

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Jairo Ángel Gómez Peña

Manizales, ocho (8) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

Radicación:	17 001 23 33 000 2020 00253 00
Clase:	Acción Popular
Accionante:	Sebastián Martínez Flórez y otro
Demandado:	Corpocaldas

Mediante auto del 3 de noviembre de 2020, se concedió a la parte actora un término de tres (3) días, so pena de rechazo, para que subsanara la demanda en los siguientes defectos formales:

- 1. Deberá indicar el canal digital donde debe ser notificada la parte **accionante**.*
- 2. Comoquiera que una de las pretensiones de la demanda está dirigida al municipio de Neira Caldas, y dado que dicho ente territorial no figura como parte accionada en este caso, deberá adecuar dicha pretensión en lo pertinente.*
- 3. Deberá aportar la prueba de la reclamación administrativa frente a Corpocaldas, comoquiera que la misma no obra en el expediente digital.*
- 4. Deberá aportar la copia del Oficio Nro. SP-0189 -20 del 19 de febrero de 2020, anunciado en el acápite de pruebas y no anexado a la demanda.*
- 5. Deberá señalar concretamente el lugar donde solicita que se practique la inspección judicial a que refiere en el acápite de pruebas de la demanda.*
- 6. Deberá acreditar el envío de la demanda y sus anexos, por medio electrónico, a la parte accionada, con las correcciones ordenadas en los numerales 1 a 5, ya referidos.*

[...]

Transcurrido el término legal conferido para tal efecto, la parte actora allegó escrito de corrección de la demanda; sin embargo, visto el memorial aportado por la parte accionante con el fin de acreditar la reclamación administrativa ante Corpocaldas como requisito de procedibilidad de la demanda, el Despacho advierte que el mismo no tiene fecha de elaboración y tampoco se allega constancia de la data en que aquel fue radicado ante la Corporación accionada, lo cual resulta legalmente exigible a fin de establecer si la reclamación se hizo antes de la presentación de la demanda, toda vez que eso es justamente el propósito que se persigue con tal previsión normativa, en orden a no sorprender a la administración en sede judicial con pretensiones respecto de las cuales no tuvo oportunidad de pronunciarse en sede administrativa.

Siendo ello así, ante el incumplimiento del requisito previo de la demanda, procedería dar aplicación a la consecuencia jurídica prevista en el artículo 20 de la Ley 472 de

1998 y, en tal sentido, rechazar la demanda de la referencia; no obstante, considerando la naturaleza del medio de control y los intereses colectivos que se encuentran de por medio, se estima necesario requerir a la parte demandante para que, dentro del término de tres (3) días siguientes a la notificación de este auto, aporte con destino a este proceso, copia de la reclamación administrativa ante Corpocaldas en la cual se acredite y sea observable la fecha de radicación de la misma ante la entidad, con el respectivo sello o constancia de recibido. Lo anterior, so pena de rechazo de la demanda.

Notifíquese y cúmplase

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Jairo Ángel Gómez Peña', is displayed on a light gray rectangular background.

**Jairo Ángel Gómez Peña
Magistrado**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

A.I. 14

Manizales, cinco (5) de febrero dos mil veintiuno (2021)

Radicación:	17 001 23 33 000 2021 00023 00
Clase:	Control Inmediato de Legalidad
Entidad Territorial:	Municipio de Victoria, Departamento de Caldas
Acto Administrativo sometido a control	Decreto número 012 de 1 de febrero de 2021

I. Asunto a tratar y normativa aplicable

De conformidad con el contenido de los artículos 20 de la Ley 137 de 1994, y 136 y 185 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante CPACA), procede este Despacho a decidir si avoca o no conocimiento del medio de control inmediato de legalidad del decreto número 012 de 1 de Febrero de 2021, expedido por señor el Alcalde del Municipio de Victoria - Caldas.

II. Antecedentes

El pasado 17 de marzo de 2020, el Presidente de la República profirió el Decreto 417, “*Por el cual se declara un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional*”, ello, como consecuencia de la pandemia originada por el COVID-19 (Coronavirus). Posteriormente fueron expedidos otros Decretos Legislativos que han complementado la arquitectura normativa del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica.

Así mismo, el 6 de mayo de 2020 el Presidente de la República profirió el Decreto 637, “*Por el cual se declara un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional*”, igualmente como consecuencia de la pandemia originada por el COVID-19 (Coronavirus), profiriéndose con posterioridad decretos relacionados con ello.

Dicho Estado de Excepción, constitucionalmente previsto, genera la posibilidad de que las autoridades territoriales (Departamentales, municipales y distritales) expidan actos administrativos de carácter general, con el propósito de desarrollar los decretos legislativos expedidos durante el lapso de vigencia del mismo, normas que, según establece el artículo 20 de la Ley 137 de 1994 y el 136 del CPACA, tendrán un control

inmediato de legalidad, ejercido por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en el lugar donde se expidan, si se tratare de entidades territoriales, en este caso, por el Tribunal Administrativo de Caldas

Con fundamento en lo anterior, verifica el Despacho que la *Oficina Judicial - Seccional Manizales*, mediante Acta Individual de Reparto de fecha 3 de febrero de 2021, bajo la radicación 17- 001- 23 - 33 - 000 - 2021 - 00023 - 00, le asignó por reparto, en el Grupo de medio de control de *Control de Legalidad de Actos Administrativos*, el Decreto número 012 de 1 de febrero de 2021 *“Por medio del cual se toman medidas transitorias para controlar la propagación del COVID – 19 en el municipio de Victoria, Caldas y se adoptan otras disposiciones”*, proferido por el alcalde municipal del Victoria – Caldas.

Procede entonces el Despacho a estudiar si, en verdad, dicho decreto ha de tener el control automático de legalidad consagrado en el artículo 20 de la Ley 137 de 1994 y 136 del CPACA, por corresponder a medidas o actos administrativos de carácter general dictados en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos durante los Estados de Excepción.

III. Consideraciones

Es competente el Tribunal Administrativo de Caldas, en única instancia, para asumir el conocimiento del presente asunto, en virtud de lo consagrado en el artículo 20 de la Ley 137 de 1994 y los artículos 136 y 151, numeral 14, del CPACA.

El artículo 20 de la Ley 137 de 1994, *“Por la cual se reglamentan los Estados de Excepción en Colombia”*, establece, con relación al control de legalidad respecto de las medidas adoptadas en desarrollo de los estados de excepción, lo siguiente:

“Artículo 20. Control de legalidad. Las medidas de carácter general que sean dictadas en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos durante los Estados de Excepción, tendrán un control inmediato de legalidad, ejercido por la autoridad de lo contencioso administrativo en el lugar donde se expidan si se tratare de entidades territoriales o del Consejo de Estado si emanaren de autoridades nacionales.

Las autoridades competentes que los expidan enviarán los actos administrativos a la jurisdicción contencioso-administrativa indicada, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a su expedición.

El artículo 136 del CPACA, literalmente, establece:

Artículo 136. Control inmediato de legalidad. Las medidas de carácter general que sean dictadas en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos durante los Estados de Excepción, tendrán un control inmediato de legalidad, ejercido por la Jurisdicción de lo Contencioso

Administrativo en el lugar donde se expidan, si se tratare de entidades territoriales, o del Consejo de Estado si emanaren de autoridades nacionales, de acuerdo con las reglas de competencia establecidas en este Código.

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

En comienzo, es del caso rememorar que el artículo 215 de la Constitución Política autoriza al Presidente de la República a declarar el Estado de Emergencia por períodos hasta de treinta días que, sumados, no podrán exceder de 90 días en el año calendario, cuandoquiera que se presenten circunstancias distintas a las previstas en los artículos 212 (guerra exterior) y 213 (conmoción interior), que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social, ecológico del país, o constituyan grave calamidad pública.

En presencia del ya mencionado acervo normativo, la labor que a continuación debe asumir el Despacho, se contrae a determinar la respuesta a dos preguntas esenciales (i) ¿el acto administrativo materia de examen es de carácter general, proferido en ejercicio de la función administrativa?, y (ii) ¿el acto administrativo a estudiar ha sido expedido, en efecto, como desarrollo de los decretos legislativos dictados en el curso del actual estado de excepción?

Primer interrogante: ¿el acto administrativo materia de examen es de carácter general, proferido en ejercicio de la función administrativa?

Para el Despacho resulta imprescindible revisar cuidadosamente el medio de *Control de Legalidad de Actos Administrativos*, respecto del Decreto número 012 de 1 de febrero de 2021 “*Por medio del cual se toman medidas transitorias para controlar la propagación del COVID – 19 en el municipio de Victoria, Caldas y se adoptan otras disposiciones*”; y al examinar cada uno de sus artículos, el Despacho corrobora la estirpe general, impersonal y abstracta de cada uno de ellos y el ejercicio que el señor Alcalde del municipio de Victoria hace de la función administrativa que le es propia, en virtud de las funciones, facultades y atribuciones constitucionales, legales y reglamentarias, todo ello, en el ámbito de lo consagrado en el título VII, capítulo V, artículos 209 a 211 de la Constitución Política.

Por ello, el Despacho considera acreditado el primer requisito que se debe acreditar para que sea procedente el control del decreto bajo examen.

Segundo interrogante: ¿el decreto materia de examen ha sido expedido, en efecto, como desarrollo de los decretos legislativos dictados en el curso del actual estado de excepción, y cuál es procedimiento a seguir?

Al analizar el contenido del Decreto 012 de 1 de febrero de 2021 proferido por el Alcalde municipal de Victoria, Caldas, advierte el Despacho que el objetivo de éste es adoptar medidas transitorias para controlar la propagación del Covid – 19 en el municipio de Victoria – Caldas.

El Decreto 012 de 1 de febrero de 2021 se profiere en virtud de las facultades legales y constitucionales en especial las conferidas por *“el literal a) y literal c del numeral 2 del literal B del Artículo 91 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 29 de la ley 1551 de 2012, ley 670 de 2001, artículo 29, 30 y numerales 6 y 7 del artículo 202 de la ley 1801 de 2016”*.

En su parte considerativa cita el Decreto 039 del 14 de enero de 2021, expedido por el Gobierno Nacional *“por el cual se imparten instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del Coronavirus COVID -19, y el mantenimiento del orden público, y se decreta el aislamiento selectivo con distanciamiento individual responsable, entre el 16 de enero de 2021 hasta el 1 de marzo de 2021.”*; y aclara que, a pesar de que el Ministerio del Interior autorizó al municipio de Victoria, Caldas, los planes pilotos para (i) establecimientos y locales comerciales que presten servicio de restaurante o bares, para el consumo de bebidas embriagantes dentro del establecimiento o local, se debe regular la prestación de dicho servicio con el fin de evitar el aumento en la propagación del virus Covid-19 en el municipio.

En la parte resolutive del Decreto en cita, se decreta la restricción a la movilidad de las personas y vehículos en todo el territorio que corresponde al Municipio de Victoria, Caldas desde el 01 de febrero de 2021 hasta el 28 de febrero de 2021, en el siguiente horario: Desde las 12:00 am hasta las 5:00 am del día siguiente. En el caso de los menores de edad la restricción a la movilidad será desde las 10:00 pm. Así mismo, se limita el horario de funcionamiento de los establecimientos de comercio desde el 01 al 28 de febrero de 2021, desde las 6:00 am a 11:30 pm, hora en la que deben quedar cerrados todos los establecimientos de comercio. Los establecimientos de comercio deberán apagar la música a las 11:00 P.M., por todo el mes de febrero de 2021. El expendio y consumo de bebidas embriagantes en establecimientos de comercio estará limitado a un horario comprendido entre las 10:00 am hasta 11:30 pm. De igual forma, se prohíbe el desarrollo de todo tipo de actividades que generen aglomeraciones. Durante estos mismos días no se permitirá la práctica equina en la zona urbana, ni en centros poblados del municipio, como tampoco la misma práctica recreativa en conjunto en la zona rural sin la previa autorización y coordinación de los interesados con la Secretaría de Gobierno Municipal. Durante este periodo queda prohibido la celebración de honras fúnebres en los domicilios. Y finalmente, se dispone que el uso de tapabocas es obligatorio como medida sanitaria para todos los ciudadanos que circulen por el Municipio de Victoria.

Así pues, al realizar un estudio minucioso del Decreto 012 de 1 de febrero de 2021, se evidencia que las medidas de orden público en él contenidas se desarrollan citando el decreto 039 del 14 de enero de 2021; pero al revisar tal Decreto, se advierte respecto de éste las siguientes situaciones:

- a. El Decreto 039 de 14 de enero de 2021, fue proferido en ejercicio de las facultades constitucionales y legales asignadas al Presidente de la República, conferidas en el numeral 4 del artículo 189, artículos 303 y 315, de la Constitución Política de Colombia, y el artículo 199 de la Ley 1801 de 2016.
- b. El Decreto 039 de 14 de enero de 2021, ordena el aislamiento selectivo y distanciamiento individual responsable a partir del día 16 de enero hasta el 1 de marzo de 2021; y regula dichas medidas de aislamiento; y en su parte considerativa no hace alusión, ni cita ni se funda en el Decreto 637 *“Por el cual se declara un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el Territorio Nacional”*.
- c. El Decreto 039 fue proferido el 14 de enero de 2021, es decir, que se expidió cuando ya había terminado el Estado de Excepción declarado por el Gobierno Nacional mediante el Decreto 637 de 6 de mayo de 2020; el cual, de conformidad con el artículo 215 Constitucional, dicho estado de excepción se declara por un periodo hasta de 30 días, prorrogables sin exceder los 90 días del año calendario.
- d. El Decreto 039 de 14 de enero de 2021, no constituye un Decreto Legislativo, y si bien es cierto que está firmado por 9 de los 18 Ministros de la República de Colombia, no se encuentra firmados por la totalidad de ellos.

Lo anterior, teniendo en cuenta que uno de los requisitos formales de los Decretos Legislativos es que lleven la firma del Presidente y todos los Ministros, tal como se define en la sentencia C - 715 de 2015¹ de la Corte Constitucional, así como en el auto proferido por la el Consejo de Estado² el 22 de abril de 2020.

Así pues, se concluye que:

¹ Sentencia Corte Constitucional C - 751 de 10 de diciembre de 2015. C.P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Exp. RE - 221

² Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sala Diecinueve Especial de Decisión, Providencia del 22 de abril de 2020. Rad11001-03-15-000-2020-01213-00(CA).

1. El Decreto 039 de 14 de enero de 2021, no desarrolla ninguno de los Decretos Legislativos proferidos durante la vigencia de del Estado de Excepción, ni del primero declarado el 17 de marzo de 2020, ni del segundo declarado mediante Decreto 637 de 6 de mayo *“Por el cual se declara un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el Territorio Nacional”*.

2. El Decreto 039 de 14 de enero de 2021 no fue proferido dentro del Estado de Emergencia declarado.

En este caso se presenta una confusión entre el Estado de Excepción, denominado Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica (Decretos 417 de marzo de 2020 y 637 de mayo 6 de 2020), y el Estado de Emergencia Sanitaria que aún persiste, el cual se ocasionó con la declaratoria de Pandemia por parte de la OMS originada en el Covid - Ahora bien, de conformidad con el artículo 20 de la Ley 137 de 1994, en concordancia con el artículo 136 del CPACA, el control inmediato de legalidad procede frente a los actos de carácter general, dictados en ejercicio de la función administrativa, y como desarrollo de los decretos legislativos durante los Estados de Excepción.

De lo expuesto, se concluye que, de conformidad con el artículo 20 de la Ley 137 de 1994, en concordancia con el artículo 136 del CPACA, el control inmediato de legalidad procede frente a los actos de carácter general, dictados en ejercicio de la función administrativa, y como desarrollo de los decretos legislativos durante los Estados de Excepción, por lo que concluye el Despacho que el decreto 012 de 1 de febrero de 2021, expedido por el Alcalde municipal de Victoria, Caldas, no es pasible del control inmediato de legalidad y, en consecuencia, no se avocará conocimiento de éste, tal como se señalará en la parte resolutive de esta providencia.

Decisión que, al no tener efectos de cosa juzgada, no impide que en el futuro estos mismos actos puedan ser atacados a través de los medios de control ordinarios establecidos en el CPACA o del control de constitucionalidad y legalidad que, conforme al artículo 305, numeral 10 de la Constitución Política, está atribuido a los gobernadores de departamento. Por esta razón, el Despacho dispone que por Secretaría de esta Corporación se haga llegar al Despacho del señor Gobernador y a la Secretaría Jurídica del Departamento de Caldas, vía correo electrónico, el texto del Decreto 012 del 1 de febrero de 2021, proferido por el señor alcalde de Victoria, Caldas, para los efectos que estimen conveniente según su competencia, todo, conforme las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

En mérito de lo expuesto, el Despacho,

IV. Resuelve

Primero: No avocar el conocimiento del trámite del correspondiente medio de control inmediato de legalidad respecto del Decreto número 012 del 1 de febrero de 2021 *“Por medio del cual se toman medidas transitorias para controlar la propagación del COVID – 19 en el municipio de Victoria, Caldas y se adoptan otras disposiciones”*, proferido por el alcalde municipal del Victoria – Caldas.

Segundo: Por Secretaría de esta Corporación, hágase llegar al Despacho del señor Gobernador y a la Secretaría Jurídica del Departamento de Caldas, vía correo electrónico, el texto del Decreto 012 del 1° de febrero de 2021, proferido por el señor alcalde de Victoria, Caldas, para los efectos que estimen conveniente según su competencia.

Tercero: Por la Secretaría de esta Corporación, notifíquese al alcalde del municipio de Victoria, Caldas, al buzón de correo electrónico para notificaciones judiciales que repose en los archivos de la Secretaría de este Tribunal, adjuntando copia de esta providencia.

Cuarto: Por la Secretaría de esta Corporación, notifíquese al señor Procurador Judicial ante el Tribunal Administrativo de Caldas, al buzón de correo electrónico para notificaciones judiciales que repose en los archivos de la Secretaría, adjuntando copia de esta providencia.

Quinto: Por la Secretaría de esta Corporación, comuníquese la presente decisión a través de la página web de la Rama Judicial – Tribunal Administrativo de Caldas.

Sexto: Una vez ejecutoriada esta providencia, archívense las diligencias, previas las anotaciones correspondientes en el programa Justicia Siglo XXI, en el momento que sea posible.

Notifíquese y cúmplase



**Jairo Ángel Gómez Peña
Magistrado**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, ocho (8) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

RADICADO	17001-23-33-000-2018-00505-00
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	ALDEMAR GUTIÉRREZ RAVE
ACCIONADO	INSTITUTO DE FINANCIAMIENTO, PROMOCIÓN Y DESARROLLO DE CALDAS - INFICALDAS¹

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

PRETENSIONES

1. Que se declare la nulidad del acto administrativo G.G.181-2018 expedido el 22 de marzo de 2018 por Inficaldas.

A título de restablecimiento del derecho:

2. Se declare que entre el demandante e Inficaldas existió un contrato individual de trabajo desde el 15 de marzo de 2001 hasta el 7 de marzo de 2018.

3. En razón a lo expuesto en relación con la pretensión anterior, se declare que el convocante durante el tiempo que existió la relación laboral con la entidad demandada adquirió la condición de funcionario público de hecho.

4. Que Inficaldas cancele al demandante el total del auxilio de cesantías por el tiempo que duró la relación laboral.

5. Que Inficaldas cancele al demandante el total de la indemnización o sanción moratoria especial por la no consignación de cesantías, por el tiempo que duró la relación laboral.

¹ También Inficaldas

6. Que Inficaldas cancele al demandante el total de la indemnización o sanción moratoria por el no pago de las cesantías al momento de terminación de la relación laboral.
7. Que Inficaldas cancele el total de los intereses de las cesantías por el tiempo que duró la relación laboral.
8. Que Inficaldas cancele al demandante el total de la indemnización por el no pago del interés legal sobre las cesantías durante el tiempo que duró la relación laboral.
9. Que Inficaldas cancele al demandante el total de las vacaciones compensadas en dinero por el tiempo que se prolongó la relación laboral.
10. Que Inficaldas cancele al demandante el total de la prima de servicios durante el tiempo que duró la relación laboral.
11. Que Inficaldas cancele al actor el total del auxilio de transporte adeudado por el tiempo que duró la relación laboral.
12. Que Inficaldas cancele al demandante el total de los aportes a pensión causados desde el 15 de marzo de 2001 hasta el 7 de marzo de 2018, con el correspondiente cálculo actuarial.
13. Que Inficaldas cancele al demandante el pago de la indemnización de contrato por terminación sin justa causa.

HECHOS

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

- El señor Gutiérrez Rave e Inficaldas celebraron un contrato individual de trabajo de forma verbal, el cual se extendió entre el 15 de marzo de 2001 hasta el 7 de marzo de 2018.
- Durante este interregno que duró la relación laboral, el actor cumplió una jornada impuesta por la entidad demandada que comenzaba a las 5:50 a.m. y terminaba a las 6:00 p.m., de lunes a domingo.
- Como contraprestación por los servicios, las partes concertaron como pago el salario mínimo legal mensual vigente, el cual era causado de forma diaria al final de la jornada laboral.

- Que el demandante fue contratado para cumplir con labores que describe como brindar servicio de maletero, encender y cuidar la cinta transportadora de equipaje, izar las banderas del aeropuerto, realizar aseo, encender y apagar las luces del aeropuerto y quemar la pólvora para espantar a las garzas; y que sumado a esas funciones asignadas también debía cumplir las que le ordenara la administración del Aeropuerto La Nubia. Labores que ejecutó de manera personal y bajo la subordinación de la entidad demandada a través del administrador de la terminal área.
- Para poder ingresar a las instalaciones del aeropuerto el actor estuvo carnetizado durante el tiempo que duró la relación laboral.
- Durante el tiempo que duró la relación laboral el demandante cumplió las mismas funciones que algunos empleados de planta del Aeropuerto La Nubia de Manizales, específicamente las de auxiliar de servicios generales, pero que al ser vinculado verbalmente adquirió su condición de funcionario público de hecho.
- Informó que el día 7 de marzo de 2018 siendo las 12:20 p.m. en las instalaciones de la terraza del Aeropuerto La Nubia de Manizales, se reunieron el señor Mauricio Gaitán, secretario general de Inficaldas, y la señora Erika Salazar, superintendente jefe del aeropuerto con el demandante, y le manifestaron que a partir de esa fecha se daba por terminado el contrato individual de trabajo, sin que se le cancelara suma de dinero por concepto alguno.
- Se presentaron reclamaciones ante la entidad los días 5 y 7 de marzo de 2018 mediante las cuales se solicitó el pago de la liquidación derivada del contrato laboral; petición que fue negada a través del acto administrativo G.G.181-2018 del 22 de marzo de 2018.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

El demandante considera que en el presente caso las normas violadas son los artículos 2, 13, 25, 48, 53 y 58 de la Constitución Política; la Ley 443 de 1998 y la Ley 909 de 2004.

Manifestó que el funcionario responsable de la entidad demandada al expedir el acto administrativo acusado, violó la ley reconociendo de la vinculación con el Estado como empleado público de hecho, pues contrario a ello el acto administrativo demandado contiene una argumentación restrictiva de la ley y violatoria de los principios y garantías laborales en el sector público.

Por ello, aseguró, es palpable la falsa motivación del acto enjuiciado, pues el actor prestó sus servicios personales de forma continua, ininterrumpida y bajo la subordinación del gerente de la terminal área La Nubia, por lo que adquirió la condición de funcionario público de hecho en virtud a que se omitieron las condiciones de vinculación a través de los presupuestos de carrera administrativa previstos en su momento en la Ley 443 de 1998 y la Ley 909 de 2004; y, adicionalmente, las funciones desarrolladas correspondieron siempre a las establecidas en la planta de personal de la entidad, en especial a las de servicios generales.

Referenció jurisprudencia del Consejo de Estado relativa al funcionario de hecho para concluir que encaja en esta categoría, la persona que labora sin acto administrativo de nombramiento y posesión; y destacó que el Máximo Tribunal Administrativo fue enfático al afirmar que no resulta equitativo trasladarle al trabajador las precariedades que presenta la relación laboral como consecuencia de la actitud omisiva de la administración, al haber mantenido esa situación durante varios años sin expedir el acto administrativo de vinculación.

Adujo que Inficaldas, después de un informe de auditoría realizado por el asesor de control interno, se dio cuenta de que el demandante ejercía funciones propias de un cargo que estaba en la planta de personal, lo que conllevó a la terminación del vínculo que tenía con la entidad.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Inficaldas comenzó por pronunciarse sobre los hechos para indicar de su mayoría que no eran ciertos, al hacer énfasis en que entre la entidad y el actor nunca existió una relación laboral. Aceptó los supuestos fácticos relativos a la reclamación administrativa presentada por el actor y la respuesta emitida por el instituto. Seguidamente, se opuso a la prosperidad de las pretensiones.

Como razones de defensa hizo alusión a las formas de vinculación con el Estado, tema frente al cual explicó, con apoyo en el artículo 122 de la Constitución Política, que un empleado público es aquella persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo luego de cumplir una serie de requisitos para su desempeño, como son que el empleo exista en la planta de personal, que tenga funciones asignadas y que exista provisión de recursos para pagar la labor realizada.

Que aunado a ello, el artículo 125 del Carta prescribe que los empleos en las entidades del Estado son de carrera, con excepción de los de libre nombramiento y remoción (relación legal y reglamentaria); trabajadores oficiales (relación contractual laboral) y contratista por prestación de servicios (relación contractual estatal).

Que en este caso la parte actora hizo alusión a que el demandante adquirió la condición de funcionario de hecho, figura que hace referencia a la persona que ocupa un cargo en la administración pública y cumple funciones propias del mismo pero sin un título o con título irregular; y aclaró que para que se configure esta forma de vinculación se requiere: 1) que el empleo exista dentro de la planta de personal; 2) que las funciones se ejerzan irregularmente; 3) que las cumpla de la misma forma como lo haría un funcionario público; pero que también se podría decir que se configura esa figura cuando la persona ejerza funciones públicas con la anuencia de las entidades encargadas de controlar e impedir que se presenten esta clase de situaciones, lo cual en este caso sería del nominador, es decir, del gerente.

Que al revisar esos requisitos en el presente caso, ninguno de ellos se acreditó, y máxime porque dentro de la planta de personal no existe el cargo de maletero o equivalente, y la labor se realizó por cuenta y riesgo del mismo demandante.

Propuso las excepciones de:

- **No existen presupuestos jurídicos ni jurisprudenciales para que se presente la figura de un funcionario de hecho:** insistió que en este caso no se configuran los requisitos para que se pueda hablar de un funcionario de hecho, sobretodo porque en el manual de funciones no existe un cargo igual al que aduce el actor desempeñó en el Aeropuerto La Nubia.
- **Cobro de lo no debido:** explicó que para que se ostente la calidad de empleado del Estado se hace necesario que se cumplan una serie de requisitos los cuales no se dan en este caso, más cuando no existen comprobantes de pago de honorarios, salarios, prestaciones, órdenes de prestación de servicios o semejantes, lo que permite inferir que las labores desarrolladas nunca fueron autorizadas y por ello mal haría la entidad en reconocer salarios y prestaciones que no se adeudan, pues esto conllevaría generar un pago de lo no debido y un detrimento patrimonial para el Estado.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandante: manifestó que está demostrado con los testimonios a favor del demandante su vinculación con la entidad demandada, el cumplimiento de un horario de

trabajo, la remuneración, las labores desarrolladas, la dotación entregada por la accionada, los llamados de atención, la asistencia a capacitaciones y las sanciones impuestas.

Sobre la tacha del testimonio del señor Reinel Rodríguez Arenas indicó que la declaración por él rendida concuerda con lo manifestado por los demás testigos, en tal sentido se evidencia su imparcialidad, y por ello la misma debe ser valorada.

En cuanto al testimonio del profesional que fungió como secretario general de Inficaldas resaltó que del mismo se evidencia la presencia del actor como maletero, la anuencia del administrador del aeropuerto en que el actor realizara las labores, y la falta de control y seguimiento a las actividades realizadas por el administrador de La Nubia por parte de la entidad.

Insistió en los argumentos planteados en la demanda y resaltó que es palpable la falsa motivación del acto demandado, pues durante el tiempo que el actor prestó sus servicios personales de forma continua, ininterrumpida y bajo subordinación del gerente de la terminal área, adquirió la condición de funcionario de hecho.

Finalmente, citó jurisprudencia relacionada con el tema objeto de debate judicial, y pidió no pasar por alto que fue el informe de auditoría el que generó la terminación de la relación entre el accionante y la entidad.

Parte demandada: adujo que luego de practicadas las pruebas, especialmente el interrogatorio de parte, se puede constatar que, en ningún momento existió un nombramiento legal, es decir, el actor no fue designado directamente por la entidad mediante acto administrativo o por alguna de las formas de vinculación establecidas en la ley.

Pidió que el Tribunal se adentre a estudiar detalladamente los requisitos necesarios para que se configure la figura de un funcionario de hecho, que es lo peticionado en la demanda; e insistió que en este caso tampoco se acreditaron las exigencias de ley para considerar que el señor demandante es un empleado público.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

A través de concepto nro. 07-2020, el señor Procurador 28 Judicial II solicitó se nieguen las pretensiones de la demanda.

Comenzó por referenciar normativa y jurisprudencia atinente al contrato de prestación de servicios para resaltar la primacía de la realidad sobre las formalidades, pero también hacer relación al deber que tiene la parte de acreditar los tres elementos que configuran la relación laboral, lo que le permitió inferir que en este caso, según el material probatorio, la parte actora no demostró la prestación personal del servicio, la continuada dependencia o subordinación y la remuneración percibida.

En relación con la figura del funcionario de hecho, sostuvo el señor Procurador que no es procedente estudiar el caso desde esta óptica por no haber demostrado el actor la prestación efectiva de sus servicios bajo una supuesta vinculación precaria, y al no reunirse además los presupuestos establecidos en la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Concluyó, que el acto administrativo acusado no contravino el ordenamiento jurídico, por cuanto la decisión de negar una relación laboral entre las partes, con el consecuente pago de prestaciones sociales, se sujetó a la normativa en la que debía fundarse.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

No observa esta Sala irregularidades procedimentales que conlleven a decretar la nulidad parcial o total de lo hasta aquí rituado y procederá en consecuencia a tomar una decisión de fondo en el presente litigio.

La parte demandada propuso las excepciones que denominó "*no existen presupuestos jurídicos ni jurisprudenciales para que se presente la figura de funcionario de hecho*" y "*cobro de lo no debido*", las cuales por tocar el fondo del asunto quedarán subsumidas en el estudio que de este se realice.

Problemas jurídicos

En la audiencia inicial se plantearon los siguientes interrogantes:

1. ¿En las actividades desarrolladas por el señor Aldemar Gutiérrez Rave en el Aeropuerto La Nubia de Manizales, por el lapso comprendido entre el 15 de marzo de 2001 y el 7 de marzo de 2018, se pueden desprender los elementos de una relación laboral y/o legal o reglamentaria con Inficaldas?

2. ¿En las actividades desarrolladas por el señor Aldemar Gutiérrez Rave en el Aeropuerto La Nubia de Manizales, por el lapso comprendido entre el 15 de marzo de 2001 y el 7 de marzo de 2018, se pueden desprender los elementos que la jurisprudencia ha determinado para inferir que el demandante es un funcionario de hecho?

En caso positivo en alguna de estas respuestas se deberá determinar:

3. ¿Hay lugar, a título de restablecimiento del derecho, a que Inficaldas le reconozca y pague al actor las prestaciones que reclama?

Lo probado en el proceso

De acuerdo al material probatorio que reposa en el expediente se encuentra acreditado lo siguiente:

➤ Que el señor ALDEMAR GUTIERREZ RAVE fue vinculado en forma verbal por el Administrador del Aeropuerto la Nubia de Manizales, para prestar servicio en el Grupo de "Maleteros" servicio que prestó desde el 15 de marzo de 2001 hasta el 7 de marzo de 2018

➤ Que el 7 de marzo de 2018 se le informó por parte del administrador del aeropuerto que no podían continuar prestando ese servicio en esa institución.

➤ Que en consecuencia el actor en conjunto con los otros del grupo, solicitaron le reconocieran derechos laborales derivados de una verdadera relación laboral.

➤ Que mediante oficio No G.G. 181-2018 del 22 de marzo de 2018, Inficaldas negó la petición de contrato realidad.

✓ Que conforme a las disposiciones internas sobre planta de personal y manual de funciones, entre ellas el Acuerdo 039 del 13 de febrero de 2009 con el cargo de profesional especializado grado 222, código 05, cuyo propósito principal era "*Administrar el sistema operativo y funcional del Aeropuerto La Nubia*". un capitán de bomberos; 15 bomberos; un ayudante código 472, grado 02; 2 ayudantes código 472, grado 4 (parqueadero); un auxiliar de servicios generales código 740, grado 01, el cual tenía como dependencia "*gerencia – Aeropuerto La Nubia*" y un ayudante código 472, grado 4 (mensajería).

El cargo de servicios generales tenía como propósito principal "*Ejecutar labores relacionadas con aseo y mantenimiento de las áreas a su cargo*". Y como funciones esenciales:

1. Mantener las oficinas en orden y aseo.

2. Suministrar a los funcionarios de las respectivas dependencias los servicios de cafetería.

3. Dotar las áreas respectivas de los diferentes implementos de mantenimiento y aseo.
4. Mantener en completo orden el área de ejecución de sus actividades.
5. Mantener los equipos y materiales entregados para su custodia y manejo en perfecto orden.
6. Ejecutar las demás funciones que le sean asignadas por autoridad competente, que esté acorde con la naturaleza del cargo.

✓ El Acuerdo 042 del 21 de enero de 2010 modificó y adicionó el Acuerdo nro. 039 de 2009 para excluir un cargo de ayudante (parqueadero aeropuerto) y adicionar un cargo ayudante (correspondencia aeropuerto) código 472, grado 02, con las mismas funciones que venía ejecutando el funcionario en relación con realizar la entrega de correspondencia del instituto en las diferentes entidades que se requiriera y responder por la integridad de los documentos encomendados, de acuerdo a las normas, políticas y procedimientos vigentes.

➤ A través de oficio que data de diciembre de 2017 el señor Oliverio Gordillo en calidad de coordinador y auxiliar de equipajes, en nombre propio y de otros compañeros entre los que se encontraba el demandante, solicitó al administrador del Aeropuerto La Nubia se realizaran los trámites para la entrega de carnets que los acreditaran como prestadores del servicio mencionado. Este oficio tiene sello de recibido de Inficaldas del 26 de diciembre de 2017 (fol. 38).

A través de otro escrito radicado en enero de 2018 se solicitó a la gerente de Inficaldas la expedición de los carnets, pues a pesar de haberse emitido la circular nro. 14-2017 relacionada con la carnetización para Avianca, Easyfly, Energizar, LASA, Consorcio Caldas 2017, Interventoría, Las Migas, Bomberos, Locales Comerciales, Empresa Seguridad y Empresa de Aseo, ellos no habían obtenido respuesta a su petición (fol. 39 a 41).

➤ A folio 44 reposa un carnet que tiene el nombre del señor Aldemar Gutiérrez Rave e indica que es auxiliar de equipaje; además, se observa que en el mismo se hace alusión al Aeropuerto La Nubia y a la administración. El carnet visible a folio 45 no es legible.

Y a folio 42 reposa un formulario que fue diligenciado con los datos del demandante que se denomina "carnetización aeropuerto La Nubia" que tiene fecha del 21 de septiembre de 2010, y en el cual se plasmó como lugar donde se desempeñaba el trabajo "sala de

equipaje, angares (sic), parqueadero". Se indicó también que era "maletero"; y en "tipo de contrato" se marcó la casilla de "indefinido".

➤ Que en junio de 2017 se realizó un informe de autoría en INFICALDAS por parte de la oficina de control interno en el cual se manifestó que se evidenciaban situaciones en el manejo de personal en el Aeropuerto La Nubia, este informe se discriminó cuáles cargos hacían parte de la planta de personal y qué personas estaban vinculados mediante contrato de prestación de servicios, enlistando en el personal de planta a los auxiliares de servicios generales, el informe da cuenta de que en la planta de personal son se encuentra algún cargo que se relacionara con el servicio de maletero o similares, y tampoco se mencionó alguna persona que estuviera vinculada por contrato de prestación de servicios y que ejecutara estas labores, en este informe se indicaron como resultados de la auditoria que se habían encontrado 3 hallazgos, uno de ellos relacionado con que se había evidenciado la presencia de personas que ejecutaban actividades de manera informal en el aeropuerto, como los maleteros y la despachadora de taxis. Y en los efectos expresamente se consignó *"lo anterior ocasiona que se presente informalidad en la ejecución de algunas actividades relativas al proceso, incumpliendo la normatividad aplicable y generando desorden administrativo. En igual forma se corre el riesgo de un daño de tipo antijurídico para la entidad, debido a que estas personas pueden ejercer acciones judiciales contra el instituto ante cualquier eventualidad que se les presente, ya que aunque no tiene vínculo laboral con el mismo, están desarrollando las actividades señaladas en las instalaciones del aeropuerto La Nubia, sin ningún tipo de condicionamiento por parte de Inficaldas quien es el operador del terminal aéreo"*.

