Al revisar la información allegada por el Concejo Municipal de Pácora, visible en los documentos identificados con los números 10 y 11 del expediente digital, advierte el suscrito Magistrado que el señor Leonardo Franco Pérez hace parte de los concejales de dicho municipio y, en tal sentido, conforme a la normativa mencionada anteriormente, aquel tiene la calidad de demandado en el presente asunto.

En ese entendimiento, considera el Despacho que aunque el testimonio del señor Leonardo Franco Pérez fue decretado, la práctica del mismo no es procedente, en tanto la persona que rendiría la correspondiente declaración no es un tercero ajeno al proceso.

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejero Ponente (E): Alberto Yepes Barreiro. Auto del 5 de marzo de 2015. Radicado número: 11001-03-28-000-2014-00111-00.

² Cita de cita: López Blanco, Hernán Fabio, Procedimiento Civil, Tomo 3 “pruebas”, Segunda Edición, Dupré Editores, 2008 pág. 181

³ **“ARTÍCULO 275. CAUSALES DE ANULACIÓN ELECTORAL.** Los actos de elección o de nombramiento son nulos en los eventos previstos en el artículo 137 de este Código y, además, cuando: (...)

3. Los documentos electorales contengan datos contrarios a la verdad o hayan sido alterados con el propósito de modificar los resultados electorales”.

⁴ En adelante, CPACA.

⁵ **“ARTÍCULO 277. CONTENIDO DEL AUTO ADMISORIO DE LA DEMANDA Y FORMAS DE PRACTICAR SU NOTIFICACIÓN.** Si la demanda reúne los requisitos legales se admitirá mediante auto, en el que se dispondrá:

1. Que se notifique personalmente al elegido o nombrado, con sujeción a las siguientes reglas:

(...)

d) Cuando se demande la elección por voto popular a cargos de corporaciones públicas con fundamento en las causales 1, 2, 3, 4, 6 y 7 del artículo 275 de este Código relacionadas con irregularidades o vicios en la votación o en los escrutinios, caso en el cual se entenderán demandados todos los ciudadanos elegidos por los actos cuya nulidad se pretende, se les notificará la providencia por aviso en los términos de los literales anteriores”.

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas,

RESUELVE

Primero. **ABSTENERSE** de practicar la prueba testimonial decretada en audiencia inicial en el marco del medio de control de nulidad electoral de la referencia, en relación con el señor Leonardo Franco Pérez.

Segundo. Ejecutoriado este auto, **REGRESE** inmediatamente el expediente al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia para resolver lo pertinente.

Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS <u>NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO</u> No. 109 FECHA: 24 de agosto de 2020  HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA Secretario

CONSTANCIA SECRETARIAL: A despacho del Señor Magistrado, proceso en primera instancia, después de haberse surtido el traslado de pruebas documentales durante los días 31 de julio, 03 y 04 de agosto de 2020. Pasa a decidir sobre el traslado de alegatos.

Agosto veintiuno (21) de 2020.



HECTOR JAIME CASTRO CASATÑEDA
Secretario.

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 17001-23-33-000-2017-00566-00
Demandante: GERMÁN VALENCIA OCAMPO Y OTROS
Demandado: FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Unitaria

Manizales, veintiuno (21) de agosto de dos mil veinte (2020). A.S. 126

Al hacerse innecesario en el presente caso realizar audiencia de alegaciones y juzgamiento, de conformidad con lo establecido en el inciso final del artículo 181 del CPACA, córrase el término de **diez (10) días** de traslado a las partes y al Ministerio Público, para que presenten sus alegatos de conclusión.

Notifíquese por estado electrónico a las partes, a las cuales se les enviará una vez surtido éste, según lo dispone el inciso 3º del artículo 201 de CPACA.

Notifíquese y cúmplase



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 109

FECHA: 24/08/2020



HECTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA

Secretario

Firmado Por:

PUBLIO MARTIN ANDRES PATIÑO MEJIA

MAGISTRADO

**MAGISTRADO - TRIBUNAL 006 ADMINISTRATIVO MIXTO DE LA CIUDAD DE MANIZALES-
CALDAS**

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

Código de verificación:

3dea18c4d0e65554b6e9d4e593866fef296f8f1da5f95d73e1cc4da1d625d4a

Documento generado en 21/08/2020 02:13:26 p.m.

CONSTANCIA SECRETARIAL: Informo al Señor Magistrado, que correspondió por reparto el presente proceso; está pendiente de aceptar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia. Pasa a despacho el expediente para resolver.

Agosto veintiuno (21) de 2020.



HECTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario.

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 17001-33-39-006-2018-00464-02
Demandante: JUDITH GUTIERREZ LEAL
Demandado: MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL-FNPSM



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Unitaria

Manizales, veintiuno (21) de agosto de dos mil veinte (2020)

A.S. 125

De conformidad con lo estipulado en el numeral 3 del artículo 247 del CPACA, se admite el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales el 06 de noviembre de 2019, al haberse interpuesto de manera oportuna, toda vez que el memorial se radicó el 12 de noviembre de 2019, es decir dentro de los 10 días siguientes a la notificación de la sentencia.

Vencido el término de ejecutoria de la admisión y en el caso de no allegarse por las partes solicitudes, práctica o decreto de pruebas, concédase el término de diez (10) días para presentar los alegatos de conclusión.

Vencido el término concedido a las partes, el señor Agente del Ministerio Público dispone igualmente de diez (10) días para emitir su concepto.

Notifíquese personalmente al Señor Agente del Ministerio Público y por estado electrónico a las demás partes, a las cuales se le enviará el mensaje de datos según lo dispone el inciso 3º del artículo 201 del CPACA.

Notifíquese y cúmplase



PABLO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 109

FECHA: 24/08/2020



HECTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA

Secretario

Firmado Por:

PUBLIO MARTIN ANDRES PATIÑO MEJIA

MAGISTRADO

**MAGISTRADO - TRIBUNAL 006 ADMINISTRATIVO MIXTO DE LA CIUDAD DE MANIZALES-
CALDAS**

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

Código de verificación:

f99ce8163c1b03144bcf91be187f2768d1a43adc93c2fd1b48a688a4500c7836

Documento generado en 21/08/2020 02:13:57 p.m.

CONSTANCIA SECRETARIAL: A despacho del Señor Magistrado, proceso en primera instancia, después de haberse surtido el traslado de pruebas documentales durante los días 06, 10 y 11 de agosto de 2020. Pasa a decidir sobre el traslado de alegatos. El término para pronunciarse sobre las pruebas se extendió hasta el 19 de agosto, debido al cierre de las sedes judiciales (Covid-19).

Agosto veintiuno (21) de 2020.



HECTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario.

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 17001-23-33-000-2019-00052-00
Demandante: LUIS EVELIO MARTINEZ ARIAS
Demandado: SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Unitaria

Manizales, veintiuno (21) de agosto de dos mil veinte (2020). A.S. 127

Al hacerse innecesario en el presente caso realizar audiencia de alegaciones y juzgamiento, de conformidad con lo establecido en el inciso final del artículo 181 del CPACA, córrase el término de **diez (10) días** de traslado a las partes y al Ministerio Público, para que presenten sus alegatos de conclusión.

Notifíquese por estado electrónico a las partes, a las cuales se les enviará una vez surtido éste, según lo dispone el inciso 3º del artículo 201 de CPACA.

Notifíquese y cúmplase



Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 109

FECHA: 24/08/2020



HECTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA

Secretario

Firmado Por:

PUBLIO MARTIN ANDRES PATIÑO MEJIA

MAGISTRADO

**MAGISTRADO - TRIBUNAL 006 ADMINISTRATIVO MIXTO DE LA CIUDAD DE MANIZALES-
CALDAS**

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

Código de verificación:

1d1aff64d48ceb731acd85fafca23f6807472b8597de5d2095763937a30262c2

Documento generado en 21/08/2020 02:14:25 p.m.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, veinte (20) de agosto de dos mil veinte (2020)

PROCESO No.	17-001-33-33-004-2018-00132-02
CLASE	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	ALBA MARINA JIMÉNEZ DE MORENO
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 el demandante, contra el fallo que negó a pretensiones, proferido por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, en audiencia inicial celebrada el 7 de marzo de 2019, dentro del proceso de la referencia.

PRETENSIONES

1. Solicitó declarar la nulidad parcial de la Resolución nro. 1737-6 del 9 de febrero de 2018, en cuanto negó el reconocimiento y pago del reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme lo establecido en la Ley 71 de 1988.
2. Que se declare que la actora tiene derecho a que la entidad demandada le reconozca y pague el reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme lo establece la Ley 71 de 1988.

A título de restablecimiento del derecho:

1. Condenar a la entidad demandada a que reconozca y pague la diferencia entre lo pagado y lo que se ha debido pagar desde el año siguiente al inicio del disfrute de la pensión de jubilación, es decir, desde el año 2004.

2. Condenar a la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a que dé cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del CPACA.
3. Condenar a la demandada en los términos del artículo 188 del CPACA.
4. Que en el evento de que se disponga la citación al trámite a la entidad territorial de la cual hace parte la Secretaría de Educación que expidió el acto administrativo, se resuelva su situación jurídica en el tema debatido en la respectiva sentencia.

HECHOS

- La señora Alba Marina Jiménez de Moreno al cumplir con los requisitos de ley le fue reconocida una pensión mediante la Resolución nro. 3917 del 27 de julio de 2009 por valor de \$984.046, la cual además reconoció que se tenía derecho al reajuste de la pensión de conformidad con la Ley 71 de 1988 y la Ley 238 de 1995, y que son disposiciones aplicables la Ley 6 de 1945; Ley 33 de 1985; Ley 91 de 1989; Ley 238 de 1995; Ley 812 de 2003 y el Decreto 3752 de 2003.
- Esbozó que el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio es la entidad encargada de pagar la mesada pensional de la parte actora, y de realizar los ajustes anuales de incremento salarial desde el año 2004, fecha en que adquirió el estatus pensional, tomando el incremento para su ajuste conforme lo establece el artículo 14 de la Ley 100 de 1993; esto es, el incremento del índice de precios al consumidor (IPC) del año inmediatamente anterior, sin tener en cuenta que dicho reajuste debe realizarse teniendo en cuenta el porcentaje establecido con base en el salario mínimo mensual legal vigente, conforme lo prevé la Ley 71 de 1988, por remisión expresa del artículo 279 de la Ley 100 de 1993.
- Mediante petición radicada el 2 de enero de 2018 se solicitó el reconocimiento y pago del reajuste de las mesadas pensionales de conformidad con la Ley 71 de 1988, solicitud que fue negada mediante Resolución nro. 1737-6 del 9 de febrero de 2018.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Consideró como vulnerados los artículos 48, 53 y 58 de la Constitución Política; 5, 9 y 15 de la Ley 91 de 1989; artículo 1° de la Ley 71 de 1988; Ley 238 de 1995; artículos 14 y 279 de la Ley 100 de 1993; y el Decreto 2831 de 2005.

Hace un análisis de las normas que regulan los ajustes en las mesadas pensionales, teniendo en cuenta el incremento del salario mínimo legal mensual vigente establecido en la Ley 71 de 1988, así como el reajuste anual que luego se estableció por la Ley 100 de 1993, para indicar que la entidad demandada continuó aplicando la Ley 71 de 1988, amparada en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993.

Expuso que con la expedición de la Ley 238 de 1995 la accionada comenzó a reajustar 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.

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 los caracterizan.

Indicó que se vulneró el principio de favorabilidad al omitir el estudio de la normativa prevista en las Leyes 71 de 1989 y 238 de 1995, y no ajustar las mesadas pensionales con el salario mínimo legal sino con el IPC.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Ministerio de Educación - Fondo de Prestaciones de Sociales del Magisterio: En primer momento se opuso a la totalidad de las pretensiones y adujo que no le constaban ninguno de los hechos de la demanda.

Como excepciones propuso las que denominó:

- **Omisión de requisito de procebilidad:** hizo alusión a la vulneración a los derechos de defensa y al debido proceso previstos en el artículo 29 de la Constitución Política, ya que no se aportó con la demanda prueba de haberse agotado el requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 35 de la Ley 640 de 2001.

- **Falta de integración del contradictorio – litis consorcio necesario:** consideró, con apoyo en las Leyes 715 de 2001, 91 de 1989, 60 de 1993 y el Decreto 2831 de 2005, que el

reconocimiento y pago de las prestaciones económicas a cargo del fondo se efectúa a través de las Secretarías de Educación de las entidades territoriales y con el visto bueno de la fiduciaria, por lo que es procedente vincular a la Secretaría de Educación en Manizales y a la Previsora SA, esta última con soporte en el contrato de fiducia mercantil 0083 de 1990, lo que corrobora que la Nación – Ministerio de Educación no tiene injerencia alguna en este procedimiento.

- **Vinculación de litisconsorte:** solicitó la vinculación de la fiduciaria La Previsora SA en virtud del contrato mercantil 0083 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:** con base en lo preceptuado en el artículo 52 de la Ley 114 de 1994 y la Ley 715 de 2001, adujo que las competencias de la entidad en materia de educación se centran en ser ente rector de las políticas educativas dada su función de trazar los lineamientos generales en la prestación del servicio, 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:** haciendo alusión a los elementos esenciales del acto administrativo indicó que no existe causalidad o vínculo entre la Nación – Ministerio de Educación Nacional y el derecho solicitado por la 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, 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 Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Añadió 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 y no destina los recursos para cancelar las prestaciones.

- **Inexistencia de causa por inexistencia de causa jurídica:** precisó 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, señaló que la Ley 812 de 2003 integró a los docentes al régimen pensional de prima media, con lo cual se deriva la derogatoria tácita de la normativa anterior.

- **Caducidad:** con fundamento en el artículo 164 del CPACA resaltó que la demanda se radicó por fuera del término establecido en esta norma.

- **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 debe contar con la respectiva apropiación presupuestal.

- **Buena fe:** enfatizó que el pago de las prestaciones sociales de los docentes no solo 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.

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

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 7 de marzo de 2019, negó las pretensiones de la demanda, tras plantearse como problema jurídico, si tenía derecho la demandante a que se le reconociera y aplicara el incremento del salario mínimo legal mensual vigente como fórmula de reajuste anual de su mesada pensional conforme con lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 71 de 1988, quedando exceptuada del incremento previsto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, en virtud de lo preceptuado en el artículo 279 de la mencionada ley.

La jueza de instancia analizó la Ley 71 de 1988, La Ley 100 de 1993, el Decreto 692 de 1994, la Ley 238 de 1995, entre otras, para indicar que, si bien los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio se encuentran exceptuados de la aplicación de las normas del sistema de seguridad social, lo cierto es que el reajuste pensional se rige por lo previsto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, de conformidad con la Ley 238 de 1995.

Citó jurisprudencia de las Altas Cortes para además concluir que el artículo 1° de la Ley 71 de 1988 tuvo vigencia hasta que comenzó a regir la Ley 100 de 1993.

Al descender al caso concreto infirió que debían negarse las pretensiones, pues la fórmula que instituyó el legislador para reajustar la pensión no constituye un derecho adquirido a favor de los pensionados sino tan solo una mera expectativa que puede estar sujeta a modificaciones, y en este caso la Ley 238 de 1995 dispuso la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 y dejó sin efectos el artículo 1° de la Ley 71 de 1988.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte actora apeló la sentencia mediante memorial que reposa de folio 99 a 113 del expediente.

Precisó sobre la excepción del régimen general de pensiones y su aplicación en armonía desde el principio de favorabilidad pensional, contemplado para los docentes vinculados antes de la Ley 812 de 2003, bajo la previsión establecida en el Ley 71 de 1988.

Refirió los alcances de la Ley 238 de 1995, en el sentido que esta no pretendió modificar el sistema actualizado pensional de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, toda vez que la disposición buscó recuperar el poder adquisitivo de las pensiones, y en el caso de los docentes, se mantuviera la aplicación del 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 puede aplicar la Ley 238 de 1995, bajo el principio de favorabilidad.

Afirmó que por disposición normativa los docentes afiliados hasta la expedición de la Ley 812 de 2003 se encontraban bajo la disposición contenida en la Ley 91 de 1989 y Ley 71 de 1988 para el reajuste de las pensiones; luego, con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003, se reajusta la prestación al índice de precios al consumidor. En consecuencia, dado que la accionante fue vinculada antes del 27 de junio de 2003, el régimen que se debe aplicar es el previsto en el artículo 1° de la Ley 71 de 1988.

Insistió que conforme a lo previsto en los artículos 40 y 41 del Decreto 692 de 1994 y la sentencia C-432 de 2004 si bien existen dos regímenes pensionales, a los docentes vinculados con anterioridad al 27 de junio de 2003 se les debe aplicar la Ley 71 de 1989, reajustando la pensión al salario mínimo legal mensual vigente.

Solicitó inaplicar con efectos inter partes los actos administrativos demandados conforme lo prevé el artículo 4 de la Constitución Política y 148 de CPACA, por vulnerar los artículos 48 y 53 de la Carta Política y 1° de la Ley 71 de 1988; y con base en el artículo 91 del CPACA, aludió a la eficacia del acto administrativo, y en consecuencia al reconocimiento de las pretensiones de la demanda.

Finalmente, reprochó la condena en costas impuesta en primera instancia, al considerar que, para su imposición, deben cumplirse unos requisitos determinados en los artículos 361 y 365 del CGP.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

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

Ministerio de Educación Nacional - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio: No se evidencia escrito de 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.

Problema jurídico

¿Tiene derecho la parte demandante al reconocimiento y pago del reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme lo establece la Ley 71 de 1988, teniendo en cuenta la variación del salario mínimo legal mensual vigente?

Lo probado

- Que mediante la Resolución nro. 3917 del 27 de julio de 2009 se reconoció la pensión de jubilación a la demandante por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en cuantía de \$984.046 (fol. 17 y 18)
- Se elevó solicitud ante la demandada con la finalidad que se reconociera y pagara el reajuste de la pensión de jubilación de los años 2009 a 2017, tomando como base para el reajuste el porcentaje de incremento del salario mínimo mensual legal vigente del año inmediatamente anterior, cuando este reajuste fuera superior al IPC (fol. 22 a 25 C.1).
- Que mediante la Resolución nro. 1737-6 del 9 de febrero de 2018 se negó el reconocimiento y pago del incremento periódico de las pensiones conforme al aumento fijado por el Gobierno Nacional para el salario mínimo a la docente Alba Marina Jiménez de Moreno (fol. 15 y 16 C.1).

Solución al problema jurídico

¿Tiene derecho la parte demandante al reconocimiento y pago del reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme lo establece la Ley 71 de 1988, teniendo en cuenta la variación del salario mínimo legal mensual vigente?

Tesis: la Sala defenderá la tesis que la demandante no tiene derecho a que su mesada pensional se reajuste de conformidad con el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, toda vez que con la entrada en vigencia del régimen general de pensiones dicha norma quedó derogada por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, que dispuso que los ajustes de las mesadas pensionales fueran incrementadas conforme a la variación del índice de precios al consumidor.

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; así mismo, se garantiza como un derecho irrenunciable; servicio prestado por entidades públicas y privadas que brindan 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 1993¹, tuvo como objeto garantizar los derechos de las personas y la comunidad en aras de mejorar la calidad de vida y la dignidad humana a través de las instituciones públicas y privadas prestadoras 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 1º 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.*

¹ http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html#1

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

El artículo 1º de la Ley 4 de 1976 determinó que las pensiones de los sectores público, oficial, semioficial y privado, así como los afiliados al Instituto del Seguro Social, a excepción de las pensiones por incapacidad permanente parcial, se reajustaría 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 1º de la Ley 71 de 1988² precisó que las pensiones referidas en el artículo 1º 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 fuera incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.

La citada norma fue reglamentada por el Decreto 1160 de 1989 y 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.

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*

² Ley 71 de 1988 *por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras*
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=307>

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 del artículo 7 de la Ley 71 de 1988 se derogó la norma que disponía un régimen de reconocimiento pensional para las personas que tuvieran 10 años o más de afiliación en una o varias de las entidades y 50 años o más de edad si era varón o 45 años o más si era mujer, a quienes continuarían aplicándose las normas de los regímenes actuales vigentes.

Además, este párrafo del artículo 7 de la Ley 71 de 1988 fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-012 de 1994.

La Ley 100 de 1993 en su artículo 279 contempló los regímenes exceptuados del sistema integral de seguridad social contenido en esa norma, quedando contemplado, entre otros, el personal docente vinculado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio; y señaló que estas excepciones no implicaban 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 con 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.

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 1994³ donde 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

³ Corte Constitucional sentencia C- 387 de 1994; MP. Dr. Carlos Gaviria Díaz, 1 de septiembre de 1994; REF.: expediente No. D-529. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/c-387-94.htm>

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 circunstancias económicas y políticas.

De otro lado, la Ley 238 de 1995⁴ 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:

*"Párrafo 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 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:

⁴ Ley 238 de 1995; http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0238_1995.html

⁵ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda -Subsección A- Consejero ponente: William Hernández Gómez - Bogotá, D.C., diecisiete (17) de agosto de dos mil diecisiete (2017) -Radicación número: 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14). <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2102915>

«[...] 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 el 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 esta 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 1º 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 Máxima Corporación Constitucional en sentencia C-435 de 2017, bajo la acción pública de constitucionalidad mediante la cual se demandó 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 incrementaran 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.

En consecuencia, conforme a los pronunciamientos jurisprudenciales citados, se tiene que la Constitución Política facultó al legislador bajo su autonomía, para fijar las fórmulas específicas de reajuste periódico de las pensiones teniendo en cuenta el índice de precios al consumidor, parámetro que se adoptó obedeciendo a las satisfacciones de las necesidades de orden familiar, material, social, cultural y educativo, y con el fin de garantizar los fines del salario mínimo, en aras de actualizar el monto de las pensiones y de contrarrestar el fenómeno de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

Conclusiones

En ese orden de ideas, considera la Sala que no se encuentra demostrada la vulneración de los derechos invocados por la parte actora, dado que, conforme a los presupuestos normativos y jurisprudenciales antes citados, se observa que no le asiste razón a la accionante al indicar que el reajuste de las mesadas pensionales se debe realizar según el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, esto es, conforme al salario mínimo, y no de conformidad con lo establecido en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

Lo anterior, teniendo en cuenta que la Ley 100 de 1993 reajustó las mesadas de los regímenes del sistema general de pensiones, y en aras de mantener su poder adquisitivo ordenó el ajuste según la variación porcentual del índice de precios al consumidor; además con la expedición de dicha norma se entendió derogada la Ley 71 de 1988.

Por lo anterior, se confirmará en este aspecto la sentencia de primera instancia que data del 7 de marzo de 2019.

Costas en primera instancia

Refutó la parte actora la condena en costas impuesta en el fallo del 7 de marzo de 2019, al considerar que, si bien resultó vencida en primera instancia, no se cumplió lo determinado en el artículo 365 del CGP, y es lo relativo a que solo habrá lugar a imponer las costas cuando aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

Al respecto debe precisarse que esta Sala de Decisión desde la expedición de la Ley 1437

de 2011 ha acogido el criterio objetivo valorativo para efectuar el análisis de la condena en costas, en el cual no entra en juego la conducta procesal asumida por las partes, sino que simplemente se examina cuál fue la parte vencida, y además si las costas se causaron dentro del trámite judicial.

En este orden de ideas, y al descender al caso particular, debe precisarse que en atención el criterio objetivo lo procedente era determinar al momento de aplicar el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 cuál había sido la parte vencida en juicio, y en este caso, de acuerdo a la sentencia de primera instancia, lo fue la parte actora.

Sin embargo, aunque el criterio para la condena en costas acogido sea el objetivo, este también debe ser valorativo, lo que impone al operador judicial el deber de precisar los motivos por los cuales considera que procede la condena en costas, es decir, por qué aduce que se causaron las mismas.

En este caso, al revisar la sentencia de primera instancia se evidencia el análisis que fue realizado sobre este asunto según lo consignado a folio 91 vuelto, al explicar que solo se evidenciaban costas causadas frente a las agencias en derecho.

Por ello, para este Tribunal la condena en costas impuesta por la juez atendió el criterio objetivo valorativo, lo que lleva a confirmar la providencia en relación con este tema.

Costas en segunda instancia

No se condenará en costas en esta instancia a la parte demandante en atención a que no se evidencia actuación de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ante este Tribunal.

Por lo discurrido, 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 el 7 de marzo de 2019 por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, en el proceso de nulidad y restablecimiento del

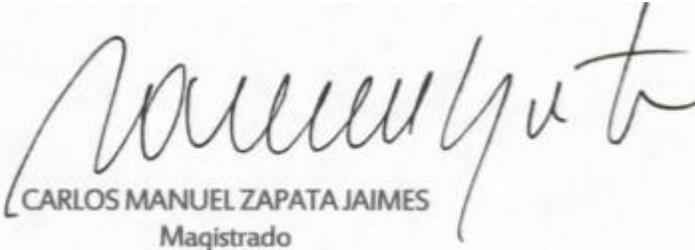
derecho interpuesto por **ALBA MARINA JIMÉNEZ DE MORENO** en contra de la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**.

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

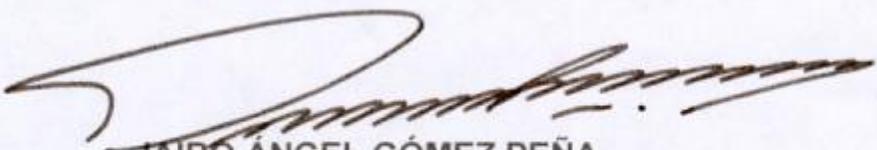
TERCERO: Ejecutoriada esta providencia **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

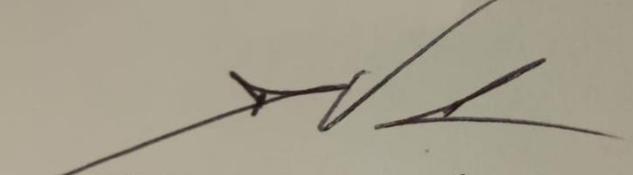
Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Virtual celebrada el 20 de agosto de 2020 conforme Acta n° 041 de la misma fecha



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. 109 del 24 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



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

SALA PRIMERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, veinte (20) de agosto de dos mil veinte (2020)

RADICADO	17001-33-33-006-2017-00533-02
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	LUZ MERY GUTIÉRREZ CASTRO
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 Sexto Administrativo del Circuito de Manizales en audiencia inicial celebrada el 27 de marzo de 2019.

PRETENSIONES

1. Declarar la nulidad parcial de la Resolución nro. 733 del 12 de noviembre de 2015 en cuanto reconoció una pensión vitalicia de jubilación y calculó la mesada pensional sin incluir todos los factores salariales percibidos en el último año de servicios al cumplimiento del estatus de pensionado y/o subsidiariamente los factores salariales percibidos durante el año anterior al retiro definitivo del servicio.
2. Declarar que, la demandante tiene derecho a que la entidad demandada le reconozca y pague una pensión ordinaria de jubilación a partir del 28 de julio de 2015, equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que adquirió el estatus de pensionado y/o subsidiariamente los percibidos en el año de retiro del servicio, que son los que constituyen la base de liquidación pensional.

A título de restablecimiento del derecho pidió:

1. Condenar a la entidad demandada que reconozca y pague una pensión ordinaria de jubilación a partir del 27 de julio de 2015, equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que adquirió el estatus de pensionada y/o subsidiariamente los factores percibidos en el último año de servicios al momento del retiro definitivo del servicio, que son los que constituyen la base de la reliquidación de la pensión.
2. Que del valor reconocido se le descuente lo que fue reconocido y cancelado en virtud de la Resolución nro. 733 del 12 de noviembre de 2015, que reconoció la pensión vitalicia de jubilación.
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 y la ley.
4. Ordenar a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el 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. Que se condene a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este, tal como lo dispone el artículo 192 del CPACA.
6. 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 tomando como base el IPC.

7. 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.

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

HECHOS

➤ La demandante laboró más de veinte años al servicio de la docente 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 base de la liquidación pensional incluyó en su momento solo la asignación básica, y dejó por fuera del IBL la prima de navidad, prima de vacaciones y demás factores salariales percibidos en el año anterior al cumplimiento del estatus de pensionado.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Artículo 15 de la Ley 91 de 1989; artículo 1° de la Ley 33 de 1985; Ley 62 de 1985 y Decreto Nacional 1045 de 1978.

Explicó que de conformidad con el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 que estableció el régimen prestacional de los docentes, el régimen pensional de estos depende de la fecha de su vinculación. Así, si aquella fue anterior a la entrada en vigencia de la ley referida (27 de junio de 2003), como en el presente caso, el régimen corresponderá al previsto en la Ley 91 de 1989; pero si se dio de manera posterior, la normativa aplicable será la Ley 100 de 1993.

Indicó que para la liquidación de la pensión de jubilación debe acudir a la Ley 33 de 1985, la cual si bien no estableció de manera taxativa los factores salariales que debían incluirse, tal circunstancia no es un impedimento para tener en cuenta todo lo devengado por el trabajador en el último año de servicios, como lo ha entendido la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Adujo que el acto demandado desconoce la previsión hecha por el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, que remitió al Decreto 1045 de 1978, con base en el cual, la liquidación de la pensión debe incluir la totalidad de los factores devengados por el empleado.

Manifestó que en el evento de no haberse realizado los respectivos aportes a pensión por concepto de los factores a incluir, la entidad debe realizar los descuentos correspondientes.

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 serán efectuadas 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, empleadores 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:** Hizo alusión al 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:** Hizo 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 Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 27 de marzo de 2019, accedió a pretensiones, tras plantearse como problema jurídico si la pensión de jubilación de la demandante debía ser reajustada con un IBL que incluyera todos los factores salariales por ella recibidos durante el año inmediatamente anterior a la adquisición del estatus de pensionada.

En primer lugar, analizó el tema atinente al pago de las prestaciones sociales a cargo del Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, para concluir que el reconocimiento y pago de las mismas sí está a cargo de esta entidad.

Seguidamente, se adentró a estudiar el régimen pensional docente, y con fundamento en la Ley 91 de 1989 determinó que este resultada aplicable a la demandante en tanto estaba vinculada antes de Ley 812 de 2003; por ello tenía derecho a una pensión equivalente al 75% de un IBL conformado por el promedio del salario devengado en el año anterior a la adquisición del estatus de pensionada.

En relación con los factores salariales a tener en cuenta citó la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, y así determinó que podían incluirse en el IBL todos los rubros percibidos en el año de estatus, así no estuvieran incluidos en el Decreto ley 1045 de 1978. En consecuencia, declaró la nulidad parcial del acto administrativo demandado, y ordenó reliquidar la pensión de la señora demandante con el 75% del promedio salarial devengado en el año de estatus (28 de julio de 2014 al 27 de julio de 2015), con inclusión además del sueldo mensual, la prima de navidad y la prima de servicios, de la bonificación mensual y la prima de servicios, a partir del 27 de julio de 2015, en tanto no evidencié prescripción.

Autorizó además a la entidad a realizar los descuentos correspondientes sobre los factores a incluir por concepto de aporte al sistema de seguridad social.

Se consignó en la parte resolutive:

PRIMERO: DECLÁRANSE NO PROBADAS las excepciones de "INEPTITUD SUSTANCIAL DE LA DEMANDA POR FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DE LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL", "INEXISTENCIA DEL DEMANDADO –FALTA DE RELACIÓN CON EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO, CONEXO O DERIVADO DEL ACTO ADMINISTRATIVO EXPEDIDO POR LA ENTIDAD TERRITORIAL. FALTA DE COMPETENCIA DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN PARA EXPEDIR EL ACTO ADMINISTRATIVO Y RECONOCER EL DERECHO RECLAMADO", "INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DEMANDADA POR INEXISTENCIA DE CAUSA JURÍDICA", "PRESCRIPCIÓN" Y "BUENA FE" propuestas por la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

SEGUNDO: DECLÁRASE la nulidad parcial de la Resolución No. 733 del 12 de noviembre de 2015 emitida por la Secretaría de Educación del Municipio de Manizales en representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, ORDÉNASE a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO reliquidar la pensión de jubilación de la señora LUZ MERY GUTIÉRREZ CASTRO, identificada con la cédula de ciudadanía No. 24.432.440, sobre el 75% del promedio salarial devengado por aquella durante el año anterior a la fecha de adquisición del status pensional (28 de julio de 2014 a 27 de julio de 2015), incluyendo, además del sueldo mensual, la prima de navidad y la prima de vacaciones, la 'BONIFICACIÓN MENSUAL' y la 'PRIMA DE SERVICIOS'; tal reliquidación debe hacerse efectiva a partir del 27 de julio de 2015 – fecha en que adquirió el estatus.

CUARTO: Una vez realizada la reliquidación pensional en los términos señalados en el ordinal anterior, ORDÉNASE a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO pagar a la señora LUZ MERY GUTIÉRREZ CASTRO las sumas que resulten como diferencia entre las mesadas pensionales pagadas y las que sean reconocidas, conforme a lo ordenado en este proveído.

De las sumas a cancelar a la accionante, la entidad demandada deberá realizar los descuentos respecto del factor salarial a incluir en la nueva liquidación por concepto de aportes al sistema de seguridad social en pensiones, deducciones que la pensionada deberá asumir en proporción de ley y que deberán realizarse únicamente por un periodo igual al que se ordena para el pago de las diferencias entre mesadas pagadas y las que se reconozcan con base a esta sentencia.

(...).

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 203 a 206.

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 a la 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,

mantiene 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: Manifestó que se ratificaba en los argumentos expuestos en la demanda, e hizo alusión a la confianza legítima en la administración de justicia, ya que el Consejo de Estado ha determinado que se deben aplicar para resolver el caso los criterios vigentes para el momento de ocurrencia de los hechos, ya que se deben respetar los precedentes y leyes existentes en el tiempo y al momento de causar el derecho correspondiente.

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 Luz Mary Gutiérrez Castro, teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios anterior a la adquisición del estatus pensional?

Lo probado

➤ Según los considerandos de la Resolución nro. 00000733 del 12 de noviembre de 2015, la demandante nació el 27/07/1960, lo cual se corrobora con lo consignado en su cédula de ciudadanía (fol. 19 y 26 C.1).

➤ A la señora Luz Mery Gutiérrez Castro se le reconoció una pensión de jubilación a través de la Resolución nro. 00000733 del 12 de noviembre de 2015, en cuantía de \$2.369.844 a partir del 28/07/2015, día siguiente al de la adquisición del estatus. El monto de su pensión fue equivalente al 75% de un IBL conformado por el sueldo mensual, la prima de navidad y la prima de vacaciones (fol. 19 y 20).

➤ La parte demandante aportó antes de la audiencia inicial, sin requerimiento del despacho, un certificado de salarios; mismo que fue incorporado en la sub etapa de pruebas de la diligencia del artículo 180 del CPACA como prueba documental de oficio (fol. 183 vuelto).

En el certificado de salarios visible a folio 162, se marcó con una equis la casilla que indica que la actora está activa en el servicio. Además, se evidencia que devengó en el año de estatus, 28 de julio de 2014 al 27 de julio de 2015, asignación básica, prima de navidad, prima de vacaciones, bonificación mensual 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:

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

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. 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 0733 del 12 de noviembre de 2015 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 2015 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 de enero de 1990, por remisión de la misma Ley 91 de 1989, es el previsto en la citada Ley 33 de 1985⁴”*.

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

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

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

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.

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*

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).

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 Gutiérrez Castro le reconocieron pensión de jubilación, en cuya liquidación se incluyeron la asignación básica, la prima de vacaciones y la prima de navidad.

En la demanda promovida, la parte actora reprocha que se hubiera omitido incluir los demás factores salariales devengados en el último año de servicio anterior a la adquisición del estatus pensional.

Conforme a la regla fijada por el Consejo de Estado en materia de ingreso base de liquidación de las pensiones de jubilación de los docentes vinculados antes de la Ley 812 de 2003, los factores que deben tenerse en cuenta son sólo aquellos sobre los que se hubieran efectuado los aportes, esto es, únicamente los señalados expresamente en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, así: asignación básica mensual, gastos de representación, primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación cuando fueran factor de salario, dominicales y festivos, horas extras, bonificación por servicios prestados, y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

En ese orden de ideas, la parte demandante no tiene derecho a la reliquidación que reclama, pues no puede tomarse como factor salarial la prima de servicios, dado que aquella no constituye base de liquidación de los aportes.

Ahora bien, de conformidad con lo dispuesto por el Decreto 1566 de 2014 que creó una bonificación mensual para los servidores públicos docentes, esta *“constitu[ye] factor salarial para todos los efectos legales”*, circunstancia que en criterio de este Tribunal permite inferir que a partir de la fecha de su reconocimiento (1º de junio de 2014) y hasta el 31 de diciembre de 2015, siempre que hubiere sido devengada en el último año anterior al estatus pensional, debe incluirse en la liquidación pensional de los docentes, así no esté expresamente contemplada en la Ley 62 de 1985. En este caso el año de estatus lo fue del 28 de julio de 2014 al 27 de julio de 2015.

Situación diferente se predica de la prima de servicios, pues el Decreto 1545 de 2013 que la creó 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.

Así pues, la Sala de Decisión encuentra que la reliquidación pensional reclamada procede sólo respecto de la bonificación mensual.

Aclara el Tribunal que no obstante que la Resolución nro. 0733 del 12 de noviembre de 2015 tuvo en cuenta la prima de navidad y la prima de vacaciones para liquidar la pensión de jubilación de la parte demandante –factores que no están incluidos en la Ley 62 de 1985–, dicho acto de reconocimiento pensional no puede modificarse en ese aspecto, en tanto la nulidad solicitada respecto del mismo fue parcial y solo en lo que correspondía a la inclusión de la prima de servicios y de la bonificación mensual como factores adicionales.

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

Conclusión

De conformidad con la normativa y la jurisprudencia citada y con fundamento en los

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

hechos debidamente acreditados, estima esta Sala de Decisión que a la parte demandante no le asiste derecho a que su pensión de jubilación se reliquide incluyendo la prima de servicios como factor salarial devengado en el año anterior a la adquisición del estatus pensional. Sin embargo, sí procede la reliquidación frente a la bonificación mensual percibida en el mismo lapso. En ese sentido, se modificará la sentencia dictada en primera instancia.

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: MODIFICAR EL ORDINAL TERCERO de la sentencia del 27 de marzo de 2019, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por la señora **LUZ MERY GUTIÉRREZ CASTRO** contra **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, en el sentido de **EXCLUIR** de la reliquidación pensional ordenada la prima de servicios como factor de salario, y **MANTENER** el de bonificación mensual así como aquellos rubros que habían sido reconocidos por la entidad en el acto demandado. Lo anterior, atendiendo las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

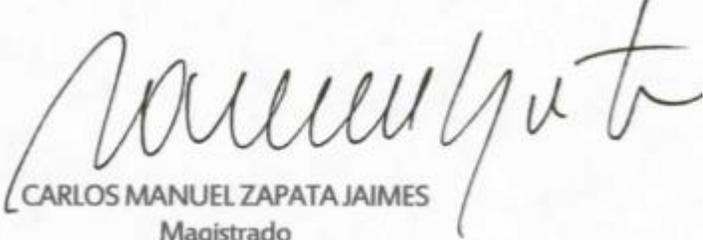
SEGUNDO: ADICIONAR EL ORDINAL TERCERO de la providencia recurrida, en el sentido de negar las demás pretensiones de la demanda.

TERCERO: ABSTENERSE de condenar en costas en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

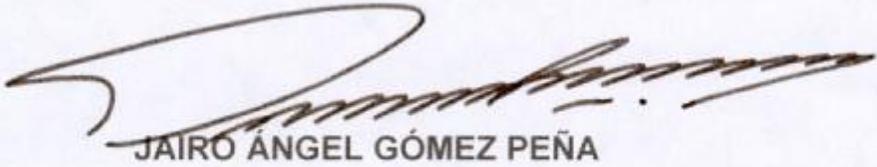
CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático "*Justicia Siglo XXI*".

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

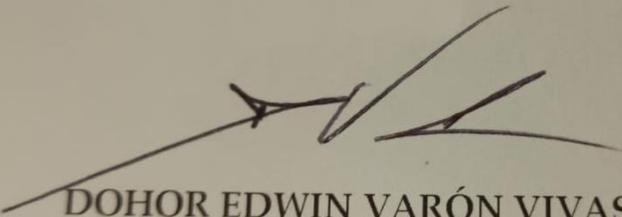
Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Virtual realizada el 20 de agosto de 2020 según acta nº041 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
Magistrado

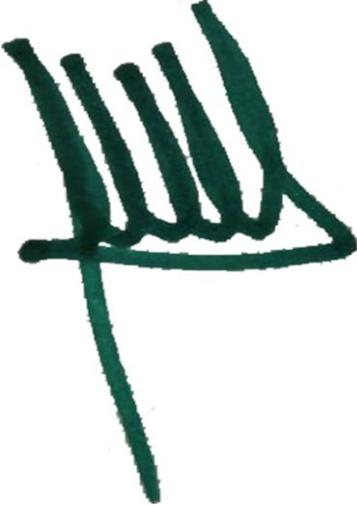


DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 109 del 24 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, veinte (20) de agosto de dos mil veinte (2020)

PROCESO No.	17-001-33-39-007-2017-00417-02
CLASE	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	ROSA ESTHER OLARTE CARO
ACCIONADO	NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y EL DEPARTAMENTO DE CALDAS

Procede la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas a dictar sentencia de segunda instancia con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el fallo que negó a pretensiones, proferido por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales el día 18 de julio de 2019, dentro del proceso de la referencia.

PRETENSIONES

1. Solicitó se declare la nulidad de la Resolución nro. 0982-6 del 10 de febrero de 2016 por medio del cual se negó el reajuste y pago retroactivo de la mesada pensional de la demandante conforme a los incrementos anuales fijados por el Gobierno Nacional para el salario mínimo legal mensual vigente desde su reconocimiento.
2. Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, solicitó se reconozca el reajuste y pago del retroactivo de las mesadas pensionales de la accionante en los términos establecidos en el artículo 1º de la Ley 71 de 1988.
3. Pidió que las condenas solicitadas sean canceladas mediante sumas de dinero debidamente indexadas acorde con el artículo 16 de la Ley 446 de 1998.
4. Que se condene a la parte demandada al pago de los intereses señalados en el artículo 192 del CPACA.

5. Que en caso de proferirse una sentencia en abstracto sean atendidas las previsiones del artículo 193 del CPACA.
6. Que se condene a la entidad demandada al pago de costas y agencias en derecho.

HECHOS

- A la señora ROSA ESTHER OLARTE CARO le fue reconocida una pensión de jubilación a través de la Resolución 1169 del 1 de agosto de 2002 por el valor de \$1.165.920, efectiva a partir del 20/09/2001.
- Se presentó solicitud radicada bajo el nro. SAC 2016PQR1332 del 27 de enero de 2016 ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la secretaría de Educación del departamento de Caldas, con la finalidad de obtener el reajuste periódico de su pensión conforme a los ajustes fijados por el Gobierno Nacional para el salario mínimo legal en aplicación a la Ley 71 de 1988.
- Mediante la Resolución nro. 0982-6 del 10 de febrero de 2016 la secretaría de Educación del departamento de Caldas negó el ajuste deprecado.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Resaltó que, desde la entrada en vigencia del sistema de seguridad social integral, las entidades demandadas han venido aplicando como fórmula de incremento pensional la establecida en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 que determina para el presente caso un incremento anual en idéntico porcentaje al certificado por el DANE para el IPC del año inmediatamente anterior.

Que en tal sentido, se presentó reclamación con la finalidad de obtener el reajuste y pago del retroactivo de la pensión de jubilación conforme a los incrementos fijados anualmente para el salario mínimo según la Ley 71 de 1988, solicitud que fue negada mediante los actos administrativos.

Tras transcribir apartes de la sentencia C-387 de 1994 adujo que la fórmula de incremento pensional del IPC no supone perjuicio alguno para quienes se encuentran dentro del sistema de seguridad social en pensiones, tal como se estableció en la providencia señalada, situación que no puede predicarse respecto a quienes se les viene aplicando el

artículo 14 de la Ley 100 de 1993 por extensión, por cuanto esto significa una pérdida en el *quantum* de sus mesadas pensionales.

Aseveró, que las pensiones reconocidas con el salario mínimo se incrementan anualmente de oficio en el mismo porcentaje en que este sea fijado por el Gobierno Nacional, de tal suerte que nunca sufran detrimento en su cuantía, situación que no puede predicarse respecto a las pensiones reconocidas en montos superiores, las cuales anualmente vienen incrementándose en valor inferior, por ser esta la tendencia que mantiene el IPC frente al salario mínimo.

Resaltó, que el campo de aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 es para las pensiones otorgadas dentro del régimen de prima media con prestación definida y ahorro individual, más no para las pensiones otorgadas por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en tanto los docentes están exceptuados de esta norma en virtud de lo establecido en el artículo 279 de la ley enunciada.

Manifestó que se observa una conducta regresiva de la entidad que no corresponde a la voluntad del legislador, cuando la administración aplica el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 a quienes no están cubiertos por esa norma de contera se vulnera el principio de favorabilidad al omitir la aplicación de lo dispuesto en las Leyes 71 de 1988 y 238 de 1995 y no ajustar las mesadas pensionales de acuerdo al salario mínimo legal.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Ministerio de Educación - Fondo de Prestaciones de Sociales del Magisterio: en primer momento se opuso a la totalidad de las pretensiones y adujo que no le constaban ninguno de los hechos de la demanda.

Como excepciones propone las que denominó:

- **Omisión de requisito de procedibilidad:** hizo alusión a la vulneración a los derechos de defensa y al debido proceso previstos en el artículo 29 de la Constitución Política, ya que no se aportó con la demanda prueba de haberse agotado el requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 35 de la Ley 640 de 2001.

- **Falta de integración del contradictorio – litis consorcio necesario:** consideró, con apoyo en las Leyes 715 de 2001, 91 de 1989, 60 de 1993 y el Decreto 2831 de 2005, que el

reconocimiento y pago de las prestaciones económicas a cargo del fondo se efectúa a través de las secretarías de Educación de las entidades territoriales y con el visto bueno de la fiduciaria, por lo que es procedente vincular al departamento de Caldas y a la Previsora SA, esta última con soporte en el contrato de fiducia mercantil 0083 de 1990, lo que corrobora que la Nación – Ministerio de Educación no tiene injerencia alguna en este procedimiento.

- **Vinculación de litisconsorte:** solicitó la vinculación de la fiduciaria La Previsora SA en virtud del contrato mercantil 0083 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:** con base en lo preceptuado en el artículo 52 de la Ley 114 de 1994 y la Ley 715 de 2001, adujo que las competencias de la entidad en materia de educación se centran en ser ente rector de las políticas educativas dada su función de trazar los lineamientos generales en la prestación del servicio, 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 la 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, 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 Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Añadió 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 y no destina los recursos para cancelar las prestaciones.

- **Inexistencia de causa por inexistencia de causa jurídica:** precisó 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 señaló que la Ley 812 de 2003 integró a los docentes al régimen pensional de prima media, con lo cual se deriva la derogatoria tácita de la normativa anterior.

- **Caducidad:** con fundamento en el artículo 164 del CPACA resaltó que la demanda se radicó por fuera del término establecido en esta norma.

- **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 debe contar con la respectiva apropiación presupuestal.

- **Buena fe:** enfatizó que el pago de las prestaciones sociales de los docentes no solo 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.

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

DEPARTAMENTO DE CALDAS Se opuso a la totalidad de las pretensiones y adujo no constarle los hechos aludidos en la demanda.

Propuso los siguientes medios exceptivos:

FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA: Con apoyo en la Ley 91 de 1989; Decreto 2831 de 2005, Ley 715 de 2001; expuso que las Secretarías de Educación solo realizan trámites y procedimientos para el reconocimiento y pago de prestaciones sociales de los docentes, por tanto, no le asiste al Departamento de Caldas, responsabilidad en cuanto a los hechos y pretensiones de la demanda.

BUENA FE: Afirmó en caso de presentarse los presupuestos para declarar la obligación a cargo de la entidad territorial, existen eximentes de responsabilidad en los pagos de prestaciones sociales, toda vez que ha obrado con correcto diligenciamiento y cumplimiento de los respectivos actos administrativos.

PRESCRIPCIÓN: Solicitó se de aplicación a lo dispuesto en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 y el Decreto 3135 de 1968

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, dictó sentencia, negando a las pretensiones de la parte actora.

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 esa disposición, y la Ley 238 de 1995.

