

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA UNITARIA DE DECISIÓN

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, veinticinco (25) de junio de dos mil veintiuno (2021).

A.S. 080

Radicado: 17-001-23-33-000-2021-00074-00
Naturaleza: Acción Popular
Demandante: Manuel Aristizábal Morales
Demandados: Corpocaldas y otros

Conforme a la constancia secretarial antecedente, se dispone el Despacho a **fijar** fecha para audiencia especial de pacto de cumplimiento, para el día **27 de julio de 2021, a partir de las 9:00 am** , de conformidad con el artículo 27 de la Ley 472 de 1998.

Se requiere a los apoderados de las entidades demandadas, así como el actor popular informar los correos electrónicos y números telefónicos, previamente a la celebración de la audiencia al correo: sgtadmincl@ntificacionesrj.gov.co, para enviarles el enlace del aplicativo a través del cual se realizará la audiencia.

Notifíquese

A handwritten signature in black ink, consisting of several fluid, overlapping strokes that form the name 'Dohor Edwin Varón Vivas'.

DOHOR EDWIN VARÓN VÍVAS

Magistrado



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS **-Sala Quinta de Decisión-**

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.I.: 210

Asunto: Resuelve apelación contra auto – Confirma
Medio de control: Ejecutivo
Radicación: 17001-33-33-001-2020-00039-02
Demandante: Maquinarias de Caldas para Arrendar S.A. en liquidación
Demandada: Departamento de Caldas

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta nº 029 del 18 de junio de 2021

Manizales, dieciocho (18) de junio de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por el artículo 125 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, en concordancia con el artículo 243 *ibídem*, corresponde a esta Sala de Decisión desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el auto del nueve (9) de marzo de dos mil veintiuno (2021), proferido por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, a través del cual negó mandamiento de pago.

ANTECEDENTES

El 13 de febrero de 2020, fue interpuesto a través de apoderado judicial el medio de control de la referencia (páginas 6 a 15 del documento nº 01 del expediente digital), con el fin de que se libre mandamiento de pago a favor de la parte accionante y en contra de la entidad territorial demandada, de la manera que se indica a continuación, con ocasión de la condena impuesta en la sentencia del 22 de agosto de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas, que revocó el fallo del 15 de noviembre de 2013 del Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión del Circuito de Manizales:

¹ En adelante, CPACA.

- a) \$72'152.455, por concepto de intereses corrientes reconocidos a título de restablecimiento del derecho.
- b) \$29'251.867, por los intereses moratorios ordenados en la sentencia materia de ejecución a título de restablecimiento del derecho.
- c) Por los intereses moratorios calculados sobre la suma de \$72'152.455, liquidados desde el 17 de octubre de 2015 y hasta la fecha en que se efectúe el pago total de la obligación.

Instó así mismo condenar en costas y agencias en derecho a la entidad accionada.

Como pretensión subsidiaria, la parte actora solicitó librar mandamiento de pago por las sumas de dinero que correspondan a la actualización monetaria o indexación del valor \$72'152.455, que el Departamento de Caldas debió pagar a la demandante, liquidadas desde el 17 de octubre de 2015 y hasta la fecha en que se efectúe el pago total de la obligación.

Como fundamento del proceso ejecutivo, indicó lo siguiente:

1. Promovió demanda contra el Departamento de Caldas a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.
2. Mediante sentencia del 22 de agosto de 2014, el Tribunal Administrativo de Caldas confirmó el fallo del 15 de noviembre de 2013 del Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión del Circuito de Manizales en tanto declaró la nulidad del acto que negó la devolución de los dineros pagados por concepto de estampilla pro desarrollo departamental y ordenó reintegrar lo pagado por tal concepto, pero lo modificó en el sentido de condenar adicionalmente al Departamento de Caldas al reconocimiento y pago de intereses corrientes y moratorios sobre la suma de \$94'290.079 en la forma prevista en los artículos 863 y 864 del Estatuto Tributario.
3. La citada providencia quedó ejecutoriada el 18 de septiembre de 2014.
4. El 24 de julio de 2015, la accionante radicó en la Secretaría de Hacienda del Departamento de Caldas la solicitud de cumplimiento de los citados fallos.

5. Con Resolución nº 8350-8 del 9 de septiembre de 2015, la Secretaría de Hacienda del Departamento de Caldas ordenó el reconocimiento y pago de \$94'290.079 por concepto de capital; valor que fue consignado el 16 de octubre de 2015.
6. El Departamento de Caldas no ha pagado los intereses corrientes y moratorios ordenados en la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Caldas.
7. El 28 de octubre de 2015, la parte accionante interpuso demanda ejecutiva que fue finalmente rechazada por considerar que no era procedente adelantar procesos de esta naturaleza mientras se encontrara la entidad territorial en un proceso de reestructuración de pasivos.
8. El 23 de octubre de 2019 se inscribió el acta de terminación del acuerdo de reestructuración de pasivos.

El conocimiento del proceso correspondió por reparto al Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, el cual inadmitió la demanda por auto del 16 de diciembre de 2020 (documento nº 04 del expediente digital), la cual fue corregida dentro del término correspondiente (documento nº 06, *ibídem*).

LA PROVIDENCIA RECURRIDA

Por auto del 9 de marzo de 2021 (documento nº 07 del expediente digital), el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales negó mandamiento de pago, aduciendo que las sentencias base de recaudo ejecutivo no contienen una obligación clara, expresa ni exigible en contra del Departamento de Caldas, pues los créditos que contienen fueron sometidos al régimen especial de reestructuración de pasivos de la entidad territorial; trámite en el que se aprobó que las obligaciones provenientes de procesos judiciales serían canceladas en su contenido de capital, sin reconocer ningún tipo de intereses, agencias en derecho ni costas procesales.

EL RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión adoptada por el Juez *a quo*, la parte actora interpuso recurso de apelación (documento nº 13 del expediente digital), con fundamento en lo siguiente.

Explicó inicialmente que no pretende el pago de los \$94'290.079 ya

reconocidos sino de los intereses que se ordenaron en la sentencia como parte del restablecimiento del derecho y que ascienden a la suma de \$72'152.455.

Expuso que el hecho de haber relacionado en el acuerdo de reestructuración de pasivos lo que apenas se reclamaba en un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, no significa que se hubiera incluido en el mismo la acreencia, pues ésta no existía.

Señaló que las sentencias aportadas como título ejecutivo contienen una obligación clara, expresa, y actualmente exigible, en los términos de los artículos 297 del CPACA y 422 y 430 del Código General del Proceso² y, por lo tanto, el Juez debió haber librado mandamiento de pago.

Manifestó que el acuerdo de reestructuración de pasivos celebrado por el Departamento de Caldas con sus acreedores no le era aplicable a la parte actora ni la obligaba, pues mientras que aquél fue suscrito el 17 de mayo de 2013, las sentencias que dieron lugar a la demanda ejecutiva fueron proferidas con posterioridad (15 de noviembre de 2013 y 22 de agosto de 2014).

Sostuvo que no participó en el proceso de reestructuración de pasivos porque no era acreedora del Departamento de Caldas; y no lo era, en tanto no era titular de “créditos ciertos” que pertenecieran “a una cualquiera de las cinco clases de créditos previstas en el Título XL del Libro Cuarto del Código Civil y demás normas legales que lo modifiquen y adicionen”, según el artículo 19 de la Ley 550 de 1999.

Aseguró que si el Departamento de Caldas consideraba que el acuerdo de reestructuración celebrado con sus acreedores el 17 de mayo de 2013 tenía o habría de tener incidencia en la sentencia que profirió el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión el 15 de noviembre de 2013, así debió advertirlo en el proceso, inclusive, interponiendo el recurso de apelación, arguyendo la imposibilidad de que se le condenara al pago de intereses, y si no lo hizo, no puede hacerlo ahora, después de un fallo en firme, ejecutoriado, que no admite dudas o interpretaciones.

Resaltó que conforme al parágrafo 3 del artículo 34 de la Ley 550 de 1999, para que una cláusula del acuerdo obligue personalmente a personas distintas de las previstas en el inciso primero de dicho artículo, esto es, a los acreedores internos y externos, se requiere su aceptación o ratificación expresa de la correspondiente estipulación, sin perjuicio de lo dispuesto en

² En adelante, CGP.

el artículo 1.507 del Código Civil. En ese entendimiento, adujo que como no era acreedora externa del Departamento de Caldas en la fecha en que se convocó y se celebró el acuerdo, no pueden, de ninguna manera, obligarle a las cláusulas del mismo.

Refirió que la cláusula 4ª del acuerdo de reestructuración de pasivos celebrado por el Departamento de Caldas con sus acreedores, tampoco le es aplicable a la parte actora, como quiera que los créditos litigiosos a los cuales se refiere no se encuentran contemplados en la Ley 550 de 1999 de manera diferente a créditos existentes que se estuvieran cobrando a la entidad mediante procesos ejecutivos al momento de iniciación de la negociación.

Manifestó que en el proceso que adelantaba contra el Departamento de Caldas al momento de que se iniciara la negociación del acuerdo de reestructuración de pasivos o cuando éste se celebró, no existía ni se cobraba crédito alguno, pues apenas se tenía la expectativa de un fallo que declarara la nulidad del acto atacado, en virtud de lo cual se obtendría ahí sí, a título de restablecimiento del derecho, como indemnización, la devolución de unas sumas de dinero con reconocimiento de unos intereses.

Al ser un crédito causado con posterioridad a la fecha de iniciación de la negociación, debe ser pagado de preferencia, en el orden que corresponda de conformidad con la prelación de créditos del Código Civil y demás normas concordantes, sin estar sujeto al orden de pago que se establezca en el acuerdo. Lo anterior, de conformidad con lo previsto por el artículo 34 de la Ley 550 de 1999.

Recalcó que al iniciarse el proceso de reestructuración de pasivos y para el momento en que se celebró el acuerdo, no podía considerarse crédito (ni litigioso ni condicional, conforme los define el acuerdo en la cláusula 4ª) el sólo trámite del proceso de nulidad y restablecimiento que cursaba en esta Jurisdicción, pues es evidente que en esas fechas no se había obtenido aún sentencia.

Expuso que sólo a partir del día 25 de julio del 2013, fecha de la sentencia que acogió las pretensiones de la demanda, el Departamento de Caldas podía considerar como crédito contingente, que no crédito cierto, como lo exige la Ley 550 de 1999, el que se procuraba con la demanda de nulidad y restablecimiento que dio origen al fallo cuyo cumplimiento se negó entonces el Departamento de Caldas a cumplir en su integridad.

Precisó que los intereses reconocidos en la sentencia a título de restablecimiento del derecho, tienen carácter puramente indemnizatorio, a

diferencia de los intereses que se pagan como réditos de un capital.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 5 de mayo de 2021, y allegado el 6 del mismo mes y año al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (archivos nº 01 y 02 del cuaderno 2 del expediente digital).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Procedibilidad y oportunidad del recurso de apelación interpuesto

Atendiendo lo dispuesto por el numeral 1 del artículo 243 del CPACA, el auto que niega el mandamiento ejecutivo es susceptible del recurso de apelación y, en tal sentido, es procedente la impugnación aquí formulada contra la providencia del 9 de marzo de 2021.

Adicionalmente, la alzada fue presentada en término oportuno, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 244 del CPACA.

Sobre el proceso de reestructuración de pasivos adelantado por el Departamento de Caldas

La Ley 550 de 1999 estableció un régimen para promover y facilitar la reactivación empresarial y la reestructuración de los entes territoriales, con el fin de asegurar su función social y lograr el desarrollo armónico de las regiones.

Uno de los instrumentos previstos para los fines anteriores lo constituye el acuerdo de reestructuración de pasivos, el cual se celebra “(...) con el objeto de corregir deficiencias que presenten en su capacidad de operación y para atender obligaciones pecuniarias, de manera que tales empresas puedan recuperarse dentro del plazo y en las condiciones que se hayan previsto en el mismo” (artículo 5).

Conforme lo prevé el artículo 58 de la Ley 550 de 1999, las disposiciones sobre acuerdos de reestructuración de pasivos son aplicables a las entidades territoriales, con el fin de asegurar la prestación de los servicios a cargo de las mismas y el desarrollo de las regiones, teniendo en cuenta la naturaleza y las características de tales entidades, atendiendo las reglas especiales allí contempladas.

Para el caso que convoca la atención de esta Sala y de acuerdo con la consulta efectuada en la página web del Ministerio de Hacienda y Crédito Público³, se advierte que el Departamento de Caldas suscribió un acuerdo de reestructuración de pasivos en la Dirección General de Apoyo Fiscal – DAF de dicha cartera ministerial, de conformidad con lo establecido en la Ley 550 de 1999.

La solicitud de reestructuración de pasivos fue inscrita por el Departamento de Caldas el 1º de octubre de 2012, la cual fue aceptada por acto de la misma fecha, a partir de la cual inició el proceso de reestructuración, que culminó el 17 de octubre de 2019, de lo cual dan cuenta las certificaciones allegadas al expediente.

Revisado el acuerdo de reestructuración de pasivos celebrado por el Departamento de Caldas y sus acreedores (páginas 23 a 40 del archivo nº 13 del cuaderno 1 del expediente digital), se observa lo siguiente:

1. Los acreedores fueron definidos como aquellos titulares de créditos relacionados y reconocidos por el Departamento y determinados en la reunión de determinación de derechos de voto y acreencias celebrada el 29 de enero de 2013 (cláusula 4).
2. Por acreencias se tuvieron aquellos pasivos a cargo del Departamento de Caldas por los valores insolutos determinados en su existencia y cuantía en la reunión de determinación de derechos de voto y acreencias celebrada el 29 de enero de 2013, así como los pasivos causados con anterioridad al inicio de la negociación que fueron aceptados después de la citada reunión (cláusula 4).
3. Se consideraron créditos litigiosos para efectos del citado acuerdo, los procesos ordinarios y declarativos en curso en contra del Departamento de Caldas en los que no existiera sentencia ejecutoriada y los que se iniciaran con posterioridad a la suscripción del acuerdo por hechos originados antes del inicio de la promoción de éste (cláusula 4).

Lo anterior guarda consonancia con el inciso 3º del artículo 25 de la Ley 550 de 1999 que expresamente señala que *“Mientras la controversia en cuestión se decide por la justicia ordinaria, tales créditos se considerarán litigiosos; en consecuencia, y al igual que los otros créditos en litigio y las*

3

<https://www.minhacienda.gov.co/webcenter/portal/ReestructuracindePasivos>
https://www.minhacienda.gov.co/webcenter/portal/ReestructuracindePasivos/pages_ReestructuracionPasivos/caldas

acreencias condicionales, quedarán sujetos a los términos previstos en el acuerdo y a las resultas correspondientes al cumplimiento de la condición o de la sentencia o laudo respectivo. (...)”.

4. En relación con los procesos judiciales ordinarios, la cláusula 13 del acuerdo previó que *“Las sentencias judiciales, respecto a hechos u omisiones sucedidos antes del inicio de la promoción del presente acuerdo y proferidas antes o después de tal iniciación se pagan conforme a la siguiente regla: Solo se pagará el capital ordenado en la sentencia debidamente ejecutoriada y no se reconocerán intereses, costas y agencias en derecho liquidados en la sentencia (...)*”.
5. Conforme quedó consignado en la cláusula 3 del citado acuerdo, y en consonancia con los artículos 4 y 34 de la Ley 550 de 1999, lo acordado es de obligatorio cumplimiento no sólo para la entidad territorial sino para todos sus acreedores, incluso para quienes no participaron en la negociación del mismo o que habiéndolo hecho, no consintieron en él.

Examen del caso concreto

A través de sentencia del 15 de noviembre de 2013 (páginas 28 a 40 del archivo n° 01 del cuaderno 1 del expediente digital), el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión del Circuito de Manizales declaró la nulidad del acto que negó a Maquinarias de Caldas para Arrendar S.A. la devolución de los dineros pagados por concepto de estampilla pro desarrollo departamental, y ordenó reintegrarle de manera indexada lo pagado por tal concepto, esto es, \$94'290.079.

Mediante fallo del 22 de agosto de 2014 (páginas 43 a 55 del archivo n° 01 del cuaderno 1 del expediente digital), el Tribunal Administrativo de Caldas modificó la anterior providencia en el sentido de no reconocer indexación sino el pago de intereses corrientes y moratorios sobre la suma de \$94'290.079 en la forma prevista en los artículos 863 y 864 del Estatuto Tributario.

La citada providencia quedó ejecutoriada el 18 de septiembre de 2014, según se informa en la constancia secretarial visible en la página 27 del archivo n° 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

Según se informa en la demanda, la parte ejecutante solicitó al Departamento de Caldas el cumplimiento del fallo en cuestión.

Con Resolución nº 8350-8 del 9 de septiembre de 2015 (páginas 7 a 9 del archivo nº 06 del cuaderno 1 del expediente digital), el Departamento de Caldas resolvió darle cumplimiento a la sentencia referida y, en consecuencia, ordenó pagar a favor de Maquinarias de Caldas para Arrendar S.A., la suma de \$94'290.079, consignada el 16 de octubre de 2015 (página 10, *ibídem*).

Según se indica en la citada resolución, dentro del inventario de acreencias del proceso de reestructuración de pasivos adelantado por el Departamento de Caldas, se incluyó en el grupo de litigios y/o contingencias, una acreencia a favor de Maquinarias de Caldas para Arrendar S.A., por valor de \$94'290.000.

Al considerar que la sentencia cuya ejecución aquí se pretende hacía parte de los créditos judiciales de que trata la cláusula 13 del acuerdo de reestructuración de pasivos, a través del mencionado acto administrativo, el Departamento de Caldas ordenó pagar el capital ordenado en la providencia sin incluir intereses, costas y agencias en derecho.

La demanda ejecutiva instaurada propende entonces por el pago de los intereses corrientes y moratorios reconocidos en la sentencia dictada por este Tribunal.

Esta Sala de Decisión debe precisar que la inconformidad que la recurrente aduce en punto a que no le es aplicable el acuerdo de reestructuración de pasivos celebrado por el Departamento de Caldas y en el cual se le tuvo como acreedora, no es un tema que deba ser resuelto por el Juez de la ejecución, máxime si del texto de los artículos 4 y 34 de la Ley 550 de 1999, se desprende que dicho acuerdo es de obligatorio cumplimiento para todos los acreedores, incluso para quienes no participaron en la negociación del mismo o que habiéndolo hecho, no consintieron en aquél.

Así pues, independientemente de que la parte accionante estime que no se daban los supuestos legales para considerarla acreedora del Departamento de Caldas, o que el crédito con el cual fue incluida en el acuerdo de reestructuración de pasivos no constituye en sí misma una acreencia, lo cierto es que según lo informa la misma entidad territorial, sin que haya sido desconocido por la interesada, la sociedad Maquinarias de Caldas para Arrendar S.A. fue enlistada como acreedora y en un monto equivalente a \$94'290.000, correspondiente al litigio que en ese entonces había promovido la empresa contra el departamento; por lo que el Tribunal debe ceñirse a lo allí estipulado.

En ese sentido, al haber sido incluido el proceso ordinario que adelantaba la sociedad Maquinarias de Caldas para Arrendar, dentro de los créditos litigiosos para efectos del acuerdo de reestructuración de pasivos, es evidente que la sentencia que puso fin al mismo, así hubiera sido expedida con posterioridad a la iniciación del acuerdo, debía ser atendida conforme se dispuso en la cláusula 13 anteriormente referida, esto es, pagando sólo el capital reconocido, sin intereses, costas y agencias en derecho.

La parte recurrente sostiene que como los intereses reconocidos en la sentencia lo fueron a título de restablecimiento del derecho, con carácter puramente indemnizatorio, son diferentes a los intereses que se pagan como réditos de un capital y, por lo tanto deben ser reconocidos por el Departamento de Caldas.

Esta Sala no comparte la conclusión de la premisa expuesta por la citada sociedad, por cuanto el simple hecho de que la sentencia base de ejecución hubiera ordenado el reconocimiento de intereses comerciales y moratorios, no les resta a éstos su connotación de intereses, cuyo reconocimiento y pago fue expresamente excluido en el acuerdo de reestructuración de pasivos.

Conclusión

De conformidad con lo expuesto, considera el Tribunal que la decisión de primera instancia debe ser confirmada, pues no encuentra dados los presupuestos procesales para librar mandamiento de pago en este asunto.

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

RESUELVE

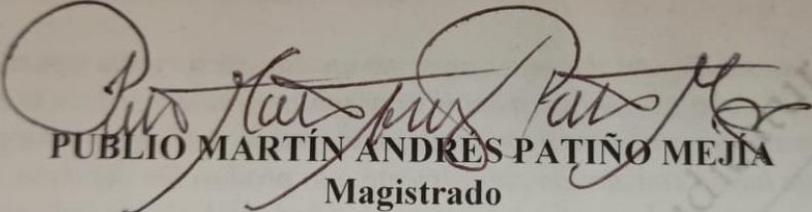
Primero. CONFÍRMASE el auto del nueve (9) de marzo de dos mil veintiuno (2021), proferido por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, a través del cual negó librar mandamiento de pago dentro del proceso ejecutivo promovido por Maquinarias de Caldas para Arrendar S.A. en liquidación contra el Departamento de Caldas.

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

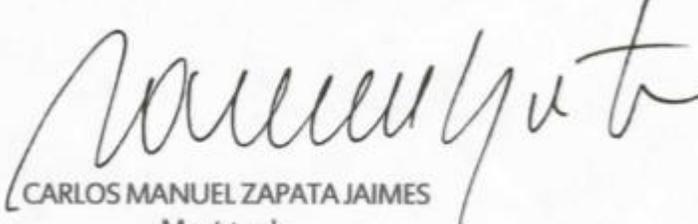
Notifíquese y cúmplase



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

No. 111
FECHA: 28 de junio de 2021



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Manizales, junio veinticinco (25) de dos mil veintiuno (2021)

A.I. 78

Medio de Control: Ejecutivo

Demandante: Francisco Joel Ángel Gómez

Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones -
Colpensiones

RADICADO: 1700123-33-02017-00432-00

1. Asunto

Procede el Despacho a resolver lo concerniente al mandamiento de pago solicitado por el señor Francisco Joel Ángel Gómez en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, conforme a lo solicitado en las pretensiones de la demanda.

Antecedentes

Mediante auto proferido el pasado 20 de abril de 2021, se ordenó denegar la medida cautelar solicitada por el ejecutante, y dejar en suspenso la orden de librar mandamiento de pago hasta tanto se allegara informe de liquidación del crédito, por parte de la contadora liquidadora de la Corporación.

Conforme a la constancia secretarial anexada al expediente digital¹ se observa, que fue allegado informe contable solicitado y el apoderado de la parte ejecutante presentó solicitud de insistencia sobre el decreto de la medida cautelar.

En razón a lo anterior se realizan las siguientes,

Consideraciones

El apoderado judicial, insiste la solicitud de acceder en la medida cautelar, de conformidad con el artículo 229 y siguientes de la Ley 1437 de 2011, concerniente al embargo y retención de los dineros que la entidad demandada posea a cualquier título de valor que llegare a tener en la cuentas corrientes, cuentas de ahorro en el Banco Davivienda y el Banco de Occidente.

Lo anterior, fue sustentado con base en el numeral 1 del artículo 594 del Código General del Proceso, sobre la inembargabilidad de los bienes que

¹ Expediente digital archivo 25ConstanciaSecretarialDespa.

consagra la preceptiva. Además, aludió a los pronunciamientos jurisprudenciales sobre el principio de inembargabilidad de los recursos públicos conforme a lo ordenado en la sentencia C-1154 de 2008, y sentencias del 23 de noviembre y 15 de diciembre de 2017, sobre la obligatoriedad del precedente sentado por la Corte.

En consecuencia, con base en los pronunciamientos aludidos, solicitó dar aplicación a la excepción de inembargabilidad, respecto al pago de sentencias judiciales para garantizar la seguridad jurídica.