En el acápite de recomendaciones se indicó: *"Revisar que otras personas desarrollan actividades no oficiales o informales en el aeropuerto la Nubia, con el fin de establecer los controles pertinentes, ya que estas labores que no son oficiales y sin ningún vínculo laboral con INFICALDAS, generen riesgos de tipo administrativo y jurídico para la entidad"*(fol. 60 a 74 C.1).

➤ En informe rendido bajo la gravedad de juramento que data del 12 de noviembre de 2019, la gerente general de INFICALDAS indicó que el Aeropuerto La Nubia hace parte de esa entidad como una unidad de negocio; dependencia que tiene asignados unos cargos de planta como son: 5 ayudantes, 14 bomberos, un capitán de bomberos y un profesional especializado, para un total de 21 cargos, sin que dentro de ellos exista el de maletero y/o equivalentes. Aclaró que la función nominadora está en cabeza de la gerencia, y que en el tiempo que ella se ha desempeñado en ese cargo (27 de abril de 2017 a la fecha de

expedición del documento), no autorizó el trabajo del señor Gutiérrez Rave como maletero, ni en otro cargo en las instalaciones del aeropuerto.

Que a raíz del informe suministrado por control interno fue que se evidenciaron inconsistencias con la presencia de los llamados maleteros en las instalaciones del aeropuerto, lo que hizo necesario tomar medidas para que se dejara de prestar la actividad de manera informal y sin la debida autorización legal.

Aclaró, además, que no se evidenció ningún pago del presupuesto que maneja el instituto al demandante, pues nunca medio autorización alguna por parte de la gerencia para ejecutar alguna labor; y que sí así se hizo, fue por voluntad propia del actor en la que asumió su propio riesgo, pues conocía que la entidad nunca contrató los servicios de maleteros y por ello nunca reconoció salarios o prestaciones (fol. 4 y 5 C.2).

➤ A través de peticiones presentados el 5 y 7 de marzo de 2018 el demandante solicitó a INFICALDAS se reconociera un contrato laboral entre las partes con el consecuente pago de todos los salarios y prestaciones sociales que de este se derivaban (fol. 29 a 31). La solicitud fue resuelta mediante oficio G.G 181-2018 del 22 de marzo de 2018 en el cual se manifestó que no era procedente acceder a lo solicitado por cuanto nunca existió una relación contractual o laboral entre las partes (fol. 80 a 83).

Cuestión previa- tacha de testigo

En la audiencia de pruebas se receptionaron varios testimonios, entre ellos, el del señor José Helver Zapata Medina, persona que también se desempeñó como maletero en el Aeropuerto La Nubia.

Este declarante fue tachado por el apoderado de la parte demandada en atención a los intereses que el testigo podía tener en contra de la entidad, pues en su versión indicó que también había presentado demanda con base en los mismos fundamentos fácticos del presente proceso, es decir, haber estado vinculado como maletero, y, por tanto, pretender que se declare la relación laboral con el consecuente pago de los salarios y prestaciones.

Frente a la tacha de testigos, debe indicarse que la circunstancia de que el declarante manifestara que presentó demanda contra la entidad por una situación similar a la planteada por el actor, para la Sala no es suficiente razón para invalidar su testimonio, pues no se observa que su declaración estuviere parcializada, máxime cuando las respuestas dadas fueron coherentes, congruentes, con hilo conductual, sin observarse vacilaciones ni expresiones con algún ánimo revanchista o sesgado frente a la entidad demandada y por

otro lado muy similares a lo declarado por otros testigos de los que no se reprocha la tacha.

Para la Sala es muy importante su declaración, en tanto que dada su condición de compañero del demandante y haber trabajado como maletero, le permitió conocer de manera directa las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que el actor prestó sus servicios en el Aeropuerto La Nubia. Así las cosas, no prospera la tacha y en consecuencia se valorará su testimonio conforme a las reglas de la sana crítica y en conjunto con el resto del material probatorio.

Primer problema jurídico

¿En las actividades desarrolladas por el señor Aldemar Gutiérrez Rave en el Aeropuerto La Nubia de Manizales, por el lapso comprendido entre el 15 de marzo de 2001 y el 7 de marzo de 2018, se pueden desprender los elementos de una relación laboral y/o legal o reglamentaria con Inficaldas?

Tesis: la Sala considera que la parte demandante acreditó con claridad los elementos de: trabajo personal, subordinación y dependencia, y remuneración que permiten afirmar la existencia de una relación laboral con INFICALDAS, por lo que le asiste derecho al pago a título de indemnización de algunas de las prestaciones sociales reclamadas.

Marco Jurisprudencial

Protección al Trabajo

En sentencia C-593 de 2014, la Corte Constitucional hace una disquisición sobre la protección al trabajo, y señala entre otros aspectos, que el trabajo es un principio fundante de nuestro estado constitucional de derecho y debe ser especialmente protegido:

La protección constitucional del trabajo, que involucra el ejercicio de la actividad productiva tanto del empresario como la del trabajador o del servidor público, no está circunscrita exclusivamente al derecho a acceder a un empleo sino que, por el contrario, es más amplia e incluye, entre otras, la facultad subjetiva para trabajar en condiciones dignas, para ejercer una labor conforme a los principios mínimos que rigen las relaciones laborales y a obtener la contraprestación acorde con la cantidad y calidad de la labor desempeñada. Desde el Preámbulo de la Constitución, se enuncia como uno de los objetivos de la expedición de la Constitución de 1991, el asegurar a las personas la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz. Es decir, el trabajo es un principio fundante del Estado Social de Derecho. Es por ello que desde las primeras decisiones de la Corte Constitucional se ha

considerado que “Cuando el Constituyente de 1991 decidió garantizar un orden político, económico y social justo e hizo del trabajo requisito indispensable del Estado, quiso significar con ello que la materia laboral, en sus diversas manifestaciones, no puede estar ausente en la construcción de la nueva legalidad”. Lo anterior implica entonces que dentro de la nueva concepción del Estado como Social de Derecho, debe entenderse la consagración constitucional del trabajo no sólo como factor básico de la organización social sino como principio axiológico de la Carta. El artículo 25 de la Constitución Política dispone que “El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.” También varias de sus disposiciones de la Constitución reflejan una protección reforzada al trabajo. Así el artículo 26 regula, entre otros temas, la libertad de escogencia de la profesión u oficio productivo; el artículo 39 autoriza expresamente a los trabajadores y a los empleadores a constituir sindicatos y asociaciones para defender sus intereses; el artículo 40, numeral 7º establece como un derecho ciudadano el de acceder a los cargos públicos; los artículos 48 y 49 de la Carta establecen los derechos a la seguridad social en pensiones y en salud, entre otros, de los trabajadores dependientes e independientes; el artículo 53 regula los principios mínimos fundamentales de la relación laboral; el artículo 54 establece la obligación del Estado de propiciar la ubicación laboral a las personas en edad de trabajar y de garantizar a las personas discapacitadas el derecho al trabajo acorde con sus condiciones de salud; los artículos 55 y 56 consagran los derechos a la negociación colectiva y a la huelga; el artículo 60 otorga el derecho a los trabajadores de acceso privilegiado a la propiedad accionaria; el artículo 64 regula el deber del Estado de promover el acceso progresivo a la propiedad de la tierra y la efectividad de varios derechos de los campesinos y los trabajadores agrarios; el artículo 77 que garantiza la estabilidad y los derechos de los trabajadores del sector de la televisión pública; los artículos 122 a 125 señalan derechos y deberes de los trabajadores al servicio del Estado; el artículo 215 impone como límite a los poderes gubernamentales previstos en los “estados de excepción”, los derechos de los trabajadores, pues establece que “el Gobierno no podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores mediante los decretos contemplados en este artículo”; el artículo 334 superior establece como uno de los fines de la intervención del Estado en la economía, el de “dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos” y el artículo 336 de la Constitución también señala como restricción al legislador en caso de consagración de monopolios, el respeto por los derechos adquiridos de los trabajadores.

[...]

La jurisprudencia constitucional ha considerado que la naturaleza jurídica del trabajo cuenta con una triple dimensión. En palabras de la Corporación la “lectura del preámbulo y del artículo 1º superior muestra que el trabajo es valor fundante del Estado Social de Derecho, porque es concebido como una directriz que debe orientar tanto las políticas públicas de pleno empleo como las medidas legislativas para impulsar las condiciones dignas y justas en el ejercicio de la profesión u oficio. En segundo lugar, el trabajo es un principio rector del ordenamiento jurídico que informa la estructura Social de nuestro Estado y que, al mismo tiempo, limita la libertad de configuración normativa del legislador porque impone un conjunto de reglas mínimas laborales que deben ser respetadas por la ley en todas las circunstancias (artículo 53 superior). Y, en tercer lugar, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 25 de la Carta, el trabajo

es un derecho y un deber social que goza, de una parte, de un núcleo de protección subjetiva e inmediata que le otorga carácter de fundamental y, de otra, de contenidos de desarrollo progresivo como derecho económico y social.”

Sobre la prelación de la realidad sobre las formas en materia laboral y que da origen a la teoría del contrato realidad, la Corte Constitucional mediante sentencia C-154 de 1997, expuso:

ARTICULO 53. *El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.*

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

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

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

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

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

ordinario cuya resolución corresponderá a la jurisdicción competente con la debida protección y prevalencia de los derechos y garantías más favorables del "contratista convertido en trabajador" en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales.

Según la anterior jurisprudencia, cuando bajo la égida de un contrato de prestación de servicios se desarrolla una labor, en la que se puede demostrar una prestación personal del servicio, que existe una subordinación y dependencia y además que de ello se desprende una remuneración, ese contrato de prestación de servicios simula verdaderamente una relación laboral que los jueces debemos amparar y proteger.

Finalmente, debe resaltarse que este principio de primacía de realidad sobre las formas, no solo podría aplicarse al contrato de prestación de servicios, sino que considera la Sala puede analizarse en cualquier forma de vinculación que se presente en el sector público y que pueda trascender más allá de lo pactado por las partes.

Esto tiene soporte especialmente en el artículo 53 de la Constitución Política, y en el hecho que como lo ha indicado la Corte Constitucional en sentencia C-614 de 2009

"El contrato laboral está definido como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. El contrato de trabajo tiene tres elementos que lo identifican: i) la prestación de servicios u oficios de manera personal, ii) la subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y, iii) la contraprestación a los dos anteriores que se denomina salario". Y en esta misma providencia explicó "La relación laboral con el Estado puede surgir de una relación legal y reglamentaria o de un contrato de trabajo, sin importar el nombre que las partes le den porque prevalece el criterio material respecto del criterio formal del contrato. Así, independientemente del nombre que las partes asignen o denominen al contrato, lo realmente relevante es el contenido de la relación de trabajo (...)"

Caso concreto

Teniendo como marco jurisprudencial el anteriormente señalado, procederá la Sala a revisar si en el presente proceso se encuentran dados los elementos para entender la existencia de una verdadera relación laboral.

Debemos reconocer previamente, que el actor no intenta desvirtuar un contrato de prestación de servicios, pues a la sazón, no se suscribió ningún contrato con las exigencias

que trae la ley 80 de 1993, pero de las pruebas recogidas -Como se procede a señalar- se puede evidenciar que existió un contrato verbal de trabajo, entre el Administrador del Aeropuerto La Nubia de Manizales y el actor, servidor que conforme al manual de funciones, tenía la dirección de la operación del terminal aéreo.

Procede la sala a revisar, si se demostró los elementos que permiten deducir la existencia de una relación laboral:

i) Prestación personal del servicio

Las pruebas testimoniales dan cuenta que efectivamente el señor Aldemar Gutiérrez Rave se desempeñó en las instalaciones del Aeropuerto La Nubia de Manizales como "maletero" según la versión dada por los testigos, aquella persona que presta el servicio de cargue y descargue de maletas y demás artículos y enseres que traigan los pasajeros usuarios del terminal aéreo, actividad que alega la parte demandada, era un servicio personal del actor con los viajeros usuarios de esta terminal sin que se beneficiara de ello la institución, sin embargo, también se demostró que prestó servicios personales en otras actividades en beneficio de esta institución, pues se probó que ejecutó tareas relacionadas con el funcionamiento de la terminal aérea como: poner a izar las banderas símbolos de la institución; realizar el aseo en la edificación y en las pistas de despegue y aterrizaje; prender las luminarias de las pistas, en algunas ocasiones incluso hacerles mantenimiento, espantar las garzas con pólvora para posibilitar el aterrizaje y despegue de las naves; abrir la sala de abordaje y de equipaje; servicio de mensajería; cargue y descargue de elementos de la entidad; remplazar a empleados de base de la Institución del aeropuerto cuando no asistían al trabajo; limpiar lámparas; aseo y mantenimiento de los baños de la terminal; limpiar ventanales, despejar las pistas del aeropuerto cuando caía sobre la misma caía ceniza volcánica, entre otras; lo cual hacía en un horario que iba desde las 5:00 a.m a las 6:00 p.m, de lunes a domingo, todas las anteriores labores la realizó en forma personal, y que se asimilan a las que conforme al manual de funciones se fijaban en esa entidad para el cargo de auxiliar de servicios generales código 740, grado 01.

Conforme a lo anterior, para la Sala que se demostró el elemento de prestación personal del servicio.

ii) Subordinación

Se demostró de los testimonios recibidos que, el Administrador del Aeropuerto La Nubia fue el funcionario que le daba órdenes tanto al actor como a los demás miembros del grupo

de los llamados “maleteros” en relación con la labor que debían ejecutar, y además se demostró, que fue quien estableció el horario en el que debía trabajar, también era el que les otorgaba los permisos para ausentarse, e incluso los sancionaba por incumplimiento de las órdenes dadas, cuando por ejemplo se atestiguó, se presentaban quejas por el servicio por algún pasajero, cuando llegaba por fuera del horario establecido, o cuando se negaban a desarrollar alguna labor de las que el mentado empleado Director del Aeropuerto les asignaba.

Es del caso señalar que, el Administrador del Aeropuerto era servidor de mayor rango frente a esta dependencia de INFICALDAS, y que, por sus funciones, era la autoridad de que frente a terceros y público en general, ejercía como el jefe máximo del Aeropuerto la Nubia de Manizales.

También dieron fe los testigos, que el actor no podía ausentarse del lugar de trabajo a menos que el Administrador lo autorizara; y que cuando por cualquier razón debía ausentarse debía justificar ante éste la razón de su ausencia; sumado a ello, también dan cuenta los testigos, que los implementos con los que trabajaban eran entregados por la administración del aeropuerto; que les suministraban dotación, se probó que recibieron en ocasiones dotación para identificarlos en su labor, al menos hay prueba de unas camisetas que incluso tenían el logo de Inficaldas, y que además estaban carnetizados con logos oficiales, lo que le permitía prestar su labor e ingresar a sitios que por normativa está prohibido el acceso a particulares.

Los elementos de prestación personal y subordinación y dependencia se demuestran con lo dicho por los siguientes testigos:

Reinel Rodríguez Arenas: el testigo laboraba para la Policía Nacional adjudicado a prestar servicio en el Aeropuerto La Nubia de Manizales, informó que su servicio implicaba estar de manera permanente en las instalaciones de la terminal área, que allí permaneció desde mediados del año 1995 hasta el 2002, regresó en el 2003 hasta el 2012, y conoció al actor en el 2001 cuando él empezó a laborar allá.

Sobre el trabajo que realizaba el actor y sobre la subordinación y dependencia en síntesis declaró: que ingresaba con los demás compañeros de trabajo a las 5 a.m.; se encargaban de abrir las puertas de acceso al público, encendían luces, hacían aseo del lugar, limpiaban ventanales, abrían la sala de abordaje, si llegaba tarde alguno de los empleados de Inficaldas ellos eran los que lo reemplazaban; y da fe que al demandante lo vio abriendo y cerrando las puertas de la sala de abordaje y de la sala de equipajes y en el puesto de

información; que las labores que ejecutaba el demandante, junto con otras personas, era por órdenes expresas del administrador del aeropuerto, y que lo supo porque ninguna persona puede entrar a estas instalaciones sino es porque labora en el aeropuerto, además que cómo la Policía Aeroportuaria maneja dos radios, el radio de Policía y el radio de seguridad interno, que este último lo proporciona Inficaldas, y que a ningún área del aeropuerto se puede ingresar sino se cuenta con autorización... Manifestó que cuando faltaba algún empleado de los que tenía la administración o del aseo, la administración delegaba a los maleteros para que la reemplazaran... precisó que se presentaba una situación con las garzas, entonces a los maleteros los mandaban con el mensajero del aeropuerto, o con el administrador, en el vehículo de Inficaldas, a realizar quema de pólvora para espantar las aves, que también cuando tiraban basuras del barrio La Enea y caían a la zona verde o a la pista mandaban también personal de maleteros por delegación de la administración a recoger las basuras... cuando se presentaba alguna novedad de daño de tuberías o abastecimiento de agua ellos eran los encargados de revisar que no faltara agua en los baños...que también ayudaban con el mantenimiento de las farolas, y que la administración les proporcionaba las herramientas; además limpiaban las lámparas...que tenían que estar vaciando las canecas que están ubicadas en el pasillo, y llevarla la basura a los contenedores, aparte de cargar el equipaje de los pasajeros y los miembros de Inficaldas que viajaban... sobre el horario y su control explicó que él creería que esto ocurría por parte de Inficaldas pues la administración estipulaba el horario, que era desde las 5:00 a.m., hora de almuerzo, y debían esperar a que el aeropuerto cerrara cuando saliera el último pasajero, que no conoce de algún control de horario por planilla o algo así, pero que el administrador era el que estaba pendiente del ingreso del personal y si llegaba tarde devolvía la persona, independiente del empleado que fuera.

- En cuanto a la seguridad social señaló que desconoce el tema. Pero que cuando se enfermaban estos empleados, Inficaldas en el aeropuerto tiene un servicio médico y ellos tenían autorizado ir allá a que el médico los revisara y era el que daba excusas, considera que esto era un beneficio que se les prestaba a ellos porque otras personas no podían acceder a ese servicio, solo era para los empleados de Inficaldas como tal, y también para los pasajeros...en relación con el uniforme o carnet que los identificaba respondió que tenían dotación que la proveía Inficaldas, que eran camisetas u overoles con el logo de la entidad; y los carnets porque Inficaldas ordenaba que se carnetizaran los empleados y ellos entraban ahí... también informó que el actor debía asistir a capacitaciones de seguridad aeroportuaria.

- Sobre cómo fue la vinculación del actor con el Aeropuerto La Nubia: adujo que tiene entendido que todo el personal que llegaba iba ya vinculado desde Inficaldas del centro, y

los que no, llevaban una documentación allá, enviados desde el centro. Que en el aeropuerto se daba una situación con Inficaldas y era cuando había cambio de Gobernador o Alcalde, cuando se daban esos cambios los maleteros llegaban, y cuando no, iban recomendados por algún político, entonces llegaban con su documentación del centro, llenaban un formato, llevaban fotos, copia de la cédula y otros papeles, a los días les hacían el carnet y ahí podían empezar a trabajar, que eso le consta porque como Policía tenía que requisarlos... que en el área administrativa se manejaba toda la documentación de los maleteros...explicó que asumía a los maleteros como empleados de Inficaldas porque la administración carnetizaba las áreas de las distintas empresas que laboraban allá por normatividad, y el carnet de los maleteros estaba a la par de los empleados de Inficaldas, identificados con el cargo y dependencia, que era la administración.

José Elver Zapata Mendieta: quien manifestó ser compañero de labor del actor y sobre la forma de la prestación del servicio señaló: que ingresó en el 2002 a laborar en el Aeropuerto La Nubia él ya trabajaba ahí, y por eso lo conoció, porque pertenecían al mismo grupo de maleteros; señaló que entraban a las 5:00 a.m.; colocaban las banderas, lo cual se hacía por órdenes de la administración, y ellos ya sabían que el primero que llegaba al aeropuerto le tocaba colocar las banderas; después, a las 6:00 a.m., se dirigían hacia el parqueadero y reclamaban las llaves de la sala de equipajes, que eran entregadas por un empleado de Inficaldas, y allí tenían que prender la banda transportadora, que también 5:30 a.m. iban por orden de la administración a quemar pólvora para espantar las garzas, que cuidaban la cinta para que no entrara nadie a recibir pasajeros, que cuando se dañaban las cámaras también las organizaban, cuando se desenfocaban, que cuando se iba el agua, ellos eran los responsables de tapar los baños y buscar las canecas para llenarlas de agua y ponerlas allí para que estuvieran limpios, que lavaban el carro de Inficaldas que estaba ahí en el aeropuerto, que además realizaban oficios varios como cuando llegaba la camioneta de Inficaldas con libros y archivos ellos tenían que sacarlos y entrarlos, que también hacían labores de mensajería trayendo la plata del parqueadero del aeropuerto a Inficaldas, que cuando no iban los empleados directos de Inficaldas, por ejemplo, la de información, a ellos los ponían a reemplazar a la persona, que a veces en época de invierno los ponían a trapear; que todos los maleteros hacían todas estas labores y tenían que mantener disponibles para lo que el administrador dijera; que una vez el aeropuerto duró cerrado 28 días por la ceniza, y a ellos diariamente les tocaba barrer la pista y la plataforma, que ellos eran los responsables de recoger basuras de la sala de equipajes, sala de abordaje, hangar, administración, aerolíneas Avianca y Aires, y sacaban las basuras de los baños. Que ellos hacían lo del aseo de las aerolíneas por orden de la administración; que cuando no cumplían las órdenes de la administración eran suspendidos por parte de ese funcionario,

y que todo esto era verbal, la suspensión era impidiéndoles trabajar al otro día. Con respecto a la forma de vinculación señaló: que se llevaba una hoja de vida a la administración del aeropuerto, y de ahí le dijeron que trajera dos hojas de vida, una para el aeropuerto y otra para Inficaldas, y luego a los ocho días lo llamaron a trabajar de la administración del aeropuerto, y le pidieron la fotocopia de la cédula, el pasado judicial y llenar un formulario, que ese formulario se firmaba cada año, pasaban dos copias de la cédula y del pasado judicial, que cada año tenían que hacer lo mismo para renovar el carnet. Sobre la dotación indicó: que tenían varias camisetitas de Inficaldas, 3 o 4, porque tenían que estar muy limpias pues ellos eran la primera cara que veían en el aeropuerto; y, además, el carnet... **Sobre capacitaciones señaló:** que para poder laborar en el aeropuerto Inficaldas les hizo varias capacitaciones, al igual que de fomento y turismo, y que estuvieron en cursos de inglés y portugués; de seguridad aeroportuaria y de cómo atender al pasajero, atención al cliente. Y que esas capacitaciones eran obligatorias, y si no iban los suspendían... **Sobre el control de horario señaló:** que la jornada era de 5:00 a.m. a 6:00 p.m., y que la administración era la que controlaba el horario, que no tenían que llenar planillas, pero sí debían ir a la administración por la mañana para que los vieran... **Sobre elementos de trabajo adujo:** que eran los carritos para mover las maletas, que eran de Inficaldas, y que permanecen en el parqueadero, y se los dio la entidad para poder trabajar; la camiseta y el carnet....**Sobre la seguridad social explicó:** que él en varias ocasiones se enfermó e iba a la administración, y que como en el aeropuerto siempre había un médico para los trabajadores y pasajeros, entonces le daban una autorización de la administración para que fuera donde el galeno; él lo valoraba y le daba la incapacidad y la medicina; que allá mismo se la daban porque ellos mantienen medicinas disponibles especialmente para los pasajeros, y que con ese soporte ya podía ausentarse. Que esas incapacidades nunca fueron pagadas. Y que si era algo muy grave ya era por cuenta de ellos, que él tenía Sisben, que ellos no aportaban a pensiones, que él nunca he tenido nada de eso. que nunca tuvieron vacaciones....adujo que ellos no solo tenían la labor específica de maleteros, sino que hacían todo lo que les dijeran, eran como unos toderos, que incluso cuando no iba por ejemplo algún empleado de la entidad los ponían a ellos a reemplazar a esa persona; **Con respecto a la forma de desvinculación señaló:** que todos los maleteros se desvincularon el mismo día, que fue en marzo de 2018, el día 7, que administrador en compañía de un sargento del aeropuerto y a el doctor Gaitán, y les dijeron que entregaran los carnets que no había más trabajo, que era orden de Inficaldas; así no más y sin pago de dinero de ningún tipo. Se les explicó que era un orden de la gerencia y hasta ese día trabajaron. **Con respecto al Carné institucional señaló:** que ese carnet les permitía ingresar a cualquier dependencia del aeropuerto, y que el carnet tenía el membrete de la entidad y el logotipo de Inficaldas; el nombre de la persona, cédula y decía Aeropuerto La Nubia; en cargo se consignaba

auxiliar de equipaje, ue para obtener ese carnet venían a Inficaldas del centro y les tomaban la foto, señaló que no cualquier persona podía prestar el servicio de equipaje, solo los que tenían carnet suministrado por Inficaldas, y eso lo verificaba la policía y el de seguridad aeroportuaria; y que el que no portara el carnet a la altura del pecho no podía permanecer en el aeropuerto...”

De las anteriores probanzas, es fácil deducir que el actor estaba sometido a las órdenes y disposiciones que a bien señalara el Administrador del Aeropuerto la Nubia de Manizales, el que conforme a las funciones del cargo tenía bajo su mando la operación de esta terminal, lo que denota una clara subordinación y dependencia al menos con quien Jerárquicamente era el Jefe del personal de INFICALDAS en el aeropuerto.

A pesar de que también se recepcionó la declaración del señor Andrés Mauricio Gaitán Guzmán, a la sazón Secretario General de Inficaldas desde el 6 de junio de 2017, y que con su dicho refuta alguna de las aseveraciones de los anteriores testigos, su testimonio a más de señalar la política institucional, se limitó a describir la estructura legal de la planta de personal del Aeropuerto la Nubia de Manizales, dejando entrever que entre ellos no había un grupo que prestaran el servicio de “maleteros”, que el administrador del mismo no tenía facultad para vincular personal a nombre de Inficaldas, en la parte esencial sobre cómo fue la prestación del servicio, la subordinación y dependencia menciona que desconocía lo afirmado por los otros testigos, pero dando a entender que si ello sucedió fue por mera liberalidad del Administrador del Aeropuerto, mas no por política institucional esas situaciones, como es el caso de los Carnéts, la dotación, los elementos de trabajo, las órdenes para prestar servicios de aseo, quema de pólvora etc, que eso era una decisión muy personal del Administrador pero no de la institución, explicó que el administrador duró más de 24 años, y que cuando llegó la administración en cabeza de la doctora Luz Stella Cardona se empiezan a evaluar procesos y procedimientos de la entidad y se evidencia que esta persona no estaba dándole cumplimiento a todas estas actividades como la norma le exigía. Se toma la decisión de apartarlo del cargo.

Para esta Sala, a pesar de la firmeza con que expresa su dicho, su conocimiento sobre esta situación es muy limitada, lo que le resta credibilidad, por el simple hecho de que el testigo inició labores en el Instituto para el año 2017, es decir que no nos puede hablar con conocimiento personal de lo sucedido entre el año 2001 y el año en que ingresó a laborar, además que por otra parte, como quedó probado, en el año 2017 se hizo una auditoría a INFICALDAS, de las cuales se concluyó la existencia de personal no vinculado oficialmente a la entidad, sobre el que se debían tomar las medidas legales correspondientes, lo cual

deja entrever que la misma institución al recibir el informe se dan cuenta de la irregularidad de la existencia de este grupo de trabajadores lo que le podría causar alguna responsabilidad al ente oficial.

Ahora, alegar que la administración desconocía sobre la labor por ellos ejecutada no es una excusa aceptable, menos cuando el actor realizó esta actividad a ciencia y paciencia de la administración por espacio de 17 años, más bien es indicadora de que esa actividad era recibida y aceptada por las directivas, y generó confianza legítima por parte del actor frente a INFICALDAS.

Para este Tribunal, por todo lo reseñado, también está acreditado el requisito de subordinación o dependencia.

iii) Remuneración

Conforme a la declaración de los testigos y el mismo demandante, sus servicios eran retribuidos de la siguiente manera: El Administrador del Aeropuerto fijaba una tarifa que podían cobrar los maleteros a los usuarios del aeropuerto, tarifa que incluso se fijaba en sitios públicos para que el usuario conociera el valor del mismo, cada maletero al prestar sus servicios en forma individual cobraba esa tarifa a los usuarios, al finalizar la jornada diaria, en las instalaciones de la parte administrativa cada maletero entregaba lo obtenido en el día por sus servicios a un coordinador o supervisor, todo ello coordinado con un servidor de la administración, luego se procedían a distribuir en partes iguales entre todos los maleteros lo obtenido por el grupo por esos servicios en el día.

Esto se desprende de los siguientes testimonios:

Reinel Rodríguez Arenas: en cuanto a la forma de remuneración que recibía el actor indicó: que la administración fijó una tarifa al usuario por el servicio, y que ellos recogían esa plata y la entregaban al administrador; y por la tarde les pagaban el día, ya que era diario que les cancelaban según lo reunido en el día. Que lo que acaecía era que el maletero ofrecía el servicio, el pasajero pagaba la tarifa y ellos llevaban la plata a la administración y allá la distribuían.

- **José Elver Zapata Mendieta** señaló: que el administrador les dijo que ellos iban a ser maleteros y que Inficaldas tenía una tarifa que era de \$3.000, entonces durante el día cobraban eso y lo llevaban a la administración, y por la tarde la administración les repartía;

que ese era el sueldo de ellos, que él aceptó estas condiciones porque estaba necesitado, resaltó que ellos no podían cobrar más de lo que estaba estipulado por la entidad, que incluso una vez un muchacho cobró más y lo suspendieron, que esa tarifa era dada por Inficaldas del centro, no por la administración, que en una semana más o menos en promedio se hacían \$120.000 o \$150.000, pero que no todas las semanas eran iguales;

La parte demandada señaló enfáticamente que la supuesta tarifa a cobrar no provenía de ninguna decisión o resolución administrativa que así lo dispusiera, sin embargo, lo cierto es que los testigos sí son contestes en señalar que la tarifa era publicada y que el aviso provenía del Administrador del aeropuerto.

Como consecuencia de lo anterior, la sala considera que se demostraron los elementos indispensables, para declarar que entre el actor e Inficaldas se presentó una verdadera relación laboral y así se reconocerá, razón por la cual se declarará la nulidad de los actos que negaron este reconocimiento.

La anterior decisión hace que no haya lugar a estudiar la pretensión subsidiaria relativa al funcionario de hecho, por lo que la Sala pasa a resolver el tercer problema jurídico

Ahora, demostrada que hubo remuneración, lo cierto es que esta Sala no cuenta con un monto concreto para efectos de tener como base para la liquidación de la indemnización a que haya lugar, pues, aunque manifiesta en la demanda haber recibido un salario mínimo, esto no quedó probado. Sin embargo, acudiendo a los principios fundantes de nuestro estado social de derecho, en el cual el trabajo es uno de ellos y al artículo 53 superior que busca una especial protección constitucional al trabajo, es lo más justo y razonable que para efectos de la indemnización se tome como base el salario mínimo legal vigente para los años en que se conceda el pago de esa indemnización.

Situación similar, lo ha hecho el Consejo de Estado en su Sección Tercera, en los casos de reparación directa cuando se demuestra el daño pero para liquidar el perjuicio no se conoce el valor del ingreso, se acudió al salario mínimo legal vigente.

Sobre la afirmación de la parte demandada, en el sentido que, nunca se pagó suma alguna a estos señores del "Grupo de Maleteros" al menos del presupuesto de la entidad y que por ello no se demostró este rubro y por ende la relación laboral, se deberá señalar que, la forma en que se hizo la remuneración se acordó entre el director del Aeropuerto y el grupo de empleados, ellos así aceptaron esta forma de pago por sus servicios, pero no por ello,

no existió remuneración, además es obvio que probado como está la prestación personal del servicio y la subordinación, el pago por ese servicio es la consecuencia natural que surge de las anteriores, de no aceptarlo así, sería tanto como admitir que en la institución se presentó una relación de esclavitud, abolida afortunadamente desde los albores de la república.

Prescripción

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

Teniendo en cuenta que la Sala no se puede amparar en la jurisprudencia de unificación sobre prescripción de derechos en casos de contrato de prestación de servicios, pues efectivamente no existe un contrato de esta naturaleza, deberá aplicar la disposición anterior en toda su extensión, razón por la cual como se hizo la reclamación el 7 de marzo de 2018, fecha misma de la desvinculación se entienden prescritos los derechos anteriores al 7 de marzo de 2015.

Lo anterior, sin perjuicio del pago de aportes al sistema de seguridad social en pensiones y de las cesantías, los que se pagarán por todo el lapso laborado en atención a los siguientes precedentes jurisprudenciales:

Frente a los aportes a pensiones, el Máximo Tribunal Administrativo en providencia del 25 de agosto de 2016² estableció que:

*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).
[...]*

vii) El juez contencioso-administrativo se debe pronunciar,

² Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter, de fecha veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016), Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15)CE-SUJ2-005-16,

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

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

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

Quedó probado de los testimonios, que la parte actora no se le hicieron los aportes al sistema de seguridad social, siendo que como se señaló se demostró una relación laboral, en consecuencia, le asiste derecho a que, por el tiempo efectivamente laborado, esto es del 15 de marzo de 2001 hasta el 7 de marzo de 2018, se le hagan aportes al sistema de pensiones que señale en su oportunidad el actor, teniendo como base el salario mínimo legal vigente para cada año en que se prestó la labor pues conforme a la jurisprudencia los mismos son imprescriptibles.

Frente a las cesantías, la sala mayoritaria considera que, atendiendo la aplicación del precedente establecido en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A” C.P. Alfonso Vargas Rincón de fecha 2 de mayo de 2013, Número interno (1555-12) en la que se señaló:

- c) *el auxilio de cesantías se hace exigible a la terminación del contrato de trabajo, independientemente del régimen que las regule, dado que, es a partir de ese momento cuando el trabajador puede disponer libremente de dicho concepto; por ello, el término prescriptivo para tal derecho comienza a contabilizarse desde la finalización de la relación laboral y no antes.*

Teniendo en cuenta la anterior jurisprudencia y como esta sentencia sería el título constitutivo del derecho, esto es, que las mismas se liquidarán desde el 15 de marzo de 2001 hasta el 7 de marzo de 2018.

Restablecimiento del Derecho

Consecuencia de la nulidad del acto demandado, es reconocer que le asiste el actor derecho a que se le pague una indemnización equivalente a las prestaciones sociales devengadas por los empleados de planta con cargo de servicios generales que sirvieron a la entidad en el período en que ejerció las labores el actor.

Frente al restablecimiento del derecho en casos de contrato realidad, el Consejo de Estado en providencia del 15 de agosto de 2013³ fue claro al manifestar que por el hecho de reconocer la relación laboral no se le puede otorgar al demandante la calidad de empleado público; sin embargo, esto no obsta para que se le reconozcan a manera de indemnización las prestaciones sociales dejadas de percibir basados en los honorarios que devengó:

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

Respecto a la liquidación de la condena, encuentra la Sala, que es razonable la posición que ha venido sosteniendo la Sección Segunda al ordenar a título de reparación del daño, el pago de las prestaciones sociales, con base en los honorarios pactados en el contrato, pues en razón a la inexistencia del cargo en la planta de personal dichos emolumentos son la única forma de tasar objetivamente los perjuicios, ya que la otra forma sería asimilarlo a un empleado de condiciones parecidas presentándose una situación subjetiva de la Administración para definir esta identidad, implicando reabrir la discusión al momento de ejecutar la sentencia⁴ (Líneas fuera del texto).

Para el caso *sub examine*, y en atención a lo solicitado en la demanda, se ordenará a INFICALDAS reconocer y pagar al demandante, teniendo como base el salario mínimo

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

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

legal para cada año, las prestaciones a que un empleado de cargo de auxiliar de servicios generales código 740, grado 01, recibía para el lapso del 7 de marzo de 2015 al 7 de marzo de 2018. Con excepción de las mesadas pensionales y las cesantías que se liquidarán desde el 15 de marzo de 2001 hasta el 7 de marzo de 2018. Como se señaló en el acápite anterior.

En atención a que en las pretensiones de la demanda se reclaman el reconocimiento de sanción moratoria sobre las cesantías, y de indemnización por despido injusto, considera esta Sala que no es factible su reconocimiento, como quiera que solo a partir de esta sentencia es que se está declarando la existencia de una relación laboral, y en consecuencia a partir de este momento es que surge la obligación a cargo de la administración de reconocer y pagar el aludido auxilio, tal como lo ha señalado el Consejo de Estado⁵.

De los valores a reconocer, se autoriza a la entidad demandada descontar los aportes que conforme a la ley le correspondería al trabajador, para el sistema de seguridad social en pensiones.