Con apoyo en jurisprudencias proferidas por el Honorable Consejo de Estado y la Honorable Corte Constitucional, como la C-435 del 1994, expuso que no le asiste razón a la parte actora 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.

RECURSO DE APELACIÓN

Mediante memorial que reposa de folio 107 a 118 del expediente la parte actora apeló la sentencia de primera instancia.

Inicialmente hizo alusión a una indebida aplicación del precedente jurisprudencial por parte del *a quo*, pues tuvo como referente una providencia que no tiene idénticos hechos, fundamentos de derecho y pretensiones al *sub-lite*, y por ello la sentencia proferida no cumple con los presupuestos procesales previstos para su validez en los artículos 162, 187 y 189 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 281 del CGP.

Se pregunta entonces ¿Si existió un análisis crítico de los razonamientos legales, de equidad y doctrinarios planteados en la demanda o si por lo menos, existió análisis de los

fundamentos de derecho de las pretensiones? pues señala que, como se explicó la demanda no pretende obtener el incremento conforme al salario mínimo dentro del régimen exceptuado sino determinar la fórmula de incremento pensional más favorable dentro del régimen exceptuado conforme a la posibilidad otorgada por el artículo 1º de la Ley 238 de 1995.

Aseguró entonces que los considerandos de la sentencia no guardan relación con la *causa petendi*.

Seguidamente expuso argumentos sobre la exclusión, en principio, de los regímenes exceptuados de la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993, en tanto el artículo 279 de la norma en comento dejó a salvo los regímenes establecidos en ella, dentro de los cuales se encuentran las pensiones otorgadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales de los docentes vinculados antes de la expedición de la Ley 812 de 2003.

Agregó además que el artículo 1º de la Ley 238 de 1995 condicionó la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 a la existencia de un beneficio o favorabilidad laboral, y por ello frente al condicionamiento de la favorabilidad para la aplicación del IPC como fórmula de incremento dentro de los regímenes exceptuados citó providencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado del 17 de mayo de 2007, radicado interno 8464-05, para un caso de las Fuerzas Militares, otro de los regímenes excluido de la Ley 100.

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 el amparo de la Ley 33 de 1985, conservando los beneficios del régimen exceptuado del artículo 279 de la Ley 100 de 1993.

Resaltó que al no encontrar beneficio alguno en el sistema general de pensiones, resulta ilegal para las pensiones de jubilación otorgadas dentro del régimen exceptuado docente la aplicación de la fórmula de incremento del artículo 14 de la Ley 100 de 1993, y por ello debe declararse la nulidad del acto demandado otorgando por aplicación de la ultraactividad de la ley un incremento pensional conforme al artículo 1º de la Ley 71 de 1988, el cual no figura dentro de las derogatorias expresas del artículo 289 de la Ley 100.

En consecuencia, solicitó revocar la sentencia proferida y en su lugar emitir una donde se acceda a las pretensiones de la demanda.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

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

Ministerio de Educación Nacional - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio: se ratificó en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, solicitado se confirme la sentencia de primera instancia.

Departamento de Caldas: guardó silencio.

Ministerio Público: guardó silencio.

CONSIDERACIONES

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

Problema jurídico

El problema jurídico se contrae a resolver el siguiente interrogante:

¿Tiene derecho la parte demandante al reconocimiento y pago del reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme lo establece la Ley 71 de 1988, teniendo en cuenta la variación del salario mínimo legal mensual vigente?

Lo probado

➤ Que mediante la Resolución nro. 001169 del 1 de agosto de 2002 se reconoció la pensión de jubilación a la demandante por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en cuantía de \$11.165.920 efectiva a partir del 2001/09/20 (fol. 25-26, C.1)

➤ Se elevó solicitud el 27 de enero de 2016 ante las demandadas con la finalidad que se ordenara la reliquidación y pago retroactivo de las mesadas pensionales de la demandante de acuerdo al régimen aplicable a los docentes teniendo como fórmula de incremento periódico el aumento fijado por el Gobierno Nacional para el salario mínimo legal en

Colombia, en oposición al IPC que se venía aplicando de conformidad con el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 (fol. 21-23 C.1).

➤ Que mediante la Resolución nro. 0982-6 del 10 de febrero de 2016 se negó el reconocimiento y pago del incremento periódico de las pensiones conforme al aumento fijado por el Gobierno Nacional para el salario mínimo a la docente ROSA ESTHER OLARTE CARO (fol. 32-33 C.1).

Solución al problema jurídico

¿Tiene derecho la parte demandante al reconocimiento y pago del reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme lo establece la Ley 71 de 1988, teniendo en cuenta la variación del salario mínimo legal mensual vigente?

Tesis: la Sala defenderá la tesis que la demandante no tiene derecho a que su mesada pensional se reajuste de conformidad con el artículo 1º de la Ley 71 de 1988 toda vez que, con la entrada en vigencia del régimen general de pensiones dicha norma quedó derogada por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, que dispuso que los ajustes de las mesadas pensionales fueran incrementadas conforme a la variación del índice de precios al consumidor.

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; así mismo se garantiza como un derecho irrenunciable; servicio prestado por entidades públicas y privadas que brindan 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 1993¹, tuvo como objeto garantizar los derechos de las personas y la comunidad en aras de mejorar la calidad de vida y la dignidad humana a través de las instituciones públicas y privadas prestadoras de

¹ http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html#1

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 1º 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.

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

El artículo 1º de la Ley 4 de 1976² determinó que las pensiones de los sectores público, oficial, semioficial y privado, así como los afiliados al Instituto del Seguro Social, a excepción de las pensiones por incapacidad permanente parcial, se reajustaría 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 1º de la Ley 71 de 1988³ precisó que las pensiones referidas en el artículo 1º 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 fuera incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal 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."

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=1165>

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

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=307>

La citada norma fue reglamentada por el Decreto 1160 de 1989 y 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.

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 del artículo 7 de la Ley 71 de 1988 se derogó la norma que disponía un régimen de reconocimiento pensional para las personas que tuvieran 10 años o más de afiliación en una o varias de las entidades y 50 años o más de edad si era varón o 45 años o más si era mujer, a quienes continuarían aplicándose las normas de los regímenes actuales vigentes.

Además, este párrafo del artículo 7 de la Ley 71 de 1988 fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-012 de 1994.

La Ley 100 de 1993 en su artículo 279 contempló los regímenes exceptuados del sistema integral de seguridad social contenido en esa norma, quedando contemplado, entre otros, el personal docente vinculado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio; y señaló que estas excepciones no implicaban 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 con 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.

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 donde 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. Dr. Carlos Gaviria Díaz, 1 de septiembre de 1994; REF.: expediente No. D-529. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/c-387-94.htm>

[...]

“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 circunstancias económicas y políticas.

De otro lado, la Ley 238 de 1995⁵ 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:

"Párrafo 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 Estado⁶ 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:

⁵ Ley 238 de 1995; http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0238_1995.html

⁶ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda -Subsección A- Consejero ponente: William Hernández Gómez - Bogotá, D.C., diecisiete (17) de agosto de dos mil diecisiete (2017) -Radicación número: 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14). <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2102915>

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 el 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 esta 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 1º 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 Máxima Corporación Constitucional en sentencia C-435 de 2017, bajo la acción pública de constitucionalidad mediante la cual se demandó 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 incrementaran 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.

En consecuencia, conforme a los pronunciamientos jurisprudenciales citados, se tiene que la Constitución Política facultó al legislador bajo su autonomía, para fijar las fórmulas específicas de reajuste periódico de las pensiones teniendo en cuenta el índice de precios al consumidor, parámetro que se adoptó obedeciendo a las satisfacciones de las necesidades de orden familiar, material, social, cultural y educativo, y con el fin de garantizar los fines del salario mínimo, en aras de actualizar el monto de las pensiones y de contrarrestar el fenómeno de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

Conclusiones

En ese orden de ideas, considera la Sala que no se encuentra demostrada la vulneración de los derechos invocados en la parte actora, dado que conforme a los presupuestos normativos y jurisprudenciales antes citados, se observa que no le asiste razón a la accionante al indicar que el reajuste de las mesadas pensionales se debe realizar según el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, esto es, conforme al salario mínimo, y no de conformidad con lo establecido en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

Lo anterior teniendo en cuenta que la Ley 100 de 1993 reajustó las mesadas de los regímenes del sistema general de pensiones, y en aras de mantener su poder adquisitivo ordenó el ajuste según la variación porcentual del índice de precios al consumidor; además con la expedición de dicha norma se entendió derogada la Ley 71 de 1988.

Por lo anterior se confirmará la sentencia de primera instancia que data del 18 de julio de 2019.

Costas en segunda instancia

Así las cosas, se condena en costas de la segunda instancia, conforme al numeral 1 del artículo 365 del CGP, a la señora ROSA ESTHER OLARTE CARO, cuya liquidación y ejecución se harán conforme Código General del Proceso artículo 366 del CGP.

Las agencias en derecho se tasan en un valor de \$160.000.00 a favor de la parte demandada, y a cargo de la demandante, de conformidad con el artículo 6 numeral 3.1.3 inciso 2 del Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura

Por lo discurrido, 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

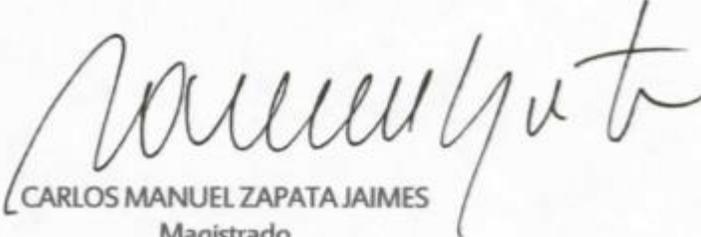
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 18 de julio de 2019 por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por **ROSA ESTHER OLARTE CARO** en contra de la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**.

SEGUNDO: CONDENAR 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 \$160.000.00.

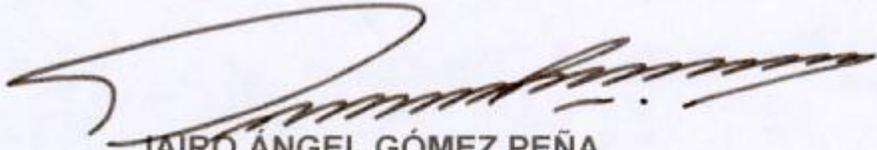
TERCERO: Ejecutoriada esta providencia **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

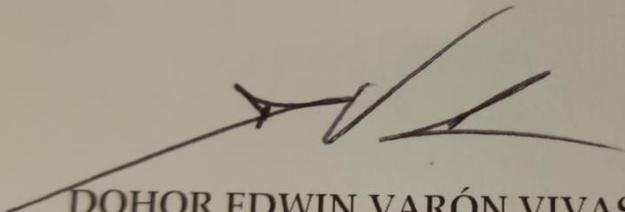
Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Virtual celebrada el 20 de agosto .. de 2020, conforme Acta n° 041 de la misma fecha.



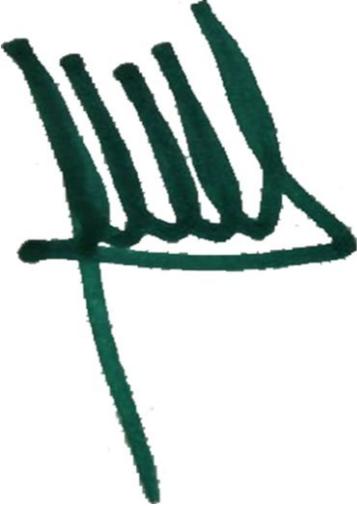
CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



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. 109 del 24 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



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

Manizales, veinte (20) de agosto de dos mil veinte (2020)

PROCESO No.	17-001-33-39-007-2018-00146-02
CLASE	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	MARÍA ELENA RAMOS JIMÉNEZ
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 el demandante, contra el fallo que negó a pretensiones, proferido por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales el 18 de julio de 2019, dentro del proceso de la referencia.

PRETENSIONES

Solicitó declarar la nulidad parcial de la Resolución nº 1229-6 del 31 de enero de 2018, en cuanto negó el reconocimiento y pago del reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme lo establecido en la Ley 71 de 1988.

Que, como consecuencia de la declaración de nulidad, se declare que se tiene derecho al reajuste conforme lo establece la Ley 71 de 1988.

A título de restablecimiento solicita se ordene el reconocimiento y pago de la diferencia entre lo pagado y lo que se le ha debido cancelar, a partir del año 1997.

Se ordene el cumplimiento del fallo en los términos del artículo 192 y siguientes del CPACA.

HECHOS

La señora MARÍA ELENA RAMOS JIMÉNEZ al cumplir con los requisitos de ley le fue reconocida una pensión mediante la Resolución nº 4770 del 4 de septiembre de 2012, por valor de \$1.561. 354.00. , con los reajustes previstos en la Ley 71 de 1988 y 238 de 1995, disposiciones aplicables a la Ley 6 de 1945; 33 de 1985; 91 de 1989; 238 de 1995; 812 de 2003; y Decreto 3752 de 2003.

Señaló que la mesada de la actora se debe reajustar conforme lo establece el artículo 14 de la Ley 100 de 1993; esto es, con el incremento del índice de precios al consumidor (IPC), del año inmediatamente anterior, conforme lo prevé la Ley 71 de 1988, por remisión expresa del artículo 279 de la Ley 100 de 1993.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Consideró como violados los artículos 53 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.

Expresó que se vulneró el artículo 53 de la Constitución Política, al no haber tomado el porcentaje del incremento del salario mínimo vigente para los años 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014, 2015, 2016, 2017, y 2018.

Hace un análisis de las normas que regulan 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.

Aludió a lo dispuesto 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 normativa prevista en las Leyes 71 de 1989 y 238 de 1995, al no ajustar las mesadas pensionales al ajuste del salario mínimo legal.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

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

Propuso los siguientes medios exceptivos:

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 – LITIS CONSORCIO NECESARIO: consideró que atendiendo lo dispuesto en las Leyes 715 de 2001, 91 de 1989, 60 de 1993, y conforme al trámite para el reconocimiento previsto en el Decreto 2831 de 2005, a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, se debe 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: Señala que en virtud de lo dispuesto 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, al Ministerio le corresponde es trazar los lineamientos generales en la prestación del servicio de educación, pero no presta el servicio de educación, ni administra las plantas de personal, como tampoco es empleador de los docentes 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: haciendo un análisis de los elementos esenciales del acto administrativo, 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.

CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO: a duce que la Acción de Nulidad y Restablecimiento de Derecho se ejerce no solo para garantizar el principio de legalidad en abstracto, sino que con ella también se pretende la defensa de un interés particular que ha sido vulnerado por la expedición del acto administrativo.

INEXISTENCIA DE LA CAUSA POR INEXISTENCIA JURÍDICA: afirma 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.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 18 de julio de 2019, negó las pretensiones de la demanda.

La juez de instancia 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 esa disposición, y la Ley 238 de 1995.

Con apoyo en la sentencia del 14 de junio y del 17 de agosto del 2017 del Honorable Consejo de Estado, precisó que la norma contenida en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988 tuvo vigencia hasta que comenzó a regir el art. 14 de la Ley 100 de 1993, norma que por demás es aplicable a las pensiones; además que en sentencia C- 387 de 2017 de la Honorable Corte Constitucional, expuso que no le asiste razón a la parte actora en cuanto al 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.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte actora, precisó sobre la excepción del régimen general de pensiones y su aplicación en armonía desde el principio de

favorabilidad pensional, contemplado para los docentes vinculados antes de la Ley 812 de 2003, bajo la previsión establecida en el Ley 71 de 1988.

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 las 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 los docentes afiliados hasta la expedición de la Ley 812 de 2003, se encontraban bajo la disposición contenida en la Ley 91 de 1989 y Ley 71 de 1988; para el reajuste de las pensiones; luego, con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003, se reajuste la prestación al Índice de Precios al Consumidor; en consecuencia, dado que el actor fue vinculado antes del 27 de junio de 2003, el régimen que se debe aplicar es el previsto en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988.

Insistió que conforme a lo previsto en los artículos 40 y 41 del Decreto 692 de 1994; y la sentencia C-432 de 2004, y sentencia de unificación 014-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019, si bien, existe dos regímenes pensionales, a los docentes vinculados con anterioridad al 27 de junio de 2003, se debe aplicar la Ley 71 de 1989, reajustando la pensión al salario mínimo legal mensual vigente.

Solicitó inaplicar con efectos inter partes los actos administrativos demandados, conforme lo prevé el artículo 4 de la Constitución Política y 148 de CPACA, por vulnerar los artículos 48 y 53 de la Carta Política y 1 de la Ley 71 de 1988; y con base en el artículo 91 del CPACA, aludió a la eficacia del acto administrativo; y en consecuencia al reconocimiento de las pretensiones de la demanda.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante: se ratificó en los argumentos expuestos en la demanda.

Ministerio de Educación Nacional - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio: ratifica los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, solicitando se confirme el fallo de primera instancia.

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.

Problema jurídico

¿Tiene derecho la parte demandante al reconocimiento y pago del reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme lo establece la Ley 71 de 1988, teniendo en cuenta la variación del salario mínimo legal mensual vigente?

Lo probado

Se encuentra probado dentro del expediente:

- Que mediante la Resolución n° 4770 del 4 de septiembre de 2012, reconoció la pensión de jubilación por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio a favor de la señora MARÍA ELENA RAMOS JIMÉNEZ, en cuantía de \$1.561.354.00. (fol. 17-18, C.1)
- Que mediante la Resolución n° 1229 DEL 31 DE ENERO DE 2018 2018, se niega el reajuste periódico de la pensión de jubilación con base en el incremento del salario mínimo mensual legal vigente al docente RAMOS JIMÉNEZ. (fol. 15-16, Ibídem).
- Certificación expedida por la Fiduprevisora de extractos de pagos de los años 12012 A 2017, en la que consta las mesadas percibidas y los descuentos por concepto de salud sobre las mesadas ordinarias y adicionales. (fol. 23 - 24, C.1).

Fundamento jurídico

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 1993¹, 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”.

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,

¹ http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html#1

² Ley 4 de 1976, “Por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones.”
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=1165>

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 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.

Luego, el artículo 1 de la Ley 71 de 1988⁴ 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

³ Ley 71 de 1988 *por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras*
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=307>

⁴ Ley 71 de 1988 *por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones,*
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=307>

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.

Posteriormente, el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 dispuso un ajuste de las pensiones con base en la variación del Índice de Precios al Consumidor –IPC-, excepto aquellas pensiones iguales al salario mínimo que se incrementaban conforme al mismo:

“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.”-sft-

Dicha normativa fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-387 de 1994⁵, donde señaló que el incremento por el IPC o por el salario mínimo cumplen el objetivo del reajuste periódico de las pensiones, y es facultad del legislador determinar el mismo:

“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

⁵ Corte Constitucional sentencia C- 387 de 1994; MP. Dr. Carlos Gaviria Díaz, 1 de septiembre de 1994; REF.: expediente No. D-529. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/c-387-94.htm>

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

“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 las pensiones que se encuentran en debilidad manifiesta frente a los demás ciudadanos; y que el aumento en el índice de precios al consumidor para los demás pensionados, se ajusta a factores circunstancias económicas y políticas.

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 Estado⁶, 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 del 19 de diciembre de 1988, y que esto es aplicable a las pensiones causadas con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993:

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

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

⁶ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION SEGUNDA - SUBSECCIÓN A- Consejero ponente: WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ - Bogotá, D.C., diecisiete (17) de agosto de dos mil diecisiete (2017) -Radicación número: 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14). <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2102915>

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, el 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, esta norma quedó derogada por aquella, 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 1989 al ajuste de la mesada pensional, en armonía con el principio de favorabilidad, es pertinente traer a colación el pronunciamiento expuesto por la Máxima Corporación 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 incrementaran 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.”

De otra parte, la Ley 100 de 1993 en su artículo 279 contempló los regímenes exceptuados, entre otros el personal docente vinculado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio:

“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. (...)"

Este artículo fue adicionado por la Ley 238 de 1995⁷, que dispuso la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 a los regímenes exceptuados previstos en dicha disposición; o sea, el incremento de las pensiones conforme al IPC:

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

*"Párrafo 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**".*

De esta manera, el incremento de las pensiones de los docentes pensionados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 no se rige por el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, toda vez que el factor de incremento anual de las pensiones no forma parte del régimen pensional por el cual se rigen los docentes, como son la edad, el monto, el ingreso base de liquidación y la tasa, y como lo señaló el Consejo de Estado⁸. Además, el reajuste de la mesada pensional no es un derecho adquirido, por lo que el legislador está habilitado para modificar las normas que consagran la proporción del aumento anual. Es del caso agregar que la norma que pretende la parte demandante que se aplique al incremento de su mesada, el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, fue derogado por la Ley 100 de 1993.

Lógicamente, 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.

En consecuencia, conforme a los pronunciamientos jurisprudenciales citados, se tiene que la Constitución Política facultó al legislador bajo su autonomía, de fijar el reajuste periódico de las pensiones, teniendo en cuenta el índice de precios al consumidor, parámetro que se adoptó obedeciendo a las satisfacciones de las necesidades del orden

⁷ Ley 238 de 1995; http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0238_1995.html

⁸ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION SEGUNDA - SUBSECCIÓN A- Consejero ponente: WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ - Bogotá, D.C., diecisiete (17) de agosto de dos mil diecisiete (2017) -Radicación número: 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14). <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2102915>

familiar, material, social, cultural y educativo, y con el fin de garantizar los fines del salario mínimo, en aras de actualizar el monto de las pensiones y de contrarrestar el fenómeno de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

En ese orden de ideas, considera la Sala que no se encuentra demostrada la vulneración de los derechos invocados en la parte actora, dado que, conforme a los presupuestos normativos y jurisprudenciales antes citados, se observa que 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, norma derogada por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

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

COSTAS EN ESTA INSTANCIA.

Así las cosas, se condena en costas de la segunda instancia, conforme al numeral 1 del artículo 365 del CGP, a la señora RAMOS JIMÉNEZ, cuya liquidación y ejecución se harán conforme Código General del Proceso artículo 366 del CGP.

Las agencias en derecho se tasan en un valor de \$ 100.000.00.00 a favor de la parte demandada, y a cargo de la demandante, de conformidad con el artículo 6 numeral 3.1.3 inciso 2 del Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura

Por lo discurrido, la **SALA PRIMERA DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

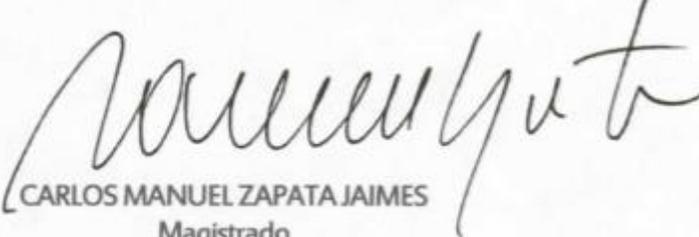
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia dictada por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito el 18 de julio de 2019 en el proceso que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuso **MARÍA ELENA RAMOS JIMÉNEZ** en contra de la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**.

SEGUNDO: SEGUNDO: CONDENAR 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 \$100.000.00.

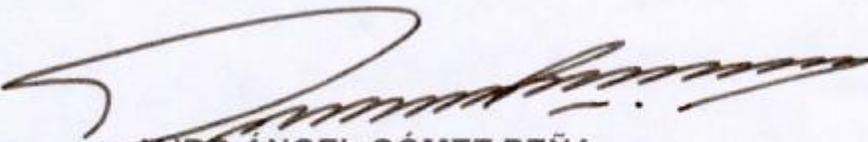
TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

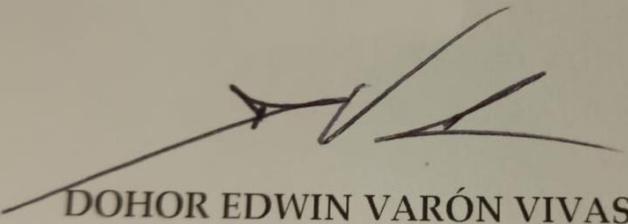
Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Virtual celebrada del 0 d agosto de 2020 conforme Acta nº 041 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
Magistrado

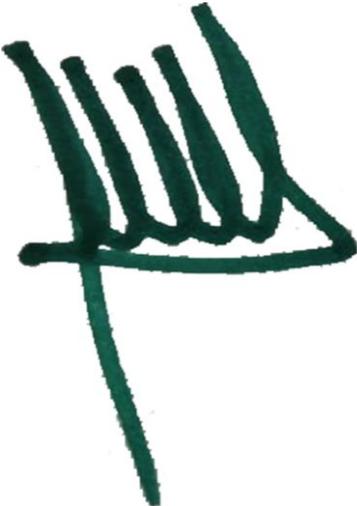


DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 109 del 24 de agosto de 2020.
Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.

Manizales, _____



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario



República de Colombia
Honorable Tribunal Administrativo de Caldas
Sala Sexta de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Sentencia de segunda instancia

Acción: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Margarita María del Pilar Galindo Zuluaga
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa - Dirección General de Sanidad Militar
Radicado: 17001-33-33-002-2014-00375-02
Acto judicial: Sentencia

Manizales, dieciocho (18) de agosto de dos mil veinte (2020).

Proyecto discutido y aprobado en sala ordinaria de decisión de la presente fecha.

§01. **Síntesis:** La demandante solicita que se declare la existencia de una relación laboral en su vinculación con la demandada. La sentencia de primera instancia negó las pretensiones por insuficiencia probatoria. La actora apeló señalando que se omitió la valoración de los testimonios. La sala vuelve a valorar la comunidad probatoria y encuentra demostrada la subordinación laboral en los vínculos entre las partes, y accede a las pretensiones.

§02. La sala dicta sentencia de segunda instancia en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por Margarita María del Pilar Galindo Zuluaga, demandante, contra la Nación – Ministerio de Defensa - Dirección General de Sanidad Militar, demandada. El objeto de decisión es la apelación interpuesta por la demandante contra la sentencia proferida el 01 de diciembre de 2017 por la Señoría del Juzgado Séptimo Administrativo del circuito de Manizales, donde se negaron las pretensiones de la demanda.

1. Antecedentes

1.1. La demanda que solicita el reconocimiento de una relación laboral y el pago de las prestaciones sociales¹

§03. La actora solicitó que se declare la nulidad del oficio 0039/MDN-CGFM-CE-DIV5-BR8-DISMED 3029-38.10 del 13 de enero de 2014 expedido por la demandada, que denegó la existencia de una relación laboral entre las partes y el pago de prestaciones sociales.

¹ (fls. 2 a 8 c.1)

§04. En restablecimiento del derecho la accionante pidió que se ordene a la accionada el pago de: (i) las prestaciones sociales generadas en la relación laboral, desde el 01 de diciembre de 2009 hasta el 30 de diciembre de 2013; y, (ii) la devolución de los aportes a salud y pensión que cubrió la demandante. Sumas indexadas junto con la condena en costas de la demandada.

§05. La actora prestó sus servicios profesionales en educación especial, a través de contratos suscritos con la Dirección General de Sanidad Militar – Batallón de Artillería 8 “San Mateo”. Los contratos se realizaron desde el 01 de diciembre de 2009 hasta el 30 de diciembre de 2013. No se hizo reconocimiento de prestaciones sociales. Los meses de enero y diciembre fueron laborados en forma completa.

§06. La actora prestaba la atención a los afiliados y beneficiarios del Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares en el ESM-3028 BIAYA 22 de Manizales. En el desarrollo de los contratos recibió órdenes y cumplía un horario de trabajo de 8 am a 12 del día y de 2 pm a 6 pm.

§07. La accionante solicitó a la demandada que le reconociera las prestaciones a las que tenía derecho, la cual fue negada por el oficio 0039/MDN- CGFM-CE-DIV5-BR8-DISMED 3029-38.10 del 13 de enero de 2014.

§08. Como fundamento de derecho mencionó los artículos 13 de la ley 1285 de 2009 y 161 del CPACA. En su apoyo citó sentencias del Honorable Consejo de Estado acerca de la configuración de la relación laboral, cuando se logra demostrar que hubo una subordinación de la contratante con el contratista. De esta manera es procedente el pago de las prestaciones sociales.

1.2. Contestación de la demanda que negó la existencia de una relación laboral²

§09. La accionada se opuso a las pretensiones de la demanda. Aceptó que con la accionante suscribió diferentes contratos de prestación de servicio. Por lo que no se causó alguna prestación social.

§10. Propuso como medios exceptivos:

§10.1. Inexistencia de violación de las normas superiores invocadas: Porque no existió relación laboral entre las partes.

§10.2. Inexistencia de la relación laboral y reconocimiento de las prestaciones sociales: Las relaciones contractuales se regularon por la Ley 80 de 1993, que solo generaron el pago de honorarios. Las tareas fueron coordinadas dentro del dispensario médico de las unidades militares.

² Folio 130 a 141 c.1

§10.3. **Inexistencia de la primacía de la realidad:** Se presentó una coordinación de tareas para el cumplimiento del objeto contractual más que una subordinación en el cumplimiento de un horario de trabajo.

§10.4. **Cobro de lo no debido:** Expuso que lo único que existió fue una prestación de servicio donde se cancelaron los honorarios pactados.

§10.5. **Inexistencia de la nulidad del acto administrativo:** Expresó que la demanda no invoca una causa de nulidad.

1.3. La sentencia que negó la existencia de una relación laboral³

§11. El 1 de diciembre de 2017 el Juzgado Séptimo Administrativo del circuito de Manizales dictó sentencia de la siguiente manera:

“PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones de INEXISTENCIA DE VIOLACIÓN DE LAS NORMAS SUPERIORES INVOCADAS, INEXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL Y RECONOCIMIENTO DE LAS PRESTACIONES SOCIALES, INEXISTENCIA DE LA PRIMACÍA DE LA REALIDAD, COBRO DE LO NO DEBIDO, INEXISTENCIA DE LA NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO, Y DE LAS QUE SE ENCUENTREN PROBADAS POR EL DESPACHO, formuladas por la entidad accionada, de conformidad con lo brevemente expuesto.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda formulada por la señora MARGARITA MARÍA DEL PILAR GALINDO ZULUAGA, en contra de la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL, de conformidad con las consideraciones que anteceden.

TERCERO: CONDÉNASE en costas a la parte accionante, las cuales serán liquidadas por la secretaría del Despacho, atendiendo a las consideraciones, expuestas en la parte motiva.

Se fija como agencias en derecho a favor de la parte demandada NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL, y a cargo de la parte demandante, la suma de DOCIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$200.000).”

§12. Una vez expuestos los fundamentos de la demanda y la contestación, se hizo una ilustración legal y jurisprudencial acerca del contrato de prestación de servicios y de la relación laboral.

§13. El juzgado negó las pretensiones de la demandada porque solo se aportaron una serie de contratos de prestación de servicios. No encontró el suficiente material para determinar la existencia de una relación de subordinación. Esto porque no se aportaron documentos, ni se solicitaron testimonios que permitieran demostrar los elementos necesarios para acreditar un contrato realidad.

³ fl. 217 – 225 voto, c.1)

1.4. La demandante solicitó se acceda a las pretensiones porque se omitió el análisis de los testimonios recaudados⁴

§14. La actora pidió que se revoque la sentencia, porque no hubo valoración de los testimonios recaudados.

§15. Insistió que existen pruebas para demostrar la relación de continuada subordinación y dependencia de la demandante frente a la entidad demandada: 1) que la actora tenía un sitio de trabajo dentro de las instalaciones del dispensario del Batallón Ayacucho; 2) tenía un jefe inmediato que era el director del dispensario; 3) debía cumplir con un horario de trabajo fijado por la entidad; 4) debía solicitar permiso para ausentarse; 5) el pago era mensual; 6) Ejerció dos cargos los cuales eran: atención en el dispensario y educadora especial; 7) no podía laborar en forma independiente.

§16. La accionada afirmó que las tareas asignadas en los contratos de prestación de servicios eran inherentes a las funciones asistenciales, de promoción y prevención de la Dirección de Sanidad.

1.5. Trámite procesal

§17. El 10 de mayo de 2018 se admitió la apelación, el 21 de noviembre de 2018 se corrió traslado de alegatos. Intervinieron las partes que expusieron los mismos argumentos de la apelación y la contestación de la demanda.⁵

2. Consideraciones

2.1. Competencia

§18. La sala tiene competencia para decidir el proceso, conforme al artículo 152 del CPACA.

§19. La sala no observa irregularidades procedimentales. En consecuencia, procede a decidir de fondo este juicio.

2.2. Problema jurídico en torno a la existencia de una relación laboral

§20. ¿Se configuró una relación laboral entre la señora Margarita María del Pilar Galindo Zuluaga y la Nación – Ministerio de Defensa - Dirección General de Sanidad Militar?

§21. ¿En caso afirmativo, debe ordenarse el reconocimiento y pago de las pretensiones reclamadas?

⁴ fs. 218 - 253 c.1

⁵ fs. 3, 9, 16 a 31 c.3, fs. 32 a 35 c.3

§22. Para abordar el caso concreto, se analizarán los elementos de la relación laboral y el estudio del caso concreto.

2.3. La subordinación como elemento diferenciador entre el contrato de prestación de servicios y la relación laboral

§23. Como se pasará a ver, en el contrato de prestación de servicios el contratista es autónomo e independiente, y ejecuta actividades ocasionales, extraordinarias, accidentales o que exceden temporalmente la capacidad organizativa y funcional de la entidad. En la relación laboral existe una subordinación jurídica del empleado. Entonces, “... *el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios.*”⁶

§24. Los contratos de prestación de servicios los suscriben las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento. Solo podrán celebrarse con personas naturales cuando las actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. Estos contratos no generan relación laboral ni prestaciones sociales. Y se celebran por el término estrictamente necesario. (art. 32.3 Ley 80/93)

§25. En el contrato de prestación de servicios el contratista es autónomo. Este contrato se suscribe para “...*aquellos casos en los que la entidad pública contratante requiere adelantar labores ocasionales, extraordinarias, accidentales o que temporalmente exceden su capacidad organizativa y funcional, pues se desdibujaría la relación contractual cuando se contratan por prestación de servicios a personas que deben desempeñar exactamente las mismas funciones que, de manera permanente, se asignan a los empleados públicos.*”-sft-⁷

§26. En contrapartida, la relación laboral se configura con tres elementos: (i) cuando una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra, natural o jurídica, (ii) bajo la continua dependencia o subordinación de la contratante; y, (iii) mediante remuneración. (art. 22 CST). La declaración de la relación laboral es una garantía constitucional de la aplicación del principio de la primacía sobre las formalidades. (art. 53 CP)

§27. En la administración pública, la relación laboral se regula a través del contrato de trabajo o del empleo público. En el empleo las personas tienen una vinculación legal o reglamentaria⁸. (Ley 909/04)

§28. La subordinación diferencia al contrato de prestación de servicios de la relación laboral. La subordinación que trata la ley es jurídica⁹, o sea, el empleado consciente una relación jurídica de poder directivo del empleador:¹⁰ “... *faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo,*

⁶ C. Const. Sentencia C-154 de 1997

⁷ C.E. sent. mar. 3/11. M.P. Gustavo Eduardo Gomez Aranguren. Rad 15001-23-31-000-1999-02528-01(0693-10).

⁸ Younes Moreno, D. (2013), derecho Administrativo Laboral, Bogotá, Editorial Temis S.A.

⁹ Propuesto en Italia por LUDOVICO BARASSI en 1901

¹⁰ QUINTANILLA ISLAS, Pedro Antonio. La subordinación en el derecho del trabajo. Universidad de Nuevo León. Diciembre de 2002.

tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador...”¹¹,

§29. El demandante debe demostrar que se configuran los elementos de la relación laboral¹².

2.4. Caso concreto

§30. El artículo 23 del CST señala los elementos esenciales de la relación laboral:

a. La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;

b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; y

c. Un salario como retribución del servicio.

2.4.1. La demandante prestó sus servicios personales remunerados a la demandada

§31. La señora Margarita María del Pilar Galindo Zuluaga prestó los servicios personales como contratista de la Dirección General de Sanidad Militar. El objeto de los contratos era la prestación de servicios de educadora especial al personal de afiliados y beneficiarios del subsistema de salud de las fuerzas militares. El sitio de prestación del servicio era el Dispensario Médico 3028 del Batallón de Infantería 22 “Batalla de Ayacucho”.

§32. Los contratos fueron:

Número de contrato u orden	Periodo	Valor contrato	Objeto
Contrato Número 073	Del 01 de diciembre al 31 de diciembre de	\$ 1'540.000.	Adquisición servicio de educación especial. Servicio de educadora

¹¹ C.E. sent. oct. 18/18 M.P. Rafael Francisco Suárez Vargas. 66001-23-33-000-2012-00140-01(1607-14). <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2124228>

¹² C.E., sent. ene. 4/16. M.P. Gerardo Arias Monsalve. Exp. 0316-14. Igual sentido sent. may. 10/18. M.P. William Hernández Gómez. Rad. 47001-23-33-000-2014-00123-01(3257-16). <http://anterior.consejodeestado.gov.co/SENTPROC/F47001233300020140012301S2PARAADJUNTARSENTENCIA20180517110831.doc>

	2009		especial al personal de afiliados y beneficiarios del Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares (fs.10 - 14 c.1).
Contrato Número 006	Del 15 de enero al 30 de junio de 2010.	\$ 9'240.000	Adquisición servicio de educación especial. Servicio de educadora especial. (fs.15 – 19 c.1).
Modificadorio al contrato No 06 del 15 de enero de 2010, se amplía plazo de ejecución por tres meses.	Ampliación hasta el 30 de septiembre de 2010. (fl. 20, c1)	\$ 13'860.000	Modificadorio al contrato No 06 del 15 de enero de 2010, se le adiciona el valor del contrato en la suma de (4'620.000) queda el valor total del contrato (13'860.000) (fs. 20 c.1).
Contrato Número 07 SANIDAD BIAYA.	Del 05 de enero de 2011 al 30 de junio de 2011	\$ 11'592.000	Servicio de educación especial al personal de afiliados y beneficiarios del Subsistema de salud de las fuerzas militares. (fs. 10 - 13 c.2).
Modificadorio al contrato Número 07 de 05 de enero de 2011 se le adiciona el valor del contrato en la suma de (3'864.00)	Se adiciona del 24 de junio al 31 de agosto de 2011 (fs. 6 c.2).	\$ 15'456.000	
Contrato Número 53 Sanidad Biaka	Del 01 de septiembre al 31 de diciembre de 2011	\$ 7'728.000	Adquisición servicio de educación especial. Servicio de educadora especial al personal de afiliados y beneficiarios del Subsistema de Salud de las fuerzas militares. (fs.21 - 24 c.1).
Contrato Número 069 BASPC08-ESM-BIAYA-2012	Del 16 de enero de 2012 al 30 de noviembre de 2012	\$20'286.000	Servicio de educadora especial al personal de afiliados y beneficiarios del Subsistema de Salud de las fuerzas militares en el establecimiento de sanidad militar del Batallón de Infantería No 22 “Batalla de Ayacucho” (fs. 25 – 30 c.1).
Modificadorio 001 al Contrato Número 069 BASPC08-ESM-BIAYA-2012, se le adiciona el valor del contrato en la suma de (1'932.000) y se adiciona hasta el 31 de diciembre de 2012 (fs. 31 c.1).	Se adiciona hasta el 31 de diciembre de 2012.	\$ 22'218.000	
Contrato Número 027 -BASMS08-ESM-3029-BIAYA- 2013. Tiempo de ejecución 11 meses	Del 15 de enero de 2013 Hasta el 15 de diciembre de 2013.	\$ 21'890.000	Prestación de servicios médicos y hospitalarios como educadora especial con destinación al personal de usuarios y beneficiarios del establecimiento de sanidad militar Número 3028 en el batallón de infantería No 22 de Ayacucho (fs. 32 - 40 c.1A).

§33. Los contratos contaban con:

§33.1. Garantía única de cumplimiento y su aprobación¹³.

¹³ fs. 2 – 4, 8 - 9 c.2

§33.2. Certificado de disponibilidad presupuestal¹⁴.

§33.3. Compromiso presupuestal¹⁵.

§33.4. Acta de liquidación¹⁶.

§33.5. Instructivo del contrato¹⁷.

§33.6. Consulta de autoliquidación de aportes en salud en COOMEVA EPS¹⁸.

§33.7. Registros y recibos de planillas de pagos.¹⁹

§34. Conforme a los anexos de los contratos las obligaciones de la contratista eran:

§34.1. Tener la función de “...*orientación y asesoría de familia, terapia de lenguaje, estimulación temprana y adecuada, terapia para problemas de aprendizaje, elaboración de proyectos, consulta individual y demás funciones que le sean asignadas por autoridad competente de acuerdo con el área de desempeño.*”-sft-

§34.2. Cumplir con el objeto del contrato dentro del plazo y en las condiciones acordadas.

§34.3. Proveer a su costo, todos los servicios necesarios para el cumplimiento de los objetivos y funcionalidades requeridas en el presente contrato.

§34.4. No ofrecer pagos o halagos a los funcionarios.

§34.5. Cumplir con las exigencias del supervisor de acuerdo con las funciones que le corresponden.

§34.6. Obrar con lealtad y buena fe, evitando dilaciones y trabas.

§34.7. Responder los requerimientos de aclaración o de información en los plazos que el Dispensario Médico 3028 establezca.

§34.8. Prestar la máxima colaboración en todo momento para facilitar la debida supervisión del contrato.

§34.9. Suscribir las actas de entrega parcial y total de recibo de satisfacción del objeto contractual.

§34.10. Suscribir el acta de liquidación del contrato.

¹⁴ fs. 7 c.2

¹⁵ fs. 5 c.2

¹⁶ fs. 14 - 15 c.2

¹⁷ fs. 16 - 18 c.2

¹⁸ fs. 57 - 58 c.1

¹⁹ fs. 60 - 69 c.1

§34.11. En general, la obligación de cumplir cabalmente las condiciones y modalidades previstas para la ejecución del contrato, para lo cual el contratista deberá actuar razonablemente en el marco de sus obligaciones contractuales.

§35. El 19 de diciembre de 2013 la señora Margarita María del Pilar Galindo Zuluaga solicitó a la entidad demandada el pago de prestaciones sociales derivadas de la relación laboral²⁰.

§36. El 13 de enero de 2014 la entidad accionada negó la solicitud de la accionante²¹.

§37. Como se observa, se demostró que la demandante prestó servicios en forma personal y remunerada a favor de la demandada.

2.4.2. La demandante prestó los servicios bajo la subordinación de la demandada

§38. Para justificar la subordinación, se tomaron las siguientes declaraciones²²:

§38.1. La señora Martha Cecilia Cáceres de Cetina, sicóloga del dispensario del Batallón Ayacucho, quien indicó:

§38.1.1. Conoció a la demandante porque laboraron en el dispensario.

§38.1.2. La accionante en medio tiempo realizaba labores de educadora especial para personas con discapacidad. El otro medio tiempo prestaba atención al usuario.

§38.1.3. Atendía en el consultorio los niños que le eran remitidos.

§38.1.4. Tenían un horario estipulado en una planilla. Los usuarios asistían de 8 a.m. a 12:00 y de 2:00 pm a 6:00 p.m.

§38.1.5. Afirmó que recibían órdenes del director del dispensario.

§38.1.6. Requerían permiso para ausentarse de la actividad laboral.

§38.1.7. Para el pago, debían rendir informe en una planilla de las actividades mensuales, con sus respectivos soportes.

§38.2. La señora Luz Elena Morales Gallego, médica - auditora del dispensario del Batallón Ayacucho, expuso:

§38.2.1. Que conoció a la accionante en noviembre del año 2009, cuando laboraron en sanidad del Batallón en el dispensario.

§38.2.2. La accionante era educadora especial de niños con problemas de aprendizaje. Realizaba terapias de rehabilitación. También se le asignaron funciones de atención al usuario, para recibir quejas o dar trámite a las autorizaciones.

§38.2.3. El horario de trabajo era de 8 am a 12 m para atención del usuario, y de 2 a 6 pm para realización de terapias.

²⁰ fs. 47- 50 c.1

²¹ fs. 41, 43 - 46 c.1

²² cd, fl.174, c1

§38.2.4. El jefe inmediato era el director de dispensario. También era en interventor de los contratos. A quien se le solicitaba autorización para ausentarse del trabajo. Ante el mismo se presentaban los informes de atención a los pacientes y usuarios.

§38.2.5. La mayoría de las personas que laboraban en el dispensario eran contratistas.

§38.3. La señora NANCY GALINDO ZULUAGA, hermana de la accionante, explicó que visitaba el dispensario porque sus padres son afiliados. Afirmó que la demandante no recibía otra remuneración mensual por otros contratos, porque no tenía tiempo para laborar, y tenía dedicación exclusiva al Batallón.

§39. La prueba de la subordinación laboral puede ser directa, pero también indirecta o de indicios, esto es, un hecho probado indica la existencia de otro hecho.

§40. Se pasarán a revisar las siguientes categorías de indicios²³ construidas jurisprudencialmente:

§41. Indicios contenidos en las cláusulas del contrato de prestación de servicios:²⁴

§41.1. En las obligaciones de los contratos se señaló que la demandante a parte de las funciones contratadas de “...orientación y asesoría de familia, terapia de lenguaje, estimulación temprana y adecuada, terapia para problemas de aprendizaje, elaboración de proyectos, consulta individual...” debía realizar las “... demás funciones que le sean asignadas por autoridad competente de acuerdo con el área de desempeño.”-sft

§41.2. Además, la accionante debía cumplir con las exigencias del supervisor de acuerdo con las funciones que le correspondían.

§42. Indicios de un conjunto de aspectos de índole administrativo, como la recepción de órdenes en los diversos aspectos que componen la prestación del servicio:

§42.1. Los testigos fueron uniformes en señalar que recibían órdenes del director del dispensario, a quien se le debía solicitar permiso para ausentarse del sitio. Además, era el interventor del contrato y ante él debía presentarse los informes para el pago de los contratos.

§43. Indicios por el criterio funcional o del ejercicio permanente u ordinario de labores misionales que constitucional y legalmente están asignadas a la entidad pública.^{25 y 26}

²³ C.Const. Sent. C-614 de 2009.

²⁴ “Las estipulaciones anteriores permiten concluir que cuando la demandante desarrolló su actividad bajo la figura de contratos u órdenes de prestación de servicios lo hizo para cumplir una relación de tipo laboral, pues el cumplimiento de labores encomendadas se llevó a efecto en desarrollo de instrucciones impartidas por sus superiores y debía reportar a estos el desarrollo de la actividad.” 2005 Consejo de Estado Sección Segunda Expediente 0245 y 2161 de 2005

“en el numeral 6º de la cláusula primera que estipula las funciones del Contratista, lo siguiente:

“...6) Desempeñar las demás funciones que le sean asignadas por el Superior Inmediato...” (La Sala destaca).”
CONSEJO DE ESTADO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN “A” CONSEJERO PONENTE: JAIME MORENO GARCIA Radicación: 540012331000200000020 01 (2776-2005)

§43.1. El Decreto 1795 de 2000, que regula la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional y las Fuerzas Militares, define “... *la Sanidad como un servicio público esencial de la logística militar y policial, inherente a su organización y funcionamiento, orientada al servicio del personal activo, retirado, pensionado y beneficiarios.*” (art. 2) Estas funciones se realizan a través de los Establecimientos de Sanidad Militar, harán parte de la seguridad Nacional, que brindan el servicio integral de salud en las áreas de promoción, prevención, protección, recuperación y rehabilitación del personal afiliado y sus beneficiarios. (art. 4)

§43.2. Las contrataciones se justificaron con un estudio de conveniencia, que precisó:

“(....) 1. *Descripción de la necesidad*

El dispensario médico del Batallón Ayacucho, evidencia que es necesario satisfacer de manera completa las necesidades que se tienen para todos sus usuarios, aproximadamente diez mil (10.000), en la actualidad no cuenta con profesionales con especialidad en educación especial indispensables para satisfacer las necesidades de los pacientes que lo requieren, así se beneficiaría la razón de ser de los ESM 3028 que son los usuarios del sistema, acelerando la atención oportuna e inmediata de los mismos, ofreciendo integridad en el servicio.

La contratación de SERVICIO DE EDUCADORA ESPECIAL se fundamenta en los siguientes beneficios

- orientación y asesoría de familia.*
- terapia de lenguaje, estimulación temprana y adecuada.*
- terapia para problemas de aprendizaje.*
- elaboración de proyectos*
- consulta individual.*
- demás tareas que le sean asignadas por la autoridad competente de acuerdo con el área de desempeño.*”-sft-

§44. Indicios por el criterio temporal o habitualidad, si las funciones contratadas se asemejan a la constancia o cotidianidad, que conlleva el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor.