Decreto de medida cautelar

Considera el Despacho que conforme a los motivos expuestos por la parte ejecutante sobre la inembargabilidad de los bienes de los recursos públicos consagrada en el numeral 1 del artículo 594 del C.G.P., de acuerdo con las reglas jurisprudenciales, sobre la excepción al principio de inembargabilidad, del pago de las sentencias judiciales y sobre los derechos reconocidos en dichas providencias.

De ahí que el ejecutante se encuentra dentro de dichas excepciones a la regla general de inembargabilidad relacionados con la satisfacción de los créditos laborales en particular reconocidos en fallos judiciales; lo anterior si se tiene presente que la causa que llevó al demandante a iniciar la presente acción ejecutiva en contra del Colpensiones, nace de la obligación de carácter laboral derivada de la sentencia proferida por esta Colegiatura.

En este sentido se accederá a la solicitud y ordenará el embargo y retención de los dineros de propiedad de Colpensiones, que se encuentren depositadas a cualquier título en entidades financieras por consiguiente se ordena oficiar a los Gerentes de los Bancos DAVIVIENDA Y EL BANCO DE OCCIDENTE. hasta por la suma de DOS MIL NOVECIENTOS SETENTA Y CUATRO MILLONES TRESCIENTOS SETENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS NOVENTA PESOS (\$ 2.974.373.490) de conformidad con el numeral 10 del artículo 593 del CGP.

Fundamento Legal de la medida

Conforme al auto del 6 de noviembre de 2019², el Consejo de Estado consideró:

“Por regla general, los bienes y recursos públicos son inembargables. El artículo 63 de la Constitución Política, al respecto, consagra lo siguiente:

Artículo 63.- Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que

² CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN TERCERA- SUBSECCIÓN A- Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN- Bogotá, D.C., seis (6) de noviembre de dos mil diecinueve (2019) Radicación número: 20001-23-31-000-2004-02073-03(62541)

determine la Ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables.

El legislador ha extendido la regla de inembargabilidad a otros eventos. Por ejemplo, en el artículo 16 de la Ley 38 de 1989³ se estableció que las rentas y recursos incorporados en el Presupuesto General de la Nación no podían ser embargados; a través del artículo 21 del Decreto 28 de 2008⁴ se estableció la inembargabilidad de los recursos del Sistema General de Participaciones, y mediante la Ley 1751 de 2015⁵ se dispuso que los recursos públicos que financian la salud son inembargables.

No obstante, por vía jurisprudencial, la Corte Constitucional ha establecido ciertas excepciones al principio de inembargabilidad, en aras de garantizar el correcto funcionamiento de la función judicial y la estabilidad económica de las partes.

El primero de esos pronunciamientos fue la sentencia C-546 de 1992, en la que se analizó la constitucionalidad de los artículos 8° parcial⁶ y 16 de la Ley 38 de 1989 -sobre la inembargabilidad de los recursos del Presupuesto General de la Nación-, y se estableció que las normas acusadas se ajustaban a la Constitución bajo el entendido de que “en aquellos casos en los cuales la efectividad del pago de las obligaciones dinerarias a cargo del Estado surgidas de las obligaciones laborales, solo se logre mediante el embargo de bienes y rentas incorporados al presupuesto de la nación, este será embargable en los términos del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo”.

Posteriormente, en sentencia C-103 de 1994, la Corte declaró la constitucionalidad condicionada de unos apartes del artículo 1° del Decreto 2282 de 1989⁷, en el entendido que “cuando se trata de un acto administrativo

³ Por la cual se crea el Estatuto Orgánico del Presupuesto General de la Nación.

Artículo 16. [Modificado por el art. 6, Ley 179 de 1994](#). Inembargabilidad. “Las rentas y recursos incorporados en el Presupuesto General de la Nación son inembargables. La forma de pago de la sentencias a cargo de la Nación se efectuará de conformidad con el procedimiento establecido en el Código Contencioso Administrativo y demás disposiciones legales concordantes”.

⁴ Por medio del cual se define la estrategia de monitoreo, seguimiento y control integral al gasto que se realice con recursos del Sistema General de Participaciones.

Artículo 21. Inembargabilidad. “Los recursos del Sistema General de Participaciones son inembargables.

Para evitar situaciones derivadas de decisiones judiciales que afecten la continuidad, cobertura y calidad de los servicios financiados con cargo a estos recursos, las medidas cautelares que adopten las autoridades judiciales relacionadas con obligaciones laborales, se harán efectivas sobre ingresos corrientes de libre destinación de la respectiva entidad territorial. Para cumplir con la decisión judicial, la entidad territorial presupuestará el monto del recurso a comprometer y cancelará el respectivo crédito judicial en el transcurso de la vigencia o vigencias fiscales subsiguientes.

Las decisiones de la autoridad judicial que contravengan lo dispuesto en el presente decreto, no producirán efecto alguno, y darán lugar a causal de destitución del cargo conforme a las normas legales correspondientes”.

⁵ Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones.

Artículo 25. Destinación e inembargabilidad de los recursos. “Los recursos públicos que financian la salud son inembargables, tienen destinación específica y no podrán ser dirigidos a fines diferentes a los previstos constitucional y legalmente”.

⁶ “Artículo 8° Los principios del sistema presupuestal son: La Planificación, La Anualidad, la Universalidad, la Unidad de Caja, la Programación Integral, la Especialización, el Equilibrio y la Inembargabilidad”.

⁷ Por el cual se introducen algunas modificaciones al Código de Procedimiento Civil.

Artículo 1o.” *Introdúcense las siguientes reformas al Código de Procedimiento Civil:*

(...)

158. El artículo 336, quedará así:

Ejecución contra entidades de derecho público. La Nación no puede ser ejecutada, salvo en el caso contemplado en el artículo 177 del Código de Contencioso Administrativo. Cuando las condenas a que se refiere el artículo 335 se hayan impuesto a un departamento, una intendencia, una comisaria, un

definitivo que preste mérito ejecutivo, esto es, que reconozca una obligación expresa, clara y exigible, obligación que surja exclusivamente del mismo acto, será procedente la ejecución después de los diez y ocho (18) meses, con sujeción a las normas procesales correspondientes. Pero, expresamente, se aclara que la obligación debe resultar del título mismo, sin que sea posible completar el acto administrativo con interpretaciones legales que no surjan del mismo”.

Mediante sentencia C-354 de 1997, la Corte, nuevamente, se refirió a la inembargabilidad de las rentas incorporadas al Presupuesto General de la Nación, esta vez mediante el estudio del artículo 19 del Decreto 111 de 1996⁸. En dicha providencia, se señaló que “los créditos a cargo del Estado, bien sea que consten en sentencias o en otros títulos legalmente válidos, deben ser pagados mediante el procedimiento que indica la norma acusada y que transcurridos 18 meses después de que ellos sean exigibles, es posible adelantar ejecución, con embargo de recursos del presupuesto -en primer lugar los destinados al pago de sentencias o conciliaciones, cuando se trate de esta clase de títulos- y sobre los bienes de las entidades u órganos respectivos”.

En sentencia C-793 de 2002, la Corte declaró la exequibilidad del aparte demandado del artículo 18 de la Ley 715 de 2001⁹, con la siguiente salvedad: “los créditos a cargo de las entidades territoriales por actividades propias del sector educación, bien sea que consten en sentencias o en otros títulos legalmente válidos, deben ser pagados mediante el procedimiento que señale la ley y que transcurrido el término para que ellos sean exigibles, es posible adelantar ejecución, con embargo de recursos del presupuesto –en primer lugar los destinados al pago de sentencias o conciliaciones, cuando se trate de esta clase de títulos, y, si ellos no fueren suficientes, sobre los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones-”.

distrito especial, o un municipio, la respectiva entidad dispondrá de seis meses para el pago, sin que entre tanto pueda librarse ejecución contra ella, ni contarse el término establecido en dicho artículo.

El término de seis meses que establece el inciso anterior, se contará desde la ejecutoria de la sentencia o de la providencia que la complementa; pero cuando se hubiere apelado de aquélla o de ésta comenzará a correr desde la ejecutoria del auto de obediencia a lo resuelto por el superior.

(...)

272. El artículo 513, quedará así:

Embargo y secuestros previos. Las rentas y recursos incorporados en el presupuesto general de la Nación son inembargables.

Si llegaren a resultar embargados bienes de esta índole, bastará certificación del Director General del Presupuesto o su delegado para acreditar el mencionado carácter de los bienes y se efectuará desembargo de los mismos, a más tardar el día siguiente de haber sido presentada al juez dicha certificación. Contra la Providencia que disponga el desembargo no procede recurso alguno”.

⁸ Por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 que conforman el estatuto orgánico del presupuesto.

Artículo 19. Inembargabilidad. “Son inembargables las rentas incorporadas en el Presupuesto General de la Nación, así como los bienes y derechos de los órganos que lo conforman.

No obstante la anterior inembargabilidad, los funcionarios competentes deberán adoptar las medidas conducentes al pago de las sentencias en contra de los órganos respectivos, dentro de los plazos establecidos para ello, y respetarán en su integridad los derechos reconocidos a terceros en estas sentencias (...).”

⁹ Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros.

Artículo 18. Administración de los recursos. “Los departamentos, los distritos y los municipios certificados administrarán los recursos del Sistema General de Participaciones en cuentas especiales e independientes de los demás ingresos de las entidades territoriales. Estos dineros no harán unidad de caja con las demás rentas y recursos de la entidad territorial. Estos recursos, del sector educativo, no podrán ser objeto de embargo, pignoración, titularización o cualquier otra clase de disposición financiera (...).”

En sentencia C-1154 de 2008, se declaró exequible el artículo 21 del Decreto 28 de 2008 –relacionado con la inembargabilidad de los recursos del Sistema General de Participaciones-, bajo el entendido de que el pago de las obligaciones laborales reconocidas mediante sentencia debía efectuarse en el plazo máximo de dieciocho (18) meses, contados a partir de la ejecutoria de la misma, y de que si los recursos correspondientes a los ingresos corrientes de libre destinación de la respectiva entidad territorial no eran suficientes para el pago de las citadas obligaciones, debía acudir a los recursos de destinación específica.

Se expuso que la posibilidad de decretar medidas de embargo no podía limitarse a los ingresos corrientes de libre destinación de la respectiva entidad territorial, pues ello podría hacer nugatorio el pago de las obligaciones en el evento en que esos recursos fueran escasos o existiera incertidumbre sobre las vigencias futuras. Por ello, se aceptó que en caso de que el rubro de libre destinación resultara insuficiente, debería acudir a los recursos de destinación específica.

Se precisó, además, que la excepción a la inembargabilidad de los recursos públicos es una respuesta a “la necesidad de armonizar esa cláusula [la de inembargabilidad] con los demás principios y derechos reconocidos en la Constitución, [por lo que] la jurisprudencia ha fijado algunas reglas de excepción, pues no puede perderse de vista que el postulado de la prevalencia del interés general también comprende el deber de proteger y asegurar la efectividad de los derechos fundamentales de cada persona individualmente considerada”.

En sentencia C-313 de 2014, se declaró exequible el artículo 25 de la Ley 1751 de 2015, referido a los recursos que financian la salud, para lo cual se precisó lo siguiente: “la inembargabilidad no opera como una regla, sino como un principio y, por ende, no tiene carácter absoluto, debiendo entonces atenderse al momento de la aplicación del precepto, lo sentado por la jurisprudencia en materia de excepciones al mandato que excluye respecto de los caudales de la salud la medida cautelar”; “bajo ninguna circunstancia los recursos de salud podrán destinarse al pago de otros emolumentos que no se relacionen directamente con garantizar el derecho a la salud de las personas”.

A partir de los pronunciamientos jurisprudenciales a que se ha hecho referencia, se extrae que son excepciones al principio de inembargabilidad de los recursos públicos, los créditos u obligaciones: i) de origen laboral, con miras a efectivizar el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas¹⁰; ii) aquellos contenidos en sentencias judiciales, para garantizar la seguridad jurídica y el respeto de los derechos reconocidos en dichas providencias¹¹; iii) los que provienen de títulos emanados del Estado que contengan obligaciones claras, expresas y exigibles¹²; y iv) los recursos de destinación específica como los provenientes del Sistema General de Participaciones, siempre y cuando las obligaciones reclamadas tengan como fuente alguna de las actividades a las

¹⁰ Criterio establecido en la sentencia C-546 de 1992 y reiterado en las sentencias C-013 de 1993, C-017 de 1993, C-337 de 1993, C-103 de 1994, C-263 de 1994, T-025 de 1995, T.262 de 1997, C-354 de 1997, C-402 de 1997, T-531 de 1999, T-539 de 2002, C-793 de 2002, C-566 de 2003, C-1064 de 2003 y T-1195 de 2004.

¹¹ Excepción desarrollada primigeniamente en la sentencia C-354 de 1997 y reiterada en las sentencias C-402 de 1997, T-531 de 1999, T-539 de 2002, C-793 de 2002 y C-192 de 2005.

¹² Postura asumida inicialmente en sentencias C-103 de 1994 y C-354 de 1997, reiterada en las sentencias C-402 de 1997, T-531 de 1999, C-793 de 2002 y C-566 de 2003.

*cuales estaban destinados dichos recursos (educación, salud, agua potable y saneamiento básico)*¹³.

Al margen del análisis efectuado, en criterio de la parte ejecutada, con la expedición de la Ley 1437 de 2011 –CPACA- y 1564 de 2012 –CGP- se introdujo en el ordenamiento jurídico una nueva postura sobre el carácter inembargable de los recursos públicos. Las normativas en comento dispusieron lo siguiente:

CPACA. Artículo 195. Trámite para el pago de condenas o conciliaciones. El trámite de pago de condenas y conciliaciones se sujetará a las siguientes reglas:

(...)

Parágrafo 2o. El monto asignado para sentencias y conciliaciones no se puede trasladar a otros rubros, y en todo caso serán inembargables, así como los recursos del Fondo de Contingencias. La orden de embargo de estos recursos será falta disciplinaria.

CGP. Artículo 594. Bienes inembargables. Además de los bienes inembargables señalados en la Constitución Política o en leyes especiales, no se podrán embargar:

1. Los bienes, las rentas y recursos incorporados en el Presupuesto General de la Nación o de las entidades territoriales, las cuentas del sistema general de participación, regalías y recursos de la seguridad social.

(...)

4. Los recursos municipales originados en transferencias de la Nación, salvo para el cobro de obligaciones derivadas de los contratos celebrados en desarrollo de las mismas.

(...).

Al analizar las normas transcritas, la Sala advierte que su contenido se asemeja a las disposiciones que ya hacían parte del ordenamiento jurídico colombiano. En efecto, la inembargabilidad de los rentas provenientes del Presupuesto General de la Nación, del Sistema General de Participaciones y de los recursos asignados a los entes territoriales, aparece consagrada en los artículos 16 de la Ley 38 de 1989, 1° del Decreto 2282 de 1989, 19 del Decreto 111 de 1996, 18 de la Ley 715 de 2001, 21 del Decreto 28 de 2008 y 25 de la Ley 1751 de 2015, normas que fueron declaradas condicionalmente exequibles por la Corte Constitucional en los términos expuestos en las sentencias a que se hizo referencia en esta providencia, es decir, bajo el entendido de que existen ciertas excepciones al principio de inembargabilidad de los recursos públicos.

Cabe señalar que mediante sentencia C-543 de 2013, si bien la Corte Constitucional se declaró inhibida para pronunciarse de fondo sobre la constitucionalidad del artículo 594 del CGP, sí se refirió brevemente a la

¹³ En el mismo sentido ver sentencia C-543 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

aplicación del principio de inembargabilidad, para lo cual hizo alusión a la posición vigente sobre la materia, en los siguientes términos:

Por su parte, la Corte Constitucional, al fijar el contenido y alcance del artículo 63 sobre el tema en discusión, ha sostenido que el principio de inembargabilidad es una garantía que se hace necesario preservar y defender, con el fin de proteger los recursos financieros del Estado, en particular, los destinados a cubrir las necesidades esenciales de la población. Esto, por cuanto si se permitiera el embargo de todos los recursos y bienes públicos (i) el Estado se expondría a una parálisis financiera para realizar el cometido de sus fines esenciales, y (ii) se desconocería el principio de la prevalencia del interés general frente al particular, el artículo 1 y el preámbulo de la Carta Superior¹⁴.

Sin embargo, contempló excepciones a la regla general para armonizar el principio de inembargabilidad de recursos públicos con otros principios, valores y derechos constitucionales, entre los que se encuentran, la dignidad humana, la vigencia de un orden justo y el derecho al trabajo. Éstas son:

(i) Satisfacción de créditos u obligaciones de origen laboral con el fin de hacer efectivo el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas¹⁵.

(ii) Pago de sentencias judiciales para garantizar la seguridad jurídica y la realización de los derechos en ellas contenidos¹⁶.

(iii) Títulos emanados del Estado que reconocen una obligación clara, expresa y exigible¹⁷.

(iv) Las anteriores excepciones son aplicables respecto de los recursos del SGP, siempre y cuando las obligaciones reclamadas tuvieran como fuente alguna de las actividades a las cuales estaban destinados dichos recursos (educación, salud, agua potable y saneamiento básicos)¹⁸.

Esta posición ha sido reiterada por la Corporación, sin que haya declarado la inexecutable de las normas referentes a la inembargabilidad de bienes y recursos públicos¹⁹, como lo pretende el actor.

¹⁴ "Corte Constitucional, sentencia C-546 de 1992. Magistrados Ponentes: Ciro Angarita Barón y Alejandro Martínez Caballero".

¹⁵ "C-546 de 1992".

¹⁶ "En la sentencia C-354 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell, se expuso que aunque el principio general de inembargabilidad que consagraba la norma acusada resultaba ajustada a la Constitución. Precisó que tratándose de los créditos a cargo del Estado, bien sean que consten en sentencias o en otros títulos legalmente válidos, deben ser pagados mediante el procedimiento que indica la norma acusada y que transcurridos 18 meses después de que ellos sean exigibles, es posible adelantar ejecución, con embargo de recursos del presupuesto -en primer lugar los destinados al pago de sentencias o conciliaciones, cuando se trate de esta clase de títulos- y sobre los bienes de las entidades u órganos respectivos".

¹⁷ "La sentencia C-103 de 1994 (Jorge Arango Mejía), se estableció una segunda excepción a la inembargabilidad del Presupuesto General de la Nación, así: para hacer efectiva una obligación que conste en un acto administrativo que preste mérito ejecutivo, esto es, que sea expresa, clara y exigible, procederá la ejecución después de los diez y ocho (18) meses".

¹⁸ "C-793 de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño".

¹⁹ "La línea jurisprudencial que desarrolla lo atinente al principio de inembargabilidad de los bienes y recursos públicos como sus excepciones está compuesta, principalmente, por las siguientes sentencias: C-546 de 1992, C-013, C-017, C-107, C-337, C-555 de 1993, C-103 y C-263 de 1994, C-

En ese entendido, como las disposiciones del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y del Código General del Proceso a las que alude la impugnante presentan un contenido normativo similar al que ya fue analizado por la Corte Constitucional en las providencias que consolidaron el precedente que establece excepciones a la inembargabilidad de los recursos públicos, la Sala considera que dicho criterio jurisprudencial se mantiene incólume y resulta vinculante, incluso, en vigencia de estas últimas normativas²⁰.

En el caso concreto, se pretende la ejecución de la condena impuesta en la sentencia proferida el 13 de noviembre de 2008 por el Tribunal Administrativo del Cesar, modificada parcialmente por esta Subsección, en sentencia de 26 de febrero de 2014, la cual se encuentra en firme. Por consiguiente, la medida de embargo decretada en primera instancia es procedente toda vez que se configura una de las excepciones al principio de inembargabilidad dispuesta por la jurisprudencia constitucional, en tanto el crédito sobre el cual se funda el proceso de ejecución proviene de una sentencia debidamente ejecutoriada.”

De la siguiente manera, es procedente la medida porque cumple con los requisitos constitucionales: “ *de origen laboral, con miras a efectivizar el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas²¹; ii) aquellos contenidos en sentencias judiciales, para garantizar la seguridad jurídica y el respeto de los derechos reconocidos en dichas providencias²²...*”

Mandamiento de Pago

Atendiendo la orden impartida en el auto que antecede, se procederá a librar mandamiento ejecutivo de pago de conformidad con los artículos 422 y 430 del Código General del Proceso, y comoquiera que la entidad ejecutada no ha dado cumplimiento a la orden impartida en la sentencia que presta mérito ejecutivo, la cual se encuentra en firme, aun cuando los ejecutantes solicitaron el cumplimiento y allegaron los documentos para el efecto ante la entidad.

En este orden de ideas, el Despacho se basará en la liquidación efectuada, por la contadora con base en los siguientes cálculos:

- Tabla diferencias de mesadas indexadas desde la fecha de efectos fiscales febrero de 2012 hasta la ejecutoria de la sentencia, esto es 1 de diciembre de 2019.

354 y C-402 de 1997, T-531 de 1999, C-427 de 2002, T-539 de 2002, C-793 de 2002, C-566, C-871 y C-1064 de 2003, C-192 de 2005, C-1154 de 2008 y C-539 de 2010”.

²⁰ En el mismo sentido, consultar: Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencias de 5 de julio de 2018, rad. 2018-01530-00(AC), M.P. Julio Roberto Piza Rodríguez y 8 de mayo de 2014, rad. 19717, M.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, y Sección Tercera, Subsección A, auto de 9 de abril de 2019, rad. 2009-00065-01(60616).

²¹ Criterio establecido en la sentencia C-546 de 1992 y reiterado en las sentencias C-013 de 1993, C-017 de 1993, C-337 de 1993, C-103 de 1994, C-263 de 1994, T-025 de 1995, T.262 de 1997, C-354 de 1997, C-402 de 1997, T-531 de 1999, T-539 de 2002, C-793 de 2002, C-566 de 2003, C-1064 de 2003 y T-1195 de 2004.

²² Excepción desarrollada primigeniamente en la sentencia C-354 de 1997 y reiterada en las sentencias C-402 de 1997, T-531 de 1999, T-539 de 2002, C-793 de 2002 y C-192 de 2005.