Se declarará además que el tiempo laborado por la demandante, se deberá computar para efectos pensionales.

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

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

Dónde:

VP = Suma actualizada

VH = Suma a actualizar

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

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

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

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

Además, que de los valores a reconocer, se deberá descontar el porcentaje que la ley señale para aportes al sistema de seguridad social en pensiones.

Conclusiones

De las pruebas que reposan dentro del expediente se puede afirmar que se reúnen los elementos de prestación personal del servicio, subordinación y dependencia, y el de remuneración, que permiten a esta Sala determinar que existió una verdadera relación laboral entre INFICALDAS y el actor, en aplicación a los principios de primacía de la realidad, de confianza legítima, y en especial al ser el trabajo un principio fundante de la constitución política Colombiana.

Que a pesar de que en el expediente no quedó probado exactamente el monto de la remuneración, en virtud de la especial protección constitucional al trabajo, la base se determinará por el salario mínimo legal vigente de los años en que se reconoce el pago de la indemnización.

Frente a las prestaciones de intereses de cesantías, sanción moratoria e indemnización por despido injusto se negarán, por cuanto hasta ahora con esta sentencia se está reconociendo la vinculación laboral.

Costas

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

En mérito de lo expuesto, la **SALA PRIMERA DE DECISIÓN** del **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: DECLÁRESE NO PROBADAS las excepciones denominadas “**No existen presupuestos jurídicos ni jurisprudenciales para que se presente la figura de un funcionario de hecho y cobro de lo no debido, propuestos por** inexistencia de la obligación por parte de la DTSC; inexistencia de la relación laboral entre las partes; nadie está obligado a lo imposible; ejecución de contratos en aplicación de la autonomía de la voluntad; ejecución

de contratos en ejercicio del principio de coordinación administrativa y prescripción del derecho, formuladas por **INSTITUTO DE FINANCIAMIENTO, PROMOCIÓN Y DESARROLLO DE CALDAS - INFICALDAS**.

SEGUNDO: DECLÁRESE la nulidad del acto administrativo G.G.181-2018 expedido el 22 de marzo de 2018 por INFICALDAS.

TERCERO: A TÍTULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO CONDÉNASE al **INSTITUTO DE FINANCIAMIENTO, PROMOCIÓN Y DESARROLLO DE CALDAS - INFICALDAS**. a pagar al señor **ALDEMAR GUTIÉRREZ RAVE** todas las prestaciones y factores salariales a los que un empleado de esa entidad en cargos de auxiliar de servicios generales código 740, grado 01 tendría derecho, tomando como base el salario mínimo legal vigente, en el período del 7 de marzo de 2015 al 7 de marzo de 2018 teniendo en cuenta la prescripción trienal.

No obstante, se deberán realizar los aportes que le corresponden al empleador al Sistema de Seguridad Social en Pensiones y directamente al Fondo de pensiones que señale la parte actora, por todo el periodo de servicios, esto es, del 15 de marzo de 2001 hasta el 7 de marzo de 2018 y pagar las cesantías también por el mismo lapso.

Se declarará además que el tiempo laborado por el demandante se debe computar para efectos pensionales.

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

Se autoriza al INFICALDAS, para que de la suma a pagar al actor se descuenten las sumas que correspondan para el pago en el porcentaje que el trabajador deba hacer al sistema de seguridad social en pensiones.

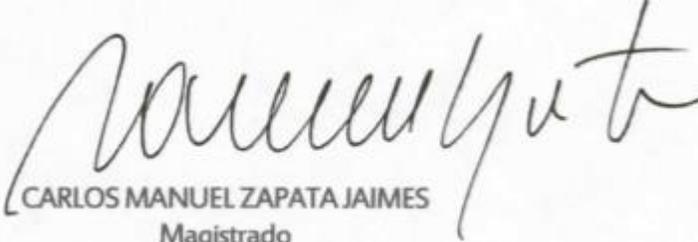
CUARTO: NEGAR las demás pretensiones.

QUINTO: SIN COSTAS por lo brevemente expuesto.

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

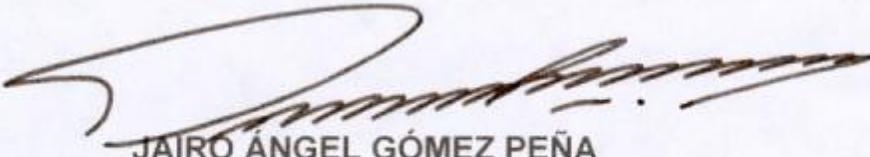
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Sentencia proferida en Sala de Decisión Virtual realizada el 08 de febrero de 2021 conforme al Acta n° 006 de la misma fecha.

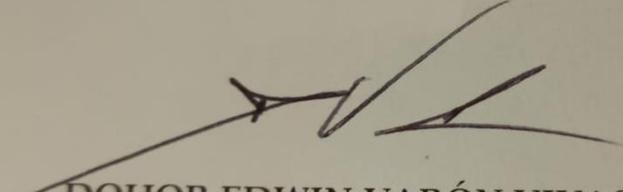


CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

Aclara el voto



JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
Magistrado

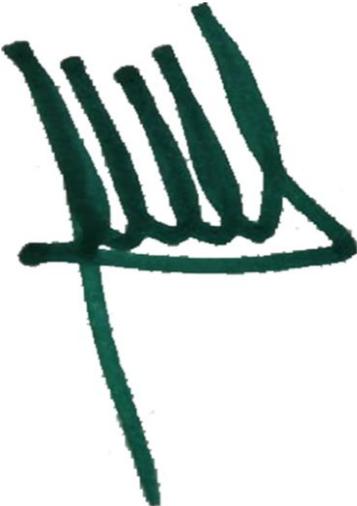


DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 021 del 09 de febrero de 2021.
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, cuatro (4) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

RADICADO	17001-33-33-002-2018-00299-02
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	OSCAR JIMÉNEZ RESTREPO
DEMANDADO	NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

Procede la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas a dictar sentencia de segunda instancia, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el fallo proferido por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales en audiencia inicial celebrada el 26 de noviembre de 2019.

PRETENSIONES

1. Declarar la nulidad parcial de la Resolución nro. 3080 del 19 de junio de 2012 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 el demandante tiene derecho a que la entidad demandada le reconozca y pague una pensión ordinaria de jubilación a partir del 14 de marzo de 2011, 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 13 marzo de 2011, 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. 3080 del 19 de junio de 2012, 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

- El 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 pensionada.

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 Segundo Administrativo del Circuito de Manizales mediante sentencia del 26 de noviembre de 2019 negó pretensiones, tras plantearse como problema jurídico si el demandante tenía derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación con inclusión de los factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores a la adquisición del estatus jurídico de pensionado o al retiro definitivo del servicio.

Precisó inicialmente que lo relacionado con el reconocimiento y pago de las prestaciones del personal docente nacional o nacionalizado está a cargo de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin perjuicio de que a las entidades territoriales respectivas les corresponda expedir los actos administrativos correspondientes.

Explicó que, dada la fecha de vinculación de la parte actora, el régimen pensional aplicable era la Ley 91 de 1989, que remitió al régimen general de prestaciones sociales del sector público, esto es, a la Ley 33 de 1985.

En cuanto a los factores salariales precisó que el Consejo de Estado profirió sentencia de unificación el 25 de abril de 2019, con base en la cual se puede concluir solo procede la inclusión en el IBL de aquellos rubros enlistados en el artículo 3 de la Ley 62 de 1985, sobre los que se hubiere cotizado.

De conformidad con lo anterior, consideró la *a quo* que no le asistía razón a la parte demandante en solicitar la reliquidación de su pensión de jubilación, pues los factores reclamados y devengados en el año previo a la adquisición del estatus se encontraban por fuera de los establecidos en la Ley 62 de 1985.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada en primera instancia, la parte demandante presentó recurso de apelación en forma oportuna, mediante memorial visible a folios 198 a 205 del cuaderno 1.

Sostuvo que, aunque el fallo recurrido se basó en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, en la que se estableció la base de liquidación de las pensiones de los docentes, debe tenerse en cuenta que la demanda se presentó con fundamento en la posición que el Máximo Tribunal Administrativo tenía para ese momento, según la sentencia de unificación del 26 de agosto de 2010.

Por ello, solicitó que en desarrollo de lo que la jurisprudencia ha denominado como confianza legítima en la administración de justicia y por respeto al principio de seguridad jurídica, el proceso sea resuelto conforme al precedente que existía para el momento en el cual fue radicada la demanda.

En tal sentido aseguró que los docentes vinculados al fondo que ingresaron con anterioridad al 27 de junio de 2003, aportan sobre todos los factores salariales pagados, y por ello la pensión debe reconocerse con la totalidad de factores percibidos en el año de retiro del servicio.

Pidió entonces se revoque la sentencia de primera instancia, y que se aplique el precedente judicial que sobre el tema estableció el Consejo de Estado y que era el vigente al momento de instaurar la demanda.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante: reiteró los planteamientos expuestos en el recurso de apelación, particularmente el relacionado con el principio de seguridad jurídica y confianza legítima en la administración de justicia.

Parte demandada: hizo énfasis en la improcedencia de reajustar la pensión en los términos solicitados, especialmente en atención a lo establecido por el Consejo de Estado en sentencia de unificación del 25 de abril de 2019 en la cual concluyó que para el reconocimiento de las pensiones de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio se debe tener en cuenta en el IBL los factores salariales sobre los que haya cotizado.

Ministerio Público: mediante concepto nro. 53-2020, el señor Procurador Judicial pidió confirmar la sentencia de primera instancia.

Para emitir su concepto analizó las sentencias de unificación del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2018 y 25 de abril de 2019, así como el Acto Legislativo 01 de 2005, para concluir que a los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 solo se les puede incluir en el IBL de su pensión, de conformidad con la Ley 33 de 1985, los factores salariales establecidos en la Ley 62 de 1985 sobre los cuales se hubieran efectuado aportes al sistema de seguridad social.

Que en el caso del demandante se verificó que se vinculó antes de la Ley 812 de 2003, por lo que el régimen aplicable era la Ley 91 de 1989, y, en consecuencia, en materia pensional, la Ley 33 de 1985, lo que hacía imposible incluir otros factores salariales devengados en el último año de servicios, en tanto los mismos no hacían parte de la base de liquidación de la pensión de acuerdo con la Ley 62 de 1985.

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 del señor Oscar Jiménez Restrepo, teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en el año de servicios anterior a la adquisición del estatus pensional?

Lo probado

- Según los considerandos de la Resolución nro. 3080 del 19 de junio de 2012, el demandante nació el 13/03/1956, lo cual se corrobora con lo consignado en su cédula de ciudadanía (fol. 19 y 21 C.1).
- Al señor demandante se le reconoció una pensión de jubilación a través de la Resolución nro. 3080 del 19 de junio de 2012, en cuantía de \$1.848.103 a partir del 2011/03/14, 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 y la prima de vacaciones (fol. 19 y 20).
- En el certificado de salarios visible de folio 22 a 24 se marcó con una “equis” la casilla que indica que el actor está activo en el servicio. Además, se evidencia que devengó en el año de estatus asignación básica, prima de navidad y prima de vacaciones.

Régimen legal aplicable

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

- i) El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, **que se encontraban vinculados antes de la entrada en vigencia de dicha ley** al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones que regían con anterioridad.
- ii) Los docentes **que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la referida ley**, deben ser afiliados al FOMAG y tienen los derechos pensionales del régimen de prima media

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

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. [...] (Negritas fuera de texto)

Para el caso concreto, aunque no se conoce la fecha de vinculación del demandante, se consignó en el acto administrativo 3080 del 19 de junio de 2012 que se ha desempeñado como docente nacional 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 2012 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”*.

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

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”.

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 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*

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 hiciera 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).

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 al señor Oscar Jiménez Restrepo le reconocieron pensión de jubilación, en cuya liquidación se incluyeron la asignación básica y la prima de vacaciones.

En la demanda promovida, la parte actora reprocha que se hubiera omitido incluir los demás factores salariales devengados en el año de servicios 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 navidad, dado que aquella no constituye base de liquidación de los aportes.

Aclara el Tribunal que, no obstante que la Resolución nro. 3080 del 19 de junio de 2012 tuvo en cuenta otros 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 otros factores salariales.

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

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

Conclusión

De conformidad con la normativa y la jurisprudencia citada y con fundamento en los hechos debidamente acreditados, estima esta Sala de Decisión que a la parte demandante no le asiste derecho a que su pensión de jubilación se reliquide incluyendo otros factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del estatus pensional.

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.

Finalmente, por reunir los requisitos de ley, se reconoce personería a la doctora María Alejandra Almanza Núñez, portadora de la tarjeta profesional 273.998 del CSJ, para actuar como apoderada sustituta de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de conformidad con el documento visible a folio 8 del 2.

Así mismo, al tenor del artículo 76 del CGP, y por cumplir los requisitos de ley, se acepta la renuncia al poder presentada por la doctora María Alejandra Almanza Núñez, según documentos visibles a folios 28 a 31 C.2.

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: CONFIRMAR la sentencia del 26 de noviembre de 2019 proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por el señor **OSCAR JIMÉNEZ RESTREPO** contra **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, por lo brevemente expuesto en este fallo.

Segundo: NO SE CONDENA EN COSTAS por lo consignado en la parte considerativa.

Tercero: Se reconoce personería a la doctora María Alejandra Almanza Núñez, portadora de la tarjeta profesional 273.998 del CSJ, para actuar como apoderada sustituta de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de conformidad con el documento visible a folio 8 del 2.

Así mismo, al tenor del artículo 76 del CGP, se acepta la renuncia al poder presentada por la doctora María Alejandra Almanza Núñez.

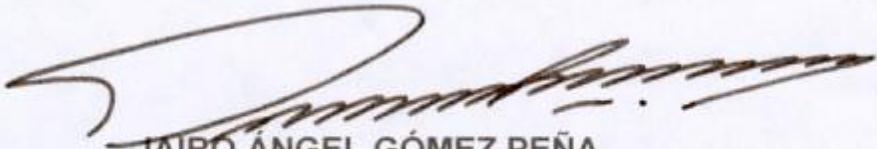
Cuarto: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático "*Justicia Siglo XXI*".

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

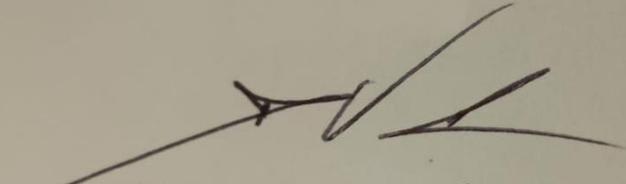
Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Virtual realizada el 4 d febrero de 2021 según Acta n° 005 de la misma fecha.



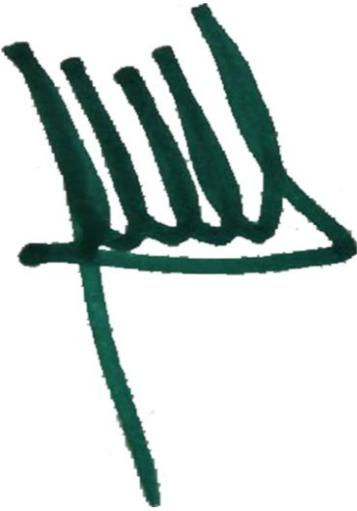
CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



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. 021 del 09 de febrero de 2021. 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, cuatro (4) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

RADICADO	17001-33-33-002-2018-00526-02
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	MARÍA NELLY USMA FRANCO
DEMANDADO	NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

Procede la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas a dictar sentencia de segunda instancia, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el fallo proferido por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales en audiencia inicial celebrada el 13 de diciembre de 2019.

PRETENSIONES

1. Que es nula la Resolución nro. 7910-6 del 13 de septiembre de 2018, por medio de la cual se negó el ajuste de la pensión de jubilación de la demandante con la totalidad de los factores salariales (prima de navidad y prima de servicios).
2. Declarar que la demandante tiene derecho a que la entidad demandada le reconozca y pague en la reliquidación de la pensión vitalicia de jubilación un ajuste tomando como base para ello el 75% del salario promedio devengado por la demandante durante el año de estatus con inclusión de todos los factores salariales como la prima de navidad y la prima de servicios.
3. Condenar a la entidad demandada a pagar a favor de la accionante la reliquidación de la pensión mensual vitalicia de jubilación a partir del 1° de marzo de 2017 hasta que se haga efectivo el pago; y, en consecuencia, se ordene pagar la diferencia no pagada entre la reliquidación de la pensión liquidada y la que debe reconocerse al restablecer el derecho desde la fecha ya indicada.

4. Los pagos a que se refieren estas peticiones se harán a partir de la fecha en que la señora María Nelly Usma Franco, adquirió el derecho a la pensión vitalicia de jubilación, y en consideración al valor que tuvieran al momento de hacerse efectivos los pagos, de conformidad con el IPC.
5. Que se condene a las partes demandadas al cumplimiento del fallo que como resultado se profiera en el presente proceso, de acuerdo con los artículos 192 y 195 del CPACA.
6. Que se condene a las partes demandadas en costas y agencias en derecho en los términos del artículo 188 del CPACA.

HECHOS

- A la demandante le fue reconocida pensión de jubilación mediante Resolución nro. 4939-6 del 28 de junio de 2017, a partir del 1° de marzo de 2017.
- Resaltó que en la reliquidación de su pensión no se tuvieron en cuenta todos los factores salariales devengados en el año de estatus, como lo es la prima de navidad y la prima de servicios.
- El día 20 de junio de 2018 se solicitó a la entidad demandada el ajuste de la reliquidación de la pensión con la incorporación en el IBL de todos los factores salariales percibidos en el año anterior a la adquisición del estatus, solicitud que fue resuelta de manera negativa a través de Resolución nro. 7910-6 del 13 de septiembre de 2018.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Acto Legislativo 01 de 2005; Constitución Política artículos 2, 4, 5, 6, 13, 20, 46, 48 y 53; CPACA artículos 3, 13, 66 y 138; Ley 91 de 1989; artículo 6 de la Ley 60 de 1993; Ley 33 de 1985; artículo 29 y 36 de la Ley 100 de 1993; Ley 115 de 1994; Ley 812 de 2003.

Afirmó que a los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 se les deben aplicar las normas vigentes antes de entrar en vigor la norma, Ley 91 de 1989, Ley 60 de 1993, Decreto 3135 de 1968, Decreto 1848 de 1969 y Decreto 1045 de 1978, las cuales dan derecho a una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año de servicios, con inclusión de

todos los factores salariales percibidos en ese mismo periodo. Pese a ello, la entidad demandada determina que los únicos factores a incluir en la liquidación de la pensión son la asignación básica y las horas extras.

Resaltó que el Consejo de Estado unificó jurisprudencia sobre el tema, y dejó claro que el objetivo de la nueva tesis es garantizar los principios de igualdad, progresividad, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad, lo que permite incluir en el IBL de la pensión todos los factores salariales devengados por el servidor público, en los que claramente están incluidos los del ramo docente, nacionales o nacionalizados, en el año anterior al retiro del servicio.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

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

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales mediante sentencia del 13 de diciembre de 2019 negó pretensiones, tras plantearse como problema jurídico si la demandante tenía derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación con inclusión de los factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores a la adquisición del estatus jurídico de pensionado o al retiro definitivo del servicio.

Para desatar el meollo del asunto explicó que, dada la fecha de vinculación de la parte actora, el régimen pensional aplicable era la Ley 91 de 1989, norma que remitió al régimen general de prestaciones sociales del sector público, esto es, a la Ley 33 de 1985.

En cuanto a los factores salariales, indicó que el Consejo de Estado profirió sentencia de unificación el 25 de abril de 2019, con base en la cual concluyó solo procede la inclusión en el IBL de aquellos rubros enlistados en el artículo 3 de la Ley 62 de 1985, sobre los que se hubiere cotizado.

De conformidad con lo anterior, consideró la *a quo* que no le asistía razón a la parte demandante en solicitar la reliquidación de su pensión de jubilación, pues los factores reclamados y devengados en el año previo a la adquisición del estatus que no fueron

incluidos en la base de liquidación (prima de servicios y prima de navidad) se encontraban por fuera de los establecidos en la Ley 62 de 1985.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada en primera instancia, la parte demandante presentó recurso de apelación en forma oportuna, mediante memorial visible a folios 74 a 77 del cuaderno 1.

Adujo que la juez no evaluó de manera adecuada varias pruebas allegadas al expediente, para de esta forma solucionar el conflicto y mantener el imperio de la ley en consonancia con la verdad procesal.

Insistió en que la demandante tiene derecho a la reliquidación de su pensión por retiro definitivo del servicio con la inclusión de todos los factores salariales como son la prima de servicios y la prima de navidad, ya que está acreditado que la demandante ingresó al servicio educativo antes de la Ley 812 de 2003, y que de conformidad con las normas que le aplican a su caso se deben incluir en el IBL todos los factores salariales percibidos en el año de estatus.

Advirtió que se realizó un análisis errado de la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, ya que la misma no es aplicable a los docentes. Y en relación con la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019 adujo que este no era el precedente vigente al momento de presentar la demanda.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

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

Parte demandada: no presentó alegatos.

Ministerio Público: no presentó concepto de fondo.

Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado: mediante memorial radicado fuera del término para presentar alegatos de conclusión en segunda instancia, solicitó se dicte sentencia anticipada en este caso y se nieguen las pretensiones del presente proceso en atención a lo determinado por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 25

de abril de 2019 para los docentes vinculados antes de la Ley 812 de 2003, en la cual se concluyó que solamente pueden ser incluidos en el IBL de la pensión aquellos factores sobre los que se hubieran realizado aportes de acuerdo a la Ley 62 de 1985.

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

Es necesario advertir que en la sentencia de primera instancia se analizó la reliquidación pensional de la demandante en relación con los factores salariales que percibió en el año de retiro, cuando en este caso se evidencia que en la demanda se solicitó el reajuste, pero por inclusión de los factores salariales percibidos en el año de estatus, evidenciando además esta Sala que según las pruebas que se aportaron con la demanda, la señor Usma Franco aún no se ha retirado del servicio.

En tal sentido, el problema jurídico a resolver en esta instancia será el siguiente:

¿Es procedente para el caso concreto reliquidar la pensión de jubilación de la señora María Nelly Usma Franco teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en el año de servicios anterior a la adquisición del estatus pensional?

Lo probado

- El certificado de historia laboral de la demandante indica que se vinculó como docente mediante Decreto 075 del 16 de agosto de 1996, a partir del 22 de agosto de ese mismo año. Este documento indica también que se encuentra activa en el servicio (fol. 12).
- Según los considerandos de la Resolución nro. 4939-6 del 28 de junio de 2017, la demandante nació el 28/02/1962, lo cual se corrobora con lo consignado en su cédula de ciudadanía (fol. 11 y 21 C.1).

- A la señora demandante se le reconoció una pensión de jubilación a través de la Resolución nro. 4939-6 del 28 de junio de 2017, en cuantía de \$2.769.422 a partir del 1/03/2017, 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, prima de vacaciones, bonificación mensual y horas extras (fol. 11).
- En el certificado de salarios visible a folio 14 y 15, 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, 2016 y 2017: prima de navidad, prima de servicios, asignación básica, bonificación mensual docente, horas extras y prima de vacaciones.
- A través de Resolución nro. 7910-6 del 13 de septiembre de 2018 se negó el reajuste de la pensión de jubilación que percibe la actora (fol. 20).

Régimen legal aplicable

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

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

El Acto Legislativo nro. 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, dispuso en el parágrafo transitorio 1º lo siguiente:

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

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

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. [...] (Negritas fuera de texto)

Para el caso concreto, según el certificado que reposa a folio 12, la demandante comenzó a laborar el 22 de agosto de 1996, lo que denota 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”*.

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

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”.

vinculación al servicio docente y, por ende, no le es predicable la regla⁵ y primera subregla⁶ establecidas en la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2018⁷, relacionadas con la interpretación adecuada del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Por el contrario, tal como quedó expuesto en sentencia de unificación del Consejo de Estado del 25 de abril de 2019, *“La regla que rige para el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a periodo y factores. Lo que quiere decir que el periodo es el de un (1) año y los factores son únicamente los que se señalan en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985”*.

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

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.

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 hiciera 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).

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 Usma Franco le reconocieron pensión de jubilación, en cuya liquidación se incluyó la asignación básica, la prima de vacaciones, la bonificación mensual y las horas extras.

En la demanda promovida, la parte actora reprocha que se hubiera omitido incluir los demás factores salariales devengados en el año de servicios anterior a la adquisición del estatus pensional, como son la prima de servicios y prima de navidad.

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 pueden tomarse como factores salariales la prima de navidad y la prima de servicios, dado que aquellas no constituyen base de liquidación de los aportes.

En efecto, el Decreto 1545 de 2013 que creó la prima de servicios para el personal docente y directivo docente oficial de las instituciones educativas de preescolar, básica y media, estableció que aquella constituiría factor salarial desde el momento de su causación, únicamente para efectos de la liquidación de las siguientes prestaciones económicas: vacaciones, prima de vacaciones, cesantías y prima de navidad.

Así pues, la Sala de Decisión encuentra que la reliquidación pensional pretendida no procede en los términos reclamado.

Aclara el Tribunal que no obstante que la Resolución nro. 4939-6 del 28 de junio de 2017 tuvo en cuenta otros factores para liquidar la pensión de jubilación de la parte demandante no 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 navidad y la prima de servicios.

Llegar a una conclusión diferente implicaría, como lo sostuvo el Consejo de Estado⁸, no solo desbordar el objeto del litigio fijado sino que afectaría principios y derechos

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

constitucionales como el debido proceso, la confianza legítima y la tutela efectiva de los derechos que pretende quien impugna una decisión administrativa a través de este medio de control.

Conclusión

De conformidad con la normativa y la jurisprudencia citada y con fundamento en los hechos debidamente acreditados, estima esta Sala de Decisión que a la parte demandante no le asiste derecho a que su pensión de jubilación se reliquide incluyendo la prima de navidad y la prima de servicios devengadas en el año anterior a la adquisición del estatus pensional.

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

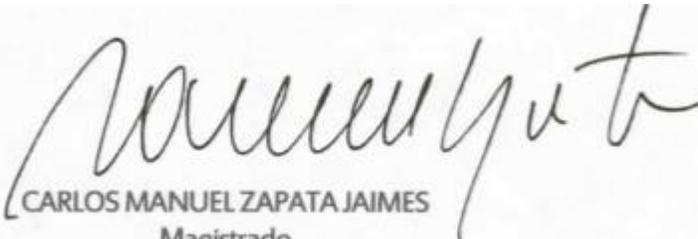
Primero: CONFIRMAR, POR LAS RAZONES EXPUESTAS EN ESTE FALLO, la sentencia del 13 de diciembre de 2019 proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por la señora **MARIA NELLY USMA FRANCO** contra **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, por lo brevemente expuesto en este fallo.

Segundo: NO SE CONDENA EN COSTAS por lo consignado en la parte considerativa.

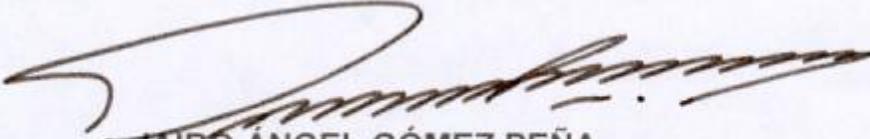
Tercero: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático *“Justicia Siglo XXI”*.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

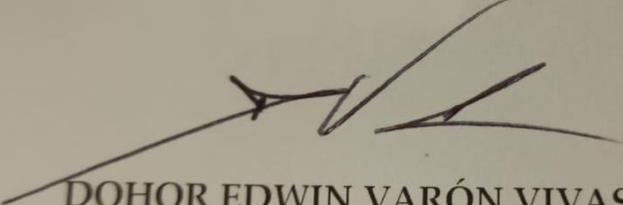
Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Virtual realizada el 04 de febrero de 2021 según Acta n° 005 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
Magistrado

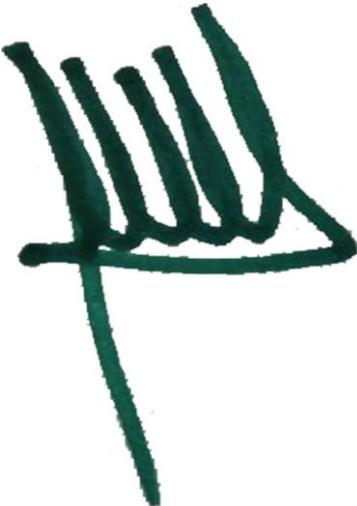


DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 021 del 09 de febrero de 2021.
Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.

Manizales, _____



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.: 024

Asunto: Sentencia de segunda instancia
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 17001-33-33-002-2018-00543-02
Demandante: María Rubiela Muñoz Duque
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n° 004 del 5 de febrero de 2021

Manizales, cinco (5) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, corresponde a esta Sala de Decisión desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del trece (13) de diciembre de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las súplicas de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora María Rubiela Muñoz Duque contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG²).

DEMANDA

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 28 de noviembre de 2018 (fls. 3 a 10, C.1), se solicitó lo siguiente:

Pretensiones

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, FOMAG.

1. Que se declare la nulidad de la Resolución n° 8305-6 del 3 de octubre de 2018, en tanto negó la reliquidación de la pensión de jubilación de la parte actora por retiro definitivo, incluyendo la prima de servicios.
2. Que se declare que a la parte actora le asiste derecho a que le sea reliquidada su pensión de jubilación por retiro definitivo del servicio, tomando para ello el 75% del salario promedio devengado durante el último año de servicio, incluyendo todos los factores salariales, particularmente la prima de servicios.
3. Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la entidad demandada a pagar la reliquidación de la pensión de jubilación de la parte demandante a partir del 31 de diciembre de 2017, pagando la suma o diferencia entre lo reconocido y lo ordenado en el fallo correspondiente.
4. Que se condene a la entidad accionada a realizar los pagos debidamente indexados.
5. Que se ordene a la entidad demandada dar cumplimiento al fallo en los términos previstos por los artículos 192 y 195 del CPACA.
6. Que se condene en costas a la parte accionada.

Hechos

Como fundamento fáctico de la demanda, la parte actora expuso lo siguiente:

1. Mediante Resolución n° 5170 del 1° de septiembre de 2010 le fue reconocida pensión de jubilación a la señora María Rubiela Muñoz Duque.
2. A través de Resolución n° 9457-6 del 1° de diciembre de 2017, le fue aceptada la renuncia a la parte actora a partir del 31 de diciembre de 2017.
3. Con Resolución n° 1927-6 del 17 de febrero de 2018, la entidad demandada reliquidó la pensión de jubilación de la parte demandante por retiro definitivo del servicio.

4. El 18 de septiembre de 2018, la parte actora solicitó el ajuste de la reliquidación pensional, para que se incluyeran todos los factores salariales devengados en el último año de servicio.
5. Por Resolución nº 8305-6 del 3 de octubre de 2018, la entidad accionada negó el ajuste solicitado.
6. En la liquidación de la prestación no se tuvieron en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, pues no se incluyó la prima de servicios.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte actora estimó como violadas las siguientes disposiciones: Acto Legislativo nº 01 de 2005; Constitución Política: artículos 2, 4, 5, 6, 13, 20, 46, 48 y 53; CPACA: artículos 3, 13, 66 y 138; Ley 91 de 1989; Ley 60 de 1993: artículo 6; Ley 33 de 1985; Ley 100 de 1993: artículos 29 y 36; Ley 115 de 1994; y Ley 812 de 2003.

Explicó que la normativa aplicable a los docentes vinculados antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 corresponde a los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, en virtud de los cuales la pensión de jubilación debe liquidarse en cuantía equivalente al 75% del salario mensual promedio del año anterior al status pensional.

Adujo que en sentencia de unificación –la cual no identificó–, el Consejo de Estado precisó que deben garantizarse los principios de igualdad material, progresividad, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, permitiendo que se incluya en la base de liquidación pensional todos los factores salariales devengados por el servidor público, sin distinción alguna.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG no contestó la demanda.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El 13 de diciembre de 2019, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia (fls. 58 a 63, C.1), a través de la cual negó las pretensiones de la demanda y se abstuvo de condenar en costas. Lo anterior, con fundamento en lo siguiente.

Explicó que dada la fecha de vinculación de la parte actora, el régimen pensional aplicable era la Ley 91 de 1989, que remitió al régimen general de prestaciones sociales del sector público, esto es, a la Ley 33 de 1985.

En cuanto a los factores salariales, indicó que el Consejo de Estado profirió sentencia de unificación el 25 de abril de 2019 (radicado: 2015-00569-01), con base en la cual sólo procede la inclusión de aquellos enlistados en el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, sobre los que se hubiere cotizado.

De conformidad con lo anterior, consideró la Juez *a quo* que no le asistía razón a la parte demandante de solicitar la reliquidación de su pensión de jubilación, pues la prima de servicios reclamada y devengada en el último año de servicio, se encuentra por fuera de los factores salariales establecidos en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

RECURSO DE APELACIÓN

Mediante memorial obrante de folios 70 a 73 del cuaderno principal, la parte demandante recurrió la sentencia de primera instancia, alegando que la Juez *a quo* no había valorado varias pruebas allegadas al proceso –sin precisar cuáles–.

Refirió igualmente que la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 del Consejo de Estado no es aplicable a los docentes, ya que éstos no se encuentran cobijados por el régimen de transición y, en tal sentido, no varía la forma de calcular el IBL para la pensión de jubilación.

Adujo que la Juez de primera instancia se apartó de múltiples fallos en los que se ha dejado claro que a los docentes que se hubieran vinculado antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 se les aplica la Ley 91 de 1989, que a su vez remite a la Ley 33 de 1985, y se les incluye en la liquidación pensional todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio.

Manifestó su inconformidad con la aplicación de la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019 del Consejo de Estado, pues consideró que ésta contraría los derechos que venían siendo reconocidos a los docentes y que además no había sido proferida al momento de interponerse la demanda.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante (fls. 13 a 15, C.2)

Intervino para manifestar que el régimen pensional aplicable es el previsto en las Leyes 33 y 62 de 1985, en virtud de las cuales la liquidación abarca todos los factores que hubieren servido de base para calcular los aportes.

Con base en lo anterior, solicitó que se revoque la providencia de primera instancia y, en su lugar, se ordene la reliquidación pensional para incluir dentro de la liquidación, la prima de navidad devengada en el último año de servicio.

Instó a que no se condene en costas, teniendo en cuenta que al momento de presentar la demanda, la jurisprudencia era clara en que era procedente acceder a las pretensiones de reliquidación pensional.

Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG (fls. 5 y 6, C.2)

Manifestó que al caso concreto son aplicables las Leyes 33 y 62 de 1985, que previeron expresamente los factores salariales a incluir en la liquidación pensional, y que no pueden adicionarse como lo pretende la parte actora, so pena de desconocer los principios constitucionales de sostenibilidad financiera y solidaridad.

Aclaró que de conformidad con la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019 del Consejo de Estado, los factores a incluir en las pensiones de los docentes son aquellos previstos en la Ley 33 de 1985 y sobre los que se hubiere realizado el aporte o cotización.

Adujo entonces que la sentencia de primera instancia debe ser confirmada.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Agente del Ministerio Público emitió concepto en el presente asunto (fls. 17 a 22, C.2), a través del cual solicitó confirmar la providencia recurrida, como quiera que existe sentencia de unificación sobre la materia, con base en la cual las primas de navidad y de vacaciones no hacen parte de los factores enlistados en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Reparto. Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 24 de febrero de 2020, y allegado el 14 de julio del mismo año al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (fl. 2, C.2).

Admisión y alegatos. Por auto del 14 de julio de 2020 se admitió el recurso de apelación y se ordenó correr traslado para alegatos en caso de no existir solicitud de pruebas por practicar en segunda instancia (fl. 2, C.2). Ambas partes alegaron de conclusión (fls. 5 a 6 y 13 a 15, ibídem). El Ministerio Público rindió concepto en esta oportunidad (fls. 17 a 22, C.2).

Paso a Despacho para sentencia. El 9 de septiembre de 2020 el proceso ingresó a Despacho para sentencia (fl. 23, C.2), la que se dicta en seguida, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA. Se precisa que por tratarse de un asunto que versa sobre un caso similar a los ya decididos por esta Corporación, y en procura de la celeridad y agilidad para dar solución a dichos temas, se profiere este fallo sin tener en cuenta el orden de ingreso del proceso a Despacho para tal efecto, tal como se autoriza por el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, en armonía con lo previsto por el artículo 115 de la Ley 1395 de 2010.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

Problema jurídico

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

- *¿Es procedente para el caso concreto reliquidar la pensión de jubilación de la señora María Rubiela Muñoz Duque, teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios?*
- *En caso afirmativo, ¿cuál es la entidad encargada de asumir la reliquidación de la pensión de jubilación de la parte accionante?*

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** hechos probados; **ii)** régimen pensional aplicable; **iii)** ingreso base de liquidación y factores salariales a incluir en la pensión de jubilación de docentes; **iv)** aplicación de la nueva jurisprudencia sobre los factores salariales a incluir en la liquidación de las pensiones de jubilación de los docentes; y **v)** reconocimiento y liquidación de la pensión de jubilación de la parte demandante.