§44.1. Las declarantes Martha Cecilia Cáceres y Luz Elena Morales, quienes laboraron con la accionante en el dispensario, atestiguaron uniformemente que la demandante tenía un horario laboral de 8 a.m. a 12:00 m y de 2:00 pm a 6:00 p.m., conforme con la planilla de turnos impuesto en el área de sanidad.

§45. Indicios por el criterio de igualdad, si las labores desarrolladas son las mismas que las de los servidores públicos vinculados en planta de personal de la entidad. O que existan cargos en la planta de personal que tengan el carácter asistencial que realicen las mismas labores.

²⁵ CONSEJO DE ESTADO SECCION SEGUNDA SUBSECCION A Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN Radicación número: 73001-23-31-000-2008-00081-01(1618-09)

²⁶ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA, SUBSECCION "A" Consejero ponente: César Palomino Cortés, Bogotá, D.C., veintiséis (26) de julio de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 68001-23-31-000-2010-00799-01. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=89540>

§45.1. No se allegó constancia que existieran personas en la planta que cumpliera las mismas funciones de la demandante.

§46. Indicio por criterio de la excepcionalidad²⁷: La jurisprudencia²⁸ precisa que los contratos de prestación de servicios se realizan para adelantar labores ocasionales, extraordinarias, accidentales o que temporalmente exceden su capacidad organizativa y funcional. O sea, que la tarea acordada no corresponde a actividades nuevas, que no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados²⁹ o de actividades que, de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta.

§46.1. Según los estudios de conveniencia de los contratos, se requería los servicios de la demandante, porque “... *en la actualidad no cuenta con profesionales con especialidad en educación especial indispensables para satisfacer las necesidades de los pacientes que lo requieren.*”

§47. Indicio de criterio de la continuidad: si la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios, pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración.

§47.1. Las actividades realizadas por la demandante fueron continuas en las instalaciones de la demandada, durante los siguientes períodos de tiempo: del 01 de diciembre al 31 de diciembre de 2009, del 15 de enero al 30 de septiembre de 2010, del 5 de enero al 31 de diciembre de 2011, del 16 de enero al 31 de diciembre de 2012, y del 15 de enero de 2013 al 15 de diciembre de 2013.

§48. Las pruebas coherentemente muestran que las actividades realizadas por la demandante fueron continuas en las instalaciones de la demandada, en un horario, y bajo la continua subordinación y dependencia del agente de la entidad demandada, el director del dispensario. La obligación que la contratista realice las “... demás funciones que le sean asignadas por autoridad competente de acuerdo con el área de desempeño...” no son propias de una relación de colaboración sino de subordinación, o sea, la posibilidad jurídica de exigir en cualquier momento el cumplimiento de órdenes.

§49. Es claro lo anterior porque la demandante fue contratada para realizar educación especial. Pero por fuera de las estipulaciones contractuales, se le adosó la obligación de atención al público.

§50. De esta forma, están demostrados los elementos de la relación laboral: las actividades personales remuneradas de la demandante, bajo subordinación y dependencia de la demandada.

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cueter, Bogotá, D.C., primero (1) de marzo de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00117-01(3730-14).

²⁸ C.E. Sent. mar. 3/11. M.P. Gustavo Eduardo Gomez Aranguren. Rad 15001-23-31-000-1999-02528-01(0693-10).

²⁹ CONSEJO DE ESTADO SECCION SEGUNDA SUBSECCION "A" Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCON Radicación número: 68001231500020020210401 (0233-08)

§51. Por lo anterior, es del caso declarar la existencia de una relación laboral entre las partes, por los siguientes periodos: del 01 de diciembre al 31 de diciembre de 2009, del 15 de enero al 30 de septiembre de 2010, del 5 de enero al 31 de diciembre de 2011, del 16 de enero al 31 de diciembre de 2012, y del 15 de enero de 2013 al 15 de diciembre de 2013.

§52. Se declararán no probadas las excepciones propuestas por la accionada de inexistencia de la primacía de la realidad, inexistencia de la relación laboral y reconocimiento de las prestaciones sociales, inexistencia de violación de las normas superiores invocadas y cobro de lo no debido.

§53. Por consiguiente, se revocará la sentencia de primera instancia.

2.5. La prescripción se configuró parcialmente

§54. Para determinar el período de liquidación de las prestaciones, se tomarán los siguientes criterios:

§54.1. El artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 indica que *“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.”*

§54.2. Se tendrán en cuenta los períodos fijados en los contratos y certificados, ya que no hay otra prueba que demuestre detallada y claramente que la parte demandante prestó sus servicios en épocas intermedias.

§54.3. Para establecer si hubo solución de continuidad el Consejo de Estado en sentencia del 26 de julio de 2018³⁰ estimó que *“... la interrupción en los contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes se dio por los períodos antes mencionados, pues cada contrato excedió los 15 días hábiles de que trata el artículo 45 del Decreto 1042 de 1978 para considerar que hubo solución de continuidad.”*

§54.4. El 25 de agosto de 2016³¹ el Consejo de Estado unificó la posición sobre la prescripción en el contrato realidad de la siguiente manera:

“(...) i) Quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, deberá reclamarlos dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual; ii) sin embargo, no aplica el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional y en armonía con los derechos constitucionales a la igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y los principios de in dubio pro operario, no regresividad y progresividad; iii) lo anterior, no implica la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por concepto de

³⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejero Ponente: Dr. César Palomino Cortés. Sentencia del 26 de julio de 2018. Radicación número: 68001-23-31-000-2010-00799-01(2778-13).

³¹ CE. Sección segunda. Sent. ago. 25/2016. MP. Carmelo Perdomo Cueter. expediente 0088-15, CESUJ2

aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal (que se busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional; iv) las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, también están exceptuadas de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA);... ”-sft-

§54.5. Existe armonía en ambas subsecciones de la sección segunda del Consejo de Estado, en cuanto a que el plazo de prescripción abarca la relación laboral ininterrumpida sin solución de continuidad³²:

“... para determinar la prescripción de las prestaciones, se advierte que la solicitud de reconocimiento de la relación laboral fue radicada en el despacho del Gobernador de Boyacá, el 28 de junio de 2011, lo que suscita el acaecimiento del fenómeno jurídico prescriptivo sobre los dos primeros periodos, es decir los comprendidos del 19 de diciembre de 2001 al 15 de febrero de 2002 y del 27 de mayo de 2002 al 28 de febrero de 2008 (...) habrá de modificarse el primer inciso del numeral tercero de la sentencia recurrida, para declarar que el periodo reconocido comprende desde el 1º de abril al 30 de diciembre de 2008, al haberse acreditado que la terminación del contrato de prestación de servicios No. 453 fue el 30 de diciembre de 2008...”

§55. En esta caso, se presentaron las siguientes interrupciones entre los contratos:

Periodo de vinculación	Interrupción con el siguiente contrato	Fecha de prescripción
Del 01 de diciembre al 31 de diciembre de 2009	14 días	1 de enero de 2012
Del 15 de enero al 30 de septiembre de 2010	97 días	1 de octubre de 2013
Del 5 de enero al 31 de diciembre de 2011	15 días	1 de enero de 2014
Del 16 de enero al 31 de diciembre de 2012	14 días	1 de enero de 2015
Del 15 de enero de 2013 al 15 de diciembre de 2013.		16 de enero de 2016

³² CE. Sección segunda, subsección B. Sent. mar. 14/2019. MP César Palomino Cortés. Rad. 15001-23-31-000-2012-00042-01(3246-15). En igual sentido la subsección A. Sent. jul. 18/2019. MP Rafael Francisco Suárez Vargas. Rad. 81001-23-33-000-2013-00087-01(4483-14): “... El 3 de mayo de 2013 solicitó al director de la Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca reconocer la existencia de una relación laboral (...) A título de restablecimiento del derecho, se condenará a la entidad demandada al pago de las prestaciones pagadas por la accionada a quienes desempeñen empleos de planta de igual categoría, para lo cual se tomará como base de liquidación el valor pactado en los contratos de prestación de servicios, dentro del periodo comprendido entre el 18 de febrero de 2009 y el 1.º de enero de 2011; y, del 24 de enero al 2 de diciembre de 2011 por haberse acreditado la figura de la prescripción trienal de los periodos previos a la expedición del contrato 091 de 2009”

§56. Dado que la reclamación se hizo el 19 de diciembre del 2013, están prescritos los derechos derivados de las prestaciones sociales y la devolución de aportes por salud de las relaciones laborales que no estaban vigentes al 19 de diciembre del 2010.

§57. De esta manera, los contratos no afectados por la prescripción son los que abarcaron: del 5 de enero al 31 de diciembre de 2011, del 16 de enero al 31 de diciembre de 2012, y del 15 de enero de 2013 al 15 de diciembre de 2013.

2.6. Restablecimiento del derecho

§58. Se ordenará a la entidad demandada que liquide y pague a la parte demandante las prestaciones fijadas para los empleados de planta, y pague a la demandante el exceso que le correspondía por los aportes de salud a los fondos correspondientes, de los periodos: del 5 de enero al 31 de diciembre de 2011, del 16 de enero al 31 de diciembre de 2012, y del 15 de enero de 2013 al 15 de diciembre de 2013.

§59. Conforme a la sentencia de unificación antes citada, “... *en lo que atañe al ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir (...) por contrato de prestación de servicios, cabe anotar que este corresponderá a los honorarios pactados...*”.³³

§60. “*En cuanto al pago de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones son imprescriptibles, la entidad accionada deberá tomar durante el tiempo comprendido entre los vínculos contractuales efectivamente reconocidos, el ingreso base de cotización (IBC) pensional del demandante, mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador. Para tales efectos, el actor deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante estos vínculos contractuales y en la eventualidad 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*”.³⁴-sft-

§61. “*En relación con los aportes a pensión se ordenará a la accionada cotizar en el respectivo fondo de pensiones el porcentaje que le correspondía como empleador, para la fecha en que fueron suscritas todas las órdenes de prestación de servicios...*”.³⁵

§62. Se condenará igualmente a la demandada a pagar a favor de la demandante, los porcentajes de cotización a salud como empleador debió trasladar a los fondos correspondientes, y que asumió la actora, causados dentro del período de contratación irregular por el cual se reconoce el restablecimiento del derecho teniendo en cuenta el fenómeno de la prescripción. En caso que los mismos no eran los que correspondían

³³ Cita del cita. Para el efecto y según la sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2-005 del 25 de agosto de 2016, el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir, corresponderá a los honorarios pactados en el contrato de prestación de servicios.

³⁴ CE. Sección Segunda Subsección B. Sent. mar.14/2019. MP César Palomino Cortés. Rad. 15001-23-31-000-2012-00042-01(3246-15)

³⁵ CE. Sección Segunda, Subsección A. Sent. jun. 21/2018. MP. William Hernández Gómez. Rad. 50001-23-33-000-2010-00606-01(1586-16)

en el caso de empleados de la entidad, la demandada deberá completarlos a la EPS correspondiente.

§63. Las sumas reconocidas serán reajustadas con la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{If}{Ii}$$

§64. Según la cual, el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a la prestación social, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debería efectuarse el pago).

§65. La entidad demandada dará cumplimiento a la presente sentencia en los términos previstos por el artículo 192 del CPACA, sin perjuicio de la carga impuesta a la parte actora respecto a los aportes en pensión.

2.6.1. Se condena en costas a la demandada

§66. En el presente asunto se condenará en costas de ambas instancias a la demandada, conforme al criterio objetivo valorativo, porque se observó la actuación y diligencias que el demandante tuvo en el proceso. Se liquidarán conforme al artículo 366 del Código General del Proceso. (art. 188 del CPACA).

§67. Como agencias en derecho se tasan en un salario mínimo legal mensual cargo de la de la parte accionada y a favor de la parte demandante. (art. 5 Acuerdo PSAA16-10554 de 2016 C.S de la Judicatura).

§68. La sala sexta de decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Sentencia

Primero: Revocar la sentencia proferida el 1 de diciembre de 2017 por la señoría del Juzgado Séptimo Administrativo del circuito de Manizales, dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada por Margarita María Del Pilar Galindo Zuluaga, en contra de la Nación – Ministerio de Defensa - Dirección General de Sanidad Militar.

Segundo: Declarar no probadas las excepciones propuestas por la demandada de inexistencia de la primacía de la realidad, inexistencia de la relación laboral y reconocimiento de las prestaciones sociales, inexistencia de violación de las normas superiores invocadas y cobro de lo no debido.

Tercero: Declarar la excepción de prescripción de las prestaciones y de la devolución de los aportes en salud asumidos por la demandante y que le correspondían a la demandada, anteriores al 19 de diciembre del 2010.

Cuarto: Declarar la existencia de una relación laboral entre la señora Margarita María del Pilar Galindo Zuluaga y la Nación – Ministerio de Defensa - Dirección General de Sanidad Militar, por los siguientes períodos de tiempo: del 01 de diciembre al 31 de diciembre de 2009, del 15 de enero al 30 de septiembre de 2010, del 5 de enero al 31 de diciembre de 2011, del 16 de enero al 31 de diciembre de 2012, y del 15 de enero de 2013 al 15 de diciembre de 2013.

Quinto: Declarar la nulidad del oficio 0039/MDN –CGFM-CE-DIV5-BR8-DISMED 3029-38.10 del 13 de enero de 2014.

Sexto: A título de restablecimiento del derecho, condénese a la Nación – Ministerio de Defensa - Dirección General de Sanidad Militar a reconocer y pagar a favor de la señora Margarita María del Pilar Galindo Zuluaga, las mismas prestaciones sociales que percibían los empleados de planta de la entidad, correspondientes a los periodos comprendidos: del 5 de enero al 31 de diciembre de 2011, del 16 de enero al 31 de diciembre de 2012, y del 15 de enero de 2013 al 15 de diciembre de 2013. Para la liquidación de tales prestaciones se tomarán como los honorarios de cada contrato.

Séptimo: Declárase que el tiempo laborado por la señora Margarita María del Pilar Galindo Zuluaga, en los siguientes períodos se debe computar para efectos pensionales: del 01 de diciembre al 31 de diciembre de 2009, del 15 de enero al 30 de septiembre de 2010, del 5 de enero al 31 de diciembre de 2011, del 16 de enero al 31 de diciembre de 2012, y del 15 de enero de 2013 al 15 de diciembre de 2013.

Octavo: Condénese a la Nación – Ministerio de Defensa - Dirección General de Sanidad Militar, a pagar a la respectiva AFP o entidad encargada de las asignaciones de retiro y pensiones, la diferencia entre los aportes a pensión realizados como contratista y los que se debieron cotizar al respectivo fondo. Tomará como referencia el valor de los honorarios de los contratos.

Para lo anterior, el demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al Sistema General de Seguridad Social en pensiones durante el tiempo que duraron los referidos vínculos contractuales, y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.

Noveno: Condénese a la Nación – Ministerio de Defensa - Dirección General de Sanidad Militar a pagar a favor de la señora Margarita María del Pilar Galindo Zuluaga, los porcentajes de cotización a salud como empleador, que debió trasladar a los fondos correspondientes, y que asumió la actora; al igual que la totalidad de la cotización a la caja de compensación respectiva, causados dentro del período de contratación irregular por el cual se reconoce el restablecimiento del derecho teniendo en cuenta el fenómeno de la prescripción. Dicho pago deberá realizarse a través de las entidades de seguridad social a las que se encuentre afiliada la accionante.

Décimo: Las sumas que deba cancelar la entidad accionada de acuerdo con lo antes expresado, serán debidamente indexadas mediante la aplicación de los ajustes de valor, para lo cual, se tendrá en cuenta la fórmula indicada en la parte motiva de esta providencia y la forma como deberá hacer dichos ajustes.

Undécimo: Niéguese las demás pretensiones de la demanda.

Duodécimo. Se condenará en costas, en ambas instancias, a favor de la parte actora, y en contra de la accionada, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma dispuesta en el Código General del Proceso. Se fijan como agencias en derecho a favor de la demandada y a cargo de la demandante, en un salario mínimo legal mensual vigente.

Decimotercero: La entidad demandada dará cumplimiento a la presente sentencia en los términos previstos por el artículo 192 del CPACA.

Decimocuarto: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia Siglo XXI.

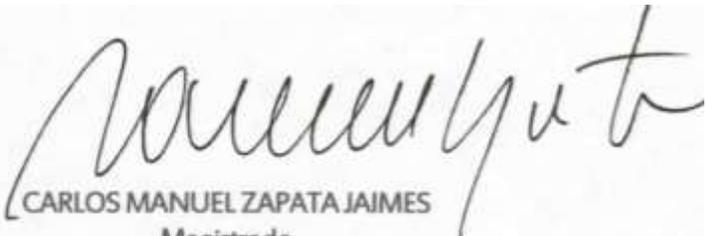
Decimoquinto: Notifíquese conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

Notifíquese y Cúmplase

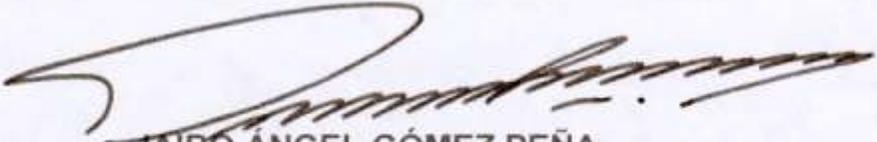
Los Magistrados



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
Magistrado

El acto judicial corresponde al aprobado en sala

Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Firmado digitalmente

Firmado Por:

**PUBLIO MARTIN ANDRES PATIÑO MEJIA
MAGISTRADO
MAGISTRADO - TRIBUNAL 006 ADMINISTRATIVO MIXTO DE LA
CIUDAD DE MANIZALES-CALDAS**

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

Código de verificación:

c265ef1740f906c8ace216b315a75c6d7cab600acd739086df10647d4a255550

Documento generado en 20/08/2020 04:28:31 p.m.



República de Colombia
Honorable Tribunal Administrativo de Caldas
Sala Sexta de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Sentencia de segunda instancia

Acción: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Fredy René Moncayo Castrillón
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG- Alcaldía de Manizales
Radicación: 17001-3339-005-2016-00015-02
Acto judicial: Sentencia

Manizales, dieciocho (18) de agosto dos mil veinte (2020).

Proyecto discutido y aprobado en sala ordinaria de decisión de la presente fecha.

§01. **Síntesis:** La parte demandante solicita que se condene a las demandadas al pago de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, por la demora entre la solicitud del reconocimiento de una pensión y el pago de la prestación. El juzgado de primera instancia concedió la sanción procede a partir del reconocimiento de la pensión. La sala confirma la decisión de primera instancia.

§02. La sala de decisión del Tribunal Administrativo de Caldas dicta sentencia de segunda instancia en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho promovida por el señor Jorge Hernán Castaño Rendón, parte demandante, contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional, el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG- y la Alcaldía de Manizales, parte demandada. El objeto es decidir la apelación interpuesta por la parte demandante contra la sentencia del 26 de marzo de 2019 de la Señoría del Juzgado Quinto Administrativo del circuito de Manizales que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

1. Antecedentes

1.1. La Demanda para el reconocimiento de intereses de mora entre la solicitud de una pensión y su pago efectivo¹

§03. El demandante pretende que se declare la nulidad de la Resolución S.E – FPSM 619 del 23 de noviembre de 2015, expedidas por la Secretaría de Educación de la

¹ Fs. 3 a 13 c.1

alcaldía de Manizales, que negó el reconocimiento y pago de intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

§04. En restablecimiento del derecho, el actor solicitó que se ordene a la accionada el pago de los intereses moratorios desde los seis meses siguientes a la presentación de la solicitud para el reconocimiento de la pensión hasta su pago efectivo; con los ajustes del IPC, desde la fecha de pago de la presentación de la demanda hasta la ejecutoria de la sentencia, el pago de los intereses derivados de la sentencia, y las costas de este proceso.

§05. La demanda se funda en los siguientes hechos. El 7 de noviembre de 2012 solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación. El 27 de febrero de 2014 se otorgó la pensión a través de la Resolución 152. El pago de la asignación se hizo a partir del 26 de mayo de 2014.

§06. La demanda explicó que el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 establece que, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales, “... *la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago.*”

§07. El demandante presentó ante la Secretaría de Educación de Manizales la petición para el reconocimiento de los intereses mencionados. El ente territorial negó la solicitud a través del oficio S.E.-FPSM 619 del 23 de noviembre de 2015.

§08. La demanda expuso como fundamentos de derecho los artículos 33, 141 de la Ley 100 de 1993, y 4 de la Ley 700 de 2001.

§09. El demandante exige el pago de los intereses moratorios generados por la demora entre la solicitud de la pensión y su pago efectivo. En su apoyo citó las sentencias C-601 de 2000 de la Honorable Corte Constitucional y del 12 de febrero de 2014 del Honorable Consejo de Estado.

1.2. Contestaciones de las demandadas

1.2.1. La Alcaldía de Manizales expuso que no le corresponde el pago de los intereses²

§10. §09. Expuso que no son ciertos los hechos referidos a la demora en el pago de las mesadas pensionales y sus respectivos intereses de mora, estén a cargo del Municipio y se opuso a las pretensiones de la demanda.

§11. Como normas aplicables citó las leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933, 91 de 1989, 4 de 1966, 100 de 1993 y el Decreto 1743 de 1966.

§12. Propuso las siguientes excepciones:

² fs. 35 a 49 c.1

§12.1. **Cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación cuyo pago se persigue:** El artículo 141 de la Ley 100 de 1993 regula el pago de los intereses moratorios, el cual se genera cuando se presenta mora en el pago de pensiones cuyo reconocimiento tenga origen en la Ley 100 de 1993.

§12.2. **Falta de legitimación por pasiva:** El pago de los intereses demandados le corresponde al FOMAG.

§12.3. **Caducidad de la acción - prescripción extintiva del derecho:** En el presente caso se generó la caducidad de la acción conforme al artículo 164.2.d del CPACA.

§12.4. **Inepta demanda:** El acto demandado no es susceptible de control judicial porque no es definitivo, dado que al FOMAG la competente para el reconocimiento de las prestaciones sociales a los docentes.

1.2.2. La Nación – Ministerio de Educación – FOMAG no contestó la demanda³

§13. Contestó que no le constan las circunstancias laborales del demandante y se opuso a todas las pretensiones. Enunció como normas aplicables las Leyes 38 de 1989, 91 de 1989 y el Decreto 2831 de 2005.

§14. Propuso las siguientes excepciones:

§14.1. **Vinculación de litisconsortes necesarios:** Solicitó la vinculación del Departamento de Caldas, conforme a la Ley 81 de 1989 y el Decreto 2831 de 2005.

§14.2. **Falta de legitimación en la causa por pasiva:** El ministerio manifestó que no tiene la competencia para el reconocimiento y pago de la prestación reclamada por el actor.

§14.3. **Inexistencia de la obligación demandada por inexistencia de causa jurídica:** Indicó que el demandante hace parte del régimen especial docente regido por la ley 91 de 1989, por lo que no es posible aplicar los intereses moratorios contemplados en la Ley 100 de 1993.

§14.4. **Caducidad de la acción:** Ilustró que se produce si no se demanda el acto definitivo dentro de los cuatro meses siguientes a su notificación. (art. 164 CPACA).

§14.5. **Prescripción:** En los términos de los artículos 488 del C.S.T., 41 del Decreto 3135 de 1968, 102 del Decreto 1848 de 1969.

§14.6. **Cobro de lo no debido:** La cartera ministerial no está obligada a asumir los cobros que pretende cobrar la demandada.

³ Fls. 55 a 67, c.1

§14.7. **Buena fe:** Manifestó que ha obrado con estricto apego a la ley.

§14.8. **Genérica**

§15. La parte demandante no intervino en el traslado de las excepciones.

1.3. Tránsito procesal y la sentencia del juzgado que accedió a la condena de intereses desde el acto que concedió la pensión hasta su pago⁴

§16. El 26 de abril de 2018 el Juzgado Quinto Administrativo del circuito de Manizales celebró audiencia inicial donde negó las excepciones de caducidad, falta de integración del contradictorio e inepta demanda. La audiencia de pruebas se realizó el 7 de junio de 2018. Las partes alegaron por escrito. En sentencia del 26 de marzo de 2019 el juzgado decidió:

“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de “cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación cuyo pago se persigue”, “caducidad de la acción”, “prescripción extintiva”, propuesta por ambas entidades demandadas; así como también la excepción de “inepta demanda”, propuesta por el Municipio de Manizales.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADAS las excepciones de “falta de legitimación en la causa por pasiva”, planteada por el Municipio de Manizales.

TERCERO: DECLARAR LA NULIDAD del oficio N° SE-FPSM 619 del 23 de noviembre de 2015, mediante la cual se negó el reconocimiento de intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

CUARTO: CONDENAR a la NACIÓN – MINISTERIOS DE EDUCACIÓN – FNDO NACIONAL D EORESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG a reconocer y pagar a favor del señor FREDY RENE MONCAYO CASTRILLÓN intereses moratorios entre el 1° de abril de 2014 y el 25 de mayo de 2014, en la forma, por los conceptos y tiempos señalados en la parte considerativa, a la tasa máxima de interés moratorio vigente para el mes de mayo de 2014.

QUINTO: DENEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: SIN CONDENA EN COSTAS, por lo expuesto en la parte motiva de este proveído.”

§17. Una vez expuestos los fundamentos fácticos y jurídicos contenidos en la demanda y contestación, consideró como problemas jurídicos a determinar:

“1. ¿El artículo 141 de la Ley 100 de 1993, es aplicable al régimen prestacional de los docentes, contenido en la Ley 91 de 1989?”

⁴ Fls. 113 a 123, c.1

2. De resultar aplicable dicha normal al régimen especial de los docentes, debe verificarse si existió tardanza en el reconocimiento y pago de la pensión vitalicia de jubilación al demandante y en caso positivo desde qué fecha se causa los intereses de mora por la dicha demora.

3. ¿Cuál entidad debe responder por los intereses de mora generados por el pago tardío de la pensión vitalicia de jubilación del demandante?

§18. Con respecto a la excepción de falta de legitimación por pasiva, solo la declaró probada frente al ente territorial, pero no ante el ministerio, porque el FOMAG está encargado de las prestaciones sociales de los docentes y los intereses moratorios que se generen (arts. 4-6 L. 91/1989, L.962/2005, D. 2831/2005).

§19. Frente a la prescripción no la declaró probada según los plazos señalados en el Decreto 1848 de 1969.

§20. Frente al período para reconocer la pensión docente, la Ley 91 de 1989 guardó silencio. Conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, a los docentes se les aplica el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, en cuanto al plazo para reconocer la pensión y los intereses moratorios que se generan, desde el reconocimiento de la prestación social.

§21. De esta manera accedió a la condena de intereses moratorios, pero desde la expedición del acto pensional.

3.1. La apelación del demandante porque no se reconocieron los intereses moratorios tomando en cuenta la petición inicial de la pensión⁵

§22. Solicitó se revoque la sentencia, porque se demostró que la solicitud de la prestación se hizo el 7 de noviembre de 2012, por lo que la mora se debe luego de los 6 meses siguientes que la demandada tenía para pagar la prestación, o sea, desde el 7 de mayo de 2013 hasta el 26 de mayo de 2014, cuando efectivamente se pagó. Conforme el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y la Ley 700 de 2001.

1.6. ACTUACIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

§23. Mediante proveído del 30 de abril del 2019, se admitió el recurso de apelación interpuesto, en el efecto suspensivo⁶, y por auto del 18 de junio de 2019⁷, se dispuso correr traslado de alegatos. Ninguna de las partes intervino ni el Ministerio Público presentó concepto acerca del litigio⁸.

⁵ Fls. 125 a 127, c.1

⁶ Fls. 132 a 133, c.1

⁷ Fl. 6, c.2

⁸ Fl. 9, c.2.

2. Consideraciones

2.1. Competencia

§24. La sala procede a decidir de fondo este proceso conforme al artículo 152 del CPACA.

2.2. Problema jurídico

§25. ¿El demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la ley 100 de 1993, desde el sexto mes siguiente a la petición del reconocimiento de su pensión hasta su pago?

2.3. Los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 solo se generan luego de reconocida la pensión

§26. Como resumen de lo que se expondrá, la indexación de las mesadas es el mecanismo idóneo para mantener el poder adquisitivo de la pensión entre la fecha de la solicitud de la prestación y su reconocimiento, pero no los intereses moratorios estipulados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

§27. El artículo 53 de la Constitución ordena que *“El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.”*

§28. Por ello el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 dispone: *“A partir del 1° de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectuó el pago.”*

§29. El artículo 4° de la Ley 700 de 2001 ordena que *“... los operadores públicos y privados del sistema general de pensiones y cesantías, que tengan a su cargo el reconocimiento del derecho pensional, tendrán un plazo no mayor de seis (6) meses a partir del momento en que se eleve la solicitud de reconocimiento por parte del interesado para adelantar los trámites necesarios tendientes al pago de las mesadas correspondientes.”*

§30. Aunque el artículo 279 ídem exceptúa de la aplicación de la ley 100 a los afiliados al FOMAG, la Corte Constitucional resaltó que en materia de mora en el pago de la mesada pensional el citado artículo 141 ídem se aplica a todos los regímenes, por principio de igualdad:

“... el derecho al reconocimiento y pago de los intereses de mora a los que hace referencia la norma en comento, es un derecho de todos los pensionados, sin importar el momento en el cual se haya reconocido el derecho al disfrute de la pensión respectiva. En consecuencia, como quiera que la disposición acusada no diferencia, como parece suponerlo el demandante, entre quienes adquirieron el derecho pensional antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, y quienes lo adquieren con posterioridad a la misma, es decir, después de la vigencia de la ley de

seguridad social, esta Corte en la parte resolutive de su providencia la declarará exequible.” (Sentencia C-601 de 2000)

§31. La sección segunda del Consejo de Estado precisó en la sentencia del 23 de agosto de 2018, que los mencionados intereses moratorios se generan luego de reconocida la pensión:

“(…) Esta indemnización no es más que una forma de conminar a la entidad previsional encargada de pagar las mesadas pensionales de forma oportuna una vez se reconoce la pensión, con la finalidad de proteger a los pensionados en su calidad de vida, para mantener el poder adquisitivo del valor de su pensión, pues en principio esta es la única forma de ingreso para la subsistencia de las personas de la tercera edad, quienes han perdido su fuerza laboral”.

(…) el reconocimiento de los intereses de mora tiene aplicación en los casos en los que el pago de las mesadas pensionales no se discute porque está en firme el reconocimiento de la prestación a quien ostenta la calidad de pensionado y lo que se presenta es una negativa de la entidad a efectuar el pago, tal y como lo ha considerado en otras oportunidades esta Corporación.

Bajo este entendido, es claro entonces que no es procedente el reconocimiento de intereses moratorios sobre las mesadas causadas con anterioridad al reconocimiento pensional, es decir sobre el retroactivo consolidado a partir de la fecha en que se causó el derecho hasta la ejecutoria del acto que lo reconoció. (…)”⁹ rtf.

§32. Esta postura ha sido reconocida por este tribunal en antecedente del 18 de enero de 2018, con ponencia de la Doctora Patricia Varela Cifuentes:¹⁰

“Una segunda interpretación llevaría a concluir que si la solicitud de reconocimiento de la pensión fue el 14 de octubre de 2008, y la misma se reconoció el 12 de diciembre de 2011, cancelada a partir del mes de marzo de 2012, la parte demandante debió solicitar la indexación de la primera mesada pensional con el fin de evitar la pérdida del poder adquisitivo de la mesada pensional, y no la solicitud de intereses moratorios en aplicación al artículo 141 de la ley 100 de 1993.

Atendiendo la última interpretación en coherencia con las disposiciones legales y jurisprudenciales precitadas, el Tribunal encuentra que la solicitud que deprecia la parte demandante en el sentido de que se reconozcan los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la ley 100 de 1993, no es procedente.

Lo anterior, porque se itera, la parte actora lo que debió reclamar fue la indexación de la primera mesada pensional, derecho que tenía para que su pensión se liquidara en las condiciones de favorabilidad vigentes al momento de cumplir los requisitos, con un único fin, esto es, evitar la pérdida del poder adquisitivo entre la fecha del cumplimiento de los requisitos pensionales y la fecha del reconocimiento efectivo del derecho.”

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 23 de agosto de 2018. Radicación número: 50001-23-33-000-2014-00523-01(1543-16). <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2121693>

¹⁰ Tribunal Administrativo de Caldas. Sala de Decisión. Magistrada Ponente: Dra. Patricia Varela Cifuentes. Sentencia del 18 de enero de 2018. Radicados 17001-23-33-000-2015-00014-00 y 17001-23-33-000-2015-00091-00.

§33. En el caso en estudio, se encuentra probado que el 7 de noviembre de 2012¹¹ el demandante solicitó el reconocimiento de su pensión de jubilación, por acreditar el estatus pensional el 10 de octubre de 2012¹².

§34. La pensión se reconoció por intermedio de la Resolución 152 del 27 de febrero de 2014; a partir del 10 de octubre de 2012 por un valor de \$ 2.124.351. El acto fue notificado el día 28 de febrero de 2014¹³. El juzgado consideró que dada la ejecutoria del acto que reconoció la pensión no era posible que se incluyera al demandante en la nómina de marzo de 2014. La pensión y su retroactivo se pagó el 26 de mayo de 2014¹⁴.

§35. El 14 de agosto de 2014¹⁵ el actor solicitó a las demandadas la cancelación de los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993¹⁶. Esta petición se negó a través de la SE – FPSM 619 SAC 7784 del 23 de noviembre de 2015¹⁷

§36. Atendiendo las anteriores interpretaciones jurisprudenciales, el tribunal encuentra que la solicitud que pide el demandante del pago de los intereses moratorios desde los seis meses siguientes a la solicitud de la pensión no es procedente.

§37. La parte actora lo que debió reclamar fue la indexación de la primera mesada pensional, derecho que tenía para que su pensión se liquidara en las condiciones de favorabilidad vigentes al momento de cumplir los requisitos, con un único fin, esto es, evitar la pérdida del poder adquisitivo entre la fecha del cumplimiento de los requisitos pensionales y la fecha del reconocimiento efectivo del derecho.

§38. De esta manera, se confirmará la sentencia de primera instancia que condenó al pago de intereses moratorios desde el 1º de abril hasta el 25 de mayo de 2014.

2.4. Costas

§39. En el presente asunto no se condenará en costas al apelante, pues no se generaron gastos y la demandada no intervino en esta instancia.

§40. En conclusión, el tribunal confirma la sentencia de primera instancia que condenó al pago de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, entre la fecha de reconocimiento y su previsible inclusión en nómina y el pago efectivo de la prestación social.

§41. La sala sexta de decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

¹¹ FLS. 15,16, 44, 45, C.1

¹² fl. 15, c1

¹³ FLS. 15,16, 44, 45, C.1

¹⁴ FI 17, c.1

¹⁵ FI 18 a 20, 46 a 48, c.1

¹⁶ fs. 14-20, c1

¹⁷ FI 22, 49, c.1

SENTENCIA

Primero: Confirmar la sentencia proferida el 26 de marzo de 2019 por la señoría del Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por Fredy Rene Moncayo Castrillón, Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG- Alcaldía de Manizales.

Segundo: No se condena en costas en esta instancia.

Tercero: Ejecutoriada este acto judicial, devuélvase el expediente al despacho de origen.

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha.

Notifíquese y Cúmplase

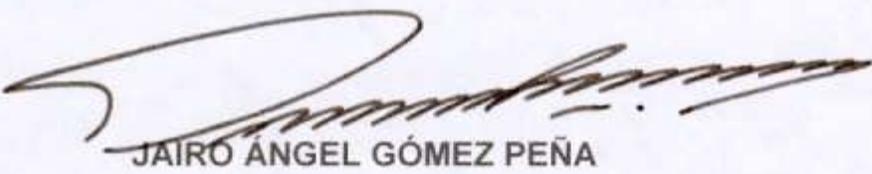
Los Magistrados



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
Magistrado

El acto judicial corresponde al aprobado en sala

Publio Martín Andrés Patiño Mejía
Firmado digitalmente

Firmado Por:

PUBLIO MARTIN ANDRES PATIÑO MEJIA

MAGISTRADO
MAGISTRADO - TRIBUNAL 006 ADMINISTRATIVO MIXTO DE LA CIUDAD DE
MANIZALES-CALDAS

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

Código de verificación:
d0c9e455e8d7d7421f7ffcc7cdbc60ea0f5a5a861fe6a6585133ffd46f1c8af
Documento generado en 20/08/2020 04:39:51 p.m.



República de Colombia
Honorable Tribunal Administrativo de Caldas
Sala Sexta de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Sentencia de primera instancia

Acción: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Olga Lucía Díaz García, Bernabé Díaz Giraldo, Iván Darío Díaz García, Diego Fernando Díaz García y Carlos Arturo Díaz García
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional De Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG – Gobernación de Caldas
Radicado: 17001-2333-000-2017-00473-00

Manizales, dieciocho (18) de agosto dos mil veinte (2020).

Proyecto discutido y aprobado en sala ordinaria de decisión de la presente fecha.

§01. **Síntesis:** Los demandantes pretenden el reconocimiento del seguro por muerte. La decisión encuentra que se configuró la prescripción de la acción.

§02. Esta Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, procede a dictar sentencia de primera instancia en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, promovida por la señora Olga Lucía Díaz García, Bernabé Díaz Giraldo, Iván Darío Díaz García, Diego Fernando Díaz García y Carlos Arturo Díaz García, parte demandante, contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional De Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG, y la Gobernación de Caldas, parte demandada.

1. Antecedentes

1.1. La Demanda pide el reconocimiento del seguro por muerte¹

§03. Los demandantes solicitaron que se declare la nulidad de los siguientes actos:

§03.1. La Resolución 4400-6 del 16 de julio de 2014 expedida por la Secretaría de Educación de la gobernación de Caldas, que negó el reconocimiento del seguro por muerte por el fallecimiento de la señora Alba Lucía García de Díaz.

¹ fls. 3 a 14 c. 1

§03.2. La Resolución 7821-6 del 04 de octubre de 2016 expedida por la misma autoridad que en instancia del recurso de reposición confirmó el anterior acto administrativo.

§04. En restablecimiento del derecho, se ordene a los demandados que se reconozca y pague a los demandantes el seguro por muerte por el deceso de la señora Alba Lucía García de Díaz, equivalente a doce mensualidades del último salario, incluidos los factores salariales, tales como bonificación del 1%, sobresueldos, horas extras, 1/12 de la prima de navidad, y 1/12 de la prima de vacaciones; en forma indexada, junto con el pago de los intereses moratorios.

§05. En los hechos se describió que la señora Alba Lucía García de Díaz se retiró del servicio docente el 01 de abril de 2012, a causa de un tumor maligno, enfermedad no profesional y falleció el 09 de mayo de 2012. Por lo que sus hijos tienen derecho al seguro por muerte previsto en el Decreto 1848 de 1969.

§06. El 10 de abril de 2013 los accionantes solicitaron a la Secretaría de Educación de la gobernación de Caldas el reconocimiento del seguro por la muerte de Alba Lucía García de Díaz, adjuntando los anexos correspondientes, como certificados, registros e historia clínica.

§07. Pero fue negada la petición por los actos demandados, en instancias de vía administrativa y de recurso de reposición. El fundamento del rechazo es que la extensión del seguro por muerte por enfermedad común es hasta de tres meses después del retiro. Al efecto señaló que la causante murió el 20 de junio de 2012. Pero esta manifestación es equivocada, porque el deceso fue el 9 de mayo de 2012.

§08. Los demandantes invocaron como fundamentos de derecho y normas violadas los artículos 13, 23, 25, 46, 48, y 53 de la Constitución Política -CP, las leyes 100 de 1993, 700 de 2001, y el Decreto 696 de 1994.

§09. Como sustentación de la violación, la demanda expuso que el literal a) del artículo 55 de Decreto 1848 de 1969, prevé que para obtener el seguro por muerte por enfermedad común, el fallecimiento del docente ocurra dentro de los tres meses siguientes al retiro. Lo que efectivamente sucedió en este caso, o sea, entre el 1º de abril de 2012 y el 9 de mayo de 2012. Pero los demandados erróneamente señalaron que la muerte fue el 20 de junio de 2012.

1.2. Contestación de la demandada

1.3. El Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG negó su legitimación en el proceso²

§10. Se opuso a los hechos y pretensiones de la demanda, porque la docente fallecida estaba vinculada a la entidad territorial.

§11. Propuso las siguientes excepciones:

² fs. 187 a 192 c. 1

§11.1. **Falta de integración de contradictorio – litisconsorcio necesario – vinculación de listisconsorte:** El demandado solicitó la vinculación de la PREVISORA S.A. por ser la administradora del FOMAG, con apoyo en las leyes 715 de 2001 y 43 de 1975.

§11.2. **Ineptitud sustancial de la demanda por falta de legitimación en la causa por pasiva:** El accionado reafirmó que la docente causante del seguro tenía vinculación con la entidad territorial, quien debe acudir al proceso.

§11.3. **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 para expedir el acto administrativo y reconocer el derecho reclamado.** El ministerio expuso que no interviene en el trámite y reconocimiento de prestaciones.

§11.4. **Prescripción:** La nación solicitó se aplique la prescripción trienal de derechos laborales prevista en los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969.

§11.5. **Buena fe:** Reiteró que el trámite y reconocimiento de las prestaciones son ajenas a sus competencias.

§11.6. **Genérica.**

1.4. La Gobernación de Caldas contestó la demanda negando su legitimación en el proceso³

§12. Se opuso a las pretensiones de la demanda. Admitió los hechos concernientes a la negación del reconocimiento del seguro por muerte reclamada por los accionantes.

§13. Propuso las siguientes excepciones:

§13.1. **Falta de legitimación en la causa por pasiva:** Conforme al artículo 3 de la Ley 91 de 1989 le corresponde al Fondo de Prestaciones Sociales encargarse de todo lo relacionado con el reconocimiento de las prestaciones a los docentes.

§13.2. **Inexistencia de la obligación con fundamento en la ley:** Explicó que conforme al Decreto 2831 de 2005 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, el ente territorial solo tiene competencia para el trámite de las solicitudes de prestaciones sociales por parte de los docentes, ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

§13.3. **Buena fe:** Expuso que los actos administrativos expedidos por en el ente Territorial se han tramitado de acuerdo con lo establecido en la ley.

§13.4. **Prescripción:** Solicitó la prescripción establecida en el artículo 1848 de 1969 y 3135 de 1968.

³ FL. 194-196, C1

1.1. Tránsito procesal⁴

§14. En la primera audiencia⁵ el magistrado sustanciador se pronunció sobre las excepciones propuestas por el FOMAG, negando la falta de integración del litisconsorcio necesario, y dejando para el estudio de la sentencia las excepciones de prescripción y falta de legitimación en la causa por pasiva. Se formularon los problemas jurídicos en la fijación del litigio, y se decretaron las pruebas, que se recaudaron en la misma audiencia. Se cerró la etapa probatoria y se dispuso el traslado de alegatos por escrito, al cual solo concurrió el demandante y la gobernación.

§15. La parte demandante alegó que la causante falleció dentro de los tres meses siguientes a su desvinculación por la enfermedad que padecía, por lo que se encuentra dentro de la previsión del literal a) del artículo 55 del Decreto 1848 de 1969. De esta manera es preciso acceder a las pretensiones de la demanda.⁶

§16. La gobernación de Caldas explicó que solo se encarga del trámite de las solicitudes de las prestaciones docentes. (arts. 2 y 4 D. 2831/2005) Insistió que la demandante se retiró del servicio el 01 de abril de 2012 y falleció el 20 de junio de 2012, excediendo el plazo de tres meses para ser beneficiaria del seguro por muerte por enfermedad común. (art. 55 D. 1848/1969)

2. Consideraciones

2.1. Competencia

§17. La Sala es competente para decidir conforme al artículo 152 del CPACA.

§18. La sala no observa irregularidades procedimentales. En consecuencia, procede a resolver de fondo este juicio.

§19. Para abordar el caso se estudiará el marco normativo del seguro por muerte de los empleados públicos, el caso concreto conforme a los hechos probados y la excepción de prescripción.

2.2. Problemas jurídicos para resolver

§20. ¿La Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional De Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG –, y la Gobernación de Caldas tienen legitimación en la causa para ser vinculadas a este proceso?

§21. ¿Las partes actoras tienen derecho a que se les reconozca y pague el seguro por muerte por el fallecimiento de la señora Alba Lucía García de Díaz?

§22. ¿Se produjo la prescripción de la acción para el reclamo del seguro por muerte?

⁴ fs. 149-152, c1

⁵ Folio 229-232, c1

⁶ fs. 236 - 237 c1

2.3. Decisión de la excepción de falta de legitimación por pasiva propuesta por las demandadas

§23. En resumen, se accederá a la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la gobernación de Caldas.

§24. La Ley 91 de 1989⁷ creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, cuya finalidad es el pago de las prestaciones sociales de los docentes afiliados nacionalizados y nacionalizados, entre otras funciones. (arts. 4, 5, 15)

§25. El artículo 56 de la Ley 962 de 2005⁸ señala que las prestaciones sociales se reconocen por el FOMAG, mediante la aprobación del proyecto de resolución que elabore el secretario de educación de la entidad territorial. Y el Decreto 2831 de 2005⁹ expresa que las prestaciones sociales se pagan por el FOMGA a través de las secretarías de educación territoriales certificadas.

§26. De lo anterior, se infiere que el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas y sociales de los docentes debe ser asumido por la Nación-Ministerio de Educación- FOMAG, y los entes territoriales tramitan las solicitudes prestacionales.

§27. Por lo anteriormente expuesto, se negará la excepción de falta de legitimación propuesta por el FOMAG, y se declarará probada la misma propuesta por la gobernación de Caldas.

2.4. El seguro por muerte en la administración pública

§28. Para los empleados territoriales¹⁰ el seguro por muerte fue previsto en los artículos 1º de la Ley 166 de 1941 y 11 de la Ley 64 de 1946, “... *para los empleados y obreros nacionales será el equivalente a un (1) año de salario; pero si la cesantía que le hubiere correspondido fuere superior al valor del año de servicios, se indemnizará cubriendo el valor de ésta. En caso de muerte por accidente de trabajo, trátase de trabajadores oficiales o particulares, se pagará a los beneficiarios respectivos una indemnización igual al valor de un seguro de vida doblado...*”

§29. Su liquidación se realizaba dependiendo si la muerte era por causa común – sencillo- o profesional - doblado:

“—Si el seguro por muerte es sencillo, su liquidación es equivalente a un año de salario tomando en cuenta el último salario devengado por el empleado fallecido. Pero, si la cesantía que le hubiere correspondido fuere superior a tal año de salarios, el seguro será el monto total de aquella. (Art. 11 Ley 64 de 1946).

⁷ <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=299>

⁸ <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=17004>

⁹ <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=11036>

¹⁰ ESAP. Guerrero, Elizabeth y Serrano, Nelson. Régimen prestacional de los empleados oficiales de las entidades territoriales. 1989.

—Si el seguro por muerte es doblado, su liquidación es equivalente a dos veces el valor del seguro sencillo, pero sin que el monto del seguro exceda de treinta y seis (36) salarios. (Ibidem).”¹¹

§30. Este seguro se extendía luego de la finalización de la relación laboral, según el artículo 5° de la Ley 133 de 1931: “Artículo 5°. La obligación de reconocer el seguro de vida se extiende hasta tres meses después de la separación del empleado u obrero de la respectiva empresa, cuando sea motivada por enfermedad o por accidente. Si se acreditare con el dictamen de dos médicos graduados que la enfermedad que obligo la separación fue adquirida por razón de las funciones que desempeñaba el trabajador, es decir, cuando se trate de una enfermedad profesional, obligará el seguro hasta seis meses después del retiro. Si la separación es voluntaria por parte del trabajador, cesará la obligación del seguro desde el día del retiro del servicio.”

§31. Para los empleados públicos nacionales el seguro por muerte se regulaba en el Decreto 3135 de 1968¹², diferenciando si la causa de la muerte era de origen común o profesional:

“ARTÍCULO 14.-"Prestaciones a cargo de las entidades de previsión. La entidad de previsión social a la cual se halle afiliado el empleado o trabajador, efectuará el reconocimiento y pago de las siguientes prestaciones:

1. A los empleados públicos y trabajadores oficiales:
(...)

j) Seguro por muerte.