Año	Mes	Días	Diferencia Mesadas	IPC Inicial	IPC Final	Factor	Valor indexado	Valor Acumulado indexado
2012	Febrero	2	\$ 774.507	77,22	103,80	1,34	\$ 1.041.101	\$ 1.041.101
2012	Marzo	30	\$ 11.617.599	77,31	103,80	1,34	\$ 15.598.329	\$ 16.639.429
2012	Abril	30	\$ 11.617.599	77,42	103,80	1,34	\$ 15.576.166	\$ 32.215.595
2012	Mayo	30	\$ 11.617.599	77,66	103,80	1,34	\$ 15.528.030	\$ 47.743.625
2012	Junio	30	\$ 11.617.599	77,72	103,80	1,34	\$ 15.516.042	\$ 63.259.667
2012	Mesada adicional	30	\$ 11.617.599	77,72	103,80	1,34	\$ 15.516.042	\$ 78.775.709
2012	Julio	30	\$ 11.617.599	77,70	103,80	1,34	\$ 15.520.036	\$ 94.295.744
2012	Agosto	30	\$ 11.617.599	77,73	103,80	1,34	\$ 15.514.046	\$ 109.809.790
2012	Septiembre	30	\$ 11.617.599	77,96	103,80	1,33	\$ 15.468.276	\$ 125.278.066
2012	Octubre	30	\$ 11.617.599	78,08	103,80	1,33	\$ 15.444.503	\$ 140.722.569
2012	Noviembre	30	\$ 11.617.599	77,98	103,80	1,33	\$ 15.464.309	\$ 156.186.877
2012	Mesada adicional	30	\$ 11.617.599	77,98	103,80	1,33	\$ 15.464.309	\$ 171.651.186
2012	Diciembre	30	\$ 11.617.599	78,05	103,80	1,33	\$ 15.450.439	\$ 187.101.625
2013	Enero	30	\$ 11.901.068	78,28	103,80	1,33	\$ 15.780.926	\$ 202.882.551
2013	Febrero	30	\$ 11.901.068	78,63	103,80	1,32	\$ 15.710.682	\$ 218.593.233
2013	Marzo	30	\$ 11.901.068	78,79	103,80	1,32	\$ 15.678.778	\$ 234.272.010
2013	Abril	30	\$ 11.901.068	78,99	103,80	1,31	\$ 15.639.080	\$ 249.911.090
2013	Mayo	30	\$ 11.901.068	79,21	103,80	1,31	\$ 15.595.643	\$ 265.506.733
2013	Junio	30	\$ 11.901.068	79,39	103,80	1,31	\$ 15.560.283	\$ 281.067.017
2013	Mesada adicional	30	\$ 11.901.068	79,39	103,80	1,31	\$ 15.560.283	\$ 296.627.300
2013	Julio	30	\$ 11.901.068	79,43	103,80	1,31	\$ 15.552.447	\$ 312.179.748
2013	Agosto	30	\$ 11.901.068	79,50	103,80	1,31	\$ 15.538.753	\$ 327.718.501
2013	Septiembre	30	\$ 11.901.068	79,73	103,80	1,30	\$ 15.493.928	\$ 343.212.430
2013	Octubre	30	\$ 11.901.068	79,52	103,80	1,31	\$ 15.534.845	\$ 358.747.275
2013	Noviembre	30	\$ 11.901.068	79,35	103,80	1,31	\$ 15.568.127	\$ 374.315.402
2013	Mesada adicional	30	\$ 11.901.068	79,35	103,80	1,31	\$ 15.568.127	\$ 389.883.530
2013	Diciembre	30	\$ 11.901.068	79,56	103,80	1,30	\$ 15.527.035	\$ 405.410.565
2014	Enero	30	\$ 12.131.949	79,95	103,80	1,30	\$ 15.751.048	\$ 421.161.613
2014	Febrero	30	\$ 12.131.949	80,45	103,80	1,29	\$ 15.653.155	\$ 436.814.768
2014	Marzo	30	\$ 12.131.949	80,77	103,80	1,29	\$ 15.591.139	\$ 452.405.907
2014	Abril	30	\$ 12.131.949	81,14	103,80	1,28	\$ 15.520.043	\$ 467.925.951
2014	Mayo	30	\$ 12.131.949	81,53	103,80	1,27	\$ 15.445.803	\$ 483.371.754
2014	Junio	30	\$ 12.131.949	81,61	103,80	1,27	\$ 15.430.662	\$ 498.802.416
2014	Mesada adicional	30	\$ 12.131.949	81,61	103,80	1,27	\$ 15.430.662	\$ 514.233.078
2014	Julio	30	\$ 12.131.949	81,73	103,80	1,27	\$ 15.408.006	\$ 529.641.084
2014	Agosto	30	\$ 12.131.949	81,90	103,80	1,27	\$ 15.376.023	\$ 545.017.107
2014	Septiembre	30	\$ 12.131.949	82,01	103,80	1,27	\$ 15.355.400	\$ 560.372.507
2014	Octubre	30	\$ 12.131.949	82,14	103,80	1,26	\$ 15.331.097	\$ 575.703.604
2014	Noviembre	30	\$ 12.131.949	82,25	103,80	1,26	\$ 15.310.594	\$ 591.014.197
2014	Mesada adicional	30	\$ 12.131.949	82,25	103,80	1,26	\$ 15.310.594	\$ 606.324.791
2014	Diciembre	30	\$ 12.131.949	82,47	103,80	1,26	\$ 15.269.750	\$ 621.594.541
2015	Enero	30	\$ 12.575.978	83,00	103,80	1,25	\$ 15.727.549	\$ 637.322.090
2015	Febrero	30	\$ 12.575.978	83,96	103,80	1,24	\$ 15.547.720	\$ 652.869.810

2015	Marzo	30	\$ 12.575.978	84,45	103,80	1,23	\$ 15.457.508	\$ 668.327.319
2015	Abril	30	\$ 12.575.978	84,90	103,80	1,22	\$ 15.375.578	\$ 683.702.897
2015	Mayo	30	\$ 12.575.978	85,12	103,80	1,22	\$ 15.335.838	\$ 699.038.735
2015	Junio	30	\$ 12.575.978	85,21	103,80	1,22	\$ 15.319.641	\$ 714.358.376
2015	Mesada adicional	30	\$ 12.575.978	85,21	103,80	1,22	\$ 15.319.641	\$ 729.678.016
2015	Julio	30	\$ 12.575.978	85,37	103,80	1,22	\$ 15.290.929	\$ 744.968.945
2015	Agosto	30	\$ 12.575.978	85,78	103,80	1,21	\$ 15.217.843	\$ 760.186.788
2015	Septiembre	30	\$ 12.575.978	86,39	103,80	1,20	\$ 15.110.390	\$ 775.297.177
2015	Octubre	30	\$ 12.575.978	86,98	103,80	1,19	\$ 15.007.893	\$ 790.305.071
2015	Noviembre	30	\$ 12.575.978	87,51	103,80	1,19	\$ 14.916.999	\$ 805.222.069
2015	Mesada adicional	30	\$ 12.575.978	87,51	103,80	1,19	\$ 14.916.999	\$ 820.139.068
2015	Diciembre	30	\$ 12.575.978	88,05	103,80	1,18	\$ 14.825.515	\$ 834.964.583
2016	Enero	30	\$ 13.427.372	89,19	103,80	1,16	\$ 15.626.878	\$ 850.591.461
2016	Febrero	30	\$ 13.427.372	90,33	103,80	1,15	\$ 15.429.661	\$ 866.021.121
2016	Marzo	30	\$ 13.427.372	91,18	103,80	1,14	\$ 15.285.822	\$ 881.306.943
2016	Abril	30	\$ 13.427.372	91,63	103,80	1,13	\$ 15.210.752	\$ 896.517.696
2016	Mayo	30	\$ 13.427.372	92,10	103,80	1,13	\$ 15.133.130	\$ 911.650.825
2016	Junio	30	\$ 13.427.372	92,54	103,80	1,12	\$ 15.061.176	\$ 926.712.001
2016	Mesada adicional	30	\$ 13.427.372	92,54	103,80	1,12	\$ 15.061.176	\$ 941.773.177
2016	Julio	30	\$ 13.427.372	93,02	103,80	1,12	\$ 14.983.458	\$ 956.756.635
2016	Agosto	30	\$ 13.427.372	92,73	103,80	1,12	\$ 15.030.316	\$ 971.786.952
2016	Septiembre	30	\$ 13.427.372	92,68	103,80	1,12	\$ 15.038.425	\$ 986.825.377
2016	Octubre	30	\$ 13.427.372	92,62	103,80	1,12	\$ 15.048.167	\$ 1.001.873.544
2016	Noviembre	30	\$ 13.427.372	92,73	103,80	1,12	\$ 15.030.316	\$ 1.016.903.860
2016	Mesada adicional	30	\$ 13.427.372	92,73	103,80	1,12	\$ 15.030.316	\$ 1.031.934.177
2016	Diciembre	30	\$ 13.427.372	93,11	103,80	1,11	\$ 14.968.975	\$ 1.046.903.151
2017	Enero	30	\$ 14.199.446	94,07	103,80	1,10	\$ 15.668.146	\$ 1.062.571.297
2017	Febrero	30	\$ 14.199.446	95,01	103,80	1,09	\$ 15.513.130	\$ 1.078.084.428
2017	Marzo	30	\$ 14.199.446	95,46	103,80	1,09	\$ 15.440.001	\$ 1.093.524.429
2017	Abril	30	\$ 14.199.446	95,91	103,80	1,08	\$ 15.367.558	\$ 1.108.891.987
2017	Mayo	30	\$ 14.199.446	96,12	103,80	1,08	\$ 15.333.984	\$ 1.124.225.971
2017	Junio	30	\$ 14.199.446	96,23	103,80	1,08	\$ 15.316.455	\$ 1.139.542.426
2017	Mesada adicional	30	\$ 14.199.446	96,23	103,80	1,08	\$ 15.316.455	\$ 1.154.858.882
2017	Julio	30	\$ 14.199.446	96,18	103,80	1,08	\$ 15.324.418	\$ 1.170.183.300
2017	Agosto	30	\$ 14.199.446	96,32	103,80	1,08	\$ 15.302.144	\$ 1.185.485.444
2017	Septiembre	30	\$ 14.199.446	96,36	103,80	1,08	\$ 15.295.792	\$ 1.200.781.236
2017	Octubre	30	\$ 14.199.446	96,37	103,80	1,08	\$ 15.294.205	\$ 1.216.075.440
2017	Noviembre	30	\$ 14.199.446	96,55	103,80	1,08	\$ 15.265.691	\$ 1.231.341.132
2017	Mesada adicional	30	\$ 14.199.446	96,55	103,80	1,08	\$ 15.265.691	\$ 1.246.606.823
2017	Diciembre	30	\$ 14.199.446	96,92	103,80	1,07	\$ 15.207.413	\$ 1.261.814.237
2018	Enero	30	\$ 14.780.203	97,53	103,80	1,06	\$ 15.730.392	\$ 1.277.544.628
2018	Febrero	30	\$ 14.780.203	98,22	103,80	1,06	\$ 15.619.885	\$ 1.293.164.514
2018	Marzo	30	\$ 14.780.203	98,45	103,80	1,05	\$ 15.583.394	\$ 1.308.747.907
2018	Abril	30	\$ 14.780.203	98,91	103,80	1,05	\$ 15.510.920	\$ 1.324.258.828
2018	Mayo	30	\$ 14.780.203	99,16	103,80	1,05	\$ 15.471.814	\$ 1.339.730.642

2018	Junio	30	\$ 14.780.203	99,31	103,80	1,05	\$ 15.448.445	\$ 1.355.179.088
2018	Mesada adicional	30	\$ 14.780.203	99,31	103,80	1,05	\$ 15.448.445	\$ 1.370.627.533
2018	Julio	30	\$ 14.780.203	99,18	103,80	1,05	\$ 15.468.695	\$ 1.386.096.228
2018	Agosto	30	\$ 14.780.203	99,30	103,80	1,05	\$ 15.450.001	\$ 1.401.546.229
2018	Septiembre	30	\$ 14.780.203	99,47	103,80	1,04	\$ 15.423.596	\$ 1.416.969.825
2018	Octubre	30	\$ 14.780.203	99,59	103,80	1,04	\$ 15.405.012	\$ 1.432.374.837
2018	Noviembre	30	\$ 14.780.203	99,70	103,80	1,04	\$ 15.388.015	\$ 1.447.762.852
2018	Mesada adicional	30	\$ 14.780.203	99,70	103,80	1,04	\$ 15.388.015	\$ 1.463.150.868
2018	Diciembre	30	\$ 14.780.203	100,00	103,80	1,04	\$ 15.341.851	\$ 1.478.492.719
2019	Enero	30	\$ 15.250.214	100,60	103,80	1,03	\$ 15.735.310	\$ 1.494.228.029
2019	Febrero	30	\$ 15.250.214	101,18	103,80	1,03	\$ 15.645.110	\$ 1.509.873.139
2019	Marzo	30	\$ 15.250.214	101,62	103,80	1,02	\$ 15.577.369	\$ 1.525.450.507
2019	Abril	30	\$ 15.250.214	102,12	103,80	1,02	\$ 15.501.099	\$ 1.540.951.606
2019	Mayo	30	\$ 15.250.214	102,44	103,80	1,01	\$ 15.452.677	\$ 1.556.404.283
2019	Junio	30	\$ 15.250.214	102,71	103,80	1,01	\$ 15.412.055	\$ 1.571.816.338
2019	Mesada adicional	30	\$ 15.250.214	102,71	103,80	1,01	\$ 15.412.055	\$ 1.587.228.394
2019	Julio	30	\$ 15.250.214	102,94	103,80	1,01	\$ 15.377.620	\$ 1.602.606.014
2019	Agosto	30	\$ 15.250.214	103,03	103,80	1,01	\$ 15.364.187	\$ 1.617.970.201
2019	Septiembre	30	\$ 15.250.214	103,26	103,80	1,01	\$ 15.329.965	\$ 1.633.300.166
2019	Octubre	30	\$ 15.250.214	103,43	103,80	1,00	\$ 15.304.769	\$ 1.648.604.935
2019	Noviembre	30	\$ 15.250.214	103,54	103,80	1,00	\$ 15.288.509	\$ 1.663.893.444
2019	Mesada adicional	30	\$ 15.250.214	103,54	103,80	1,00	\$ 15.288.509	\$ 1.679.181.953
2019	Diciembre	1	\$ 508.340	103,80	103,80	1,00	\$ 508.340	\$ 1.679.690.293

- Tabla liquidación de capital e intereses moratorios desde la ejecutoria de la sentencia hasta el mes de mayo de 2021, liquidados con el 192 del CPACA.

Año	Mes	Días	Diferencia mesadas	Capital	Interés Corriente	Interés nominal	Interés Mes	Interés acumulado
2019				1.679.690.293				
2019	Diciembre	29	14.741.873	1.694.432.167	18,91	1,45%	23.812.073	23.812.073
2020	Enero	30	15.829.722	1.710.261.889	18,77	1,44%	24.692.976	48.505.050
2020	Febrero	30	15.829.722	1.726.091.611	19,06	1,46%	25.277.416	73.782.466
2020	Marzo	30	15.829.722	1.741.921.333	18,95	1,46%	25.373.096	99.155.562
2020	Abril	30	15.829.722	1.757.751.055	18,69	1,44%	25.278.511	124.434.074
2020	Mayo	30	15.829.722	1.773.580.777	18,19	1,40%	24.873.361	149.307.434
2020	Junio	30	15.829.722	1.789.410.499	18,12	1,40%	25.005.783	174.313.217
2020	Mesada adicional	30	15.829.722	1.805.240.221	18,12	1,40%	25.226.992	199.540.209
2020	Julio	30	15.829.722	1.821.069.943	18,12	1,40%	25.448.202	224.988.411
2020	Agosto	30	15.829.722	1.836.899.665	18,29	1,41%	25.892.650	250.881.061
2020	Septiembre	30	15.829.722	1.852.729.387	18,35	1,41%	26.195.182	277.076.243
2020	Octubre	30	15.829.722	1.868.559.110	18,09	1,40%	26.071.725	303.147.967
2020	Noviembre	30	15.829.722	1.884.388.832	17,84	1,38%	25.955.186	329.103.154

2020	Mesada adicional	30	15.829.722	1.900.218.554	17,84	1,38%	26.173.222	355.276.375
2020	Diciembre	30	15.829.722	1.916.048.276	17,46	1,35%	25.868.500	381.144.875
2021	Enero	30	16.048.172	1.932.096.448	17,32	1,34%	25.890.564	407.035.439
2021	Febrero	30	16.048.172	1.948.144.620	17,54	1,36%	26.413.860	433.449.299
2021	Marzo	30	16.048.172	1.964.192.793	17,41	1,35%	26.447.867	459.897.166
2021	Abril	30	16.048.172	1.980.240.965	17,31	1,34%	26.521.457	486.418.623
2021	Mayo	5	2.674.695	1.982.915.660	17,22	1,33%	4.404.794	490.823.417

Concepto	Valor
Capital	1.982.915.660
Interés	490.823.417
Total	2.473.739.077

Por las razones anteriores, este Despacho libraré mandamiento de pago en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, y a favor del ejecutante señor Francisco Joel Ángel Gómez, de conformidad con la orden contenida en la sentencia del 12 de noviembre de 2019, proferida por ésta Corporación.

Es por ello que,

RESUELVE

PRIMERO: Librar mandamiento de pago en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones y a favor del señor Francisco Joel Ángel Gómez, por las siguientes sumas de dinero:

- MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y DOS MILLONES NOVECIENTOS QUINCE MIL SEICIENTOS SESENTA PESOS (\$ 1.982.915.660), por concepto de capital.
- CUATROCIENTOS NOVENTA MILLONES, OCHOCIENTOS VEINTITRES MIL CUATROCIENTOS DIECISIETE PESOS (\$490.823.417), por concepto de intereses moratorios sobre las anteriores sumas de dinero.

SEGUNDO: ORDENAR al ente demandado a cancelar la obligación dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación personal de esta providencia.

TERCERO: DECRETA el embargo y retención de los dineros que Colpensiones tenga depositados en la cualquier título en entidades financieras; por consiguiente se ordena oficiar a los Gerentes de los Bancos DAVIVIENDA Y EL BANCO DE OCCIDENTE, hasta por la suma de DOS MIL NOVECIENTOS SETENTA Y CUATRO MILLONES TRESCIENTOS SETENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS NOVENTA PESOS (\$ 2.974.373.490) de conformidad con el numeral 10 del artículo 593 del CGP.

Por Secretaría líbrense el correspondiente oficio dirigido a los Gerentes de los Bancos DAVIVIENDA Y OCCIDENTE, se sirvan retener los dineros congelando los recursos en una cuenta especial que devengue intereses en las mismas condiciones de la cuenta o producto de la cual se produce el débito por cuenta del embargo. En todo caso, las sumas retenidas solamente se pondrán a disposición del Tribunal, cuando cobre ejecutoria la sentencia o la providencia que le ponga fin al proceso que así lo ordene, según el último inciso del artículo 594 del CGP.

Para no incurrir en excesos en la práctica de medidas cautelares, solo se ordena que por secretaría se libere inicialmente el oficio para practicar el embargo respecto de los dineros que tenga la entidad depositados en la Cuenta corrientes o de ahorros del BANCO DAVIVIENDA y dependiendo su efectividad, posteriormente y a solicitud de la parte actora la Secretaría libraré el oficio para practicar el embargo de los dineros que tenga depositados a cualquier título en el BANCO DE OCCIDENTE.

De igual manera, junto con los correspondientes oficios se deberá remitir por correo electrónico de las entidades bancarias auto del 20 de abril de 2021 y de esta providencia, a efectos de dar a conocer los fundamentos legales de la medida cautelar ordenada por el Despacho, de conformidad con lo previsto en el parágrafo del artículo 594 del C.G.P.

Será deber de la parte ejecutante remitir los oficios correspondientes para enviarlos a las entidades financieras señaladas, por lo que dentro de los cinco (5) días siguientes, deberá enviar al correo electrónico de la Secretaría del Tribunal Administrativo de Caldas, donde conste el envío y/o radicación para ser incorporada al expediente digital.

TERCERO: De conformidad con el artículo 298 del CGP, la medida cautelar decretada se cumplirá de manera inmediata antes de la notificación a la parte contraria del auto que las decrete.

CUARTO: Una vez surtida la medida procédase a notificar personalmente a la presente providencia y la fecha del 20 de abril de 2021, mediante mensaje dirigido al buzón electrónico para notificaciones judiciales, del mandamiento de pago contenido en esta providencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 171, 197 y 199 de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021; A:

- Al señor director de ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, o a quien haga sus veces al momento de la notificación.
- Al Ministerio Público delegado.
- A la Agencia Nacional de Defensa Judicial del Estado.
- Notificar por estado el contenido de este auto a la parte actora.

OCTAVO: El término de traslado de la demanda a la entidad demandada, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio Público, de DIEZ (10) días, comenzará a correr vencidos los dos (2) días hábiles siguientes al envío el mensaje y el término respectivo corre a partir del día siguiente. Dentro de dicho término, de conformidad a lo establecido en el artículo 442 del C.G.P., la entidad demandada podrá proponer excepciones de mérito, expresando los hechos en que se funden, acompañando las pruebas relacionadas con ellas. En el mismo término, la Agencia del Ministerio Público y la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado, podrá pronunciarse si a bien lo tienen.

NOVENO: En consideración a que el artículo 443 del C.G.P., dispone que una vez surtido el trámite de las excepciones de mérito, se convoque a la audiencia prevista en el artículo 372, ibídem, la cual establece la diligencia de la audiencia inicial, en la que se prevé etapa conciliatoria (numeral 6), se insta igualmente a la entidad demandada a gestionar y adelantar los trámites necesarios a fin de aportar a la aludida audiencia las certificaciones y autorizaciones proferidas por el Comité de Conciliación de dicha entidad, para proveer un posible acuerdo conciliatorio.

DÉCIMO: Sobre las costas se resolverá oportunamente en la sentencia.

DÉCIMO PRIMERO: Ésta providencia se notificará a la parte demandante por estados electrónicos artículo 201 Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 50 de la Ley 2080 de 2021.

Notifíquese y Cúmplase



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
<u>NOTIFICACIÓN POR ESTADO</u>
No. 111
FECHA: 28/06/2021
HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA Secretario

17001-23-33-000-2016-00714-00

*Gloria Inés Calderón Castaño Vrs Nación-DEAJ-Rama Judicial
Nulidad y restablecimiento del derecho*

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Secretaría-

Constancia secretarial.

Se le informa a la señora Conjuez Dra. Beatriz Elena Henao Giraldo que el 4 de junio de 2021, por medio del artículo 110 del C.G.P., se corrió traslado de la certificación n° 160320-055 de 16 de marzo de 2020 –certificación laboral de tiempos de servicio, de la Dra. Calderón Castaño -emitida por el área de Talento Humano de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial de la Rama Judicial-Seccional Pereira, como parte del paquete de pruebas que se le decretaron a la parte demandante. Ninguna de las partes realizó pronunciamiento alguno. Esta fue la última prueba pendiente por practicar en este proceso.

HECTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala de Conjueces-

*Auto de Sustanciación n° 039
17001-2333-000-2016-00714-00*

Conforme la constancia secretarial que antecede y después de verificar esta información en el proceso, el Despacho llegó a la conclusión que, ante el agotamiento de todas las pruebas pendientes por practicar, es procedente decretar la preclusión del periodo probatorio y pasar a la etapa siguiente.

A la luz del artículo 182 de la Ley 1437 de 2011, se corre traslado común a las partes y al Ministerio Público, por el término de diez (10) días, hábiles; para que presenten sus alegatos de conclusión.

Notifíquese y cúmplase

BEATRIZ ELENA HENAO GIRALDO
Conjuez

<p>REPUBLICA DE COLOMBIA</p> <p>TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS</p> <p>El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la(s) parte(s) por anotación en el Estado Electrónico n° <u>III</u> de <u>28</u> de junio de 2021.</p> <p>HECTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA Secretario</p>
--

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Sentencia No. 113

Manizales, veinticinco (25) de junio de dos mil veintiuno (2021)

Radicado: 17-001-33-39-006-2016-00330-02
Naturaleza: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Jorge Miguel Gutiérrez Díaz
Demandados: Departamento de Caldas
Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Se emite fallo con ocasión del recurso apelación impetrado por el demandante y la demandada departamento de Caldas contra la sentencia que accedió parcialmente a las pretensiones del actor.

I. Antecedentes

1. Demanda

1.1.Pretensiones

Se solicita en síntesis, se declare la nulidad del Oficio RH-548 del 21 de Junio expedido por la Secretaría de Educación del departamento de Caldas, mediante el cual se niega el nombramiento del demandante en periodo de prueba; y que a modo de restablecimiento del derecho se disponga su nombramiento en el cargo de docente de Educación Religiosa en la institución educativa Escuela Normal Superior de la Presentación de Pensilvania – Caldas o la plaza que aquel elija, así como el pago de los salarios que aquel hubiese devengado en caso de haberse efectuado su nombramiento, sumas que reclama sean canceladas en forma indexada; finalmente depreca el pago de costas procesales y el cumplimiento de la sentencia en los términos del artículo 192 de la ley 1437 de 2011.