Hechos debidamente acreditados

La siguiente es la relación de los hechos debidamente probados que resultan relevantes para solucionar el caso concreto:

1. Con Resolución n° 5170 del 1° de septiembre de 2010 (fls. 39 y 40, C.1), la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en nombre y representación del Ministerio de Educación Nacional – FOMAG reconoció pensión de jubilación a favor de la parte accionante, en cuantía de \$1'683.143, efectiva a partir del 14 de marzo de 2010.

Para la liquidación de la prestación se aplicó el 75% del salario promedio mensual devengado durante el último año de servicio anterior a la adquisición del status pensional, incluyendo además del sueldo, la prima de alimentación, la prima académica, la prima de vacaciones y la prima de navidad.

2. Conforme a la Resolución n° 5170 del 1° de septiembre de 2010 (fls. 39 y 40, C.1), al Formato Único para la Expedición de Certificado de Salarios del FOMAG n° 3494 del 9 de agosto de 2018 (fls. 13 y 14, ibídem) y a la cédula de ciudadanía obrante a folio 22 del expediente, la señora María Rubiela Muñoz Duque nació el 13 de marzo de 1955, laboró como docente desde el 22 de mayo de 1978, y adquirió su status pensional el 13 de marzo de 2010.
3. A través de Resolución n° 9457-6 del 1° de diciembre de 2017 (fl. 11, C.1), la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas aceptó la renuncia presentada por la parte actora a partir del 31 de diciembre de 2017.
4. Con Resolución n° 1927-6 del 17 de febrero de 2018 (fl. 12, C.1), la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en nombre y representación del Ministerio de Educación Nacional – FOMAG reliquidó la pensión de jubilación de la parte accionante por retiro definitivo del servicio, en cuantía de \$2'587.955, efectiva a partir del 31 de diciembre de 2017.

Para la reliquidación de la prestación se aplicó el 75% del salario promedio mensual devengado durante el último año de servicio, incluyendo además del sueldo, la prima de navidad, la prima de vacaciones, la prima de alimentación y la bonificación mensual.

5. El 18 de septiembre de 2018 (fls. 16 a 20, C.1), la parte actora solicitó el ajuste de la reliquidación pensional, para que se incluyeran todos los factores salariales devengados en el último año de servicio.
6. Por Resolución n° 8305-6 del 3 de octubre de 2018 (fl. 21, C.1), la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas negó el ajuste solicitado.
7. Según Formato Único para la Expedición de Certificado de Salarios del FOMAG n° 5687 del 23 de noviembre de 2018 (fl. 15, C.1), entre el período comprendido entre el 1° de enero de 2017 y el 31 de diciembre de 2017, la parte demandante devengó además de la asignación básica mensual, prima de servicios, prima de alimentación, bonificación mensual, prima de navidad y prima de vacaciones.

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 2003³, que reguló dos eventos:

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

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

***PARÁGRAFO TRANSITORIO 1o.** El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se*

³ “Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario”.

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, de conformidad con lo manifestado en la parte motiva de la Resolución nº 5170 del 1º de septiembre de 2010 (fls. 39 y 40, C.1), la señora María Rubiela Muñoz Duque prestó sus servicios en el ramo de la educación **desde el 22 de mayo de 1978**, esto es, con anterioridad a la Ley 812 de 2003. En ese orden de ideas, le es aplicable en materia pensional el régimen vigente para los pensionados del sector público nacional, es decir, el

previsto en la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año.

Así lo precisó igualmente el Consejo de Estado en reciente sentencia de unificación del 25 de abril de 2019⁴, 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 nacionalizados⁵, 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 1985⁶”*.

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

Ingreso base de liquidación pensional y factores salariales a reconocer

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

En lo que respecta al ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación y a la manera de establecerlo, debe precisarse que a la parte demandante no le es aplicable la Ley 100 de 1993 ni el régimen de transición previsto en dicha normativa en razón de la fecha de su vinculación al servicio docente y, por ende, no le es predicable la regla⁷ y primera subregla⁸ establecidas en la

⁴ 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).

⁵ 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.

⁶ 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”*.

⁷ 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).

⁸ 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:

sentencia de unificación del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2018⁹, relacionadas con la interpretación adecuada del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

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

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

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

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

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad,

-
- *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 hiciera 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.”*

⁹ 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).

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 María Rubiela Muñoz Duque le reliquidaron su pensión de jubilación por retiro definitivo del servicio, en cuya liquidación se incluyeron la asignación básica mensual así como la prima de navidad, la prima de vacaciones, la prima de alimentación y la bonificación mensual.

En la demanda promovida, la parte actora reprocha que se hubiera omitido incluir la prima de servicios devengada en el último año de servicio.

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 la prima de servicio no puede tomarse como factor salarial, dado que no constituye base de liquidación de los aportes.

Debe precisarse que el Decreto 1545 de 2013 que creó la prima de servicios para el personal docente y directivo docente oficial de las instituciones educativas de preescolar, básica y media, estableció que aquella constituiría factor salarial desde el momento de su causación, únicamente para efectos de la liquidación de las siguientes prestaciones económicas: vacaciones, prima de vacaciones, cesantías y prima de navidad.

Aclara el Tribunal que no obstante que la Resolución nº 1927-6 del 17 de febrero de 2018 tuvo en cuenta la prima de navidad, la prima de vacaciones, la prima de alimentación y la bonificación mensual para reliquidar la pensión de jubilación de la parte demandante –factores que no están incluidos en la Ley 62 de 1985–, dicho acto de reliquidación pensional no puede modificarse en ese aspecto, en tanto no sólo no fue demandado sino que la nulidad solicitada en este caso fue sólo en lo que correspondía a la inclusión de la prima de servicios como factor adicional.

Llegar a una conclusión diferente implicaría, como lo sostuvo el Consejo de Estado¹⁰, no sólo desbordar el objeto del litigio fijado sino que afectaría principios y derechos constitucionales como el debido proceso, la confianza legítima y la tutela efectiva de los derechos que pretende quien impugna una decisión administrativa a través de este medio de control.

Conclusión

De conformidad con la normativa y la jurisprudencia citada y con fundamento en los hechos debidamente acreditados, estima esta Sala de Decisión que a la parte demandante no le asiste derecho a que su pensión de jubilación se reliquide en los términos por ella solicitados, esto es, incluyendo la prima de servicios como factor salarial devengado en el último año de servicios.

En ese sentido, se confirmará la sentencia dictada en primera instancia.

Costas

¹⁰ Así lo precisó en la sentencia de unificación del 29 del 25 de abril de 2019 ya citada.

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 de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

Primero. CONFÍRMASE la sentencia del trece (13) de diciembre de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora María Rubiela Muñoz Duque contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

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

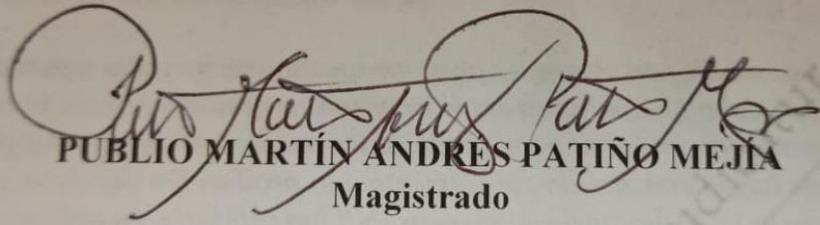
Tercero. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

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

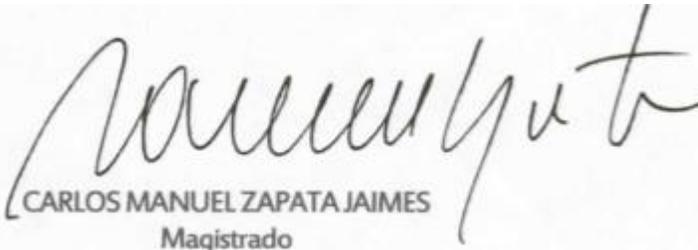
Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

No. 21
FECHA: 9 de febrero de 2021



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S. 023

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

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n° 004 del 5 de febrero de 2021

Manizales, cinco (5) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, corresponde a esta Sala de Decisión desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del veintiséis (26) de junio de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las súplicas de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Ruby Alzate Gómez contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG²).

DEMANDA

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 25 de febrero de 2018 (fls. 13 a 27, C.1), se solicitó lo siguiente:

Pretensiones

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, FOMAG.

1. Que se declare la nulidad parcial de la Resolución n° 5544-6 del 14 de julio de 2016, en tanto la pensión de jubilación de la parte actora fue reconocida sin incluir todos los factores salariales percibidos en el último año anterior al retiro definitivo del servicio.
2. Que se declare que a la parte actora le asiste derecho a que le sea reconocida y pagada pensión de jubilación a partir del 31 de diciembre de 2015, equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los doce meses anteriores al retiro definitivo del servicio.
3. Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la entidad demandada a reliquidar y pagar la pensión de jubilación de la parte demandante, de la manera descrita anteriormente.
4. Que se ordene a la accionada descontar del valor que resulte a favor de la parte demandante, lo reconocido y cancelado en virtud de la Resolución n° 5544-6 del 14 de julio de 2016.
5. Que se ordene a la demandada que sobre el monto inicial de la pensión reconocida, aplique los reajustes de ley para cada año, como lo ordena la Constitución y la ley.
6. Que se ordene a la entidad accionada realizar el respectivo pago de las mesadas atrasadas desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en nómina; y que el pago del incremento decretado se siga realizando en las mesadas futuras como reparación integral del daño.
7. Que se ordene a la entidad demandada dar cumplimiento al fallo en los términos previstos en el artículo 192 y siguientes del CPACA.
8. Que se condene a la parte accionada a reconocer y pagar los ajustes de valor a que hubiere lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de cada una de las diferencias en las mesadas pensionales ordenadas, por tratarse de sumas de tracto sucesivo, tomando como base la variación del IPC.
9. Que se ordene a la entidad demandada reconocer y pagar intereses moratorios a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y hasta cuando se cumpla la totalidad de la condena.

10. Que se condene en costas a la parte accionada.

Hechos

Como fundamento fáctico de la demanda, la parte actora expuso lo siguiente:

1. La señora Ruby Alzate Gómez laboró más de 20 años al servicio de la docencia oficial y cumplió los requisitos establecidos en la ley para el reconocimiento de una pensión de jubilación.
2. La base de liquidación con la cual fue reconocida la prestación incluyó sólo la asignación básica y omitió la prima de navidad, la prima de vacaciones y demás factores salariales percibidos por la actividad docente durante el último año de servicios anterior al cumplimiento del status jurídico de pensionado.
3. La entidad llamada a restablecer el derecho es la Nación – Ministerio de Educación – FOMAG.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte actora estimó como violadas las siguientes disposiciones: Ley 33 de 1985: artículo 1; Ley 62 de 1985; Ley 91 de 1989: artículo 15; y Decreto 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 éstos 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, lo cierto es que tal circunstancia no es un impedimento para tener en cuenta todo lo devengado por el trabajador en el último año de servicios, tal 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.

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

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Dentro del término otorgado, la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG contestó la demanda (fls. 191 a 204, C.1), para oponerse a las pretensiones de la misma, aduciendo que no tiene obligación alguna de incluir factores salariales distintos a los cotizados para obtener la pensión de jubilación, pues ello comportaría el desconocimiento de la normativa vigente aplicable al reconocimiento y pago de pensiones para educadores.

Manifestó que, en todo caso, el derecho a devolución de aportes se encontraría prescrito, por haber transcurrido más de tres años desde que se hizo exigible la obligación hasta cuando se interpuso la demanda.

Propuso las excepciones que denominó: ***“INEPTITUD SUSTANCIAL DE LA DEMANDA POR FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DE LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL”***, alegando que la entidad no ostenta potestad nominadora ni administra el personal docente y administrativo de los planteles educativos y, por tanto, no expide actos de reconocimiento de prestaciones sociales, lo cual es función de las secretarías de educación de cada entidad territorial; ***“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”***, con fundamento en que no existe relación de causalidad o vínculo entre la Nación – Ministerio de Educación Nacional y el derecho solicitado por el docente; ***“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DEMANDADA POR INEXISTENCIA DE CAUSA JURÍDICA”***, teniendo en cuenta que la obligación que se pretende es ilegal y desconoce lo previsto por el Decreto 3752 de 2003; ***“PRESCRIPCIÓN”*** sobre aquellos derechos económicos reclamados que superen el lapso de tres años desde que la obligación se hizo exigible hasta la presentación de la demanda; ***“BUENA FE”*** con la que ha actuado la demandada, siempre con estricto apego a la ley aplicable; y

“**GENÉRICA**”, en el evento que en el curso del proceso se hallare como probada cualquier otra excepción.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El 26 de junio de 2019, el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia (fls. 229 a 233, C.1A), a través de la cual negó las pretensiones de la demanda y se abstuvo de condenar en costas. Lo anterior, con fundamento en lo siguiente.

Explicó que dada la fecha de vinculación de la parte actora, el régimen pensional aplicable era la Ley 91 de 1989, que remitió al régimen general de prestaciones sociales del sector público, esto es, a la Ley 33 de 1985.

En cuanto a los factores salariales, indicó que acogería la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 25 de abril de 2019 (radicado: 2015-00569-01), con base en la cual sólo procede la inclusión de aquellos enlistados en el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, sobre los que se hubiere cotizado al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.

De conformidad con lo anterior, consideró el Juez *a quo* que no le asistía razón a la parte demandante de solicitar la reliquidación de su pensión de jubilación, pues los factores reclamados se encuentran por fuera de los establecidos en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 y además no se aportó prueba que indique que sobre dichos factores se hubiesen efectuado cotizaciones y que pese a ello no fueron incluidos en la respectiva liquidación.

RECURSO DE APELACIÓN

Mediante memorial obrante de folios 241 a 248 del cuaderno principal, la parte demandante recurrió la sentencia de primera instancia, alegando que en desarrollo de lo que la jurisprudencia ha denominado como confianza legítima en la administración de justicia y por respeto al principio de seguridad jurídica, el proceso debe ser resuelto conforme al precedente que existía para el momento en el cual fue radicada la demanda.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante (fls. 6 a 13, C.3)

Reiteró los planteamientos expuestos en el recurso de apelación.

Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG

Guardó silencio.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no emitió concepto en el presente asunto.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Reparto. Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 20 de agosto de 2019, y allegado el 13 de noviembre del mismo año al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (fl. 3, C.3).

Admisión y alegatos. Por auto del 13 de noviembre de 2019 se admitió el recurso de apelación y se ordenó correr traslado para alegatos en caso de no existir solicitud de pruebas por practicar en segunda instancia (fl. 3, C.3). La parte demandante alegó de conclusión (fls. 6 a 13, ibídem). El Ministerio Público no rindió concepto en esta oportunidad.

Paso a Despacho para sentencia. El 4 de febrero de 2020 el proceso ingresó a Despacho para sentencia (fl. 14, C.3).

Prueba de oficio. Con auto del 10 de julio de 2020 (documento nº 01 del expediente digital), la Sala decretó de oficio la práctica de una prueba documental, de la cual se corrió el traslado correspondiente una vez fue allegada.

Nuevo paso a Despacho para sentencia. El 22 de enero de 2021 el proceso ingresó nuevamente a Despacho para sentencia (documento nº 09 del expediente digital), la que se dicta en seguida, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA. Se precisa que por tratarse de un asunto que versa sobre un caso similar a los ya decididos por esta Corporación, y en procura de la celeridad y agilidad para dar solución a dichos temas, se profiere este fallo sin tener en cuenta el orden de ingreso del proceso a Despacho para tal efecto, tal como se autoriza por el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, en armonía con lo previsto por el artículo 115 de la Ley 1395 de 2010.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

Problema jurídico

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

- *¿Es procedente para el caso concreto reliquidar la pensión de jubilación de la señora Ruby Alzate Gómez, teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios?*
- *En caso afirmativo, ¿cuál es la entidad encargada de asumir la reliquidación de la pensión de jubilación de la parte accionante?*

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** hechos probados; **ii)** régimen pensional aplicable; **iii)** ingreso base de liquidación y factores salariales a incluir en la pensión de jubilación de docentes; **iv)** aplicación de la nueva jurisprudencia sobre los factores salariales a incluir en la liquidación de las pensiones de jubilación de los docentes; y **v)** reconocimiento y liquidación de la pensión de jubilación de la parte demandante.

Hechos debidamente acreditados

La siguiente es la relación de los hechos debidamente probados que resultan relevantes para solucionar el caso concreto:

1. Con Resolución nº 5544-6 del 14 de julio de 2016 (fls. 4 y 5, C.1), la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en nombre y representación del Ministerio de Educación Nacional – FOMAG reliquidó la pensión de jubilación a favor de la parte accionante, en cuantía de \$2'462.240, efectiva a partir del 31 de diciembre de 2015.

Para la reliquidación de la prestación se aplicó el 75% del salario promedio mensual devengado durante el último año de servicio, incluyendo además del sueldo, la prima de navidad, la prima de vacaciones, la prima de alimentación y la bonificación mensual.

2. Actuando por fuera de los términos procesales para aportar y solicitar pruebas, la parte actora allegó Formato Único para la Expedición de

Certificado de Salarios del FOMAG n° 5402 del 8 de noviembre de 2018 (fl. 210, C.1), en el que se indica lo devengado entre el período comprendido entre el 1° de enero de 2014 y el 31 de diciembre de 2015.

3. De conformidad con la prueba de oficio decretada en este asunto, la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas allegó Formato Único para la Expedición de Certificado de Salarios del FOMAG n° 1857 del 21 de julio de 2020 (documento n° 05 del expediente digital), en el que consta que entre el período comprendido entre el 1° de enero de 2014 y el 31 de diciembre de 2015, la parte demandante devengó además de la asignación básica mensual, prima de alimentación, prima de navidad, prima de servicios, bonificación mensual y prima de vacaciones.

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 2003³, que reguló dos eventos:

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

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

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

³ “Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario”.

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, teniendo en cuenta que la parte demandante acreditó 20 años de servicio para acceder a su pensión de jubilación, se entiende que la señora Ruby Alzate Gómez prestó sus servicios en el ramo de la educación con anterioridad a la Ley 812 de 2003. En ese orden de ideas, le es aplicable en materia pensional el régimen vigente para los pensionados del sector público nacional, es decir, el previsto en la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año.

Así lo precisó igualmente el Consejo de Estado en reciente sentencia de unificación del 25 de abril de 2019⁴, 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 nacionalizados⁵, 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 1985⁶”*.

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

Ingreso base de liquidación pensional y factores salariales a reconocer

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

En lo que respecta al ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación y a la manera de establecerlo, debe precisarse que a la parte demandante no le es aplicable la Ley 100 de 1993 ni el régimen de transición previsto en dicha normativa en razón de la fecha de su vinculación al servicio docente y, por ende, no le es predicable la regla⁷ y primera subregla⁸ establecidas en la

⁴ 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).

⁵ 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.

⁶ 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”*.

⁷ 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).

⁸ 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:*

sentencia de unificación del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2018⁹, relacionadas con la interpretación adecuada del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

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

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

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

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

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad,

-
- *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 hiciera 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.”*

⁹ 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).

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 Ruby Alzate Gómez le reliquidaron pensión de jubilación, en cuya liquidación se incluyeron la asignación básica mensual así como la prima de navidad, la prima de vacaciones, la prima de alimentación y la bonificación mensual.

En la demanda promovida, la parte actora reprocha que se hubiera omitido incluir la prima de navidad, la prima de vacaciones y demás factores salariales devengados en el último año de servicio.

En relación con la inclusión de la prima de navidad y de la prima de vacaciones, es evidente que dichas prestaciones fueron tenidas en cuenta en la liquidación de la pensión de jubilación de la parte actora y, en tal sentido, no habría lugar a pronunciarse sobre el particular.

Ahora bien, en lo que respecta a los demás factores salariales que la parte demandante manifiesta que percibió y que no fueron incluidos en su

liquidación pensional, este Tribunal observa que la entidad no tuvo en cuenta la prima de servicios devengada en el último año de servicio.

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 ésta no constituye base de liquidación de los aportes.

En efecto, el Decreto 1545 de 2013 que creó la prima de servicios para el personal docente y directivo docente oficial de las instituciones educativas de preescolar, básica y media, estableció que aquella constituiría factor salarial desde el momento de su causación, únicamente para efectos de la liquidación de las siguientes prestaciones económicas: vacaciones, prima de vacaciones, cesantías y prima de navidad.

Aclara el Tribunal que no obstante que la Resolución nº 5544-6 del 14 de julio de 2016 tuvo en cuenta las primas de navidad, de vacaciones y de alimentación, así como la bonificación mensual para liquidar la pensión de jubilación de la parte demandante –factores que no están incluidos en la Ley 62 de 1985–, dicho acto de reliquidación pensional no puede modificarse en ese aspecto, en tanto la nulidad solicitada respecto del mismo es parcial y relacionada con la inclusión de la prima de servicios como factor adicional.

Llegar a una conclusión diferente implicaría, como lo sostuvo el Consejo de Estado¹⁰, 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

¹⁰ Así lo precisó en la sentencia de unificación del 29 del 25 de abril de 2019 ya citada.

De conformidad con la normativa y la jurisprudencia citada y con fundamento en los hechos debidamente acreditados, estima esta Sala de Decisión que a la parte demandante no le asiste derecho a que su pensión de jubilación se reliquide incluyendo la prima de servicios devengada en el último año de servicios. En ese sentido, se confirmará 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 de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

Primero. CONFÍRMASE la sentencia del veintiséis (26) de junio de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Ruby Alzate Gómez contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

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

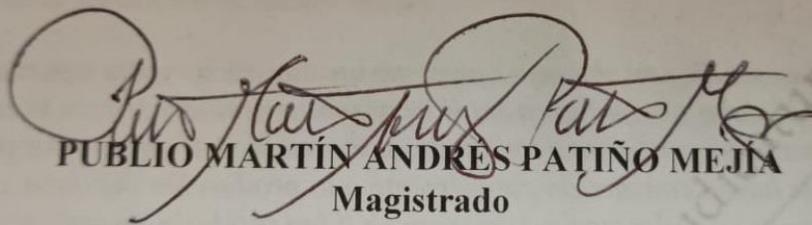
Tercero. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

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

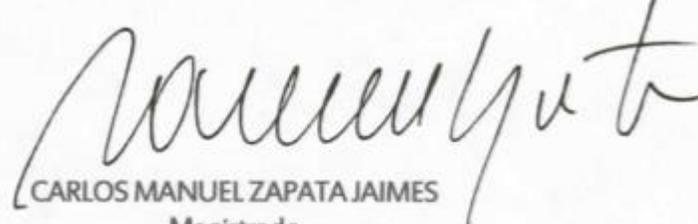
Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

No. 21
FECHA: 9 de febrero de 2021



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, cuatro (04) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

Procede la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas a decidir, sobre el impedimento manifestado por el Juez Tercero Administrativo del Circuito de Manizales y de contera los demás jueces del circuito de Manizales, para conocer el proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por **JORGE ALBERTO TREJOS VILLANEDA** contra la **NACIÓN – RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL**.

ANTECEDENTES

Con libelo presentado el 31/07/2020, Trejos Villaneda, entre otras pretensiones, solicitó se declare la nulidad de la Resolución No. DESAJMAR17 -1331 del 28 de noviembre de 2017, suscrita por el Director Ejecutivo Seccional de Administración Judicial de Manizales, y del acto ficto o presunto negativo originado en el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución en mención, por medio del cual se negó el reconocimiento de la bonificación judicial consagrada en el Decreto 0383 de 2013.

A título de restablecimiento del derecho, impetra se condene a la entidad accionada a liquidar y pagar la señalada bonificación del decreto 383 de 2013, con la inclusión de la misma en su asignación básica y así tener incidencia directa en las prestaciones sociales y demás emolumentos que percibidos como servidor judicial.

EL IMPEDIMENTO

El Juez Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, el 23 de noviembre de 2020 manifestó su impedimento para conocer de la demanda con fundamento en la causal del numeral 1 del artículo 141 del C.G.P., por remisión que hace el artículo 130 del CPACA, puesto que, en su sentir, tiene interés directo en las resultas del proceso, causal de impedimento que, igualmente señala, cobija a los demás Jueces Administrativos del Circuito de Manizales.

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

Los impedimentos tienen como fundamento la integridad moral del funcionario que los declara, quien en razón de la existencia de ciertas situaciones comprobadas puede sentirse condicionado, bien en su fuero interno o en sus circunstancias externas. Sobre el particular, el Honorable Consejo de Estado ha expresado que:

“...los impedimentos como las recusaciones son mecanismos jurídicos dirigidos a garantizar que las decisiones judiciales se adopten con sujeción a los principios de imparcialidad, independencia y transparencia que gobiernan la labor judicial. Por tanto, cuando se presenta alguna situación que puede dar lugar a una decisión parcializada, es decir que comprometa el recto entendimiento y aplicación del orden jurídico a un caso concreto, es necesario que el operador judicial en forma anticipada y con fundamento en las causales determinadas taxativamente por el Legislador exprese tal circunstancia, como lo ordena el artículo 149 del Código de Procedimiento Civil. Así cada persona que acude a un Juzgado o Tribunal puede tener la confianza plena de que las decisiones adoptadas se proferirán dentro del margen de objetividad, imparcialidad y justicia que se demandan de los titulares de la función jurisdiccional...”¹.

El artículo 130 de la Ley 1437 de 2011, además de remitir al artículo 150 del CPC (entiéndase artículo 131 del Código General del Proceso) prevé las causales de impedimento y recusación de los jueces y magistrados de esta jurisdicción especializada. El numeral 1 del artículo 141 del CGP indica como motivos de recusación:

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

La “bonificación judicial” que pretende la parte nulidisciente sea incluida como factor salarial y prestacional se encuentra prevista en el Decreto 383 de 2013², cuyo artículo 1º dispone también el reconocimiento de dicho rubro en favor de los Jueces del Circuito:

“ARTÍCULO 1º. Créase para los servidores de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar a quienes se les aplica el régimen salarial y prestacional establecido en los Decretos números 57 y 110 de 1993, 106 de 1994,

¹ Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda, 3 de febrero de 2011. Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Álvaro Arcila. Radicación: 25000-23-25-000-2010-00749-01(2350-10).

² Expedido por el Departamento Administrativo de la Función Pública “Por el cual se crea una bonificación judicial para los servidores públicos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar y se dictan otras disposiciones”.

43 de 1995 y que vienen rigiéndose por el Decreto número 874 de 2012 y las disposiciones que lo modifiquen o sustituyan, **una bonificación judicial**, la cual se reconocerá mensualmente y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

La bonificación judicial se reconocerá a partir del 1o de enero de 2013, se percibirá mensualmente, mientras el servidor público permanezca en el servicio y corresponde para cada año al valor que se fija en las siguientes tablas, así:

(...)

3. Para los cargos de los Juzgados de Circuito, Especializado, Juzgados de Tribunal Penal Militar y Juzgados de Justicia Penal Militar, relacionados a continuación la bonificación judicial, será:

DENOMINACIÓN DEL CARGO	MONTO DE LA BONIFICACIÓN JUDICIAL A PAGAR MENSUALMENTE CADA AÑO		
	Año 2016	Año 2017	Año 2018
Juez Penal del Circuito Especializado	2.509.062	2.990.321	3.583.675
Coordinador de Juzgado Penal del Circuito Especializado	2.509.062	2.990.321	3.583.675
Juez de Dirección o inspección	2.509.062	2.990.321	3.583.675
Fiscal ante Juez de Dirección o de Inspección	2.509.062	2.990.321	3.583.675
Auditor de Guerra de Dirección o de Inspección	2.491.678	2.969.604	3.558.846
Juez del Circuito	2.196.230	2.617.486	3.136.860
Juez de División o de Fuerza Naval, o de Comando Aéreo o de Policía Metropolitana	2.196.230	2.617.486	3.136.860
Fiscal ante Juez de División o de fuerza naval o de Comando Aéreo o de Policía Metropolitana	2.196.230	2.617.486	3.136.860
Auditor de Guerra de División o de fuerza naval o de Comando Aéreo o de Policía Metropolitana	2.272.185	2.708.010	3.245.346
Juez de Brigada o de base Aérea o de Grupo Aéreo o de Escuela de Formación o	2.358.938	2.811.402	3.369.253

de			
Departamento de Policía			
Fiscal ante Juez de Brigada o de base aérea, o de Grupo Aéreo o de Escuela de Formación o Departamento de Policía	2.358.938	2.811.402	3.369.253
Juez de Instrucción Penal Militar	2.358.938	2.811.402	3.369.253
Auditor de Guerra de Brigada, o de Base Aérea, o de Grupo Aéreo, o de Escuela de formación o de Departamento de Policía	2.358.938	2.811.402	3.369.253
Asistente Social Grado 1	1.901.012	2.265.642	2.715.201
Secretario	1.688.165	2.011.969	2.411.194
Oficial Mayor o Sustanciador	1.416.093	1.687.712	2.022.596
Asistente Social Grado 2	1.168.486	1.392.611	1.668.940
Escribiente	1.008.526	1.201.969	1.440.469

(...)" /Negrillas de la Sala/.

En el sub-lite el señor Juez Administrativo manifestó que le asiste un interés directo en las resultas del proceso en la medida que tiene el mismo derecho deprecado por el actor, aspecto que a juicio de esta Sala de Decisión legitiman el óbice manifestado por el funcionario, y que cobija así mismo a los demás Jueces Administrativos de Manizales y por ende, fuerza a resolver favorablemente la declaración materia de estudio.

En consecuencia, de conformidad con el numeral 2 del artículo 131 de la Ley 1437/11 y el artículo 30 del Acuerdo 209 de 1997³ del Consejo Superior de la Judicatura, **FÍJASE** como fecha y hora para la elección pública del conjuer de manera virtual que deba actuar en el presente trámite, el día **VIERNES VEINTISÉIS (26) DE FEBRERO DE DOS MIL VEINTIUNO (2021) A LAS NUEVE Y MEDIA (9:30) DE LA MAÑANA**, diligencia que será dirigida por el Magistrado Ponente, de manera virtual, conforme la autorización de la Sala Plena del Tribunal Administrativo.

Para el efecto, por la Secretaría **CONVÓCASE** a la parte demandante y a los conjuer que integran la lista.

³ "Por el cual se establecen las reglas generales para el funcionamiento de los tribunales administrativos.", modificado por el Acuerdo No. PSAA12-9482 de 30 de mayo de 2012.

Por lo discutido, el Tribunal Administrativo de Caldas SALA DE DECISIÓN,

RESUELVE

PRIMERO: ACÉPTASE la declaración de IMPEDIMENTO manifestada por el Juez Administrativo del Circuito de Manizales, el que igualmente cobija a los demás jueces administrativos del circuito de Manizales, para conocer de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho impetrada por **JORGE ALBERTO TREJOS VILLANEDA** contra la **NACIÓN – RAMA JUDICIAL - DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL**.

SEGUNDO: FÍJASE como fecha y hora para el sorteo de conjuez que deba actuar en el presente trámite, el día **VIERNES VEINTISÉIS (26) DE FEBRERO DE DOS MIL VEINTIUNO (2021) A LAS NUEVE Y MEDIA (9:30) DE LA MAÑANA** de manera virtual.

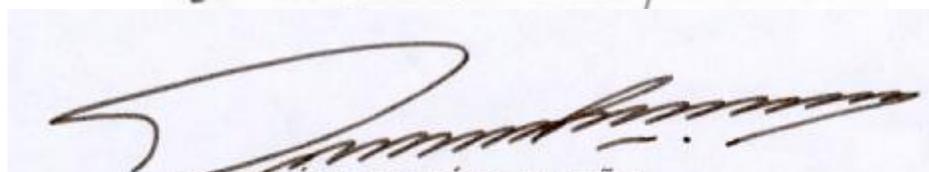
TERCERO: COMUNÍQUESE el presente auto a todos los Jueces Administrativos del Circuito de Manizales, para los fines pertinentes.

NOTIFÍQUESE

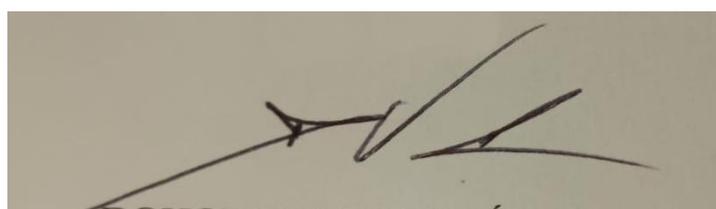
Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión Virtual celebrada el 04 de febrero de 2021 conforme Acta n°005 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES



JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
Magistrado

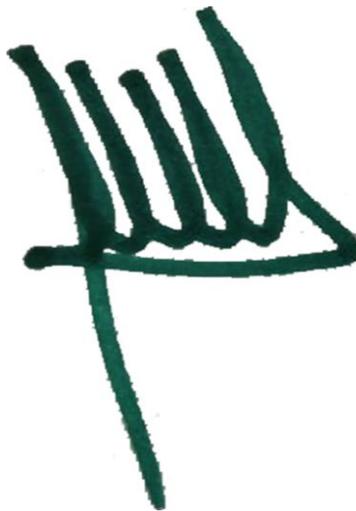


DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 021 del 09 de febrero de 2021. 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, with a long vertical stroke extending downwards from the left side.

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, cuatro (4) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

RADICADO	17001-33-33-004-2019-00083-02
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	SÓCRATES CORREA MEDELLÍN
DEMANDADO	NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

Procede la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas a dictar sentencia de segunda instancia, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el fallo proferido por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales el 13 de diciembre de 2019.

PRETENSIONES

1. Declarar la nulidad parcial de la Resolución nro. 10141-6 del 21 de diciembre de 2017 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.
2. Declarar la nulidad parcial de la Resolución nro. 0548-6 del 28 de enero de 2019, que negó el reajuste de la pensión de jubilación.
3. Declarar que el demandante tiene derecho a que la entidad demandada le reconozca y pague una pensión ordinaria de jubilación a partir del 14 de octubre de 2017, 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 14 de octubre de 2017, 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. 10141-6 del 21 de diciembre de 2017, 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

- El 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, este 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: en primer momento se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones, al considerar que carecen de fundamentos fácticos y jurídicos.

Como argumentos de defensa expuso que dada la fecha de vinculación del docente le es aplicable la Ley 91 de 1989 y lo establecido en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978.

Referenció las sentencias de unificación emitidas por el Consejo de Estado el 28 de agosto de 2018 y del 25 de abril de 2019, para resaltar que las pretensiones de la demanda carecen de fundamento jurídico ya que no procede el reajuste de la pensión con la inclusión en el IBL de aquellos factores salariales sobre los cuales no se hubiera cotizado.

Propuso las excepciones de:

- **Cobro de lo no debido:** destacó que la liquidación de la pensión se efectuó de conformidad con las normas vigentes al momento de otorgar la prestación, y de acuerdo a los aportes realizados.

- **Prescripción:** sin que implique reconocimiento de las pretensiones, pidió declarar la prescripción de las obligaciones dinerarias que no fueron oportunamente reclamadas dentro de los 3 años siguientes a su exigibilidad, de conformidad con el Decreto 1848 de 1969 y el Decreto 3135 de 1968.

- **Inexistencia de la obligación:** manifestó que en este caso se ha liquidado y cancelado lo pertinente por concepto de pensión; pagos que han sido realizados de manera oportuna por

parte de la fiduciaria La Previsora en su calidad de administradora del patrimonio autónomo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales mediante sentencia del 13 de diciembre de 2019 negó pretensiones, tras plantearse como problema jurídico si tenía derecho el demandante a que se reliquidara su pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados al momento de la adquisición del estatus pensional.

Para resolver el caso se adentró a estudiar el régimen pensional docente, y con fundamento en la Ley 91 de 1989 determinó que esta norma resultaba aplicable al demandante en tanto estaba vinculado antes de Ley 812 de 2003, y por ello la norma que regía su situación era la Ley 33 de 1985.

A continuación, acudió a la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, para indicar que el Consejo de Estado no había precisado si la misma cobijada la situación pensional de los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, pero que de manera posterior se emitió la sentencia de unificación el 25 de abril de 2019 que aclaró el tema para los docentes, y concluyó que al tenor de la Ley 62 de 1985 solo pueden incluirse en el IBL aquellos factores salariales sobre los cuales se hubiera cotizado al sistema.

Al descender al caso concreto indicó que en este caso no había lugar a conceder lo reclamado por la parte demandante, ya que la prima de servicios, factor percibido en el año de estatus, no aparecía enlistado en la Ley 62 de 1985, y el Decreto 1545 de 2013 no la establecía como factor salarial para los aportes obligatorios al sistema de seguridad social.

Finalmente, no condenó en costas, en atención a que se presentó un cambio del precedente jurisprudencial.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada en primera instancia, la parte demandante presentó recurso de apelación en forma oportuna, mediante memorial visible a folios 76 a 83 del cuaderno 1.