(...)

ARTÍCULO 35. En caso de muerte de un empleado público o trabajador oficial en servicio, sus beneficiarios, en el orden establecido en el artículo anterior, tienen derecho a que por la respectiva entidad de previsión se les pague una compensación equivalente a doce (12) meses del último sueldo devengado por el causante; si la muerte ocurriere por accidente de trabajo o enfermedad profesional, la compensación será de veinticuatro (24) meses del último sueldo devengado.

Además, tendrán derecho los beneficiarios al pago de la cesantía que le hubiere correspondido al causante.”

§32. Esta prestación fue reglamentada por el Decreto 1848 de 1969¹³ de la siguiente manera [se muestra la versión oficial del suin-juriscal.gov.co compilada por el Decreto 1083 de 2015 debido a que existen versiones en libros que omiten varias partes de esta norma]:

“Artículo 2.2.32.1. Seguro por muerte.

1. Todo trabajador oficial en servicio goza de un seguro por muerte, equivalente a doce (12) mensualidades del último salario devengado.

¹¹ ESAP. Guerrero, Elizabeth y Serrano, Nelson. Régimen prestacional de los empleados oficiales de las entidades territoriales. 1989.

¹² <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=1567>

¹³ <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=1291>

2. El valor de dicho seguro será equivalente a veinticuatro (24) mensualidades del último salario devengado, en el evento de que el empleado oficial fallezca como consecuencia de accidente de trabajo o enfermedad profesional, a menos que el accidente de trabajo o la enfermedad profesional se hayan ocasionado por culpa imputable a la entidad o empresa empleadora, en cuyo caso habrá lugar a la indemnización total y ordinaria por perjuicios. Si prosperare esta indemnización, se descontará de su cuantía el valor de las prestaciones e indemnizaciones en dinero pagadas en razón de los expresados infortunios de trabajo.

(Decreto 1848 de 1969, artículo 52)

Artículo 2.2.32.2. *Derecho al seguro por muerte. En caso de fallecimiento del trabajador oficial en servicio, sus beneficiarios forzosos tienen derecho a percibir el valor del seguro por muerte a que se refiere el artículo anterior, de acuerdo con la siguiente forma de distribución:*

1. *La mitad para el cónyuge sobreviviente y la otra mitad para los hijos del empleado fallecido.*

2. *Si no concurriere ninguna de las personas indicadas en este artículo, llamadas en el orden preferencial establecido aquí, el valor del seguro se pagará a los hermanos menores de diez y ocho (18) años y a las hermanas del empleado fallecido, siempre que todas estas personas demuestren que dependían económicamente del empleado fallecido, para su subsistencia. En caso contrario, no tendrán ningún derecho al seguro.*

Parágrafo. La entidad o empresa oficial a cuyo cargo esté el reconocimiento y pago del seguro por muerte, podrá apreciar las pruebas presentadas para demostrar la dependencia económica a que se refiere el numeral seis (6) de este artículo y decidir sobre ellas.

(Decreto 1848 de 1969, artículo 53)

Artículo 2.2.32.3. *Efectividad del seguro. El seguro por muerte a que se refiere este capítulo será satisfecho por la entidad de previsión social a la cual estuvo afiliado el empleado o trabajador oficial al tiempo de su fallecimiento, dentro de los tres (3) meses siguientes, a partir de la fecha en que se ordena el reconocimiento y pago correspondiente.*

(Decreto 1848 de 1969, artículo 54)

Artículo 2.2.32.4. *Tiempo a que se extiende la protección del seguro. El seguro por muerte ampara al trabajador oficial durante la vigencia de su relación jurídica con la entidad, establecimiento o empresa a la cual presta sus servicios y se extingue a la terminación de dicho vínculo, excepto en los siguientes casos:*

a) Si la relación jurídica se extingue por despido injusto o estando afectado el empleado por enfermedad no profesional, la protección del seguro se extiende hasta tres (3) meses después, contados a partir de la fecha en que termina dicha relación;

y

b) *Cuando la relación jurídica se extingue estando afectado el empleado por enfermedad profesional o por accidente de trabajo, el amparo del seguro se extiende hasta seis (6) meses después, contados a partir de la fecha en que termina dicha relación.*

(Decreto 1848 de 1969, artículo 55)”

§33. Como se observa, el seguro por muerte se extendía por tres meses en caso de

deceso por causa común, y por seis meses por causa profesional.

§34. El artículo 15 de la Ley 91 de 1989 estableció el régimen prestacional para el sector docente: “*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: (...) Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.*”-sft

§35. Luego, la Ley 100 de 1993¹⁴ creó el sistema de seguridad social integral.

§36. El Consejo de Estado¹⁵ señaló que a partir de la Ley 100 el seguro por muerte dejó de existir por que el nuevo sistema previó las prestaciones para proteger a la familia por la muerte del empleado:

“Asimismo, observa la Sala que el Sistema General de Seguridad Social no estableció en su regulación el Seguro por Muerte que deprecia la demandante, dejando de existir en el Ordenamiento Jurídico a partir de su vigencia. Sin embargo, aunque dejó de aplicarse la póliza por muerte, el Sistema General contemplado en la Ley 100 de 1993 garantizó otras prerrogativas para los familiares del empleado que fallezca, como son: pensión de sobrevivientes (art. 46), indemnización sustitutiva (art. 49), pensión de sobrevivientes originada en accidente de trabajo o enfermedad profesional (Art. 255) o devolución de saldos por muerte causada por accidente de trabajo o enfermedad profesional (art. 256), entre otras.”-sft-

§37. Sin embargo, el artículo 279¹⁶ de la Ley 100 contempló los regímenes exceptuados al sistema general de seguridad social, como el personal docente vinculado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

§38. El artículo 81 de la Ley 812 de 2003 estableció que los docentes que se vinculen a partir de su vigencia, serán afiliados al FOMAG y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

§39. Y el párrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 001 de 22 de julio 2005 reafirmó que “*El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y*

¹⁴ http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html#1

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez, 30 de julio de 2009, expediente 25000-23-25-000-2002-13392-01(0761-08).
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=1567>

¹⁶ “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.

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”.

§40. En este sentido, se colige que los docentes exceptuados del régimen establecido en la Ley 100 de 1993 se les aplica el estatuto prestacional establecido en la Ley 91 de 1989, como el previsto en el seguro por muerte establecido en el Decreto 1848 de 1969.

2.5. Caso concreto la parte demandante tiene derecho al reconocimiento del seguro por muerte

§41. Conforme a las pruebas allegadas se tiene que la señora Alba Lucía García de Díaz, se vinculó como docente el 12 de febrero de 1973¹⁷.

§42. Teniendo en cuenta que la causante era docente, y conforme al artículo 15 de la Ley 91 de 1989, le son aplicables las prestaciones sociales previstas en los decretos 1848 de 1969 y 1045 de 1978, incluso el beneficio de seguro por muerte.

§43. Con base en la historia clínica, el 9 de febrero de 2012 a la señora Alba Lucía le fue diagnosticada masa pulmonar compatible con carcinoma broncogénico¹⁸, y los días 12 y 26 de marzo de 2012 se confirmó el diagnóstico de carcinoma broncogénico¹⁹.

§44. El 1º de abril de 2012 la causante se retiró del servicio educativo, conforme a la Resolución 1332 del 22 de marzo de 2012²⁰.

§45. La docente fue atendida el 9 de mayo de 2012, en la Institución Comfandi, por desmayo. Durante la atención falleció por un paro cardíaco.

§46. El Registro de defunción aportado con la demanda constata que la señora Alba Lucía García de Díaz falleció el 9 de mayo de 2012²¹. O sea, en un plazo menor a tres meses luego del retiro del servicio.

§47. El 10 de abril de 2013 los hijos de la causante, Bernabé Díaz Giraldo, en calidad de cónyuge. Iván Darío Díaz García, Olga Lucía Díaz García, Diego Fernando Díaz García y Carlos Arturo Díaz García, solicitaron el reconocimiento y pago de un seguro por muerte²², la secretaría de educación de la gobernación de Caldas.

¹⁷ Formato único de expedición de certificado de historia laboral Fl. 77, c1.

¹⁸ Examen diagnóstico fl. 101, c1.

¹⁹ historia clínica Fl. 115-116.

²⁰ Fl. 79, c1.

²¹ Fl. 64, c1.

²² Folio 15, c1

§48. La solicitud fue denegada a través de la Resolución 4400-6 del 16 de julio de 2014. El motivo del rechazo fue:

“... verificados los documentos anexos al expediente se registra que el educador fue retirado del servicio a partir del 01 de abril de 2012 y el fallecimiento ocurrió el 20 de junio de 2012 al fallecimiento no se encontraba el activo al servicio. -2 según lo contemplado en el Art. 55 Decreto 1848/69 el seguro por muerte se extiende hasta por 3 o 6 meses solo en los casos taxativamente señalados en dicha norma que son la excepción para que proceda reconocer este auxilio como son enfermedad profesional de 3-6 meses y en caso debe haber sido despedido sin justa causa. Y para el que nos ocupa no está incurso en esta excepcionalidad, por lo tanto no le asiste derecho alguno a los beneficiarios para acceder a este auxilio”.

§49. Los accionantes interpusieron el recurso de reposición²³ frente a la citada resolución.

§50. En la actuación administrativa, aparece un proyecto de resolución concediendo la prestación, con una firma y sin notificar, con borrador de constancia de notificación de 2015.²⁴ De esta forma se entiende que se trata de un proyecto de acto administrativo.

§51. El recurso fue desatado a través la Resolución 7821-6 del 4 de octubre de 2016²⁵, que reiteró la negación del reconocimiento.

§52. Es claro que la docente causante se retiró del servicio el 1º de abril de 2012 y murió el 9 de mayo de 2012, por enfermedad común. O sea, murió antes de cumplirse tres meses de haber terminado el servicio docente.

§53. Y no murió el 20 de junio de 2012 como lo señalaron los actos demandados.

§54. Conforme al artículo 55 del Decreto 1848 de 1969 “a) Si la relación jurídica se extingue por despido injusto o estando afectado el empleado por enfermedad no profesional, la protección del seguro se extiende hasta tres (3) meses después, contados a partir de la fecha en que termina dicha relación.”

§55. De esta manera, los actos administrativos demandados incurrieron en falsa motivación, por lo que han de ser declarados nulos.

2.6. La prescripción no se configuró en el presente caso

²³ Folios 17-19, c1

²⁴ Folios 53-54, c1.

²⁵ Folios 20-21, c1.

§56. En cuanto a la prescripción, el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 establece:

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

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

§57. En cuanto a la interrupción de la prescripción la subsección A de la sección segunda del Consejo de Estado²⁶ tiene en cuenta a partir de la petición:

“Esto, teniendo en cuenta que el accionante finalizó la relación laboral con el municipio de Unguía el 31 de diciembre de 2011, por lo que a partir de esa fecha contaba con tres años para solicitar el reconocimiento de las acreencias laborales, es decir, hasta el 31 de diciembre de 2014, término que se vio interrumpido con la solicitud que elevó el 9 de septiembre de 2013, así, el término se volvió a contabilizar desde ese momento por un lapso igual, lo que significa que contaba hasta el 9 de septiembre de 2016 para presentar la demanda y sólo interpuso la misma hasta el 16 de diciembre de 2016.”

§58. A su vez, la subsección B²⁷ estima que también ha de tenerse en cuenta el tiempo que demora la administración en dar contestación a la petición:

“La Sala disiente de la interpretación exegética que la entidad accionada hizo de la citada fuente normativa, dado que el reclamo, para que se interrumpa la prescripción, no se agota con la simple radicación de la solicitud del derecho o prestación determinada. Por el contrario, esa reclamación, sin duda, abarca todo el extremo temporal que se demore la Administración para resolverla, es decir, se requiere que el procedimiento administrativo haya concluido en la forma y términos previstos en el artículo 62 del Código Contencioso Administrativo (CCA), aplicable para la época de la actuación.

Solo a partir de ese momento es que se debe empezar a contabilizar el término de la interrupción de la prescripción por un lapso de tres (3) años, previsto en el numeral 2 del artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, pues, de lo contrario, sería tanto como seguir consecuencias indeseables para el ciudadano a partir de la molicie de la Administración, lo cual resulta inaceptable, inclusive, desde una perspectiva de simple lógica formal, o lo que es lo mismo, privilegiar la demora injustificada de la Administración en la resolución de los derechos reclamados, en perjuicio de quien oportunamente acudió a ella para su reconocimiento.

Nótese que la entidad accionada se demoró cinco (5) años, siete (7) meses y trece (13) días, contados desde la radicación de la solicitud (11-10-2006) hasta la notificación de la respuesta final (24-05-2012), para resolver la petición del derecho reclamado por la actora.

²⁶ CE. Sección segunda, subsección A. Sent. abr. 2/2020. MP Gabriel Valbuena Hernández. Rad. 11001031500020200042401(AC)

²⁷ Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter- Bogotá, D. C., seis (6) de febrero de dos mil veinte (2020) Rad. 08001-23-33-000-2013-00676-01 (1324-2015)

De igual forma, se tiene que la ocurrencia del silencio administrativo negativo alegada por la entidad demandada como fundamento para que se cuente el término prescriptivo a partir de la presentación de la demanda, no exime «de responsabilidad a las autoridades ni las excusa [...] del deber de decidir sobre la petición inicial, salvo que el interesado haya hecho uso de los recursos en la vía gubernativa con fundamento en él, contra el acto presunto» (artículo 40, inciso 2°, del CCA); circunstancia, esta última, que en sub lite no aconteció.

Así las cosas, la decisión que adopte la Sala en esta providencia también abarca la confirmatoria del ordinal cuarto de la parte decisoria de la sentencia de primera instancia, relativa a declaratoria de prescripción de «las sumas adeudadas causadas con anterioridad al 11 de octubre de 2003», habida cuenta de que, por una parte, la reclamación se hizo el 11 de octubre de 2006, y por otra, luego de la conclusión del procedimiento o trámite administrativo derivado de la misma, ocurrió oportunamente a la jurisdicción de lo contencioso-administrativo para hacer valer los derechos que le había negado la Administración, esto es, ejerció el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho antes de la expiración del lapso de tres (3) años previsto en el numeral 2 del artículo 102 del Decreto 1848 de 1969.»

§59. La sala acoge esta última postura, pues el ciudadano no puede cargar con la demora de la administración para resolver las peticiones.

§60. El fallecimiento de la señora Alba Lucía García de Díaz ocurrió el 9 de mayo de 2012, o sea, los familiares podían exigir la prestación a partir del 10 de mayo de 2012, y la acción estaría prescrita el 11 de mayo de 2015.

§61. La solicitud del reconocimiento del seguro se presentó el 10 de abril de 2013. La administración decidió inicialmente la solicitud por la Resolución 4400-6 del 16 de julio de 2014. Luego de interpuesto el recurso de reposición por la parte demandante finalmente se confirmó la negación por la Resolución 7821-6 del 04 de octubre de 2016. La conciliación prejudicial se presentó el 26 de abril de 2016, y la demanda se incoó en 2017.

§62. De esta manera, no se configuró la prescripción.

2.2. Del restablecimiento del derecho

§63. Se condenará a la demandada a pagar a favor de la parte demandante, el seguro por muerte a que tienen derecho por el deceso de la señora Alba Lucía García de Díaz, equivalente a doce (12) mensualidades del último salario devengado conforme a los factores de salario para liquidarlo, según el Decreto 1045 de 1978:

“ARTICULO 46. DE LOS FACTORES DE SALARIO PARA LIQUIDAR OTRAS PRESTACIONES. Para determinar el valor de los auxilios por enfermedad y maternidad, de la indemnización por accidente de trabajo y por enfermedad profesional y del seguro por muerte se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario:

a. La asignación básica mensual señalada para el respectivo cargo;

b. Los incrementos de remuneración a que se refieren los artículos 49 y 97 del decreto-ley 1042 de 1978;

c. Los gastos de representación;

d. La prima técnica;

e. Los auxilios de alimentación y de transporte;

f. La prima de servicios;

g. La bonificación por servicios prestados;

h. La prima de vacaciones.”

§64. El seguro se reconocerá a los parientes de la causante, conforme lo establecido en el artículo 53 del Decreto 1848 de 1969.

§65. Las sumas reconocidas serán reajustadas con la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{If}{Ii}$$

§66. Según la cual, el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a la prestación social, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debería efectuarse el pago).

§67. La entidad demandada dará cumplimiento a la presente sentencia en los términos previstos por el artículo 192 del CPACA, sin perjuicio de la carga impuesta a la parte actora respecto a los aportes en pensión.

3. Costas

§68. Se condenará en costas a la parte demandada, en atención a que la parte demandante se vio en la necesidad de asumir la defensa a través de apoderado, de la cual se infiere como mínimo, el pago de honorarios, salarios y de todos los gastos procesales que se generan con un conflicto jurídico. (arts. 188 del CPACA, y 366 CGP)

§69. Como agencias en derecho se tasan en el 1% del valor pretendido, esto es, cuatrocientos sesenta y tres mil ciento noventa y nueve pesos (\$463.199) a cargo del FOMAG y a favor de la parte demandante (num. 1 art. 5 Ac. PSAA16-10554/2016 C.S. Jud.).

§70. Es por lo expuesto la sala sexta de decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, Sala de Decisión Oral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Sentencia

Primero: Declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la Nación – Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG. Declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa propuesta por la Gobernación de Caldas.

Segundo: Declarar la nulidad de las resoluciones 4400-6 del 16 de julio de 2014 y 7821-6 del 04 de octubre de 2016 expedidas por la Secretaría de Educación de la gobernación de Caldas, como agente de la Nación-Ministerio de Educación-FOMAG.

Tercero: Como restablecimiento del derecho, se ordena a la Nación-Ministerio de Educación- FOMAG reconocer y pagar a favor de Olga Lucía Díaz García, Bernabé Díaz Giraldo, Iván Darío Díaz García, Diego Fernando Díaz García y Carlos Arturo Díaz García el seguro por muerte por el deceso de la señora Alba Lucía García de Díaz. El seguro será equivalente a doce (12) mensualidades del último salario devengado conforme a los factores de salario para liquidarlo, según el Decreto 1045 de 1978, y se reconocerá a los parientes de la causante, conforme lo establecido en el artículo 53 del Decreto 1848 de 1969. Las sumas serán indexadas conforme a lo señalado en la parte motiva de este acto judicial.

Cuarto: Condenar en costas a la Nación-Ministerio de Educación- FOMAG a favor de la parte demandante, que serán liquidadas por la secretaría de la corporación. Se tasan las agencias en derecho en cuatrocientos sesenta y tres mil ciento noventa y nueve pesos (\$463.199) a cargo de la parte demandada y a favor de la parte demandante.

Quinto: Ejecutoriada esta providencia, liquídense los gastos del proceso, devuélvanse los remanentes si los hubiere, y archívese el proceso, previas las anotaciones del caso en el sistema justicia siglo xxi.

Notifíquese y Cúmplase

Los Magistrados,

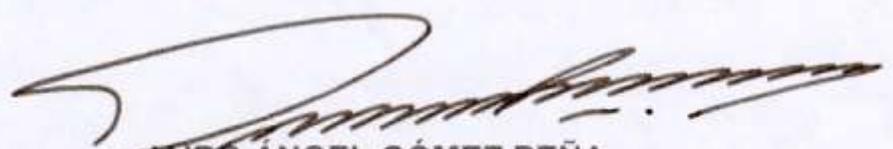
Los Magistrados



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
Magistrado

El acto judicial corresponde al aprobado en sala

Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Firmado digitalmente

Firmado Por:

PUBLIO MARTIN ANDRES PATIÑO MEJIA

MAGISTRADO

**MAGISTRADO - TRIBUNAL 006 ADMINISTRATIVO MIXTO DE LA
CIUDAD DE MANIZALES-CALDAS**

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

Código de verificación:

b84336ffdd18b1f2cdb45a2fd7cf6eef1a8fd12fb73376d5ab4cd6e3cd309fa4

Documento generado en 20/08/2020 04:11:38 p.m.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 287

Manizales, veintiuno (21) de agosto de dos mil veinte (2020).

RADICADO: 17-001-33-39-008-2014-00271-01
NATURALEZA: Nulidad y restablecimiento del derecho
DEMANDANTE: Recolectora de Papeles y Metales y Cía. S. en C.
DEMANDADO: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales¹

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Administrativo de Manizales, mediante la cual se accedió a las súplicas de la parte demandante.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. Pretensiones.

La parte demandante solicitó:

“5.1. Se declare la nulidad de la LIQUIDACIÓN OFICIAL DE REVISIÓN Nro. 102412014000005 del 22 de enero de 2014 expedida por la jefe de la División de Gestión de Liquidación de la Dian -Seccional Manizales-.

5.2. Que a título de restablecimiento del derecho, se declare:

5.2.1. La firmeza del denuncia correspondiente al Impuesto sobre las Ventas por el Quinto Bimestre del año gravable 2011 presentado por la sociedad RECOLECTORA DE PAPELES Y METALES Y CIA S. EN C.

5.3. Condenar en costas procesales y agencias en derecho a la entidad demandada”

1.2. Hechos

Se manifiesta que, el objeto social principal de la demandante es la compra y venta de material reciclable y comercialización de bienes muebles e inmuebles y que el 09 de noviembre de 2011 presentó declaración del impuesto sobre las ventas –IVA- correspondiente al quinto bimestre del año gravable 2011, la cual arrojó un saldo a favor del contribuyente por un valor de \$11.640.000, que se sustenta en el impuesto a las ventas descontable originado en las compras hechas, al ser mayor que el impuesto generado.

¹ En adelante Dian.

Que el 25 de noviembre de 2011 radicó solicitud de devolución o compensación del referido saldo a favor, frente al cual se inició la correspondiente verificación, la cual concluyó señalando que la información consignada en la declaración coincide con la reportada, al igual que con lo arrojado por cruces de información realizados, razón por la cual se dispuso el archivo de la investigación por devolución y se ordenó el pago del referido saldo a favor.

Que pese a la anterior, posteriormente la entidad accionada dispuso dar apertura a un proceso de fiscalización respecto de la declaración de IVA correspondiente al periodo bimestral 2011-5, dentro del cual se sostiene por parte de la Dian que, las operaciones efectuadas por la demandante con algunos de sus proveedores corresponden a negocios jurídicos simulados.

Que mediante auto de traslado de pruebas 562 del 18 de abril de 2013, la Dian - Seccional Manizales, ordenó trasladar al expediente copia simple de los documentos que obran el expediente AD 2012 2012 00865 referente a una investigación por concepto de impuesto a la Renta de otro contribuyente en la que se discute la credibilidad de operaciones realizadas con el proveedor Reciclaje Gover S.A.

Que los documentos trasladados corresponden al cruce de información solicitada por la Dian - Seccional Manizales a la Dian - Seccional Cúcuta, respecto de las operaciones realizadas entre las sociedades Industria Ecológica de Reciclaje y Gover durante los periodos correspondientes a julio – agosto y septiembre – octubre del año gravable 2011.

Que pese a ser el municipio de Cúcuta el domicilio de la compañía Gover, allí solo se dedicaba a la compra de cartón, y que la Dian acepta que para el año gravable objeto de debate, la referida sociedad contaba con una agencia comercial en el municipio de La Unión - Valle del Cauca, en la cual se dedicaba a la compra y venta de material reciclable de archivo, periódico y plega.

Que en la visita realizada por la Dian al municipio de Cúcuta, sede de la sociedad Gover, se recibieron declaraciones sin el acompañamiento de un apoderado de la demandante; y que de igual manera realizó visita a dicha sociedad en La Unión - Valle, donde se constató la existencia de 2 bodegas destinadas al almacenamiento de mercancía y funcionamiento de la sociedad, encontrando además personal trabajando en ese lugar.

Señala que todas las transacciones mercantiles celebradas entre las sociedades Recolectora de Papeles y Metales y CIA S. en C., y Gover se realizaron a través de la agencia comercial que tiene en el municipio de La Unión – Valle.

Por otra parte afirma que, con base en la información obtenida en la investigación correspondiente a la sociedad Industria Ecológica de Reciclaje, la Dian concluye “*de manera inexplicable*” que las transacciones hechas por parte de la compañía Recolectora de Papeles y Metales con la sociedad Gover, no existieron.

Que por lo anterior, el 24 de abril de 2013, la Dian profirió requerimiento especial número 102382013000028, proponiendo desconocer las compras hechas a la sociedad Gover en el quinto bimestre del año 2011.

Que solicitó devolución de saldo a favor por el primer bimestre de 2012, frente a la cual la Dian adelantó investigación tendiente a determinar los hechos que sustentaron la solicitud; profiriéndose requerimiento especial sustentado en similares fundamentos a los que ocupa el presente asunto y se pretendía igualmente desconocer los valores de las

transacciones realizadas por la demandante con la sociedad Gover, en términos idénticos, aduciendo que las mismas eran simuladas. No obstante, con la información obtenida por la Dian, se archivó la investigación, concluyendo que no hubo simulación.

Finalmente el 24 de abril de 2013, se dio respuesta al requerimiento especial proferido por la Dian, allegando prueba contable que certifica que lleva su contabilidad en debida forma y en la que se da cuenta de las operaciones realizadas con la sociedad Gover y que pese a las explicaciones dadas en la respuesta al requerimiento especial, la Dian expidió la liquidación oficial de revisión cuya nulidad se depreca.

1.3. Normas invocadas como vulneradas

Cita los artículos 13, 29 y 83 de la Constitución Política; artículos 485, 647, 710, 714, 730, 742, 743, 745, 772, 773, 774, 777 y 779 del Estatuto Tributario (E.T.); Artículos 50, 51 y 59 del Código de Comercio; numeral 3º del artículo 3º, artículos 2, 10, 137 y 138 del CPACA² y Artículo 185 y 244 del Código de Procedimiento Civil.

Señala como causales de nulidad, la ilegalidad e impertinencia de las pruebas trasladadas en la cuales la administración funda su decisión, no obstante, la justificación que se hace en sede administrativa. Considera que no resulta suficiente que los documentos cuyo traslado se pretendió, reposen en el expediente en copia simple, sino que requiere que cumplan con los requisitos establecidos para la prueba trasladada.

Que las pruebas con que se pretenden demostrar los hechos que interesan al proceso, deber ser idóneas, conforme al artículo 743 E.T., y tener inequívocamente relación con los sucesos objeto de controversia, pues de lo contrario, la administración estaría tomando decisiones con elementos fácticos que no prueban los hechos que se debaten, por lo que carecería de soporte probatorio cualquier decisión que se tome con base en éstas. Sostiene que es inaceptable que la Dian utilice pruebas impertinentes para concluir que las compras realizadas durante el quinto bimestre del año 2011 por la sociedad Recolectora de Papeles y Metales a la sociedad Gover, son presuntamente simuladas, basándose en una inspección ocular y una declaración juramentada, relacionados con una sociedad ajena a la demandante.

En el cargo de falsa motivación del acto administrativo expone que, la Dian se basa en meros indicios para afirmar que las compras fueron simuladas, que fueron derivados de comprobaciones de la Dian que no guardan una relación que permita dar por verificados los hechos que son base del acto demandado.

Insiste en que la Dian sustenta su prueba en indicios y en una serie de supuestos de hecho con interrogantes relacionados con la sociedad Gover, brillando por su ausencia la sustentación basada en la regla de la experiencia científica o técnica en la cual se apoya la inferencia lógica. Así como que la Dian pasa por alto que, el material contable estudiado indica que el producto adquirido a la sociedad Gover, fue vendido en su totalidad a las sociedades Productos Familia S.A. y Empaques industriales de Colombia S.A.

Que a otras empresas que compraron material a la Sociedad Gover, la Dian les abrió investigación por compras simuladas, no obstante, las mismas fueron archivadas, con lo cual la demandada se aparta de los precedentes establecidos por ella misma, incluso precedente que no solo existe respecto de otras sociedades, sino incluso en asuntos

² Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

archivados a la misma sociedad demandante.

Finalmente, señala que la sanción impuesta es derivada de la glosa principal contenida en la liquidación oficial de revisión que pretende sin éxito demostrar que las operaciones fueron simuladas.

2. Contestación de la demanda

La Dian contestó la demanda afirmando que, las pruebas trasladadas no han sido tachadas de falsas y que aun siendo copia simple, respecto de ellas se pudo ejercer el derecho de controvertirlas. Que si bien es cierto que la prueba que se trasladó, fue practicada con el objeto de investigar transacciones realizadas entre la sociedad Industria Ecológicas de Reciclaje S.A.S., y la sociedad Gover, esta última tiene relación directa con este proceso, pues también fungía como proveedora de la sociedad Recolectora de Papeles y Metales, por lo que resultaba pertinente tener en el proceso dichas pruebas. Así como que al revisar las ventas del año 2011, se percataron que el proveedor Sociedad Gover estaba siendo investigado por no contar con la infraestructura necesaria para poder desarrollar su objeto social, por lo que ello constituye un indicio para inferir que igualmente se trataba de operaciones simuladas para constituir sus costos.

Que resulta irrelevante lo dicho por la actora, por cuanto si bien la prueba se practicó en periodos gravables distintos, lo relevante es que involucra a la sociedad Gover, proveedora de la demandante.

Que en la actuación administrativa tributaria se visitó y analizó la realidad económica, física y documental que soporten las transacciones realizadas por Gover, proveedora de la demandante en el 2011. Que al visitar a esta sociedad en Cúcuta, se le informó que toda la empresa y la contabilidad se encontraban en La Unión – Valle, y cita el acta que se levantó con ocasión a dicha visita, resaltando que hallaron una máquina para la prensa de cartón que no se encontraba en funcionamiento, que no se exhibía aviso al público que identificaría la empresa, que no se observaba ni existía mercancía en inventario, que no se observaba capacidad de producción y que no poseía empleados, que igualmente se encontró ausencia de movimiento auxiliar de cuentas, recibos de caja, consignaciones bancarias, lista de clientes y proveedores de los cuales no se describe su identificación, ausencia de guías de mercancía comprada y vendida. Aduce con relación a los libros de contabilidad que no fue suministrada la hoja inicial y final utilizada, ni copia del movimiento del bimestre del libro de caja diario; así como el contrato de arrendamiento de la bodega o facturas de servicios de bodegaje, fletes y manipulación de carga.

Que tomó las decisiones fundados en la valoración de las pruebas debidamente allegadas; así como que están comprobadas las compras ficticias, siendo procedente la liquidación oficial de revisión. Afirma que las decisiones de carácter administrativo no deben equipararse a *“las sentencias jurisdiccionales”*, pues deben observarse los precedentes de las altas cortes, así como los precedentes horizontales y verticales.

Finalmente considera que, la sanción impuesta se torna procedente por cuanto se declararon compras inexistentes, que originaron un saldo a favor para el correspondiente bimestre del año 2012, configurándose los presupuestos necesarios para la imposición de dicha sanción.

3. Sentencia de Primera Instancia

Mediante sentencia proferida el 02 de julio de 2019 el *a quo*, dispuso acceder a las pretensiones de nulidad formuladas por la parte actora al considerar que, las conclusiones indiciarias señaladas por la Dian en la liquidación oficial proferida no cuentan con un adecuado fundamento probatorio y argumentativo en tanto se pretendió desvirtuar las operaciones efectuadas entre la sociedad Gover y la sociedad demandante con base en inspecciones efectuadas en una ubicación diferente a la de la sede de aquella ante la cual se tramitaron los despachos de mercancía y demás cuestiones accesorias a los negocios jurídicos celebrados entre dichas sociedades.

Finalmente se impuso condena en costas a cargo de la entidad demandada tras señalar que las mismas se encontraban acreditadas en atención a los gastos del proceso y la actuación de la parte actora a través de apoderada judicial.

4. Apelación

La Dian recurrió la sentencia únicamente en lo atinente a la condena en costas impuestas a su cargo al considerar que, de conformidad con el criterio jurisprudencial desarrollado por el Consejo de Estado respecto a la imposición de condenas en costas, debe primar un criterio objetivo valorativo en razón del cual, este tipo de condenas solo pueden imponerse cuando en el expediente se encuentre acreditadas y en la medida de su causación.

Igualmente, arguyó que el recaudo de los tributos implica directamente un interés estatal que genera un impacto en lo social y en la solvencia del estado, razón por la cual al tenor de lo dispuesto por el artículo 188 del CPACA, en este tipo de asuntos no procede la condena en costas pues según el referido canon normativo la sentencia deberá disponer sobre dicho tópico "*Salvo en los procesos en que se ventile un interés público*".

5. Alegatos en Segunda Instancia

La Dian reiteró la posición planteada en el recurso de apelación, referente a que en el presente asunto se ventiló una causa de interés público por lo cual no hay lugar a la imposición de costas, aunado a la necesidad de que estas se impongan únicamente "*cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación*" según lo dispuesto por numeral 8º del artículo 365 del C.G.P. Todo lo anterior, aunado a que no existió actuar de mala fe.

La actora señaló que se encuentran acreditados los gastos procesales en que incurrió, aunado a que su intervención en el asunto fue realizada por intermedio de apoderada judicial, lo cual acredita la causación de las correspondientes agencias en derecho.

El **Ministerio Público** guardó silencio.

III. CONSIDERACIONES

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 – CPACA.

2. Problema Jurídico

Vista la sentencia de primera instancia y el recurso de apelación interpuesto por la parte accionada, se centra en resolver:

¿Se ajusta a derecho la imposición de condena en costas dispuesta por la sentencia recurrida en contra de la entidad accionada?

Para dar respuesta a este interrogante se abordarán los siguientes tópicos: *i)* Naturaleza y régimen normativo de las costas procesales; *ii)* Criterio objetivo valorativo para la imposición de costas procesales; y *ii)* Excepción a la imposición de costas en asuntos de interés público.

2.1. Sobre la condena en costas

La Corte Constitucional³ ha explicado que las costas, esto es, *"aquella erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial"* y están conformadas por dos rubros: las expensas y las agencias en derecho.

Las primeras corresponden a los gastos surgidos con ocasión del proceso y necesarios para su desarrollo, pero distintos al pago de apoderados, así, de conformidad con el Capítulo II del Título I -Costas- del C.G.P., las expensas están conformadas por aranceles judiciales, honorarios de auxiliares de la justicia, entre otros, es decir, en términos generales a todos los gastos surgidos para dar el curso procesal ordinario requerido por el proceso judicial. Las segundas *"no son otra cosa que la compensación por los gastos de apoderamiento en que incurrió la parte vencedora, aun cuando pueden fijarse sin que necesariamente hubiere mediado la intervención directa de un profesional del derecho"*.⁴

El artículo 188 del CPACA dispone: *"Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil"*. El CGP al respecto establece:

"ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.

³ Sentencia C-089/02

⁴ *Ibidem.*

4. *Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.*
5. *En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.*
6. *Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.*
7. *Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.*
8. *Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.*
9. *Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción.”*

2.2. Criterio objetivo-valorativo de imposición de costas

El H. Consejo de Estado en providencia de 7 de abril de 2016⁵, advirtió sobre la variación de la postura que se venía aplicando respecto de las condenas en costas y agencias en derecho, basada en la modificación introducida por el CPACA y que encuentra sustento en las posturas del extinto CPC y el CGP, puesto que el primero consagraba originalmente en su artículo 171, un criterio subjetivo de valoración, en el cual se atendía exclusivamente a caracteres como la temeridad o mala fe, mientras que el segundo adopta un criterio objetivo.

En sentencia del 12 de abril de 2018⁶ precisó que, si bien el fundamento la imposición de costas ha variado a razones de índole meramente objetivo, es necesario que en los términos del precitado numeral 8º del artículo 365 del CGP se compruebe para su imposición que *“en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”*:

“[E]sta Subsección..., varió aquella posición y acogió el criterio objetivo para la imposición de costas (incluidas las agencias en derecho) al concluir que no se debe evaluar la conducta de las partes (temeridad o mala fe), sino los aspectos objetivos respecto de la causación de las costas, tal como lo prevé el Código General del Proceso, con el fin de darle plena aplicación a su artículo 365. En dicha oportunidad concluyó lo siguiente:

- a) *El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio “subjetivo” —CCA— a uno “objetivo valorativo” —CPACA—.*
- b) *Se concluye que es “objetivo” porque en toda sentencia se “dispondrá” sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.*

⁵ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, C.P: William Hernández Gómez.

⁶ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, 12 de abril de 2018, radicación No. 05-001-23-33-000-2012-00439-02 (0178-2017), C.P: William Hernández Gómez.

c) Sin embargo, se le califica de “valorativo” porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).

e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.

f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.

g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.

Por lo anterior, se colige que la condena en costas implica una valoración objetiva valorativa que excluye como criterio de decisión la mala fe o la temeridad de las partes. En efecto, el artículo 188 del CPACA, regula que tratándose de costas en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en la sentencia el juez tiene la obligación de pronunciarse sobre dicho aspecto, con excepción de los asuntos en los que se ventile un interés público.”

2.3. Excepción a la imposición de costas en asuntos de interés público

Ahora bien, en cuanto al alcance de la expresión: “procesos en que se ventile un interés público” contenida en el citado artículo 188 del CPACA, debe entenderse que esta hace referencia únicamente a las acciones públicas, pues es natural que en los procesos en que es demandante o demandada una entidad pública siempre se encuentra implícito un interés público, el cual se le ha confiado cumplir o satisfacer. Al respecto, el Consejo de Estado señaló⁷:

“2.2. Conforme con la norma transcrita, la regla general es que en los procesos de conocimiento de esta jurisdicción, en la sentencia, se dispondrá sobre la condena en costas.

“Esta regla no se aplica para los procesos en los que se ventile un interés público, es decir, que no hay lugar a condena en costas en las acciones públicas.

...

En este sentido se debe entender el alcance de la expresión “procesos en que se ventile un interés público” y no como lo interpretó la UAE – Dian, porque, se debe tener presente que esta disposición no pretendió hacer distinción alguna entre las partes intervinientes en el proceso y volver al criterio previsto en el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo [prohibición de condena en costas al Estado], antes de la modificación introducida por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 condena en costas a las partes, sin distinción alguna, con un criterio subjetivo.

...

⁷ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, 5 de abril de 2018, C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, radicación número: 76001-23-33-000-2012-00430-01 (21873).

Es oportuno recordar que la Corte Constitucional, al estudiar el tema de la exención de condena en agencias en derecho a favor de la Nación y las entidades territoriales previstas en el artículo 1, numeral 198 del Decreto 2282 de 1989, se refirió a las prerrogativas públicas en la Constitución Política en los siguientes términos:

[...] la legitimidad de un privilegio público depende de que éste pueda ser adscrito al cumplimiento o la satisfacción de alguna de las finalidades que la Carta Política le ha confiado al Estado. Adicionalmente, la específica configuración – usualmente legal – que adopte la prerrogativa pública de que se trate debe adecuarse a los postulados del principio constitucional de proporcionalidad (C.P., artículo 5°), según el cual ésta deba ser útil y necesaria respecto de la finalidad que persigue y no comprometa bienes constitucionales más importantes que los que busca promocionar o proteger.

Y al realizar el estudio del juicio de proporcionalidad de la exención de condena en agencias en derecho, la Corte expuso lo siguiente:

[...] Más arriba en esta sentencia se estudió que a la exención de condena en costas a favor de ciertas entidades públicas le ha sido atribuida la finalidad de conceder un privilegio a esos entes estatales por el hecho de serlo, es decir, en razón de su “peculiar personalidad”, de su “personalidad pública” o por la garantía del “interés general” que, a los mismos, corresponde cumplir. Aparte de estas finalidades, no ha sido avanzado un fin alternativo directamente comprometido con el cumplimiento de alguno de los objetivos específicos que la Constitución adscribe al Estado. [...] En principio parecería que nada, distinto al hecho de que la parte vencida es el propio Estado, sirve para explicar la excepción estudiada.

En opinión de la Corte, según lo visto en párrafos anteriores, estas finalidades son contrarias al esquema axiológico que encuadra el ejercicio del poder público establecido en la Carta Política (v. supra) y, por tanto, carecen de toda legitimidad. [...]

28. Podría alegarse que la finalidad de la norma que se estudia es la de proteger los recursos fiscales de las entidades públicas. Ciertamente, la mencionada disposición restringe los costos y expensas de las mencionadas entidades cuando resulten vencidas en un proceso judicial.

[...] No obstante, como fue expuesto en una parte anterior de esta providencia, no basta con que una norma que establece una diferencia de trato persiga una finalidad legítima para que, por ese sólo hecho, se justifique la afectación del principio de igualdad. Adicionalmente se requiere que la norma sea verdaderamente útil, necesaria y proporcionada respecto de la respectiva finalidad.

La medida en cuestión es útil para salvaguardar los recursos fiscales pues evita que las entidades públicas deban pagar las expensas en derecho de la parte que las venció en un proceso judicial. No obstante, en cuanto se refiere al estudio de su necesidad, constata la Corte que existe otro tipo de medidas, menos costosas en términos del principio de igualdad y más acordes con las normas constitucionales, para alcanzar similares objetivos. Así por ejemplo, puede acudir a la ya mencionada figura del llamamiento en garantía, de manera tal que el servidor público causante del daño que originó la condena judicial, le reintegre al Estado, al menos una parte de lo que este debió pagar.

Pero incluso si llegare a sostenerse que la medida es necesaria para proteger los recursos públicos, lo cierto es que es absolutamente desproporcionada. Como fue estudiado con anterioridad, la disposición parcialmente cuestionada consagra un tratamiento desigual

para las partes procesales y crea un desequilibrio notorio en la distribución de las cargas públicas sin que lo anterior pueda justificarse en la protección de los recursos fiscales. Es cierto que el patrimonio público debe protegerse contra gastos inocuos, innecesarios o inútiles, pero ninguno de estos adjetivos puede predicarse del pago de las expensas que una persona tuvo que asumir por causa de una acción u omisión ilegítima de la propia administración. En estas circunstancias, el pago de las agencias en derecho está destinado a restablecer la equidad perdida por causa del Estado y no constituye una dádiva o un privilegio a favor de quien tuvo que acudir a un proceso para defender sus derechos o intereses.

Si el legislador considera importante evitar ciertos gastos – como el pago de las agencias en derecho de la parte que ha vencido en un juicio contra las entidades públicas mencionadas –, no puede hacerlo obligando a quien ha resultado lesionado por culpa del Estado a asumir la correspondiente carga. Si ello se permitiera, se estaría aceptando que la sociedad entera se beneficie de una carga impuesta a una persona que, adicionalmente, ha sido víctima de una actuación u omisión ilegítima por parte del Estado. En suma, el sujeto que ha sufrido una lesión por causa de las autoridades públicas debe asumir integralmente una carga económica que de otra manera no hubiera tenido que soportar, a fin de beneficiar a la comunidad. Lo anterior vulnera abiertamente el principio de distribución equitativa de las cargas públicas y, en consecuencia, el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta. [...]

“2.3. Con base en esos mismos argumentos, puede concluirse que no le asiste la razón a la UAE – Dian, al interpretar que por el solo hecho de estar implícito el interés público en la gestión de recaudo de los tributos, necesariamente se le deba exonerar de la condena en costas.” (Se resalta)

De conformidad con lo expuesto, la imposición de la condena en costas tiene lugar en contra de la parte vencida en juicio, siempre que se compruebe su causación; además, esta imposición sí es procedente en asuntos de carácter tributario por no ser este tipo de controversias las que se entienden exoneradas de tal carga al tenor de lo dispuesto por el artículo 188 del CPACA.

2.4. Caso Concreto

Como fundamento de la imposición de costas en primera instancia el *a quo* señaló que, los gastos procesales en que incurrió la parte actora se encuentran debidamente acreditados en la hoja de gastos del expediente, aunado a que como se advirtió en precedencia la imposición de agencias en derecho se ajusta a la realidad procesal de que la parte actora debió concurrir a la interposición del presente medio de control a través de apoderado judicial, el cual actuó en cada una de las etapas procesales pertinentes.

Lo anterior aunado a que, contrario a lo señalado por la parte recurrente, los asuntos de carácter tributario no se encuentran exonerados de tal imposición por su mera naturaleza.

En tal sentido, la condena en costas impuesta por la Juez de primera instancia resulta totalmente ajustada a derecho. Corolario, se confirmará la sentencia recurrida.

3. Costas en segunda instancia.

De igual forma, en esta instancia se condenará en costas a la entidad demanda como

quiera que el recurso de apelación no prospera, igualmente en vista de que la apoderada demandante participó activamente en esta instancia (fls. 15 y s.s) se fijan como agencias en derecho la suma Trescientos cincuenta mil pesos (\$350.000)⁸.

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

FALLA:

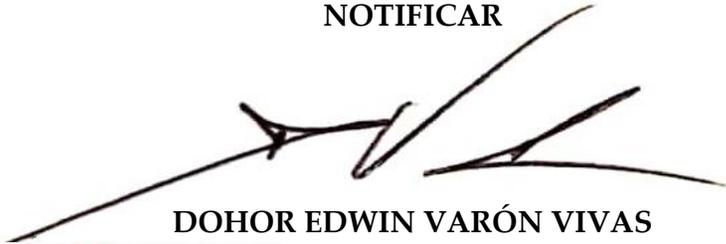
PRIMERO: CONFÍRMESE la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, el día 02 de julio de 2019, mediante la cual se accedió a las súplicas de nulidad que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó **Recolectora de Papeles y Metales y Cia. S EN C.** contra la **Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – Dian-**.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandada y a favor de la demandante. Se fijan agencias en derecho la suma Trescientos Cincuenta Mil Pesos (\$350.000).

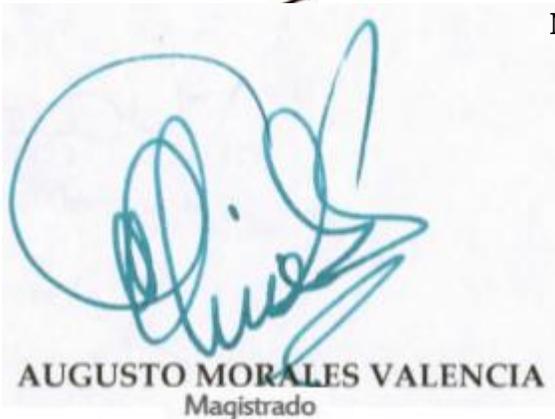
TERCERO: EJECUTORIADA esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa “Justicia Siglo XXI”.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 036 de 2020.

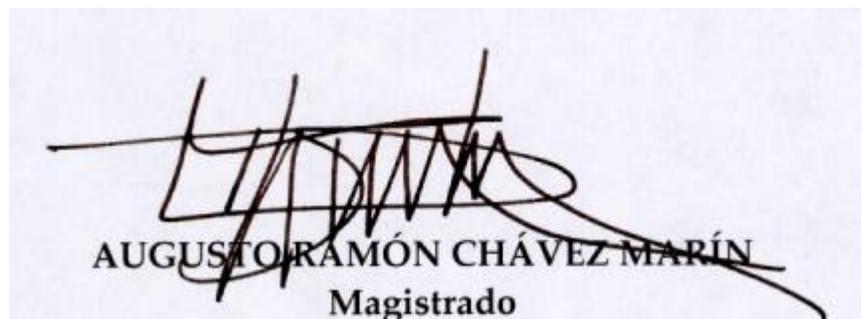
NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

⁸ Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 289

Manizales, veintiuno (21) de agosto de dos mil veinte (2020).

Radicado: 17001-33-33-002-2017-00314-00
Naturaleza: Protección de Derechos e Intereses Colectivos
Pte. Demandante: Ricardo Martínez Orozco
Pte. Demandada: Municipio de Manizales
Curaduría Urbana No. 1 de Manizales
Constructora Gestora Urbana S.A.S.
Edificio Hipona Propiedad Horizontal

Se emite fallo de segunda instancia con ocasión de los recursos de apelación propuestos por las demandadas contra la sentencia del 17 de julio de 2019, en la que se declaró la vulneración del derecho colectivo *“AL GOCE DEL ESPACIO PÚBLICO Y LA UTILIZACIÓN Y DEFENSA DE LOS BIENES DE USO PÚBLICO”* y se profirieron órdenes para su protección.

I. ANTECEDENTES

1.1. Pretensiones

Se solicita en la demanda amparar los derechos colectivos vulnerados por la parte accionada y se ordenen *“las demoliciones del Cerramiento en Rejas y Puertas del Antejardín... de la losa de antejardín... de los cuartos útiles y de los garajes que se encuentran por debajo de la losa del antejardín del edificio Hipona”* y las demás medidas necesarias para su protección, tales como la revocatoria de los actos administrativos que concedieron las licencias de construcción, el trámite de las licencias de modificación que sean necesarias y la determinación de las responsabilidades por el incumplimiento de las normas urbanísticas.