1.2.Sustento fáctico relevante

El accionante se presentó a la convocatoria efectuada mediante Acuerdo 0223 del 2 de octubre de 2012, por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil, en la cual, tras el estudio de requisitos mínimos y la presentación de las correspondientes pruebas, obtuvo un puntaje aprobatorio y fue incorporado al registro de elegibles para el cargo de docente de educación religiosa en el departamento de Caldas.

Mediante el acto demandado -Oficio RH-548 del 21 de junio de 2016- la entidad demandada informó que, una vez revisados los documentos y las hojas de vida de cada uno de los elegibles, constató que el título obtenido por el demandante no correspondía al de un programa de educación superior legalmente reconocido por el Ministerio de Educación Nacional, razón por la cual en los términos de la Directiva Ministerial 002 del 5 de febrero de 2004 no se efectuaría su nombramiento en periodo de prueba.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

Se invocaron como vulnerados los artículos 122, 123, 124 y 125 de la Constitución Política; 7 y 8 de la Ley 1278 de 2002; Ley 133 de 1994; Decreto 3982 de 2006; y Decreto 4500 de 2006. Arguyó que, el acto administrativo que negó el nombramiento del actor desconoce las disposiciones sobre el ingreso a la carrera administrativa a través de concurso de méritos, desconociendo lo señalado en Sentencia C-175 de 2006, que retoma la jurisprudencia sentada por la Sentencia C-1230 de 2005, señalando que la administración y vigilancia del Sistema Especial de Carrera Administrativa que regula el personal docente corresponde a la Comisión Nacional de Servicio Civil.

En tal sentido, advierte que el demandante aprobó satisfactoriamente el concurso adelantado por la Comisión Nacional de Servicio Civil, en el marco del cual se valoró aprobatoriamente el cumplimiento de los requisitos para desempeñar el cargo de docente de educación religiosa, sin que sea dable para el nominador desconocer lo anterior, negándose a efectuar el nombramiento del actor por lo que considera una falta de requisitos para el cargo.

Concluye que, para ingresar al servicio educativo estatal para el caso de los docentes cuya asignación académica sea la educación religiosa, se requiere el título que lo habilite para el ejercicio de la docencia en esa especialidad, un título que lo habilite para el ejercicio de la docencia que no siendo de esa especialidad acredite estudios correspondientes y cuenten con la certificación de idoneidad expedida por la respectiva autoridad eclesiástica, acreditando el accionante dichos requisitos, sumado itera, a haber superado el concurso de méritos que se citó para tal fin.

2. Pronunciamiento de los sujetos procesales

El **departamento de Caldas** alegó que resultaría ilegal que se aspire a un nombramiento en periodo de prueba como docente en educación religiosa a pesar de que en los términos de la Ley 33 de 1994, artículo 6º literales H y L, artículo 7º literal D, se expresa que se podrá ejercer la docencia solo por aquellos profesionales que acrediten estudios en la materia en programas reconocidos por el Ministerio de Educación, por lo que no resulta procedente nombrar en periodo de prueba en el sector docente oficial, a una persona que no cumple con los requisitos para ocupar dicho cargo, pues los estudios acreditados por el actor en "*Licenciatura Eclesiástica en Teología en ciencias religiosas*" fue expedido por la "*Corporación Escuela Superior de Teología Seminario mayor Veterocatólico, de Ibagué Tolima*", institución que no cuenta con la acreditación del Ministerio de Educación para el desarrollo de dicho programa, programa que igualmente no se encuentra inscrito ante dicho ente ministerial.

Finalmente destacó, que con respecto a las pretensiones referentes al pago de los salarios que hubiese recibido el demandante como docente en periodo de prueba, esta situación debe ser atendida por el Fondo de Prestaciones del Magisterio.

Corolario propuso las excepciones que denominó “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”, “BUENA FE”, “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY” e “INAPLICABILIDAD DEL NOMBRAMIENTO EN PERIODO DE PRUEBA”.

La Nación – Ministerio de Educación no contestó la demanda.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* accedió en forma parcial a las pretensiones del demandante, al señalar en síntesis que, el concurso de méritos adelantado por la Comisión Nacional del Servicio Civil fue regulado por el Acuerdo No. 0223 del 2 de octubre de 2012 que le convocó, acto en el cual se dispusieron las reglas y el trámite atinente a dicho concurso, estableciendo claramente que la oportunidad para la valoración del cumplimiento de los requisitos mínimos corresponde a una etapa previa a la emisión del registro de elegibles, y que debía ser efectuada por dicha autoridad.

En este orden de ideas, advirtió que el departamento de Caldas como nominador del cargo para el cual fue incorporado el actor en el registro de elegibles, no contaba con la facultad de negarse a efectuar el nombramiento con base al registro de elegibles bajo la egida de un incumplimiento de requisitos para el cargo, pues dicho cumplimiento ya fue determinado dentro del concurso de méritos, advirtiendo que incluso de considerarse que el accionante no cumplía los requisitos para el cargo, dicho nominador debió solicitar la exclusión de aquel de la lista por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil, trámite que no realizó abrogándose así una competencia con la cual no contaba.

Así las cosas, dispuso la nulidad del acto demandado ordenando efectuar el nombramiento en periodo de prueba del señor Jorge Miguel Gutiérrez Díaz en el cargo de docente en educación religiosa, correspondiente al concurso de méritos convocado mediante Acuerdo 0223 del 2 de octubre de 2012, empero, con respecto a la pretensión referente al pago de salarios advirtió que no es dable para el fallador presumir que el actor superaría el periodo de prueba, por lo cual no hay lugar al reconocimiento de las pretensiones económicas formuladas.

Al respectó indicó en la parte considerativa:

“Respecto al pago de los salarios dejados de percibir por los años posteriores a la presentación de la demanda, la misma se niega por cuanto el nombramiento que procede para el caso de los docentes, una vez conformada la lista de elegibles y esta adquiere firmeza, es el nombramiento en periodo de prueba, para mayor claridad se trae a colación lo dispuesto por el Ley 1278 de 2002, la cual regula:

(...)

De acuerdo con lo anterior, la obtención de la calificación satisfactoria en la evaluación de desempeño, es un requisito sine qua non para que el docente adquiera

derecho de carrera y sea inscrito en el escalafón docente, así las cosas, no puede esta célula judicial emitir una decisión bajo supuestos, ni mucho menos otorgarle al accionante derechos que solo se adquieren una vez superado el periodo de prueba, lo que en el presente asunto no ha sucedido, razón suficiente para negar las pretensiones que en ese sentido se han formulado.

4. Recursos de apelación

El **accionante** recurrió la sentencia señalando que, lo solicitado en la demanda no es la inscripción en el escalafón docente y por ende la adquisición de derechos de carrera por parte del actor puesto que para ello debe superarse el periodo de prueba, sino que lo pretendido es el reconocimiento de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir por este desde junio de 2016, siendo una cosa la superación del periodo de prueba para adquirir los derechos de carrera en el servicio educativo estatal que está supeditado al cumplimiento de una norma (Artículo 19 Ley 1278 de 2002), y otra el reconocimiento por parte del Juez de los salarios y prestaciones sociales no cancelados al demandante, pues esto último no implica la inscripción en el escalafón docente ni la adquisición de derechos de carrera.

En tal sentido, advierte que con el fallo no se restableció el daño causado al actor con la expedición del acto administrativo, toda vez que el daño infringido se concreta en la imposibilidad de recibir la contraprestación económica por la prestación del servicio.

El **departamento de Caldas** formuló apelación insistiendo en los argumentos expuestos en la contestación a la demanda referentes a la irregularidad que a su juicio se presentaría al nombrar como docente a una persona que no cumple con los requisitos para desempeñar dicho cargo, agregando que en la actualidad no hay plazas dentro del territorio para el nombramiento que se impuso, por lo que no puede la justicia arrogarse facultades administrativas que no le competen, ya que no se puede retirar de una plaza a una persona que la está ocupando en carrera administrativa nombrado con todas las exigencias de ley para allí ubicar a una que no tiene la formación ni los requisitos para ello.

II. Consideraciones

1. Problemas jurídicos

Al analizar la sentencia de instancia y el escrito de impugnación, el asunto jurídico a resolver se centra en dilucidar:

¿Contaba el departamento de Caldas con facultades para negarse a efectuar el nombramiento en periodo de prueba del señor Jorge Miguel Gutiérrez Díaz, pese a haber sido incorporado en la lista de elegibles para el cargo de docente en educación religiosa, con ocasión del concurso de méritos adelantado por la Comisión Nacional del Servicio Civil?

De no ser así ¿Debe efectuarse a título de restablecimiento de derecho el pago de los salarios que el actor hubiese devengado en el referido cargo?

2. Primer problema jurídico

Tesis del Tribunal: El departamento de Caldas, en su carácter de nominador con ocasión del concurso público de méritos adelantado para la provisión de cargos de docente en dicho ente territorial, no contaba con la facultad para reabrir etapas del concurso que fueron agotadas en su oportunidad por parte de la entidad administradora del mismo, tales como la valoración de requisitos mínimos para el cargo.

Para fundamentar lo anterior, se analizarán: i) las situaciones jurídicamente relevantes acreditadas; ii) el marco normativo y jurisprudencial de los concursos de méritos y iii) el caso concreto.

2.1. Situaciones jurídicamente relevantes probadas

- Mediante Acuerdo 0223 del 2 de octubre de 2012 la Comisión Nacional del Servicio Civil inició la Convocatoria 179 de 2012¹, estableciendo como una de las etapas del concurso la “*VERIFICACIÓN DE CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS MÍNIMOS*” señalando que la misma estaría a cargo de las universidades contratadas por la CNSC para el efecto, siendo una etapa previa a la publicación del correspondiente registro de elegibles.
- Según Resolución 1197 del 7 de abril de 2015 expedida por la Comisión Nacional del Servicio Civil, el actor conformó la lista de elegibles para proveer dos vacantes de “*Docentes en Educación Religiosa*” de las instituciones educativas oficiales de la entidad territorial certificada en educación municipio de Manizales, ocupando el puesto noveno.
- Posteriormente, y atendiendo a la falta de cargos vacantes en el municipio de Manizales, mediante Resolución CNSC-20162000010255 del 29 de marzo de 2016 emanada por la Comisión Nacional del Servicio Civil, se conformó registro de elegibles para proveer empleos vacantes en “*Establecimientos Educativos Oficiales*”, del departamento de Caldas para el cargo de docente en educación religiosa, ocupando el señor Jorge Miguel Gutiérrez Díaz el 2º puesto (fls. 23-25, cdo. 1).
- La entidad territorial demandada, mediante el acto demandado, negó al demandante su nombramiento en periodo de prueba correspondiente al concurso de méritos convocado mediante acuerdo 0223 del 02 de octubre de 2012, aduciendo que este no cumple los requisitos para desempeñar el cargo, atendiendo a que el título de licenciatura en la materia, obtenido por el actor no corresponde a un programa de Educación Superior legalmente reconocido por el Ministerio de Educación Nacional (fl. 39, cdo. 1).

2.2. Concursos de mérito – convocatoria como marco regulatorio de los mismos

El concurso público es el mecanismo establecido por la Constitución Política para que, en el marco de una actuación objetiva y reglada, se tenga en cuenta el mérito

¹ Acto general de alcance nacional y acceso público a través de la página web de la CNSC: <https://www.cnsc.gov.co/docs/MANIZALES-223.pdf>

como criterio determinante para proveer los empleos del sector público, actuación en la cual se evalúan las capacidades, la preparación y las aptitudes generales y específicas de los distintos aspirantes a un cargo, para de esta manera generar los correspondiente registros de elegibles que sirvan para la provisión de cargos al interior de las entidades públicas².

Así mismo, el concurso de méritos al ser un instrumento que garantiza la selección fundada en la evaluación y la determinación de la capacidad e idoneidad del aspirante para desempeñar las funciones y asumir responsabilidades, se convierte en una actuación administrativa que debe ceñirse a los postulados del debido proceso constitucional.

Sobre este particular, el Consejo Estado ha advertido que las entidades encargadas de llevar a cabo los concursos de méritos deben estipular con claridad las etapas de la convocatoria, las cuales deben ser respetadas tanto por la administración como por los participantes.³

Respecto de la obligatoriedad de lo establecido en las convocatorias, la Corte Constitucional, en sentencia T-829 de 2012⁴, afirmó:

“Por tanto, si lo que inspira el sistema de carrera es el mérito y la calidad, son de suma importancia las diversas etapas que debe agotar el concurso público. En las diversas fases de éste, se busca observar y garantizar los derechos y los principios fundamentales que lo inspiran, entre otros, los generales del artículo 209 de la Constitución Política y los específicos del artículo 2 de la Ley 909 de 2004. La sentencia C-040 de 1995 reiterada en la SU-913 de 2009, explicó cada una de esas fases, las que por demás fueron recogidas por el legislador en el artículo 31 de la Ley 909 de 2004. Así:

“1. Convocatoria. Es la norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes.

2. Reclutamiento. Esta etapa tiene como objetivo atraer e inscribir el mayor número de aspirantes que reúnan los requisitos para el desempeño de los empleos objeto del concurso.

3. Pruebas. Las pruebas o instrumentos de selección tienen como finalidad apreciar la capacidad, idoneidad y adecuación de los aspirantes a los diferentes empleos que se convoquen, así como establecer una clasificación de los candidatos respecto a las calidades requeridas para desempeñar con efectividad las funciones de un empleo o cuadro funcional de empleos.

La valoración de estos factores se efectuará a través de medios técnicos, los cuales deben responder a criterios de objetividad e imparcialidad.

² Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, C.P: Bertha Lucia Ramírez De Páez, 2 de agosto de 2012, Radicación número: 18001-23-31-000-2002-00196-01(2665-11).

³ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, C.P: Stella Jeannette Carvajal Basto, 14 de junio de 2018, radicación: 18001-23-31-000-2002-00196-01(2665-11).

⁴ M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

4. *Listas de elegibles. Con los resultados de las pruebas...se elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con ésta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso.*

5. *Periodo de prueba. La persona no inscrita en carrera administrativa que haya sido seleccionada por concurso será nombrada en período de prueba, por el término de seis (6) meses, al final de los cuales le será evaluado el desempeño, de acuerdo con lo previsto en el reglamento.*

“Aprobado dicho período, al obtener evaluación satisfactoria, el empleado adquiere los derechos de la carrera, los que deberán ser declarados mediante la inscripción en el Registro Público de la Carrera Administrativa. De no obtener calificación satisfactoria del período de prueba, el nombramiento del empleado será declarado insubsistente”.

3.4. La convocatoria es, entonces, “la norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes”, y como tal impone las reglas de obligatoria observancia para todos. En ella la administración impone los parámetros que guiarán el proceso y los participantes, en ejercicio del principio de la buena fe y la confianza legítima, esperan su observancia y cumplimiento. La Corte Constitucional, sobre este particular, ha considerado que el Estado debe respetar y observar todas y cada una de las reglas y condiciones que se imponen en las convocatorias, porque su desconocimiento se convertiría en una trasgresión de principios axiales de nuestro ordenamiento constitucional, entre otros, la transparencia, la publicidad, la imparcialidad, así como el respeto por las legítimas expectativas de los concursantes. En consecuencia, las normas de la convocatoria sirven de autovinculación y autocontrol porque la administración debe “respetarlas y que su actividad, en cuanto a la selección de los aspirantes que califiquen para acceder al empleo o empleos correspondientes, se encuentra previamente regulada”

(...)

En ese contexto, es indiscutible que las pautas del concurso son inmodificables y, en consecuencia, a la administración no le es dado hacer variaciones por cuanto se afectarían principios básicos de nuestra organización, como derechos fundamentales de los asociados en general y de los participantes en particular” (Subrayado fuera de texto).“

2.3.Caso concreto

Se encuentra acreditado que el señor Jorge Miguel Gutiérrez Díaz culminó satisfactoriamente el concurso de méritos adelantado por la Comisión Nacional del Servicio Civil para la provisión de cargos docentes, entre ellos los pertenecientes a la planta de instituciones educativas adscritas al departamento de Caldas, certamen en razón del cual aquel fue incluido en el registro de elegibles para la provisión del cargo de docente en educación religiosa, registro frente al cual la entidad territorial, contaba con dos posibilidades en los términos del acuerdo 223 de 2012 -norma reguladora de dicho trámite- a saber:

(i) En los términos del artículo 53 de dicho acuerdo *“Una vez hecha la selección*

de plaza en establecimiento educativo de desempeño, la entidad territorial debe hacer el nombramiento en periodo de prueba a más tardar dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la culminación de la Audiencia Pública.”

○

(ii) En los términos del artículo 47 *“Dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de la publicación de la lista de elegibles, las Secretarías de Educación, o quienes hagan sus veces en las entidades territoriales que hacen parte de la presente convocatoria... solicitar a la Comisión Nacional del Servicio Civil la exclusión de la lista de elegibles de la persona o personas que figuren en ella, por los siguientes hechos: 1. Fue admitida al concurso sin reunir los requisitos exigidos en la convocatoria.”* (Se resalta)

Como puede verse, el departamento de Caldas al momento de recibir el registro de elegibles por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil tenía la obligación de efectuar el nombramiento del señor Jorge Miguel Gutiérrez Díaz en periodo de prueba o en caso de considerar que este no cumplía con los requisitos para el desempeño del cargo, contaba con la facultad de solicitar ante dicha autoridad como Administradora del concurso la exclusión del demandante de la correspondiente lista de elegibles.

Así las cosas, es claro que el departamento de Caldas no contaba con la facultad para negarse a efectuar el nombramiento del actor, considerando y determinando a *motu proprio* que el demandante no contaba con los requisitos para el desempeño del cargo, pues tal determinación correspondía únicamente a la Comisión Nacional del Servicio Civil previa formulación de solicitud de exclusión por parte del ente territorial.

2.4. Conclusión

En tal sentido, para la Sala lo anterior es razón suficiente para declarar -como lo hizo el a *quo*- la nulidad del acto administrativo demandado, advirtiéndose que para esta Colegiatura no son de recibo las apreciaciones formuladas por la entidad territorial sobre la inexistencia de vacantes en que pueda ser nombrado el aquí demandante, en primer lugar por tratarse de una situación que no pasó de ser una mera afirmación del ente territorial desprovista de cualquier tipo de prueba y fundamentalmente por tratarse de un argumento de defensa que no fue planteado en su oportunidad ante el Juez de primera instancia, por lo que como ya lo ha señalado este Tribunal en otras oportunidades con sustento en la posición adoptada por el Consejo de Estado sobre el particular, no es dable entrar a formular nuevos cargos de nulidad o defensa en medios de control como el presente en la etapa de apelación, pues su análisis constituiría una vulneración al debido proceso de la contraparte y más exactamente al principio de congruencia que debe ser respetado por los fallos judiciales⁵.

⁵ Sobre el particular véase sentencia del 27 de julio de 2020 Radicado: 17-001-33-33-004-2017-00357-02, M.P. Dohor Edwin Varón Vivas, en la cual esta Corporación reitera posición adoptada por el Consejo de Estado en proveído de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, 5 de junio de 2014, radicación No. 25000-23-25-000-2012-00762-01(0623-13), al señalar: *“Así las cosas, la Sala no se adentrará en el estudio del ya referido cargo de apelación que fuere formulado por la parte accionada, pues como se advirtió, la denominada “no causación de perjuicios -intereses- por fuerza mayor” no fue una consideración propuesta ante el a quo, sino que fue una nueva manifestación sorpresivamente introducida en sede de apelación”*

3. Segundo problema jurídico *¿Debe efectuarse a título de restablecimiento de derecho el pago de los salarios que el actor hubiese devengado en el referido cargo?*

Tesis del Tribunal: El restablecimiento del derecho ordenado por el *a quo* responde acertadamente a las características del presente asunto, retro trayendo las cosas al estado en que se hubiesen presentado de no haberse expedido el acto demandado, sin que sea posible considerar como un hecho cierto o como una consecuencia inherente a la nulidad del acto que el demandante habría de superar el periodo de prueba. Y en tal sentido no es dable entrar a ordenar el reconocimiento de los salarios o prestaciones reclamadas por la parte actora.

Atendiendo a la naturaleza del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho ha sido reiterado por el Consejo de Estado que el efecto de las sentencias que declaran la nulidad de actos administrativos y disponen el restablecimiento del derecho, no es otro que el de retrotraer las situaciones jurídicas al estado en que se encontraban o en el caso en que no sea posible reconocer las indemnizaciones correspondientes que generen económicamente la satisfacción de los derechos que fueron afectados.

En este orden de ideas, es claro que los efectos de la declaratoria de nulidad del acto administrativo demandado que negó el nombramiento del actor, no es otro que el que se nombre al actor en periodo de prueba, sin que sea posible extenderse más allá de las consecuencias de esta nulidad. Sobre estos efectos del restablecimiento del derecho, el Consejo de Estado ha señalado⁶:

“En relación con el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir desde el momento en que el señor Raúl Vladimir Pérez Acevedo debió ser nombrado en periodo de prueba, la Subsección hará las siguientes precisiones:

En primer lugar, debe anotarse que los efectos de la nulidad que se declara se contraen a retrotraer las cosas al estado en el que estaban antes de la expedición del acto demandado que se anula, consecuencia que implica, para lo que interesa al particular, que el actor sea declarado ganador del concurso para el cargo de docente, pero no conlleva el pago de salarios y prestaciones, de los cuales no se puede decir que los venía devengando y que dejó de hacerlo en virtud de la expedición del acto demandado.

En segundo lugar, es preciso indicar que en la parte resolutoria de la providencia cuya adición se solicita, se ordenó nombrar en período de prueba al señor Raúl Vladimir Pérez Acevedo, pero ello no genera de manera inevitable el derecho al pago de salarios y prestaciones que se hubieren causado hasta el cumplimiento de la sentencia, toda vez que el nombramiento en periodo de prueba se supera con la evaluación satisfactoria en el desempeño del cargo (Estatuto de Personal de la Universidad Nacional, artículo 10)², es decir, la continuidad en el cargo y el perfeccionamiento de los derechos de carrera frente al mismo, están sometidos a una condición suspensiva, situación que para el momento de dictar sentencia es incierta.

⁶ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, C.P.: William Hernández Gómez, sentencia de 21 de abril de 2016, radicado: 25000-23-25-000-2002-00526-01(1726-08).

Situación distinta se presenta en los casos en los que se dispone el reintegro al cargo de una persona, con derechos de carrera frente al mismo, cuyo retiro fue ilegal, y generó la nulidad del acto administrativo que la separó del servicio, pues en esa hipótesis su continuidad tiene un mayor grado de certidumbre.

En este orden de ideas, debe advertir esta Colegiatura que si bien, la declaratoria de nulidad del acto que negó el nombramiento del demandante tiene los efectos necesarios de restablecimiento inherentes a que este sea nombrado en periodo de prueba en los términos del artículo 53 del Acuerdo 223 de 2012 -norma reguladora del concurso público de méritos, por modo alguno puede asumirse que dicho periodo de prueba será superado satisfactoriamente, por lo que ordenar el pago de salarios deprecado por el demandante corresponde a una circunstancia eventual que no puede ser asegurada como efecto necesario de nulidad del acto demandado.

En este orden de ideas, es claro que la orden de nombramiento del actor en periodo de prueba tendrá los efectos económicos que hubiese tenido de haberse actuado de tal manera por parte de la entidad accionada en su momento, esto es, efectuando el pago de los salarios y prestaciones que se causen durante dicho periodo de prueba, sin que sea dable disponer el pago de tales emolumentos como lo pretende la parte actora “desde el mes de julio de 2016”, pues la nulidad del acto demandado no tiene la virtualidad de garantizar que el actor habría permanecido en el cargo de docente por más tiempo que el del periodo de prueba.