Sostuvo que, aunque el fallo recurrido se basó en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, en la que se estableció la base de liquidación de las pensiones de los docentes, debe tenerse en cuenta que la demanda se presentó con fundamento en la posición que el Máximo Tribunal Administrativo tenía para ese momento, según la sentencia de unificación del 26 de agosto de 2010.

Por ello, solicitó que en desarrollo de lo que la jurisprudencia ha denominado como confianza legítima en la administración de justicia, y por respeto al principio de seguridad jurídica, el proceso sea resuelto conforme al precedente que existía para el momento en el cual fue radicada la demanda.

En tal sentido aseguró que los docentes vinculados al fondo que ingresaron con anterioridad al 27 de junio de 2003 aportan sobre todos los factores salariales pagados, y por ello la pensión debe reconocerse en los términos solicitados.

Pidió entonces se revoque la sentencia de primera instancia, y se aplique el precedente judicial que sobre el tema estableció el Consejo de Estado y que era el vigente al momento de instaurar la demanda.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante: reiteró los planteamientos expuestos en el recurso de apelación, particularmente el relacionado con el principio de seguridad jurídica y confianza legítima en la administración de justicia.

Parte demandada: no presentó alegatos.

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 del señor Sócrates Correa Medellín, teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en el año de servicios anterior a la adquisición del estatus pensional?

Lo probado

- Según los considerandos de la Resolución nro. 10141-6 del 22 de diciembre de 2017, el demandante nació el 14/10/1962, lo cual se corrobora con lo consignado en su cédula de ciudadanía (fol. 20 y 24 C.1).
- Al señor Sócrates Correa Medellín se le reconoció una pensión de jubilación a través de la Resolución nro. 10141-6 del 22 de diciembre de 2017, en cuantía de \$3.881.013 a partir del 15/10/2017, 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, prima de navidad, prima de vacaciones, bonificación mensual y sobresueldo director de núcleo educativo (fol. 20 y 21).
- En el certificado de salarios visible a folio 19 se marcó con una "equis" la casilla que indica que el actor está activo en el servicio. Además, se evidencia que devengó en el año de estatus, 2016 y 2017: prima de navidad, prima de servicios, asignación adicional director de núcleo, asignación básica, bonificación mensual docente y prima de vacaciones docentes.
- Mediante Resolución 0548-6 del 28 de enero de 2019 se negó el reajuste de la pensión de jubilación solicitada por el demandante (fol. 22 y 23).

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. [...] (Negritillas fuera de texto)

Para el caso concreto, aunque no se conoce la fecha de vinculación del demandante, se consignó en el acto administrativo 10141-6 del 22 de diciembre de 2017 que se ha desempeñado como docente nacionalizado 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 2017 tenía más de 20 años de servicios prestados, se infiere 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 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”.*

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 hiciera 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).

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 al señor Sócrates Correa Medellín le reconocieron pensión de jubilación, en cuya liquidación se incluyeron la asignación básica, la prima de navidad, la prima de vacaciones, la bonificación mensual y el sobresueldo director de núcleo educativo.

En la demanda promovida, la parte actora reprocha que se hubieran omitido incluir los demás factores salariales devengados en el 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, que fue el único factor que no se incluyó, dado que aquella no constituye base de liquidación de los aportes.

De conformidad con el Decreto 1545 de 2013, que creó la prima de servicios para el personal docente y directivo docente oficial de las instituciones educativas de preescolar, básica y media la prima de servicios, se estableció que aquella constituiría factor salarial

desde el momento de su causación únicamente para efectos de la liquidación de las siguientes prestaciones económicas: vacaciones, prima de vacaciones, cesantías y prima de navidad.

De otro lado, debe aclarar la Sala que pese a que en la Resolución nro. 10141-6 del 22 de diciembre de 2017 se tuvieron en cuenta factores que no están incluidos en la Ley 62 de 1985, dicho acto de reconocimiento pensional no puede modificarse en ese aspecto, pues este juez no tiene competencia ya que la demanda solo pretende la nulidad parcial por no incluir otros factores salariales.

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

Conclusión

De conformidad con la normativa y la jurisprudencia citada y con fundamento en los hechos debidamente acreditados, estima esta Sala de Decisión que a la parte demandante no le asiste derecho a que 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.

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,

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

FALLA

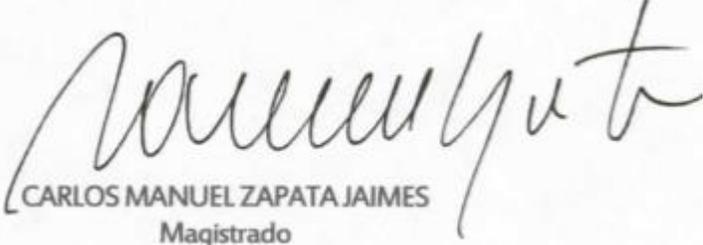
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 13 de diciembre de 2019 proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor **SÓCRATES CORREA MEDELLÍN** contra la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, según lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: NO SE CONDENA EN COSTAS por lo brevemente expuesto en la parte considerativa.

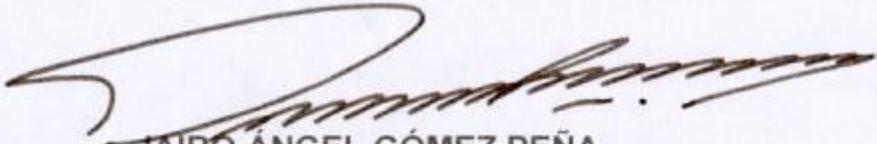
TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático "Justicia Siglo XXI".

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

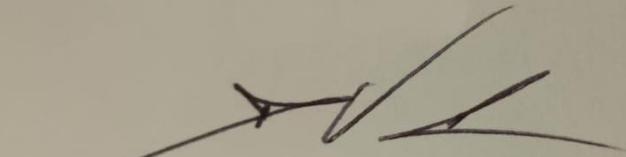
Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Virtual realizada el 04 de febrero de 2021 según Acta n° 005 de la misma fecha.



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. 021 del 09 de febrero de 2021.
Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.

Manizales, _____



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.: 022

Asunto: Sentencia de segunda instancia
Acción: Reparación Directa
Radicación: 17001-33-33-755-2015-00295-02
Demandantes: Luz Mary Rengifo Largo y otros
Demandados: SALUDVIDA EPS
Hospital San Marcos de Chinchiná ESE
Llamada en
Garantía: Aseguradora Solidaria de Colombia

**Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n°
004 del 5 de febrero de 2021**

Manizales, cinco (5) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, corresponde a esta Sala de Decisión desatar el recurso de apelación interpuesto por la EPS SALUDVIDA contra la sentencia del veintiséis (26) de septiembre de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda dentro del proceso de reparación directa promovido por la señora Luz Mary Rengifo Largo y otros contra la EPS SALUDVIDA y la ESE Hospital San Marcos de Chinchiná.

LA DEMANDA

En ejercicio del medio de control interpuesto el 21 de octubre de 2015 (fls. 6 a 58, C.1), la parte demandante solicitó lo siguiente:

Pretensiones

¹ En adelante, CPACA.

1. Que se declare patrimonial, administrativa y solidariamente responsables a la EPS SALUDVIDA y a la ESE Hospital San Marcos de Chinchiná por los perjuicios materiales y morales causados a la parte demandante como consecuencia de la falla médica en la que incurrieron y que generó la muerte del señor Jair Humberto Rengifo Largo.
2. Que como consecuencia de la anterior declaración, se condene a las entidades demandadas al pago de los siguientes perjuicios a favor de cada uno de los demandantes, en la siguiente proporción:

DEMANDANTE	CALIDAD EN QUE CONCURRE	PERJUICIOS MORALES (s.m.l.m.v.)	PERJUICIOS POR ALTERACIÓN DE LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA (s.m.l.m.v.)	PERJUICIOS MATERIALES
Noé de Jesús Rengifo Castaño	Padre	100	100	-
María Leonilde Largo García	Madre	100	100	\$42'716.737 (lucro cesante consolidado) y \$106'472.663 (lucro cesante futuro)
Luz Mary Rengifo Largo	Hermana	50	50	\$42'716.737 (lucro cesante consolidado) y \$106'472.663 (lucro cesante futuro)
Juan Jaime Rengifo Largo	Hermano	50	50	-

3. Que se condene a la parte accionada al pago de intereses comerciales y de mora a partir de la ejecutoria de la sentencia.
4. Que se condene en costas y agencias en derecho a las entidades demandadas conforme al artículo 188 del CPACA en concordancia con el artículo 365 del Código General del Proceso – CGP².

² En adelante, CGP.

5. Que se ordene el cumplimiento de la sentencia de conformidad con los artículos 187, 192 y siguientes del CPACA.
6. Que se indexen las sumas a pagar conforme al IPC.

Hechos

La parte accionante sustentó sus pretensiones bajo los siguientes supuestos de hecho (fls. 18 a 23, C.1), que en resumen indica la Sala.

1. El señor Jair Humberto Rengifo Largo era una persona alegre, joven pues contada con 44 años de edad, soltera y velaba económicamente por su grupo familiar conformado por sus padres y hermanos.
2. El señor Jair Humberto Rengifo Largo se encontraba afiliado a la EPS SALUDVIDA en el Régimen Contributivo, la cual prestaba sus servicios a través de la IPS Hospital San Marcos de Chinchiná.
3. El señor Jair Humberto Rengifo Largo laboraba en oficios varios y además como contratista del ingeniero Ramón Iván Arias Castillo, quien había suscrito contrato con la Alcaldía de Chinchiná para realizar mantenimiento a los puentes peatonales del barrio Verdum por la salida a Santa Rosa de Chinchiná.
4. El señor Jair Humberto Rengifo Largo tenía ingresos laborales mensuales por valor de \$800.000.
5. El 15 de septiembre de 2013 en horas de la tarde, el señor Jair Humberto Rengifo Largo presentó síntomas consistentes en sensación de mareo, acompañado de vómito, escalofrío, desvanecimiento y hemiplejía derecha. A causa de lo anterior, fue llevado inmediatamente al servicio de urgencias del Hospital San Marcos de Chinchiná, al cual fue ingresado con diagnóstico de enfermedad cerebrovascular no especificada hemorrágica u oclusiva e hipertensión esencial.
6. El señor Jair Humberto Rengifo Largo permaneció cinco días en el citado hospital, pendiente de la autorización por parte de la EPS SALUDVIDA para su traslado a un centro hospitalario de tercer nivel de complejidad.
7. Dada la demora en la remisión, el 20 de septiembre de 2013, la familia del señor Jair Humberto Rengifo Largo decidió interponer una acción

de tutela, de la cual conoció el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Chinchiná.

8. El señor Jair Humberto Rengifo Largo adquirió una neumonía mientras se encontraba al cuidado del Hospital San Marcos de Chinchiná, el cual sólo inició manejo 28 horas después de ser detectada.
9. El 22 de septiembre de 2013, el señor Jair Humberto Rengifo Largo se agravó y falleció por shock séptico generado por la neumonía y no por el padecimiento por el cual ingresó al servicio de urgencias.
10. El padre del señor Jair Humberto Rengifo Largo es pensionado y disfrutaba mesada equivalente a un salario mínimo; al paso que la madre no laboraba ni tenía pensión. El hermano del fallecido recibía ingresos mínimos pero aportaba para la manutención de la familia; mientras que la hermana no percibía ingreso alguno, ya que cuidaba de forma personal y continua a sus padres.
11. A raíz del fallecimiento del señor Jair Humberto Rengifo Largo, la familia de éste formuló denuncia el 17 de marzo de 2014 contra los gerentes de la ESE y de la EPS vinculadas a este asunto; trámite que se encuentra en etapa de indagación e investigación en la Fiscalía Tercera Seccional Delegada ante los Juzgado Penales del Circuito de Chinchiná.
12. El fallecimiento del señor Jair Humberto Rengifo Largo generó perjuicios morales y materiales a todos los demandantes, pues produjo tristeza, abandono, soledad, cambio comportamental, pérdida de calidad de vida del entorno familiar y ausencia de la ayuda económica que aquel brindaba.

Fundamentos de derecho

Como fundamentos de derecho la parte actora invocó el contenido de las siguientes disposiciones: Constitución Política: artículos 1, 48, 49, 90, 94 y 95; Decreto 412 de 1992: artículo 4; Ley 100 de 1993: artículos 1, 2, 152, 153, 159 y 168; Resolución 5261 de 1994: artículo 9; Ley 715 de 2001; Ley 1122 de 2007: artículo 20; Ley 10 de 1990: artículo 2; Decreto 1011 de 2006; Decreto 4747 de 2007; Ley 1438 de 2011: artículos 1 y 2; Declaración Universal de Derechos Humanos: artículo 25; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Ley 74 de 1968): artículo 12; y Convención Americana sobre Derechos Humanos (Ley 16 de 1972): artículo 1. Por lo demás trajo a colación apartes de providencias de la Corte Constitucional.

Aseguró que en el presente asunto se configuró una falla en el servicio por cuanto el señor Jair Humberto Rengifo Largo no fue remitido a un centro de salud de tercer nivel de complejidad, y mientras estaba en el Hospital San Marcos de Chinchiná a la espera de la autorización de traslado por parte de la EPS SALUDVIDA, adquirió una neumonía que sólo fue tratada 28 horas después de ser detectada, y que a la postre generó su muerte.

Manifestó que por ser el asegurador en salud del señor Jair Humberto Rengifo Largo, la EPS SALUDVIDA estaba en la ineludible obligación de brindarle el servicio inmediato de atención de urgencias en todos los niveles de atención en salud. Acotó que pese a conocer las condiciones críticas en las que se encontraba el paciente, la EPS no realizó gestiones para trasladarlo al nivel de atención que se requería, demostrando indolencia, negligencia y deshumanización.

Afirmó que al negar la prestación del servicio y no autorizar la remisión a un hospital de tercer nivel de complejidad, el señor Jair Humberto Rengifo Largo perdió el acceso a una asistencia oportuna en salud, lo cual fue definitivo para su fallecimiento.

Sostuvo que las omisiones de las entidades demandadas constituyeron causa eficiente de la muerte del señor Jair Humberto Rengifo Largo.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Dentro del término legal conferido para tal efecto y obrando debidamente representadas, las entidades accionadas contestaron la demanda de la siguiente manera.

Hospital San Marcos de Chinchiná (fls. 296 a 308, C.1)

Indicó que el señor Jair Humberto Rengifo Largo fue diagnosticado por la ESE, luego de lo cual ésta ordenó la remisión de aquel a un centro médico de tercer nivel de complejidad, lo cual no se produjo por cuanto la EPS SALUDVIDA no manifestó a qué IPS de su red debía ser remitido el paciente.

Manifestó que la obligación de la ESE era la de brindarle al usuario los servicios de los cuales disponía, y remitirlo al nivel de complejidad que el paciente requería, de lo cual informó a la EPS para que ésta le indicara la EPS que recibiría al usuario y expidiera la correspondiente autorización.

Aseguró que, contrario a lo manifestado por la parte actora, el Hospital San

Marcos de Chinchiná inició el tratamiento con antibióticos para neumonía, pasadas 6 horas y 15 minutos desde que se confirmó la sospecha diagnóstica, y no luego de 28 horas como se afirmó en la demanda.

Explicó que las aseguradoras son quienes deben disponer de una red de prestadores de servicios de salud que garanticen la disponibilidad y suficiencia de los servicios en todos los niveles de complejidad, así como la disponibilidad de transporte y comunicaciones.

Sostuvo que la neumonía adquirida por el paciente es una complicación médica asociada a las patologías que éste presentaba y que se incrementaban por las condiciones no sólo de salud sino también por el consumo de licor.

Recalcó que la ESE gestionó ante múltiples instituciones de salud de tercer nivel de complejidad, buscando la manera de ubicar al paciente, pero todas las contactadas rechazaron la solicitud.

Propuso como excepciones las que denominó: *“MANEJO ADECUADO DE LA PRAXIS PROFESIONAL DE CONFORMIDAD CON LA LEX ARTIS”*, en el entendimiento que el Hospital San Marcos de Chinchiná brindó atención al paciente en debida forma, siguiendo el protocolo previsto para las patologías por las que consultó, por lo que fue diagnosticado oportunamente previa la utilización de las ayudas diagnósticas requeridas, y ordenó su remisión a un centro hospitalario de tercer nivel de complejidad, sin que esto se materializara por omisión de la EPS SALUDVIDA; *“INEXISTENCIA DEL HECHO GENERADOR DEL DAÑO ALEGADO ATRIBUIBLE A LA DEMANDADA”*, en tanto de la historia clínica del paciente no se extrae ninguna acción u omisión por parte del equipo médico y de apoyo administrativo de la ESE, de la cual se infiera la causación del daño, el cual, desde la misma demanda se asegura que fue generado por la omisión de la EPS SALUDVIDA; *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE INDEMNIZAR”*, como quiera que la atención en salud brindada fue adecuada y se acogió a las guías de manejo del tipo de patología por la que consultó el paciente; e *“INEXISTENCIA DE NEXO CAUSAL”*, en la medida en que el daño alegado por la parte actora no se produjo por falta de atención o mala atención del paciente ni por omisión de un deber legal.

EPS SALUDVIDA (fls. 397 a 417, C.1A)

Refirió que la ESE decidió iniciar el trámite de la remisión y que fue el hermano del fallecido quien se opuso al traslado, como consta en la historia clínica del paciente.

Manifestó que nunca fue informada de la necesidad de remitir al paciente a un centro de alta complejidad; y acotó que nunca hubo conflicto en relación con el régimen de salud al cual correspondía, por lo que el 15 de septiembre de 2013 la EPS autorizó los servicios de salud que aquél requería.

Indicó que los servicios de salud prestados con ocasión de una urgencia no requieren autorización de la EPS.

Aseguró que la EPS obró con diligencia y cumplió los deberes impuestos por el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Adujo que del material probatorio no se extrae la configuración de una falla en la función de autorización y obligación de aseguramiento de SALUDVIDA, por lo que no existe responsabilidad de la entidad en este asunto.

Expuso que la ESE es la directamente implicada en el suceso, pues era esta institución la que prestaba los servicios de salud al señor Jair Humberto Rengifo Largo, y que al ser atendido por urgencias, debió ser remitido por la misma IPS.

Explicó que el paciente no falleció por falta de atención médica, ya que el evento cerebro vascular es la tercera causa de muerte en el mundo y tiene complicaciones inherentes, como es el la infección pulmonar o neumonía.

Afirmó que sólo hasta el 21 de septiembre de 2013, la EPS fue formalmente comunicada de la necesidad de remisión del señor Jair Humberto Rengifo Largo a una UCI; momento en el cual inició el proceso de referencia y contrarreferencia con los prestadores. Señaló que en menos de 24 horas, el paciente falleció.

Manifestó que el prestador de los servicios de salud es quien debe iniciar el proceso de referencia y contrarreferencia, el cual debe sobrepasar el simple intento de comunicación con los posibles receptores; máxime si el paciente se encontraba siendo atendido como una urgencia.

Expuso que la muerte del señor Jair Humberto Rengifo Largo fue consecuencia de una patología inherente a un accidente cerebrovascular, y ésta hace parte de los riesgos asumidos por las personas que presentan tal padecimiento. Lo anterior significa que la presunta omisión no es la causa de la muerte del paciente.

Formuló los medios exceptivos que denominó: ***“INEXISTENCIA DE LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL”***, en tanto no existe un hecho antijurídico imputable a la EPS SALUDVIDA sino al Hospital San

Marcos de Chinchiná donde contrajo la neumonía y al parecer hubo tardanza en el manejo de la misma, lo que sugiere también la inexistencia de nexo causal entre la conducta de la EPS y la muerte del señor Jair Humberto Rengifo Largo; ***“AUSENCIA DEL ELEMENTO AXIOLÓGICO DEL DAÑO”***, como quiera que no se establece con claridad la negligencia o imprudencia en la que supuestamente incurrió la EPS SALUDVIDA; ***“INEXISTENCIA DE LOS ELEMENTOS DE RESPONSABILIDAD QUE CONFIGUREN FALLA DEL SERVICIO”***, teniendo en cuenta que no hay prueba que concluya la existencia de responsabilidad de la EPS por acción u omisión, que desencadenara el daño; ***“INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD POR PARTE DE SALUDVIDA S.A. EPS”***, en la medida en que la EPS no tiene como objeto social la prestación directa de servicios de salud a través de la actividad médica y tampoco negó autorizaciones de los servicios requeridos; ***“CUMPLIMIENTO CONTRACTUAL POR PARTE DE SALUDVIDA EPS”***, en los términos exigidos por la Ley 100 de 1993, esto es, garantizando el acceso del paciente a instituciones de salud debidamente habilitadas y acreditados para tal efecto, haciendo todo lo posible por mejorar su estado de salud; ***“INEXISTENCIA DE SOLIDARIDAD”***, dado que las IPS tienen plena autonomía administrativa, técnica y financiera y, por tanto, sus actos, hechos y omisiones no pueden ser trasladadas a las EPS que las contrató; ***“ERRONEA (sic) SOLICITUD DE PERJUICIOS”***, por cuanto la parte actora exige el reconocimiento de perjuicios que no son reconocidos en la jurisprudencia, que se excluyen entre sí o que no se aplican al caso concreto; y ***“GENÉRICA”***, respecto de cualquier otra excepción que se encuentre probada al momento de dictar sentencia.

LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

El Hospital San Marcos de Chinchiná llamó en garantía a la Aseguradora Solidaria de Colombia (fls. 345 y 346, C.1), con fundamento en la póliza de número 500-88-994000000004, con vigencia del 30 de mayo de 2013 al 30 de mayo de 2014.

Con auto del 21 de noviembre de 2016 (fls. 478 y 479, C.1A), el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales admitió el llamamiento en garantía formulado por el Hospital San Marcos de Chinchiná respecto de la Aseguradora Solidaria de Colombia.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

La Aseguradora Solidaria de Colombia se pronunció de manera extemporánea.

SANEAMIENTO DEL PROCESO

En audiencia inicial del 14 de septiembre de 2017, el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales excluyó del análisis de fondo las pretensiones formuladas en relación con el señor Noé de Jesús Rengifo Castaño (fl. 538, C.1A), por cuanto éste falleció antes de la interposición de la demanda. Adicionalmente el Juez de primera instancia resolvió tener como sucesores procesales de la señora Leonilda Largo de Rengifo, a los señores Luz Mary y Juan Jaime Rengifo Largo, dado el fallecimiento de aquella (fl. 538 vuelto, ibídem).

LA SENTENCIA APELADA

El 26 de septiembre de 2018, el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia en el asunto de la referencia (fls. 646 a 673, C.1B), a través de la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, de conformidad con las siguientes consideraciones.

Inicialmente precisó que la responsabilidad estatal por la actividad médica hospitalaria invocada en la demanda se analizaría bajo el título de imputación de falla probada del servicio, correspondiendo a la parte demandante acreditar el daño, la falla en el acto médico y el nexo causal.

Señaló que en el presente asunto se acreditó debidamente la existencia del daño, concretado en el fallecimiento del señor Jair Humberto Rengifo Largo.

En punto a la existencia de una falla en la prestación del servicio médico, indicó la Juez *a quo* que se demostró la necesidad de que el paciente fuera remitido a un centro hospitalario de tercer nivel de complejidad, y que tal circunstancia no se materializó por inobservancia de las obligaciones que tenía la EPS SALUDVIDA como entidad aseguradora encargada directamente de obtener a través del proceso de referencia y contrarreferencia, la ubicación del paciente en una de las instituciones de su red prestadora de servicios.

Aclaró que el Hospital San Marcos de Chinchiná no contaba con el nivel de atención necesaria para brindarle la atención médica que requería el señor Jair Humberto Rengifo Largo, por lo que inició todos los trámites administrativos pertinentes para la remisión y aceptación en otra institución.

Señaló que aunque el paciente adquirió una infección intrahospitalaria, lo cierto es que no existe prueba que permita colegir que el Hospital San Marcos de Chinchiná tenga responsabilidad en el fallecimiento del señor Jair Humberto Rengifo Largo, en tanto brindó atención médica desde el ingreso al centro asistencial y lo hizo de manera diligente y adecuada, conforme a la *lex artis*. Explicó además que conforme al dictamen pericial, las infecciones de neumonía están asociadas a enfermedades del cerebro, tal como la que presentaba el paciente por accidente cerebro vascular.

Consideró que el daño antijurídico imputable a la EPS y por el cual debe indemnizar a la parte actora es el de pérdida de la oportunidad de la legítima expectativa de sobrevivir. En ese sentido, redujo el monto de los perjuicios morales y de alteración de las condiciones de existencia que reconoció.

De otro lado, estimó probado que el señor Jair Humberto Rengifo Largo colaboraba en el sostenimiento del hogar conformado por su madre y sus dos hermanos, razón por la cual accedió al reconocimiento de lucro cesante consolidado a favor de la señora Leonilda Largo de Rengifo hasta la fecha de fallecimiento de ésta. Negó el lucro cesante solicitado respecto de la hermana del fallecido, por considerar que ésta no había demostrado la dependencia económica.

Finalmente condenó en costas a la EPS SALUDVIDA.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada por la Juez *a quo*, actuando dentro del término legal, la EPS SALUDVIDA interpuso recurso de apelación contra el fallo de primera instancia (fls. 676 a 685, C.1B), de la siguiente manera.

Expuso que dentro de los apartes que el Juzgado transcribió de la historia clínica del señor Jair Humberto Rengifo Largo referentes a las gestiones para obtener la remisión del paciente a un centro hospitalario de tercer nivel de complejidad, puede extraerse que la EPS sí realizó acciones tendientes a que tal remisión se concretara, lo cual no fue posible por las incontables negativas de las diferentes IPS que se excusaban en la falta de disponibilidad de camas.

Sostuvo entonces que no puede afirmarse que la EPS fue negligente en el cumplimiento de sus obligaciones legales, pues pese a contar con red de prestadores de salud suficientes, no podía remitir al paciente sin el consentimiento de las IPS, pues hubiera podido exponer las delicadas

condiciones de salud del mismo. En otras palabras, SALUDVIDA no estaba obligada a lo imposible.

Adujo que no existe nexo causal entre la supuesta omisión que se le endilga a la EPS y la muerte del señor Jair Humberto Rengifo Largo, pues ésta ocurrió por las complicaciones generadas con ocasión de una neumonía adquirida dentro del Hospital San Marcos de Chinchiná, y no por falta de atención en institución hospitalaria de mayor nivel.

Expuso que los accidentes cerebro vasculares llevan consigo un riesgo infeccioso pulmonar, por lo que el Hospital San Marcos de Chinchiná debió haber prestado especial atención a los signos de alarma y a las situaciones que podía generar dicha infección.

Por lo anterior, solicitó revocar la condena impuesta a la entidad.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante (fls. 11 a 26, C.4)

Intervino para solicitar la modificación de la sentencia de primera instancia, en el sentido de condenar también al Hospital San Marcos de Chinchiná, para que de manera solidaria responda con la EPS SALUDVIDA por el daño antijurídico causado.

Manifestó que se encuentra demostrado que el señor Jair Humberto Rengifo Largo no fue remitido debido a inconvenientes de tipo administrativo con la EPS SALUDVIDA, quien aseguraba que el paciente no tenía derecho al servicio o que debía comunicarse con diversos funcionarios.

Afirmó que la neumonía que presentó el señor Jair Humberto Rengifo Largo fue adquirida 6 días después de ingresar al Hospital San Marcos de Chinchiná, debido a la larga estadía del paciente en el servicio de urgencias sin haber sido remitido a un centro hospitalario de tercer nivel de complejidad. Acotó que la ESE debió prestar especial vigilancia a los signos de alarma, pues era previsible que el accidente cerebro vascular trajera consigo un riesgo infeccioso pulmonar.

Reprochó que el Hospital San Marcos de Chinchiná no emitiera orden de urgencia vital y no trasladara al señor Jair Humberto Rengifo Largo en una ambulancia medicalizada a la ciudad de Manizales para que allí le fuera realizado el TAC requerido para su diagnóstico y posterior tratamiento.

Expuso que la demora en la remisión, atribuible por falla en el servicio a las dos entidades demandadas, generó un menoscabo en la integridad personal del paciente, reflejada en deterioro de su salud, que provocó el desenlace fatal.

Explicó que cuando el daño se presenta por una infección nosocomial o intrahospitalaria, la responsabilidad se analiza desde un tipo de vista objetivo, en el que no importa si la entidad fue o no diligente o cuidadosa.

SALUDVIDA EPS (fls. 28 y 29, C.4)

Sostuvo que hubo un error en la determinación del daño, pues conforme a la demanda, el daño es la muerte del señor Jair Humberto Rengifo Largo y no la supuesta tardanza en la remisión.

Afirmó que la Juez de primera instancia incurrió en una indebida valoración probatoria, pues se acreditó que la neumonía que presentó el paciente y que ocasionó su muerte, fue intrahospitalaria y además constituía una complicación relacionada con el accidente cerebro vascular sufrido, lo que exigía de la ESE una especial vigilancia.

Indicó que el fallecimiento del señor Jair Humberto Rengifo Largo se produjo por la evolución del cuadro infeccioso por neumonía y no por la supuesta tardanza para el diagnóstico y tratamiento de la patología por la que fue llevado a urgencias.

Por lo anterior manifestó que la responsabilidad por el daño ocasionado a la parte demandante recae en el Hospital San Marcos de Chinchiná y no en la EPS SALUDVIDA.

Hospital San Marcos de Chinchiná y llamada en garantía

Guardaron silencio.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no emitió concepto en el asunto de la referencia.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Reparto. Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 4 de diciembre de 2018, y allegado el 21 de enero de 2019 al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (fl. 3, C.4).

Admisión y alegatos. Por auto del 26 de febrero de 2019 se admitió el recurso de apelación (fl. 4, C.4); posteriormente se corrió traslado para alegatos (fl. 8, ibídem), derecho del cual hicieron uso la parte demandante y la EPS SALUDVIDA (fls. 11 a 26 y 28 a 29, C.4, respectivamente). El Ministerio Público no intervino en esta oportunidad.

Paso a Despacho para sentencia. El 18 de junio de 2019 el proceso ingresó a Despacho para sentencia (fl. 34, C.4), la que se dicta en seguida, atendiendo el orden de ingreso del respectivo proceso para tales efectos.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

Problema jurídico

La cuestión que debe resolverse en el *sub examine* se centra en resolver las siguientes preguntas:

- *¿La muerte del señor Jair Humberto Rengifo Largo es jurídicamente imputable al Hospital San Marcos de Chinchiná y/o la EPS SALUDVIDA?*
- *En caso negativo, ¿las entidades demandadas le restaron al señor Jair Humberto Rengifo Largo la oportunidad de acceder al tratamiento que su patología requería y que le hubiese permitido mejorar sus condiciones de salud e incluso sobrevivir?*
- *¿En qué proporción puede predicarse la supuesta responsabilidad de las entidades demandadas frente a un eventual daño por pérdida de oportunidad?*
- *En caso de que se configure responsabilidad procede determinar si la tasación de los perjuicios hecha en primera instancia se encuentra ajustada a derecho.*

Para despejar los interrogantes planteados, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** elementos generales de responsabilidad del Estado; **ii)** régimen de responsabilidad aplicable en los eventos de falla en la prestación del servicio médico; **iii)** acreditación de los elementos del régimen de responsabilidad en el caso concreto; **iv)** responsabilidad por pérdida de la

oportunidad de mejoramiento de las condiciones de salud y conservación de la vida del paciente; y v) indemnización de perjuicios.

1. Elementos generales de la responsabilidad

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

La responsabilidad del Estado puede surgir en virtud de diversos títulos de imputación tales como la falla del servicio, el daño especial, o la denominada teoría del riesgo, los cuales obedecen a diversas situaciones en las que el Estado, a través de sus autoridades, está llamado a responder por la producción de un daño antijurídico.

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

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

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

El *hecho de la administración* se concreta en una actuación u omisión de los agentes del Estado, cuando obran u omiten obrar en ejercicio de sus funciones públicas, es decir, en representación de la administración, salvo

cuando se configura lo que en la doctrina y jurisprudencia se conoce como la *falta personal del agente*, caso en el cual, responde el empleado total o parcialmente por los perjuicios derivados del hecho.

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

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

2. Regímenes de responsabilidad aplicable

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

Las imputaciones jurídicas de la demanda realizadas contra el Hospital San Marcos de Chinchiná y la EPS SALUDVIDA aluden en general a la falla en la prestación del servicio de salud que requería el señor Jair Humberto Rengifo Largo y que a la postre condujo a su fallecimiento. Lo anterior, como quiera que nunca se materializó la remisión ordenada por la ESE y durante su estadía en ésta, aquel adquirió una infección intrahospitalaria que le produjo finalmente la muerte.

Tratándose de un asunto relacionado con una supuesta falla médica, se aplica en principio el título o régimen de imputación por falla probada, por virtud del cual corresponde a la parte demandante demostrar los tres

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

elementos que integran la responsabilidad del Estado, conforme lo ha determinado la jurisprudencia del Consejo de Estado⁴.

Dicho título de imputación opera, como lo ha señalado el Máximo Tribunal Administrativo, no sólo respecto de los daños indemnizables derivados de la muerte o de las lesiones corporales causadas, sino que también comprende “(...) los que se constituyen por la vulneración del derecho a ser informado; por la lesión del derecho a la seguridad y protección dentro del centro médico hospitalario y, como en este caso, por lesión del derecho a recibir atención oportuna y eficaz”⁵.

Ahora bien, respecto de la falla probada en la prestación del servicio médico y hospitalario fundada en la “lesión al derecho a recibir atención oportuna y eficaz”, se produce como efecto de la vulneración al derecho constitucional a la salud, especialmente en lo que hace referencia al principio de integridad en la prestación de dicho servicio, el cual se estudia así por la jurisprudencia constitucional⁶:

La protección al derecho fundamental a la salud no se limita simplemente al reconocimiento de los servicios que se requieren con necesidad; sino que comprende también su acceso de manera oportuna, eficiente y de calidad. La prestación del servicio de salud es oportuna cuando la persona lo recibe en el momento que corresponde para recuperar su salud sin sufrir mayores dolores y deterioros. En forma similar, el servicio de salud se considera eficiente cuando los trámites administrativos a los que se somete al paciente para acceder a una prestación requerida son razonables, no demoran excesivamente el acceso y no imponen al interesado una carga que no le corresponde asumir. Por otro lado, el servicio de salud es de calidad cuando las entidades obligadas a prestarlo actúan de manera tal “que los usuarios del servicio no resulten víctimas de imponderables o de hechos que los conduzcan a la desgracia y que, aplicando con razonabilidad los recursos estatales disponibles, pueden ser evitados, o su impacto negativo reducido de manera significativa para la persona eventualmente afectada.

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Consejero Ponente: Dr. Danilo Rojas Betancourth. Sentencia del 28 de abril de 2011. Radicación número: 47001-23-31-000-1994-03766-01(19963). En dicha providencia, se indicó: “La Sección Tercera del Consejo de Estado ha consolidado una posición en materia de responsabilidad del Estado por la prestación del servicio de salud, en virtud de la cual aquella es de naturaleza subjetiva, advirtiendo que es la falla probada del servicio el título de imputación bajo el cual es posible configurar la responsabilidad estatal por la actividad médica hospitalaria, de suerte que se exige acreditar la falla propiamente dicha, el daño antijurídico y el nexo de causalidad entre aquella y éste. En relación con la carga de la prueba del nexo causal, se ha dicho que corresponde al demandante, pero dicha exigencia se modera mediante la aceptación de la prueba indirecta de este elemento de la responsabilidad, a través de indicios, al tiempo que no se requiere certeza en la determinación de la causa, sino que se admite la acreditación de una causa probable”.

⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia de 7 de octubre de 2009. Radicación número: 05001-23-31-000-2004-04809-01(35656).

⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-104 de 2010.

La misma Corporación señaló:

Se considera por tanto que hay un daño, cuando se produce un dolor intenso, cuando se padece la incertidumbre y cuando se vive una larga e injustificada espera, en relación con la prestación de servicios médicos, la aplicación de medicamentos o la ejecución de procedimientos que no lleguen o que se realizan de manera tardía o incomoda.