1.2. Sustento Fático Relevante

Manifestó el accionante que la Curaduría Urbana No. 1 de Manizales expidió licencias de demolición, construcción y cerramiento para la edificación en el predio ubicado en la carrera 20 entre calles 15 y 16 del barrio *“Los Agustinos”*, licencias con base en las cuales se construyó la propiedad horizontal *“Edificio Hipona”*.

Que mediante peticiones dirigidas al municipio de Manizales (Secretaría de Planeación) y a la Curaduría Urbana No. 1, el accionante puso de presente una serie de vulneraciones a las normas urbanísticas que se presentaron en la construcción de la edificación, entre los cuales destaca los siguientes:

- Desconocimiento del retiro frontal mínimo de 11 metros desde la edificación - atendiendo a su altura de 5 pisos- al eje de la vía pública.
- Cerramiento del área de antejardín exigida por el plan de ordenamiento territorial.

- Construcción de garajes y cuartos útiles por debajo de la losa de antejardín, desconociendo la altura máxima permitida de 0.30 metros respecto a la vía pública.
- No implementación de zonas verdes, al igual que de accesos peatonales y vehiculares.

Que, pese a las advertencias realizadas por el accionante ante las entidades accionadas, se permitió la culminación de las obras.

1.3. Derecho colectivo invocado y fundamentos de derecho

La parte actora señaló que con la problemática planteada se vulnera la garantía colectiva *al goce del espacio público y a la utilización y defensa de los bienes de uso público* debido a que la construcción del edificio Hipona no respetó las normas urbanísticas que garantizan la movilidad y uso del espacio público

Al paso de lo anterior, arguye que las curadurías urbanas y la Secretaría de Planeación tenían la obligación de velar por el cumplimiento de las normas urbanísticas, pese a lo cual permitieron su vulneración lo que conllevó a una afectación notoria del espacio público.

1.4. Pronunciamiento frente a la demanda

El **municipio de Manizales** (fls. 103-117, cdo. 1) se opuso a las pretensiones de la demanda, indicando que no se están vulnerando derechos o intereses colectivos pues de conformidad con las dimensiones y características técnicas de la edificación objeto de controversia, en consonancia con las normas de construcción y ordenamiento territorial del municipio de Manizales, dicha propiedad horizontal no debe cumplir con un retiro para efectos de antejardín, por lo cual la parte objeto de cerramiento en dicha construcción no tiene la naturaleza de espacio público siendo un espacio privado de retiro frontal cuyo cierre no vulnera derecho colectivo alguno.

La **Curaduría Urbana No. 1 de Manizales** (fls. 127-139, cdo. 1) al paso de un recuento sobre la naturaleza y funciones de las curadurías urbanas, señaló que atendiendo a las normas urbanísticas vigentes para la fecha de emisión de la licencia de construcción el edificio Hipona no contaba con la obligación de contar con retiro de antejardín, ni zonas verdes. Que el retiro de la edificación con relación al eje vial debe ser de mínimo 8 metros y no 11 como lo alega el accionante, los cuales corresponden a un mínimo de 5 metros más un retiro adicional de 3 metros por superar la "*altura básica*" de 4 pisos. Por tanto, dicho retiro obligatorio de 8 metros es respetado por el edificio Hipona, desde la fachada del edificio al eje de la vía.

En lo referente a la altura del "*voladizo*" de la edificación señala que, atendiendo a la zona en que se ubica la edificación que según el Plan de Ordenamiento Territorial (POT) hace parte del área morfológica homogénea, este puede alzarse hasta una altura de 0.6 metros y no de 0.3 metros como se arguye en la demanda.

La **Constructora Gestora Urbana S.A.S.** (fls. 201-209, cdo. 1) señaló que la licencia de construcción del edificio Hipona y la referida edificación que se ajustó a lo licenciado, respetan la normativa urbanística dado que, de conformidad con la zona en que se encuentra ubicada, esta no debe contar con un espacio de antejardín, por lo cual, al contabilizar su retiro con relación al eje de la vía, este incluso supera el mínimo exigido, resaltando que el cerramiento efectuado en el voladizo frontal de la edificación no se halla en espacio público.

1.5. Providencia impugnada

Al paso de señalar la improcedencia de las pretensiones tendientes a que se disponga la revocatoria de la licencia de construcción del edificio Hipona y de la imposición de sanciones a través del medio de control de protección de derechos e intereses colectivos, el *A quo* declaró la existencia de vulneración a los derechos colectivos “*AL GOCE DEL ESPACIO PÚBLICO Y LA UTILIZACIÓN Y DEFENSA DE LOS BIENES DE USO PÚBLICO*”.

Como sustento de sus decisiones, analizó el alcance de los derechos colectivos invocados, así como la normatividad pertinente acerca de los andenes, retiros mínimos y el POT vigente para la época en que se expidió la licencia de construcción, para posteriormente señalar que:

- Respecto a la adecuación de zonas verdes y del retiro por antejardín, el POT y el Código de Construcciones y Urbanizaciones de Manizales, vigentes para la época en que se expidieron las licencias de construcción, no contemplaban tales exigencias.
- El retiro mínimo que debía respetar el edificio Hipona era de 8 mts, atendiendo a los 5 metros mínimos establecidos por la normatividad vigente, más los 3 metros adicionales que debía “ceder” al haber superado en la altura básica de la zona, por lo que en este aspecto la licencia de construcción conferida y la construcción misma se encuentran ajustados a las regulaciones pertinentes y no representan vulneración a garantías o intereses colectivos.
- Los 8 metros que existen entre la fachada del edificio Hipona y el eje vial se disponen así: *(i)* 3.5 metros corresponden a la calzada; *(ii)* 1.5 metros al andén; y *(iii)* los 3 metros restantes corresponden al área del voladizo frontal de la edificación que corresponden al área de retroceso y que fue objeto de cerramiento.
- Estos últimos 3 metros no podían ser objeto de cerramiento, ya que estos corresponden al espacio adicional que la edificación debe “ceder” por la altura superior a la “altura básica” permitida en la zona, lo que implica de conformidad con el artículo 2.3.2.2. del Código de Construcciones y Urbanizaciones de Manizales - Acuerdo 054 de 1993- una ampliación del ancho del andén, andén que sí hace parte del espacio público.

De conformidad con lo anterior, con el fin de proteger el derecho colectivo ordenó a la constructora Gestora Urbana S.A.S la remoción del cerramiento sobre el espacio público (zona de retroceso) que fue ubicado en el edificio Hipona y en caso de que esta no proceda a su retiro en el plazo otorgado, dispuso que el mismo sea realizado por el municipio de Manizales con cargo a la referida constructora.

Respecto a las demás fallas técnicas o vulneraciones que adujo la parte actora se presentaron en la licencia de construcción y la posterior edificación manifestó que, no se demostró que las mismas recaigan sobre zonas de uso público.

1.6. Impugnación del fallo

El **municipio de Manizales** (fls. 327-329, cdo. 1) arguye un error por parte del fallador al considerar como espacio público la zona de retiro -adicional por altura- de 3 metros que debía ser respetado por el edificio Hipona, esto al señalar que el artículo 5° del Decreto 1504 de 1998 no establece esta zona como un elemento constitutivo del espacio público, aunado a que el mismo no puede ser equiparado a “una ampliación del andén” pues itera, la normativa urbanística no le otorga de forma expresa tal categoría. Así, advierte que el cerramiento de dicha zona particular, que no pública, de retiro adicional por altura no

afecta por modo alguno intereses o derechos colectivos.

Adicionalmente, advierte que la orden impartida debió ser dirigida a la propiedad horizontal Edificio Hipona, pues dicha persona jurídica es la propietaria de los referidos bienes y como se acreditó en el proceso la misma fue constituida con anterioridad a la admisión de la demanda.

La **Constructora Gestora Urbana S.A.S.** (fls. 333-337, cdo. 1) y la **Curaduría Urbana No. 1** (fls. 338-346, cdo. 1) se opusieron al fallo arguyendo que, la posibilidad de ganar pisos adicionales aumentando el retiro de la edificación en relación al eje de la vía, no constituye una compensación que convierta el área privada de retiro adicional de 3 metros en un espacio público, pues la normatividad urbanística no le confiere tal naturaleza, advirtiendo que no se trata de un área de retroceso pues esta tiene una definición diferente.

Que el *a quo* sustentó su conclusión sobre la naturaleza pública del área de retiro adicional de 3 metros en lo señalado por el artículo 57 del Decreto 1469 de 2010, sin embargo esta regula las licencias urbanísticas, que no las licencias de construcción, aclarando que en el área en que se ubica el edificio Hipona, esto es, barrio *Los Agustinos* no se realizó una urbanización, pues esta zona fue urbanizada hace décadas, razón por la cual lo que se expidió fue una licencia de construcción.

En tal sentido, agrega la Curaduría Urbana No. 1 que el único espacio que corresponde a áreas públicas es el área de "*Paramento*", esto es, el área que se mide del eje de la vía al inicio de la construcción, el cual corresponde a 5 metros, insistiendo en que, los 3 metros de retiro adicional de la edificación por superar la altura básica corresponden a un espacio que el edificio Hipona debía garantizar, pero que no convierte ese espacio de propiedad privada en un espacio público.

II. CONSIDERACIONES

2.1. Problema jurídico

De conformidad con los recursos de apelación, se centra en establecer: *¿el cerramiento efectuado en el edificio Hipona que inicia a 5 metros del eje central de la vía, vulnera los derechos colectivos al goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público?*

2.2. Tesis del Tribunal

El cerramiento efectuado en el edificio Hipona, que inicia a 5 metros del eje central de la vía, y que corresponde al área de "*retroceso adicional en primer piso*" no vulnera los derechos colectivos al goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público, toda vez que, esto no hace parte del andén y su cerramiento no se encuentra prohibido.

Para soportar lo expuesto, se identificarán los hechos relevantes acreditados y la normativa urbanística aplicable, para descender al análisis del caso.

2.3. Hechos acreditados

- La licencia de construcción otorgada por la Curaduría Urbana No. 1 de Manizales, para el *Edificio Hipona*, señaló:

"Que cumple los parámetros y niveles así:

VÍA:	Carrera 20.
ANCHO DE LA CALZADA:	7.00 m. en total...
ZONA DE AMOBLAMIENTO URBANO:	NO.
<u>ANDÉN:</u>	<u>1.50 m. Construirlo.</u>
<u>SITUAR EL CERRAMIENTO:</u>	<u>A 5.00 m medidos desde el eje de la vía.</u>
ANTEJARDÍN:	NO.
<u>RETROCESO ADICIONAL EN PRIMER PISO:</u>	<u>3.00 m, con el fin de lograr 8.00 m desde el eje de la vía y así una altura básica de 4 pisos.</u>

...” (fl. 259, cdo. 1A) (Subraya y negrillas de la Sala)

- Se resalta que, como lo señaló el *a quo*, respecto del retiro por antejardín, el POT y el Código de Construcciones y Urbanizaciones de Manizales, vigentes para la época en que se expidieron las licencias de construcción, no contemplaba tal exigencia.

- El área de retroceso adicional en primer piso fue objeto de cerramiento.

2.4. Normativa urbanística aplicable al caso

En cumplimiento del artículo 311 de la Constitución, que encarga al municipio la función de ordenar el desarrollo de su territorio, la Ley 388 de 1997 establece que corresponde a los municipios y distritos expedir el POT, lo que, además, implica una competencia, no solamente de ordenación, sino también de control y sanción.

En este sentido, la mencionada ley dispone en el artículo 99 que, para adelantar obras de construcción, ampliación, modificación, adecuación, reforzamiento estructural, restauración, reconstrucción, cerramiento y demolición de edificaciones en predios urbanos, de expansión urbana, y rurales, se requiere “de manera previa a su ejecución la obtención de la licencia urbanística correspondiente”, expedida, mediante acto administrativo particular y concreto, por la respectiva autoridad municipal o distrital competente, y de conformidad con lo establecido en el POT.

El Acuerdo 054 de 1993 Código de Construcciones y Urbanizaciones de Manizales¹ - vigente para la fecha de licenciamiento de construcción y cerramiento del edificio Hipona- establece las siguientes definiciones:

“ARTICULO 1.2.1.1 Para efectos de la correcta interpretación de los términos contenidos en el presente Código, adóptanse las definiciones establecidas a continuación:

...

ALTURA BASICA (sic): Es la altura máxima que puede alcanzar una edificación sin necesidad de efectuar retrocesos.

...

ANCHO DE LA VIA (sic): Es la suma de los anchos de calzadas, separador central, andenes y zonas verdes que existen entre dos paramentos sin incluir antejardines.

...

CALZADA: Parte de la vía delimitada por sardineles o bordes exteriores de andenes.

...

EJE DE VIA (sic): Línea longitudinal que divide en dos porciones iguales una calzada.

...

FACHADA: Es el alzado de una construcción que da sobre uno cualquiera de sus lados o

¹ Aportado por la parte actora y disponible en la pagina web de la entidad demandada <http://www.manizales.gov.co/RecursosAlcaldia/201505051343184907.pdf>

aislamientos.

...

PARAMENTO: Es la distancia referida del eje de la vía al sitio determinado para una construcción, de conformidad con las normas del sector..."

En lo atinente a las alturas de construcción y retiros después de la altura básica, dispone:

"SECCION (sic) 2.3.1. ALTURAS

ARTICULO 2.3.1.2

a. ZONA CENTRO: Sector comprendido desde la Avenida Centro hasta la Carrera 24 y desde la Calle 10 (La Pichinga) hasta la Calle 33 (Teatro Los Fundadores).

PARÁGRAFO 1: La altura mínima obligatoria para la zona Centro será de cuatro (4) pisos.

...

La altura de las edificaciones en función de la distancia mínima del eje de la vía al paramento de la construcción, será determinada en el siguiente cuadro:

	DISTANCIA MÍNIMA (sic) DEL EJE DE LA VIA sic AL PARAMENTO	ALTURA BASICA (sic)
A	Mínima	2 pisos
B	5 a 7 metros o fracción	3 pisos
C	8 a 10 metros o fracción	4 pisos
D	11 metros o más	5 pisos

ARTICULO 2.3.1.6 RETIROS FRONTALES

...

b.. Cuando una edificación va a sobrepasar la altura básica en más de dos (2) pisos, deberá realizar los retiros que serán especificados en los siguientes cuadros:

...

ALTURA BASICA = 4 pisos

CUADRO 2.3.1-6

No. DE PISOS POR ENCIMA DE LA ALTURA BASICA	ANTEJARDÍN MÍNIMO	RETIRO FRONTAL DESPUÉS DE LA ALTURA BASICA	RETIRO POSTERIOR OBLIGATORIO	RETIRO LATERAL
2 pisos con antejardín obligatorio	3.00	3.00	3.00	---
2 pisos sin antejardín obligatorio	---	3.00	3.00	---
3 pisos con antejardín obligatorio	4.00	Plataforma	3.00	3.00
3 pisos sin antejardín obligatorio	---	Plataforma 3.00	3.00	3.00

(...)

En cuanto a las distancias de retroceso, señala:

“SECCION (sic) 2.3.2. RETROCESOS.

ARTICULO 2.3.2.1 Se realizarán retrocesos en el frente de las edificaciones, en aquellos costados de cuadra donde se haya efectuado más del 30%, y se harán con base al retroceso existente que ocupe mayor longitud en la cuadra.

...

ARTICULO 2.3.2.3 El retroceso de una edificación implica ampliar el ancho del andén y solamente éste deberá recortarse cuando se haya realizado todo el retiro en el costado de la cuadra.”

2.5. Análisis del caso

En línea con lo descrito, la licencia de construcción otorgada por la Curaduría Urbana No. 1 de Manizales, que aprueba el proyecto de obra presentado por la también llamada por pasiva Gestora Urbana S.A.S., señala que la construcción del *Edificio Hipona* debe contar con un andén de 1.50 metros y un *“retroceso adicional”* de 3 metros, *con el fin de lograr un total de 8 metros desde el eje de la vía*. Lo cual se encuentra en armonía con lo señalado en el parágrafo 1 del artículo 2.3.1.2 del Código de Construcciones y Urbanizaciones de Manizales.

Ahora, si bien el artículo 2.3.2.3 del referido Código de Construcciones y Urbanizaciones de Manizales dispone que, *“el retroceso de una edificación implica ampliar el ancho del andén”*, no establece que la ampliación del andén deba efectuarse en igual medida al retiro o retroceso adicional ordenado con base en la altura de la edificación. Por lo que esta disposición debe interpretarse armónicamente con las demás normas del mismo Código, que establecen:

“ARTICULO 2.3.5.1 Los andenes deben construirse en todas las vías públicas, según las dimensiones, calidades especificadas y requeridas en las licencias expedidas por la Secretaría de Planeación Municipal², quien podrá exigir el levantamiento, reparación y construcción, cuando no cumpla con los requisitos establecidos en la licencia y ordenar su construcción donde no los hubiese.” (Se subraya)

En el caso concreto, la ampliación del andén en las condiciones señaladas en la licencia de construcción, sí se presentó, pues como lo relató el arquitecto Jorge Luis Calle en testimonio rendido ante el *A quo* (fl. 286, cdo. 1A), antes de la construcción del *edificio Hipona* la parte de la cuadra en que este fue edificado contaba con un andén de 90 centímetros, el cual pasó a ser de 1,50 metros, lo cual se ajusta al POT vigente para la fecha en que se otorgó la licencia, sin que se evidencie que este sea insuficiente para garantizar el derecho al goce del espacio público.

Por otra parte, la licencia de construcción otorgada por la Curaduría Urbana No. 1 de Manizales, también autoriza un *cerramiento* que se ubicaría a 5 metros, medidos desde el eje de la vía. Al respecto ni el POT ni el referido Código de Construcciones y Urbanizaciones de Manizales impiden que se autorice el cerramiento del área de *retiro por*

² Adviértase que el referido acuerdo señala la expedición de licencias por la Secretaria de Planeación, lo cual atiende a que para la fecha de su expedición no se había creado la figura del curador urbano la cual nace con el decreto extraordinario 2150 de 1995, empero, atendiendo a tal precisión la Sala entiende que en el contexto normativo actual la licencia a que aquí se hace referencia es la actualmente expedida por las curadurías.

altura o de retroceso adicional. Aunado a que no se encuentra acreditado que dicho cerramiento interrumpa la continuidad del andén u obstaculice la libre circulación, carga probatoria sobre la vulneración de derechos colectivos que recaía en cabeza de la parte actora.

Corolario de lo anterior se tiene que, el andén sí fue objeto de ampliación en comparación al que existía con anterioridad a la construcción del *edificio Hipona* y no se observa que el cerramiento autorizado vulnere los derechos colectivos al goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público; lo que impone revocar la sentencia estudiada para en su lugar negar las pretensiones formuladas en la demanda.

2.6. Costas

El Consejo de Estado en providencia de 6 de agosto de 2019³, en relación con la condena en costas en acciones populares señaló:

“Reglas de unificación

163. El artículo 38 de la Ley 472 de 1998 admite el reconocimiento de las costas procesales a favor del actor popular y a cargo de la parte demandada, siempre que la sentencia le resulte favorable a las pretensiones protectorias de los derechos colectivos, y la condena en costas, a la luz del artículo 361 del Código General del proceso, incorpora tanto el concepto de expensas y gastos procesales como el de las agencias en derecho.

(...)

165. Sólo cabe reconocer costas a favor de la parte demandada y a cargo del actor popular, cuando este último actuó temerariamente o de mala fe, caso en el cual también habrá lugar a imponer la multa prevista en el artículo 38 de la Ley 472 de 1998. No hay lugar a condenarlo cuando la demanda le sea decidida en contra. En este evento la condena en costas sólo admite el reconocimiento de los honorarios y de las expensas, pues al tenor del artículo 364 del Código General del Proceso, es claro que las agencias en derecho no corresponden a los honorarios a los que se refiere la norma, pues ellos se señalan en relación con los auxiliares de la justicia.

Con fundamento en lo anterior y teniendo en cuenta que no se evidencia que el actor haya actuado temerariamente o de mala fe, no se impondrá condena en costas.

Por lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Contencioso Administrativo De Caldas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVÓCASE la sentencia proferida el del 17 de julio de 2019 proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Manizales, mediante la cual se declaró la vulneración del derecho colectivo *“al goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público”* y se profirieron órdenes para su protección.

En su lugar, NIÉGANSE las pretensiones formuladas dentro del medio de control de protección de derechos e intereses colectivos, propuesto por Ricardo Martínez Orozco contra el municipio de Manizales y otros.

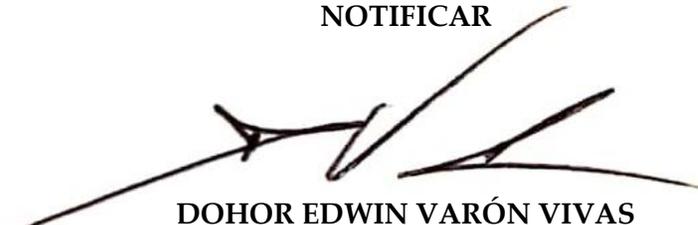
³ Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 6 de agosto de 2019, CP. Rocío Araujo Oñate. Radicación: 15001 33 33 007 2017 00036 01.

SEGUNDO: SIN COSTAS.

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. 036 de 2020.

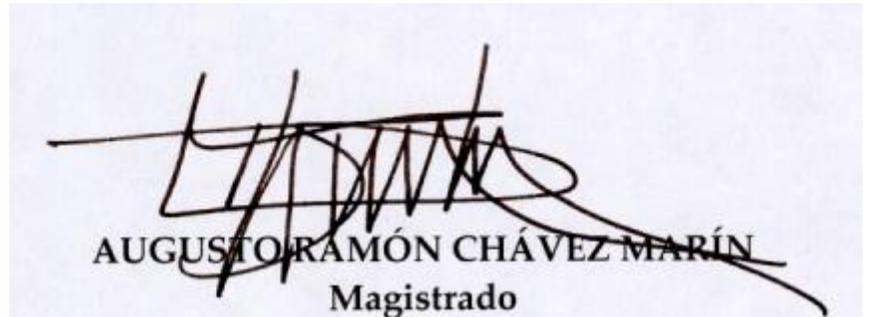
NOTIFICAR



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. 281

Manizales, veintiuno (21) de agosto de dos mil veinte (2020)

Radicado: 17-001-33-39-007-2018-00014-02
Naturaleza: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Fernando de Jesús Gallego Candamil
Demandados: Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Se emite fallo con ocasión al recurso apelación impetrado por la parte demandante contra la sentencia que denegó sus pretensiones.

I. Antecedentes

1. Pretensiones

La parte demandante solicita en síntesis, se declare la nulidad de la Resolución 5434-6 del 19 de julio de 2017 expedido por la Secretaria de Educación del departamento de Caldas por medio del cual se negó el reconocimiento y pago de “la prima 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 depreca 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

El demandante fue nombrado docente nacionalizado mediante Decreto 0585 de 8 de mayo de 1985 expedido por el departamento de Caldas, tomando posesión del cargo el 4 de junio de 1985. Que por cumplimiento de los requisitos pertinentes le fue reconocida una pensión de jubilación mediante la Resolución 1460-6 del 29 de diciembre de 2015, prestación que fue otorgada con efectos a partir del 16 de septiembre de 2015.

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** se opuso a las pretensiones de la demanda, manifestó y argumentó que no tiene obligación alguna de pagar la mesada adicional catorce. En cuanto a los hechos señaló que no le constan los detalles de la relación y circunstancias laborales descritas, toda vez que no fungió como uno de los extremos de dicha relación y expuso que la entidad representada no es la entidad competente para receptor solicitudes por prestaciones sociales.

Como medios exceptivos planteó: *“Ineptitud sustancial de la demanda por falta de legitimación en la causa por pasiva de la Nación- Ministerio de Educación Nacional”*; *“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”*, considera que vincular a la Nación- Ministerio de Educación Nacional, es darle un carácter paternalista al proceso, que logra un desgaste procesal que en debida forma no debería soportar la Nación, como quiera que no interviene en el trámite de reconocimiento y pago de la prestación; *“Inexistencia de la obligación demandada por inexistencia de causa jurídica”* enfatiza que al demandante no le asiste derecho a reclamar reliquidación de la pensión de jubilación con inclusión de la prima de servicios como factor base de liquidación como quiera que el Consejo de Estado en sentencia de unificación no creó dicho factor salarial a favor de los docentes; *“Prescripción”* Solicita sea declarada la prescripción de aquellos derechos económicos reclamados, que superen el lapso de los 3 años desde que se hizo exigible la obligación ; *“Buena fe”* aduciendo que no ha obrado con el ánimo desconocer los derechos prestacionales del demandante sino con estricto apego a la ley aplicable al caso.

5. Sentencia de primera instancia (fls. 86-92, C.1).

El *a quo* negó las pretensiones de la demandante y la condenó en costas, al señalar en síntesis que, 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 con posterioridad al 31 de julio de 2011 concluyó que no cuenta con derecho al pago de la mesada adicional que

reclama.

6. Recurso de apelación (fls. 99-106, 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.

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

- La accionante fue nombrada docente mediante Decreto 0585 de 8 de mayo de 1985 expedido por el departamento de Caldas, tomando posesión del cargo el 4 de junio de 1985 (fls. 17-18, cdo. 1).
- La Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en nombre y representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación a la demandante, mediante la Resolución 1460-6 del 29 de diciembre de 2015, prestación que fue otorgada con efectos a partir del 16 de septiembre de 2015 (fl. 19, cdo. 1).
- La Secretaría de Educación del Departamento de Caldas a través de la Resolución 5434-6 del 19 de julio de 2017 negó la solicitud de reconocimiento y pago de “*la prima de mitad de año*” establecida en el numeral 2° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989. (fl. 28, 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 más 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 República, 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 más 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 más 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 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 más 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 más 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.

Además, 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 16 de septiembre de 2015, 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.

En este sentido se pronunció el Consejo de Estado en sentencia del 20 de noviembre de 2019¹, al señalar:

“En tales términos, frente a la regla general de que el pensionado reciba 13 mesadas, excepcionalmente podría tener acceso a una mesada 14 si se cumplen los requisitos sobre cuantía, es decir, que sea menor o igual a 3 S.M.L.M., y que su causación sea anterior al 31 de julio de 2011.

En consecuencia, es viable sostener que la mesada 14 contenida en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, en la actualidad tiene una vigencia temporal limitada y unas condiciones que reducen su ámbito de aplicación personal en relación con los pensionados que tienen derecho a su reconocimiento y pago.

En efecto, como se ha dicho, su vigencia se extiende por regla general para aquellas personas cuyo derecho pensional se haya causado hasta el 25 de julio de 2005, y de manera excepcional, a favor de los pensionados que adquirieron su derecho antes del 31 de julio de 2011 y cuya cuantía pensional sea igual o inferior a 3 SMLMV.

Por tal razón, no resulta procedente el reconocimiento de la mesada catorce quienes adquieran el derecho a la pensión con posterioridad al 25 de julio del 2005, cuando la cuantía supere los 3 SMMLV, ni quienes lo causen después del 31 de julio del 2011, cualquiera que sea el valor de la mesada respectiva.”

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

¹ Sección Segunda. Subsección “A”. C.P.: Gabriel Valbuena Hernández. Radicación: 05001-23-31-000-2011-01441-01(0118-14).

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).

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

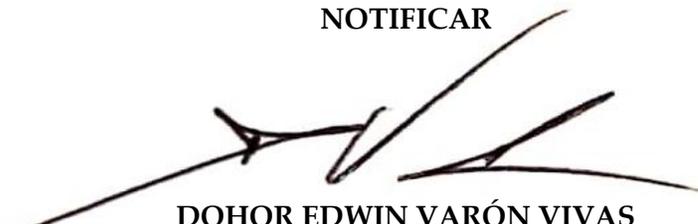
PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia proferida el 17 de septiembre de 2019 por el Juzgado Séptimo Administrativo de Manizales, que no accedió a las pretensiones de la demanda en el proceso instaurado por Fernando de Jesús Gallego Candamil contra de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de 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).

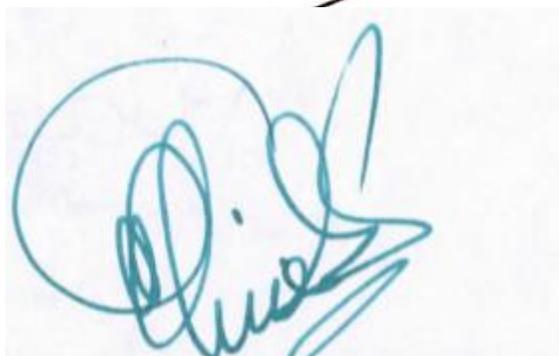
TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa “Justicia Siglo XXI”.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 036 de 2020.

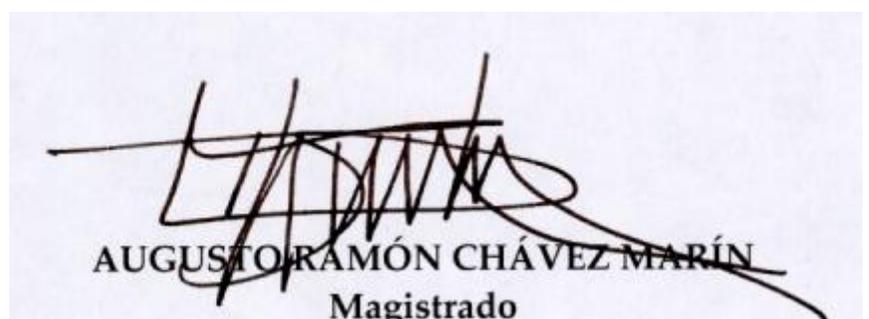
NOTIFICAR



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. 286

Manizales, veintiuno (21) de agosto de dos mil veinte (2020).

RADICADO: 17-001-23-33-000-2020-00180-00
NATURALEZA: Cumplimiento
DEMANDANTE: Juan Pablo Murcia Marín
DEMANDADO: Caja Promotora de Vivienda Militar y de Policía (En adelante CajaHonor).

Se emite fallo de primera instancia con ocasión del medio de control de cumplimiento de normas con fuerza material de ley o actos administrativos.

I. ANTECEDENTES

1.1. Acto administrativo objeto de pretensiones de cumplimiento.

Se depreca el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo segundo de la Resolución 266 de 24 de junio de 2014¹ proferida por la entidad accionada, que dispone:

“RESOLUCIÓN NO. 266 DE 24 DE JUNIO DE 2014

POR MEDIO DE LA CUAL SE ACOGE EL LISTADO DE RESULTADOS DE CALIFICACIÓN DE LA DOCEAVA CONVOCATORIA PARA EL OTORGAMIENTO DE SOLUCIONES DE VIVIENDA MEDIANTE EL MODELO DE ATENCIÓN FONDO DE SOLIDARIDAD Y LA DECIMA MEDIANTE EL MODELO DE PROYECTOS Y MECANISMOS ESPECIALES DE SOLUCIÓN DE VIVIENDA, AMBAS CON CARGO AL FONDO DE SOLIDARIDAD DE LA CAJA PROMOTORA DE VIVIENDA MILITAR Y DE POLICÍA.

EL GERENTE GENERAL DE LA CAJA PROMOTORA DE VIVIENDA MILITAR Y DE POLICÍA.

En uso de sus facultades legales, y en especial las conferidas por el decreto ley 353 de 1994, modificado por la ley 973 de 2005, y

CONSIDERANDO

¹ Archivo No. 20 “20Resolución266Del24Jun2014”, cuaderno principal expediente digital.

Que la Caja Promotora de Vivienda Militar y de Policía es una Empresa Industrial y Comercial del Estado, de carácter financiero del orden nacional, organizada como establecimiento de crédito, de naturaleza especial, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente, vinculada al Ministerio de Defensa Nacional y vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia, cuyo objeto es facilitar a sus afiliados miembros de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, la adquisición de vivienda propia, mediante la realización de todas las operaciones del mercado inmobiliario, incluidas las de intermediación, la captación y administración del ahorro de sus afiliados y el desarrollo de las actividades administrativas, técnicas, financieras y crediticias que sean indispensables para el mismo efecto.

...

Que mediante Acuerdo 01 de 2011, se establecieron medidas administrativas en relación con el Fondo de Solidaridad, determinando entre otros aspectos, los mecanismos de solución de vivienda con cargo al Fondo de Solidaridad, las convocatorias y sus presupuestos, la postulación de interesados, la verificación de documentos, los criterios de calificación y su procedimiento, la determinación de puntajes para calificación de postulaciones, la conformación del listado de resultados de calificación, la adopción y publicación del listado de resultados de calificación, el tipo de vivienda a adjudicar, la transferencia del dominio del inmueble seleccionado, entre otros.

Que cumpliendo con lo anterior, mediante Resolución N° 113 del 28 de marzo de 2014, se estableció la fecha de apertura de la doceava convocatoria para el proceso de otorgamiento de soluciones de vivienda mediante el modelo Fondo de Solidaridad y de la décima convocatoria mediante el modelo Proyectos y Mecanismos Especiales de Solución de Vivienda, ambas con cargo a los recursos del Fondo de Solidaridad.

Que así mismo mediante Resolución 260 del 19 de junio de 2014, se modificaron los artículos cuarto y sexto de la Resolución N° 113 del 28 de marzo de 2014, en el sentido de que en la actual convocatoria, se tendrían como beneficiarios quienes se encuentren dentro de los primeros 643 lugares del listado de resultados de calificación.

Que de conformidad con lo anterior, es preciso una vez surtida la calificación de las postulaciones, conformar la lista de Beneficiarios de las soluciones de vivienda con cargo al Fondo de Solidaridad, de acuerdo con las normas dispuestas para tal efecto.

...

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO.- LISTA DE BENEFICIARIOS: Acoger el listado de 643 beneficiarios de Solución de Vivienda de los modelos de atención Fondo de Solidaridad y Proyectos y Mecanismos Especiales, correspondiente a la doceava y décima convocatoria respectivamente, conformado por los postulantes favorecidos en el proceso de calificación, en orden secuencial descendente, según el Anexo No. 1 denominado "Listado de Beneficiarios", el cual hace parte integrante de la presente Resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO.- Reconocer y ordenar el derecho a la solución de vivienda correspondiente, respecto a los beneficiarios relacionados en la lista antes conformada, su categoría y demás aspectos atinentes.

PARÁGRAFO PRIMERO.- El valor de los aportes que registren las cuentas individuales a la fecha de cierre de ciclo de la convocatoria, será aplicado por CAPROVIMPO para completar el valor de la solución de vivienda.

PARÁGRAFO SEGUNDO:- Los beneficiarios favorecidos a través del modelo Proyectos y Mecanismos Especiales de Solución de Vivienda, aportarán para nutrir el Fondo de Solidaridad, una suma equivalente a la que venían aportando como ahorro mensual obligatorio antes de la adjudicación, es decir, el cuatro punto cinco por ciento (4.5%) de su mesada pensional, hasta completar ciento sesenta y ocho (168) cuotas de aportes, computándose para este efecto las cuotas registradas en le cuenta individual al momento de resultar beneficiado con la adjudicación.

ARTÍCULO TERCERO.- Será restituible el valor de los recursos subsidiados con cargo al Fondo de Solidaridad, si se comprueba por algún medio probatorio que existió información o documentación irregular o falsa para acreditar los requisitos establecidos para la obtención de la solución de vivienda.

En tal caso, los recursos deberán ser reintegrados y ajustados de acuerdo con el incremento del índice de Precios Consumidor (IPC), registrado entre la fecha de recibo de la solución de vivienda y la de restitución de los recursos, en un término no mayor a tres (3) meses, contados a partir de la solicitud de reintegro.

ARTÍCULO CUARTO.- Los recursos del Fondo de Solidaridad que no sean desembolsados con ocasión de la no presentación de la documentación requerida dentro del término dispuesto y/o por desistimiento de la adjudicación, se mantendrán en dicho fondo y serán otorgados en futuros procesos de adjudicación de soluciones de vivienda.

ARTÍCULO QUINTO.- PUBLICACIÓN. Publíquese el listado de beneficiarios conformado por la presente resolución, en la página web de le Entidad, Sede Principal y Puntos de Atención y por una sola vez en un diario de amplia circulación nacional.

ARTÍCULO SEXTO.- VIGENCIA. La Presente Resolución rige a partir de la fecha de su expedición.

Dada en Bogotá a los 24 JUN. 2014

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE."

1.2. Incumplimiento alegado.

El demandante señala en síntesis que, el acto administrativo citado en su artículo segundo reconoció y ordenó el derecho a una solución de vivienda en favor de un listado de beneficiarios, entre los cuales se encuentra; que la solución de vivienda

fue ordenada el 24 de junio de 2014, pese a lo cual a la fecha de interposición de la demanda no se ha hecho entrega de la vivienda asignada, esto, al aducir una serie de incumplimientos y problemas para la entrega del proyecto de construcción, siendo el ultimo de ellos, la falta de instalación de las redes de servicios públicos en las viviendas correspondientes.

Concluye que, ante la falta de entrega de la solución de vivienda a él asignada, se está incumpliendo el artículo segundo de la Resolución 266 de 24 de junio de 2014.

1.3. Pronunciamiento de los sujetos procesales.

CajaHonor se opuso a las pretensiones de la parte actora; señala que, el acto administrativo que se aduce incumplido no ordena en forma imperativa e inobjetable la entrega en un tiempo determinado de la vivienda deprecada por el accionante, pues dicho acto se limita a ordenar el reconocimiento de la solución de vivienda, cuya entrega se encuentra supeditada a la realización de las gestiones pertinentes como son, la construcción y adecuación en condiciones de habitabilidad.

Así las cosas, advierte que no ha incumplido el acto administrativo pues en efecto, ordenó y reconoció el derecho a la solución de vivienda a favor del actor, a partir de lo cual se han venido desarrollando todos los trámites subsiguientes como son: la elección por parte del actor del proyecto inmobiliario de su interés y la construcción de las viviendas, siendo actualmente el único aspecto faltante la conexión de servicios públicos en dichas viviendas.

Itera que, el acto administrativo no señala un cumplimiento dentro de un lapso específico, pues solo ordena que se reconozca el derecho del actor a acceder a esta solución habitacional, para lo cual es claro que aquel tendrá que asumir la espera pertinente hasta la entrega definitiva.

Por ende concluye que, el accionante está interpretando en forma equivocada o confundiendo el reconocimiento de un derecho, con las condiciones de la entrega de la vivienda, ya que se puede evidenciar en la totalidad del acto administrativo mencionado que, en ninguno de sus apartes hay alguna orden referente al procedimiento y términos de entrega del inmueble.

Advierte que CajaHonor no construye, únicamente adquiere inmuebles a terceros a título de compraventa, para entregar a los beneficiarios del Fondo de Solidaridad, pero el desarrollo y construcción de las viviendas se halla supeditado a las novedades y demoras propias del proceso constructivo.

II. CONSIDERACIONES

2.1. Competencia

La Sala es competente para decidir en primera instancia el medio de control de

cumplimiento de normas con fuerza material de ley o actos administrativos, con fundamento en lo previsto por el artículo 152 del CPACA al señalar que los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de *“16. De los relativos a la protección de derechos e intereses colectivos, reparación de daños causados a un grupo y de cumplimiento, contra las autoridades del orden nacional o las personas privadas que dentro de ese mismo ámbito desempeñen funciones administrativas.”*

2.2. Problema jurídico

Se centra en dilucidar: *¿Se presenta un incumplimiento por CajaHonor al artículo segundo de la Resolución 266 de 24 de junio de 2014, al no hacer entrega de la unidad de vivienda asignada al señor Juan Pablo Murcia Marín?*

Para fundamentar lo anterior se hará referencia a: (i) las características del medio de control de cumplimiento, para descender al (ii) análisis del caso concreto.

2.3. Del medio de control de cumplimiento

El medio de control de cumplimiento consagrado en el artículo 87 de la Constitución Política tiene como finalidad hacer efectivo el cumplimiento de una norma con fuerza material de ley o de un acto administrativo que impone determinada carga en cabeza de una autoridad pública o de un particular en ejercicio de funciones públicas, en tal sentido su finalidad es la de exigir el respeto por el ordenamiento jurídico existente.

La Corte Constitucional al respecto ha señalado:

“el objeto y finalidad de esta acción es otorgarle a toda persona, natural o jurídica, e incluso a los servidores públicos, la posibilidad de acudir ante la autoridad judicial para exigir la realización o el cumplimiento del deber que surge de la ley o del acto administrativo y que es omitido por la autoridad, o el particular cuando asume este carácter. De esta manera, la referida acción se encamina a procurar la vigencia y efectividad material de las leyes y de los actos administrativos, lo cual conlleva la concreción de principios medulares del Estado Social de Derecho, que tienden a asegurar la vigencia de un orden jurídico, social y económico justo”².

La Ley 393 de 1997 que desarrolló la referida acción constitucional señala:

“ARTICULO 8o. PROCEDIBILIDAD. La Acción de Cumplimiento procederá contra toda acción u omisión de la autoridad que incumpla o ejecute actos o hechos que permitan deducir inminente incumplimiento de normas con fuerza de Ley o Actos Administrativos. También procederá contra acciones u omisiones de los particulares, de conformidad con lo establecido en la presente Ley.

² Sentencia C-157 de 1998.

Con el propósito de constituir la renuencia, la procedencia de la acción requerirá que el accionante previamente haya reclamado el cumplimiento del deber legal o administrativo y la autoridad se haya ratificado en su incumplimiento o no contestado dentro de los diez (10) días siguientes a la presentación de la solicitud. Excepcionalmente se podrá prescindir de este requisito, cuando el cumplirlo a cabalidad genere el inminente peligro de sufrir un perjuicio irremediable, caso en el cual deberá ser sustentado en la demanda.

También procederá para el cumplimiento de normas con fuerza de Ley y Actos Administrativos, lo cual no excluirá el ejercicio de la acción popular para la reparación del derecho.

ARTICULO 9o. IMPROCEDIBILIDAD. La Acción de Cumplimiento no procederá para la protección de derechos que puedan ser garantizados mediante la Acción de Tutela. En estos eventos, el Juez le dará a la solicitud el trámite correspondiente al derecho de Tutela.

Tampoco procederá cuando el afectado tenga o haya tenido otro instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento de la norma o Acto Administrativo, salvo, que de no proceder el Juez, se siga un perjuicio grave e inminente para el accionante.

PARÁGRAFO. La Acción regulada en la presente Ley no podrá perseguir el cumplimiento de normas que establezcan gastos."

En tal sentido, el Consejo de Estado³ ha señalado de forma pacífica una serie de condiciones que deben ser analizadas por el fallador al momento de emitir órdenes dentro de este medio de control, así:

"...Para que la demanda proceda, se requiere:

*a) Que la norma legal o acto administrativo contenga un **mandato imperativo e inobjetable** radicado en cabeza de una autoridad pública o de un particular en ejercicio de funciones públicas, al cual se reclama el cumplimiento; y que en efecto se establezca que existe la desatención de la norma o acto;*

b) Que el actor pruebe que antes de presentar la demanda exigió al que consideró como obligado, el cumplimiento de su deber legal;

c) Que el afectado no haya podido ejercer otro instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento del deber jurídico contenido en el acto administrativo, salvo el caso que, de no proceder el juez, se produzca un perjuicio grave e inminente para quien ejerció la acción; que no se trate de una norma que establezca gastos, ni tampoco del reclamo de un derecho que pueda garantizarse por la vía de la acción de tutela...."
(Subraya y negrilla de la Sala de decisión).

³ Sección Quinta, 24 de septiembre de 2015, Consejera Ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, radicación número: 25000-23-41-000-2015-00974-01 (acu).

En este sentido se ha dicho que, las condiciones que debe reunir la ley o acto administrativo cuyo cumplimiento se pretende a través del ejercicio de la acción se contraen a **que la obligación sea clara, expresa y exigible**⁴.

Esta línea de intelección se desprende con claridad de lo señalado por el H. Consejo de Estado, al indicar como requisito para la procedencia de la acción de cumplimiento que, **el deber jurídico cuya observancia se exige esté consignado en normas con fuerza de ley o en actos administrativos, de una manera inobjetable y por ende exigible frente a la autoridad de la cual se reclama su efectivo cumplimiento**⁵.

Adicionalmente ha indicado que, el medio de control no procede cuando el tema de debate se soporta en *derechos inciertos de carácter particular*, en la medida que la acción establecida en el artículo 87 de la Carta Política está institucionalizada para obtener el efectivo cumplimiento de obligaciones contenidas en normas con fuerza de ley o actos administrativos *cuya existencia y exigibilidad sean indudables*. Al respecto ilustró⁶:

"Así pues, ésta Sala de decisión ha manifestado reiterativamente que la acción de cumplimiento no ha sido instituida para discutir derechos inciertos de carácter particular; siendo así, la pretensión del actor no corresponde a la órbita de competencia del juez de cumplimiento, que se contrae a hacer efectivas obligaciones contenidas en normas con fuerza material de ley o en actos administrativos cuya existencia y exigibilidad sean indudables. En tal virtud, tiene que haber certeza del alcance del deber reclamado por el actor a través de la acción de cumplimiento y de que la entidad pública demandada es la responsable de cumplirlo por expresa disposición legal o administrativa." (Se resalta)

2.4. Constitución en renuencia.

Encuentra la Sala que el accionante cumplió el requisito de procedibilidad establecido en el inciso 2 del artículo 8 de la Ley 393 de 1997, conforme a los escritos que obran en el expediente (fls. 12-17 y 22-27, Archivo magnético demanda y anexos), en los cuales con fecha mayo 21 de 2019 y septiembre 10 de 2019 solicitó a la entidad accionada el cumplimiento del acto administrativo ya señalado realizando la entrega efectiva de la unidad residencial por el seleccionada dentro del proceso de reconocimiento de soluciones de vivienda adelantado por Cajahonor.

Frente a lo anterior, la entidad accionada (fls. 18-19 y 28-29, Archivo magnético demanda y anexos) informó al accionante que no podía procederse aun a la entrega de las unidades residenciales dado que el constructor con quien se contrató su

⁴ Ver auto de fecha 17 de abril de 1998, Sección Cuarta, Consejero Ponente: Delio Gómez Leyva, radicación número: ACU-229.

⁵ Ver sentencia de fecha 9 de mayo de 2012, Sección Quinta, Consejera ponente: Susana Buitrago Valencia, radicación número: 25000-23-24-000-2011-00889-01(ACU).

⁶ Sección Quinta, 19 de octubre de 2006, Consejera ponente: María Nohemí Hernández Pinzón, Exp. 2006-00360-01.

realización aún no había hecho entrega de estas en condiciones de habitabilidad, especialmente en lo referente a las conexiones de servicios públicos domiciliarios de dichas viviendas.

2.5. Caso Concreto

Con base en el marco jurídico expuesto, es pertinente determinar en primera medida si, en el acto administrativo invocado por la parte actora, se encuentra incluida la obligación que, en su criterio, ha sido desatendida por la entidad demandada.

Al respecto, el demandante deprecia el cumplimiento del artículo 2° de la Resolución 266 de 24 de junio de 2014, el cual considera ha sido descatado por CajaHonorado dado que, no le ha sido efectuada la entrega de la unidad residencial por él seleccionada.

Por su parte, la demandada señala que el acto administrativo no señala un cumplimiento dentro de un lapso específico, pues solo ordena que se reconozca el derecho del actor a acceder a una solución habitacional, y aclara que actualmente el único aspecto faltante la conexión de servicios públicos en dichas viviendas.

El referido artículo 2° de la Resolución 266 de 24 de junio de 2014, señalado como incumplido, dispone: *“Reconocer y ordenar el derecho a la solución de vivienda correspondiente, respecto a los beneficiarios relacionados en la lista antes conformada, [en la cual se encuentra el actor] su categoría y demás aspectos atinentes”*.

De la lectura del citado artículo, la Sala observa que, se dispone que el accionante sea sujeto del reconocimiento del derecho a acceder a una solución de vivienda; pero no se dispone una fecha de exigibilidad de la obligación de entrega de una unidad residencial, dado que no se establece un plazo dentro del cual esto deba efectuarse.

La fijación de la fecha de exigibilidad de la obligación, escapa a la esfera de competencia del Juez del medio de control de cumplimiento, pues con sustento en la jurisprudencia previamente reseñadas, es claro que este medio de control no es una oportunidad para solicitar que se efectúen interpretaciones sobre el alcance de la norma o acto administrativo que se reputa incumplido o para que se establezca la fecha en que esto debió darse.