En similar sentido, esta Sala se ha pronunciado en asuntos en que se ha ordenado, por ejemplo, el reintegro de policías o militares retirados del servicio, asuntos en los cuales, en la misma línea de intelección se han negado las pretensiones relacionadas a la concesión de ascensos, por tratarse de situaciones eventuales que podrían o no haberse presentado en caso de que los actos declarados nulos no hubiesen sido expedidos, pero que no es posible asegurar su existencia. En efecto esta Corporación en decisión del 04 de junio de 2021⁷ señaló:

“En este orden de ideas, si bien la declaratoria de nulidad del acto que retiró del servicio al aquí demandante tiene los efectos de crear la ficción legal de que no existió solución de continuidad en la prestación del servicio, es necesario advertir, que la mera prestación del servicio en la Policía Nacional no otorga en forma automática el derecho a que el actor sea ascendido dentro del escalafón de dicha institución castrense...”

Así, dado que la orden emitida por el *a quo* de nombrar al actor en periodo de prueba tendrá los efectos económicos sobre los cuales se puede tener certeza, esto es, el pago de salarios y prestaciones durante dicho periodo, una vez sea prestado el servicio por el actor, se itera como consecuencia de la nulidad del acto demandado, se confirmará la decisión adoptada en primera instancia.

Por lo anterior se impone confirmar la sentencia objeto de alzada.

⁷ Radicado: 17-001-33-33-001-2016-00058-02, M.P. Dohor Edwin Varón Vivas.

4. Costas

No se impondrá condena en costas al haberse despachado desfavorablemente los argumentos de apelación tanto de la parte actora como de la entidad accionada, esto al tenor de lo dispuesto por el artículo 365 del CGP.

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

FALLA

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia proferida el 21 de mayo de 2020 por el Juzgado Sexto Administrativo de Manizales, que accedió parcialmente a las pretensiones del demandante en el proceso instaurado por Jorge Miguel Gutiérrez Díaz contra el Departamento de Caldas y la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE

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

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente

AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado
(Con Salvamento de Voto)

AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Magistrado ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

A.I.077

Auto resuelve incidente liquidación perjuicios

Proceso	Reparación directa
Radicación	17 001 23 00 000 2012 00257 00 acumulado 17 001 23 00 000 2012 00077 00
Demandante(s)	ADALBERT ROJAS SIERRA - ALBERT ANDRÉS ROJAS
Demandado(s)	NACION-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL- FUERZA AÉREA COLOMBIANA

Manizales, veintidos (22) de junio de dos mil veintiuno (2021).

Proyecto aprobado en sala de la presente fecha.

§01. Esta Sala de decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, procede a decidir el incidente de regulación de perjuicios en el proceso de la referencia.

1. Antecedentes

1.1. La demanda (fls. 15 a 24 c. 1)

§02. El señor ADALBERTO ROJAS SIERRA, en nombre propio y en representación de su hijo menor ALBERT ANDRÉS ROJAS propuso demanda de reparación directa contra de la NACION – MINISTERIO DE DEFENSA, para que declarase su responsabilidad patrimonial por las lesiones sufridas el pasado el 7 de abril de 2010.

§03. Como hechos planteó que el 30 de marzo de 2010, el señor ALEXANDER ROJAS GARCÍA, hijo del demandante padre y hermano del menor, se desempeñaba como soldado en la base aérea de Palanquero, en el municipio de Puerto Salgar. En sus labores realizaba la poda y el mantenimiento del área de polígono donde las aeronaves artilladas hacen sus prácticas con munición de guerra. Sin embargo, no recibió instrucción alguna que le permitiera identificar y manipular esta clase de elementos. Por la naturaleza de las municiones, esta labor debía ser adelantada por un experto y bajo supervisión.

§04. El soldado encontró un artefacto, el cual le pareció propicio para hacer una artesanía, lo colocó en el bolsillo, salió por la guardia de la base sin ser requerido para que lo devolviera. Lo llevó para su casa, en donde fue manipulado por su hermano menor. Pero explotó causando la amputación del antebrazo derecho, heridas en el hemi-tórax izquierdo, rodilla derecha, y quemaduras en el tórax. Al soldado se le adelantó un procedimiento penal que no lo encontró responsable, pues éste asumió que al estar abandonado no revestía peligrosidad.

1.2. Sentencia de primera instancia que no fue apelada

§05. En sentencia de primera instancia del 26 septiembre 2017, se declaró la responsabilidad de la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-EJÉRCITO NACIONAL – FUERZA AÉREA**, condenándosele al pago de los perjuicios materiales con sujeción a la parte motiva de esta providencia.

§06. En el caso específico de los perjuicios materiales por lucro cesante del menor Albert Andrés Rojas García, el numeral cuarto de la parte resolutive de la sentencia dispuso:

“CONDENAR en abstracto a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL – FUERZA AÉREA, a pagar a favor del menor Albert Andrés Rojas García, por concepto de lucro cesante las sumas que le correspondan, de acuerdo a la incapacidad laboral que se determine y con sujeción a la parte motiva de esta providencia. Para el efecto, la liquidación en concreto se deberá solicitarse por el demandante ante este Tribunal, en los términos previstos en el art. 172 del C.C.A. y teniendo en cuenta los parámetros acogidas por la Sala.”

1.3. El incidente de regulación de perjuicios

§07. El 01 de diciembre de 2017 la Doctora Diana Patricia Puche Cabrera presentó la solicitud del incidente¹. El 02 de febrero de 2018 se requirió a la abogada para que allegara la liquidación motivada específica de la cuantía², la cual realizó el 12 de febrero de 2017³, con las siguientes pretensiones:

“El lucro cesante total a cancelar al señor Albert Andrés Rojas García 1.106.897.107 milgar (Cundinamarca) es la suma de CIENTO SESENTA Y SEIS MILLONES QUINIENTOS CUATRO MIL QUINIENTOS SETENTA Y UN PESOS M/cte (\$166.504.571.00).

RESUMEN

LUCRO CESANTE VENCIDO O CONSOLIDADO \$ 38.826.373.00

LUCRO CESANTE FUTURO: \$ 127.678.198.00

TOTAL LUCRO CESANTE \$ 166.504.571.00...”

1.4. Tránsito procesal

§08. Del escrito incidental se dio traslado por tres días a la entidad demandada el día 9 de octubre de 2018⁴.

§09. Así, mediante auto de fecha 06 de noviembre de 2018, se procedió a dar apertura a la etapa probatoria en el presente asunto, decretando como pruebas los documentos allegados con el incidente y los que se hicieron valer durante el proceso.

§10. La Nación-Ministerio de Defensa-Fuerza Aérea de Colombia⁵ contestó oportunamente el incidente, solicitando se consideraran unos argumentos que se analizarán más adelante.

¹ fs. 3 a 9 c. incidente.

² f. 60 c. incidente

³ fs. 74 a 83 c. incidente

⁴ fl 101.

⁵ fs. 104-105 c.indicidente

2. Consideraciones

2.1. Competencia

§11. El Foro es competente para decidir el presente asunto conforme al artículo 172 del CCA.

2.3. Problema jurídico

§12. *¿Cuál es la liquidación en concreto del lucro cesante que le corresponde al demandante?*

2.2. Lo demostrado en el trámite

§13. Del material probatorio que reposa en el expediente, para la presente decisión se destaca lo siguiente:

§14. Copia de la historia clínica de Albert Andrés Rojas García, donde consta que sufrió de amputación de antebrazo derecho traumática. (fls 22-59)

§15. Copia y original del dictamen de determinación de origen y/o pérdida de capacidad Laboral⁶, del cual se destaca:

§15.1. La Junta Regional de Calificación de Invalidez determinó la pérdida de capacidad en 69,82%.

§15.2. El dictamen consideró: “... *paciente masculino de 22 años, estado civil soltero, escolaridad bachiller, vive en Melgar, Tolima, ocupación estudiante de contabilidad y finanzas en el Sena, quien laboraba los fines de semana en un hotel como trabajador informal durante el año. Refiere antecedente de amputación transradial derecha por artefacto explosivo ocurrida el 7 de abril de 2010, además dedos en gatillo 4 y 5 mano izquierdo, dolor crónico en antebrazo izquierdo. En la actualidad utiliza prótesis en mal estado.*”

§15.3. El objeto de la valoración es: “*De acuerdo con las consideraciones anotadas, con base en los fundamentos de Hecho y de Derecho, con el concepto de la terapeuta ocupacional de la Junta Regional de calificación del Tolima y lo manifestado por el paciente, se califica la pérdida de la capacidad laboral con un Valor final de la deficiencia (Ponderado) - Título I de 44,83% Valor final rol laboral, ocupacional y otras áreas ocupacionales - Título II 25,00% Pérdida de la capacidad laboral y ocupacional (Título I + Título II) 69,83%, de origen ACCIDENTE COMÚN fecha de estructuración el 7 de abril de 2010.*”

2.3. De los argumentos que la demandada solicita sean considerados

§16. La Nación solicitó que se tengan en cuenta:

⁶ fls 70vto-73 y 93-99

§16.1. El dictamen fue evaluado para un rol ocupacional de un menor de edad.

§16.2. La víctima está en proceso de formación académica, en el programa de negocios y finanzas con el SENA, y en cualquier momento puede retomar la actividad laboral.

§16.3. Se analizó que el evaluado tiene una prótesis en mal estado, por lo que la EPS respectiva debe propender por una que sea lo más funcional posible.

§16.4. Se parte de la premisa de la imposibilidad absoluta de trabajar.

§16.5. Lo anterior se puede controvertir con una nueva valoración.

§17. Al respecto, debe aclararse que la víctima sufrió amputación del antebrazo derecho. Y la mano izquierda no es totalmente funcional.

§18. En efecto, la especialidad de medicina laboral conceptuó que víctima sufrió “... *Amputación transradial de miembro superior derecho, prótesis de antebrazo y mano derecha en mal estado...*” Además, “... *Deformidad en flexión de 4 y dedo mano izquierda con garra cubital, atrofia muscular de interóseo, palidez y sudoración de palma mano izquierda... Cuando existe una lesión baja, a nivel de la muñeca o algo por encima de ella, los dedos 4º y 5º adoptan una posición especial al solicitarle al paciente que extienda todos sus dedos: la 1ª falange se coloca en hiperextensión y la 2ª y 3ª en flexión, mientras que el pulgar, índice y medio, llegan a la extensión completa...*”

§19. En concordancia con el concepto anterior, la especialista de terapia ocupacional indicó: “... *tiene una prótesis con apertura y cierre de la mano en mal estado, que no usa porque genera dolor a nivel del codo. En MSI mano en garra laxa, con atrofia de interóseos... Utiliza su mano trípode para escribir, abotona y desabotona, es independiente en ABC con ayuda para la ejecución de actividades bilaterales como cortar, agarre cilíndrico y agarres de potencia. Sensibilidad alterada en zona autónoma del cubital. Realiza algunas actividades de la vida doméstica como ayudar a cuidar su hermana de 11 años, prepara algunos alimentos para completar el almuerzo de su familia.*”

§20. Respecto a las inquietudes de la entidad demandada, el dictamen se realizó a la víctima que en la actualidad es mayor de edad, y a pesar de que esté adquiriendo conocimientos académicos, tiene el antebrazo izquierdo amputado y la mano derecha con múltiples deficiencias. Por lo que no puede entrarse a divagaciones en torno a las posibilidades hipotéticas laborales, sino a la valoración del rol laboral que realmente pueda tener el afectado.

§21. De esta manera, la valoración del rol laboral de 25 puntos no es arbitraria.

§22. Además, la entidad demandada tuvo la oportunidad de controvertir detalladamente el dictamen, allegando conceptos técnicos que permitieran ilustrar por qué consideraba que la valoración del rol laboral era arbitraria, que no allegó ni solicitó prueba pericial en contra.

§23. De esta manera, se asumirá el dictamen de la junta regional de calificación de invalidez para determinar el lucro cesante.

2.4. Liquidación del lucro cesante

§24. Para determinar el valor a indemnizar por concepto de lucro cesante, la sentencia dispuso que era necesario conocer el porcentaje de pérdida de capacidad laboral de ALBERT ANDRÉS ROJAS GARCÍA. El mismo fue establecido por la Junta de Calificación de Invalidez del Tolima.

§25. Ahora bien, de conformidad con lo manifestado en sentencia de primera instancia en la cual dispuso lo siguiente:

“Respecto al menor Albert Andrés, como consecuencia de la activación del artefacto explosivo, sufrió la amputación del miembro superior derecho; no obstante, no se dispone de elementos que permitan determinar su pérdida de capacidad laboral, pues la historia clínica y los reconocimientos del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses⁷, no son suficientes para establecer la pérdida de capacidad laboral.

*Por lo tanto, se ordenará indemnizar este perjuicio en abstracto. Una vez se haya obtenido en el incidente de liquidación, **un concepto de la Junta de Calificación de Invalidez que permita conocer el nivel de pérdida de capacidad laboral del menor, éste se liquidará con base a los criterios que se deben tener en cuenta para liquidar el lucro cesante a favor de Albert Andrés Rojas, derivado de sus propias lesiones, en cuanto a la pérdida de capacidad laboral, la edad del menor y el salario mínimo vigente a la fecha de ejecutoria de la presente sentencia, así mismo se tendrá en cuenta los parámetros vigentes de liquidación de este perjuicio utilizados por la Sección tercera del Consejo del Estado**”.*

§26. Partiendo de lo anterior, se liquidará, en primer lugar, el lucro cesante debido o consolidado, desde el 07 de abril 2010, fecha en que se produjo el daño y que quedó debidamente probado en el proceso (fecha en que comienza a reportar el cese de ingresos), hasta la fecha de expedición de la liquidación- (mediante la presente providencia).

2.4.1. El lucro cesante consolidado de los menores se cuenta a partir de la mayoría de edad

§27. El hecho que una víctima sea menor de edad no implica que no tenga derecho al lucro cesante. *“En este tipo de eventos, la indemnización no se concede en función de los ingresos que percibía la víctima al momento de los hechos, aunque ese pueda ser un parámetro útil para tasarla, sino en proporción a la situación desfavorable en la que quedará para desempeñar una actividad productiva con todas sus potencialidades.”*

§28. *“[L]o indemnizable no es la pérdida de la producción, sino la pérdida de la productividad. Exigir que la víctima esté trabajando al momento del accidente, conduce a que solo sea indemnizable el daño presente, cuando en el fondo, nadie niega que el perjuicio futuro también pueda ser cierto así sea virtualmente (...) Una persona que sufre una lesión y como consecuencia de ella ve menguada su capacidad para trabajar tiene derecho a la indemnización por el lucro cesante a partir del momento en el cual cumpla la mayoría de edad, porque lo que se indemniza es la pérdida de “la integridad personal que le permitía tener la libertad real de escoger*

⁷ Folio 431- 461 y 500 C.2 A.

entre trabajar y no hacerlo y, decidiéndose por la afirmativa, poder optar entre una y otra profesión. Si esas facultades de trabajo se ven disminuidas, el responsable deberá indemnizar, ya que si la víctima recibe oferta de trabajo deberá rechazarla a causa de su incapacidad y eso constituye un daño que ha de ser reparado.”⁸

§29. Y aunque se demostrara que el menor de edad devengaba algún tipo de emolumento por labores realizadas, “... *mal haría esta Corporación en reconocer a los demandantes rubro alguno por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante consolidado por el periodo de tiempo en el cual el joven Zafra no había alcanzado la mayoría de edad, debido a que con esta actuación se estaría amparando el trabajo infantil, proscrito en nuestro ordenamiento legal.*”⁹

§30. En los casos de menores de edad y para el cálculo del lucro cesante, “... *la Sala procederá a aplicar la presunción jurisprudencial que una persona en edad productiva devenga por lo menos un salario mínimo legal.*”¹⁰

§31. En vista a que la pérdida de capacidad laboral dictaminada alcanza 61.9%, la indemnización se liquidará sobre el 100% de los ingresos percibidos¹¹ y se tomará el valor actual del salario mínimo legal vigente, cuyo monto es de novecientos ocho mil quinientos veintiséis pesos (\$908.526).

§32. Al cual le es adicionado el 25%, esto es un millón ciento treinta y cinco mil seiscientos cincuenta y siete pesos con cincuenta centavos (\$1.135.657,50), criterio que ha sido adoptado por la jurisprudencia del Consejo de Estado¹², por considerar que ese porcentaje corresponde a las prestaciones mínimas obligatorias.

§33. Se tiene en cuenta que ALBERTH ANDRÉS ROJAS GARCÍA nació el 22/07/1995¹³, antes de la ocurrencia de los hechos el 7 de abril de 2010.

§34. El lucro cesante consolidado se procede a liquidar con la siguiente fórmula:

$$S = Ra \frac{(1 + i)^n - 1}{i}$$

⁸ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de Responsabilidad Civil. Bogotá, Ed. Temis. 2007, 2ª ed. Págs. 913 y ss. El autor cita al respecto el siguiente aparte de Roger Dalq: “*Inclusive, cuando no hay ninguna pérdida de remuneración, un daño material puede existir por el solo hecho de las lesiones físicas y deberá siempre ser evaluado teniendo en cuenta las repercusiones reales o probables, el esfuerzo suplementario de la víctima para poder cumplir el mismo trabajo, el riesgo de no poder hallar otro empleo en caso de que deba cambiar, la posibilidad de disponer de su organismo, etc. Este perjuicio material debe ser evaluado e indemnizado. A este respecto los ingresos de la víctima no constituyen pues el único factor de medida. No son más que un criterio de apreciación entre otros*”.

⁹ Artículo 14 del Decreto 2737 de 1989.

¹⁰ “(...) *En caso de no poder determinarse el último salario mensual del señor Hincapié Jaramillo, se tendrá en cuenta el monto del salario mínimo para la época del accidente (julio 15 de 1984), pues estando probado que trabajaba en todo caso tendría que devengar por lo menos dicho salario mínimo (...)*” - Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 18 de mayo de 1990, Exp. NS-121, C.P.: Clara Forero de Castro. Esta tesis ha sido reiterada por la Corporación en múltiples fallos, entre otros por Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera, Sentencia de 13 de septiembre de 1999, Exp. 15504, C.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez; Sentencia de 7 de octubre de 1999, Exp. 12655, C.P.: María Elena Giraldo Gómez; Sentencia de 11 de abril de 2002, Exp. 13227, C.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez; Sentencia de 12 de mayo de 2011, Exp. 18902, C.P.: Danilo Rojas Betancourth; Sentencia de 25 de julio de 2011, Exp. 19434, C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección A Magistrada Ponente, Martha Nubia Velasco Rico; rad. 19001-23-31-000-2001-00858-02 (exp. 37059) Bogotá 25 de enero de 2017. CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION TERCERA-SUBSECCION C - Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA Bogotá D.C., veinticinco (25) de febrero de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 68001-23-31-000-2006-01051-01(39347)

¹² Sentencia de 4 de octubre de 2007 radicado al No. 47001-23-31-000-1996-05001-01 (16.058). M.P. Enrique Gil Botero.

¹³ F. 94 c. incidente.

i

Dónde:

S = Es la indemnización a obtener.

Ra = Es la renta o ingreso mensual actualizado que equivale a \$1.135.657,50

i= interés puro o técnico: 0.004867

n= número de meses, que comprende el período indemnizable, contados a partir de que el menor adquirió la mayoría de edad (22 de julio de 2013) hasta la fecha de la presente providencia (23/06/2021), 94 meses.

$$S = \$1.135.657,50 \frac{(1 + 0.004867)^{94} - 1}{0.004867} = \$136.746.734$$

§35. Valor de indemnización por concepto de lucro cesante consolidado: CIENTO TREINTA Y SEIS MILLONES SETECIENTOS CUARENTA Y SEIS MIL SETECIENTOS TREINTA Y CUATRO PESOS (\$136.746.734m/cte) moneda corriente.

2.4.2.Lucro cesante futuro

§36. En relación con el lucro cesante futuro, adicionalmente se tendrán en cuenta las tablas de expectativa de vida de la Superintendencia Financiera, de conformidad con la Resolución 1555 de 2010 la expectativa de vida probable para los hombres con edad de 18 años es de 61,9 lo que equivale a 742.8 meses, menos los 95, nos arroja 647,8 meses para lo cual se procederá a liquidar con la fórmula:

$$S = \frac{ra \times (1 + i)^n - 1}{i(1+i)^n}$$

S = Es la indemnización del perjuicio material en modalidad de lucro cesante futuro a obtener

Ra = Es la renta o ingreso mensual actualizado que equivale a \$1.135.657,50

i= Interés puro o técnico: 0.004867

n= es el número de meses que comprende el período indemnizable, teniendo en cuenta la expectativa de vida de la víctima.

Reemplazando, se tiene:

$$S = \$1.135.657,50 \frac{(1 + 0.004867)^{648,8} - 1}{0.004867(1+0.004867)^{648,8}} = \$223.339.758$$

Valor de indemnización por concepto de lucro cesante futuro: DOSCIENTOS VEINTITRÉS MILLONES TRESCIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y OCHO PESOS moneda corriente (\$233.339.758M/cte).

§37. Por lo discurrido, la sala sexta del Tribunal Administrativo de Caldas,

RESUELVE

PRIMERO: Liquidar los perjuicios materiales por lucro cesante que debe pagar la NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA- FUERZA AÉREA DE COLOMBIA a

favor del señor ALBERTH ANDRÉS ROJAS GARCÍA en las siguientes sumas: lucro cesante consolidado por la suma de CIENTO TREINTA Y SEIS MILLONES SETECIENTOS CUARENTA Y SEIS MIL SETECIENTOS TREINTA Y CUATRO PESOS (\$136.746.734m/cte) moneda corriente; lucro cesante futuro por la suma de lucro cesante futuro: DOSCIENTOS VEINTITRÉS MILLONES TRESCIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y OCHO PESOS moneda corriente (\$233.339.758M/ cte).

SEGUNDO: Si tras la ejecutoria esta providencia no fuere apelada, por Secretaría dispóngase la remisión del expediente al Honorable Consejo de Estado para surtir el grado jurisdiccional de consulta, de conformidad con el artículo 184 del Código Contencioso Administrativo.

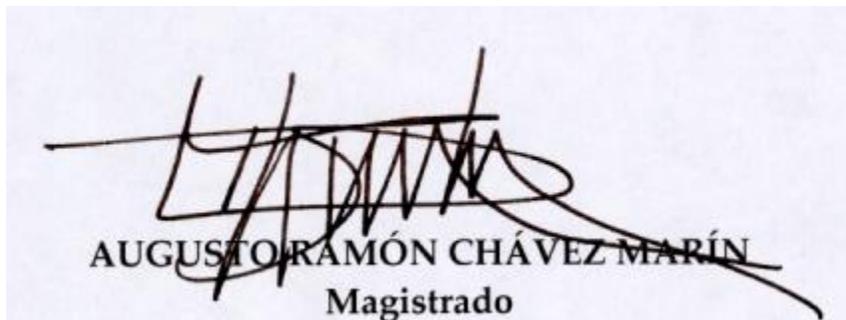
SEXTO: NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

Notifíquese y Cúmplase

Los Magistrados



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 110

FECHA: 25/06/2021



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Manizales, Junio veinticinco (25) de dos mil veintiuno (2021).