“Al respecto cabe destacar que el derecho a la salud de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional:

-Debe ser integral:

“(...) la atención y el tratamiento a que tienen derecho los pertenecientes al sistema de seguridad social en salud cuyo estado de enfermedad esté afectando su integridad personal o su vida en condiciones dignas, son integrales; es decir, deben contener todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente⁷ o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud”.⁸

En ese sentido, el Consejo de Estado ha manifestado en torno a dicha falla que, *“La obligación de prestar asistencia médica es compleja, es una relación jurídica total, compuesta por una pluralidad de deberes de conducta (deber de ejecución, deber de diligencia en la ejecución, deber de información, deber de guardar secreto médico, etc.). Ese conjunto de deberes conforma una trama, un tejido, una urdimbre de la vida social responde a la idea de organización - más que de organismos- en punto a la susodicha relación jurídico total (...) Por tanto, aquel deber jurídico principal supone la presencia de otros deberes secundarios de conducta, como los de diagnóstico, información, recepción de la voluntad jurídica del enfermo –llamada comúnmente consentimiento del paciente-, prescripción, guarda del secreto profesional, satisfacción del plan de prestación en su integridad (actividad que supone no abandonar al enfermo y cuidar de él hasta darlo de alta)”⁹.*

Así pues, en lo que respecta a la EPS SALUDVIDA, procede resolver la cuestión en estudio con base en el régimen de falla probada del servicio,

⁷ Cita de cita: En este sentido se ha pronunciado la Corporación, entre otras, en la sentencia T- 136 de 2004 MP Manuel José Cepeda Espinosa

⁸ Corte Constitucional, sentencias T- 1059 de 2006; T- 062 de 2006; T- 730 de 2007; T- 536 de 2007; T- 421 de 2007.

⁹ Cita de cita: Sentencia de 18 de febrero de 2010. Exp. 17655.

conforme al cual deben acreditarse por la parte actora los presupuestos que permitan endilgar responsabilidad a la parte accionada.

Ahora bien, dado que en el presente caso se alega la adquisición de una infección intrahospitalaria por parte del paciente, con ocasión de lo cual éste falleció, la Sala estima que la responsabilidad de la ESE Hospital San Marcos de Chinchiná habrá de analizarse bajo un régimen objetivo.

En efecto, en sentencia del 29 de abril de 2019¹⁰, el Consejo de Estado explicó lo siguiente:

Esta Corporación ha aplicado, desde 2009¹¹, y en forma consolidada desde el año 2012¹², el régimen objetivo de responsabilidad para el estudio de casos de responsabilidad médica por infecciones intrahospitalarias, como una excepción a la regla general que considera que la responsabilidad médico-hospitalaria se encuentra asentada sobre la base de un criterio culpabilista. En tales casos, la sala ha dicho que:

“... para que pueda declararse la responsabilidad patrimonial del Estado, quien alega haber sufrido un perjuicio deberá acreditar que la infección que afectó a la víctima fue adquirida en el centro hospitalario o asistencial o que se produjo como consecuencia de un procedimiento médico, sin que en tal evento resulte necesario que se pruebe que la entidad demandada actuó de manera indebida o negligente; ésta última, por su parte, podrá eximirse de responsabilidad única y exclusivamente probando que la infección, para el caso que ocupa a la Sala en esta oportunidad, ocurrió como consecuencia de una causa extraña, esto es una fuerza mayor o el hecho determinante y exclusivo de la víctima o de un tercero.”¹³

La anterior posición fue reiterada igualmente en providencia del 6 de julio de 2020¹⁴, en la que preciso que las infecciones nosocomiales están incluidas por la jurisprudencia de la Sección Tercera dentro de los eventos catalogados como riesgosos en el ejercicio de la actividad médica, susceptibles de ser analizados bajo el régimen objetivo de responsabilidad, concretamente por riesgo excepcional.

¹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Consejero Ponente: Dr. Jaime Enrique Rodríguez Navas. Sentencia del 29 de abril de 2019. Radicación número: 76001-23-31-000-2003-03991-01 (41830).

¹¹ Cita de cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de agosto de 2009, Exp. 17.333.

¹² Cita de cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia proferida el 27 de junio de 2012, Exp. 21.661

¹³ Cita de cita: Ibid.

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Consejero Ponente: Dr. Ramiro Pazos Guerrero. Sentencia del 6 de julio de 2020. Radicación número: 68001-23-31-000-2004-00855-01(43965).

3. Hechos acreditados

En aras de establecer si los elementos de los regímenes de responsabilidad aplicables en este asunto se encuentran configurados, procede esta Sala de Decisión a reseñar preliminarmente las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon los hechos que dieron origen a esta demanda y que se encuentran acreditados en el expediente.

a) Afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud

Según consta en la historia clínica del señor Jair Humberto Rengifo Largo y en la constancia de afiliación visible a folio 114 del cuaderno principal, aquel se encontraba afiliado al Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, a través de la EPS SALUDVIDA, desde el 27 de agosto de 2013, siendo la IPS correspondiente la ESE Hospital San Marcos de Chinchiná.

b) Ingreso por urgencias

Tal como se indica en la historia clínica del paciente (fls. 117 a 142 y 313 a 339, C.1), el 15 de septiembre de 2013, el señor Jair Humberto Rengifo Largo ingresó por el servicio de urgencias al Hospital San Marcos de Chinchiná "(...) *TRAIDO (sic) POR BOMBEROS POR CUADRO DE HEMIPLEJIA (sic) DERECHA, SOMNOLIENTO (...)*" (fls. 117 y 314, C.1).

Luego del examen físico realizado, se emitieron los siguientes diagnósticos: "*SECUELAS DE ENFERMEDAD CEREBROVASCULAR, NO ESPECIFICADA COMO HEMORRAGICA (sic) U OCLUSIVA*" e "*HIPERTENSION (sic) ESENCIAL (PRIMARIA)*" (fls. 117 y 314, C.1).

c) Remisión a tercer nivel de complejidad

Como plan de manejo, la médica tratante ordenó paraclínicos y medicación, al tiempo que dejó la siguiente anotación: "*SE INICIA TRAMITE (sic) DE REMISION (sic), MANEJO EN TERCER NIVEL, REQUIERE NEUROIMAGEN, ESTUDIOS DE EXTENSION (sic)*" (fls. 117 vuelto y 314, C.1).

En relación con la remisión, la médica tratante consignó en la historia clínica lo siguiente: "*DECIDO INICIAR INMEDIATAMENTE TRAMITE (sic) DE REMISION (sic). HABLO CON EL FAMILIAR EL SEÑOR JAIME RENGIFO, QUIEN DE MANERA GROSERA REFIERE: ""A EL (sic) NO ME LO REMITEN A NINGUNA PARTE, SI TENGO QUE HABLAR CON AL (sic)*

GERENTE YO HABLO, PERO EL (sic) AQUI (sic) SE QUEDA, YO TENGO MUCHAS COSAS QUE HACER, TENGO MI MAMA (sic), LA IGLESIA, YO PREFIERO QUE SE MUERA ANTES QUE LO REMITAN, LO MANDAN PARA BOGTA (sic) Y QUE (sic)???" ANTE LA SORPRESA! (sic) DE LO QUE ME REFIERE, LE DIGO QUE MI LABOR Y MISION (sic) ES ASEGURARLE AL PACIENTE UNA ATENCION (sic) MEDICA (sic) ADECUADA, Y QUE SU PATOLOGIA (sic) NO SE PUEDE TRATAR EN ESTE NIVEL, QUE DEBO INICIAR REMISION (sic). EL FAMILIAR REFIERE QUE LO VA A PENSAR. INDEPENDIEMENTE DE ELLO, SE EPIEZA (sic) A COMENTAR, PUES HAY MUCHO RIESGO DE QUE EL PACIENTE SE COMPROMETA MAS (sic) Y SEGURAMENTE SI PASA ALGUNA NOVEDAD DIRAN (sic) QUE EL PERSONA (sic) ""NO HIZO NADA"" (fls. 118 y 314 vuelto, C.1).

El 16 de septiembre de 2013, en las notas de evolución, se registró el resultado de los paraclínicos, se indicó que el paciente continuaba en iguales condiciones a las de su ingreso, que estaba pendiente la realización de un ecocardiograma y que el plan además de ello era "CONTINUAR TRAMITES (sic) DE REMISION (sic)" (fls. 118 vuelto y 315, C.1).

En la misma fecha, se dejaron las siguientes anotaciones en relación con los trámites de remisión que el Hospital San Marcos de Chinchiná adelantó tanto a la EPS SALUDVIDA como a otras instituciones de salud:

- A las 2:54 a.m.: "DESDE QUE VALORE (sic) EL PACIENTE INICIE (sic) TRAMITES (sic) DE REMISION (sic). ME INTENTE (sic) COMUNICAR CON LA LINEA (sic) 018000124440 DE SALUDVIDA, PERO DURANTE 30 MINUTOS NO RESPONDEN. DECIDO ENVIAR REMISION (sic) TANTO POR CORREO COMO POR FAX. REPORTES QUEDAN EN HISTORIA" (fls. 118 vuelto y 315, C.1).
- A las 6:08 a.m.:
 - "05+50: INTENTO COMUNICARME CON LA LINEA (sic) 018000 DE SALUDVIDA PERO NO CONTESTAN.
 - 06+00: ME COMUNICO CON DIACROSA (sic), HABLO CON PAULA CASTAÑO QUIEN INDICA QUE DEBO ENVIAR REMISION (sic) Y LLAMAR EN UNA HORA, QUEDA REPORTE DE ENVIO (sic) EN LA HISTORIA.
 - 06+20: ME COMUNICO CON HOSPITAL DE CALDAS, HABLO CON NATALIA LONDOÑO, QUIEN ME INDICA QUE NO TIENEN NEUROLOGIA (sic), QUE DEBO LLAMAR A DIACORSA" (fls. 118 vuelto y 315, C.1).

- A las 8:28 a.m.: *“SE ENVIA (sic) NOTA DE REMISION (sic) A LA CENTRAL DE REFERENCIA DE SALUD VIDA Y A MANIZALES”* (fls. 119 y 315 vuelto, C.1).
- A las 11:52 a.m.: *“INTENTO COMUNICARME CON LA CENTRAL DE REFERENCIA DE SALU (sic) VIDA Y NO CONTESTAN”* (fls. 119 y 315 vuelto, C.1).
- A las 1:52 p.m.: *“ME COMUNICO CON LA CENTRAL DE REFERENCIA DE SALUD VIDA Y ME INFORA (sic) TATIANA MURILLO QUE EL PACIENTE SOLO (sic) ESTA (sic) EN PERIODO DE URGENCIAS, QUE NO SE PUEDE REMITIR POR LA EPS”* (fls. 119 vuelto y 316, C.1).
- A las 4:40 p.m.: *“ME COMUNICO CON EL HOSPITAL SANTA SOFIA (sic) Y ME INFORMA MARIA (sic) ISABEL CASTRILLON (sic) QUE NO HAY DISPONIBILIDAD DE CAMAS”* (fls. 119 vuelto y 316, C.1).
- A las 6:22 p.m.: *“ME COMUNICO EN MULTIPLES (sic) OCASIONES A LA CENTRAL DE REFERENCIA DE SALUD VIDA Y NO CONTESTAN”* (fls. 120 y 316 vuelto, C.1).

Se observa en varias notas de evolución, que los médicos del Hospital San Marcos de Chinchiná valoraron continuamente al paciente, reiterando la necesidad de remitirlo al tercer nivel de complejidad (fls. 119 (315 vuelto), 119 vuelto (316), 120 vuelto (316 vuelto), 123 (318) y 126 (325 vuelto), C.1), y dejaron claro igualmente que debía determinarse si el accidente cerebro vascular sufrido era isquémico o hemorrágico (fls. 121 y 317, ibídem).

El 17 de septiembre de 2013 obran las anotaciones que se indican en seguida, en relación con los intentos de la ESE por obtener la remisión del paciente:

- A las 9:21 a.m.:
“ME COMUNICO CON LA CLINICA (sic) AMAN Y ME INFORMAN DE REFERENCIA QUE NO TIENEN CONVENIO CON SALUD VIDA. ME COMUNICO CON EL HOSPITAL SANTA SOFIA (sic) Y LA DRA ANGELA (sic) MARIA (sic) REFIERE QUE NO TIENE DISPONIBILIDAD DE CAMAS EN INTERMEDIOS NI EN HOSPITALIZACION (sic) ME COMUNICO CON EL SES HOSPITAL DE CALDAS Y NO CONTESTAN.

ME COMUNICO CON LA CLINICA (sic) DIACORSA Y LA DRA (sic) MONICA (sic) SALAZAR INFORMA QUE NO TIENE DISPONIBILIDAD DE CAMAS EN INTERMEDIOS

ME COMUNICO CON SANTILLANA SUVIDA (sic) Y ME INFORMA SANDRA DE REFERENCIA QUE NO TIENEN DISPONIBILIDAD DE CAMAS.

ME COMUNICO CONE (sic) EL SES Y ME INFORMA JOSE (sic) MANUEL QUE NO TIENEN DISPONIBILIDAD DE CAMAS EN INTERMEDIOS.

ME COMUNICO CON LA CLINICA (sic) SAN MARCEL Y ME INFORMAN QUE SE LLAME MAS (sic) TARDE PORQUE EN EL MOMENTO ESTAN (sic) EN UNA REANIMACION (sic)" (fls. 122 vuelto y 317 vuelto, C.1).

- A las 11:49 a.m.: "ME COMUNICO CON LA CLINICA (sic) SAN MARCEL Y ME INFORMA LA DRA (sic) ELCIRA FAJARDO QUE NO TIENEN DISPONIBILIDAD DE CAMAS EN INTERMEDIOS NI EN UCI" (fls. 122 vuelto y 317 vuelto, C.1).
- A las 2:32 p.m.: "ME COMUNICO CON EL HOSPITAL SANTA SOFIA (sic) DE CALDAS Y ME INFORMA EL DR CARLOS HOYOS QUE NO TIENEN DISPONIBILIDAD DE CAMAS EN INTERMEDIOS" (fls. 122 vuelto y 317 vuelto, C.1).
- A las 2:37 p.m.: "ME COMUNICO CON LA CLINICA (sic) SUVIDA (sic) SANTILLANA Y ME INFORMA SHIRLY DE REFERENCIA QUE SIGUEN SIN CAMAS" (fls. 123 y 317 vuelto, C.1).
- A las 3:34 p.m.: "RECIBO LLAMADA DE LA CENTRAL DE REFERENCIA DE SALUD VIDA Y ME INFORMA LA SEÑORA MARCELA PISCO QUE ELLA NO SABE NADA DEL PACIENTE, SE EXPLICA QUE DESDE EL MOMENTO EN QUE EL PACIENTE SE DECIDIO (sic) REMISION (sic) POR PARTE MEDICA (sic) SE ESTA (sic) COMENTANDO, PERO QUE LA SEÑORA TATIANA REFIRIO (sic) QUE ELLOS NO PUEDEN HACER TRAMITE (sic) DE REFERENCIA POR ESTAR EN PERIODO DE URGENCIAS. SE COMENTA NUEVAMENTE Y LA SEÑORA MARCELA PISCO DICE QUE SE COMENTE CON LA SEÑORA LIBIA QUINTERO DE MANIZALES, PUES ELLA DEBE SER QUIEN HACE EL TRAMITE (sic). ME COMUNIQUE (sic) CON LA SEÑORA LIBIA QUINTERO Y ELLA REFIERE QUE EL DR CAMPUZANO YA HABLO (sic) CON ELLA EN LAS HORAS DE LA MAÑANA, SE ENVIO (sic) NOTA DE EVOLUCION

(sic) DEL DIA (sic) DE HOY DEL PACIENTE. SE ESPERA RESPUESTA DEPARTE (sic) DE SU EPS" (fls. 123 y 318, C.1).

El 18 de septiembre de 2013 se observan las siguientes anotaciones en relación con el trámite de remisión del paciente:

- A las 8:15 a.m.: "LLAMO AL HOSPITAL DE CALDAS CON JOSE (sic) MANUEL QUIEN ME DICE QUE NO HAY DISPONIBILIDAD DE CAMA" (fls. 123 vuelto y 318 vuelto, C.1).

- A las 8:34 a.m.:

"ME COMUNICO A DIACORSA CON LA DRA PAULA ANDREA CARDONA QUIEN ME DICE QUE LE ENVIE (sic) NUEVAMENTE TE (sic) LA REMISION (sic) Y LA EVOLUCION (sic) DE HOY POR FAX PARA ELLA MIRAR HABER (sic) QUE (sic) POSIBILIDADES HAY DE RECIBIRLO, SE AVISA AL MEDICO (sic) DE TURNO PARA LA EVOLUCION (sic) DE HOY
LLAMO EN VARIAS OCASIONES A LA LINEA 018000 Y AL CELULAR DE S/V (sic) PERO NO CONTESTAN" (fls. 123 vuelto y 318 vuelto, C.1).

- A las 11:43 a.m.:

"EL DR CAMPUZANO SE COMUNICA TELEFONICAMENTE (sic) CON LA DRA LIBIA DE SALUD VIDA (A LAS 10 AM) INFORMA QUE ESTAN (sic) HACIENDO LO POSIBLE POR UBICAR EL PACIENTE.
ME COMUNICO AL HOSPITAL SANTA SOFIA (sic) HABLO CON LA DRA ANGELA (sic) RAMIREZ (sic) QUIEN INFORMA QUE NO TIENE DISPONIBILIDAD DE CAMA SE COMENTA EL PACIENTE MEDICAMENTE (sic) POR EL DR CASTAÑO QUE POR FAVOR VUELVA A LLAMAR DESPUES (sic) DEL MEDIO DIA (sic)" (fls. 126 y 325 vuelto, C.1).

- A las 2:19 p.m.:

"ME COMUNICO A DIACORSA CON EL DR GERMAN CARDONA QUIEN ME DICE QUE EN EL MOMENTO NO TIENEN TOMOGRAFO (sic)
ME COMUNICO A SANTA SOFIA (sic) CON MARIA (sic) ISABEL QUIEN ME DICE QUE LLAME EN 20 MINUTOS QUE LOS MEDICOS (sic) ESTAN (sic) PASANDO RONDA
RECIBO LLAMADA DE LA DRA LIBIA DE SALUD VIDA QUIEN ME DICE QUE YA ESTA (sic) RESUELTO LO DE LA EPS, QUE ME

COMUNIQUE A BOGOTA (sic) AL CELULAR 3164743912 CON INGRID CARDOZO PARA LAS AUTORIZACIONES QUE SE NECESITEN PARA EL PACIENTE” (fls. 126 vuelto y 326, C.1).

- A las 3:22 p.m.: “ME COMUNICO A SANTA SOFIA (sic) CON LA DRA ANGELA (sic) RAMIREZ (sic) QUIEN MEDICAMENTE (sic) ME ACEPTA EL PACIENTE, Y ME COMUNICA A REFERENCIA CON LEONARDO QUIEN ME DICE QUE LO LLAME EN 10 MINUTOS PARA VALIDAR DERECHOS DEL PACIENTE” (fls. 126 vuelto y 326, C.1).
- A las 3:22 p.m.: “ME COMUNICO CON LA DRA (sic) LIBIA DE S/V (sic) PARA AVISARLE QUE EL PACIENTE FUE ACEPTADO MEDICAMENTE (sic), PRO (sic) ADMINISTRATIVAMENTE VAN A VERIFICAR DERECHOS, ELLA ME DICE QUE YA SE VA A COMUNICAR CON SANTA SOFIA (sic), QUE ADEMÁS (sic) ELLOS TIENE (sic) CONVENIO ALLA (sic), QUE NO SABE PORQUE (sic) NO ,O (sic) ACEPTARON ADMINISTRATIVAMENTE” (fls. 127 y 326 vuelto, C.1).
- A las 3:50 p.m.: “LLAMO NUEVAMENTE AL CELULAR A LA DRA LIBIA PERO NO ME CONTESTA” (fls. 127 y 326 vuelto, C.1).
- A las 4:01 p.m.: “ME COMUNICO NUEVAMENTE CON LA DRA LIBIA PARA DECIRLE QUE SE COMUNIQUE A SANTA SOFIA (sic) CON LEONARDO DE REFERENCIA, ELLA ME DICE QUE YA VA A LLAMAR Y QUE SE COMUNICA CONMIGO CUANDO TENGA RESPUESTA” (fls. 127 y 326 vuelto, C.1).
- A las 4:21 p.m.: “ME COMUNICO NUEVAMENTE A SANTA SOFIA (sic) CON LEONARDO QUIEN ME DICE QUE NO LE HAN PASADO REGISTRO DE ACEPTACION (sic) DEL PACIENTE, EL DR CAMPUZANO SE COMUNICA CON LA AUDITORA DE SANTA SOFIA (sic) LA DRA LUZ EMILIA RESTREPO QUIEN LE DICE AL DR QUE EL PACIENTE ESTA (sic) ACEPTADO, SE AVISA AL JEFE DE TURNO Y SE ENTREGA REMISION (sic)” (fls. 127 y 327, C.1).
- A las 5:32 p.m.: “17+09 LLAMO AL CELULAR 3164743912 DE INGRID CARDOZO A BOGOTA (sic), PERO HABLO CON ELIZABETH GOMEZ (sic) PARA PEDIRLE CODIGO (sic) DE AMBULANCIA MEDICALIZADA QUIEN ME DICE QUE ELLA ME LO ENVIA (sic) POR CORREO PORQUE EN EL MOMENTO ESTA (sic) MUY OCUPADA” (fls. 127 vuelto y 327, C.1).

- A las 5:46 p.m.: *“17+30 ME INFORMA EL DR CAMPUZANO QUE RECIBE LLAMADA DE LA JEFE LIBIA, QUIEN LE DICE QUE EL PACIENTE NO APARECE EN LA ACTUALIZACION (sic) DEL FOSYGA, QUE NO PERTENECE A S/V, QUE EL PACIENTE NO ES DE ELLOS QUE POR TAL MOTIVO SUSPENDEN LA REMISION (sic), Y QUE EN SANTA SOFIA (sic) NO LO ACEPTAN”* (fls. 127 vuelto y 327 vuelto, C.1).

El 19 de septiembre de 2013 a las 9:58 a.m. se dejó la siguiente anotación en la historia clínica: *“ME COMUNICO CON EL HOSPITAL SANTA SOFIA (sic) DE MANIZALES Y ME INFORMA MARIA (sic) ISABEL DE REFERENCIA (sic) QUE EL PACIENTE FUE ACEPTADO DESDE AYER, PERO QUE LA PARTE ADMINISTRATIVA NO LO ACEPTO (sic)”* (fls. 127 vuelto y 327 vuelto, C.1).

En dicha fecha a las 6:15 p.m. se indicó que *“PACIENTE QUE NO HA SIDO ACEPTADO POR MOTIVOS ADMINISTRATIVOS DE PARTE DE SU EPS SALUD VIDA”* (fls. 128 y 328, C.1).

El 20 de septiembre de 2013 a las 4:20 a.m. y a las 6:49 a.m., se consignó: *“LLAMO EN VARIAS OCASIONES A LA LINEA (sic) 018000 DE S/VIDA PERO NO ME CONTESTAN”* (fls. 128 vuelto y 328 vuelto, C.1) y *“ME COMUNICO CON SALUD VIDA CENTRAL DE REFERENCIA Y ME INFORMA SANDRA QUE EL PACIENTE NO SE HA COMENTADO SE INFORMA QUE EL PACIENTE FUE COMENTADO CON TATIANA MOLINA, SE ENVIA (sic) NUEVAMENTE NOTA DE REMISION (sic)”* (fls. 139 vuelto y 329, ibídem).

El 21 de septiembre de 2013 se dejaron las siguientes anotaciones en relación con el trámite de remisión del paciente:

- A la 1:59 a.m.: *“ME COMUNICO CON LA 018000 DE S/V ME CONTESTA WENDY CANO QUIEN ME DICE QUE SE DEBE ENVIAR NUEVAMENTE LA REMISIÓN SE ENVIA (sic) POR CORREO QUE LA LLAME EN 10 MINUTOS PARA VERIFICAR SI LE LLEGO (sic) LA REMISIÓN”* (fls. 140 y 329 vuelto, C.1).
- A las 5:00 a.m.:

“MARCO EN VARIAS OCACIONES (sic) AL SANTA SOFIA (sic) NO CONTESTAN

MARCO AL SES ME CONTESTA LINA MONTIYA QUE NO HAY DISPONIBILIDAD DE CAMAS.

MARCO EN REPETIDAS OCACIONES (sic) A DIACORSA NO CONTESTAN" (fls. 140 y 329 vuelto, C.1).

- A las 3:19 p.m.: "ME COMUNICO CON LA DRA CATALINA LOPEZ (sic) EN EL HOSPITAL DEPARTAMENTEL (sic) SANTA SOFIA (sic) QUIENES ME INFORMAN QUE NO PUEDES (sic) RECIBIR ESTE PACIENTE YA QUE NO HAY DISPONIBILIDAD DE CAMAS" (fls. 140 vuelto y 330 vuelto, C.1).
- A las 3:21 p.m.: "COMENTO PACIENTE EN ELSES (sic) HOSPITAL DE CALDAS DONDE ME INFORMAN QUE NO TIENENE (sic) SERVICIO DE NEUROLOGIA (sic)" (fls. 141 y 330 vuelto, C.1).
- A las 3:28 p.m.: "COMENTO PACIENTE EN CLINICA (sic) DIACORSA MANIZALES CON LA DRA MONICA DE TRIAGE QUIEN ME INFORMA QUE NO HAY DISPONIBILIDAD DE CAMAS" (fls. 141 y 330 vuelto, C.1).

El 22 de septiembre de 2013, el médico de turno dejó las siguientes anotaciones en relación con el proceso de remisión:

- A las 2:02 a.m.: "NOTA MEDICA (sic): PROCEDO A LLAMAR AL HOSPITAL SANTA SOFIA (sic) – MANIZALES, ME CONTESTA LA Dr ANGELA (sic) MARIA (sic) RAMIREZ (sic), PROCEDO A COMENTAR PACIENTE Y ME INFORMA QUE EL PACIENTE ES ACEPTADO QUE PROCEDA CON LA REMISION (sic) EN AMBULANCIA MEDICALIZADA" (fls. 141 y 331, C.1).
- A las 9:52 a.m.: "NOTA: PACIENTE QUIEN POR VARIOS DIAS (sic) NO HABIA (sic) SIDO POSIBLE UBICAR EN TERCER NIVEL POR PARTE DE LA EPS DEL PACIENTE AUN (sic) INCLUSO DICRIENDO POR PARTE DE MEDICINA INTERNA QUE DEBE SER REMITIDO DE MANERA URGENTE PERO LA EPS NO LO HABIA (sic) PODIDO UBICAR. ANTE DESCOMPENSACION (sic) DEL PACIENTE AHORA CON DIAGNOSTICO (sic) DE SHOCK SEPTICO (sic) SE INTENTA UBICAR PACIENTE DE MANERA URGENTE A TERCER NIVEL, PROCEDO A LLAMAR A LAS 00+10 HORAS AL HOSPITAL SANTA SOFIA (sic) Y HOSPITAL DE CALDAS SES, INTENTO EN 5 OCASIONES SIN RESPUESTA ALGUNA" (fls. 141 vuelto y 331 vuelto, C.1).

- A las 9:59 a.m.:

“NOTA MEDICA (sic): PROCEDO A LLAMAR NUEVAMENTE AL HOSPITAL DE CALDAS A LAS 00+45 HORAS AL HOSPITAL DE CALDAS SES, ME CONTESTA LINA MONTOYA PROCEDO A COMENTAR PACIENTE Y ME COMUNICA CON EL DR. GUSTAVO GARCIA (sic), COMENTO PACIENTE Y ME INFORMA QUE DEBO LLAMAR EN 30 MIN (sic) PARA CONFIRMAR SI HAY DISPONIBILIDAD DE CAMAS EN UCI.

ME COMUNICO NUEVAMENTE AL HOSPITAL DE CALDAS SES A LAS 1+30 HORAS Y ME INFORMA EL DR GUSTAVO GARCIA (sic) QUE EN EL MOMENTO NO HAY DISPONIBILIDAD DE CAMAS” (fls. 142 y 331 vuelto, C.1).

- A las 10:03 a.m.: *“NOTA MEDICA (sic): PROCEDO A COMUNICARME AL HOSPITAL SANTA SOFIA (sic) DE MANIZALES A LAS 00+50 HORAS, ME CONTESTA LA DRA ANGELA (sic) MARIA (sic) RAMIREZ (sic), PROCEDO A COMENTAR PACIENTE Y ME INFOMA (sic) QUE DEBO LLAMAR EN 40 MINUTOS PARA CONFIRMAR DISPONIBILIDAD DE CAMAS” (fls. 142 y 332, C.1).*
- A las 10:04 a.m.: *“NOTA MEDICA (sic): PROCEDO A COMUNICARME A SALID (sic) VIDA A LAS 2+10 HORAS, ME CONTESTA WILLINTON MARTINEZ (sic) QUIEN ME INFORMA QUE NO HA SIDO POSIBLE UBICAR PACIENTE” (fls. 142 y 332, C.1).*
- A las 10:09 a.m.: *“NOTA MEDICA (sic): PROCEDO A LLAMAR NUEVAMENTE AL HOSPITAL SANTA SOFIA (sic) DE MANIZALES A LAS 2+30 HORAS, ME CONTESTA LA DR ANGELA (sic) MARIA (sic) RAMIREZ (sic) QUIEN ME INFORMA QUE ES ACEPTADO, QUE PROCEDA CON EL TRASLADO DEL PACIENTE. ACUDO HA LLAMADO DE ENFERMERIA (sic) POR PRESENCIA DE HIPOTENSION (sic) EN EL PACIENTE Y PERSISTIA (sic) FEBRIL 40.1° Y EMPEZO (sic) A DESATURAR 83 84 %” (fls. 142 vuelto y 332, C.1).*

d) Infeción nosocomial

El 20 de septiembre de 2013 a las 6:06 a.m., la médica tratante de turno valoró al paciente y ordenó la realización de paraclínicos *“EN BUSCA DE FOCO INFECCIOSO”* (fls. 139 vuelto y 329, C.1), así como continuar los trámites para remisión urgente a tercer nivel de complejidad.

Los resultados de los exámenes se consignaron el 21 de septiembre de 2013 a las 4:18 a.m. (fls. 140 y 329 vuelto, C.1), y a las 9:15 a.m., el médico de turno inició manejo antibiótico (fls. 140 vuelto y 330, ibídem).

El 22 de septiembre de 2013 a las 9:45 a.m. el médico de turno registró que el paciente presentaba shock séptico secundario a neumonía asociada a cuidados de la salud. Consignó que inició manejo inotrópico (fls. 141 vuelto y 331 vuelto, C.1).

e) Fallecimiento del paciente

Luego de intentar reanimar al paciente por 35 minutos sin lograr respuesta alguna, siendo las 3:20 a.m. del 22 de septiembre de 2013, el señor Jair Humberto Rengifo Largo falleció (fls. 142 vuelto y 332 vuelto, C.1).

4. Acreditación de los elementos del régimen de responsabilidad por falla en el servicio en el caso concreto

Tal como se señaló en el acápite de regímenes de responsabilidad aplicables, la Sala pasa a establecer si la EPS SALUDVIDA es responsable por el daño padecido por la parte actora, acudiendo para tal examen al título de imputación por falla en el servicio.

4.1 El daño

En relación con la noción de daño, como primer requisito del proceso de determinación de la responsabilidad que le pueda caber a la entidad enjuiciada, la Sala observa que ese concepto se distingue del referido al perjuicio, entendido el primero como el hecho o situación objetiva verificable con los sentidos, que lesiona de manera definitiva un derecho o interés lícito o altera su goce pacífico; el segundo corresponde al menoscabo patrimonial subjetivo sufrido por la víctima del daño y como consecuencia directa de este, que comporta su faz indemnizable¹⁵.

Esa misma postura ha sido adoptada por el Consejo de Estado al señalar que *“(...) es necesario reiterar que el daño antijurídico es el primer elemento de la responsabilidad, y una vez verificada su configuración, se debe determinar si es imputable o no a la entidad demandada, como quiera que aquél es requisito indispensable de la obligación de reparar. En ese orden de ideas, el daño, en su*

¹⁵ Antaño la Corte Suprema de Justicia afirmó que *“(...) el daño, considerado en sí mismo, es la molestia, el detrimento ocasionado a una persona en su cuerpo, en su espíritu o en su patrimonio, al tiempo que el perjuicio es el menoscabo patrimonial que resulta como consecuencia del daño; y la indemnización es el resarcimiento, la reparación, la satisfacción o pago del perjuicio que el daño ocasionó”*. Sala de Negocios Generales, 13 de diciembre de 1943, M.P. Dr. Cardozo Gaitán.

aspecto objetivo, debe ser entendido como la lesión de un derecho, interés o atributo de la persona, sin que exista la necesidad de relacionarlo con la actividad que lo causó, pues es una entidad fenoménica u ontológica que lejos de estar relacionado con el deber ser de las cosas, es un dato objetivo apreciable por los sentidos y, por consiguiente, una entidad natural. De allí que, la mera ocurrencia del daño y su nota de antijuricidad es el presupuesto indispensable que genera el deber de reparar. (...) La labor del juez, en principio, se reduce simple y llanamente a la constatación del daño como entidad, como violación a un interés legítimo, esto es, como fenómeno, como dato objetivo o de conocimiento dado por la experiencia, luego, aquél asume una posición axial frente al mismo, lo que imprime el sello de antijurídico o jurídico, y una vez estructurado éste, comprobar la posibilidad de imputación o no, a la entidad demandada” ¹⁶.

Es preciso recordar que en el ordenamiento jurídico colombiano, a partir de la promulgación de la Constitución Política de 1991, no basta la demostración de la ocurrencia del daño puro y simple para exigir del Estado la obligación de repararlo, sino que se requiere que el mismo sea calificado como antijurídico¹⁷.

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

En el caso que convoca la atención del Tribunal, según lo expuesto en la demanda y de conformidad con el material probatorio aportado al proceso, el daño alegado por la parte actora se concreta en el lamentable fallecimiento del señor Jair Humberto Rengifo Largo, ocurrido el 22 de septiembre de 2013 a las 3:20 a.m., en el Hospital San Marcos de Chinchiná. De ello da cuenta lo siguiente:

¹⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 30 de marzo de 2011. Consejero Ponente: Dr. Enrique Gil Botero. Exp. 20001-23-31-000-1998-03813-01(18451). Ver también sentencia del 19 de octubre de 2011, de la misma Corporación y Sección, con ponencia de la Dra. Olga Mélida Valle de De La Hoz.

¹⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 22 de junio de 2001. Consejera Ponente: Dra. María Elena Giraldo Gómez. Rad. 05001-23-25-000-1992-3233-01(13233)

- Copia de la historia clínica del señor Jair Humberto Rengifo Largo, correspondiente a la atención recibida por parte de la ESE Hospital San Marcos de Chinchiná (fls. 117 a 142 y 313 a 339, C.1), de la que se extrae anotación hecha el 22 de septiembre de 2013, en el sentido que el paciente falleció a las 3:20 horas, tras 35 minutos de RCP sin respuesta alguna (fls. 142 vuelto y 332 vuelto, ibídem).
- Registro Civil de Defunción (fl. 79, C.1), en el que consta que el 22 de septiembre de 2013 falleció el señor Jair Humberto Rengifo Largo.

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

4.2 Falla en el servicio

La parte demandante atribuyó responsabilidad a la EPS SALUDVIDA por la muerte del señor Jair Humberto Rengifo Largo, al considerar que al tener aquella la calidad de aseguradora en salud del usuario, estaba en la ineludible obligación de brindarle el servicio inmediato de atención de urgencias en todos los niveles de complejidad, y que pese a conocer las condiciones críticas en las que se encontraba el paciente, la EPS no realizó gestiones para trasladarlo al nivel de atención que se requería, demostrando indolencia, negligencia y deshumanización.

Conforme al artículo 177 de la Ley 100 de 1993, *“(...) Las entidades promotoras de salud son las entidades responsables de la afiliación, y el registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones, por delegación del fondo de solidaridad y garantía. Su función básica será organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del plan de salud obligatorio a los afiliados y girar, dentro de los términos previstos en la presente ley, la diferencia entre los ingresos por cotizaciones de sus afiliados y el valor de las correspondientes unidades de pago por capitación al fondo de solidaridad y garantía, de que trata el título III de la presente ley.”* (Resalta la Sala).

El artículo 179 de la norma en comento dispone que *“(...) Para garantizar el plan de salud obligatorio a sus afiliados, las entidades promotoras de salud prestarán directamente o contratarán los servicios de salud con las instituciones prestadoras y los profesionales. (...)”*.

Como parte de las funciones de las EPS, el artículo 178 de la Ley 100 de 1993 dispuso las siguientes:

1. *Ser delegatarias del fondo de solidaridad y garantía para la captación de los aportes de los afiliados al sistema general de seguridad social en salud.*
2. *Promover la afiliación de grupos de población no cubiertos actualmente por la seguridad social.*
3. ***Organizar la forma y mecanismos a través de los cuales los afiliados y sus familias puedan acceder a los servicios de salud en todo el territorio nacional.*** *Las empresas promotoras de salud tienen la obligación de aceptar a toda persona que solicite afiliación y cumpla con los requisitos de ley.*
4. *Definir procedimientos para garantizar el libre acceso de los afiliados y sus familias, a las instituciones prestadoras con las cuales haya establecido convenios o contratos en su área de influencia o en cualquier lugar del territorio nacional, en caso de enfermedad del afiliado y su familia.*
5. *Remitir al fondo de solidaridad y compensación la información relativa a la afiliación del trabajador y su familia, a las novedades laborales, a los recaudos por cotizaciones y a los desembolsos por el pago de la prestación de servicios.*
6. *Establecer procedimientos para controlar la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad en los servicios prestados por las instituciones prestadoras de servicios de salud.*
7. *Las demás que determine el consejo nacional de seguridad social en salud.*
(Negrilla fuera de texto).