Lo anterior, por cuanto la obligación que puede ser objeto de ordenes de cumplimiento, solo son aquellas que se expresaron en forma *clara, expresa e inobjetable* en la respectiva disposición normativa o de voluntad administrativa y *en tal virtud, tiene que haber certeza del alcance del deber reclamado por el actor...*⁷.

⁷ Sección Quinta, 19 de octubre de 2006, Consejera ponente: María Nohemí Hernández Pinzón, Exp. 2006-00360-01.

Dicha certeza del alcance del deber reclamado por el actor no aparece acreditada en el presente asunto; por lo tanto, son compartidos por esta Colegiatura los argumentos propuestos por la entidad accionada referentes a la inexistencia de una disposición que en forma imperativa e inobjetable disponga en forma clara y expresa que la entidad accionada debía efectuar la entrega efectiva de una unidad residencial al accionante.

Por tal razón se negaran las pretensiones planteadas por el demandante a través del medio de control de cumplimiento.

2.6. Costas.

El artículo 188 del CPACA (Ley 1437 de 2011) establece que en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, a menos que se trate de un asunto de interés público, dándosele el trámite consagrado para tal efecto en el Código de Procedimiento Civil.

Al respecto, el artículo 365 del CGP, en sus numerales 1° y 8°, señalan: “(...) En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código. (...)8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación (...)”.

Ahora bien, frente a la prosperidad de la condena en costas en la acción pública de cumplimiento, considera la Sala pertinente hacer referencia a la sentencia proferida por el Consejo de Estado – Sección Quinta, C.P. Darío Quiñones Pinilla, el 20 de noviembre de 2003, en el proceso con radicado 25000-23-15-000-2003-1957-01(ACU), dentro del cual se hizo el siguiente razonamiento:

“(...) Ahora, es evidente que la acción de cumplimiento es pública porque, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 4° de la Ley 393 de 1997, “cualquier persona podrá ejercer la acción de cumplimiento frente a normas con fuerza material de ley o actos administrativos”. Entonces, también podría pensarse que en la acción objeto de estudio no procede la condena en costas a la parte vencida en el proceso porque el Código Contencioso Administrativo la niega en las acciones públicas.

Sin embargo, a pesar de que la remisión al artículo 171 del Código Contencioso Administrativo es válida, lo cierto es que la ley especial que regula la acción de cumplimiento autoriza esta figura procesal en las acciones de cumplimiento pero cuando “hubiere lugar”. No obstante, lo anterior no significa que para condenar a la parte vencida al pago de costas basta que se hubiere accedido a las pretensiones de la demanda de cumplimiento o que se hubiere conseguido el cumplimiento reclamado del acto administrativo o la norma con fuerza material de ley, puesto que el artículo 30 de la Ley 393 de 1997 es claro en señalar que la condena en costas a la parte vencida

solamente se reconocerá cuando "hubiere lugar", esto es, en casos realmente excepcionales.

De hecho, el carácter excepcional de este pago en las acciones de cumplimiento no sólo deriva de la interpretación literal del artículo 30 de la Ley 393 de 1997 sino de la hermenéutica teleológica de la misma, comoquiera que dicha autorización no puede ser entendida de tal manera que le reste eficacia a su naturaleza de acción pública (artículo 2º de la Ley 393 de 1997). Evidentemente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, la condena en costas no sólo podría imponerse al demandado sino también al demandante vencido en el proceso, lo cual podría impedir el ejercicio informal y público de esta acción. Por ejemplo, el numeral 3º de esa norma procesal civil señala que procede "en la sentencia de segundo grado que confirme en todas sus partes la del inferior, se condenará al recurrente en las costas de la segunda instancia". Ello muestra que la condena en costas en esta acción pública podría limitar su eficacia y, al mismo tiempo, impondría una carga desproporcionada a las partes que no requieren ser abogados para defender sus intereses en el proceso.

Así las cosas, se considera que a pesar de que el artículo 21, numeral 7º, de la Ley 393 de 1997 autoriza la condena en costas en la acción de cumplimiento esa decisión es excepcional porque está limitada al hecho de que "hubiere lugar" a ella. Entonces, esa expresión debe ser entendida de manera estricta, de acuerdo con los principios de eficacia e informalidad de la acción de cumplimiento y con su naturaleza de acción pública.

Por lo expuesto en precedencia, se concluye que para que proceda la condena en costas a la parte vencida en las acciones de cumplimiento es necesario no sólo que se demuestre que con ocasión del proceso se causaron gastos, tal y como lo señala el artículo 393 del Código de Procedimiento Civil, sino lo siguiente: si se trata de condenar al demandante porque fue vencido en el proceso debe demostrarse que actuó de mala fe, o abusó del ejercicio de los derechos procesales, u obró con temeridad en sus pretensiones. Pero, si se trata de condenar al demandado, como parte vencida en el proceso, además de la prueba de los gastos, deberá demostrarse su mala fe, su arbitrariedad o la obstinada renuencia al cumplimiento de la norma o del acto administrativo que es objeto del proceso. En otras palabras, en este último caso, procede la condena en costas en contra del demandado vencido en el proceso cuando su omisión obligó al demandante a interponer la acción de cumplimiento y era evidente que su negativa a cumplir con el deber jurídico impuesto se producía por una decisión arbitraria u obstinada de éste". (Negrillas de la Sala). En este orden de ideas, pese a que el artículo 21 de la Ley 393 de 1997 y el artículo 188 del CPACA autorizan la condena en costas en la acción de cumplimiento, este Despacho, para el caso concreto, se acoge a lo dispuesto en la jurisprudencia transcrita, en el sentido de que la misma, en tratándose de la acción objeto de decisión, sólo procede en casos excepcionales, y la acción impetrada reviste la naturaleza de ser constitucional y, en este sentido, ostenta un carácter especial y particular, por lo que a consideración de este fallador no se presentan ese tipo de circunstancias excepcionales para que se aplique tal condena, por

lo tanto y conforme con lo expuesto no se condenará en costas en esta instancia procesal.

(Se subraya)

En este orden de ideas, pese a que el artículo 21 de la Ley 393 de 1997 y el artículo 188 del CPACA autorizan la condena en costas en la acción de cumplimiento, la Sala, para el caso concreto, se acoge a lo dispuesto en la jurisprudencia transcrita, en el sentido de que la misma, en tratándose de la acción objeto de decisión, sólo procede en casos excepcionales, y la acción impetrada reviste la naturaleza de ser constitucional y, en este sentido, ostenta un carácter especial y particular, por lo que a consideración de este fallador no se presentan ese tipo de circunstancias excepcionales para que se aplique tal condena, por lo tanto y conforme con lo expuesto no se condenará en costas en esta instancia procesal.

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,

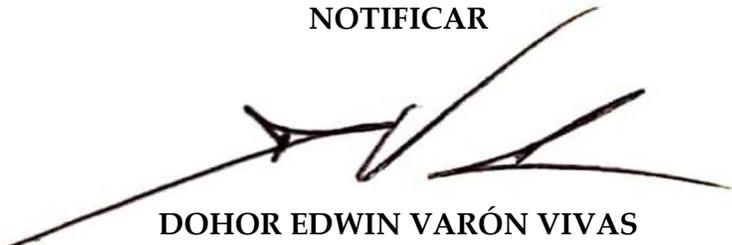
FALLA

PRIMERO: NIÉGANSE las pretensiones formuladas por la parte actora dentro del medio de control de cumplimiento de normas con fuerza material de ley o actos administrativos promovido por Juan Pablo Murcia Marín contra la Caja Promotora de Vivienda Militar y de Policía (CajaHonor).

SEGUNDO: SIN COSTAS.

TERCERO: EJECUTORIADA la presente providencia, DEVUÉLVANSE los remanentes, si los hubiere, a la parte interesada y ARCHÍVESE el expediente, previas las anotaciones en el sistema Justicia Siglo XXI. Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 036 de 2020.

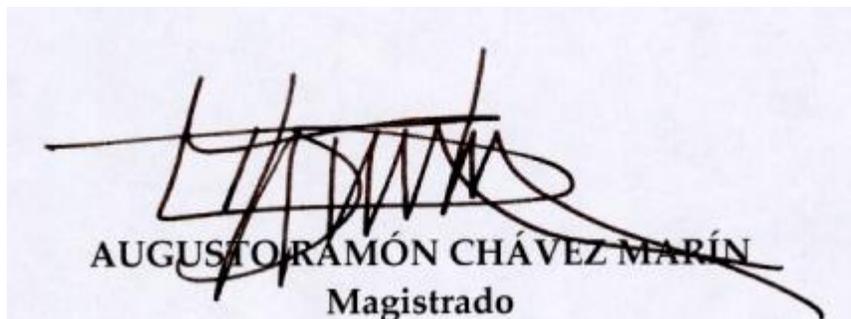
NOTIFICAR



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. 280

Manizales, veintiuno (21) de agosto de dos mil veinte (2020)

Radicado: 17-001-33-39-007-2017-00499-02
Naturaleza: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Gloria Inés Carmona Quintero
Demandados: Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Se emite fallo con ocasión al recurso apelación impetrado por la demandante contra la sentencia que denegó sus pretensiones.

I. Antecedentes

1. Pretensiones

La parte demandante solicita en síntesis, se declare la nulidad de la Resolución 5328-6 del 14 de julio de 2017 expedido por la Secretaria de Educación del departamento de Caldas por medio del cual se negó el reconocimiento y pago de “la prima 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 depreca 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

La demandante fue nombrada docente nacionalizada mediante Decreto 0631 de 2 de julio de 1982 expedido por el departamento de Caldas, tomando posesión del cargo el 12 de julio de 1982. Que por cumplimiento de los requisitos pertinentes le fue reconocida una pensión de jubilación mediante la Resolución 5518-6 del 25 de julio de 2013, prestación que fue otorgada con efectos a partir del 1 de noviembre de 2012.

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** se opuso a las pretensiones de la demanda, manifestó y argumentó que no tiene obligación alguna de pagar la mesada adicional catorce. En cuanto a los hechos señaló que no le constan los detalles de la relación y circunstancias laborales descritas, toda vez que no fungió como uno de los extremos de dicha relación y expuso que la entidad representada no es la entidad competente para receptor solicitudes por prestaciones sociales.

Como medios exceptivos planteó: *“Ineptitud sustancial de la demanda por falta de legitimación en la causa por pasiva de la Nación- Ministerio de Educación Nacional”*; *“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”*, considera que vincular a la Nación- Ministerio de Educación Nacional, es darle un carácter paternalista al proceso, que logra un desgaste procesal que en debida forma no debería soportar la Nación, como quiera que no interviene en el trámite de reconocimiento y pago de la prestación; *“Inexistencia de la obligación demandada por inexistencia de causa jurídica”* enfatiza que al demandante no le asiste derecho a reclamar reliquidación de la pensión de jubilación con inclusión de la prima de servicios como factor base de liquidación como quiera que el Consejo de Estado en sentencia de unificación no creó dicho factor salarial a favor de los docentes; *“Prescripción”* Solicita sea declarada la prescripción de aquellos derechos económicos reclamados, que superen el lapso de los 3 años desde que se hizo exigible la obligación ; *“Buena fe”* aduciendo que no ha obrado con el ánimo desconocer los derechos prestacionales del demandante sino con estricto apego a la ley aplicable al caso.

5. Sentencia de primera instancia (fls. 84-90, C.1).

El *a quo* negó las pretensiones de la demandante y la condenó en costas, al señalar en síntesis que, 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 con posterioridad al 31 de julio de 2011 concluyó que no cuenta con derecho al pago de la mesada adicional que

reclama.

6. Recurso de apelación (fls. 97-104, 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.

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 más 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

- La accionante fue nombrada docente mediante Decreto 0631 de 2 de julio de 1982 expedido por el departamento de Caldas, tomando posesión del cargo el 12 de julio de 1982 (fls. 18-19, cdo. 1).
- La Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en nombre y representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación a la demandante, mediante la Resolución 5518-6 del 25 de julio de 2013, prestación que fue otorgada con efectos a partir del 1 de noviembre de 2012 (fl. 20-21, cdo. 1).
- La Secretaría de Educación del Departamento de Caldas a través de la Resolución 5328-6 del 14 de julio de 2017 negó la solicitud de reconocimiento y pago de “*la prima de mitad de año*” establecida en el numeral 2° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989. (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 más 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 República, 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 más 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 más 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 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 más 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 más 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.

Además, 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 1º de noviembre de 2012, 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.

En este sentido se pronunció el Consejo de Estado en sentencia del 20 de noviembre de 2019¹, al señalar:

“En tales términos, frente a la regla general de que el pensionado reciba 13 mesadas, excepcionalmente podría tener acceso a una mesada 14 si se cumplen los requisitos sobre cuantía, es decir, que sea menor o igual a 3 S.M.L.M., y que su causación sea anterior al 31 de julio de 2011.

En consecuencia, es viable sostener que la mesada 14 contenida en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, en la actualidad tiene una vigencia temporal limitada y unas condiciones que reducen su ámbito de aplicación personal en relación con los pensionados que tienen derecho a su reconocimiento y pago.

En efecto, como se ha dicho, su vigencia se extiende por regla general para aquellas personas cuyo derecho pensional se haya causado hasta el 25 de julio de 2005, y de manera excepcional, a favor de los pensionados que adquirieron su derecho antes del 31 de julio de 2011 y cuya cuantía pensional sea igual o inferior a 3 SMLMV.

Por tal razón, no resulta procedente el reconocimiento de la mesada catorce quienes adquieran el derecho a la pensión con posterioridad al 25 de julio del 2005, cuando la cuantía supere los 3 SMMLV, ni quienes lo causen después del 31 de julio del 2011, cualquiera que sea el valor de la mesada respectiva.”

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

¹ Sección Segunda. Subsección “A”. C.P.: Gabriel Valbuena Hernández. Radicación: 05001-23-31-000-2011-01441-01(0118-14).

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).

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

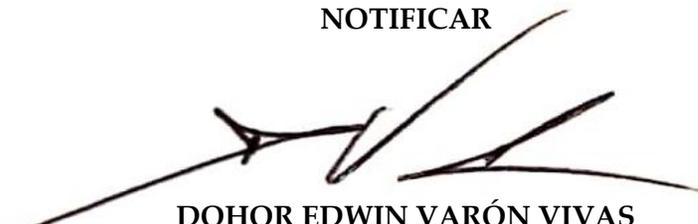
PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia proferida el 17 de septiembre de 2019 por el Juzgado Séptimo Administrativo de Manizales, que no accedió a las pretensiones de la demanda en el proceso instaurado por Gloria Inés Carmona Quintero en contra de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones 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).

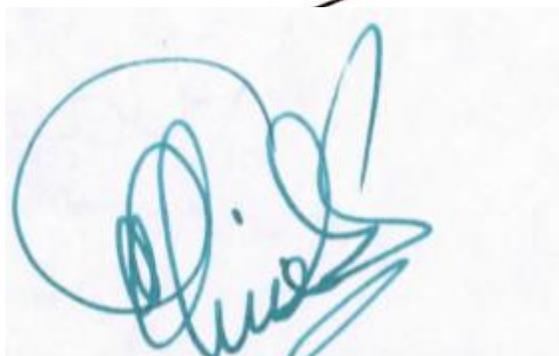
TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa “Justicia Siglo XXI”.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 036 de 2020.

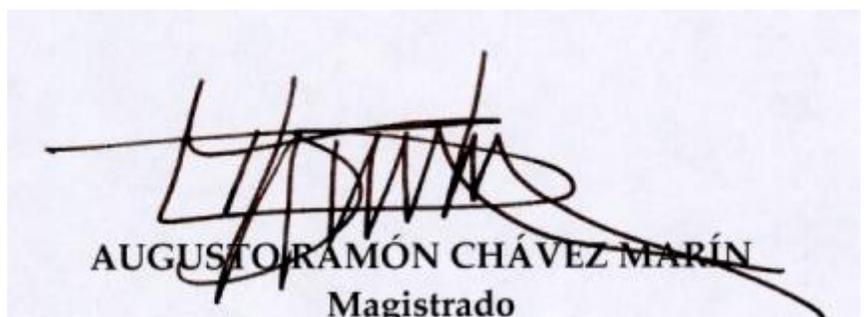
NOTIFICAR



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. 282

Manizales, veintiuno (21) de agosto de dos mil veinte (2020)

Radicado: 17-001-33-33-004-2018-00021-02
Naturaleza: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Luz Amparo Ceballos Baena
Demandados: Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Se emite fallo con ocasión al recurso apelación impetrado por la demandante contra la sentencia que denegó sus pretensiones.

I. Antecedentes

1. Pretensiones

La parte demandante solicita en síntesis, se declare la nulidad de la Resolución 5629-6 del 26 de julio de 2017 expedido por la Secretaria de Educación del departamento de Caldas por medio del cual se negó el reconocimiento y pago de “la prima 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 depreca 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

La demandante fue nombrada docente nacional mediante Decreto 006-E de 28 de enero de 1992 expedido por el departamento de Caldas, tomando posesión del cargo el 1 de febrero de 1992. Que por cumplimiento de los requisitos pertinentes le fue reconocida una pensión de jubilación mediante la Resolución 7122 del 19 de diciembre de 2012, prestación que fue otorgada con efectos a partir del 3 de febrero de 2012.

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 se opuso a las pretensiones de la demanda, manifestó y argumentó que no tiene obligación alguna de pagar la mesada adicional catorce. En cuanto a los hechos señaló que no le constan los detalles de la relación y circunstancias laborales descritas, toda vez que no fungió como uno de los extremos de dicha relación y expuso que la entidad representada no es la entidad competente para receptor solicitudes por prestaciones sociales.

Como medios exceptivos planteó: *“Ineptitud sustancial de la demanda por falta de legitimación en la causa por pasiva de la Nación- Ministerio de Educación Nacional”*; *“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”*, considera que vincular a la Nación- Ministerio de Educación Nacional, es darle un carácter paternalista al proceso, que logra un desgaste procesal que en debida forma no debería soportar la Nación, como quiera que no interviene en el trámite de reconocimiento y pago de la prestación; *“Caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho”* Teniendo en cuenta que la demanda se presentó transcurridos más de 4 meses desde la expedición del acto administrativo; *“Prescripción”* Solicita sea declarada la prescripción de aquellos derechos económicos reclamados, que superen el lapso de los 3 años desde que se hizo exigible la obligación ; *“Detrimento patrimonial al Estado”* argumentando que en caso de fallar a favor las pretensiones sí señoría generaría un grave daño patrimonial; *“Buena fe”* aduciendo que no ha obrado con el ánimo desconocer los derechos prestacionales del demandante sino con estricto apego a la ley aplicable al caso.

5. Sentencia de primera instancia (fls. 87-98, C.1).

El *a quo* negó las pretensiones de la demandante y la condenó en costas, al señalar en síntesis que, 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 con posterioridad al 31 de julio de 2011 concluyó que no cuenta con derecho al pago de la mesada adicional que

reclama.

6. Recurso de apelación (fls. 121-128, 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.

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

- La accionante fue nombrada docente mediante Decreto 006-E de 28 de enero de 1992 expedido por el departamento de Caldas, tomando posesión del cargo el 1 de febrero de 1992 (fls. 16-18, cdo. 1).
- La Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en nombre y representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación a la demandante, mediante la Resolución 7122 del 19 de diciembre de 2012, prestación que fue otorgada con efectos a partir del 3 de febrero de 2012 (fl. 19-20, cdo. 1).
- La Secretaría de Educación del Departamento de Caldas a través de la Resolución 5629-6 del 26 de julio de 2017 negó la solicitud de reconocimiento y pago de “*la prima de mitad de año*” establecida en el numeral 2° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989. (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 más 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 República, 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 más 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 más 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 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 más 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 más 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.

Además, 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 3 de febrero de 2012, data para la cual sin excepción había fenecido la posibilidad de causar pensiones que devengaran más de 13 mesadas pensionales al año, se reitera, por expresa prohibición constitucional en tal sentido.

En este sentido se pronunció el Consejo de Estado en sentencia del 20 de noviembre de 2019¹, al señalar:

"En tales términos, frente a la regla general de que el pensionado reciba 13 mesadas, excepcionalmente podría tener acceso a una mesada 14 si se cumplen los requisitos sobre cuantía, es decir, que sea menor o igual a 3 S.M.L.M., y que su causación sea anterior al 31 de julio de 2011.

En consecuencia, es viable sostener que la mesada 14 contenida en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, en la actualidad tiene una vigencia temporal limitada y unas condiciones que reducen su ámbito de aplicación personal en relación con los pensionados que tienen derecho a su reconocimiento y pago.

En efecto, como se ha dicho, su vigencia se extiende por regla general para aquellas personas cuyo derecho pensional se haya causado hasta el 25 de julio de 2005, y de manera excepcional, a favor de los pensionados que adquirieron su derecho antes del 31 de julio de 2011 y cuya cuantía pensional sea igual o inferior a 3 SMLMV.

Por tal razón, no resulta procedente el reconocimiento de la mesada catorce quienes adquieran el derecho a la pensión con posterioridad al 25 de julio del 2005, cuando la cuantía supere los 3 SMMLV, ni quienes lo causen después del 31 de julio del 2011, cualquiera que sea el valor de la mesada respectiva."

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

¹ Sección Segunda. Subsección "A". C.P.: Gabriel Valbuena Hernández. Radicación: 05001-23-31-000-2011-01441-01(0118-14).

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).

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

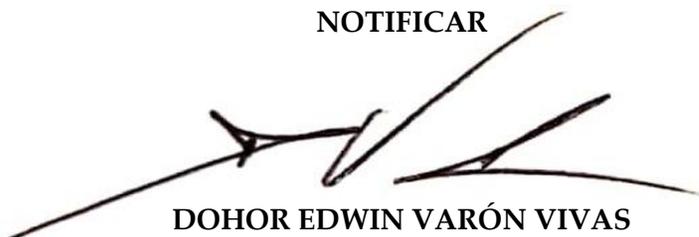
PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia proferida el 11 de junio de 2019 por el Juzgado Cuarto Administrativo de Manizales, no que accedió a las pretensiones de la demandante en el proceso instaurado por Luz Amparo Ceballos Baena en contra de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones 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).

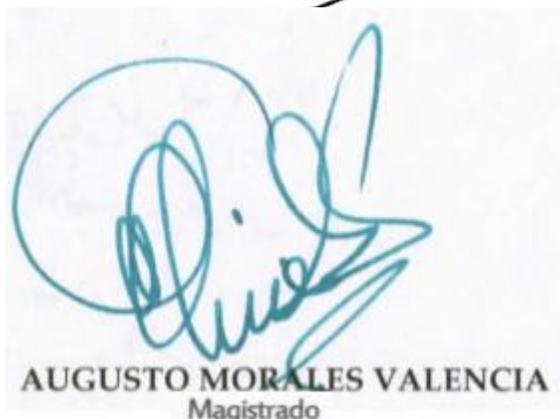
TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa “Justicia Siglo XXI”.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 036 de 2020.

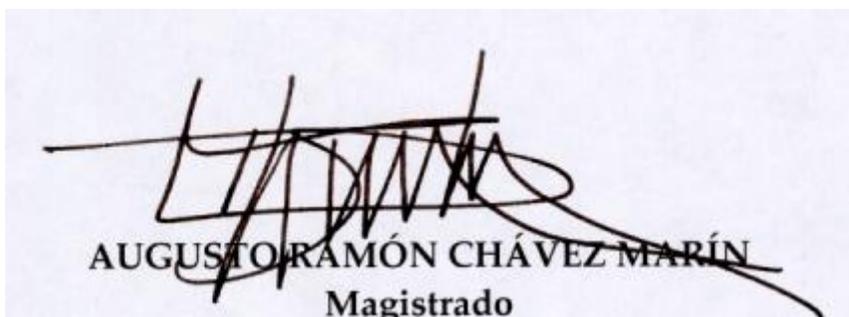
NOTIFICAR



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. 283

Manizales, veintiuno (21) agosto de dos mil veinte (2020)

Radicado: 17-001-33-33-006-2018-00007-02
Naturaleza: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Cecilia Pineda Isaza
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

La parte demandante solicita en síntesis, se declare la nulidad de la Resolución 5329-6 del 14 de julio de 2017 expedido por la Secretaria de Educación del departamento de Caldas por medio del cual se negó el reconocimiento y pago de *“la prima 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

La demandante fue nombrada docente nacionalizada mediante Decreto 0877 de 13 de junio de 1986 expedido por el departamento de Caldas, tomando posesión del cargo el 15 de julio de 1986. Que por cumplimiento de los requisitos pertinentes le fue reconocida una pensión de jubilación mediante la Resolución 0201-6 del 14 de enero de 2014, prestación que fue otorgada con efectos a partir del 18 de agosto de 2013.

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 se opuso a las pretensiones de la demanda, 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-.

En cuanto a los hechos señaló que no le constan los detalles de la relación y circunstancias laborales descritas, toda vez que no fungió como uno de los extremos de dicha relación y expuso que la entidad representada no es la entidad competente para receptor solicitudes por prestaciones sociales.

Como medios exceptivos planteó: *“Ineptitud sustancial de la demanda por falta de legitimación en la causa por pasiva de la Nación- Ministerio de Educación Nacional”*; *“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”*, considera que vincular a la Nación- Ministerio de Educación Nacional, es darle un carácter paternalista al proceso, que logra un desgaste procesal que en debida forma no debería soportar la Nación, como quiera que no interviene en el trámite de reconocimiento y pago de la prestación; *“Inexistencia de la obligación demandada por inexistencia de causa jurídica”* enfatiza que al demandante no le asiste derecho a reclamar reliquidación de la pensión de jubilación con inclusión de la prima de servicios como factor base de liquidación como quiera que el Consejo de Estado en sentencia de unificación no creó dicho factor salarial a favor de los docentes; *“Prescripción”* Solicita sea declarada la prescripción de aquellos derechos económicos reclamados, que superen el lapso de los 3 años desde que se hizo exigible la obligación ; *“Buena fe”* aduciendo que no ha obrado con el ánimo desconocer los derechos prestacionales del demandante sino con estricto apego a la ley aplicable al caso.

El **departamento de Caldas** 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 IPC; 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.

Como medios exceptivos planteó: “*falta de legitimación en la causa por pasiva*”, “*inexistencia de la obligación con fundamento en la ley*” señalando que, el competente para resolver las solicitudes sobre prestaciones red recae en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y no en la Secretaría de educación departamental y “*prescripción*” En el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 y el Decreto 3115 de 1965.

5. Sentencia de primera instancia (fls. 130-139, C.1).

El *a quo* negó las pretensiones de la demandante y la condenó en costas, al señalar en síntesis que, 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 con posterioridad al 31 de julio de 2011 concluyó que no cuenta con derecho al pago de la mesada adicional que reclama.

6. Recurso de apelación (fls. 143-149, 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. 8-10, 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. 11-19, 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 más 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 más 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

- La accionante fue nombrada docente mediante Decreto 0877 de 13 de junio de 1986 expedido por el departamento de Caldas, tomando posesión del cargo el 15 de julio de

1986 (fls. 16-19, cdo. 1).

- La Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en nombre y representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación a la demandante, mediante la Resolución 0201-6 del 14 de enero de 2014, prestación que fue otorgada con efectos a partir del 18 de agosto de 2013. (fl. 18-19, cdo. 1).
- La Secretaría de Educación del Departamento de Caldas a través de la Resolución 5329-6 del 14 de julio de 2017 negó la solicitud de reconocimiento y pago de “la prima de mitad de año” establecida en el numeral 2° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989. (fl. 28, 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 más 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 más 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 más 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 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 más 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 más 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.

Además, 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 1° de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1° de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional. «...»* (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 18 de agosto de 2013, 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.

En este sentido se pronunció el Consejo de Estado en sentencia del 20 de noviembre de 2019¹, al señalar:

¹ Sección Segunda. Subsección “A”. C.P.: Gabriel Valbuena Hernández. Radicación: 05001-23-31-000-2011-01441-01(0118-14).

“En tales términos, frente a la regla general de que el pensionado reciba 13 mesadas, excepcionalmente podría tener acceso a una mesada 14 si se cumplen los requisitos sobre cuantía, es decir, que sea menor o igual a 3 S.M.L.M., y que su causación sea anterior al 31 de julio de 2011.

En consecuencia, es viable sostener que la mesada 14 contenida en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, en la actualidad tiene una vigencia temporal limitada y unas condiciones que reducen su ámbito de aplicación personal en relación con los pensionados que tienen derecho a su reconocimiento y pago.

En efecto, como se ha dicho, su vigencia se extiende por regla general para aquellas personas cuyo derecho pensional se haya causado hasta el 25 de julio de 2005, y de manera excepcional, a favor de los pensionados que adquirieron su derecho antes del 31 de julio de 2011 y cuya cuantía pensional sea igual o inferior a 3 SMLMV.

Por tal razón, no resulta procedente el reconocimiento de la mesada catorce quienes adquieran el derecho a la pensión con posterioridad al 25 de julio del 2005, cuando la cuantía supere los 3 SMMLV, ni quienes lo causen después del 31 de julio del 2011, cualquiera que sea el valor de la mesada respectiva.”

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 habersele resuelto desfavorablemente el recurso de apelación interpuesto y por haberse confirmado la providencia recurrida. Se fijarán agencias por la suma de Trescientos Cincuenta Mil Pesos (\$350.000) al haberse constatado la actuación del apoderado judicial de La 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

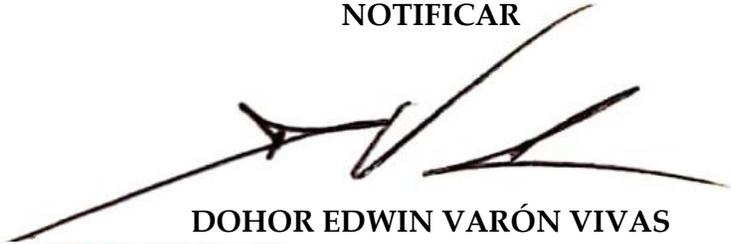
PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia proferida el 28 de junio de 2019 por el Juzgado Sexto Administrativo de Manizales, no que accedió a las pretensiones de la demanda en el proceso instaurado por María Judith Henao Rincón en contra de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el departamento de Caldas.

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).

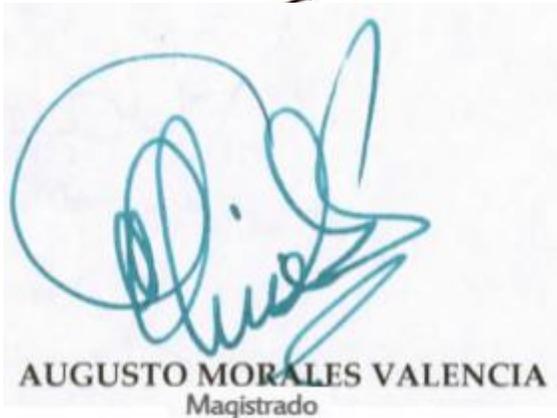
TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa “Justicia Siglo XXI”.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 036 de 2020.

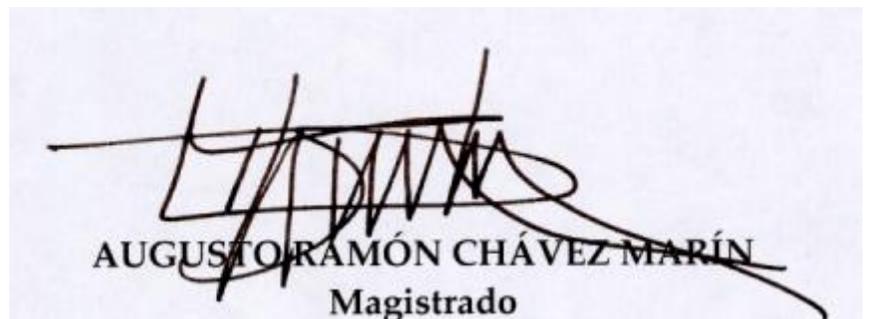
NOTIFICAR



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. 284

Manizales, veintiuno (21) de agosto de dos mil veinte (2020).

Radicado: 17001-33-33-003-2017-00002-02
Naturaleza: Protección de derechos e intereses colectivos
Demandante: Enrique Arbeláez Mutis
Coadyuvantes: Jorge Hernán Blandón Ramírez¹
Demandado: Municipio de Manizales
Vinculados: Nación – Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio
Junta de Acción Comunal Barrio Minitas

Se emite fallo de segunda instancia con ocasión del recurso de apelación propuesto contra la sentencia del 29 de octubre de 2019 proferida por el Juzgado Tercero Administrativo de Manizales, mediante la cual se declaró la vulneración del derecho colectivo “*a la defensa del patrimonio público*” y se profirieron órdenes para su protección.

I. ANTECEDENTES

1.1. Pretensiones

Se solicita en la demanda amparar los derechos colectivos que vienen siendo vulnerados por la entidad accionada y en consecuencia se ordene adoptar las medidas necesarias para que cese su vulneración, saneando y legalizando en debida forma (ficha catastral, predial y ocupaciones) del inmueble ubicado en la Carrera 11c # 62-18 de Manizales y se disponga su entrega en comodato a la Junta de Acción Comunal – en adelante JAC) de los barrios Minitas, Viveros y Toscana como se ha venido haciendo años atrás.

1.2. Sustento Fáctico Relevante.

Manifestó el accionante que, el anterior presidente de la JAC del barrio Minitas se encuentra explotando económicamente el inmueble ubicado en la Carrera 11c # 62-18 de Manizales, dado en comodato por el municipio de Manizales a la JAC de dicho barrio; esto por cuanto al momento de hacer entrega a la nueva administración no

¹ Quien solicitó coadyuvancia de la parte demandada, siendo aceptada por el *A quo* (fls. 117, 118 y 121, cdo. 1).

entregó llaves, cuentas o informes sobre dicho bien, el cual advierte fue arrendado -2 locales- a un gimnasio y un taller de motos.

Igualmente, advierte que el mismo ha venido siendo explotado por la fundación “Comité Ecoturístico Cerro de Oro”, la cual es dirigida por la hija del anterior presidente de la JAC del barrio Minitas.

Finalmente señala que, en el referido inmueble actualmente se reciben facturas de impuesto predial que ascienden a cerca de \$ 60.000.000.

1.3. Derechos colectivos invocados y fundamentos de derecho

Sobre el particular la parte actora se limitó a señalar que a su juicio el derecho colectivo vulnerado o en riesgo es “*la moralidad administrativa*”.

1.4. Pronunciamiento frente a la demanda

El **Municipio de Manizales** aclaró que el inmueble objeto de discusión se trata de 2 construcciones -divididas por un muro- que comparten una misma matrícula inmobiliaria, ficha catastral y escritura. Así, indicó que, respecto de la primera de ellas es cierto que el municipio de Manizales ha suscrito contratos de comodato desde el año 2004 con la JAL del barrio Minitas, estando vigente dicha cesión hasta el año 2021.

Resaltó que los inconvenientes descritos por el accionante hacen referencia a la segunda, la cual pertenece al extinto Instituto de Crédito Territorial cuyos bienes al momento de su liquidación pasaron a ser manejados por el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio.

Que el ente territorial ha venido adelantado gestiones ante el referido ente ministerial para la cesión del inmueble al municipio de Manizales en los términos de la Ley 708 de 2001, lo cual no ha sido realizado por la deuda que por concepto de impuesto predial actualmente recae sobre el bien.

El **Ministerio de Vivienda** -quien fue vinculado al asunto tras la contestación dada por el municipio de Manizales- manifestó que no se agotó el requisito de procedibilidad para la interposición del presente medio de control, pues nunca se le ha requerido por la vulneración de derechos colectivos que alega la parte actora.

Señaló que el predio identificado con ficha catastral No. 01-01-0052-0017-000 hace parte de sus activos pendientes o sujetos a saneamiento predial, empero que, dicho inmueble no se encontraba agendado para verificación y seguimiento, por lo cual en atención a la presente acción popular el ente ministerial procederá a iniciar de manera inmediata el saneamiento técnico y jurídico de dicho inmueble, el cual será objeto de la cesión dispuesta por Ley 708 de 2001 en caso de que se trate de un activo no

comerciable, pues de lo contrario será objeto de venta en los términos del artículo 163 de la Ley 1753 de 2015.

La **Junta de Acción Comunal Barrio Minitas** manifestó estar de acuerdo con las pretensiones del actor popular, secundado lo relatado sobre la explotación del inmueble objeto de controversia por parte del anterior presidente de la JAL quien no hizo entrega de este al momento del empalme con la nueva presidencia.

1.5. Providencia impugnada

El *a quo* declaró la existencia de vulneración al derecho colectivo “a la defensa del patrimonio público” y profirió las siguientes órdenes para su protección:

“QUINTO. - ORDÉNESE al Ministerio De Vivienda, Ciudad y Territorio, al Municipio de Manizales, al ciudadano Jorge Hernán Blandón Ramírez y a la actual Junta de Acción Comunal del Barrio Minitas de la ciudad de Manizales a través de su presidente, cumplir con las siguientes órdenes en protección del derecho colectivo a la protección y la defensa del patrimonio público:

- a) *Se ordena que la materialización de la transferencia jurídica del bien inmueble ubicado en la Carrera 11 No 62-18 del barrio Minitas de la Ciudad de Manizales, e identificado con matrícula inmobiliario No. 100-139835, que pasará del Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio al dominio del Municipio de Manizales, se realice en un plazo máximo de 180 días, contados a partir de la notificación de la presente decisión.*
- b) *Para el proceso de transferencia del bien descrito, del MINISTERIO DE VIVIENDA, CIUDAD Y TERRITORIO, actuará en coordinación con el MUNICIPIO DE MANIZALES, dejando saneado cualquier tipo de deuda y gravamen que recaiga sobre el inmueble.*
- c) *Se ordena al señor JORGE HERNÁN BLANDÓN RAMÍREZ a restituir de inmediato a la Junta de Acción Comunal del Barrio Minitas, el inmueble ubicado en la Carrera 11 No. 62-18 del barrio Minitas de la Ciudad de Manizales, identificado con Número de matrícula inmobiliaria 100-1 39835.*
- d) *Se le ordena al ciudadano JORGE HERNÁN BLANDÓN RAMÍREZ, rendir un informe pormenorizado de la situación del bien inmueble ubicado en la Carrera 11 No. 62-18 del barrio Minitas de la Ciudad de Manizales, e identificado con Número de matrícula inmobiliaria No. 100-139835, en el cual describa las condiciones generales, jurídicas, financieras y administrativas del bien objeto de la presente acción popular y además precise:*
 1. *El monto de los cánones de arrendamiento que generan los locales comerciales ubicados en el primer piso de la edificación,*
 2. *Las fechas en las cuales ha recibido los dineros producto de los contratos de arrendamiento suscritos respecto de los dos locales comerciales*

del inmueble, 3. El nombre de quienes realizan los pagos por concepto de cánones de arrendamiento, 4. La destinación final de dichos valores y 5. Aporte los contratos de arrendamiento suscritos.

- e) *Se le ordena al ciudadano JORGE HERNÁN BLANDÓN RAMÍREZ, que de manera inmediata, contacte a los arrendatarios de los locales comerciales del bien inmueble objeto de la presente acción popular, y les indique que desde la fecha en que se pronuncia la presente sentencia, deben hacer entrega de los cánones de arrendamiento pactados, a la Junta de Acción Comunal del Barrio Minitas de la Ciudad de Manizales, en cabeza de su presidente Yamile Cuervo Morales.*
- f) *Se le ordena a la señora YAMILE CUERVO MORALES [presidenta actual de la JAC Barrio Minitas], velar de manera provisional por el correcto manejo de los dineros provenientes de los cánones de arrendamiento que produzcan los dos locales comerciales ubicados en el primer piso del bien inmueble ubicado en la Carrera 11 No. 62-18 del barrio Minitas de la Ciudad de Manizales identificado con Número de matrícula inmobiliaria 100-139835 hasta que se regularice la situación jurídico-administrativa del inmueble por parte del Municipio de Manizales, entidad a la cual deberá rendir informe de su gestión.*
- g) *El MUNICIPIO DE MANIZALES en coordinación con la JUNTA DE ACCIÓN COMUNAL DEL BARRIO MINITAS adelantarán todas las gestiones necesarias ante la inspección de policía correspondiente, para que el proceso de recuperación del bien inmueble objeto de litigio se adelante lo más pronto posible.*
- h) *Se ordena al MUNICIPIO DE MANIZALES que de manera inmediata y a través de Inspección de policía, realice la entrega provisional del inmueble ubicado en la Carrera 11 No 62-18, identificado con matrícula inmobiliaria No. 100_139835, a la Junta de Acción Comunal del barrio Minitas de Manizales.”*

Como sustento de sus decisiones, analizó el alcance de los derechos colectivos invocados, así como la normatividad y antecedentes jurisprudenciales pertinente concluyendo que no se observa una vulneración al derecho colectivo a la moralidad administrativa invocado por la parte actora, pero si al derecho colectivo a “*la defensa del patrimonio público*”.

En ese sentido, mencionó que no existen dudas sobre la naturaleza del bien objeto de controversia “*de uso público*”, razón por la cual no puede continuarse con su explotación por parte de un particular.

1.6. Impugnación del fallo

El **municipio de Manizales** se opuso a lo dispuesto por los literal d), e), f) y h) del ordinal quinto de la sentencia, al considerar que el *a quo* dispuso la cesión y restitución del inmueble, pero de forma contradictoria avaló su utilización por parte de

particulares, imponiendo al municipio hacer cobros que no esta en condiciones de recibir, tales como arrendamientos.

Advirtió que, tras el pago de los valores adeudados por concepto de impuesto predial, el Ministerio de Vivienda realizó la trasferencia del bien al municipio de Manizales, empero con la condición resolutoria de que este sea destinado como “*casa de cultura y centro integral de servicios comunitarios hasta por cinco (5) años ...*”, lo cual reñiría con la explotación de este con establecimientos comerciales que fue avalada por el fallo.

Igualmente se opuso a la orden consistente en que el inmueble sea obligatoriamente asignado a la JAC del barrio Minitas, pues el municipio tiene unos requisitos para la entrega de este tipo de bienes en comodato, para lo cual deben efectuarse los estudios pertinentes.

Por lo anterior, solicitó que se revoque parcialmente la sentencia para en su lugar disponer la restitución absoluta del inmueble al ente territorial incluidos los locales comerciales y la disposición de los dineros recaudados por concepto de cánones de arrendamiento para ser invertidos en el mismo inmueble o en actividades comunitarias por una sola vez.

II. CONSIDERACIONES

2.1. Problema jurídico

De conformidad con lo expuesto en el recurso de apelación, se centra en establecer: *¿Debe modificarse el fallo objeto de apelación en pro de ordenar la entrega incondicionada del inmueble ubicado en la Carrera 11c # 62-18 incluidos los locales comerciales a favor del municipio de Manizales?*

Para efectos de resolver el cuestionamiento planteado se analizarán: a) las facultades del Juez para determinar las medidas necesarias para la protección de derechos colectivos, para descender al b) caso concreto.

2.2. Facultades del Juez para determinar las medidas de protección de derechos colectivos

Tratándose del alcance de las órdenes impartidas en una sentencia donde lo discutido es la protección de los derechos e intereses colectivos, es preciso destacar que el Consejo de Estado ha señalado²:

“Es de recordarse que las órdenes emanadas del juez popular no obedecen a su capricho,

² Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 16 de marzo de 2012. Radicación 88001-23-31-000-2010-00071 01. Actor: Jaime Miguel Torres Padilla.

sino a que con su oportuno cumplimiento se protejan los derechos colectivos que se encuentran amenazados o conculcados, siendo esta la única finalidad de esta acción constitucional, pues esta corporación ha sido clara en precisar que compete al juez popular impartir las ordenes adecuadas con el fin de proteger los derechos colectivos vulnerados.

"(...) Conviene recordar que en tratándose de acciones constitucionales como la presente, al fallador le compete proferir la orden que dentro de la razonabilidad fáctica, probatoria, constitucional y legal, resulte adecuada para proteger el derecho o el interés colectivo amenazado o vulnerado (art. 34 Ley 472 de 1998), lo que en modo alguno le impone la obligación invariable de proferir la propuesta por el demandante, aunque pueden resultar semejantes". (Resaltado fuera de texto)

Por su parte, la Corte Constitucional en Sentencia T-443 de 2013³, al referirse a los poderes del juez popular, consideró:

"En efecto, se debe tener en cuenta que las acciones populares poseen una estructura especial que las diferencia de los demás procesos litigiosos, en cuanto son un mecanismo de protección de los derechos colectivos, radicados para efectos del reclamo judicial en cabeza de quien actúa a nombre de la sociedad, pero de los que al mismo tiempo son titulares cada uno de los miembros que forman la parte demandante de la acción judicial.

En consecuencia, como director del proceso, el juez puede conminar, exhortar, recomendar o prevenir, a fin de evitar una eventual vulneración o poner fin a una afectación actual de los derechos colectivos que se pretenden proteger, sin que tal decisión constituya un capricho del juez constitucional.⁴Es así como, un elemento esencial de las acciones populares es el carácter oficioso con que debe actuar el juez, sus amplios poderes y con miras a la defensa de los derechos colectivos.

Así, se ha establecido⁵ que es propio del juez de acción popular quien debe amparar los derechos yendo incluso más allá de lo pedido por el actor, pues el fin último de este mecanismo no es proteger al demandante, sino resguardar a la comunidad que resulta afectada; debe recordarse que el titular de los derechos colectivos es toda la colectividad, y que tales derechos guardan una relación estrecha con otros derechos como la vida y la salud respecto de los cuales existe consenso sobre su naturaleza fundamental. Por tal motivo el juez de la acción popular, como garante de los derechos constitucionales colectivos puede, cuando resulte necesario, proferir fallos ultra y extra petita. Por ejemplo, como ha resaltado Consejo de Estado, (...) es viable que se

³ Magistrado ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁴ Cita de cita: Al respecto, ver: Consejo de Estado, Sección Primera, Auto de 5 de julio de 2007, Consejero Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Exp: (AP) 25000-23-24-000-2003-00238-01.

⁵ Cita de cita: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 9 de agosto de 2012. Consejero ponente (E): Marco Antonio Velilla Moreno. Radicación número: 73001-23-31-000-2010-00472-01(AP).

tengan en cuenta hechos distintos a los que aparecen en la demanda, siempre que la conducta que se persiga sea la misma que la parte actora indicó como trasgresora en la demanda. En ese orden de ideas, la sentencia debe ser coherente con la conducta vulneradora imputada en el escrito de la demanda⁶.

En síntesis, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reconocido que el juez de acción popular, al declarar la vulneración de los derechos colectivos y protegerlos, puede ordenar remedios que excedan las pretensiones presentadas por el actor popular en la demanda siempre que resulte necesario. En este sentido, en razón a la obligación positiva en cabeza del juez de proteger los derechos colectivos, si en curso del proceso se encuentra probada una circunstancia que vulnera los derechos colectivos y que no fue alegada por el demandante, el juez está facultado para proferir fallos ultra petita y extra petita...". (Resaltado fuera de texto)

En este orden de ideas, el Juez en sede popular cuenta con la facultad para impartir órdenes a fin de lograr la efectiva protección de los derechos colectivos invocados, pero bajo criterios de razonabilidad fáctica, probatoria, constitucional y legal.

2.3. Caso concreto

El único punto de controversia planeado en el recurso de apelación hace referencia a la forma en que se ordenó la entrega del inmueble, pues se dice que, se avaló la continuidad de su explotación económica por particulares y se dispuso su asignación en comodato a la JAC del barrio Minitas; por lo que el apelante considera que el inmueble debe ser entregado al municipio de Manizales incondicionadamente, incluso sin la ocupación que a cualquier título se haga por quienes allí ubicaron establecimientos de comercio.

En cuanto a lo primero debe precisarse que, en el asunto de marras no obran como parte o intervinientes los arrendatarios que actualmente ejercen la tenencia de los locales ubicados en el inmueble objeto de controversia -cuya propiedad a la fecha ostenta el municipio de Manizales por transferencia que le hiciese el Ministerio de Vivienda de Vivienda, Ciudad y Territorio (fls. 294-304, cdo. 1).

El presente medio de control tuvo como génesis la alegada explotación del inmueble -bien público-, dado que, como se relató en el escrito de demanda e igualmente se concluyó en la sentencia objeto de apelación, entre otros aspectos, los dineros resultantes del arrendamiento de dos locales comerciales estaban siendo recibidos por un particular sin relación actual alguna con el municipio o con la JAC Barrio Minitas, situación sobre la cual orbitó la decisión del *a quo*.