A.I. 79

Medio de Control: Reparación Directa
Demandante: Gomesa y CIA en C.A.
Demandado: Unidad Administrativa Especial Aeronáutica Civil – Instituto de Financiamiento, Promoción y Desarrollo Infimanizales y Otros.
Radicado: 1700123-00-000-2011-000596-00

1. Asunto

Procede el Despacho a resolver la solicitud de llamamientos en garantía y vinculación de litisconsorcio necesario, formulados por las siguientes sociedades y/o entidades:

- Sociedad Construcciones Civiles Ltda. – Ecocivil, llamada en garantía por el Instituto de Financiamiento, Promoción y Desarrollo del Caldas Inficaldas, quien a su vez llamó en garantía frente al Comité Departamental de Cafeteros (fls. 2746 al 2749, c1G).
- La Universidad Nacional de Colombia, llamada en garantía por el Instituto de Financiamiento, Promoción y Desarrollo – Infimanizales y denunciada en pleito por Inficaldas; quien recurrió la vinculación al proceso, sin embargo, dicha solicitud fue rechazado por improcedente a través del auto del 7 de julio de 2015¹.
- La entidad Universitaria, solicitó la vinculación a través de la figura de litisconsorcio necesario frente a la Federación Nacional de Cafeteros visible a folios 3138-3139, c1G.
- La Sociedad Conalvías Construcciones S.A.S, llamada en garantía por la Unidad Especial Aeronáutica Civil, y denunciada en pleito por el Municipio de Manizales, quien recurrió el auto que ordenó su vinculación, a través del recurso

¹ Folios 3424 y ss, c1H.

de reposición y en subsidio de apelación. Posteriormente, se ordenó rechazar el recurso de reposición, por esta Corporación, y se decidió el recurso de apelación por el Honorable Consejo de Estado, confirmando la decisión de vinculación. A su vez, en escrito allegado el 23 de mayo de 2018², solicitó llamar en garantía a la compañía AXA Colpatria Seguros S.A.

2. Procedencia de las solicitudes

La sociedad Construcciones Civiles Ltda. – Ecocivil, vinculada al proceso en calidad de llamada en garantía, solicitó de manera oportuna la intervención frente al Comité Departamental de Cafetero de Caldas. Así mismo, la Universidad Nacional solicitó en término, la vinculación de litisconsorte necesario, a la Federación Nacional de Cafeteros.

Por su parte, la Sociedad Conalvías, presentó solicitud de llamamiento en garantía frente a la Compañía AXA Colpatria Seguros el 23 de mayo de 2018³, dentro del término procesal. Pues si bien, la sociedad interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación frente a la decisión que ordenó su vinculación, dentro del término de contestación de la demanda; esta solo fue resuelta a través de providencia del 23 de enero de 2018 por Honorable Consejo de Estado, confirmando la decisión. Y luego, por auto del 10 de mayo de 2018, se dispuso acatar la decisión por la Alta Corporación⁴.

3. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

El artículo 217 del Código Contencioso Administrativo, consagra la figura de llamamiento en garantía, denuncia de pleito en los procesos relativos a controversias contractuales y de reparación directa; sin embargo, no se reguló de manera taxativa el procedimiento. Por expresa regulación del artículo 276 del CCA., se acudirá a las normas procesales contenidas en los artículos 51, 55, y 57 del Código de Procedimiento Civil.

3.1. Llamamiento en garantía

Respecto a los requisitos de procedencia y trámite de la figura de vinculación procesal contenidas en el artículo 57 del Código de Procedimiento Civil dispone.

“Art. 57.- Llamamiento en garantía. Quien tenga derecho legal o contractual de exigir a un tercero la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, podrá pedir la citación de aquél, para que en el mismo proceso se

² Folio 1 y ss, c2.

³ Folio 3611 y ss, c1I.

⁴ Folio 3601 y ss, c 1H.

resuelva sobre tal relación. El llamamiento se sujetará a lo dispuesto en los dos artículos anteriores.”

Respecto a los requisitos del llamamiento en garantía, el artículo precitado dispuso la remisión del artículo 55 del CPC, que consagra la denuncia de pleito, al respecto la norma reza:

“Art. 55.- Requisitos de la denuncia. El escrito de denuncia deberá contener:

1. El nombre del denunciado y el de su representante si aquél no puede comparecer por sí al proceso.

2. La indicación del domicilio del denunciado, o en su defecto, de su residencia, y la de su habitación u oficina y los de su representante, según fuere el caso, o la manifestación de que se ignoran, lo último bajo juramento, que se entiende prestado por la sola presentación del escrito.

3. Los hechos en que se basa la denuncia y los fundamentos de derecho que se invoquen.

4. La dirección de la oficina o habitación donde el denunciante y su apoderado recibirán notificaciones personales

Por su parte, el Consejo de Estado⁵, ha precisado sobre la procedencia de la figura procesal, la demostración del derecho a la indemnización de perjuicio, por parte de tercero del cual exige su vinculación, sobre el punto ha precisado:

“En consonancia con lo anterior, esta Corporación ha sostenido que la demostración del derecho legal o contractual en que se funda la petición de llamamiento tiene como razón de ser el derecho que surge para el llamante de exigir la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir o el reintegro del pago que tuviera que hacer en virtud de la sentencia condenatoria que se profiera en su contra, de manera que en esa misma sentencia debe definir también la relación que pueda existir entre el llamante y el llamado.

Adicionalmente, quien solicita el llamamiento en garantía debe cumplir con la carga procesal de acompañar prueba siquiera sumaria del derecho para tal actuación, esto es, del derecho legal o contractual que le permite exigir del tercero la indemnización del perjuicio que llegara a sufrir, o el reintegro del pago que tuviera que hacer en virtud de la sentencia condenatoria que se profiera en su contra.”

Conforme a las fuentes normativas y jurisprudenciales que regulan la figura del llamamiento en garantía, se colige que dicha figura jurídica prevé la procedencia de la intervención procesal de un tercero, del cual exista una relación legal o contractual, para exigir el derecho a una indemnización y resarcir los perjuicios,

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, MP. Carlos Alberto Zambrano Barrera, del 23 de enero de 2018, expediente 1700123-31000-2011-00596-01 (55.0005)

para que sea vinculado en las resultas de un proceso. Para lo cual deberá allegar prueba sumaria que acredite el derecho reclamado.

Figura del litisconsorcio

La característica esencial del litisconsorcio necesario es que la sentencia tiene que ser única y de igual contenido para la pluralidad de sujetos que integran la relación jurídico-procesal, unidad que impide adoptar decisiones que no incidan en todos los integrantes, en tanto que en el litisconsorcio facultativo como la pluralidad de partes corresponde también a una pluralidad de relaciones sustanciales controvertidas, es posible que las causas reunidas se separen en cierto momento y cada uno vuelva a ser objeto de un proceso separado.⁶

Así mismo se ha indicado por la jurisprudencia que *“Se deduce de todo lo anterior que el litisconsorcio necesario tiene su fundamento en la naturaleza de la relación sustancial objeto del litigio, definida expresamente por la ley o determinada mediante la interpretación de los hechos y derechos materia del proceso. En el primer evento basta estarse a lo dispuesto por la ley, pero cuando se trata de establecerlo con fundamento en la relación objeto del litigio, se impone un análisis cuidadoso para establecer la naturaleza del asunto y la imposibilidad de proferir un pronunciamiento de fondo, sin la comparecencia de un número plural de sujetos”*⁷.

La codificación Adjetiva Civil, en el artículo 83, prevé la figura procesal de Litisconsorte necesario e integración del contradictorio, donde permite al funcionario judicial, integrar el contradictorio, en caso de advertir, la imposibilidad de resolver el fondo del asunto sin la comparecencia de quien deba intervenir de manera obligatoria, la norma citada reza:

“Art. 83.- Modificado. Decreto 2282 de 1989, Art. 1. Num. 35. Litisconsorcio necesario e integración del contradictorio. Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, no fuere posible resolver de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciere así, el juez en el auto que admite la demanda ordenará dar traslado de ésta a quienes faltan para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado. En caso de no haberse ordenado el traslado al admitirse la demanda, el juez dispondrá la citación de las mencionadas personas, de oficio o a petición de parte, mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia, y concederá a los citados el mismo término para que comparezcan. El proceso se suspenderá durante el término para comparecer los citados.

Si alguno de los citados solicitare pruebas en el escrito de intervención, el juez resolverá sobre ellas; si las decretare, concederá para practicarlas un término

⁶ Consejo de Estado, Sala de la Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, MP. Dra. Olga Mérida Valle de la Hoz, seis de junio de 2012.

⁷ *Ibíd.*

que no podrá exceder del previsto para el proceso, o señalará día y hora para audiencia, según el caso. Cuando alguno de los litisconsortes necesarios del demandante no figure en la demanda, podrá pedirse su citación acompañando la prueba de dicho litisconsorcio, efectuada la cual, quedará vinculado al proceso.”

Por su parte, la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado⁸, ha señalado las clases de litisconsorcio que pueden devenir de las relaciones jurídicas sustanciales, dando lugar a la obligatoriedad, o no de su vinculación, a lo cual adujo:

“(…) En primer lugar, debe decirse que existen dos clases de litisconsorcio: (i) el necesario y; (ii) el facultativo. El primero se da cuando existe pluralidad de sujetos que actúan en calidad de demandante (litisconsorcio por activa) o demandado (litisconsorcio por pasiva) que están vinculados por una relación jurídico sustancial, lo que implica que, por mandato legal, sea indispensable y obligatoria, la presencia dentro del litigio de todos y cada uno de ellos.

En otras palabras, el litisconsorcio necesario se configura cuando el proceso versa sobre relaciones jurídicas que no es posible resolver sin la comparecencia de las personas que puedan afectarse o beneficiarse con la decisión o que hubieren intervenido en la formación de dichos actos.

No conformar esta clase de litisconsorcio, impide que el proceso se desarrolle y en consecuencia es factible emitir una sentencia inhibitoria, puesto que cualquier decisión que se tome puede perjudicar o beneficiar a todos los sujetos sin la presencia de los mismos.

En el litisconsorcio facultativo por su parte, al proceso concurren varios sujetos libremente, ya sea como demandantes o demandados, no por una relación jurídica inescindible, sino porque deciden presentar el proceso en conjunto pese a que podían iniciarlo por separado. Aquí, el proceso puede seguir su curso normal y decidirse de fondo con presencia o no de los litisconsortes facultativos porque la sentencia no los perjudica ni los beneficia.

Dicho esto, la Subsección declarará impróspera la excepción propuesta por la señora Maruja Guerrero de Albornoz referente a la no conformación del litisconsorcio necesario, por cuanto en este caso es factible resolver la situación jurídica planteada, esto es, legalidad del reajuste especial reconocido por Fonprecon, sin la presencia de las demás entidades que concurren al pago de la mesada pensional, como entidades cuota partistas. (...)

Del pronunciamiento jurisprudencial se colige, que la relación jurídica procesal de los sujetos como esencia del litisconsorcio necesario, que no es posible resolver sin la comparecencia de las personas que puedan afectarse o beneficiarse con la decisión o que hubieren intervenido en la formación de dichos actos; por su parte el facultativo no existe tal relación, dado que el proceso puede seguir su curso en presencia o no de ellos.

⁸ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda – Subsección “a” Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez, julio 21 de 2016. Radicado: 250002325000200608380 03 (1216-2012)
[http://www.legisaldia.com/BancoMedios/Archivos/sent-25000232500020060838003\(12162012\)-16.pdf](http://www.legisaldia.com/BancoMedios/Archivos/sent-25000232500020060838003(12162012)-16.pdf)

Una vez expuestos, los fundamentos fácticos y jurídicos, procede el Despacho a resolver sobre las solicitudes de vinculación.

Llamamiento en garantía formulado por Sociedad Construcciones Civiles Ltda – Ecocivil frente al Comité Departamental de Cafeteros

Como fundamento de solicitud, expresa que en la Resolución 030-2007, por el cual se adjudicó la licitación pública número 001 de 2007, se indicó sobre el convenio de cooperación COL/12034, con el programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PND), entre Infimanizales e Inficaldas y el Comité Departamental de Cafeteros de Caldas, cuyo objetivo fue desarrollar actividades relacionadas con la ejecución de proyectos designaron a dicho Comité, como agente de implementación y gerente de la obra misma.

Además, que el Comité Departamental de Cafeteros, en cumplimiento del anterior convenio, fue el encargado de realizar los diseños de impacto ambiental, estudio de suelos y Geotecnia, los diseños geométricos entre otros; obteniendo como resultado el otorgamiento de la licencia ambiental en el año 2003, por la entidad Corpocaldas, y el permiso de construcción por parte de la Aerocivil. Gestiones, que dieron origen al concepto favorable por el Gobierno Nacional en cuanto a la viabilidad técnica del proyecto Aeropuerto del Café.

Que conforme a lo anterior, se llevó a cabo la ejecución del contrato 025-2007 suscrito entre Inficaldas y el Consorcio Gran Cafetal, y posterior acta de liquidación del contrato, entre los mencionados, el Comité de Cafeteros y la Universidad de Caldas. Adicionalmente, precisa que el Comité, era el responsable del mantenimiento de las obras del terraplén 4, por problemas de estabilidad.

Teniendo en cuenta el marco normativo, y el precedente jurisprudencial, es menester precisar que conforme a los documentos arribados al expediente, no se encuentra acreditado la relación legal o contractual entre el llamante y llamado en garantía, dado que la Empresa de Construcciones Civiles Ltda, Ecocivil, si bien, comparece al proceso como llamado en garantía por solicitud expresa del Instituto de Financiamiento, Promoción y Desarrollo de Caldas, Inficaldas, como consecuencia de la relación contractual entre ellos, sustentada en la suscripción del contrato 025-2007. No acontece, lo mismo entre la empresa constructora y el Comité de Cafeteros de Caldas. Como quiera, que, si hubo participación de las entidades para desarrollar el objeto del contrato, en cuanto a los estudios, construcción y desarrollo del proyecto; no se vislumbra la viabilidad de la vinculación con la finalidad de exigir indemnización o perjuicio.

De acuerdo a lo anterior, se denegará el llamamiento en garantía solicitado por la Empresa de Construcciones Civiles Ltda - Ecocivil, frente al Comité Departamental de Cafeteros de Caldas.

Llamamiento en garantía formulado por la Sociedad Conalvías Construcciones SAS frente a la Compañía AXA Colpatria Seguros.

La Sociedad Conalvías, solicitó el llamamiento en garantía para la vinculación de la Compañía AXA Colpatria Seguros, con apoyo en la póliza número 8001014167 suscrita por la Unión Temporal Palestina 2008. Con vigencia desde el 1 de agosto de 2008 al 29 de abril del 2009⁹. Cuyo objeto se suscribió a cubrir los perjuicios materiales causados a terceros derivados de la responsabilidad extracontractual en que incurra el tomador de acuerdo con la ley, por lesión, muerte o daños a bienes, ocasionados por causa de la ejecución del contrato de obra pública número 9000164-OK-2008, celebrado para realizar obras de construcción del Aeropuerto de Palestina- Caldas.

Sobre el asunto, considera el Despacho, si bien se demuestra la relación contractual entre la sociedad Conalvías y la Compañía de Seguros AXA, conforme a la póliza de seguro descrita. También es cierto, en la suscripción de la misma funge como tomador y asegurado la Unión Temporal Palestina 2008, que se encuentra compuesta por las empresas Agremezclas S.A., Conalvías y Maquiproyectos S.A. Y con apoyo en ésta, y en la identificada con el número 8000164-ok-2008, se respaldó la solicitud de llamamiento en garantía de la Unidad Administrativa Especial Aeronáutica Civil frente a la Compañía de Seguros Colpatria S.A., y de ahí, que se haya admitido la vinculación de la Aseguradora en mención.

Conforme a lo anterior, se accederá a la solicitud de llamamiento en garantía formulado por la Sociedad Conalvías, aunque dicha Compañía ya se encuentra vinculada al proceso pero por el llamamiento en garantía de la Aeronáutica Civil.

Vinculación Litisconsorcio necesario solicitado por la Universidad de Caldas frente a la Federación Nacional de Cafeteros – Comité de Cafeteros.

El ente Universitario, fundamenta la solicitud de vinculación, en que el Comité de Cafeteros fue la persona jurídica encargada de la realización de los diseños a través del convenio celebrado en el año 2002, el cual tuvo como objeto la asistencia preparatoria la revisión de diseños y presupuestos para la primera etapa del Aeropuerto de Palestina. Asimismo, dentro del convenio COL/02/004, se adelantó el estudio de impacto ambiental, de suelos y geotecnia, diseños geográficos de la pista entre otros. Y atendiendo al poder decisorio de los recursos y revisión de diseños que posteriormente fueron entregados al constructor y al ente universitario.

Por ello, se hace necesaria la comparecencia del mismo en caso de existir una presunta responsabilidad extracontractual por el diseño de las obras o el estudio ineficiente del impacto ambiental.

De acuerdo a los argumentos esbozados por la Universidad Nacional de vinculación bajo a figura de litisconsorcio necesario, parte de la presunta responsabilidad que le

⁹ Folio 24, c2.

asiste a la Federación Nacional de Cafeteros – Comité de Cafeteros, y en consecuencia al resarcimiento de perjuicios, lo que permite colegir que conforme a las pruebas aportadas al proceso en aras de debatir la conducta en el hecho dañino, frente al Comité de Cafeteros, le correspondería o no una presunto responsabilidad, de acuerdo al Convenio que suscribió este último y la entidad Infimanizales e Inficaldas, con el fin de realizar actividades relacionadas con la ejecución de estudios de diseños entre otros.

En efecto, de los argumentos esbozados por el ente Universitario por si solos, no permiten inferir que, sin la comparecencia del Comité de Cafeteros, no implica resolver de fondo el asunto objeto de debate, y que se debe integrar el litisconsorte que no sería necesario, dado que se puede resolver la litis sin la comparecencia de este. Además, la parte actora en la demanda, tenía la obligación de identificar en forma precisa la parte pasiva del proceso, o en su defecto los demandados, de acreditar su vinculación a través de la relación contractual o legal que pudiese suscitado en la celebración del contrato.

En consecuencia, al no acreditarse la obligatoriedad de vincular a la Federación Nacional de Cafeteros – Comité de Cafeteros, como litisconsorcio necesario, atendiendo que su comparecencia no impide resolver de fondo de litis. Será denegada la solicitud.

Conforme a lo anterior, y a los argumentos expuestos, se denegará la solicitud de llamamientos en garantía formulados por la Sociedad Construcciones Civiles Ltda. – Ecocivil y La Sociedad Conalvías Construcciones S.A.S. Así, como la solicitud de litisconsorcio necesario pedido por la Universidad Nacional de Colombia.

Reconocimiento de Personerías

Se reconoce personería para actuar al abogado Camilo Ramírez Salazar, portador de la tarjeta profesional número 292.077 del CSJ, para representar los intereses del Instituto de Financiamiento, Promoción y Desarrollo de Manizales - Infimanizales, y a la abogada Olga Lucía Navarro Lozano, portadora de la tarjeta profesional número 82.574, para representar los intereses de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil en los términos de los poderes conferidos respectivamente visibles as folios 3778 y 3783, c1I.

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

RESUELVE

PRIMERO: DENEGAR el llamamientos en garantía formulado por la Sociedad Construcciones Civiles Ltda. – Ecocivil frente al Comité Departamental de

Cafeterosa y la solicitud de litisconsorcio necesario de la Universidad Nacional frente al Comité Departamental de Cafeteros. **ADMITIR** el llamamiento en garantía de la Sociedad Conalvías Construcciones S.A.S. frente a la Aseguradora Compañía AXA Colpatria.

En consecuencia

- a. Notifíquese al Representante Legal de la Compañía Axa Colpatria Seguros a fin de que comparezca al proceso (inciso 1° del art. 66 del C.G.P., atendiendo a la remisión normativa que hace el art. 227 del CPACA.).
- b. La notificación personal, se realizará conforme la disposición contenida en la forma prevista para notificar el auto admisorio de la demanda conforme lo prevén los artículos 197, 199 modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. De conformidad con el artículo 225 del CPACA, concédase a la entidad notificada para contestar el término de quince (15) días, el cual comenzará a correr, el vencimiento de los dos (2) días después de surtida la notificación.
- c. Se dé cumplimiento al artículo 66 del CGP. El cual prevé el plazo para que se surta la notificación so pena de declararse ineficaz.

SEGUNDO. Se reconoce personería para actuar a los abogados Camilo Ramírez Salazar, portador de la tarjeta profesional número 292.077 del CSJ, para representar los intereses del Instituto de Financiamiento, Promoción y Desarrollo de Manizales - Infimanizales, y Olga Lucía Navarro Lozano, portadora de la tarjeta profesional número 82.574, para representar los intereses de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil en los términos de los poderes conferidos respectivamente visibles a folios 3778 y 3783, cII.

TERCERO. Una vez notificado y ejecutoriado el presente auto, continúese con el trámite procesal a continuación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Magistrado,

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 111

FECHA: 28/06/2021

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**

Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Manizales, junio veinticinco (25) de dos mil veintidós (2021).

A.I.80

Medio de Control: Reparación Directa
Demandante: Gomesa y CIA en C.A.
Demandado: Unidad Administrativa Especial Aeronáutica Civil –
Instituto de Financiamiento, Promoción y Desarrollo
Infimanizales y Otros.
Radicado: 1700123-00-000-2011-000596-00

Encontrándose el proceso de la referencia para resolver la solicitud de nulidad¹ del acto de notificación del auto que admite el llamamiento en garantía formulado por la sociedad AGREMEZCLAS S.A.S en liquidación, dentro del proceso de Reparación Directa promovido por Gomesa y CIA en C.A., en contra de la Unidad Administrativa Especial Aeronáutica Civil, Instituto de Financiamiento, Promoción y Desarrollo Infimanizales y otros conforme a lo siguiente:

ANTECEDENTES

La Sociedad Gomesa y CIA en C.A., actuando a través de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de reparación directa, instauró demanda en contra de la Aeronáutica Civil, la sociedad Aeropuerto del Café – Aero-café y otros por los perjuicios causados en la Hacienda la Palma, con la construcción del Aeropuerto del Café.

A través del auto del 12 de marzo de 2014², el Despacho, ordenó la admisión de la denuncia de pleito formulada por el Municipio Manizales, entre otros, a los integrantes de la unión temporal Palestina 2008 Agremezclas S.A., y Conalvías S.A, ordenando la citación de los mismos a través de la Secretaría de la Corporación.

¹ Fs. 3730-3734, C11.

² Fs. 2486 y ss C 1F.

Mediante auto del 23 de enero de 2018³, la Sección Tercera del Honorable Consejo de Estado, resolvió recurso de apelación interpuesto por Conalvías Construcciones S.A.S, Provinco S.A., Construcciones Mario Serna Flores E.U., la Constructora Castilla Ltda., y el señor Mario Mejía Restrepo frente al auto del 12 de marzo de 2014.

En dicha decisión, ordenó confirmar los ordinales primero, segundo y cuarto. Y revocó parcialmente el numeral séptimo, dejando en firme la admisión de denuncia de pleito, formulado por el municipio de Manizales, en relación a los integrantes de los consorcios Palestina II (Carlos Eduardo Quiroga Zapata), CDC – CF (Castro Flórez & Cía. S en C y CDC Ingeniería Ltda), el gran cafetal (Ecocivil Ltda., y Cinte Ltda.) y la Unión Temporal Palestina 2008 (Agremezclas S.A.).

Atendiendo que la admisión de la denuncia el pleito formulada por el municipio de Manizales, fue concedida entre otros, frente a uno de los integrantes de la Unión Temporal Palestina 2008, esto es, por la Sociedad Agremezclas S.A., se procederá analizar el motivo de la nulidad invocada.

La Sociedad Agremezclas S.A.S., en liquidación, expone que no fue notificada en debida forma del auto del 10 de marzo de 2014⁴, al no existir prueba idónea en el expediente donde conste el recibo por parte de la sociedad; lo que condujo a no ser notificada en debida forma, y en consecuencia en defender sus intereses en el proceso⁵.

Además, explicó que existe constancia del recibo por parte de la empresa Conalvías Construcciones S.A.S, más no frente a la empresa Agremezclas S.A.S en liquidación. Agregó que la empresa que acusa recibo no tiene ninguna relación de subordinación con la empresa Agremezclas S.A.S.

El traslado del incidente de nulidad se surtió durante los días 3, 4 y 5 de julio de 2018⁶.