En lo que respecta a la disponibilidad del servicio que deben garantizar las EPS, la Resolución 5261 de 1994, “Por la cual se establece el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud”, dispuso en su artículo 2º:

ARTICULO (sic) 2o. DISPONIBILIDAD DEL SERVICIO Y ACCESO A LOS NIVELES DE COMPLEJIDAD. *En todo caso los servicios de salud que se presten en cada municipio estarán sujetos al nivel de complejidad y al desarrollo de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud autorizadas para ello. Cuando las condiciones de salud del usuario ameriten una atención de mayor complejidad, esta (sic) se hará a través de la red de servicios asistenciales que establezca cada E.P.S.*

PARAGRAFO (sic). *El acceso al servicio siempre será por el primer nivel o por el servicio de urgencias. Para los niveles subsiguientes el paciente deberá ser remitido por un profesional en medicina general de acuerdo a las normas definidas para ello, las que como mínimo deberán contener una historia clínica completa en la que se especifique el motivo de la remisión, los tratamientos y resultados previos. Cuando en el municipio de residencia del paciente no se*

cuenta con algún servicio requerido, este (sic) podrá ser remitido al municipio mas (sic) cercano que cuente con el (sic). Los gastos de desplazamiento generados en las remisiones serán de responsabilidad del paciente, salvo en los casos de urgencia debidamente certificada o en los pacientes internados que requieran atención complementaria. Se exceptúan de esta norma las zonas donde se paga una U.P.C. diferencial mayor, en donde todos los gastos de transporte estarán a cargo de la E.P.S.

El Decreto 4747 de 2007, “Por medio del cual se regulan algunos aspectos de las relaciones entre los prestadores de servicios de salud y las entidades responsables del pago de los servicios de salud de la población a su cargo, y se dictan otras disposiciones”, previó en su artículo 17 lo siguiente:

ARTÍCULO 17. PROCESO DE REFERENCIA Y CONTRARREFERENCIA. *El diseño, organización y documentación del proceso de referencia y contrarreferencia¹⁸ y la operación del sistema de referencia y contrarreferencia es obligación de las entidades responsables del pago de servicios de salud, quienes deberán disponer de una red de prestadores de servicios de salud que garanticen la disponibilidad y suficiencia de los servicios en todos los niveles de complejidad a su cargo, así como la disponibilidad de la red de transporte y comunicaciones.*

Con el fin de garantizar la calidad, continuidad e integralidad en la atención, es obligación de las entidades responsables del pago de servicios de salud la consecución de institución prestadora de servicios de salud receptora que garantice los recursos humanos, físicos o tecnológicos así como los insumos y medicamentos requeridos para la atención de pacientes.

La responsabilidad del manejo y cuidado del paciente es del prestador remitido hasta que ingrese en la institución receptora. Cuando el transporte se realice en una ambulancia debidamente habilitada, que no dependa de la IPS remitora, la entidad que tiene habilitado el servicio de transporte será responsable de la atención durante el mismo, con la tecnología disponible de acuerdo con el servicio de ambulancia habilitado, hasta la entrega del paciente en la entidad receptora definida por la entidad responsable del pago.

¹⁸ Conforme al literal e) del artículo 3 del Decreto 4747 de 2007, entiéndase por proceso de referencia y contrarreferencia, el “Conjunto de procesos, procedimientos y actividades técnicos y administrativos que permiten prestar adecuadamente los servicios de salud a los pacientes, garantizando la calidad, accesibilidad, oportunidad, continuidad e integralidad de los servicios, en función de la organización de la red de prestación de servicios definida por la entidad responsable del pago. La referencia es el envío de pacientes o elementos de ayuda diagnóstica por parte de un prestador de servicios de salud, a otro prestador para atención o complementación diagnóstica que, de acuerdo con el nivel de resolución, dé respuesta a las necesidades de salud. // La contrarreferencia es la respuesta que el prestador de servicios de salud receptor de la referencia, da al prestador que remitió. La respuesta puede ser la contrarremisión del paciente con las debidas indicaciones a seguir o simplemente la información sobre la atención prestada al paciente en la institución receptora, o el resultado de las solicitudes de ayuda diagnóstica.”.

PARÁGRAFO. Las entidades responsables del pago de servicios de salud podrán apoyarse para la operación del proceso de referencia y contrarreferencia a su cargo, en los centros reguladores de urgencias y emergencias, para lo cual deberán suscribir contratos o convenios según sea el caso. (Líneas fuera de texto).

De conformidad con la historia clínica del señor Jair Humberto Rengifo Largo, el dictamen pericial rendido y los testimonios recibidos en este proceso, el Tribunal observa lo siguiente en relación con la atención médica prestada al paciente:

1. Al momento de ingresar por el servicio de urgencias, hubo valoración oportuna por médico de turno, quien al emitir el correspondiente diagnóstico, dejó anotación de la necesidad de realizar un examen especializado para determinar qué tipo de accidente cerebro vascular presentaba el paciente y, por tanto, cuál era el manejo que debía dársele.
2. Al señor Jair Humberto Rengifo Largo le fueron practicados paraclínicos e inmediatamente se inició medicación.
3. Dado que tanto el examen que se requería para definir el diagnóstico preciso e iniciar tratamiento, así como el manejo de dicha patología correspondían a un tercer nivel de complejidad, el médico de turno ordenó inmediatamente la remisión.
4. La ESE inició el trámite de referencia y contrarreferencia para el traslado del señor Jair Humberto Rengifo Largo, avisando oportunamente a la EPS SALUDVIDA en cuya base de datos aquél figuraba –tal como lo manifestó la señora Mariela Giraldo Ramírez en su declaración¹⁹–, y adicionalmente comentando el paciente a las IPS de tercer nivel de complejidad, tratando de obtener su pronta ubicación.
5. La ESE realizó múltiples intentos para el traslado del paciente, de lo cual dejó constancia en la historia clínica.
6. Una vez advertida la posible existencia de una infección, el médico de turno ordenó la realización de exámenes en búsqueda del foco infeccioso y ordenó vigilar la evolución clínica.
7. Al día siguiente se reportaron los resultados de los paraclínicos y al cabo de 5 horas el paciente fue valorado y se ordenó el inicio de

¹⁹ Minuto 00:001 a 10:48 del segundo audio contenido en el CD obrante a folio 583, C.1A.

antibiótico para tratar la infección pulmonar.

8. Durante el período en que el señor Jair Humberto Rengifo Largo permaneció en la ESE a la espera de que se materializara la remisión a tercer nivel, fue continuamente valorado por los médicos de la institución hospitalaria.
9. La EPS SALUDVIDA por su parte, y contrario a lo afirmado en la contestación de la demanda, tuvo conocimiento de la remisión ordenada desde la fecha de ingreso del paciente a la ESE. En este aspecto es importante dejar constancia de que las líneas a las que se comunicaba constantemente el Hospital San Marcos de Chinchiná no eran atendidas por el personal de la EPS, lo cual es demostrativo de las trabas administrativas de la entidad.
10. No obstante el conocimiento que la EPS tenía de la situación del paciente, se abstuvo de autorizar el traslado del señor Jair Humberto Rengifo Largo, alegando inicialmente que éste no podía ser remitido a un tercer nivel de complejidad, teniendo en cuenta que estaba en el primer mes de afiliación, el cual le daba derecho sólo a urgencias. Posteriormente manifestó que el usuario no aparecía en su base de datos y por tanto suspendió la remisión. Finalmente solicitó que se enviara de nuevo la remisión, sin que se observe en la historia clínica que hubiere autorizado el traslado o conseguido ubicación para el paciente.
11. La desidia de la EPS SALUDVIDA en cuanto al traslado urgente que requería el señor Jair Humberto Rengifo Largo, dio lugar incluso a la interposición de una acción de tutela el 20 de septiembre de 2013 (fls. 94 a 100, C.1), y ni siquiera con ocasión de dicho trámite la entidad agilizó la autorización de la remisión, pues el paciente permaneció dos días más en el Hospital San Marcos de Chinchiná hasta su fallecimiento.

Para la Corporación, las anteriores circunstancias son demostrativas de que la EPS SALUDVIDA incurrió en una flagrante falla en el servicio, pues en dicha entidad recaía la obligación de garantizarle al señor Jair Humberto Rengifo Largo una efectiva atención médica a través de su red prestadora de servicios, lo que se traducía en la autorización de la remisión oportuna a un centro hospitalario de tercer nivel de complejidad.

4.3 Nexos de causalidad

En el presente caso se encuentra demostrado que la muerte del señor Jair Humberto Rengifo Largo se produjo a raíz de un shock séptico secundario a una neumonía nosocomial.

En tanto en este proceso no se acreditó por la parte actora que el fallecimiento del señor Jair Humberto Rengifo Largo hubiera tenido como causa eficaz y determinante la falla de la EPS SALUDVIDA, estima el Tribunal que en este caso el nexo causal no se configura.

En efecto, no existe prueba que permita establecer de manera certera que la negligencia de la EPS SALUDVIDA de ubicar al paciente en alguna de las instituciones que integraban su red prestadora de servicios en tercer nivel de complejidad, constituya por sí sola la causa determinante del daño padecido por los accionantes, ni que incidió de manera efectiva en su producción. De hecho, el perito que rindió dictamen en este asunto manifestó que no todos los pacientes que sufren un accidente cerebro vascular pueden presentar neumonía nosocomial, y cuando la padecen, su pronóstico depende de su estado de defensas previo, de su sistema inmunológico, de su nutrición, antecedentes, de si tenía enfermedades previas o no.

En tal sentido, se rompe la imputación fáctica y jurídica que pretende endilgarle la parte accionante a dicha entidad.

5. Acreditación de los elementos del régimen de responsabilidad por riesgo excepcional en el caso concreto

Conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado, para que se declare la responsabilidad patrimonial del Estado en temas relacionados con infecciones nosocomiales o intrahospitalarias, quien alega haber sufrido el daño deberá acreditar además de la existencia de éste, que la infección que afectó a la víctima fue adquirida en el centro hospitalario o asistencial o que se produjo como consecuencia de un procedimiento médico.

5.1 El daño

Según quedó reseñado anteriormente, el daño consistente en la muerte del señor Jair Humberto Rengifo Largo se encuentra ampliamente acreditado en este proceso.

5.2 Nexos de causalidad

En el presente asunto se encuentra demostrado que el señor Jair Humberto Rengifo Largo ingresó a la ESE Hospital San Marcos de Chinchiná por

presentar un accidente cerebro vascular, y que estuvo hospitalizado allí a la espera de que la EPS SALUDVIDA autorizara y materializara la remisión hecha por el Hospital San Marcos de Chinchiná desde su mismo ingreso a la IPS. Así, el paciente permaneció en el centro hospitalario desde el 15 de septiembre de 2013 hasta el 22 del mismo mes y año, cuando falleció a causa de un shock séptico secundario a una neumonía nosocomial o adquirida en la institución hospitalaria.

En el proceso no se acreditó que el paciente presentara el cuadro infeccioso antes de ingresar a la ESE. De hecho, en la historia clínica fue consignado que la neumonía había sido adquirida con ocasión de su estadía en el centro hospitalario, y a la misma conclusión llegó el perito que rindió dictamen en este asunto.

Ahora bien, aun cuando el asunto debe analizarse a la luz de un régimen objetivo de responsabilidad, la Sala considera que en este caso debe tenerse en cuenta que la adquisición de la neumonía nosocomial por parte del señor Jair Humberto Rengifo Largo no se generó por la estancia que regularmente se da en las instituciones hospitalarias cuando éstas prestan el servicio de salud en condiciones normales. Se explica.

El Hospital San Marcos de Chinchiná **se vio obligado** a dejar hospitalizado al señor Jair Humberto Rengifo Largo en sus instalaciones, debido a la negativa de la EPS SALUDVIDA de autorizar y materializar la remisión que había sido ordenada por los galenos de la ESE. Esto es, **la permanencia** del paciente durante la cual adquirió la infección pulmonar **fue una consecuencia necesaria de la negligencia de la EPS**, pues el hospital no podía dar de alta al paciente y tampoco pudo, pese a los ingentes esfuerzos que hizo, lograr su admisión en una institución de tercer nivel de complejidad.

De manera que para este Tribunal, la muerte del paciente no puede ser atribuida a la IPS, máxime cuando de la historia clínica y del dictamen pericial rendido en este proceso se extrae que la ESE Hospital San Marcos de Chinchiná puso a disposición del señor Jair Humberto Rengifo Largo los mecanismos de que disponía como institución prestadora de servicios en segundo nivel de complejidad, para brindarle una adecuada atención en salud y preservar su vida.

De otra parte, concuerda el Tribunal con la Juez de primera instancia en que la presencia de una neumonía nosocomial en el paciente podía ser una complicación médica teniendo en cuenta no sólo el tiempo de permanencia en la institución hospitalaria sino también su condición de salud que lo hacía

propenso a este tipo de infecciones, tal como lo explicó el perito.

6. Responsabilidad por pérdida de oportunidad de mejoramiento de las condiciones de salud y conservación de la vida del paciente

Aun cuando no se configura responsabilidad de las entidades demandadas por la muerte en sí misma del señor Jair Humberto Rengifo Largo, lo cierto es que el Tribunal estima que la omisión de la EPS SALUDVIDA de ubicar al paciente en una institución hospitalaria de tercer nivel de complejidad da lugar a que se analice, como lo hizo la Juez de primera instancia, si en este caso se configuró responsabilidad por pérdida de oportunidad de sobrevivida, de recuperación o de mejoramiento de las condiciones de salud.

6.1 Definición y elementos de la pérdida de oportunidad

En relación con la pérdida de oportunidad o pérdida de chance, el Consejo de Estado ha indicado²⁰ que aquella *“(...) se configura en todos aquellos casos en los que una persona se encontraba en situación de poder conseguir un provecho, de obtener una ganancia o beneficio o de evitar una pérdida, pero ello fue definitivamente impedido por el hecho de otro, acontecer o conducta que genera, por consiguiente, la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se habría producido, o no, pero que al mismo tiempo da lugar a la certeza consistente en que se ha cercenado de modo irreversible una expectativa o una probabilidad de ventaja patrimonial. Dicha oportunidad perdida constituía, en sí misma, un interés jurídico que si bien no cabría catalogar como un auténtico derecho subjetivo, sin duda facultaba a quien lo ha visto salir de su patrimonio a actuar en procura de o para esperar el acaecimiento del resultado que deseaba, razón por la cual la antijurídica frustración de esa probabilidad debe generar para el afectado el derecho a alcanzar el correspondiente resarcimiento²¹.”*

Ha señalado igualmente el Alto Tribunal²² que *“A pesar de las diversas teorías empleadas para explicar la pérdida de oportunidad, recientemente esta Subsección se ha pronunciado en el sentido de considerar que la postura que mejor se ajusta a dicho concepto es aquella que la concibe como un daño derivado de la lesión a una expectativa legítima²³, diferente de los demás daños que se le pueden infligir a una*

²⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Consejero Ponente: Dr. Ramiro Pazos Guerrero. Sentencia del 8 de agosto de 2018. Radicación número: 05001-23-31-000-2002-00774-01(45138).

²¹ Cita de cita: Consejo de Estado Sección Tercera, sentencia de 11 de agosto de 2010, exp. 18593, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

²² Ver nota al pie n° 14.

²³ Cita de cita: Esta Subsección en decisión reciente señaló que es posible aplicar la teoría de la pérdida de oportunidad a casos donde se vulneren expectativas legítimas: *“El modo de reparación de daños antijurídicos derivados de vulneraciones a expectativas legítimas se debe enmarcar dentro de los parámetros de la oportunidad perdida, siguiendo la premisa conocida del derecho de daños*

persona, como lo son, entre otros, la muerte (vida) o afectación a la integridad física, por lo que así como se estructura el proceso de atribución de estos últimos en un caso determinado, también se debe analizar la imputación de un daño derivado de una vulneración a una expectativa legítima en todos los perjuicios que de ella se puedan colegir, cuya naturaleza y magnitud varía en función del interés amputado y reclamado.”.

La jurisprudencia del Consejo de Estado²⁴ ha previsto como elementos de la pérdida de oportunidad, los siguientes: **i)** falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado, es decir, la incertidumbre respecto a si el beneficio o perjuicio se iba a recibir o evitar; **ii)** certeza de la existencia de una oportunidad; y **iii)** certeza de que la posibilidad de adquirir el beneficio o evitar el perjuicio se extinguió de manera irreversible del patrimonio de la víctima.

6.2 Configuración de los elementos de pérdida de oportunidad en el caso concreto

A continuación la Sala analizará si en el caso concreto se encuentran acreditados los aludidos elementos que permitan afirmar con exactitud si en efecto, la EPS SALUDVIDA es responsable por la pérdida de oportunidad del señor Jair Humberto Rengifo Largo de acceder a la atención especializada que requería y que le permitiera mejorar sus condiciones de salud e incluso sobrevivir.

6.2.1 Falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado

Al valorar las pruebas obrantes en el expediente esta Sala advierte que, tal como se indicó en el acápite del nexos causal, el primer componente de la pérdida de oportunidad se encuentra acreditado en el presente asunto, ya que no es posible determinar con certeza que el señor Jair Humberto Rengifo Largo hubiera mejorado sus condiciones de salud e incluso sobrevivido a la

que circunscribe la indemnización de los perjuicios al daño, “solo el daño y nada más que el daño” a fin de evitar un enriquecimiento sin justa causa a favor de la víctima y no contrariar las reglas de la institución jurídica de la responsabilidad estatal: “el daño es la medida del resarcimiento”(…). //10.2.8.2.1. Teniendo en consideración que el daño se origina por la amputación de una expectativa legítima a la consolidación de un derecho, bien sea, en tratándose de una aspiración de obtener un beneficio o una ganancia -polo positivo-, o bien cuando la víctima tenía la aspiración de evitar o mitigar un perjuicio y, como consecuencia de la abstención de un tercero, dicho curso causal dañoso no fue interrumpido -polo negativo-, se debe declarar la responsabilidad del Estado y reparar dicha frustración de la expectativa legítima dentro de los presupuestos de la teoría de la pérdida de oportunidad cuyo monto dependerá de la mayor o menor probabilidad y cercanía de su ocurrencia”: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 31 de agosto de 2015, rad. 22637, con ponencia de quien proyecta el presente fallo.

²⁴ Ver nota al pie n° 14.

patología que presentaba, o que no hubiera adquirido la neumonía nosocomial, aún en los eventos de haber contado con aceptación por parte de una IPS de tercer nivel.

6.2.2 Certeza de la existencia de una oportunidad

Pese al cuadro clínico del señor Jair Humberto Rengifo Largo, considera este Tribunal que aquel conservaba la expectativa cierta y legítima de ser atendido oportunamente, y así poder acceder a los tratamientos que hubieran sido del caso, con base en lo cual pudiera mejorar sus condiciones de salud e incluso sobrevivir.

Así se extrae del dictamen pericial rendido en este asunto y de la sustentación que del mismo hizo el médico Jorge Hernán Yepes Alzate, pues indicó que el pronóstico de la patología por la cual consultó el paciente, esto es, por un accidente cerebro vascular, depende no sólo de la severidad del cuadro clínico sino de la oportunidad en el diagnóstico y en el tratamiento. Acotó que de haberse materializado la remisión de manera temprana, hubiera podido hacerse el diagnóstico e iniciar el manejo y, en ese sentido, el pronóstico hubiera podido ser diferente. El experto sostuvo: *“El caso descrito corresponde a un paciente en la edad media de su vida, de 44 años, quien sufre repentinamente Accidente Vascular Cerebral, por clínica en el territorio de la Arteria Cerebral Media Izda (sic), es llevado al servicio de Urgencias donde orientan bien el caso y determinan su lesión vascular. Sin embargo dado que puede ser una lesión por obstrucción de la arteria descrita, que generalmente es de tipo trombótico (coágulo), o una hemorragia (ruptura de la arteria) que genera una posible hemorragia subaracnoidea el caso requiere de manejo en mayor complejidad y de definir rápidamente por Tomografía Axial Computarizada en (sic) tipo de lesión puesta (sic) el manejo es muy diferente según sea trombótico o hemorrágico. El aclarar rápidamente el diagnóstico y por ende iniciar el manejo respectivo es vital en el pronóstico del paciente. Queda muy claro en la Historia que nunca se aclaró el diagnóstico, nunca logró llegar a la Alta Complejidad para el tratamiento adecuado, y ni siquiera se le realizó la Tomografía (sic) cuando no estaba tan grave para aclarar el diagnóstico”* (fls. 146 a 158, C.1, negrilla del texto).

Adicionalmente el perito expuso que aun cuando no puede asegurarse que la neumonía no se hubiera presentado en un hospital de alta complejidad, lo cierto es que la demora en la remisión sí favoreció la aparición de la infección nosocomial en el paciente, porque ésta depende del tiempo de hospitalización.

Debe recordarse que los signos de infección pulmonar aparecieron el 20 de septiembre de 2013, esto es, cuando el señor Jair Humberto Rengifo Largo llevaba cinco días hospitalizado a la espera de ser trasladado. Así pues, al transcurrir cinco días sin poder ser diagnosticado completamente y sin que se le iniciara el manejo correspondiente a su patología, es evidente que el paciente evolucionó negativamente y, con ello, se incrementaron las probabilidades de adquirir una infección intrahospitalaria.

En efecto, el perito en este proceso informó que al tratarse de un paciente que presentaba un accidente cerebro vascular, era posible que al disminuir sus mecanismos de defensa, sobre todo en las vías aéreas, pudiera adquirir una infección intrahospitalaria de esta naturaleza.

6.2.3 Extinción irreversible de la oportunidad

Finalmente se encuentra probado que la oportunidad del señor Jair Humberto Rengifo Largo de acceder a una atención especializada y en últimas a sobrevivir, se perdió de manera definitiva e irreversible, pues al haber transcurrido 7 días desde su ingreso por urgencias y desde que se decidió remitirlo a un centro de mayor complejidad, el pronóstico del paciente empeoró, y adicionalmente presentó una infección intrahospitalaria por el tiempo que llevaba de hospitalización.

6.3 Imputación del daño de pérdida de oportunidad

Considera la Sala que en este caso la pérdida de oportunidad del señor Jair Humberto Rengifo Largo de acceder a tratamiento médico para su patología, le es imputable a la EPS SALUDVIDA, por las siguientes razones.

La circunstancia de no contar con una red prestadora disponible de servicios para el señor Jair Humberto Rengifo Largo al momento en que se ordenó la remisión de éste a un centro hospitalario de tercer nivel de complejidad, evidentemente influyó de manera negativa en la evolución que aquel tuvo, pues se trataba de un paciente con un accidente cerebro vascular para cuyo diagnóstico completo y tratamiento requería atención especializada.

A lo anterior se suman las trabas administrativas que se observa fueron puestas por la entidad aseguradora para la remisión, alegando que como el paciente se encontraba en su primer mes de afiliación no podía ser hospitalizado en una institución de tercer nivel de complejidad.

Una oportuna autorización de remisión le hubiera asegurado al paciente el acceso al servicio que requería y, con ello, la posibilidad de recibir tratamiento que le permitiera sobrevivir.

Así pues, la omisión administrativa de la EPS SALUDVIDA genera una responsabilidad por pérdida de oportunidad de mejoramiento de las condiciones de salud y conservación de la vida del paciente como un perjuicio autónomo indemnizable.

7. Indemnización por pérdida de oportunidad

Teniendo en cuenta que la tasación de la indemnización ordenada en primera instancia no fue objeto expreso de apelación por la parte demandada, considera este Tribunal que sobre la misma no hay lugar a pronunciarse.

Conclusión

Según quedó analizado a lo largo de esta providencia, no se configuró responsabilidad de las entidades demandadas por la muerte del señor Jair Humberto Rengifo Largo, pero sí se acreditó que con ocasión de la conducta omisiva de la EPS SALUDVIDA, se generó una pérdida de oportunidad para el paciente de acceder a la atención especializada que requería y que a la postre pudiera mejorar sus condiciones de salud e incluso permitirle sobrevivir. En ese orden de ideas, habrá de confirmarse la providencia objeto de apelación.

Costas

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 188 del CPACA, en concordancia con los numerales 1 y 3 del artículo 365 del CGP, se condenará en costas en esta instancia a la EPS SALUDVIDA por habersele resuelto desfavorablemente su recurso de apelación.

Atendiendo lo previsto por el numeral 3.1.3 del artículo 6 del Acuerdo n° 1887 de 2003²⁵ proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, se fija un 0.5% del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en este proceso como agencias en derecho a cargo de la entidad recurrente.

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

²⁵ Aplicable al presente asunto por cuanto el proceso inició antes de la entrada en vigencia del Acuerdo n° PSAA16-10554 de 2016, conforme lo establece esta última disposición.

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

FALLA

Primero. CONFÍRMASE la sentencia del veintiséis (26) de septiembre de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de reparación directa promovido por la señora Luz Mary Rengifo Largo y otros contra el Hospital San Marcos de Chinchiná y la EPS SALUDVIDA.

Segundo. CONDÉNASE en costas en esta instancia a la EPS SALUDVIDA, las cuales serán liquidadas por el Juzgado de primera instancia, por lo brevemente expuesto. FÍJASE un 0.5% del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en este proceso como agencias en derecho.

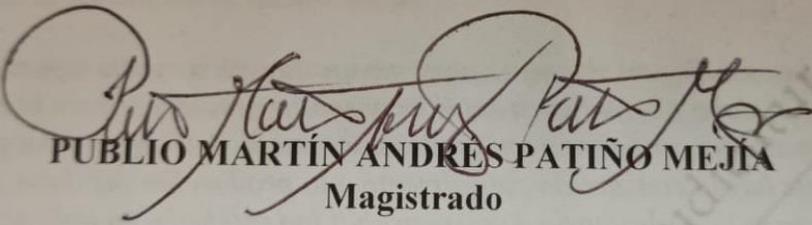
Tercero. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

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

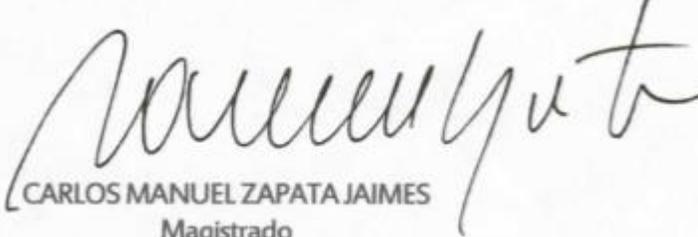
Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

No. 21
FECHA: 9 de febrero de 2021



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, cuatro (4) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO No.	17-001-33-39-007-2018-00345-02
CLASE	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	LUZ MERY BETANCUR LONDOÑO
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 12 de diciembre de 2019, dentro del proceso de la referencia.

PRETENSIONES

1. Solicitó se declare la nulidad de la Resolución nro. 7757-6 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 LUZ MERY BETANCUR LONDOÑO le fue reconocida una pensión de jubilación a través de la Resolución 5250 del 9 de noviembre de 2019.

- Presentó solicitud radicada bajo el nro. SAC 2017PQR14896 del 28/09/2017 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. 7757-6 del 11/10/2017 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 sufrirán un 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: Guardó silencio.

DEPARTAMENTO DE CALDAS guardo silencio.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 12 de diciembre 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 dicha 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, 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.

En cuanto al descuento de las mesadas adicionales con apoyo en el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado del 11 de marzo de 2010, concluyó que el afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que se vinculó al servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y adquirió su prestación vitalicia bajo los parámetros de la Ley 91

de 1989, está sujeta a que los descuentos dirigidos al servicio de salud se efectúen también a las mesadas adicionales

RECURSO DE APELACIÓN

Mediante memorial que reposa de folio 80 a 91 del expediente la parte actora apeló la sentencia de primera instancia.

RESPECTO AL INCREMENTO ANUAL DE LA PENSIÓN CONFORME AL SALARIO MÍNIMO MENSUAL LEGAL VIGENTE: Critica la indebida aplicación del precedente jurisprudencial, interpretada el Juez *a quo*, en cuanto a la sentencia proferida por el Consejo de Estado del año 2015, cuya causa petendi es el incremento pensional conforme al salario mínimo dentro del régimen del servidor público.

Expuso que la sentencia carece de los presupuestos procesales previstos en los artículos 162, 187 de la Ley 1437 de 2011, como quiera que "... el objeto real del litigio *fue determinar la fórmula aplicable para el incremento del debate corresponde al incremento de la pensión de jubilación de los docentes dentro del régimen exceptuado del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 1º de la Ley 238 de 1995... sino determinar la fórmula de incremento más favorable dentro del régimen exceptuado conforme a la posibilidad otorgadas por el artículo 1º de la Ley 238 de 1995*".

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 éste sector, como los docentes del Magisterio, son exceptuados de la Ley 100 de 1993; pero en caso, de ser el régimen general más beneficioso se le puede aplicar la Ley 238 de 1995, bajo el principio de favorabilidad.

Afirmó que por disposición normativa contenida en el acto legislativo 01 de 2005, los docentes afiliados hasta la expedición de la Ley 812 de 2003, se encontraban bajo la disposición contenida en la Ley 33 de 1985; y conservando los beneficios del exceptuado del artículo 279 de la Ley 100 de 1993.

Adujo que al no encontrarse los beneficios otorgados en el régimen general de pensiones, resulta ilegal para las pensiones otorgadas dentro del régimen exceptuado docente, la aplicación de la fórmula del artículo 14 de la Ley 100 de 1993; por tanto, se debe declarar la nulidad del acto

demandado otorgando un incremento pensional conforme al artículo 1 de la Ley 71 de 1988, mismo que no figura dentro de las derogatorias expresas del artículo 289.

RESPECTO A LOS APORTES EN SALUD: Expreso referente a los aportes en salud, con apoyo en las sentencias T-348 de 1997; C-956 de 2001; C-980 de 2002, que los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, antes del 27 de junio de 2003, el descuento de la cotización del 5% para salud se hace sobre la mesada pensional, incluidas las mesadas adicionales.

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

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante: guardó silencio.

Ministerio de Educación Nacional - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio: alega que a la parte actora no le asiste derecho al reajuste pensional, y que los descuentos a salud fueron realizados conforme a derecho.

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

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

¿Se debe reembolsar a la parte actora algún porcentaje, por concepto de descuentos por los aportes de salud, descontados de la pensión de jubilación de manera mensual y de las mesadas adicionales de junio y diciembre?

Lo probado

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

- Que mediante la Resolución nº 5250 del 9 de noviembre de 2007 se reconoció la pensión de jubilación, por parte del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a favor de Luz Mery Betancur Londoño, (Fol. 40-41 C.1)
- Solicitud SAC 2017PQR14896 del del 28/09/2017 elevada ante la Nación – Ministerio de Educación Nacional –Fondo de Prestación Social del Magisterio; solicitó se reajuste la pensión de jubilación, tomando como base el porcentaje del incremento del salario mínimo legal mensual vigente del año inmediatamente anterior, cuando sea superior al IPC. De igual forma se solicitó se diera aplicación al porcentaje del 5% para los descuentos a salud (Fol. 32 a 36, C.1).
- Que mediante la Resolución nº 77757-6 de 11 de octubre de 2017, se niega la devolución de aportes en salud y el reajuste periódico de la pensión de jubilación con base en el incremento del salario mínimo mensual legal vigente a la docente Betancur Londoño, (Fol.42 - 43, C1).

PRIMER PROBLEMA JURÍDICO

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.

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

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 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

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>

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, precisó respecto al ajuste de las pensiones en el artículo 1 lo siguiente:

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

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

A su turno la Ley 100 de 1993, en el artículo 289, indicó en relación con las vigencias y derogatorias lo siguiente:

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

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

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

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>

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

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

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

(...)

PARÁGRAFO 4o. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados.” (Rft)

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 1994⁵, 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

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>

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

“... ”

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

“.... ”

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

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

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

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

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

mínimo, y en otras, éste sea inferior a aquél, o pueden existir casos en que los dos sean iguales.

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

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

De otro lado, la Ley 238 de 1995⁶, 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 éste sector en la aplicación del reajuste pensional contemplado en el Régimen General de Pensiones.

Bajo el tema en cuestión referente al reajuste de las mesadas en aplicación de la Ley 100 de 1993, la Sección Segunda el Honorable Consejo de Estado⁷, 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:

“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

⁶ Ley 238 de 1995; http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0238_1995.html

⁷ 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>

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 en cuanto al incremento de la mesada pensional deba realizarse conforme lo contempla la Ley 71 de 1988, ajustado al salario mínimo, toda vez que con la entrada en vigencia del régimen general de pensiones, dicha norma quedó derogada por ésta última, que dispuso que los ajustes de las mesadas pensionales fueran incrementadas conforme a la variación del índice de precios al consumidor.

Referente a los motivos que alega el libelista, de aplicar artículo 1 de la Ley 71 de 1989, 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 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.***

En consecuencia, conforme a los pronunciamientos jurisprudenciales citadas, se tiene que la Constitución Política facultó al Legislador bajo su autonomía de fijar las fórmulas específicas 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 familiar, material, social, cultural y educativo, y con el fin de garantizar los fines del salario mínimo, en aras 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 demostrado, 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 deben realizar conforme al artículo 1 de la Ley 71 de 1989,

esto es, conforme al salario mínimo, y no conforme a lo establecido en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

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 1989.

SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO

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

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

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

APLICACIÓN DEL REGIMEN EN SALUD PARA LOS AFILIADOS AL SECTOR PÚBLICO Y AL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y AL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD.

La Ley 4 de 1966⁸, determinó para los afiliados a los Caja Nacional de Previsión Social, el deber de cotizar el porcentaje del 5%, a favor de la entidad de previsión, sobre la mesada pensional.

Lo anterior es reiterado por el Decretos 3135 de 1968⁹, en cuyo artículo 37, se dispone: "*Prestaciones para pensionados. A los pensionados por invalidez, jubilación y retiro por vejez se les prestará por la entidad que les pague la pensión, asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y*

⁸ <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjurMantenimiento/normas/Norma1.jsp?i=1573>

⁹ "por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales"

*hospitalaria. **Para este efecto el pensionado cotizará mensualmente un cinco por ciento (5%) de su pensión.***

Posteriormente la Ley 91 de 1989¹⁰, por el cual se creó el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en su artículo 8 numeral 2, señaló como objetivos de dicho fondo, garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales, y fue constituido entre otros: "...El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo **incluidas las mesadas adicionales**, como aporte de los pensionados."

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

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

(Ver art. 6 Ley 60 de 1993)

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

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

Por su parte, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003¹¹, estableció el régimen prestacional de los docentes nacionales y nacionalizados vinculados antes de la vigencia de esta ley, es el señalado en las normas establecidas con anterioridad a la misma y los vinculados a partir de la entrada en vigencia de la citada norma, afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio tendrán los derechos 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, norma declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-369-04.

Adicionalmente precisó en el inciso tercero y cuarto de dicha normativa, en cuanto a los servicios de salud para los afiliados a dicho Fondo, prestados conforme lo estipula la Ley 91 de 1989 y el valor de las cotizaciones por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las

¹⁰ https://www.mineducacion.gov.co/1621/articles-85852_archivo_pdf.pdf

¹¹ http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0812_2003.html#1

Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores.

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

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

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

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

*"**Artículo 204. Monto y distribución de las cotizaciones.** La cotización al Régimen Contributivo de Salud será, a partir del primero (1º) de enero del año 2007, **del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8,5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado.** Las cotizaciones que hoy tienen para salud los regímenes especiales y de excepción se incrementarán en cero punto cinco por ciento (0,5%), a cargo del empleador, que será destinado a la subcuenta de solidaridad para completar el uno punto cinco a los que hace referencia el presente artículo. El cero punto cinco por ciento (0,5%) adicional reemplaza en parte el incremento del punto en pensiones aprobado en la Ley 797 de 2003, el cual sólo será incrementado por el Gobierno Nacional en cero punto cinco por ciento (0,5%)."*

Finalmente, por virtud de la Ley 1250 de 2008¹², por medio del artículo 1 adicionó el 204 de la Ley 100 de 1993, en el sentido de que la cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional.

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

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

En consecuencia se deriva que las cotizaciones que se deducen de la mesada pensional de los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, equivalen al mismo porcentaje que se debe descontar al Régimen General de Seguridad Social.