⁶ Cita de cita: Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Agosto 9 de 2012. Consejero ponente (E): Marco Antonio Velilla Moreno. Radicación número: 73001-23-31-000-2010- 00472-01 (A P).

Por lo tanto, la decisión del juez no podía extenderse a los arrendatarios, a quienes no se endilgó vulneración de derechos colectivos y mucho menos cuando no fueron vinculados a la litis, por lo que no tuvieron oportunidad de presentar excepciones o defensas, ni mucho menos pedir o controvertir las pruebas arrimadas al proceso.

Sobre el particular la Corte Constitucional⁷ ha señalado:

“Encuentra la Corte, que éste análisis se enmarca, tanto en lo fáctico como en lo sustancial, en el ámbito propio del juez de la acción popular. Sin embargo, como el juez de los derechos colectivos no puede desplazar los otros mecanismos de defensa judicial, la determinación de la devolución de acciones que se encuentran en manos de terceros no puede tenerse por definitiva sino como una medida específica consecencial de la acción popular, pues no es un tema propio de la causa petendi que originó la acción popular. En efecto, le corresponde al juez del contrato resolver de manera definitiva sobre los asuntos propios de su competencia, como lo serían aquellos que involucran a las personas que por no haber sido parte del contrato original su actuación posterior no fue considerada la causa de la vulneración del derecho colectivo.

En efecto, será el juez ordinario a quien corresponda decidir sobre los efectos de la nulidad de la compraventa accionaria frente a todas las personas involucradas en la misma, y también resolver, con fundamento en las normas respectivas aplicables al caso concreto y respetando los principios del debido proceso y del derecho de defensa, la situación de los terceros que posteriormente adquirieron derechos reales sobre las citadas acciones, bien de prenda o de propiedad, pues frente a ellos no se ha endilgado por el Consejo de Estado vulneración alguna a derecho o interés colectivo, y no fueron tampoco los demandados en la acción popular.” (Se subraya)

En esta línea de intelección, no se observa que el *a quo* haya errado al considerar que su decisión no podía extenderse a los derechos con que pudiesen contar los terceros de buena fe -no vinculados al trámite- que actualmente ocupan con sus establecimientos comerciales los locales que se ubican en el inmueble objeto de controversia.

Adicionalmente, no se observa que la sentencia apelada esté avalando la continuidad de la explotación económica del inmueble por particulares, pues claramente en el literal g) del ordinal quinto de la parte resolutive se ordena al municipio de Manizales iniciar en coordinación con la Junta de Acción Comunal del Barrio Minitas *“todas las gestiones necesarias ante la inspección de policía correspondiente, para que el proceso de recuperación del bien inmueble objeto de litigio se adelante lo más pronto posible”* lo cual conllevará el trámite pertinente que permita a los terceros allí ubicados plantear la defensa de sus intereses que estimen conveniente.

⁷ Sentencia T-446 de 2007. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Por lo anterior se concluye que, no es procedente que en la sentencia de la acción popular se ordene el desalojo o restitución del inmueble por parte de quienes allí ubicaron establecimientos de comercio, pues frente a estos no se endilgó la vulneración de derechos colectivos y no fueron vinculados a la litis.

Además, contrario a lo señalado por el ente territorial recurrente, las ordenes impartidas por el *a quo* no están imponiendo al municipio de Manizales la obligación de recibir dineros por concepto de arrendamiento, pues lo único señalado frente al particular fue ordenar a la actual presidenta de la JAC Barrio Minitas que genere los informes pertinentes sobre la destinación de los dineros que se perciban por tal concepto, pues es nada ha cambiado el hecho de que fue dicha entidad la que entregó dichos locales en arrendamiento.

Así las cosas, no se observan razones para revocar o modificar lo decidido en los literales d), e) y f) del ordinal quinto de la sentencia recurrida.

Por otro lado, en lo que respecta a la oposición a la orden impartida en el literal h) del referido ordinal, consistente en que el municipio realice la entrega provisional del inmueble a la JAC del barrio Minitas, está acreditado que, el municipio de Manizales ha entregado a esta parte el inmueble, mediante contratos de comodato de los cuales el último se halla vigente hasta el 11 de mayo del año 2021 (v. fl. 144, cdo. 1).

Sin embargo, no se observa fundamento que imponga o justifique la entrega de la otra parte del bien a la JAC del barrio Minitas y tampoco se encuentra acreditado cómo, la no entrega de esta otra parte del bien a la JAC pueda afectar el derecho colectivo protegido por el fallo.

Por lo tanto, lo pertinente es que sea el municipio de Manizales el que en ejercicio de sus funciones legales y en cumplimiento de los compromisos adquiridos, determine el uso que dará al referido inmueble.

Así las cosas, se revocará únicamente del literal h) del ordinal quinto de la sentencia recurrida.

2.4. Costas.

En el presente asunto no se impondrá condena en costas al haberse tratado un asunto de interés público como es la afectación de derechos colectivos y no aparecer causadas en esta instancia, esto al tenor de lo dispuesto por el artículo 188 del CPACA.

Por lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión del **Tribunal Contencioso Administrativo De Caldas**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVÓCASE el literal h) del ordinal 5º de la sentencia proferida el del 29 de octubre de 2019 por el Juzgado Tercero Administrativo de Manizales, dentro del proceso que en ejercicio de la acción popular promovió el señor **Enrique Arbeláez Mutis** en contra del **municipio de Manizales**.

En lo demás, **CONFÍRMASE** la sentencia recurrida.

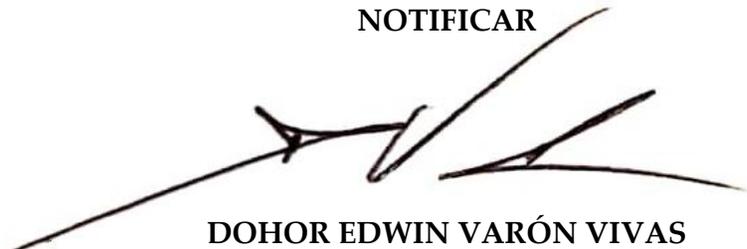
SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

TERCERO: EJECUTORIADA esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático "Justicia Siglo XXI".

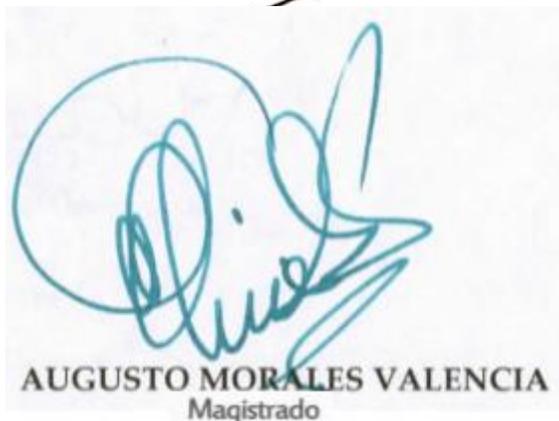
CUARTO: NOTIFÍQUESE esta providencia en los términos del artículo 203 del CPACA.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 036 de 2020.

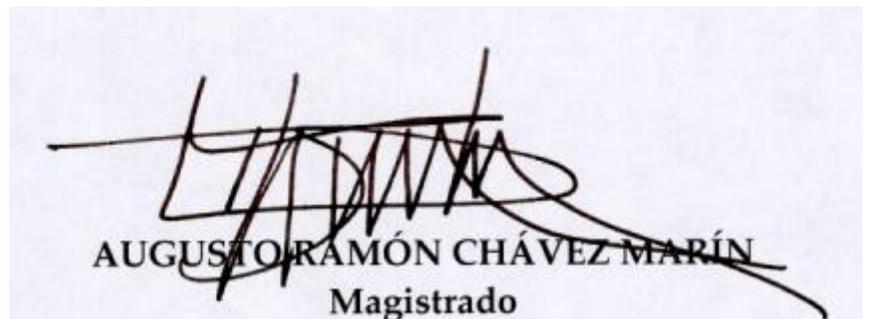
NOTIFICAR



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. 285

Manizales, veintiuno (21) de agosto de dos mil veinte (2020).

Radicado: 17001-33-33-002-2017-00080-02
Naturaleza: Repetición
Demandantes: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – en adelante ICBF
Demandado: Juan Eduardo Zuluaga Perna

Se decide el recurso de apelación propuesto por la actora contra la sentencia mediante la cual se denegaron sus pretensiones.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones (fls. 115-124, cdo. 1).

El ICBF en síntesis solicita: declarar la responsabilidad patrimonial del señor Juan Eduardo Zuluaga Perna en su calidad de representante legal de la Caja de Compensación Familiar de Caldas – en adelante Confa a título de culpa grave, por la condena impuesta en el proceso de reparación directa adelantado por los familiares del menor Santiago Tobar Loaiza.

Como consecuencia de lo anterior se condene al demandado al pago de \$29.179.149, que corresponde al valor de la condena impuesta al ICBF en dicho proceso, junto con los intereses e indexación causados a partir de la fecha de pago de la condena.

2. Hechos de la demanda

Señala que el 28 de enero de 2009, el ICBF y Confa celebraron un contrato con el fin de que se brindara la atención a la primera infancia; en el marco del cual la referida caja de compensación coordinó y manejó el programa del jardín Social Nuevo Colón.

Que dentro del plan de trabajo diseñado por Confa para la atención de los menores de edad vinculados al programa, se proyectó un paseo de fin de año a realizarse el 30 de octubre de 2009 en el centro vacacional Santaguada de propiedad de dicha entidad, y que en la referida actividad recreativa falleció por ahogamiento en una de las piscinas del centro vacacional el menor de edad Santiago Tobar Loaiza.

Que con base en los anteriores hechos, los familiares del menor de edad iniciaron el proceso de reparación directa en contra del ICBF y Confa -radicado 17-001-33-31-003-2011-00620-00- el cual culminó con la imposición de **condena solidaria en contra de dichas entidades** mediante sentencia del 19 de diciembre de 2013 expedida por el Juzgado Sexto Administrativo de Descongestión de Manizales, modificada por este Tribunal Administrativo mediante proveído del 29 de octubre de 2014, imponiéndose el pago de perjuicios morales a favor de los demandantes (72,5 S.M.L.M.V., en total). Que con ocasión de la referida condena pagó \$29.179.149.

3. Fundamentos y argumentos de derecho

Invocó el artículo 90 de la Constitución Política; 1, 2 y 3 de la Ley 678 de 2001; y 142, 161 y s.s. de la Ley 1437 de 2011. Arguyó que la sentencia que impuso la condena cuya repetición se persigue señaló que, el personal adscrito a Confa bien como, empleados del referido centro vacacional o como encargados de la dirección del programa Jardín Social Nuevo Colón, no prestaron la atención necesaria que requería el cuidado del menor de edad Santiago Tobar, siendo este el argumento principal para determinar la responsabilidad patrimonial impuesta.

4. Contestación a la demanda

El demandado se opuso a los hechos de la demanda manifestando que los actos que se le endilgan corresponden a la actuación de un tercero, dado que, aquel se incorporó como empleado de Confa en el año 2012, esto es, mucho después de los eventos que dieron lugar a la imposición de la condena con base en la cual se interpuso el presente medio de control de repetición, los cuales acontecieron en el año 2009, data para la cual resalta ni siquiera residía en el país.

Que en todo caso, los fallos judiciales que impusieron la condena en cabeza del ICBF y de Confa, no limitaron sus razonamientos a lo que la parte actora pretende hacer ver como la única razón de la condena, pues allí también se advirtió la concurrencia de acciones u omisiones por parte del ICBF que fueron catalogadas como fallas en el servicio.

Que no ha sido objeto de condena alguna de tipo disciplinario, sin que exista tampoco señalamiento alguno en la sentencia que originó el pago base de repetición y que no se estructuran los elementos de responsabilidad necesarios para acceder a las pretensiones, pues no se demostró: *(i)* La acción consciente y voluntaria del demandado dirigida a producir las consecuencias nocivas -demandado que ni siquiera participó en los hechos-; y *(ii)* La actuación dolosa o gravemente culposa a pesar del conocimiento de la irregularidad de su comportamiento.

Que de conformidad con el artículo 4 de la Ley 678 de 2001, la decisión de interponer las acciones de repetición no son una decisión libre y autónoma, pues esta determinación debe ser decidida e impartida por los comités de defensa judicial de cada entidad pública, lo cual

en el presente asunto no fue acreditado.

En línea con lo anterior, propuso las excepciones de *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”*, *“Ausencia de elemento subjetivo”*, *“Cobro de lo no debido”* y *“Presentación de la acción sin el cumplimiento de los requisitos legales para su procedencia”*.

5. Providencia recurrida

El Juzgado Segundo Administrativo de Manizales, mediante providencia del 27 de agosto de 2019, declaró fundada la excepción de *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”* y denegó las pretensiones formuladas en la demanda, considerando que, no existió ningún tipo de conducta desplegada por quien funge como demandado, dado que aquel únicamente se vinculó como representante legal de Confa en el 2012, esto es, con posterioridad tanto a los trámites contractuales que se surtieron entre el ICBF y dicha caja de compensación, como a los hechos que conllevaron a la condena cuya repetición se pretende, situaciones que datan del 2009.

6. El recurso de apelación

La entidad demandante presentó recurso de apelación (fls. 248 y 249, cdo. 1), indicando que, la acción fue emprendida contra la persona jurídica Confa, quien fue la contratista que ejerció las acciones u omisiones que conllevaron a la imposición de condena en contra de ICBF. Indica que el señor Juan Eduardo Zuluaga Perna fue vinculado por su calidad de representante legal de la referida caja de compensación.

Por demás, reiteró sus consideraciones referentes a que la sentencia que impuso la responsabilidad patrimonial objeto de repetición señaló que Confa tenía la obligación legal y contractual de haber adoptado las medidas necesarias para el cuidado del menor de edad fallecido, siendo esto lo que determina la existencia de culpa grave o dolo, itera, en cabeza de dicha Caja de Compensación.

II. CONSIDERACIONES

1. Problemas jurídicos

Atendiendo los argumentos expuestos por la apelante y lo decidido en la sentencia de primera instancia, se centran en resolver: *¿Fue dirigido el presente medio de control contra Confa?*

En caso afirmativo, *¿Se demostraron los elementos necesarios para la procedencia de la repetición deprecada en contra de Confa?*

2. Primer problema jurídico

Tesis: La parte actora NO interpuso el medio de control de repetición en contra de Confa, pues señaló en forma expresa en la corrección de la demanda que, esta se dirigía contra

Juan Eduardo Zuluaga Perna, pretendiendo -igualmente en forma expresa- que se condenase a dicha persona natural al pago de \$29.179.149.

La parte demandante tiene la carga de identificar con claridad a las partes del proceso y señalar con igual tino las pretensiones del medio de control. En efecto, la Ley 1437 de 2011 dispone:

“ARTÍCULO 162. CONTENIDO DE LA DEMANDA. Toda demanda deberá dirigirse a quien sea competente y contendrá:

- 1. La designación de las partes y de sus representantes.*
- 2. Lo que se pretenda, expresado con precisión y claridad. Las varias pretensiones se formularán por separado, con observancia de lo dispuesto en este mismo Código para la acumulación de pretensiones...”*

Sobre este aspecto, se presentaron las siguientes situaciones en el trámite de la admisión del presente medio de control:

- El ICBF mediante escrito de demanda radicado el 3 de octubre de 2016¹, señaló como parte demandada a Confa. (fls. 2-11, cdo, 1).
- Por medio de auto inadmisorio del 15 de mayo de 2017, la Jueza Segunda Administrativa de Manizales, ordenó corregir la demanda en el siguiente sentido:

“Deberá individualizar a la persona que en su calidad de agente estatal pretende demandarse por parte de la entidad accionante, toda vez que respecto de la Caja de Compensación Familiar -CONFA ya se determinó su corresponsabilidad con el ICBF en los hechos que dieron lugar a la indemnización, a través del medio de control de reparación directa, lo que implica que la misma no pueda ser valorada nuevamente en sede judicial.” (fl. 113, cdo. 1)

- El ICBF sin plantear oposición a lo decidido por el *a quo*, el 02 de junio de 2017 corrigió la demanda, en la cual señaló:

“...en atención a lo dispuesto por la señora Juez en el auto admisorio arriba mencionado, cabe aclarar que el presente medio de control se promoverá en contra del señor JUAN EDUARDO ZULUAGA PERNA, persona natural, identificado con cédula de ciudadanía No. 10.288.782...

...en atención al requerimiento plasmado en el numeral 2 del auto inadmisorio, procedo a adecuar la demanda en cada uno de sus acápite, de la siguiente manera:...

2. PRETENSIONES

2.1. PRIMERA: Que se declare al señor JUAN EDUARDO ZULUAGA PERNA, persona natural,

¹ Inicialmente ante el Juzgado 1° Administrativo de Manizales cuyo titular declaró impedimento, el cual fue admitido por el Juzgado 2° Administrativo.

identificado con cédula de ciudadanía No. 10.288.782, con domicilio en la ciudad de Manizales en la Carrera 25 Calle 50, quien actúa en calidad de Representante Legal de la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE CALDAS – CONFA, responsable a título de culpa grave, de los perjuicios causados al ICBF, al haber sido condenado administrativa y patrimonialmente por el Juzgado Sexto Administrativo de Descongestión del Circuito de Manizales...

2.2. SEGUNDA: *Que se condene al señor JUAN EDUARDO ZULUAGA PERNA, persona natural, identificado con cédula de ciudadanía No. 10.288.782, con domicilio en la ciudad de Manizales en la Carrera 25 Calle 50, quien actúa en calidad de REPRESENTANTE LEGAL DE LA CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE CALDAS – CONFA, a pagar a favor del ICBF, la suma de VEINTINUEVE MILLONES CIENTO SETENTA Y NUEVE MIL CIENTO CUARENTA Y NUEVE PESOS MCTE (\$29.179.149); suma pagada por el Instituto producto de la condena impuesta...* (Subraya la Sala) (fls. 115-124, cdo. 1)

- En línea con lo anterior, el *a quo* el 28 de junio de 2017 dispuso:

“Por reunir los requisitos legales, establecidos en el artículo 162 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 171 ibídem, ADMÍTESE la demanda que en ejercicio del medio de control de REPETICIÓN, instaura el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF en contra del señor JUAN EDUARDO ZULUAGA PERNA.

En consecuencia para su trámite se dispone:

1. *NOTIFÍQUESE este auto personalmente al señor JUAN EDUARDO ZULUAGA PERNA, entregándole copia de la demanda y sus anexos, de conformidad con el numeral 3° del artículo 291 del C.G.P...* (Subraya la Sala) (fls. 115-124 cdo. 1)

De conformidad con lo anterior es claro que, la parte actora optó por dirigir la demanda contra el señor Juan Eduardo Zuluaga Perna, a quien cabe resaltar, identificó con plenitud y frente al cual dirigió en forma expresa sus pretensiones.

Así las cosas, la demandante a través del recurso de apelación no puede reencausar la demanda, para pretender que en esta instancia se valoren las pretensiones incoadas, empero respecto de Confa.

Al respecto, la H. Corte Constitucional ha señalado que la titularidad de la defensa procesal se ejercer desde la demanda, pues a través de esta la parte actora señala la controversia que será objeto de resolución por parte del fallador. En tal sentido, en sentencia T-548 de 2003 dicha corporación indicó:

“La defensa procesal es una garantía que integra el debido proceso constitucional, reconocida en el ordenamiento por razón de la dignidad humana de las personas enfrentadas en la definición de sus derechos e intereses, ante las autoridades jurisdiccionales.

Se tiene, entonces, que compete a las partes ejercer y hacer respetar su facultad de intervenir efectivamente y en condiciones de igualdad en los juicios donde se debaten los asuntos que les conciernen, de emprender con conocimiento y responder en consecuencia todas las actuaciones, de alegar, de presentar pruebas, de contradecir los planteamientos y las probanzas del contrario, y de recurrir las decisiones.

Al respecto cobra especial significación la actividad que cada una de las partes despliega desde el inicio de la confrontación, porque la demanda y la contestación señalan la controversia y dan lugar al trámite, el que se enmarca dentro de las actividades de cada una de las partes encaminadas a formar el convencimiento del juez, en torno de la estrategia individual y previamente fijada. (Se subraya)

Así, en los procesos de tipo contencioso, la demanda determina los elementos necesarios para dar inicio y trabar la litis, pues la relación de acción y contradicción es complementaria, de allí la importancia que, el demandante haciendo uso de su derecho de acción inicie el proceso judicial -acertadamente- contra la persona que deba responder frente a sus pretensiones, quien vendrá a ocupar la posición de demandado y quien a su vez, conforme a lo expuesto por la parte actora en su escrito introductor, ejercerá su derecho de contradicción, pues:

“El derecho de contradicción no es opuesto al de la acción, sino es un complemento de ella, el objetivo y finalidad de las dos son iguales; para las dos el objetivo es el debido proceso y el fin es la solución justa a la situación planteada en el mismo proceso, es decir la sentencia que defina el proceso, pero que cuyo resultado no dependen de los dos derechos sino del derecho material pretendido por el demandante”².

Coralario, no hallan eco de prosperidad -ni siquiera de oportunidad- los cargos propuestos por la apelante contra la sentencia, al pretender que se analice por esta instancia la prosperidad de sus pretensiones frente a Confa, pues como se advirtió, el medio de control no fue dirigido contra ella, como se desprende de los precisos términos del escrito de demanda definitiva -tras su corrección- y del auto admisorio de la demanda, aunado al trámite completo del asunto en contra del señor Juan Eduardo Zuluaga Perna, lo cual trascurrió sin oposición o manifestación alguna de la parte demandante.

Así, se impone confirmar la sentencia recurrida al hallar respuesta negativa al primer problema jurídico planteado.

3. Costas

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, en concordancia con los numerales 1 y 3 del artículo 365 del Código General del Proceso – CGP, y en atención a un criterio objetivo valorativo atendiendo a que la parte demandada no intervino a través de

² Universidad Católica de Colombia (Bogotá D.C., 2010) Manual de Derecho Procesal Civil, Tomo I, Primera Edición, Teoría General del Proceso.

apoderado judicial en esta instancia, ni se observa que haya incurrido en gastos procesales, no se impondrá condena en costas.

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,

FALLA

Primero. CONFÍRMASE 27 de agosto de 2019 proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la parte actora, dentro del medio de control de repetición propuesto por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar contra el señor Juan Eduardo Zuluaga Perna.

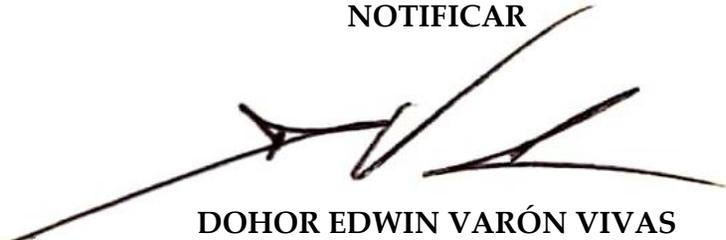
Segundo. SIN COSTAS en esta instancia.

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

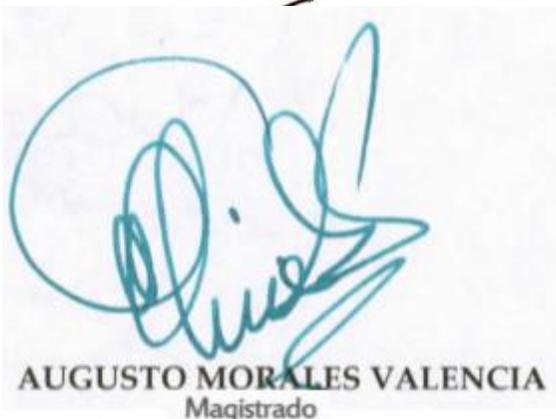
Cuarto. Ejecutoriada esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen y HÁGANSE las anotaciones pertinentes en el programa informático "Justicia Siglo XXI".

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 036 de 2020.

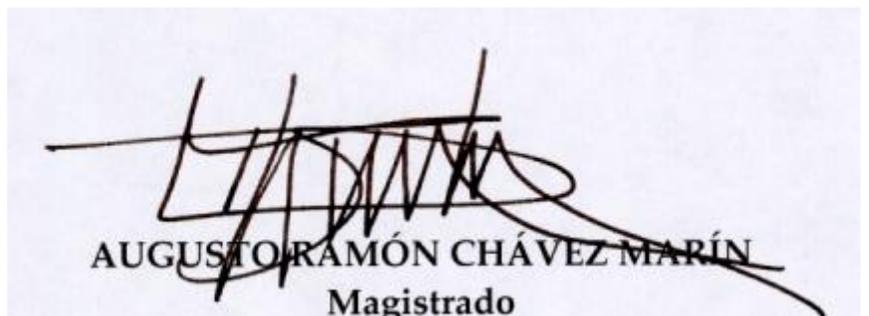
NOTIFICAR



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

Manizales, veintiuno (21) de agosto de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA: 0288
RADICADO: 17-001-23-33-000-2020-00078-00
NATURALEZA: CONFLICTO DE COMPETENCIAS
DEMANDANTE: PERSONERÍA DE BELALCAZAR
DEMANDADO: ESE HOSPITAL SAN JOSÉ DE BELALCÁZAR

I. ASUNTO

Se decide el conflicto de competencia suscitado entre la Personería de Belalcázar y la Empresa Social del Estado - ESE Hospital San José de Belalcázar para adelantar una investigación disciplinaria.

II. ANTECEDENTES

La Procuraduría Regional de Risaralda remitió las diligencias a este Tribunal para que desate el conflicto negativo de competencia suscitado entre la Personería de Belalcázar y la ESE Hospital San José de Belalcázar, teniendo en cuenta los fundamentos fácticos que se sintetizan así:

- A través de oficio 112-2855 del 21 de agosto de 2019, el Contralor General de Caldas remitió a la Procuraduría Provincial de Manizales, los hallazgos con alcance disciplinario, detectados dentro del proceso de auditoria vigencia 2018; despacho que los remitió a la Procuraduría Provincial de Pereira, quien a su vez los remitió a la Personería de Belalcázar.

- La Personería el 26 de septiembre de 2019, remitió las diligencias a la Oficina de Control Interno de la ESE Hospital San José de Belalcázar, entidad que por medio de oficio fechado 21 de febrero de 2020 indicó que, no se ha implementado la oficina de control disciplinario interno por imposibilidad presupuestal y además porque en el organigrama de la entidad no se ha establecido al funcionario con potestad disciplinaria.

III. TRÁMITE

El asunto fue fijado en lista por el término de diez días, no obstante ningún sujeto procesal se pronunció.

IV. CONSIDERACIONES

1. Competencia.

El Tribunal decide el presente conflicto de competencia, conforme lo establecen los artículo 39 y 151 (numeral 3) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2. Problema jurídico.

De acuerdo con el conflicto administrativo de competencia planteado, se procederá a determinar a qué entidad le corresponde adelantar la investigación disciplinaria por los hallazgos de carácter disciplinarios encontrados en la ESE Hospital San José de Belalcázar.

3. Desarrollo normativo.

Para resolver un conflicto negativo de competencias entre dos autoridades administrativas, se debe partir de lo establecido en el artículo 6 de la Constitución Política, que consagra: *“Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”*, principio que se debe acompañar con lo establecido en el artículo 121 ibídem: *“Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley”*.

De lo anterior se extrae el principio de legalidad, el cual es un postulado esencial del Estado Social de Derecho y de toda manifestación del poder público, conforme al cual será legítima la actuación de las autoridades en cuanto se desarrolle dentro del preciso ámbito funcional definido por el legislador.

Así, la competencia es un elemento propio de la naturaleza de los órganos e instituciones del poder público. Así lo ha definido el Consejo de Estado¹ en su jurisprudencia: *“(…) la competencia es un elemento subjetivo del acto administrativo que constituye un presupuesto indispensable para su conformación y se traduce en la aptitud, habilidad, capacidad e idoneidad que tiene un sujeto legalmente hábil, en este caso una autoridad administrativa, para emitirlo”*(.)

4. Potestad disciplinaria de la administración

La potestad disciplinaria del Estado sobre los servidores públicos está justificada en la necesidad de garantizar que estos, en el ejercicio de sus funciones, den cumplimiento a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, y publicidad, los cuales guían la función administrativa.

Bajo este contexto, se concibe entonces el control disciplinario como un presupuesto imperioso para, no sólo garantizar el buen nombre y la eficiencia de la administración pública, sino también lograr que la función pública se ejecute en beneficio de la comunidad y se protejan los derechos y libertades de los asociados.

Los artículos 1 y 2 de la ley 734 de 2002, Código Único Disciplinario –C.U.D., establecen lo siguiente:

“ARTÍCULO 10. TITULARIDAD DE LA POTESTAD DISCIPLINARIA. <Artículo derogado a partir del 1 de julio de 2021, por el artículo 265 de la Ley 1952 de 2019> El Estado es el titular de la potestad disciplinaria.

¹ Consejo de Estado. Sección Segunda, Sentencia del 28 de mayo de 1998. Expediente 10507

*ARTÍCULO 2o. TITULARIDAD DE LA ACCIÓN DISCIPLINARIA. <Artículo derogado a partir del 1 de julio de 2021, por el artículo 265 de la Ley 1952 de 2019> Sin perjuicio del poder disciplinario preferente de la Procuraduría General de la Nación y de las **Personerías Distritales y Municipales**, corresponde a las **oficinas de control disciplinario interno** y a los funcionarios con potestad disciplinaria de las ramas, órganos y entidades del Estado, conocer de los asuntos disciplinarios contra los servidores públicos de sus dependencias. El titular de la acción disciplinaria en los eventos de los funcionarios judiciales, es la jurisdicción disciplinaria. La acción disciplinaria es independiente de cualquiera otra que pueda surgir de la comisión de la falta.”(Destaca la Sala).*

Las normas citadas establecen que el control disciplinario se ejerce en un nivel interno y externo. El primero está a cargo de las oficinas de control interno disciplinario de las entidades del Estado y el segundo está en cabeza del Ministerio Público, en virtud de la cláusula general de competencia y el poder preferente que ostenta².

4.1. En cuanto a la oficina o unidad de control disciplinario interno

El artículo 76 de la Ley 734 de 2002, establece:

“ARTÍCULO 76. CONTROL DISCIPLINARIO INTERNO. <Artículo derogado a partir del 1 de julio de 2021, por el artículo 265 de la Ley 1952 de 2019> Toda entidad u organismo del Estado, con excepción de las competencias de los Consejos Superior y Seccionales de la Judicatura, deberá organizar una unidad u oficina del más alto nivel, cuya estructura jerárquica permita preservar la garantía de la doble instancia, encargada de conocer y fallar en primera instancia los procesos disciplinarios que se adelanten contra sus servidores. Si no fuere posible garantizar la segunda instancia por razones de estructura organizacional conocerá del asunto la Procuraduría General de la Nación de acuerdo a sus competencias.”

De acuerdo con lo anterior, las entidades u organismos del Estado deben contar con una oficina o unidad que tenga a su cargo la función de conocer y fallar en primera instancia los procesos disciplinarios que se adelanten contra los servidores públicos de la entidad de la cual hace parte.

Respecto a la potestad que ejercen las oficinas de control interno disciplinario el Consejo de Estado³ ha señalado:

“De igual forma, esta facultad punitiva del Estado también puede ser ejercida por cada entidad pública, para lo cual debe contar con una oficina de control interno disciplinario encargada de conocer de los trámites disciplinarios iniciados en contra los servidores públicos de sus dependencias; y por las Personerías Municipales y Distritales.

*Ahora bien, la competencia en materia disciplinaria, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 74 *ibídem*, se determina por: la calidad del sujeto disciplinable, la naturaleza del hecho, el territorio donde se cometió la falta, el factor funcional y el de conexidad.*

² Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 22 de noviembre de 2012. Radicación número: 11001-03-06-000-2012-00100-00(C)

³ Sección Segunda Subsección A C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas 11 de julio de 2019 Radicación número: 11001-03-25-000-2011-00619-00(2372-11)

Frente a la competencia por la calidad del sujeto disciplinable, el artículo 75 ibídem prevé que «corresponde a las entidades y órganos del Estado, a las administraciones central y descentralizada territorialmente y por servicios, disciplinar a sus servidores y miembros».

(...)

Bajo los parámetros expuestos, puede concluirse que: i) toda entidad del Estado está en la obligación de establecer dentro de su organigrama, una oficina de control interno disciplinario, la cual tiene a su cargo el ejercicio de la función disciplinaria; ii) esta debe estar conformada por servidores públicos, mínimo del nivel profesional; iii) su estructura jerárquica debe permitir la doble instancia; iv) donde existan regionales o seccionales, las entidades podrán crear oficinas de control interno disciplinario con las competencias pertinentes; v) la segunda instancia, es competencia exclusiva del nominador, salvo disposición legal en contrario; y vi) estas medidas no vulneran el debido proceso del disciplinado porque este cuenta con las mismas garantías y derechos a presentar descargos, solicitar pruebas, controvertirlas, incoar recursos, recusaciones, nulidades etc.

Ahora, frente al factor territorial, el artículo 80 del Código Único Disciplinario, prevé que: «Es competente en materia disciplinaria el funcionario del territorio donde se realizó la conducta».

4.- Competencia de la Personería para adelantar investigaciones disciplinarias.

Por su parte, la cláusula general de competencia en cabeza de la Procuraduría General de la Nación, tiene su fundamento en el inciso 6º del artículo 277 de la Constitución Política - C.P., respecto del cual la Corte Constitucional señaló:

“Esta norma estipula, entonces, una cláusula general de competencia en cabeza de la Procuraduría General de la Nación para adelantar investigaciones disciplinarias con el propósito de ejercer la vigilancia superior que al Jefe del Ministerio Público se encomienda y, en últimas, para que él pueda cumplir el cometido básico de velar por el imperio y la efectividad del orden jurídico en todo el territorio de la República”⁴.

Con relación a la competencia para adelantar investigaciones disciplinarias por la Personería, el artículo 118 de la C.P., dispone que:

*“El Ministerio Público será ejercido por el Procurador General de la Nación, por el Defensor del Pueblo, por los Procuradores Delegado y los Agentes del Ministerio Público, ante las autoridades jurisdiccionales, por los **Personeros Municipales** y por los demás funcionarios que determine la Ley. (...)”* (Negrillas para destacar)

Por su parte la Ley 136 de 1994 “Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios”, en cuanto a las funciones del personero, señala, en lo pertinente, lo siguiente:

*“**ARTÍCULO 178. FUNCIONES.** El Personero ejercerá en el municipio, bajo la dirección suprema del Procurador General de la Nación, las funciones del Ministerio Público, además de las que determine la Constitución, la Ley, los Acuerdos y las siguientes:*

(...)

4. Ejercer vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas municipales; ejercer preferentemente la función disciplinaria respecto de los servidores públicos municipales; adelantar las investigaciones correspondientes, bajo la supervigilancia de los procuradores provinciales a los cuales deberán informar de las Investigaciones.

⁴ Corte Constitucional, Sentencia del 14 de abril de 1999, C-222/99

(...)

PARÁGRAFO 3o. Así mismo, para los efectos del numeral 4o. del presente artículo, el poder disciplinario del personero no se ejercerá respecto del alcalde, los concejales y el contralor municipal. Tal competencia corresponde a la Procuraduría General de la Nación que discrecionalmente la puede delegar en los personeros."

De acuerdo con lo anterior, es clara la función disciplinaria que recae sobre las personerías municipales sobre funcionarios del orden territorial, salvo las excepciones establecidas en la misma Ley.

5.- Caso concreto

Arriba el presente asunto para que el Tribunal dirima el conflicto negativo de competencia, suscitado entre la Personería del municipio de Belalcázar y la ESE Hospital San José de la misma municipalidad. Al respecto se tiene que:

- La Contraloría General de Caldas trasladó a la Procuraduría Provincial de Manizales el Hallazgo Disciplinario de fecha 27 de noviembre de 2018 (fls. 16 a 27), resultado de la Auditoría realizada a la ESE Hospital San José de Belalcázar, en la cual fueron reportadas inconsistencias en los aportes de Seguridad Social en el contrato No. 049-2018, lo anterior por tener un presunto efecto disciplinario.

- La Procuraduría Provincial de Manizales el 9 de septiembre de 2019, remitió por competencia el informe referido en el acápite anterior, a la Procuraduría Provincial de Pereira (fl. 14) y esta a su vez lo remitió a la Personería de Belalcázar.

- La Personería de Belalcázar a través de oficio de fecha 26 de septiembre de 2019 (Fl. 12), remitió por competencia el informe emitido por la Contraloría de Caldas al Hospital San José de Belalcázar.

- El Gerente del Hospital por medio de oficio del 21 de febrero de 2020 (fls. 4 a 5), propuso conflicto de competencias, argumentando que en la ESE no se ha implementado la oficina de control interno por imposibilidad presupuestal y que además, no se ha establecido dentro de su organigrama el funcionario con potestad disciplinaria.

- Frente a lo anterior, la Personera de Belalcázar remitió el asunto a la Procuraduría Provincial de Pereira (fl. 3), aduciendo que, no aceptaba la competencia por cuanto no se tenía identificado el sujeto disciplinable, que además, mediante la Resolución 145 del 22 de abril de 2014, fue conformado el Comité disciplinario en el hospital, señalando que si los designados tienen o no capacidades para conocer de asuntos disciplinarios, es un asunto que debió prever al momento de su designación.

De acuerdo con el contexto normativo y jurisprudencial señalado en precedencia, encuentra la Sala que en principio la facultad disciplinaria respecto de la posible conducta objeto de investigación correspondería a la Oficina de Control Interno de la entidad pública, ello según lo dispuesto en el artículo 76 del C.U.D.

Ahora bien, teniendo en cuenta la imposibilidad de que la ESE Hospital San José de Belalcázar, adelante la investigación de los hallazgos realizados por la Contraloría de Caldas, toda vez que no cuenta con oficina de control interno, la competencia recae entonces sobre la Personería de Belalcázar, aunado a que además, en la actualidad, no hay personas que hayan sido identificadas como presuntas responsables disciplinarias.

El Consejo de Estado⁵, en providencia del 5 de noviembre de 2019, sobre la competencia para ejercer la función disciplinaria en situaciones en que esta **no pueda ser ejercida por la oficina de control interno disciplinario**, ha señalado:

*Por consiguiente, la regla general es que «todos los servidores» del organismo o entidad de que se trate están sujetos a la competencia de la oficina, unidad o grupo⁶, salvo en algunos casos especiales, ya sea porque lo disponga expresamente una norma, o bien porque **la función disciplinaria por parte de dicha oficina no pueda ejercerse, en un caso concreto, en condiciones de transparencia, independencia e imparcialidad, como lo exigen la Constitución Política y la Ley.***

Dentro de estas últimas situaciones, puede citarse el caso de cuando resulte necesario investigar al nominador del jefe o director de la oficina o unidad de control disciplinario interno, o a otro servidor público que sea su superior jerárquico dentro de la misma entidad u organismo.

Es decir, el control disciplinario debe ejercerse, por regla general, dentro de los organismos o entidades estatales, salvo las excepciones que se han mencionado.

*Cuando en razón de alguna de las hipótesis señaladas, **no es jurídicamente posible adelantar el proceso disciplinario por la oficina de control disciplinario interno**, y el asunto deber ser conocido por la Procuraduría General de la Nación, o esta lo asume en ejercicio de su poder preferente, es preciso acudir, entonces, a la estructura y las funciones de la misma Procuraduría, definidas en el Decreto Ley 262 de 2000⁷ y en las normas que lo han modificado o complementado.”*

Además, como se señaló anteriormente, la competencia de las Personerías se encuentra fundamento en los artículo 1 y 2 del C.U.D., por cuanto allí se señala que, el Estado es el titular de la potestad disciplinaria y establece que el poder disciplinario preferente recae sobre la Procuraduría General de la Nación y las **Personerías Distritales y Municipales**, es decir que ante la falta de oficina de control interno de una entidad, por el poder preferente, recae la potestad de disciplinar sobre la personería municipal.

Adicionalmente, el artículo 176 de la Ley 136 de 1994 establece como una de la funciones de los Personeros: *“Ejercer **vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas municipales**; ejercer preferentemente la función disciplinaria respecto de los servidores públicos municipales; adelantar las investigaciones correspondientes, bajo la supervigilancia de los procuradores provinciales a los cuales deberán informar de las Investigaciones”*.

Así las cosas, no cabe duda que en este caso, la investigación disciplinaria deberá ser adelantada por la Personería de Belalcázar, por encontrarse dentro de sus funciones legales.

⁵ Sala de Consulta y Servicio Civil. C.P.: Álvaro Namén Vargas. Radicación número: 11001-03-06-000-2019-00082-00(C)

⁶ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, decisión de 15 de diciembre de 2014. Radicado 11001-03-06-000-2014-00265-00; decisión de 13 de mayo de 2015 Radicado 11001-03-06-000-2015-00040-00.

⁷ Decreto ley 262 de 2000 (febrero 22), «Por el cual se modifican la estructura y la organización de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público; el régimen de competencias interno de la Procuraduría General; se dictan normas Para su funcionamiento; se modifica el régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación, el de inhabilidades e incompatibilidades de sus servidores y se regulan las diversas situaciones administrativas a las que se encuentren sujetos.» Expedido en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 573 de 2000, artículo 1º, numeral 4.

Cabe destacar que, si bien es cierto las Empresas Sociales del Estado tienen la obligación de conformar la oficina de control interno disciplinario y para el caso particular no se ha implementado, ello no afecta la competencia de la Personería municipal para adelantar la investigación disciplinaria.

Otro asunto son las consecuencias sancionatorias que se pueden generar por la omisión de conformación de la oficina de control interno disciplinario, lo cual no corresponde decidir en el presente proceso.

Corolario de lo expuesto, la Sala resolverá el conflicto de competencia puesto en conocimiento, en el sentido que, le corresponde a la Personería de Belalcázar adelantar la investigación por los hallazgos de la Contraloría General de Caldas.

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

FALLA

Primero: Resolver el conflicto allegado a este Tribunal en el sentido que, le compete a la Personera de Belalcázar adelantar la investigación disciplinaria por los hallazgos remitidos través de oficio 112-2855 del 21 de agosto de 2019 por el Contralor General de Caldas.

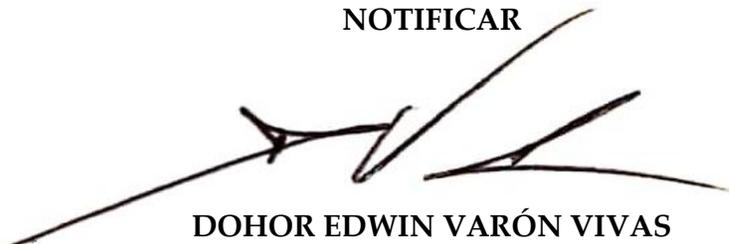
Segundo: Remitir el expediente a la Personera de Belalcázar para lo de su cargo.

Tercero: Comunicar la presente decisión a la ESE Hospital San José de Belalcázar y a la Procuraduría Provincial de Pereira.

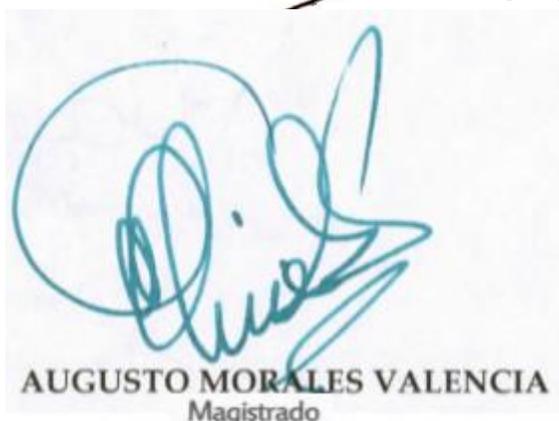
Cuarto: Ejecutoriada esta providencia, archivar las diligencias, previo el desglose dispuesto en precedencia, y hacerr las anotaciones correspondientes en el programa informático "Justicia Siglo XXI".

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 036 de 2020.

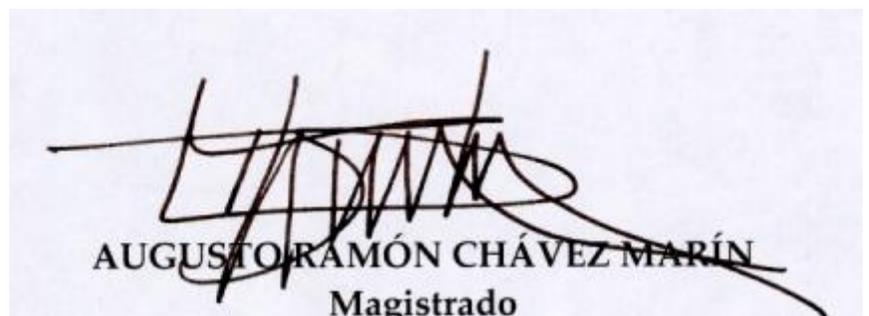
NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALVAMENTO DE VOTO

Magistrado: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, veinte (20) de AGOSTO de dos mil veinte (2020)

Con el mayor respeto hacia la decisión mayoritaria de la Sala, me permito salvar mi voto a la sentencia de 24 de julio del año en curso, con la cual se revocó la sentencia de 1° de agosto de 2017 emitida por el señor Juez 1° Administrativo de Manizales, y, en su lugar, se denegaron las pretensiones de la parte actora, dentro del proceso de reparación directa por privación injusta de la libertad, promovido por el doctor JOSÉ OCTAVIO CARDONA LEÓN (el directamente perjudicado), y otros, contra la NACIÓN-RAMA JUDICIAL, expediente rotulado con el número de radicación 2014-00417-02.

Estimo que ha debido confirmarse la sentencia de primera instancia apelada, la cual no solo se hallaba acorde con la realidad fáctica acontecida, sino coherente con lo decidido en ambas instancias dentro del proceso penal adelantado contra el señor CARDONA LEON, en cuyas sentencias de primero y segundo grado fue absuelto aquel de toda responsabilidad penal; en cambio la providencia de la cual discrepo acudió a una valoración de los hechos, en mi sentir, alejada de la realidad y sin analizar en profundidad la forma cómo aquel fue vinculado al proceso criminal, y el daño que ello le causó a los bienes jurídicos del que son titulares el demandante y su familia, por lo que han debido ser protegidos por la jurisdicción mediante las declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado, con las debidas indemnizaciones a título de compensación.

Para efectos de mayor claridad y organización, procederé a referirme a los pronunciamientos que el caso ha suscitado, tanto ante la jurisdicción ordinaria en lo penal, como en la contenciosa administrativa, de los que extraeré los que, a mi juicio, son los apartados más importantes que ameritan esta disidencia, así como el fallo de tutela que dejó sin efectos Sentencia de Unificación de la Sección Tercera del H. Consejo de Estado.

Me referiré, por modo, en primer lugar, a los apartes esenciales de la sentencia de la cual discrepo.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

- “...No obstante, no puede la Sala pasar por alto, que la denuncia presentada por el gerente de Discristal, la cual ratificó ante la Fiscalía bajo juramento, relacionada con el delito de concusión del cual se señaló al señor José Octavio Cardona León, así como las declaraciones rendidas previa la imposición de medida de aseguramiento, fueron cambiando en el transcurso del proceso, pues las versiones se fueron tornando cada vez diferentes...”;
- “Bien puede decirse, entonces, que si bien es cierto en la sentencia proferida en primera instancia, confirmada la decisión respecto del señor José Octavio Cardona León por la segunda instancia, **absolviéndolo**, se argumenta que no hay pruebas de la comisión del delito de concusión por parte del citado señor, y que el escenario es confuso, así como que la Fiscalía no logró aportar pruebas de su conducta punible, **también es cierto que, para la imposición de la medida de aseguramiento se contaba con los elementos necesarios, no sólo para su solicitud, sino para su imposición por parte del Juez de Control de Garantías**, cumpliendo con los requisitos para ello establecidos en el artículo 308 del Código de Procedimiento Penal.
- Es cierto, igualmente, que el proceso adelantado por parte de la Fiscalía partió de la denuncia realizada por el gerente de Discristal, denuncia ratificada ante la Fiscalía bajo la gravedad de juramento. **Y si bien no se logró en el juicio oral demostrar que el señor José Octavio Cardona León fuera responsable del delito de concusión, tanto las versiones rendidas para solicitar y dictar la medida de aseguramiento en su contra como las rendidas durante el proceso penal son coincidentes, sin duda alguna, en que el día 18 de febrero de 2008, se llevó a cabo una reunión en la oficina del señor José Octavio Cardona León**, quien era concejal de la ciudad de Manizales para ese momento...;
- “Siempre estuvo en medio de la discusión, la reunión que se llevó a cabo en la oficina del señor Cardona León, sin que quedara claro por qué razón éste dirigió dicha reunión, cuál era su relación con la ILC, cuál con Discristal.
- “Toda la situación que desencadena el proceso penal adelantado contra el demandante, tuvo origen en la reunión realizada en su oficina con el gerente de Discristal y con una funcionaria de la ILC, a partir de lo cual sobreviene la denuncia penal formulada por el señor Hernando Arbeláez Hurtado -gerente de

Discristal y asistente a la reunión-, que da lugar a la investigación y a la medida de aseguramiento como posible autor o coautor del delito de concusión.