La entidad Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil⁷, se pronunció dentro del término de traslado en mención, advierte que la sociedad Agremezclas S.A.S hoy en liquidación, fue notificada de acuerdo a las direcciones establecidas en el certificado de cámara de comercio, donde se establece que la dicha sociedad figura como subordinada o filial de la matriz sociedad Inversiones Conalvías S.A.S. Asimismo, se establece la dirección de correo electrónico como: agremezclas@agremezclas.com, donde fue remitido el oficio citatorio, con constancia de entrega al destinatario.

³ Fs. 3601-3605, C1H.

⁴ Fl. 2486 y ss C, 1F

⁵ FS. 3730 -3734. C1 I

⁶ Fs. 3746 C 1 I

⁷ Fs. 3750-3751, C. 1I

Y posteriormente, el 24 de junio de 2014, fue aportado al proceso, certificaciones de empresa pronto envíos, con constancia de entrega y recibido, por la empresa Agremezclas S.A., donde consta el recibido por la señora Isabel con sello de Conalvías. Además, que el mismo día, en la misma dirección se entregó a la misma persona, el aviso para Conalvías Construcciones S.A.S, antes Conalvías S.A.

Afirmó que la empresa Agremezclas, tuvo conocimiento de la demanda, contestación y del llamamiento en garantía, desde el 6 de noviembre de 2013, atendiendo a la remisión que hizo la Aeronáutica Civil, de oficio 31 de octubre de 2013 CD, de los documentos en cita.

En este sentido, explicó que la notificación a la empresa no solo se hizo a la dirección que figura en el Certificado de Cámara y Comercio, sino a la dirección de notificaciones judiciales, como al e – mails indicados en el certificado, donde consta la calidad de subordinado o filial de Conalvías.

Por lo anterior, allegó copias de las notificaciones aludidas⁸.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Una vez expuestos, los fundamentos fácticos y jurídicos, procede el Despacho a resolver la nulidad propuesta por la sociedad Agremezclas S.A.S, en liquidación frente al auto que admitió el llamamiento en garantía.

Procedencia de la Nulidad

En cuanto a la mencionada solicitud, el artículo 140 y 141 del Código de Procedimiento Civil, por remisión expresa del artículo 165 del Código Contencioso Administrativo, consagra las causales de nulidades procesales, específicamente la invocada, concerniente a la alegada en el numeral 9 del Código Adjetivo Procesal, que establece:

"ARTICULO 140 Causales de nulidad. El proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:

(...)

9. Cuando no se practica en legal forma la notificación a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas, aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o de aquellas que deban suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público en los casos de ley.

⁸ Fs. 3752-3769, c

Cuando en el curso del proceso se advierta que se ha dejado de notificar una providencia distinta de la que admite la demanda, el defecto se corregirá practicando la notificación omitida, pero será nula la actuación posterior que dependa de dicha providencia, salvo que la parte a quien se dejó de notificar haya actuado sin proponerla”.

A su vez el artículo 142 del C.P.C consagra la oportunidad para alegar, las nulidades:

“Art. 142 - Modificado. Decreto 2282 de 1989, Art. 1. Num. 82. Oportunidad y trámite. Las nulidades podrán alegarse en cualquiera de las instancias, antes de que se dicte sentencia, o durante la actuación posterior a ésta si ocurrieron en ella.”

Así mismo, el artículo 143 del Estatuto Adjetivo, señala que quien alegue la nulidad deberá expresar interés en proponerla, los fundamentos fácticos en que se basa. Y, que no podrá proponer las nulidades previstas en los numerales 5 a 9 del artículo 140 ibidem, quien haya actuado en el proceso después de ocurrida la respectiva causal sin proponerla.

Por su parte, en cuanto a la regulación de la denuncia de pleito el artículo 217 del Código Contencioso Administrativo dispuso:

“ARTICULO 217. DENUNCIA DEL PLEITO, LLAMAMIENTO EN GARANTIA Y RECONVENCION.

En los procesos relativos a controversias contractuales y de reparación directa, la parte demandada podrá, en el término de fijación en lista, denunciar el pleito, realizar el llamamiento en garantía o presentar demanda de reconvención, siempre que ello sea compatible con la índole o naturaleza de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.”

Así mismo, en dicho estatuto procesal se dispuso en su artículo 267, que los aspectos no regulados en el mismo se seguirá el Código de Procedimiento Civil en lo compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan.

De este modo, en el Código de Procedimiento Administrativo, se encuentra regulado la denuncia del pleito y su trámite, se encuentra regulado en el Código de Procedimiento Civil el cual reza:

“ARTÍCULO 54. DENUNCIA DEL PLEITO. Quien de acuerdo con la ley sustancial tenga derecho a denunciar el pleito que promueva o que se le promueva, deberá ejercitarlo en la demanda o dentro del término para contestarla, según fuere el caso.

Al escrito de denuncia acompañará la prueba siquiera sumaria del derecho a formularla y la relativa a la existencia y representación que fueren necesarias.

(...)

ARTÍCULO 56. TRÁMITES Y EFECTO DE LA DENUNCIA. Trámites y efecto de la denuncia.

Si el juez halla procedente la denuncia, ordenará citar al denunciado y señalará un término de cinco días para que intervenga en el proceso; si no residiere en la sede del juzgado, el término se aumentará hasta por diez días. El auto que acepte o niegue la denuncia es apelable.

La citación se hará mediante la notificación del auto que acepta la denuncia, en la forma establecida para el admisorio de la demanda, y el proceso se suspenderá desde la admisión de la denuncia hasta cuando se cite al denunciado y haya vencido el término para que éste comparezca; la suspensión no podrá exceder de noventa días. El denunciado podrá presentar en un solo escrito contestación a la demanda y a la denuncia, y en el mismo solicitar las pruebas que pretenda hacer valer.

Surtida la citación, se considerará al denunciado litisconsorte del denunciante y tendrá las mismas facultades de éste.

En la sentencia se resolverá cuando fuere pertinente, sobre la relación sustancial que existe entre denunciante y denunciado, y acerca de las indemnizaciones o restituciones a cargo de éste. rft.”

En el sub examine, la sociedad Agremezclas S.A.S. en liquidación, solicita la nulidad de las actuaciones surtidas dentro de la presente acción, a partir del auto que admitió la denuncia de pleito, y ordenó la notificación de los integrantes de la unión temporal Palestina 2008, integrado por las sociedades Agremezclas S.A., y Conalvías.

En aras de establecer, sobre procedencia de la solicitud de nulidad de la sociedad Agremezclas S.A.S, al indicar que no fue notificada en debida forma, dado que solo se aporta recibo de comunicación a la empresa Conalvías Construcciones S.A.S, más no la sociedad en liquidación.

Sobre el particular, es preciso determinar que las notificaciones personales y por aviso se encuentran reguladas en los artículos 315⁹ y 320¹⁰ del CPC, donde se

⁹ ARTÍCULO 315. PRÁCTICA DE LA NOTIFICACION PERSONAL. Para la práctica de la notificación personal se procederá así:1. La parte interesada solicitará al secretario que se efectuó la notificación y esté sin necesidad de auto que lo ordene, remitirá en un plazo máximo de cinco (5) días una comunicación a quien debe ser notificado, a su representante o apoderado, por medio de servicio postal autorizado por el Ministerio de Comunicaciones, en la que informará sobre la existencia del proceso, su naturaleza y la fecha de la providencia que se debe notificar, previéndolo para que comparezca al Juzgado, a recibir notificación, dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de su entrega en el lugar de destino. Cuando la comunicación deba ser entregada en municipio distinto al de la sede del juzgado, el término para comparecer será de diez (10) días; si fuere en el exterior, el término será de treinta (30) días.

¹⁰ ARTÍCULO 320. NOTIFICACIÓN POR AVISO. <Artículo derogado por el literal c) del artículo 626 de la Ley 1564 de 2012. Rige a partir del 1o. de enero de 2014, en forma gradual, en los términos del numeral 6) del artículo 627> <Artículo modificado por el artículo 32 de la Ley 794 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Cuando no se pueda hacer la notificación personal al demandado del auto admisorio de la demanda o del mandamiento de pago, o la del auto que ordena citar a un tercero, o la de cualquiera otra providencia que se

establece el procedimiento para la práctica de estas. En ellas, se contempla el envío de la comunicación al representante o apoderado, por correo postal, para que comparezca a efecto de notificación personal para poner en conocimiento la providencia, y en caso de no comparecencia del interesado se procederá a notificar por aviso; que establece la notificación del auto admisorio, o del mandamiento de pago o el auto que ordena citar por medio de aviso, que contiene los datos de la providencia y de las partes que deben ser enteradas.

De otro lado, en cuanto a la comparecencia de los consorcios y uniones temporales en procesos judiciales, en los cuales se debaten asuntos relacionados con los derechos o intereses de los que son titulares o que discuten o que de alguna otra manera les concierne, el Consejo de Estado en Sala Plena de la Sección Tercera, mediante sentencia de 25 de septiembre de 2013¹¹, resolvió unificar jurisprudencia, al respecto expuso:

“A juicio de la Sala, en esta ocasión debe retomarse el asunto para efectos de modificar la tesis jurisprudencial que se ha venido siguiendo y, por tanto, debe puntualizarse que si bien las uniones temporales y los consorcios no constituyen personas jurídicas distintas de quienes integran la respectiva figura plural de oferentes o de contratistas, lo cierto es que además de contar con la aptitud para ser parte en el correspondiente procedimiento administrativo de selección de contratistas –comoquiera que por ley cuentan con capacidad suficiente para ser titulares de los derechos y obligaciones derivadas tanto de los procedimientos administrativos de selección contractual como de los propios contratos estatales–, también se encuentran facultados para concurrir a los procesos judiciales que pudieren tener origen en controversias surgidas del mencionado procedimiento administrativo de selección de contratistas o de la celebración y ejecución del contrato estatal respectivo –legitimatío ad processum–, por intermedio de su representante. (...) Para abundar en razones que conducen a concluir que los consorcios y las uniones temporales se encuentran debidamente facultados para comparecer a los procesos judiciales que se promuevan u originen en relación con los procedimientos de selección o con los contratos estatales en los cuales aquellos pueden intervenir o asumir la condición de parte, según el caso, importa destacar que el inciso segundo del párrafo primero del artículo séptimo de la citada Ley 80, determina que “[l]os miembros del consorcio y de la unión temporal deberán designar la persona que, para todos los efectos, representará al consorcio o unión temporal (...)”, cuestión que obliga a destacar que el legislador no limitó y no condicionó, en modo alguno, el amplio alcance de las facultades que, por mandato normativo, acompaña a quien se designe como representante de una de esas organizaciones, lo cual se opone por completo a las indicaciones anteriormente formuladas por la Sala en cuanto se venía sosteniendo que el representante de un consorcio o unión temporal tendría facultades para los solos efectos relativos a la celebración y ejecución del contrato

deba realizar personalmente, se hará por medio de aviso que deberá expresar su fecha y la de la providencia que se notifica, el juzgado que conoce del proceso, su naturaleza, el nombre de las partes y la advertencia de que la notificación se considerará surtida al finalizar el día siguiente al de la entrega del aviso en el lugar de destino. Cuando deba surtir un traslado con entrega de copias, el notificado podrá retirarlas de la secretaría dentro de los tres días siguientes, vencidos los cuales comenzará a correr el término respectivo.

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena: Radicación No.:25000 23 26 000 1997 13930 01, expediente No. 19.933, actor: Consorcio Glonmarex, demandado: Consejo Superior de la Judicatura – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial-Consorcio

(...)

“Surge aquí un efecto adicional que importa destacar, consistente en que la notificación que de los actos contractuales expedidos por la entidad estatal en relación o con ocasión de un contrato celebrado con un consorcio o una unión temporal, se realice con el representante de la respectiva agrupación, será una notificación que se tendrá por bien hecha, sin que resulte necesario entonces, para que el acto administrativo correspondiente produzca la plenitud de sus efectos, que la entidad contratante deba buscar y hasta ‘perseguir’, por el país o por el mundo entero, a los múltiples y variados integrantes del consorcio o de la unión temporal contratista.” rft.

En este mismo sentido, el Consejo de Estado en providencia fechada 29 de enero del 2014¹², con base en el artículo 7 de la Ley 80 de 1993, reiteró el procedimiento de notificación al representante del consorcio o unión temporal, para la celebración de contratos y demás actuaciones en el proceso contractual. Así mismo, dicha notificación aplica en procesos judiciales en los que sean llamados hacerse parte, como vinculados, o de otro tipo de integración. Lo anterior, para que la notificación se realice en debida forma, sin que sea necesaria la misma a cada uno de los integrantes.

CASO CONCRETO

Teniendo en cuenta el anterior contexto, en consonancia con el marco normativo y jurisprudencial descrito en los acápites anteriores, en el presente caso se precisa lo siguiente:

Se tiene entonces de acuerdo a las pruebas aportadas al proceso, y las actuaciones surtidas en aras de notificar a uno de los integrantes de la Unión Temporal, en este caso al representante de la sociedad Agremezclas S.A.S, conforme a la citación ordenado en el auto del 10 de marzo de 2014.

Se observa que se remitió por la Secretaría de la Corporación citación dirigida al representante de dicha Sociedad a la dirección carrera 3 número 39-23¹³, con el fin de realizar la notificación personal del representante de Agremezclas S.A.S. Dicho oficio fue devuelto, conforme a la certificación de la empresa pronto envíos; posteriormente, conforme al oficio allegado por la apoderada de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica, **se acredita la entrega de la citación a través de la empresa de envíos pronto envíos, a la dirección carrera 3n número 39n – 23 de la ciudad de Cali**, conforme a la guía de entrega 01393271665 de fecha

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, subsección A: Radicación No.:25000 23 26 000 2001 02053 01, expediente No. 30.250, actor: Consorcio FAB, demandado: Fondo Rotario de la Fuerza pública, referencia: acción contractual.

¹³ Folio 2526, c1G.

10 de julio de 2014, recibido por la señora Isabel con sello de Conalvías¹⁴ y la notificación por aviso al representante de Conalvías.

Así mismo, conforme a la constancia secretarial visible a folio 3422, c1H, se indica que la sociedad Agremezclas S.A.S, no compareció a notificarse personalmente, y tampoco se solicitó la notificación por aviso, por parte de la Unidad Aeronáutica Civil y el Municipio Manizales, pese a transcurrir los 90 días de suspensión del proceso.

Ahora bien, conforme al documento aportado sobre la constitución de la unión temporal palestina 2008, precisa la integración de los socios, por Agremezclas S.A., Conalvías, y Maquiproyectos. Así mismo, que el domicilio de esta obedece **a la dirección a la cual se envió la citación y posterior notificación por aviso, al representante a unión temporal.**

A su vez, conforme al certificado de existencia y representación de la Empresa Agremezclas S.A.S, en liquidación, **señala la dirección de notificaciones, misma que coincide donde fue enviada la notificación por aviso.** Entonces resulta paradójico que la dirección de notificaciones de la **Empresa Conalvías, sea otra distinta, pero en esta dirección reciben con sello de Conalvías** y no de Agremezclas.

En este sentido, es menester precisar que para que la notificación se surta en debida forma a la Unión temporal, no es necesario la notificación de cada uno de sus integrantes, sino al representante de esta, la cual se surtió a la dirección que se indica como domicilio de la Unión Temporal. Además, la dirección donde se surtió la notificación fue la denunciada por la misma sociedad en su certificado de existencia y representación.

Y resulta, por demás, una excesiva coincidencia que en la dirección de notificaciones de Agremezclas se use para recibir oficios para Conalvías cuando ésta última tiene otra dirección oficial de notificaciones.

Conforme a lo anterior, y a los argumentos expuestos, se denegará el incidente de nulidad propuesto por la sociedad Agremezclas SAS., en liquidación.

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

RESUELVE

¹⁴ Folio 3388, c 1H.

PRIMERO: DENEGAR la solicitud de nulidad propuesta por la sociedad Agremiazclas SAS., en liquidación, en calidad de integrante de la Unión temporal palestina 2008, conforme a las razones expuestas en precedencia.

SEGUNDO. Ejecutoriado el presente auto, continúese con el trámite procesal a continuación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
<u>NOTIFICACIÓN POR ESTADO</u>
No. 111
FECHA: 28/06/2021
HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE DECISIÓN
MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

A.I. 113

Manizales, veinticinco (25) de junio de dos mil veintiuno (2021).

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento de Derecho.
Radicado: 17-001-23-33-000-2021-00102-00
Demandante: Manuela Calle Guevara
Demandado: La Nación - Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de
Administración Judicial.

ASUNTO

El Tribunal decide sobre el impedimento manifestado por el Juez Primero Administrativo del Circuito de Manizales, que igualmente comprende a todos los Jueces Administrativos del Circuito de Manizales.

ANTECEDENTES

Manuela Calle Guevara, mediante apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, pretende que se declare la nulidad de: (i) la Resolución No. DESAJMAR 20-467 del 8 de octubre de 2020, por medio de la cual negó el reconocimiento y pago de la Bonificación Judicial, creada por el Decreto 383 de 2013¹, como factor salarial para liquidar salario, prestaciones y demás emolumentos que percibe; y (ii) los Actos administrativos fictos o presuntos negativos de los recursos de reposición y apelación, los cuales fueron interpuestos contra la referida Resolución.

El 28 de abril de 2021 el Juez Primero Administrativo del Circuito de Manizales, manifestó su impedimento para conocer del asunto fundado en la causal establecida en el numeral 1 del artículo 141 del CGP, aplicable por remisión que hace el artículo 130 del CPACA, toda vez que le asiste un interés directo en el resultado del proceso, dado que en su calidad de juez, devenga la bonificación judicial y en consecuencia le asisten los mismos intereses perseguidos en la demanda.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

El régimen de impedimentos se fundamenta en la necesidad de preservar la integridad moral del funcionario que reconoce la existencia de situaciones de hecho que pueden comprometer su criterio en la decisión y, de otra parte, constituyen una garantía de imparcialidad y transparencia de la justicia en los juicios que emite en los casos de su conocimiento.

¹ Modificado por el decreto 1269 de 2015

Estudio normativo.

En cuanto a las causales para manifestar el impedimento, el artículo 130 del CPACA prevé como tales para los magistrados y jueces Administrativos, entre otras, las previstas en el artículo 141 del Código General del Proceso. A su vez, el numeral 1 del artículo 141 del CGP que fundamentó el impedimento que aquí se resuelve, regula:

Artículo 141. Son causales de recusación las siguientes:

[...]

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

[...].

Por su parte el numeral 2 del artículo 131 del CPACA establece:

Artículo 131 Trámite de los impedimentos. Para el trámite de los impedimentos, cuando se trate de jueces Administrativos el procedimiento es el siguiente:

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

Se configura la causal de impedimento.

Realizadas las anteriores precisiones, el Tribunal declarará fundado el impedimento presentado por el Juez Primero Administrativo del Circuito de Manizales, doctor Carlos Mario Arango Hoyos, que a su vez comprende a todos los Jueces Administrativos del Circuito de Manizales, teniendo en cuenta que le asiste un interés en las resultas del proceso en la medida que tienen el mismo interés salarial perseguido por Manuela Calle Guevara

En ese sentido, se torna imperativo admitir la separación de aquel en relación con el conocimiento del asunto de la referencia, en aras de garantizar la imparcialidad, objetividad e independencia de la administración de justicia.

En consecuencia, de conformidad con el numeral 2 del artículo 131 del CPACA y el artículo 30 del Acuerdo 209 de 1997 del Consejo Superior de la Judicatura, se señalará fecha y hora para la elección pública del conjuez que deba actuar en el presente trámite.

Para el efecto, por la Secretaría se convocará a la parte demandante y a los conjueces que integran la lista.

Sin más consideraciones, *el Tribunal Administrativo de Caldas,*

RESUELVE

Primero: Declarar fundado el impedimento manifestado por el Juez Primero Administrativo del Circuito de Manizales, doctor Carlos Mario Arango Hoyos, que comprende a todos los jueces Administrativos del circuito de Manizales, para conocer de la presente demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuso Manuela Calle Guevara contra La Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

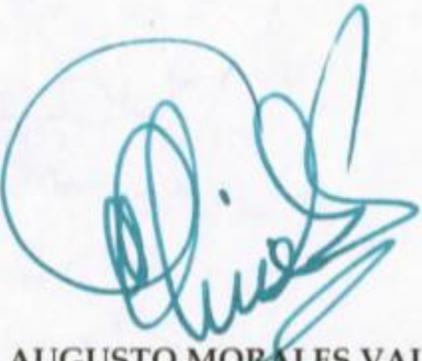
Segundo: Fijar como fecha y hora para la elección pública del conjuer que deba actuar en el presente trámite, el día 02 de julio de 2021 a las dos y treinta (2:30) de la tarde.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 31 de 2021.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADO CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, veinticinco (25) de junio de dos mil veintiuno (2021).

RADICADO	17001-23-33-000-2014-00199-00
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	LILIANA PATRICIA RAMÍREZ CASTAÑO
SUCESOR PROCESAL	JUAN CARLOS LÓPEZ TRUJILLO
DEMANDADO	DEPARTAMENTO DE CALDAS

Procede el Despacho Uno del Tribunal Administrativo de Caldas a decidir sobre la concesión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de primera instancia emitida por esta corporación.

La Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas profirió sentencia dentro de estas resultas el 8 de abril de 2021, la cual fue notificada por estado electrónico el 13 de abril del año en curso; día en el cual, además, se envió el mensaje de datos a las partes (fols. 192 y 193).

El departamento de Caldas presentó mediante correo electrónico de fecha 16 de abril de 2021 recurso de apelación contra la anterior sentencia.

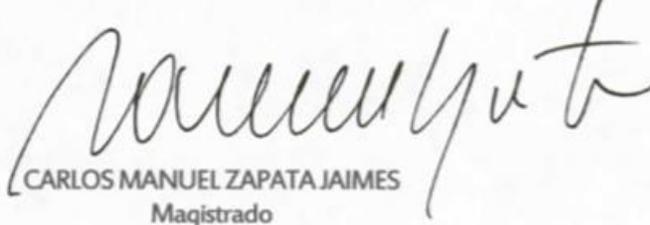
Al revisar los requisitos del recurso, se encuentran reunidas las condiciones señaladas en el artículo 243 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 62 de la Ley 2080 de 2021, y los numerales 1 y 2 del artículo 247 del CPACA, modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021; además de verificar que no hay lugar a realizar audiencia previa de conciliación, ya que no fue solicitada por las partes.

En consecuencia, por su oportunidad y procedencia, se **CONCEDE** en el efecto suspensivo el recurso de apelación interpuesto el día 16 de abril de 2021 por la parte demandada (fols. 194 a 204) contra la sentencia que accedió parcialmente a pretensiones proferida el 8 de abril de 2021 (fols. 182 a 192).

Por la Secretaría de la corporación remítase el cartulario al H. Consejo de Estado de manera física o escaneada, según corresponda, para que allí se provea lo de ley. La parte

apelante deberá coordinar con la Secretaría de la corporación lo relativo a los gastos que demande la remisión del cartulario.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Maqistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica por Estado Electrónico No. 111 de fecha 28 de junio de 2021.
Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.

Manizales,



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 112

Manizales, veinticinco (25) de junio de dos mil veintiuno (2021).

Radicado: 170013339007-2016-00019-02
Naturaleza: Acción Popular
Demandante: Eduardo Arley Noreña y otros
Demandado: Municipio de Manizales y La Iglesia Cristina Catedral de Avivamiento

Se emite fallo de segunda instancia con ocasión al recurso de apelación interpuesto por el municipio de Manizales contra la sentencia mediante la cual se accedió de forma parcial a las pretensiones de los demandantes.

I. Antecedentes

1. La demanda

1.1. Pretensiones

La parte actora solicita el amparo de los derechos al goce del espacio público, la utilización y defensa de los bienes uso público; el goce de un ambiente sano y la seguridad y salubridad públicas de los habitantes del barrio La Fuente.