Por su parte, la Máxima Corporación Constitucional en sentencia T-835 de 2014, sobre la obligatoriedad en la cotización a los pensionados al Sistema General de Salud, tanto para regímenes especiales, como la pensión gracia, y el ordinario dispuso:

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

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

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

Respecto al monto de las cotizaciones que deben realizar los docentes pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por concepto de salud, respecto al porcentaje del Régimen General de Pensiones, la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado, en sentencia del 10 de mayo de 2018¹², precisó:

*“ 3. Por otro lado, la Ley 91 de 1989, fijó como otro de los objetivos del **Fondo Nacional de prestaciones sociales del Magisterio: Garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales, para contratará con***

¹² CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION SEGUNDA - SUBSECCIÓN B- Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS- Bogotá, D.C., diez (10) de mayo de dos mil dieciocho (2018) -Radicación número: 68001-23-31-000-2010-00624-01(0340-14)

*entidades de acuerdo con instrucciones que imparta el Consejo Directivo del Fondo. Entonces, a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales el Magisterio tiene a cargo las prestaciones sociales de los afiliados al Magisterio, entre estas, (i) la pensión ordinaria y (ii) **garantizar la prestación la prestación de los servicios médico asistenciales. Lo que indica que los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterios, por disposición de la ley, tienen un régimen especial de seguridad social en salud.***

(...)

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

(...)

6.2. Afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterios

<i>Ley 91 de 1989 artículo 8-5</i>	<i>5%</i>
<i>Ley 812 de 2003, 13, artículo 81</i>	<i>El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo</i>

¹³ Corte Constitucional. Sentencia C-529 de 23 de junio de 2010

	<p><i>Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.</i></p>
--	---

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

(...)

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

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

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

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

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

23. Como se puede observar ni el artículo 52 del Decreto 806 de 1998, ni en el artículo 14 de Decreto 1703 de 2002, excluyeron de la obligación de cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud a los beneficiarios

de la pensión gracia, por lo tanto, los mismos se encuentran obligados a efectuar aportes con destino al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en los términos señalados en la ley y en las normas reglamentarias aplicables.

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

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

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

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

...

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

De las normas anotadas y los postulados jurisprudenciales esgrimidos, se colige que los pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al ser beneficiarios del régimen especial en pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, no los exonera de realizar los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, por disposición expresa de la Ley 812 de 2003.

DESCUENTO DE SALUD SOBRE LAS MESADAS ADICIONALES.

El Sistema General de Seguridad Social en Salud no establece descuento alguno sobre las mesadas adicionales, sin embargo, la Ley 91 de 1989 que parte del régimen especial de los docentes afiliados al FNPSM, sí lo permite de manera expresa en el numeral 5º del artículo 8º; luego

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

De igual manera, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en providencia de tutela del 14 de septiembre de 2017¹⁴, denegó la solicitud sobre la devolución de aportes de salud sobre las mesadas adicionales de los pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, basado en los siguientes argumentos:

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

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

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

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

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

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION SEGUNDA - SUBSECCIÓN A- Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ- Bogotá, D.C., catorce (14) de septiembre de dos mil diecisiete (2017) -Radicación número: 11001-03-15-000-2017-01998-00(AC). <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2108186>

es procedente realizar los descuentos sobre la mesadas adicionales recibidas por los pensionados afiliados a dicho Fondo.

Considera la Sala, que no le asiste razón al impugnante al indicar que la parte actora, por ingresar con anterioridad al 27 de junio de 2003; y en aplicación a la Ley 91 de 1989 se debe descontar por concepto de cotización a salud el 5% sobre las mesadas pensionales, incluidas las mesadas adicionales.

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

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

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 UGPP, 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 \$180.000.00 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 Honorable Tribunal Administrativo de Caldas, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

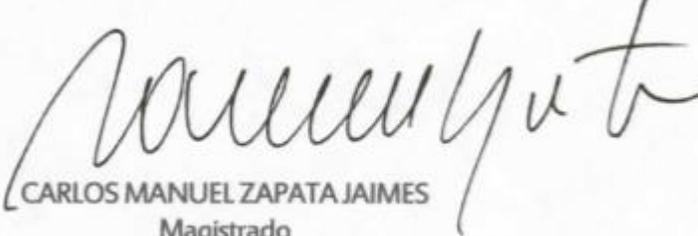
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia dictada el 12 de diciembre por Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por **LUZ MERY BETANCUR LONDOÑO** en contra de la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, DEPARTAMENTO DE CALDAS.**

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 \$180.000.00.

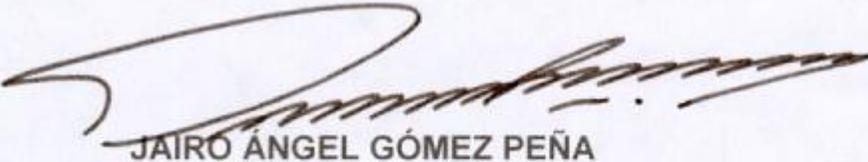
TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

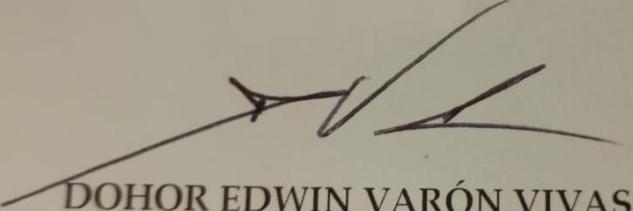
Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Virtual celebrada el 4 de febrero de 2021,
conforme Acta nº 005 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
Magistrado

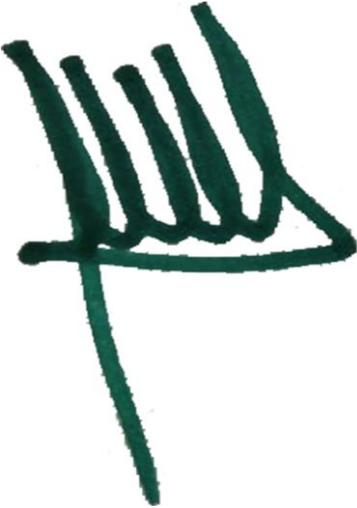


DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 021 del 09 de febrero de 2021.
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, cuatro (4) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO No.	17-001-33-39-007-2018-00370-02
CLASE	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	CECILIA PÉREZ ARIAS
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 12 de diciembre de 2019, dentro del proceso de la referencia.

PRETENSIONES

1. Solicitó, se declare la nulidad de la Resolución nro. 8330-6 del 30/01/2017 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 deje de aplicar el descuento a salud del 12% sobre las mesadas pensionales adicionales de junio y diciembre.
5. Que se condene a la parte demandada al pago de los intereses señalados en el artículo 192 del CPACA.
6. Que en caso de proferirse una sentencia en abstracto sean atendidas las previsiones del artículo 193 del CPACA.

7. Que se condene a la entidad demandada al pago de costas y agencias en derecho.

HECHOS

- A la señora CECILIA PEREZ ARIAS le fue reconocida una pensión de jubilación a través de la Resolución 2182 DEL 30 de abril de 2012.
- Se presentó solicitud radicada bajo el nro. SAC 2017PQR15474 del 04/10/2017 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. 8330-6 del 30/01/2017 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 sufrirán un 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: Guardó silencio.

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, mediante sentencia del 12 de diciembre 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 dicha 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, 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.

En cuanto al descuento de las mesadas adicionales con apoyo en el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado del 11 de marzo de 2010, concluyó que el afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que se vinculó al servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y adquirió su prestación vitalicia bajo los parámetros de la Ley 91 de 1989, está sujeta a que los descuentos dirigidos al servicio de salud se efectúen también a las mesadas adicionales

RECURSO DE APELACIÓN

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

RESPECTO AL INCREMENTO ANUAL DE LA PENSIÓN CONFORME AL SALARIO MÍNIMO MENSUAL LEGAL VIGENTE: Critica la indebida aplicación del precedente jurisprudencial, interpretada el Juez *a quo*, en cuanto a la sentencia proferida por el Consejo de Estado del año 2015, cuya causa petendi es el incremento pensional conforme al salario mínimo dentro del régimen del servidor público.

Expuso que la sentencia carece de los presupuestos procesales previstos en los artículos 162, 187 de la Ley 1437 de 2011, como quiera que "... el objeto real del litigio *fue determinar la fórmula aplicable para el incremento del debate corresponde al incremento de la pensión de jubilación de los docentes dentro del régimen exceptuado del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 1º de la Ley 238 de 1995... sino determinar la fórmula de incremento más favorable dentro del régimen exceptuado conforme a la posibilidad otorgadas por el artículo 1º de la Ley 238 de 1995*'.

Refirió a los alcances de la Ley 238 de 1995, en el sentido que no pretendió modificar el sistema actualizado pensional de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio; toda vez, que la disposición busca recuperar el poder adquisitivo de la pensiones y en el caso de los docentes se mantuviera, aplicando el régimen especial.

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

Afirmó que por disposición normativa contenida en el acto legislativo 01 de 2005, los docentes afiliados hasta la expedición de la Ley 812 de 2003, se encontraban bajo la disposición contenida en la Ley 33 de 1985; y conservando los beneficios del exceptuado del artículo 279 de la Ley 100 de 1993.

Adujo que al no encontrarse los beneficios otorgados en el régimen general de pensiones, resulta ilegal para las pensiones otorgadas dentro del régimen exceptuado docente, la aplicación de la fórmula del artículo 14 de la Ley 100 de 1993; por tanto, se debe declarar la nulidad del acto demandado otorgando un incremento pensional conforme al artículo 1 de la Ley 71 de 1988, mismo que no figura dentro de las derogatorias expresas del artículo 289.

RESPECTO A LOS APORTES EN SALUD: Expreso referente a los aportes en salud, con apoyo en las sentencias T-348 de 1997; C-956 de 2001; C-980 de 2002, que los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, antes del 27 de junio de 2003, el descuento de la cotización del 5% para salud se hace sobre la mesada pensional, incluidas las mesadas adicionales.

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

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante: guardó silencio.

Ministerio de Educación Nacional - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio: alega que a la parte actora no le asiste derecho al reajuste pensional, y que los descuentos a salud fueron realizados conforme a derecho.

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

¿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?

¿Se debe reembolsar a la parte actora algún porcentaje, por concepto de descuentos por los aportes de salud, descontados de la pensión de jubilación de manera mensual y de las mesadas adicionales de junio y diciembre?

Lo probado

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

- Que mediante la Resolución n° 2182 del 30 de abril de 2012 se reconoció la pensión de jubilación, por parte del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a favor de Cecilia Perez Arias, (Fol. 41-42 C.1)
- Solicitud SAC 2017PQR15474 del 04/10/2017 elevada ante la Nación – Ministerio de Educación Nacional –Fondo de Prestación Social del Magisterio; solicitó se reajuste la pensión de jubilación, tomando como base el porcentaje del incremento del salario mínimo legal mensual vigente del año inmediatamente anterior, cuando sea superior al IPC. De igual forma se solicitó se diera aplicación al porcentaje del 5% para los descuentos a salud (Fol. 33 a 38, C.1).
- Que mediante la Resolución n° 8330-6 del 30 de octubre, se niega la devolución de aportes en salud y el reajuste periódico de la pensión de jubilación con base en el incremento del salario mínimo mensual legal vigente a la docente Pérez Arias, (Fol.43- 44, C1).

PRIMER PROBLEMA JURÍDICO

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

¹ http://www.secretariasenado.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>

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, precisó respecto al ajuste de las pensiones en el artículo 1 lo siguiente:

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

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

A su turno la Ley 100 de 1993, en el artículo 289, indicó en relación con las vigencias y derogatorias lo siguiente:

*“La presente Ley rige a partir de la fecha de su publicación, salvaguarda los derechos adquiridos y **deroga** todas las disposiciones que le sean contrarias, en especial el artículo 2o. de la Ley 4a. de 1966, el artículo*

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>

5o. de la Ley 33 de 1985, el párrafo del art. 7o. de la Ley 71 de 1988, los artículos , 268, 269, 270, 271 y 272 del Código de Sustantivo del Trabajo y demás normas que los modifiquen o adicionen”.

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

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

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

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

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

PARÁGRAFO 4o. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados.” (Rft)

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 incrementa dicho salario por el Gobierno.

Dicha normativa fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-387 de 1994⁵, 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 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%

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>

1993 22.6 21.09%"

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

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

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

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

De otro lado, la Ley 238 de 1995⁶, 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 éste sector en la aplicación del reajuste pensional contemplado en el Régimen General de Pensiones.

Bajo el tema en cuestión referente al reajuste de las mesadas en aplicación de la Ley 100 de 1993, la Sección Segunda el Honorable Consejo de Estado⁷, en providencia del 17 de agosto del 2017,

⁶ Ley 238 de 1995; http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0238_1995.html

⁷ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION SEGUNDA - SUBSECCIÓN A- Consejero ponente: WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ - Bogotá, D.C., diecisiete (17) de

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:

“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 en cuanto al incremento de la mesada pensional deba realizarse conforme lo contempla la Ley 71 de 1988, ajustado al salario mínimo, toda vez que con la entrada en vigencia del régimen general de pensiones, dicha norma quedó derogada por ésta última, que dispuso que los ajustes de las mesadas pensionales fueran incrementadas conforme a la variación del índice de precios al consumidor.

Referente a los motivos que alega el libelista, de aplicar artículo 1 de la Ley 71 de 1989, 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 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.”

En consecuencia, conforme a los pronunciamientos jurisprudenciales citados, se tiene que la Constitución Política facultó al Legislador bajo su autonomía de fijar las fórmulas específicas 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 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 demostrado, 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 deben realizar conforme al artículo 1 de la Ley 71 de 1989, esto es, conforme al salario mínimo, y no conforme a lo establecido en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

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 1989.

SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO

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

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

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

APLICACIÓN DEL REGIMEN EN SALUD PARA LOS AFILIADOS AL SECTOR PÚBLICO Y AL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y AL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD.

La Ley 4 de 1966⁸, determinó para los afiliados a los Caja Nacional de Previsión Social, el deber de cotizar el porcentaje del 5%, a favor de la entidad de previsión, sobre la mesada pensional.

Lo anterior es reiterado por el Decretos 3135 de 1968⁹, en cuyo artículo 37, se dispone: "*Prestaciones para pensionados. A los pensionados por invalidez, jubilación y retiro por vejez se les prestará por la entidad que les pague la pensión, asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria. **Para este efecto el pensionado cotizará mensualmente un cinco por ciento (5%) de su pensión.***"

Posteriormente la Ley 91 de 1989¹⁰, por el cual se creó el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en su artículo 8 numeral 2, señaló como objetivos de dicho fondo, garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales, y fue constituido entre otros: "*...El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo **incluidas las mesadas adicionales**, como aporte de los pensionados.*"

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

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

(Ver art. 6 Ley 60 de 1993)

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

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

Por su parte, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003¹¹, estableció el régimen prestacional de los docentes nacionales y nacionalizados vinculados antes de la vigencia de esta ley, es el señalado en las normas establecidas con anterioridad a la misma y los vinculados a partir de la entrada en vigencia de la citada norma, afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio tendrán los derechos 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

⁸ <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjurMantenimiento/normas/Norma1.jsp?i=1573>

⁹ "por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales"

¹⁰ https://www.mineducacion.gov.co/1621/articles-85852_archivo_pdf.pdf

¹¹ http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0812_2003.html#1

será de 57 años para hombres y mujeres, norma declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-369-04.

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

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

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

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

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

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

Finalmente, por virtud de la Ley 1250 de 2008¹², por medio del artículo 1 adicionó el 204 de la Ley 100 de 1993, en el sentido de que la cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional.

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

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

En consecuencia se deriva que las cotizaciones que se deducen de la mesada pensional de los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, equivalen al mismo porcentaje que se debe descontar al Régimen General de Seguridad Social.

Por su parte, la Máxima Corporación Constitucional en sentencia T-835 de 2014, sobre la obligatoriedad en la cotización a los pensionados al Sistema General de Salud, tanto para regímenes especiales, como la pensión gracia, y el ordinario dispuso:

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

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

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

Respecto al monto de las cotizaciones que deben realizar los docentes pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por concepto de salud, respecto al porcentaje

del Régimen General de Pensiones, la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado, en sentencia del 10 de mayo de 2018¹², precisó:

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

(...)

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

(...)

6.2. Afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

<i>Ley 91 de 1989 artículo 8-5</i>	<i>5%</i>
<i>Ley 812 de 2003, 13, artículo 81</i>	<i>El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la</i>

¹² CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION SEGUNDA - SUBSECCIÓN B- Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS- Bogotá, D.C., diez (10) de mayo de dos mil dieciocho (2018) -Radicación número: 68001-23-31-000-2010-00624-01(0340-14)

¹³ Corte Constitucional. Sentencia C-529 de 23 de junio de 2010

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

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

(...)

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

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

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

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

De conformidad con el anterior artículo es completamente válido -y legal que quien se encuentra percibiendo una pensión de vejez, y a su vez recibe pensión gracia, cotice sobre las dos pensiones en materia de salud. Una

cotización será girada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y la otra al FOSYGA, recursos con los cuales se financia el Sistema de Seguridad Social en Salud.

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

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

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

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

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

...

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

De las normas anotadas y los postulados jurisprudenciales esgrimidos, se colige que los pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al ser beneficiarios del régimen especial en pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, no los exonera de realizar los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, por disposición expresa de la Ley 812 de 2003.

DESCUENTO DE SALUD SOBRE LAS MESADAS ADICIONALES.

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

De igual manera, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en providencia de tutela del 14 de septiembre de 2017¹⁴, denegó la solicitud sobre la devolución de aportes de salud sobre las mesadas adicionales de los pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, basado en los siguientes argumentos:

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

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

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

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

En ese orden de ideas, considera la Sala que los descuentos por concepto de salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre fueron previstas en la Ley 91 de 1989, para los afiliados del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y, a pesar de no mencionarse taxativamente en la Ley 812 de 2003, no significa que hubiese cesado la obligación de cotizar sobre dichas mesadas,

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION SEGUNDA - SUBSECCIÓN A- Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ- Bogotá, D.C., catorce (14) de septiembre de dos mil diecisiete (2017) -Radicación número: 11001-03-15-000-2017-01998-00(AC). <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2108186>

pues en atención al principio de solidaridad que erige el Sistema de Seguridad Social, y en aras de preservar la contribución al sistema para lograr la sostenibilidad, eficacia y financiación del mismo, es procedente realizar los descuentos sobre las mesadas adicionales recibidas por los pensionados afiliados a dicho Fondo.

Considera la Sala, que no le asiste razón al impugnante al indicar que la parte actora, por ingresar con anterioridad al 27 de junio de 2003; y en aplicación a la Ley 91 de 1989 se debe descontar por concepto de cotización a salud el 5% sobre las mesadas pensionales, incluidas las mesadas adicionales.

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

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

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 parte demandante, 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 \$120.000.00 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 Honorable Tribunal Administrativo de Caldas, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia dictada el 12 de diciembre por Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por **CECILIA PÉREZ ARIAS** en contra de la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, DEPARTAMENTO DE CALDAS.**

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 \$120.000.00.

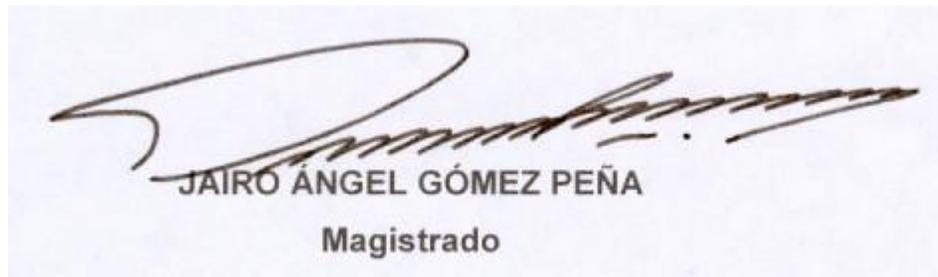
TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

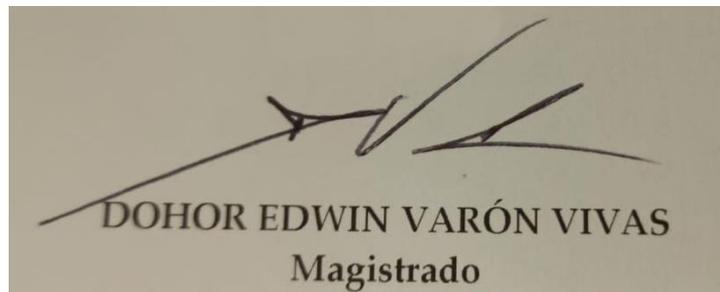
Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Virtual celebrada el 04 de febrero de 2021, conforme Acta n°005 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
Magistrado



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

<p>TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS</p> <p>El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 021 del 09 de febrero de 2021. Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.</p> <p>Manizales, _____</p>  <p>HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA Secretario</p>
--

ACLARACIÓN DE VOTO DE CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

De la manera más respetuosa con mis compañeros de sala, me permito aclarar el voto de la sentencia anterior.

En primer momento concuerdo con la sala mayoritaria en lo que se afirma frente a la existencia de los elementos de la relación laboral, y que, como consecuencia de ello, se debe pagar a título de indemnización las prestaciones a que todo empleado similar al que demanda, tubo derecho.

Sin embargo, a mi juicio, si se acepta que la prescripción de los derechos no se puede aplicar en este caso de la forma en que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado para casos de contrato realidad proveniente de una simulación de contrato de prestación de servicios, pues como se demostró esto no existió este contrato, sino conforme al artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, las cesantías a que tiene derecho se le liquiden, tienen la prescripción de los tres (3) años de que habla esta disposición y no como lo señala la Sala mayoritaria, que los asimiló a los aportes pensionales, esto es, que las cesantías se debían liquidarse por todo el tiempo de la relación, pues frente a los aportes pensionales hay suficiente apoyo jurisprudencial tanto del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional que las consideran imprescriptibles, no es el caso de las cesantías que estas se deben reclamar como cualquier otro derecho, dentro de los tres años siguientes a la extinción de esa relación.

En los anteriores términos, considero que, si es dable liquidarle las cesantías dentro de los factores a indemnizar, pero únicamente por los tres (3) últimos años, en atención a la prescripción de derechos laborales.

Respetuosamente



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Maestrado

CONSTANCIA SECRETARIAL: El presente medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho fue devuelto del H. Consejo de Estado el 07 de diciembre de 2020.

Cinco (5) de febrero de 2021. Consta de un cuaderno con 122 folios.



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

MAGISTRADO PONENTE: JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA

Manizales, cinco (5) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

RADICACIÓN: 17001-23-33-000-2016-00514-01

Estese a lo dispuesto por el Consejo de Estado en providencia del doce (12) de mayo de dos mil veinte (2020) (fls. 116 a 122, C1) por medio de la cual se confirmó el auto interlocutorio proferido por esta corporación en audiencia inicial del diecisiete (17) de mayo de dos mil dieciocho (2018) (fls. 88 a 92) el cual declaró infundada la excepción de caducidad. En relación a la excepción “vinculación de litisconsorte” el Consejo de Estado declaró fallido el recurso de apelación.

Ejecutoriada esta providencia, pásese el proceso a despacho para continuar con el trámite procesal pertinente, previa anotación en el programa informático “Justicia Siglo XXI”

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
MAGISTRADO

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

No.

FECHA:



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala de Conjueces-

Manizales, ocho (8) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

De acuerdo con el mandato conferido por el Tribunal Administrativo de Caldas, contenida en el acta de sorteo de conjueces del 25 de septiembre de 2020, que me ordena conocer, tramitar y decidir este proceso, por lo tanto, **AVOCO** su conocimiento y procedo a decidir al respecto de la admisión o inadmisión de este medio de control.

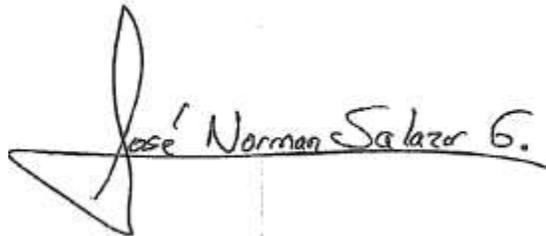
Estudiada la demanda, encuentra este funcionario que se trata del medio de control estipulado en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, además de que reúne los requisitos contemplados en los artículos 155 a 164 del CPACA, en consecuencia se **ADMITE** la demanda presentada por el señor **CARLOS ANDRES HIGUERA VELEZ** por intermedio de apoderado, contra la **NACIÓN-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL**, y en consecuencia; se imparten las siguientes ordenes:

1. Ejecutoriada esta providencia **NOTIFIQUESE**;
 11. **PERSONALMENTE** al buzón de correo electrónico para notificaciones judiciales en la forma y los términos indicados en el artículo 612 del C.G.P., que modificó el artículo 199 de la Ley 1437 de 2011, mensaje que debe contener copia de esta decisión y de la demanda.
 12. A la **DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL-RAMA JUDICIAL**-Nivel Central y Seccional Caldas a los buzones de correo electrónico dsajmzlnotif@ramajudicial.gov.co.
 13. Al buzón de correo electrónico del **MINISTERIO PUBLICO** informando a la Secretaria de la corporación.
 14. Al buzón de correo electrónico de la **AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURIDICA DEL ESTADO** procesosterritoriales@defensajuridica.gov.co.
2. **REMITASE** a través servicio postal autorizado a las entidades notificadas, copia de esta decisión, de la demanda y de sus anexos, en la forma y los términos indicados en el inciso 5° del artículo 612 de la Ley 1564 de 2012 (CGP) que modificó el artículo 119 del CPACA.
- 2.1. **REQUIERASE** a la parte demandante para que una vez se surta por parte de la Secretaria del Tribunal la notificación personal de esta providencia, adelante las gestiones necesarias para la remisión referida en el numeral anterior. Se le advierte a la parte demandante que si dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación personal del auto admisorio de la demanda, no se acredita la remisión de los documentos antes indicados, se dará

aplicación a lo dispuesto en el artículo 178 del CPACA.

22. **CORRASE** traslado de la demanda a la **DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL-RAMA JUDICIAL** por el termino de 30 días, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 172 del CPACA, plazo que comenzará a correr al vencimiento del termino común de 25 días, después de surtida la última notificación, para lo cual la Secretaria dejará constancia del vencimiento de este término en el expediente.
3. **PREVENGASE** a la **DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL-RAMA JUDICIAL** para que con la contestación de la demanda, allegue copia completa del expediente administrativo, que contenga los antecedentes de los actos acusados, so pena de que el funcionario encargado incurra en falta disciplinaria gravísima, conforme lo ordenado por el artículo 175 del CPACA.
4. **RECONOCER PERSONERIA** para actuar en representación del señor **CARLOS ANDRES HIGUERA VELEZ** a la abogada **LINA MARIA HOYOS BOTERO** identificada con la cédula de ciudadanía n° 24.348.441 de Villavicencio y la tarjeta profesional n° 139.999 del C.S.J., en los mismos términos y condiciones del poder obrante a folio 1A C.1.

Notifíquese y Cúmplase.



JOSE NORMAN SALAZAR GONZALEZ
Conjuez.



CONSTANCIA SECRETARIAL: El presente medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho fue devuelto del H. Consejo de Estado el 14 de diciembre de 2020.

Cinco (5) de febrero de 2021. Consta de un cuaderno (de copias) con 316 folios.



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

MAGISTRADO PONENTE: JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA

Manizales, cinco (5) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

RADICACIÓN: 17001-23-33-000-2018-00440-00

Estese a lo dispuesto por el Consejo de Estado en providencia del catorce (14) de mayo de dos mil veinte (2020) (fls. 310 a 315, CCE) por medio de la cual se confirmó auto interlocutorio No. 206 del doce (12) de abril de dos mil diecinueve (2019) (fls. 285 a 291, CCE) emitida por esta Corporación y a través de la cual se decretó una suspensión provisional.

Ejecutoriada esta providencia, emítanse las constancias de ejecutoria solicitadas por las partes y que están pendientes de resolver. Agotado ello, remítase este cuaderno de copias al despacho para que obre con el cuaderno original.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

No.

FECHA:



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala de Conjueces-

Manizales, ocho (8) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

De acuerdo con el mandato conferido por el Tribunal Administrativo de Caldas, contenida en el acta de sorteo de conjueces del 25 de septiembre de 2020, que me ordena conocer, tramitar y decidir este proceso, por lo tanto, **AVOCO** su conocimiento y procedo a decidir al respecto de la admisión o inadmisión de este medio de control.

Estudiada la demanda, encuentra este funcionario que se trata del medio de control estipulado en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, además de que reúne los requisitos contemplados en los artículos 155 a 164 del CPACA, en consecuencia se **ADMITE** la demanda presentada por el señor **JAIME ALBERTO BEDOYA MARIN** por intermedio de apoderado, contra la **PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION**, y en consecuencia; se imparten las siguientes ordenes:

1. Ejecutoriada esta providencia **NOTIFIQUESE**;
 11. **PERSONALMENTE** al buzón de correo electrónico para notificaciones judiciales en la forma y los términos indicados en el artículo 612 del C.G.P., que modificó el artículo 199 de la Ley 1437 de 2011, mensaje que debe contener copia de esta decisión y de la demanda.
 12. A la **PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION** al buzón de correo electrónico procesosjudiciales@procuraduria.gov.co;
 13. Al buzón de correo electrónico del **MINISTERIO PUBLICO** informando a la Secretaria de la corporación.
 14. Al buzón de correo electrónico de la **AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURIDICA DEL ESTADO** procesosterritoriales@defensajuridica.gov.co.
2. **REMITASE** a través servicio postal autorizado a las entidades notificadas, copia de esta decisión, de la demanda y de sus anexos, en la forma y los términos indicados en el inciso 5° del artículo 612 de la Ley 1564 de 2012 (CGP) que modificó el artículo 119 del CPACA.
21. **REQUIERASE** a la parte demandante para que una vez se surta por parte de la Secretaria del Tribunal la notificación personal de esta providencia, adelante las gestiones necesarias para la remisión referida en el numeral anterior. Se le advierte a la parte demandante que si dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación personal del auto admisorio de la demanda, no se acredita la remisión de los documentos antes indicados, se dará aplicación a lo dispuesto en el artículo 178 del CPACA.

22. **CORRASE** traslado de la demanda a la **PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION** por el termino de 30 días, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 172 del CPACA, plazo que comenzará a correr al vencimiento del termino común de 25 días, después de surtida la última notificación, para lo cual la Secretaria dejará constancia del vencimiento de este término en el expediente.
3. **PREVENGASE** a la **PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION** para que con la contestación de la demanda, allegue copia completa del expediente administrativo, que contenga los antecedentes de los actos acusados, so pena de que el funcionario encargado incurra en falta disciplinaria gravísima, conforme lo ordenado por el artículo 175 del CPACA.
4. **RECONOCER PERSONERIA** para actuar en representación del el señor **JAIME ALBERTO BEDOYA MARIN** al abogado **JUAN GUILLERMO OCAMPO GONZALEZ** identificado con la cédula de ciudadanía n° 75.082.971 de Manizales y la tarjeta profesional n° 127.349 del C.S.J., en los mismos términos y condiciones del poder obrante a folio 1A C.1.

Notifíquese y Cúmplase.



LILIANA EUGENIA GARCIA MAYA

Conjuez.



REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala de Conjueces-

Manizales, ocho (8) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

De acuerdo con el mandato conferido por el Tribunal Administrativo de Caldas, contenida en el acta de sorteo de conjueces del 25 de septiembre de 2020, que me ordena conocer, tramitar y decidir este proceso, por lo tanto, **AVOCO** su conocimiento y procedo a decidir al respecto de la admisión o inadmisión de este medio de control.

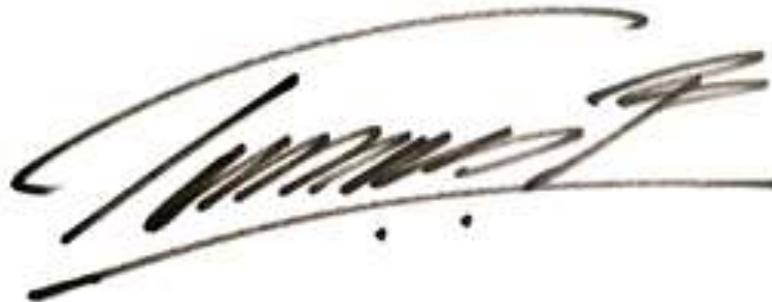
Estudiada la demanda, encuentra este funcionario que se trata del medio de control estipulado en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, además de que reúne los requisitos contemplados en los artículos 155 a 164 del CPACA, en consecuencia se **ADMITE** la demanda presentada por el señor **DARIO ALONSO AGUIRRE PALOMINO** por intermedio de apoderado, contra la **NACIÓN-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL**, y en consecuencia; se imparten las siguientes ordenes:

1. Ejecutoriada esta providencia **NOTIFIQUESE**;
 11. **PERSONALMENTE** al buzón de correo electrónico para notificaciones judiciales en la forma y los términos indicados en el artículo 612 del C.G.P., que modificó el artículo 199 de la Ley 1437 de 2011, mensaje que debe contener copia de esta decisión y de la demanda.
 12. A la **DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL-RAMA JUDICIAL**-Nivel Central y Seccional Caldas a los buzones de correo electrónico dsajmzlnotif@ramajudicial.gov.co.
 13. Al buzón de correo electrónico del **MINISTERIO PUBLICO** informando a la Secretaria de la corporación.
 14. Al buzón de correo electrónico de la **AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURIDICA DEL ESTADO** procesosterritoriales@defensajuridica.gov.co.
2. **REMITASE** a través servicio postal autorizado a las entidades notificadas, copia de esta decisión, de la demanda y de sus anexos, en la forma y los términos indicados en el inciso 5° del artículo 612 de la Ley 1564 de 2012 (CGP) que modificó el artículo 119 del CPACA.
- 2.1. **REQUIERASE** a la parte demandante para que una vez se surta por parte de la Secretaria del Tribunal la notificación personal de esta providencia, adelante las gestiones necesarias para la remisión referida en el numeral anterior. Se le advierte a la parte demandante que si dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación personal del auto admisorio de la demanda, no se acredita la remisión de los documentos antes indicados, se dará

aplicación a lo dispuesto en el artículo 178 del CPACA.

22. **CORRASE** traslado de la demanda a la **DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL-RAMA JUDICIAL** por el termino de 30 días, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 172 del CPACA, plazo que comenzará a correr al vencimiento del termino común de 25 días, después de surtida la última notificación, para lo cual la Secretaria dejará constancia del vencimiento de este término en el expediente.
3. **PREVENGASE** a la **DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL-RAMA JUDICIAL** para que con la contestación de la demanda, allegue copia completa del expediente administrativo, que contenga los antecedentes de los actos acusados, so pena de que el funcionario encargado incurra en falta disciplinaria gravísima, conforme lo ordenado por el artículo 175 del CPACA.
4. **RECONOCER PERSONERIA** para actuar en representación de la señora **MARIA JOVITA HERRERA AGUDELO** al abogado **GABRIEL DARIO RIOS GIRALDO** identificado con la cédula de ciudadanía n° 7.543.544 de Manizales y la tarjeta profesional n° 85.616 del C.S.J., en los mismos términos y condiciones del poder obrante a folio 1 C.1.

Notifíquese y Cúmplase.



TOMAS FELIPE MORA GOMEZ
Conjuez.



REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Jairo Ángel Gómez Peña

A.I. 13

Manizales, cinco (5) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

Radicación	17001 23 33 000 2020 00164 00
Clase:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	Álvaro Rivas Cardona
Demandado:	Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales - Ugpp

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 171 de la Ley 1437 de 2011, se **admite** la demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, regulado en el artículo 142 del CPACA, instauró a través de apoderado el señor **Álvaro Rivas Cardona** contra la **Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales - Ugpp**. En consecuencia, para su tramitación, se dispone lo siguiente:

I) **Notificaciones personales.**

Mediante mensaje dirigido al buzón electrónico para notificaciones judiciales, en la forma y términos indicados en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2.021, se notificará la demanda a las siguientes personas:

- 1) Al representante legal de la Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales - UGPP.
 - 2) Al Agente del Ministerio Público delegado ante este Tribunal Administrativo.
 - 3) A la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.
- II) Remítase al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica de Estado, copia de la demanda y de sus anexos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley 2080 de 2.021.
- III) Correr traslado de la demanda por el término de 30 días, conformidad con lo dispuesto en el artículo 172 del CPACA; dicho término comenzará correr 2 días

después de la notificación, conforme a lo dispuesto en el artículo 48 y en el numeral 2, artículo 52 de la Ley 2080 de 2.021.

IV) Prevéngase a las accionadas dar cumplimiento del párrafo 1° del artículo 175 del CPACA.

V) Notificar este proveído a la parte demandante por estado electrónico y en los términos contenidos en el artículo 50 de la Ley 2080 de 2.021.

Se advierte a las partes y demás intervinientes dentro del proceso de la referencia que, según lo dispuesto en el inciso 3° del Decreto 806 de 2020, deben aportarse todos los memoriales a través de mensaje de datos, enviados al correo electrónico:

tadmin02cld@notificacionesrj.gov.co

Este correo será el único canal o medio oficial para la recepción de documentos, por lo que cualquier mensaje remitido a otra dirección electrónica se tendrá por no enviado.

Notifíquese y cúmplase

A handwritten signature in black ink on a light gray background. The signature is fluid and cursive, starting with a large loop on the left and ending with a smaller loop on the right.

Jairo Ángel Gómez Peña
Magistrado