- Por otra parte, para esta Sala resulta claro que los hechos antes referidos, pusieron al hoy demandante en condición no sólo de ser investigado por parte de la Fiscalía General de la Nación, sino de imponérsele medida de aseguramiento por la naturaleza del delito y las condiciones en que se le imputó el mismo.
- Así pues, es necesario recordar que cuando se dictó la medida de aseguramiento en contra del señor José Octavio Cardona León por el delito de concusión, éste ostentaba la calidad de servidor público, al ser concejal del municipio de Manizales y no sólo eso: se reunió con el gerente de una distribuidora de licores que tenía un contrato con la ILC, estando presente, además, una funcionaria de la empresa en mención, reunión en la que, según denuncia penal legalmente formulada por uno de los partícipes de la reunión, se tocó el tema de un contrato que se venía ejecutando, con base en todo lo cual el Juez competente para ello impuso la medida de aseguramiento, con la reunión de las condiciones procesalmente exigibles para ello para la época de los hechos.
- Solo cuando el juzgado penal profirió la sentencia, que resultó ser absolutoria del señor Cardona León, consideró que no tenía los elementos necesarios para declararlo culpable, **que no había pruebas de su participación en el delito de concusión y que no se probaron los elementos necesarios para configurarlo, pero ello no implica que no se tuvieran en su momento los elementos necesarios para dictar la medida de aseguramiento que pesó sobre el investigado.** Razonamiento por el cual, si bien es cierto dentro del proceso penal las pruebas que se recaudaron no resultaron ser suficientes para el convencimiento del juez penal, más allá de toda duda razonable, del acaecimiento del hecho y configuración del delito, ahora, en sede Contencioso administrativa, encuentra la Sala sólidas razones, fundadas en la jurisprudencia, para negar la reparación reclamada por la parte demandante.
- Sumado a ello, la Fiscalía y la Juez de Control de Garantías, al solicitar y decretar la medida de aseguramiento, cumplieron con los requisitos legales y probatorios exigidos en el código de procedimiento penal, en el cual fundó su actuación, y no existe al momento prueba alguna que dé cuenta de que la

privación de la libertad del señor José Octavio Cardona León fue desproporcionada, irrazonable o arbitraria.

- “...la Sala concluye que en el presente caso no se configuró un daño antijurídico...” /Todo el resaltado es del suscrito/.

LA SENTENCIA DE LA SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MANIZALES /fls. 133 y ss cdno ppl/.

Se hace menester abordar lo que indicó el Tribunal Superior de Manizales, en su Sala Penal, el que de manera categórica, refiriéndose al delito de concusión del que fue acusado el demandante JOSÉ OCTAVIO CARDONA L., manifestó su “pleno acompañamiento y adhesión a las razones del fallador primario, pues contrario al pregón de la agencia fiscal, nula es la prueba que arroja el expediente acerca de la incursión de aquellos en tal modalidad comportamental...”, y aludiendo a los distintos testimonios recogidos por el órgano investigador (HUMBERTO FRANCO MEJÍA, representante legal de DISCRISTAL S.A.; RODRIGO MOLINA GRAU, representante legal de la sociedad minoritaria de la firma DISCRISTAL S.A.; HERNANDO ARBELAEZ HURTADO, Gerente General de DISCRISTAL S.A.), concluyó que “La prueba testimonial recopilada por el acusador oficial no permite llevar al grado de convencimiento más allá de toda duda que se requiere para concluir que tanto en la reunión del día...como en la del 18 de enero, ambas del 2008...Cardona León actuaron, respectivamente, a nombre o instancia de Fehó Moncada, o que éste los haya enviado o movido hacia el propósito criminal de que se habla...”, señalando luego el Tribunal ad quem que, “Existe tan solo, como lo precisa la providencia confutada, total incertidumbre o duda probatoria en torno de los cruciales aspectos sobre los cuales el órgano de instrucción basó su tesis acusatoria, así: en qué consistió concretamente la exigencia concusionaria, pues todos aluden genéricamente a unas campañas políticas en las que se debía colaborar activamente, pero sin que ninguno de los supuestos coaccionados detallara el monto dinerario a aportar, su periodicidad, la persona o grupo político destinatario del mismo, esto es, se carece de la exigencia económica o utilidad diversa, de naturaleza verificable e inequívoca como ingrediente estructurante del ilícito; entonces, los declarantes no precisan un aspecto tan relevante que en últimas no hace cosa distinta que engrosar el espectro dubitativo que se viene de mencionar.

Y aludiendo el juez superior de manera particular a CARDONA LEÓN, refirió que, “el propio testigo Hernando Arbeláez Hurtado se encargó en el juicio oral de sembrar aún más la duda que se cierne sobre la conducta en particular, cuando sometida su versión

ante el juez de la causa y a la contradicción de los adversarios procesales, negó enfáticamente haber sido constreñido por parte de aquel, resaltando que el acusado se limitó a brindarle el asesoramiento profesional y legal en temática de contratación estatal, siendo ese el propósito exclusivo de la reunión previamente acordada, afirmación en un todo refrendada por la señora Nhora Quintero, participe pasiva de aquella tertulia en la que al decir de los presentes, Cardona León actuó en su condición de profesional del derecho prestando un servicio jurídico al cliente de turno y no desempeñando su rol como edil de Manizales y menos aún como heraldo de Carlos Arturo Fehó Moncada” /Resaltado es del suscrito/;

luego señaló la misma Sala Penal:

“Con miras a establecer la premisa según la cual los acusados Cardona León y... fueron instados por Fehó Moncada para constreñir e inducir a las directivas de Discristal S.A. para que contribuyeran con dinero a una campaña política que se desconoce, la agencia fiscal echó mano de la relación cercana que el primero de los citados tenía con el regente de la destilera departamental, así como la amistad y la militancia partidista que éste compartía con el segundo de los nombrados, situaciones que sin haber quedado plenamente comprobadas -al menos la primera de ellas- no constituye evidencia demostrativa irrefutable e incuestionable de la asociación delincuencial liderada por el gerente multicitado, por la que apuesta la fiscalía, con el deliberado propósito de lesionar el bien jurídico de la administración pública”;

Y con todo, concluyó que,

“... Esas dudas y vacíos probatorios que se han advertido en ambas instancias, como tal, no implica necesariamente que las personas acusadas puedan ser consideradas ajenas a la autoría de la delincuencia endilgada, sino que la administración de justicia no pudo romper el permanente e inmanente estado de inocencia en sede de su presunción de que se habla, por no existir medios ni mérito para un completo conocimiento de su responsabilidad, que fue lo acontecido en este asunto, razón por la cual se impone confirmar la sentencia en lo que a

esta concreta conducta atañe” /fls 173 y ss cdno 1//Resaltados son míos/.

SENTENCIA DEL JUZGADO 3° PENAL DEL CIRCUITO DE MANIZALES.

De la sentencia penal de primera instancia dictada por el señor Juez 3° Penal del Circuito de Manizales visible en infolios 27 y ss cdno ppl, se rescata:

ANTECEDENTES:

- i) Que ante el vencimiento de las prórrogas del contrato de distribución de los licores de la Industria Licorera de Caldas en el Departamento del Valle del Cauca, que se dio por un lapso de 31 años la que llevaba realizando la empresa DISCRISTAL S.A., la Gerencia de la destilera local expresó la voluntad de mantener la relación contractual “hasta el 22 de febrero del citado año”(2008, se anota) /V. fl. 27 ídem/;
- ii) El 30 de enero del año en mención se realizó reunión en el hotel Varuna de Manizales, en la que no se relaciona que hubiese participado el doctor JOSÉ OCTAVIO CARDONA LEÓN /fl. Ídem/;
- iii) El 18 de febrero de esa misma anualidad, en la oficina del Dr. Cardona León, Concejal de Manizales, “citaron a una reunión al señor HERNANDO ARBELÁEZ HURTADO, Gerente de Discristal, el primero manifestó que obraba en representación del Gerente de la I.L.C., para organizar lo de la renovación del contrato, manifestándole a Arbeláez Hurtado que la prórroga era viable, pero implicaba costos adicionales, la empresa debía colaborar con un dinero para destinarlo a campañas políticas, respondiendo éste que no estaba autorizado para hacer ofrecimientos de dinero y que tenía que poner eso en conocimiento de la Junta Directiva de Discristal” /fl. 28 íd./

DE LAS CONSIDERACIONES DEL JUZGADO (3° PENAL DEL CIRCUITO DE MANIZALES)

“...

...

“V.3.- DE LA CONDUCTA PUNIBLE DE CONCUSIÓN

...

VI.3.2.- DE LA RESPONSABILIDAD DE JOSÉ OCTAVIO CARDONA LEÓN.

...

Como evidencias en su contra adujo la Fiscalía la declaración jurada de Hernando Arbeláez Hurtado, quien inicialmente ante la Fiscalía, informó que Nora Quintero le había conseguido dicha cita y en la misma el acusado (Cardona León, anoto) le manifestó que si Discristal quería la prórroga del contrato debía dar dinero para las campañas políticas... Luego rindió testimonio en el juicio oral, por lo que dicha declaración ha de analizarse de cara al universo probatorio.

...en torno a la existencia de la conducta y la responsabilidad de acusado, la Fiscalía **no logró demostrar su teoría del caso** y lo único que quedó luego del dispendioso y agotador debate, fue vacilación, incertidumbre y confusión /Negrillas del texto/.

Y el aspecto basilar de esta determinación, corre por cuenta y riesgo de la Fiscalía, quien no trajo al proceso, evidencia alguna que indicara acerca de la **existencia de un pacto criminal entre los aquí acusados**, en la cual se prevalieran de la condición de...puesto que según la acusación, el ... Gerente de la ILC, determinó a los Doctores FRANCISCO JAVIER LÓPEZ FREANCO y JOSÉ OCTAVIO CARDONA LEÓN a que constriñeran e indujeran a los directivos de DISCRISTAL, para que aceptaran financiar las campañas políticas como condición de la renovación del contrato de la destilera con esta empresa para la distribución de sus productos en el Departamento del Valle del Cauca.- /Negrillas también originales del texto/

Ello indistintamente de la poca o mucha amistad que existiera entre éste y el Gerente de la ILC, o que existieran relaciones comerciales o estrechas relaciones políticas, por pertenecer al mismo grupo político o hicieran parte de una misma colación; pues recuérdese que la fiscalía **no allegó prueba alguna de la existencia del mencionado pacto criminal, bien documental ora testimonial ni mucho menos indiciaria.** /Negrillas del texto, subrayas del suscrito/.

...

“Por el contrario, lo que ilustra la prueba allegada, es la realización de una reunión en la oficina del Dr. Cardona León, en donde de ninguna manera se mencionó la circunstancia de que éste estuviera actuando a nombre del Dr. Fehó Moncada, con el fin de dar solidez a una exigencia o solicitud **de dar o prometer dinero o cualquiera otra utilidad** y lo que es más paradójico aún, sin que de parte del concusionador hubiese provenido exigencia alguna al concusionado./Resaltado del texto/

...

HERNANDO ARBELÁEZ HURTADO... Gerente General Discristal...

...tuvo una reunión con él (Cardona León, anoto) el 18 de febrero de 2008... Esa reunión fue programada por la señora Quintero (Nora, también anoto), funcionaria de la licorera.

Se trataron temas relacionados con política, sobre el contrato de la licorera, etc. Para esa época el Dr. Cardona (José Octavio, también refiero) no era empleado de la Licorera. Que solamente le manifestó que para la renovación del contrato había que pensar en colaborar con campañas políticas, que fue algo muy general, sin mencionar nada más. **Que no hubo exigencias de dinero ni de cifra alguna.** Que lo que allí se habló se lo comentó al señor Humberto, por cuanto no estaba autorizado para dar platas extras, porque al tratarse de colaboración para campañas políticas, esto sería como una donación. **En esa reunión no se llegó a ninguna conclusión. No se especificó para qué campañas había de colaborar. El Dr. Octavio no le dijo que actuaba a nombre de una determinada persona...** /Negritillas del texto, subrayas del suscrito/.

Lo de exigencia de dinero fue un comentario, no se mencionó una suma específica ni campaña política en especial, le dijo

expresamente “ustedes lo que tienen que (sic) hacer es colaborar con las campañas “se habló solamente de la votación que su grupo sacó, en momento algunos e habló que fuera colaboración para su grupo u otro determinado. En ningún momento mencionó que fuera Concejal. Si (sic) se llegó a mencionar fue al margen de lo que se estaba hablando. El actuó como Abogado, como asesor, solamente hizo un análisis del contrato, nunca se habló de honorarios. /Las negrillas son del texto, las sublíneas mías/.

...

...

Y en estas condiciones, debe decirse que de la declaración de Hernando Arbeláez en el juicio, no se desprende conducta alguna susceptible de ser encuadrada en el tipo penal de la concusión.

Como decimos por estas tierras, tiene que hilarse muy delgadito, para concluir de manera cierta y desprevenida, que de lo declarado por aquel se desprende una conducta realizada por José Octavio dirigida a obligar, compeler o forzar a las directivas de Discristal para que dieran dinero o alguna otra utilidad a él o a otras personas; o a instigarlas o persuadirlas a que realizaran determinada acción, o a pretender, pedir o procurar obtener que se le diera o se le prometiera dinero o cualquier utilidad indebida, y no como puede también concluirse, una recomendación o comentario suelto dado por un abogado a un posible cliente o si se quiere ir bien lejos, a un acto preparatorio de una posterior conducta punible /Las líneas son propias/

...

Por eso una de las exigencias normativas en materia de imputación penal es el principio de “**exterioridad de la conducta**”, para sentenciar que el pensamiento es por esencia incoercible y libertario pues se insiste, **EL DERECHO PENAL NO**

CASTIGA LOS MALOS PENSAMIENTOS NI LAS MALAS ACTITUDES. /Negritas del texto/

...

En este estado de cosas, opínese que si bien, las entrevistas pueden ser usadas para impugnar la credibilidad del testigo, en el juicio es claro este testigo de cómo no encontró una verdadera explicación para haber consignado en la declaración jurada, el que el Dr. José Octavio decía estar actuando a nombre del Gerente de la I.L.C. /Subrayo/

...

...

Tuvo conocimiento de la reunión sostenida con el Dr. Octavio, por cuanto estuvo presente en la misma (Nora Quintero, señalo), en razón de la relación que sostiene con el señor Hernando, ya que éste le hizo saber sobre la preocupación que tenía ante la suspensión del contrato como distribuidor y le solicitó y le solicitó su asesoría, motivo por la cual recomendó (Nora Quintero, repito) al Dr. Octavio y al comunicarle de quién se trataba, él aceptó; fue así como se realizó.

...El Dr. Octavio en ningún momento expresó que pudiera lograr la revalidación del contrato, tampoco se comprometió a ello. En la misma no hubo exigencia ni pedido alguno para cualquier efecto. Se habló de honorarios pero no hubo especificación al respecto... /fl. 88 infra ídem/

Manifiesta (Nora Quintero, vuelvo y digo) que en el mes de octubre don Hernando le exteriorizó estar muy apenado por el giro que habían tomado las cosas, luego dialogaron en enero para que le recordara lo sucedido en esa reunión, específicamente que el Dr. Octavio no le había hecho ninguna petición de dinero.- Efectivamente el señor Hernando desconocía hasta última hora con qué persona se iba a reunir, Es clara en afirmar que efectivamente el señor Hernando tenía que buscar asesoría para lograr la renovación del contrato. De esa reunión no tuvo conocimiento el Dr. Fehó. /Subrayo/.

Y luego puntualizó el juez de instancia:

... no deja de causar desazón y turbación, el que si la reunión fue buscada por Nora quien participó activamente en busca de que ella se llevara a cabo de manera efectiva, y si de la misma se derivó una sindicación en contra del Gerente...y de dos particulares más (entre ellos Cardona León, señalo), ¿cuál la razón para que la Fiscalía la haya excluido de la investigación de buenas a primeras?

...

Así las cosas, para este despacho, tanto Hernando como Nora dejan muchas dudas sobre su comportamiento y sobre los reales motivos de la reunión. Aspectos que no pudieron ser esclarecidos en el juicio por parte de la Fiscalía.

...”.

En mi sentir, acertó el juez 1° administrativo al acoger en su integridad el contenido de las sentencias penales, tanto en cuanto hicieron alusión al procesado CARDONA LEÓN de quien, dijo, “se le acusó e imputó el delito de “CONCUSIÓN”, el que, de acuerdo con los hechos probados en el proceso penal no se probó, más allá de toda duda razonable, que lo hubiera cometido, y así fue manifestado por el juez de conocimiento” /pág. 22 de la sentencia, fl. 509 vto cdno 1.2/, e indicando más adelante:

“Teniendo en cuenta las circunstancias fácticas examinadas, resulta claro, que el demandante no se hallaba en la obligación de soportar el daño que el Estado le irrogó, el cual debe ser calificado como antijurídico, asunto que determina la consecuente obligación para la administración de resarcir a los actores, sin que se halle probado que la víctima directa del daño se hubiere expuesto, dolosa o culposamente, al riesgo de ser objeto de la medida de aseguramiento que posteriormente

debió ser revocada, lo que lleva necesariamente a concluir que fue privado injustamente de su libertad...

Es de reiterar que en casos de privación injusta no se reaccrimina la legalidad o ilegalidad de la captura, pues es entendido que bajo el amparo de la ley 906 del 2004, las medidas de aseguramiento proceden bajo un factor objetivo, siendo este el quantum objetivo de la pena a la cual pudiese a llegar ser condenado el imputado; pero se recalca, esto no es lo que se reaccrimina; lo que se castiga es que se tuvo a una persona privada de la libertad, y la Fiscalía no logró traer al juez el convencimiento necesario sobre la ocurrencia del comportamiento punible acusado” /fls. 509 y 510 ídem/.

Bien es cierto que la jurisprudencia nacional en materia de reparación directa por privación injusta de la libertad no ha sido conteste; por el contrario, ha tenido variaciones que han cabalgado entre la falla del servicio y la responsabilidad objetiva, con sus matices, y siempre con intentos de unificación, todo derivado del artículo 90 constitucional, en armonía con el artículo 65 y ss de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, por cuyo ministerio el inciso 1° de aquel precepto dispone,

“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”.

Precisamente el 15 de agosto del 2018, el Consejo de Estado en su Sección Tercera profirió Sentencia de Unificación sobre privación injusta de la libertad (Exp. 2011-00235-01 (46947) con la cual revocaba fallo del Tribunal Administrativo del Risaralda, pero aquella fue dejada sin efecto por sentencia de tutela de 15 de noviembre de 2019 -como se reseña en la providencia de la que me aparto, emitida por la misma Sección Tercera con ponencia del Magistrado Dr. Martín Bermúdez Muñoz (Exp. 11001-03-15-000-2019-00169-01).

En dicha providencia de amparo constitucional se concluyó que se había vulnerado con la sentencia de reparación directa de segunda instancia, el derecho al debido proceso, y de manera particular la “presunción de inocencia”, ordenando que se dictara nueva sentencia de reemplazo, donde se valorara la culpa de la víctima sin violar su presunción de inocencia.

En lo pertinente, el suscrito Magistrado abordará *in extenso* el susodicho fallo de tutela como fundamentación también de mi posición jurídica, similar a la que planteo en el desarrollo de las discusiones de la ponencia cuya sentencia genera esta discrepancia, lo que ameritó algunas modificaciones, pero sin considerar en su dimensión la presunción de inocencia; sin tener en cuenta el contexto de las decisiones del juez natural en materia penal dictadas en favor del demandante, y dándole valor o realce, que califico de desproporcionado, a la reunión (de 18 de febrero de 2008) en la oficina del abogado Cardona León, cuando menos erróneamente interpretada o sin el suficiente respaldo para la expedición de la medida de aseguramiento en contra de aquel, como luego igualmente se expondrá.

En efecto, dijo el juez de tutela de segunda instancia, en los apartados que considero pertinentes:

“...

La decisión del a quo será revocada, para en su lugar ordenar el amparo de los derechos fundamentales de la parte actora, porque la Sala encuentra demostrado que en la sentencia del 15 de agosto de 2018 proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado se incurrió en violación directa del derecho a la presunción de la inocencia consagrado en el artículo 29 de la C.P., debido a que esta Corporación decidió negar las pretensiones de la demanda por haber encontrado probada la culpa exclusiva de la actora, sin considerar que la sentencia penal la declaró inocente.

...

...

19. - En relación con la culpa de la víctima, se advierte que la sentencia objeto de la presente acción de tutela considera que este presupuesto debe ser estudiado en todos los casos. En los precedentes anteriores a esta providencia pueden advertirse dos líneas jurisprudenciales: una, que estima que esta causal de exoneración solo se configura cuando una conducta de la víctima posterior a los hechos y vinculada fundamentalmente a la marcha del proceso penal puede considerarse como la causa de la detención; otra, que considera que ella se configura cuando el sindicado se comportó como sospechoso del delito que se le

imputó para detenerlo, incluyendo dentro de ella conductas preprocesales del sindicato. En este sentido la Subsección B del Consejo de Estado y quienes conforman esta sala de decisión acogieron la primera orientación, desde el fallo proferido el 4 de junio de 2019, con ponencia del magistrado Alberto Montaña Plata en el cual se adoptó una metodología uniforme para resolver este tipo de asuntos.

Sobre este particular, la Subsección B, ha venido sosteniendo:

«Por último, debe establecerse si existió dolo o culpa grave de la víctima, pero advirtiendo que este elemento ha de estudiarse como una circunstancia apropiada para romper la relación de causalidad, y es sobre este aspecto de la responsabilidad que debe versar su análisis; con lo cual es claro que solo si se demuestra que —en el curso del proceso— una conducta de la víctima fue la que determinó su detención, puede darse por probada esta causal de exoneración de responsabilidad.

«En otros términos, es necesario estudiar el dolo o la culpa grave de la víctima como un elemento FÁCTICO vinculado a la relación de causalidad. Si, con base en el estudio de la actitud procesal del sindicato se acredita que no existió, este elemento se deshecha. Al no estar probado que el HECHO de la víctima fue causa del daño, este estudio es suficiente para descartar esta forma de exoneración de la entidad estatal.» (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de veinticuatro (24) de octubre de dos mil diecinueve (2019), (54167).

20.- En la acción de tutela se invoca la presunción de inocencia como derecho constitucional violado, porque se estima que en la sentencia objeto del amparo se negó la indemnización reclamada por el demandante debido a que se probó la «culpa de la víctima» desconociendo que esta fue absuelta por la justicia penal, la cual determinó que la conducta que se le imputó al detenerla era atípica. /Todo el resaltado es mío/

21.- Con base en las consideraciones expuestas en la sentencia tutelada, es claro que en ella se consideró que la detención de la demandante se originó en su propia conducta, sin desconocer que la misma no era constitutiva de delito; se concluyó, sin embargo, que la conducta desarrollada por la demandante era irregular por imponer a la víctima unas condiciones inadecuadas, y por desconocer la normativa que indicaba que a quien debía cobrarse la comisión por conseguir un empleo era al patrono y no al trabajador. Con base en la constatación de esa irregularidad, la Sala determinó que su conducta permitió inferir su ánimo de controlar o someter a trabajo forzado a otra persona, y estableció que fue esa conducta la que causó efectivamente la apertura de la investigación y determinó la imposición de la medida de aseguramiento. En lo pertinente del fallo tutelado se expresa...

<<...

...>>

22.- ... el problema jurídico a resolver debe precisarse en los siguientes términos: ¿puede el Juez de la responsabilidad exonerar al Estado con base en la culpa de la víctima, construida a partir de su conducta preprocesal sin violar directamente su derecho al debido proceso y sin vulnerar su presunción de inocencia, cuando la Fiscalía, precluyó la investigación por atipicidad de la conducta en una decisión ejecutoriada que hizo tránsito a cosa juzgada? Para la Sala se impone una respuesta negativa al anterior interrogante por las razones que se exponen a continuación.

D.- La violación del derecho fundamental al debido proceso (violación directa de la C.P.) derivada del desconocimiento de la cosa juzgada, el juez natural y la presunción de inocencia de la accionante.

23.- Sobre la violación directa de la Constitución Política como causal de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales ha señalado la Corte Constitucional:

«(...) otra de las causales que hacen procedente la acción de tutela contra una providencia judicial es el desconocimiento, por parte del operador judicial, de principios o mandatos establecidos en la Constitución. Es así como desde sus inicios, esta Corte señaló que, a pesar de que esta causal tenía una directa relación con el defecto sustantivo o el desconocimiento de/precedente, debía ser considerada en sí misma como un defecto autónomo e independiente.

5.2. Al respecto, se indicó en la sentencia T-369 de 2015, lo siguiente: "En efecto, esta causal de procedencia de la acción de tutela encuentra fundamento en que el actual modelo de ordenamiento constitucional reconoce valor normativo a los preceptos superiores, de tal forma que contienen mandatos y previsiones de aplicación directa por las distintas autoridades y, en determinados eventos, por los particulares. En consecuencia, resulta plenamente factible que una decisión judicial pueda cuestionarse a través de la acción de tutela cuando desconoce o aplica indebida e irrazonablemente tales postulados", confirmando lo ya indicado años anteriores en cuanto a que "[l]a exigencia de razonabilidad y de proporcionalidad en el proceso interpretativo y en los resultados de la interpretación, precisamente llama la atención acerca del papel que le corresponde a la Carta en la aplicación de la ley y, por eso, reiteradamente la jurisprudencia ha hecho énfasis en que las decisiones judiciales 'vulneran directamente la Constitución' cuando el juez realiza 'una interpretación de la normatividad evidentemente contraria a la Constitución' y también cuando 'el juez se abstenga de aplicar la excepción de inconstitucionalidad en un caso en el cual, de no hacerlo, la decisión quebrantaría preceptos constitucionales'".

5.3. Como consecuencia de lo anterior, la Corte Constitucional ha establecido jurisprudencialmente que dicho defecto puede configurarse al presentarse alguno de los siguientes supuestos:

"(i) cuando se deja de aplicar una disposición constitucional en el caso; (ii) cuando la interpretación que realiza el juez de la norma en el caso concreto es abiertamente inconstitucional y, (iii) cuando el operador judicial omite hacer uso de la excepción de inconstitucionalidad, prevista para garantizar la supremacía constitucional, siempre que así haya sido solicitando dentro del proceso. Lo anterior se fundamenta, en el principio de supremacía constitucional, en tanto esta última contiene principios y mandatos que son de aplicación directa por parte de cualquier autoridad, incluyendo a los operadores judiciales dentro de sus providencias, normas jurídicas que no pueden desconocer que la norma de normas." (...)»(Corte Constitucional. Sentencia T-393 de 2017. M.P.: Dra. Cristina Pardo Schlesinger)

24.-. A partir de lo anterior, la Sala estima que la sentencia objeto de tutela **violó directamente el derecho fundamental de la demandante a que se respetara la presunción de inocencia** establecida a su favor a partir de la decisión que la absolvió de responsabilidad por considerar que la conducta imputada era atípica, decisión que fue adoptada por el funcionario penal competente y que tiene fuerza de cosa juzgada.

25.- La valoración de la conducta preprocesal es competencia exclusiva del juez penal. **Si el juez de la responsabilidad estatal concluye que la detención de la demandante fue generada por su propia conducta, no sólo invade competencias de otras jurisdicciones, sino que desconoce la decisión penal absolutoria porque implica considerar, de acuerdo con una de las líneas jurisprudenciales antes expuestas, que al desplegar su conducta obró como sospechosa de estar cometiendo un delito** (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, Sentencia de 15 de agosto de 2018, exp. 46947) **y determinó que la Fiscalía abriera la investigación y ordenara su detención.** A tal conclusión sólo puede llegarse desconociendo la decisión penal que la declaró inocente, porque, conforme con ella, los hechos no constituían delito de acuerdo con la ley vigente en el momento en que ocurrieron.

26.- Sin necesidad de examinar los elementos específicos de la culpa como causal de exoneración de responsabilidad por privación de la libertad (El artículo 70 de la Ley 270 de 1996 dispone lo siguiente sobre la culpa exclusiva de la víctima como causal de exoneración de responsabilidad: «ARTICULO 70. CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA. El daño se entenderá como debido a culpa exclusiva de la víctima cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo, o no haya interpuesto los recursos de ley. En estos eventos se exonerará de responsabilidad al Estado.» resulta claro que la detención de la accionante como consecuencia de una conducta que no estaba calificada como

delito en la ley cuando ocurrieron los hechos, tiene como causa exclusiva la apreciación equivocada de la autoridad que la ordena: esa consecuencia no puede atribuírsele a la propia detenida porque ello implicaría desconocer que para ordenar la detención de una persona, el presupuesto esencial o determinante es que la autoridad le impute la comisión de un *delito*.

27.- Si por un hecho que no está calificado por la ley como delito se detiene a una persona y la propia justicia penal lo reconoce en un fallo declarando su inocencia por tal razón, es evidente que al declarar judicialmente que la detención no fue generada por la apreciación equivocada de la Fiscalía, sino porque sus conductas preprocesales la generaron, se está desconociendo tal decisión y se está violando la presunción de inocencia derivada de la misma porque se está tratando como culpable a quien la justicia ya había declarado inocente. Cuando la Sala determinó que la conducta preprocesal de la demandante la hizo culpable de su detención, desconoció la presunción de inocencia y trasladó a un particular inocente la responsabilidad por el ejercicio indebido del *ius puniendi* del Estado.

28.- La decisión del Juez de la responsabilidad en la que se exonera al demandado por considerar que el daño fue causado por la *culpa exclusiva de la víctima*, en el simple campo de la causalidad, está indicando que, de las dos circunstancias que precedieron la orden de detención -(i) el comportamiento del sindicado y (ii) la decisión de detenerlo en una providencia judicial-, es la primera la que debe considerarse como *causa* del daño. Y esa determinación, que fue la adoptada en el fallo objeto de tutela, que exoneró al Estado porque el daño fue causado por la culpa exclusiva de la víctima, desconoció la decisión penal con efectos de cosa juzgada en la que se declaró inocente a la demandante por la atipicidad de la conducta.

29.- Ese razonamiento surge de la aplicación de la teoría de la causalidad adecuada de acuerdo con la cual la jurisprudencia no considera como causa jurídica del daño «(...) sino la actividad

que, entre las concurrentes, ha desempeñado un papel preponderante y trascendente en la realización del perjuicio (...)»(C.S.J., Sentencia del 30 de abril de 1976) y agrega que es «(...) necesario es que exista conexión causal *jurídicamente relevante* entre un evento dañoso que lesionó a quien exige ser reparado y como causa u origen de ese mismo evento dañoso (...)»(C.S.J., Sentencia del 23 de noviembre de 1990).

30.- La misma idea, a partir de la cual es claro que el derecho a la presunción de inocencia resulta protegido con las reglas que definen el estudio de la culpa de la víctima como causal de exoneración de responsabilidad del Estado, se explica en la teoría de la imputación objetiva, que se refiere al «traslado del riesgo a un ámbito de responsabilidad ajeno», punto en el que se anota: «(...)cuando el riesgo se realiza, el deber de seguridad que tenía la persona que ha originado el peligro se ha trasladado a un ámbito de responsabilidad ajeno. (...) En el momento en que el riesgo se realiza, éste era administrado por otro, había entrado en su ámbito de responsabilidad. (...) Con base en la asignación de funciones, la sociedad delimita los ámbitos de responsabilidad, en el sentido de que su titular sólo está obligado a lo que le compete dentro de las expectativas que le genera el estatus. Lo demás no le concierne. El rol asignado establece pautas de comportamiento para la administración de esos riesgos, y si el ciudadano se comporta dentro de esos parámetros, no defrauda las expectativas sociales. (...)» (Claudia López Díaz, Introducción a la Responsabilidad Objetiva, Universidad Externado de Colombia, página 84).

31.- La misma teoría se refiere a la *prohibición de regreso*, de acuerdo con la cual se interrumpe el nexo de causalidad cuando entre la acción u omisión de una persona y el resultado se interpone el comportamiento de otra que debe considerarse como el autor del daño: «(...) [l]a posibilidad de imputación termina cuando el sujeto pierde el dominio sobre el suceso; cuando ya no cuenta con la oportunidad de intervenir en la dirección del acontecimiento. (...)» (Ibídem, página 133).

32.- Esta prohibición de regreso también aplica en los casos de privación injusta de la libertad. En este tipo de asuntos, la decisión que pudo generar el daño se produjo en el marco de un proceso, y, en consecuencia, tal la prohibición implica considerar que las únicas conductas de la víctima aptas para romper el nexo entre esa decisión y el daño, suceden en el marco del mismo proceso y no antes de él. La Sala, en consecuencia, debió valorar si la imposición de la medida de aseguramiento fue causada por la actuación procesal de la señora Ríos, pues ninguno de los juicios necesarios para examinar los elementos de la responsabilidad la autorizaba, como juez administrativo, a reemplazar al funcionario judicial penal. La Sala no podía, tampoco, desconocer el derecho a la presunción de inocencia de la señora Ríos, que en este caso se traducía en el derecho a no ser tratada como si ella fuera culpable, por sus conductas preprocesales, de la detención que se le impuso.

33.- Si el Juez penal declaró *inocente* a la demandante porque el delito que le imputó al detenerla no estaba previsto como tal en la ley y el Juez de la responsabilidad afirmó que la demandante, con esa misma conducta, generó su detención, no cabe duda de que este último violó el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

34.- La regla de la presunción de inocencia que aparece expresamente prevista en la Constitución Política como una garantía del derecho fundamental al debido proceso («ARTICULO 29...») impone a todos -sobre todo a las autoridades públicas (dentro de las cuales principalmente están los Jueces)- la obligación de tratar como inocente a quien no haya sido condenado penalmente por un delito, punto en el cual la Ley 600 de 2000 establece en su artículo 71 que «toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal mientras no se produzca una sentencia condenatoria definitiva sobre su responsabilidad penal» y que el artículo 71 de la Ley 906 de 2004 consagra en los siguientes términos «toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en

firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal».

35.- Esa regla se desconoce al tratar como sospechosa a la demandante, y por tal razón negarle el derecho a la reparación del daño sufrido con su privación de la libertad. Si bien la sentencia en el acápite 4.3 estudió la presunción de inocencia, lo hizo en el marco del proceso penal, pero no la garantizó en el proceso contencioso administrativo. Al determinar que la víctima fue culpable de su detención, con base en la misma conducta que el juez penal ya había considerado atípica, la propia sentencia sí violó su presunción de inocencia; no bastaba anunciar teóricamente que la presunción de inocencia de la demandante seguía intacta: era necesario tratarla como inocente, pues ese es el alcance de este derecho que nuestra Constitución Política consagra como derecho fundamental.

36.- Nuestra jurisprudencia señala que «el detenido preventivamente debe seguir siendo tratado como una persona inocente en todos los ámbitos pues el hecho de que en su contra se haya dictado una medida de aseguramiento privativa de la libertad no equivale en modo alguno a una condena» (C-289-12).

37.- El Tribunal Supremo Español, refiriéndose al principio de presunción de inocencia consagrado también como derecho fundamental en su Constitución, señala:

«Opera en las situaciones extraprocesales y constituye el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no participe en hechos de carácter delictivo o análogos a éstos y determina por ende el derecho a que no se apliquen las consecuencias o los efectos jurídicos anudados a hechos de tal naturaleza en las relaciones jurídicas de todo tipo» (STC 109/1986, FJ 1). "Una vez consagrada constitucionalmente, la presunción de inocencia ha dejado de ser un principio general del derecho que ha de informar la actividad judicial para convertirse en un derecho fundamental que vincula todos los poderes públicos y es de aplicación inmediata" (STC/138/1992). "El derecho a la presunción de inocencia no puede entenderse reducido al estricto campo del enjuiciamiento de conductas presuntamente delictivas, sino que debe entenderse que preside también la adopción de cualquier resolución tanto administrativa como

jurisdiccional, que se base en la condición o conducta de las personas y de cuya apreciación se derive un resultado sancionatorio para las mismas, o limitativo de sus derechos» (STC 13/1982, Fj4) (Tomado de Rubio Llorente Francisco, Derechos fundamentales y principios constitucionales (doctrina jurisprudencial) Ariel Derecho, Barcelona 1995, p 355 y S.S)

38.- Y en la reciente sentencia dictada el 19 de julio de 2019, el Tribunal Constitucional Español, al pronunciarse sobre la constitucionalidad de la limitación de la responsabilidad patrimonial del Estado por la privación de la libertad en relación con el supuesto de la "inexistencia del hecho imputado", indicó sobre la presunción de inocencia:

«(...) En términos generales, la finalidad de esta dimensión, que opera como garantía de efectividad del derecho a la presunción de inocencia, es evitar que los funcionarios y las autoridades públicas traten a las personas que han sido absueltas de cargos penales o cuyos procesos penales han sido sobreseídos como si fueran de hecho culpables de la acusación formulada en su contra (por todas, STEDH –Gran Sala– de 12 de julio de 2013, asunto Al/en c. Reino Unido, § 94). El ámbito de aplicación del derecho a la presunción de inocencia del art. 6.2 CEDH en esta vertiente se extiende a procesos posteriores a la absolución o archivo en los que se ventilan cuestiones que constituyen un corolario y un complemento de los procesos penales, entre los que el Tribunal Europeo sitúa la vía procedimental del art. 294 LOPJ para reclamar al Estado una indemnización por la prisión provisional sufrida no seguida de condena (SSTEDH de 25 de abril de 2006, asunto Puig Panel/a c. España, § 50; de 13 de julio de 2010, asunto Tendam c. España, § 36, y de 16 de febrero de 2016, asuntos acumulados Vlieeland Boddy y Marcelo Lanni c. España, § 39).

Como precisa el tribunal de Estrasburgo (STEDH de 16 de febrero de 2016, asunto Vlieeland Boddy, §§ 38-40) y recuerda la STC 8/2017, FJ 7, "se menosprecia la presunción de inocencia si una decisión judicial que afecta a un procesado refleja la sensación de que es culpable, cuando en realidad su culpabilidad no ha sido previamente establecida legalmente. (...)» (Tribunal Constitucional Español. Cuestión interna de inconstitucionalidad núm. 4314-2018. Sentencia del 19 de julio de 2019).

39.- En ese mismo sentido, el Tribunal Constitucional Español enfatizó que limitar la responsabilidad patrimonial del Estado por privación de la libertad al evento de la inexistencia del hecho delictivo:

«(...) conduce a estimar que dicha resolución vulnera el derecho a la presunción de inocencia, pues emite sospechas sobre la culpabilidad del recurrente y utiliza la referencia a dicho derecho como elemento integrador de la relación de causalidad del daño producido en el ámbito de la responsabilidad patrimonial, lo que se estima inadecuado, pues para determinar si concurre o no la responsabilidad de la Administración de justicia por prisión provisional no podrán utilizarse argumentos que ni directa ni indirectamente afecten a la presunción de inocencia»(STC 8/2017, FJ 7)»(Ibídem).

40.- La regla de presunción de inocencia exige un esfuerzo de imparcialidad del Juez de la responsabilidad y, tal y como lo ha señalado la Corte Constitucional, le impone la prohibición de dudar de la inocencia de la víctima de la privación de la libertad que ha sido exonerada en una sentencia proferida por el Juez Penal.

«(...) La presunción de inocencia es una de las columnas sobre las cuales se configura el Estado de Derecho y es, de igual modo, uno de los pilares fundamentales de las democracias modernas. Su significado práctico consiste en que quien ha sido imputado de haber cometido un delito se presume inocente hasta tanto no se haya demostrado lo contrario mediante sentencia debidamente ejecutoriada...

"La Comisión cita la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos y se refiere en los siguientes términos a la exigencia de imparcialidad del juez:

«La imparcialidad supone que el Tribunal o juez no tiene opiniones sobre el caso sub judice y, en particular, no presume la culpabilidad del acusado.»

"En efecto, es factible que el juez tenga una precomprensión - todo juez la tiene -; es posible que tenga una primera impresión o una corazonada con respecto al caso sobre el cual ha de dictar sentencia. No obstante, todo juez debe estar dispuesto a reconocer tal precomprensión y debe estar listo a hacer el mayor esfuerzo por obrar de la manera más imparcial posible. Ser imparcial, por consiguiente, no significa no tener precomprensión - algo que ningún humano puede dejar de tener—. Implica, más bien, moderar esa precomprensión ajustándola al derecho a la 15 Tribunal Constitucional Español. Cuestión interna de inconstitucionalidad núm. 4314-2018. Sentencia del 19 de julio de 2019.presunción de inocencia, a la garantía de libertad y al derecho de

defensa y contradicción, acomodándola a estos derechos de los que goza toda persona que ha sido acusada de haber cometido un delito cuando aún no obra contra ella una sentencia debidamente ejecutoriada que determine su culpabilidad...» (Corte Constitucional. Sentencia T-827-05).

41.- Aunque en la sentencia de responsabilidad estatal se afirmó repetidas veces que la valoración de la culpa de la señora Ríos se hizo desde criterios propios del juez de la responsabilidad patrimonial, lo cierto es que la Sala adjudicó consecuencias penales a la misma conducta preprocesal que ya había sido valorada por el funcionario judicial competente para declararla inocente. En la sentencia de 15 de agosto de 2018 (exp. 46947), en efecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado limitó los derechos de la señora Ríos a la reparación, porque creó sospechas sobre su culpabilidad mediante la utilización de afirmaciones y argumentos contruidos en detrimento de su derecho fundamental a la presunción de inocencia.

42.- En definitiva, la Sección Tercera determinó que la señora Ríos tuvo la culpa de ser detenida, pues su conducta preprocesal, (la misma por la que ya había sido declarada inocente penalmente), fue la causa eficiente de la privación de su libertad, y, en consecuencia, del daño cuya indemnización pretendía.

43.- Así las cosas, la Sala encuentra que se configuró el defecto de violación directa de la Constitución por el desconocimiento del artículo 29, razón suficiente para relevarla del estudio del segundo defecto alegado. /Cursivas y algunas negrillas del texto, Subrayas del suscrito Magistrado)

Si nos atuviéramos a lo que se indicó en la Sentencia de Unificación de 15 de agosto de 2018, la que fuera dejada sin efectos por fallo de tutela, como se dejó visto, aquella acogida por otra Sentencia de Unificación de la misma Sección Tercera del mismo Consejo de Estado (Exp. 73001-23-31-000-2009-00133-01(44572) de 18 de julio de 2019, M.P. Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera), para el juez se tornaba “imprescindible” verificar, “en primer lugar, si quien fue privado de la libertad incidió en la generación el daño alegado, por haber actuado con culpa grave o dolo...”

/resalto/ conforme a la concepción del artículo 63 del Código Civil, lo que, de ser afirmativo, se traduciría en “culpa exclusiva” del detenido (Art. 70 Ley 270/96) para eximir de responsabilidad al Estado, lo que, itero, no podía ser de recibo en el sub-iúdice, pero a lo cual le dio capital importancia la mayoría de la Sala; pero si se admitiera la tesis, ésta, de un lado, no era aplicable al caso concreto por haber sido posterior la sentencia de unificación; y por el otro, la misma debía incorporarse o retrotraerse también al momento de resolver sobre la medida de aseguramiento, y no haberse atendido el funcionario judicial a la sola manifestación del denunciador; empero, insisto, se trataba de épocas bien diferentes o distantes.

También debe decirse que la medida de aseguramiento dictada por el juzgado de control de garantías contra el Dr. José Octavio Cardona no se atemperó, *strictu sensu*, a los dictados del artículo 308 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), teniendo en cuenta lo que expuso, debidamente sustentada, la justicia penal, en el sentido que faltaron elementos básicos para haber determinado la responsabilidad o culpabilidad que pudo tener el entonces Concejal, lo que estimo, era esencial también para adoptar el temprano instrumento cautelar solicitado por el órgano investigador, como era el testimonio de la señora NORA QUINTERO (que bastante echó de menos el juzgador penal), que como se resaltó, no se produjo, el que, en mi criterio, era fundamental para haber corroborado lo dicho por el denunciador Arbeláez Hurtado contra el señor Cardona León, máxime si se tiene en cuenta que en la multicitada reunión de 18 de febrero de 2008, además del inculcado y del denunciante, solo estuvo presente la señora QUINTERO, y quien más que nadie, pudo aportarle elementos de juicio a la Fiscalía y también al juez de garantías para haber adoptado la decisión de cautela, fuera de ello, la reunión con el togado fue propiciada por la mencionada ciudadana.

Ahora; dejada sin efectos la Sentencia de Unificación a la cual se ha hecho amplia referencia, debía acogerse lo que ya había expuesto la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, esto es, que cuando una persona privada de la libertad era absuelta porque el hecho investigado no existió, o porque no constituía delito, o porque el mismo inculcado no lo cometió, o porque quedaba libre en virtud del principio *in dubio pro reo* -que como opción también planteó el tribunal superior aludido-, debía hacerse o declararse responsable al Estado por privación injusta de la libertad.

Ahora; sugerir que la reunión realizada en la oficina del abogado Cardona León ese 18 de febrero (“*Siempre estuvo en medio de la discusión, la reunión que se llevó a cabo*

en la oficina del señor Cardona León, sin que quedara claro por qué razón éste dirigió dicha reunión, cuál era su relación con la ILC, cuál con Discristal... para esta Sala resulta claro que los hechos antes referidos, pusieron al hoy demandante en condición no sólo de ser investigado por parte de la Fiscalía General de la Nación, sino de imponérsele medida de aseguramiento por la naturaleza del delito y las condiciones en que se le imputó el mismo. / Así pues, es necesario recordar que cuando se dictó la medida de aseguramiento en contra del señor José Octavio Cardona León por el delito de concusión, éste ostentaba la calidad de servidor público, al ser concejal del municipio de Manizales y no sólo eso: se reunió con el gerente de una distribuidora de licores que tenía un contrato con la ILC, estando presente, además, una funcionaria de la empresa en mención, reunión en la que, según denuncia penal legalmente formulada por uno de los partícipes de la reunión, se tocó el tema de un contrato que se venía ejecutando, con base en todo lo cual el Juez competente para ello impuso la medida de aseguramiento, con la reunión de las condiciones procesalmente exigibles para ello para la época de los hechos”(págs. 37-38 de la sentencia de la que me aparto)), y los temas allí tratados, lo ponían en entredicho, o generaba cierto grado de culpabilidad, no solo va contra lo expuesto claramente en la sentencia de tutela aludida, sino que es desconocer lo que realmente aconteció, que se trató de una reunión de asesoría jurídica -con respecto a la prórroga de un contrato de distribución de licores-, y sin que en modo alguno pudiera deducirse algún tipo de comprometimiento por los temas generales allí planteados (v. gr. aportes a campañas políticas), lo que, ni por asomo, podía constituir razón suficiente, por su generalidad, para privar de la libertad con respecto a quien se hallaba en una labor de orientación jurídica, así el señor Arbeláez hubiese interpretado erróneamente, como luego lo reconociera, la supuesta comisión de un delito (concusión).

Como todo operador de justicia, el funcionario penal debe tener sumo cuidado al momento de disponer sobre la limitación de un derecho fundamental como lo es el de la libertad personal, como acontece cuando se expide una medida de aseguramiento con detención preventiva, que en el caso particular, afectó de manera grave o desmedida ese bien jurídico del que es titular Dr. Cardona León, y en ese orden debía darse aplicación al artículo 68 de la Ley 270/96, al haber sido injusta la privación de la libertad.

Con todo, el demandante CARDONA LEÓN no se hallaba en el deber jurídico de soportar la carga de privación injusta de libertad, por lo que se incurrió en desconocimiento de los artículos 90 constitucional y 68 de la Ley 270 de 1996, así como la jurisprudencia

anterior, razones por las cuales ha debido confirmarse, en lo fundamental, la sentencia del juez 1° Administrativo de Manizales.

Es mi criterio,



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

Data, ut supra