En consecuencia solicitó que, se ordene adoptar las medidas necesarias para que cese su vulneración, consistentes en: i) adoptar las medidas necesarias para recuperar la tranquilidad del sector de La Fuente, generada por la contaminación auditiva proveniente de la iglesia cristiana Catedral de Avivamiento ubicada en la calle 41 A. 37-14; ii) se ejerza control por parte de la Secretaría de Tránsito debido al inadecuado parqueo de vehículos; iii) instalar barreras sonoras, rediseño de la edificación, reubicar los equipos de emisión o adoptar un plan de contingencia para que se mitigue y elimine el problema y las demás acciones y actividades; y iv) la recuperación peatonal y construcción de una infraestructura tipo rampa con barandas en el tramo de la calle 52 entre carrera 23 y 24 Avenida Santander y Avenida Paralela.

1.2. Sustento Fático Relevante

Se señala en síntesis que, desde hace aproximadamente tres años se ha generado una problemática por la contaminación auditiva proveniente de la iglesia cristiana Catedral de Avivamiento, ubicada en la calle 47ª 37- 14 del barrio La Fuente, quien constantemente utiliza amplificadores donde reproducen sus instrumentos musicales, sin contar con la infraestructura dispuesta por la ley, ocasionando perjuicios a los habitantes del sector.

Adicionalmente, se utilizan las vías para el parqueo de vehículos, lo cual impide el libre tránsito.

Que el 8 de mayo de 2014, los actores populares presentaron queja ante la Inspección Quinta Urbana de Policía, manifestando la inconformidad presentada en el sector, producto de la contaminación auditiva y daños en los inmuebles por ruptura de ventanas producto del alto grado de decibeles. Que la Inspección citó a conciliación al señor Jairo Misas Cuervo, en su condición de pastor de la iglesia Cristiana Catedral del Avivamiento y remitió a la Secretaría del Medio Ambiente, por medio de la Inspección de vigilancia y Control Ambiental para que hicieran las mediciones, sin embargo, no se inició proceso sancionatorio.

Que la Inspección de vigilancia y Control Ambiental informó que: *“con base en las mediciones realizadas mediante el procedimiento de medición continuo con fuente durante el tiempo de 16 minutos y medición sin fuente residual ambas corregidas por el método de corrección de impulso de conformidad con el anexo 2 de la Resolución 627 de 2006, arrojó como resultado 84:5 db, que según lo establecido en la Resolución 627 de 2006, está por encima de los estándares permitidos.”*

Que la iglesia no solo utiliza los instrumentos musicales para el culto, sino que allí también se realizan los entrenamientos de los músicos, razón por la cual, la contaminación se ocasiona de lunes a Domingo y sus ensayos son en horas nocturnas de 7:00 pm hasta 10:00 pm, y los domingos de 9:30 am hasta las 6:00pm.

Que mediante oficio I.U.P. 489 del 13 de noviembre de 2014, se informó a la parte demandante que el 20 de noviembre del mismo año, se notificaría al señor Jairo Misas de la orden de cierre definitivo e inmediato de la actividad, contenida en la Resolución 0842 del 12 de noviembre de 2014, sin embargo, el pastor de la iglesia Cristina, Jairo Misas, interpuso recurso de apelación contra esta decisión, el cual fue resuelto a través de Resolución 683, dejando sin efectos la decisión.

2. Pronunciamiento frente a la demanda

2.1. El Municipio de Manizales se opuso a las pretensiones de la parte actora; frente a los hechos manifestó que, el municipio tuvo conocimiento del inconformismo de los vecinos a través de una queja presentada ante la Inspección Quinta en julio de 2014, entidad que remitió dicha queja, por competencia, a la Inspección Once, la cual adelantó el proceso contravencional con las competencias de la Ley 232 de 1995, surtiéndose los recursos de reposición y de apelación.

Que en segunda instancia se decretó la nulidad de lo actuado porque la Ley 232 de 1995 se aplica a los establecimientos de comercio y la Iglesia Cristiana Catedral de Avivamiento no lo es. Se ordenó correr traslado a la Secretaría del Medio Ambiente - SMA para que realizara el trámite.

Que la SMA no adelantó el proceso porque no tiene competencia, estos procesos pertenecen a la autoridad ambiental que es Corpocaldas, puesto que así lo establece el artículo 28 de la Resolución 0627 de abril 7 de 2006, expedida por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

Que no ha vulnerado derechos colectivos de los actores populares, por cuanto adelantó lo de su competencia; que la organización que trasgrede o amenaza los derechos colectivos es la Iglesia Cristiana Catedral de Avivamiento; adicionalmente, la competencia de vigilancia y control en esta materia está asignada a Corpocaldas.

En relación con el control de parqueo, señaló que el mismo se viene haciendo de forma juiciosa luego de conocer el hecho.

Propuso como medios exceptivos de defensa los siguientes: *“falta de legitimación en la causa por pasiva”, y “genérica”*.

2.2. Corpocaldas se opuso a la prosperidad de las pretensiones y explicó que el control de los impactos ambientales referidos por los actores, se encuentra atribuido al municipio de Manizales, según la normativa consagrada en el ámbito policivo. Manifestó que dadas las reglas de derecho frente a la aludida competencia, no le es posible a otras entidades no facultadas, imponer medidas restrictivas de la libertad de empresa y menos entrometerse en el ejercicio del seguimiento policivo, que incluye llevar a efecto las mediciones correspondientes a fin de determinar el cumplimiento o no de la norma, so pena de violentar el principio de juez natural.

Propuso como medios exceptivos de defensa los siguientes: *“falta de legitimación en la causa por pasiva de la Corporación Autónoma Regional De Caldas- COPORCALDAS”, y “ausencia de trasgresión de derechos fundamentales en el caso de autos, por parte de la corporación autónoma regional de caldas”,* basadas en que el control de impactos ambientales referidos en la demanda, es competencia del municipio de Manizales.

2.3. La Iglesia Cristiana Catedral de Avivamiento, no contestó la demanda.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró responsables al municipio de Manizales y la Iglesia Cristiana Catedral de Avivamiento de la vulneración a los derechos colectivos al *“goce de un ambiente sano de los residentes del barrio La fuente, como consecuencia del ruido excesivo originado por la iglesia cristiana Catedral de avivamiento ubicada en la calle 47ª N° 37 - 14.”*

En consecuencia ordenó: *“Al REPRESENTANTE LEGAL DE LA IGLESIA CRISTIANA CATEDRAL DE AVIVAMIENTO ubicada en la calle 47 37-14 del barrio La fuente de la ciudad de Manizales, realizar un estudio técnico tendiente a determinar las medidas de insonorización que se deben adoptar en el espacio utilizado para realizar los cultos, el cual deberá contar con el acompañamiento, supervisión y vigilancia del MUNICIPIO DE MANIZALES, y presentarlo a este Despacho en el término de 2 meses contados a partir de la ejecutoria de esta providencia; así mismo, y en el término de 6 meses, igualmente contados a partir de la ejecutoria de esta sentencia, realizar las obras que determine el estudio técnico referido.”*

Por su parte, ordenó al municipio de Manizales *“que hasta tanto no se haya realizado el estudio y ejecutado las obras atrás ordenadas, realice una estricta vigilancia a la IGLESIA CRISTIANA CATEDRAL DE AVIVAMIENTO, con mediciones de ruido constantes en las horas diurnas y nocturnas, teniendo en cuenta que los niveles de ruido no podrán sobrepasar de los 65 dB. De las mediciones de ruido se presentará informe mensual a este Despacho, y de ser el caso, a través de sus funcionarios correspondientes iniciará investigación administrativa e impondrá las sanciones a que haya lugar”,* finalmente ordenó que a través de la Secretaría de Tránsito y Transporte en coordinación con la Dirección de Tránsito y Transporte de la Policía Nacional – Seccional Manizales *“realicen controles en la calle 47 con carrera 37, a fin de evidenciar el cumplimiento de la Ley 769 de 2002 “Código Nacional de Tránsito”*.

Las demás pretensiones fueron negadas.

4. Impugnación del fallo

El **municipio de Manizales** solicitó revocar el fallo argumentando que, si la iglesia cristiana es quien afecta a los vecinos, es a esa entidad a quien debe imponérsele las obligaciones; que el municipio tal como se acreditó, cumple con su deber y que en el informe de tránsito UGT-936 se acredita que allí no se han presentado accidentes, luego no hay pruebas que el ente territorial está omitiendo sus deberes funcionales como para que por medio de un fallo se tengan que hacer los ordenamientos indicados.

Que además, no está de acuerdo con que se deba acompañar, supervisar y vigilar un estudio que es particular y debe ser contratado por la Iglesia, aduciendo que el ente territorial no brinda tales asesorías; que las mediciones de ruido se hacen, pero si hay trasgresión a los decibeles, no puede imprimirse un desacato que involucre al municipio, quien no tiene por qué responder los errores que cometa la iglesia.

5. Concepto del Ministerio Público

Solicitó confirmar la sentencia de primera instancia; en cuanto a las órdenes impartidas consideró que son las medidas más ajustadas a la finalidad de la acción popular y que constituyen la mejor forma de proteger los derechos colectivos de la comunidad, Además que armonizan los derechos fundamentales a la libertad de culto, la intimidad y tranquilidad, con el derecho colectivo vulnerado al goce a un ambiente sano.

Que en efecto, la orden impartida a la Iglesia Cristiana Catedral de Avivamiento un estudio técnico tendiente a determinar las medidas de insonorización que se deben adoptar en el espacio utilizado para realizar los cultos, resulta razonable, necesaria y adecuada para lograr la finalidad que consiste en hacer cesar la vulneración de los derechos colectivos, por la emisión de ruido que excede los niveles permitidos por la ley.

Así mismo, la orden dirigida al Municipio de Manizales para que brinde el acompañamiento, supervisión y vigilancia, es acorde con sus competencias de inspección, vigilancia y control de factores de riesgo que afectan la salud humana presentes en el ambiente, funciones que se ejercen en coordinación con las autoridades ambientales.

II. Consideraciones

1. Problema jurídico

Teniendo en cuenta los puntos concretos de la impugnación se centra en establecer: *¿El municipio de Manizales es responsable de la protección de los derechos colectivos vulnerados y en esa medida, debe acompañar, supervisar y vigilar a la Iglesia Cristiana Catedral de Avivamiento en la realización del estudio técnico tendiente a determinar las medidas de insonorización; así como realizar mediciones de ruido y controles de tránsito?*

2. Tesis del Tribunal

El municipio de Manizales es responsable de la protección de los derechos colectivos a un ambiente sano, que están siendo vulnerados y en esa medida, resulta procedente imponerse el deber de acompañar, supervisar y vigilar a la Iglesia Cristiana Catedral de Avivamiento en la realización del estudio técnico tendiente a determinar las medidas de insonorización, así como la realización de controles en la calle 47 con carrera 37, a fin de evidenciar el cumplimiento de la Ley 769 de 2002 “Código Nacional de Tránsito”.

Lo anterior por cuanto así lo señala: 1) el artículo 65 de la Ley 99 de 1993, en cuanto dispone

que corresponde a los municipios *a través del alcalde como primera autoridad de policía con el apoyo de la Policía Nacional y en Coordinación con las demás entidades del Sistema Nacional Ambiental (SINA), con sujeción a la distribución legal de competencias, funciones de control y vigilancia del medio ambiente y los recursos naturales renovables, con el fin de velar por el cumplimiento de los deberes del Estado y de los particulares en materia ambiental y de proteger el derecho constitucional a un ambiente sano*; ii) el artículo 68 del Decreto 948 de 1995 que señala a los municipio a través de los alcaldes, les corresponde ejercer funciones de control y vigilancia, además de imponer las medidas preventivas y sanciones del caso para garantizar el control de la contaminación en su territorio; iii) el 76 de la Ley 715 de 2001 asignó a los municipios en materia ambiental, la función de *“tomar las medidas necesarias para el control, la preservación y la defensa del medio ambiente en el municipio*; y iv) el artículo 6º de la Ley 1551 del 6 de julio de 2012 que modificó el artículo 3º de la Ley 136 de 1994, dispuso como función de los municipios, *“velar por el adecuado manejo de los recursos naturales y del ambiente, de conformidad con la Constitución y la ley”*.

Para fundamentar lo anterior, se analizará: i) Marco jurídico sobre la emisión de ruido y su incidencia en el medio ambiente; para descender al ii) caso concreto.

3. Marco jurídico - Emisión de ruido y su incidencia en el medio ambiente

El derecho a gozar de un ambiente sano y la obligación del Estado de garantizar la efectividad de este derecho están contemplados en el artículo 79 de la Constitución, que preceptúa: *“Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo”. “Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines. (...)”*

En concordancia, el artículo 80 *ídem* establece: *“(...) El Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución”. “Además, deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados. (...)”*

Por su parte, el ruido es considerado tanto por la legislación como por la jurisprudencia de la Corte Constitucional¹ y del Consejo de Estado² como agente contaminante del medio ambiente. Así, la Corte Constitucional en sentencia T – 411 de 1992, manifestó:

*“Para esta Sala de Revisión, la protección al ambiente no es un “amor platónico hacia la madre naturaleza”, sino la respuesta a un problema que de seguirse agravando al ritmo presente, acabaría planteando una auténtica cuestión de vida o muerte: la contaminación de los ríos y mares, la progresiva desaparición de la fauna y la flora, la conversión en irrespirable de la atmósfera de muchas grandes ciudades por la polución, la desaparición de la capa de ozono, el efecto invernadero, el ruido, la deforestación, el aumento de la erosión, el uso de productos químicos, los desechos industriales, la lluvia ácida, los melones nucleares, el empobrecimiento de los bancos genéticos del planeta, etc., son cuestiones tan vitales que merecen una decisión firme y unánime de la población mundial”.*³

Según el artículo 8º del Decreto 2811 de 1974⁴ son factores que deterioran el ambiente entre

¹ Sentencia T-454 de 1995. M.P: Alejandro Martínez Caballero. Sentencia T- 428 de 1995. M.P: Alejandro Martínez Caballero. Sentencia T- 198 de 1996.M.P: Vladimiro Naranjo Mesa.

² Sentencia de 30 de noviembre de 2006. Ref. Exp.: 2005-282 (AP). C.P.: Rafael Ostau De Lafont Pianeta. Sentencia de 3 de junio de 2010. Ref. Exp.: 2003-1145 (AP). C.P.: Rafael Ostau De Lafont Pianeta.

³ En el mismo sentido sentencias t - 308 de 1993, t – 025 de 1994, t – 226 de 1995.

⁴ Por el cual se dicta el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente.

otros, el ruido. El Ministerio de Salud Pública expidió la Resolución 8321 de 1983⁵ determinando los niveles de ruido máximos permisibles según el lugar y la hora en que se produzca la emisión y las obligaciones de los responsables de fuentes emisoras de ruido:

“Artículo 17.- Para prevenir y controlar las molestias, las alteraciones y las pérdidas auditivas ocasionadas en la población por la emisión de ruido, se establecen los niveles sonoros máximos permisibles incluidos en la siguiente tabla:

TABLA NUMERO I

Zonas receptoras

Nivel de presión sonora en dB (A)

Período diurno

Período nocturno

7:01a.m.-9p.m.

9:01p.m.-7a.m.

<i>Zona residencial</i>	<i>65</i>	<i>45</i>
<i>Zona II comercial</i>	<i>70</i>	<i>60</i>
<i>Zona III industrial</i>	<i>75</i>	<i>75</i>
<i>Zona IV de tranquilidad</i>	<i>45</i>	<i>45</i>

“Parágrafo 1º- Para efectos del presente artículo la zonificación contemplada en la Tabla número I, corresponde a aquella definida o determinada por la autoridad competente en cada localidad y para cada caso. (...)”

Artículo 21.- Los propietarios o personas responsables de fuentes emisoras de ruido, están en la obligación de evitar la producción de ruido que pueda afectar y alterar la salud y el bienestar de las personas, lo mismo que de emplear los sistemas necesarios para su control con el fin de asegurar niveles sonoros que no contaminen las áreas aledañas habitables. Deberán proporcionar a la autoridad sanitaria correspondiente la información que se les requiera respecto a la emisión de ruidos contaminantes.”

Artículo 22.- Ninguna persona permitirá u ocasionará la emisión de cualquier ruido, que al cruzar el límite de propiedad del predio originador pueda exceder los límites establecidos en el Capítulo II de la presente Resolución. (...)”

El artículo 1º del Decreto 948 de 1995⁶, para el efecto establece las siguientes definiciones:

“CONTAMINACIÓN ATMOSFÉRICA: es el fenómeno de acumulación o de concentración de contaminantes en el aire.

CONTAMINANTES: son fenómenos físicos, o sustancias, o elementos en estado sólido, líquido o gaseoso, causantes de efectos adversos en el medio ambiente, los recursos naturales renovables y la salud humana que, solos, o en combinación, o como productos de reacción, se emiten al aire como resultado de actividades humanas, de causas naturales, o de una combinación de éstas.

EMISION: es la descarga de una sustancia o elemento al aire, en estado sólido, líquido o gaseoso, o en alguna combinación de éstos, proveniente de una fuente fija o móvil.

EMISION FUGITIVA: es la emisión ocasional de material contaminante.

EMISION DE RUIDO: es la presión sonora que, generada en cualesquiera condiciones, trasciende al medio ambiente o al espacio público.

⁵ Por medio de la cual se dictan normas sobre protección y conservación de la audición de la salud y el bienestar de las personas, por causa de la producción y emisión de ruido.

⁶ Por el cual se reglamentan, parcialmente, la Ley 23 de 1973, los artículos 33, 73,74, 75 y 76 del Decreto - Ley 2811 de 1974; los artículos 41, 42, 43, 44, 45, 48 y 9 de la Ley 9 de 1979; y la Ley 99 de 1993, en relación con la prevención y control de la contaminación atmosférica y la protección de la calidad del aire.

DOSIS DE INMISION: es el valor total (la integral) del flujo de inmisión en un receptor, durante un período determinado de exposición.

FLUJO DE INMISION: es la tasa de inmisión con referencia a la unidad de área de superficie de un receptor.

TASA DE INMISION: es la masa, o cualquiera otra propiedad física, de contaminantes transferida a un receptor por unidad de tiempo.

NORMA DE EMISION DE RUIDO: es el valor máximo permisible de presión sonora, definido para una fuente, por la autoridad ambiental competente, con el objeto de cumplir la norma de ruido ambiental.

NORMA DE RUIDO AMBIENTAL: es el valor establecido por la autoridad ambiental competente, para mantener un nivel permisible de presión sonora, según las condiciones y características de uso del sector, de manera tal que proteja la salud y el bienestar de la población expuesta, dentro de un margen de seguridad. (...)"

El artículo 15 ídem establece la clasificación de los sectores de restricción de ruido ambiental:

"(...) 1. Sectores A. (Tranquilidad y silencio): áreas urbanas donde estén situados hospitales, guarderías, bibliotecas, sanatorios y hogares geriátricos.

2. Sectores B. (Tranquilidad y ruido moderado): zonas residenciales o exclusivamente destinadas para desarrollo habitacional, parques en zonas urbanas, escuelas, universidades y colegios.

3. Sectores C. (Ruido intermedio restringido): zonas con usos permitidos industriales y comerciales, oficinas, uso institucional y otros usos relacionados.

4. Sectores D. (Zona suburbana o rural de tranquilidad y ruido moderado): áreas rurales habitadas destinadas a la explotación agropecuaria, o zonas residenciales suburbanas y zonas de recreación y descanso. (...)"

El artículo 45 del citado decreto prohíbe expresamente la generación de ruido que traspase los límites, en contravención de los estándares permisibles de presión sonora o dentro de los horarios fijados por las normas respectivas.

Asimismo, el artículo 51 impone a los responsables de las fuentes de emisión de ruido que puedan afectar el medio ambiente, la obligación de emplear los sistemas de control necesarios para garantizar que los niveles de ruido no perturben las zonas aledañas habitadas, conforme a los niveles fijados por las normas que al efecto establezca el Ministerio del Medio Ambiente.

El artículo 55 establece que en áreas residenciales o de tranquilidad, no se permitirá a ninguna persona la operación de parlantes, amplificadores, instrumentos musicales o cualquier dispositivo similar que perturbe la tranquilidad ciudadana, o que genere hacia la vecindad o el medio ambiente, niveles de ruido superiores a los establecidos.

En síntesis, la legislación nacional tiene previstos unos límites auditivos para las emisiones sonoras. El Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente, Decreto 2811 de 1974, en su artículo 33 establece el mandato del control del ruido; en virtud de este Código, el Ministerio de Salud expidió la Resolución 8321 de 1983, por la que "se dictan normas sobre protección y conservación de la audición de la salud y el bienestar de las personas, por causa de la producción y emisión de ruidos". En su artículo 17, la Resolución 8321 de 1983 establece los niveles de ruido máximos permisibles según el lugar y la hora en que se produzca su emisión. El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial profirió la Resolución No 0627 de 2006 (7 de abril) "por la cual se establece la norma nacional de emisión de ruido y ruido ambiental", en que se establecieron estándares para las emisiones sonoras, dependiendo del sector y para el sector residencial mantuvo los máximos

permitidos por la Resolución 8321 de 1983.

4. Caso concreto

El municipio de Manizales en su recurso de apelación argumenta que, si la iglesia cristiana es quien afecta a los vecinos, es a esa entidad a quien debe imponérsele las obligaciones; que el municipio cumple con su deber, conforme al informe de tránsito UGT-936, en el cual se acredita que allí no se han presentado accidentes, luego no hay pruebas que el ente territorial está omitiendo sus deberes funcionales como para que por medio de un fallo se tengan que hacer los ordenamientos indicados. Que además, no está de acuerdo con se deba acompañar, supervisar y vigilar un estudio que es particular y debe ser contratado por la Iglesia, aduciendo que el ente territorial no brinda tales asesorías. Las mediciones de ruido se hacen, pero si hay trasgresión a los decibeles, no puede imprimirse un desacato que involucre a mi mandante, quien no tiene por qué responder los errores que cometa la iglesia.

Así, la afectación al medio ambiente no se encuentra en discusión por la entidad apelante, en tanto lo que censura del fallo de primera instancia, se dirige a desvirtuar las obligaciones impuestas al municipio de Manizales, para garantizar que la Iglesia Cristiana Catedral de Avivamiento cese su actividad contaminante con el ruido que ella genera en sector y para que realicen controles en la calle 47 con carrera 37, a fin de evidenciar el cumplimiento de la Ley 769 de 2002 “Código Nacional de Tránsito”.

Al respecto se tiene que, en el fallo de primera instancia señaló que: *“(...) la imputación de responsabilidad por la afectación de derechos colectivos en el presente asunto se presenta por dos vías. Respecto de la iglesia cristiana Catedral de avivamiento, demandada, se encuentra que la responsabilidad es por acción, comoquiera que el nivel de ruido mientras desarrolla las actividades propias del culto religioso, produce ruidos que exceden los límites permitidos normativamente en horario diurno. En relación con el Municipio de Manizales se tiene que la responsabilidad por la afectación de los derechos colectivos opera por vía de omisión en el cumplimiento de sus deberes, pues si bien realizó algunas actuaciones, las mismas no fueron suficientes para mitigar el daño que se estaba causando, debiendo los actores populares recurrir al aparato judicial para solventar la necesidad de protección de los derechos considerados como lesionados.”*

En cuanto a las funciones de los municipios en el control y emisión de ruido, la Ley 99 de 1993⁷ impuso las siguientes funciones:

“ARTÍCULO 65. FUNCIONES DE LOS MUNICIPIOS, DE LOS DISTRITOS Y DEL DISTRITO CAPITAL DE SANTAFÉ DE BOGOTÁ. *Corresponde en materia ambiental a los municipios, y a los distritos con régimen constitucional especial, además de las funciones que les sean delegadas por la ley o de las que deleguen o transfieran a los alcaldes por el Ministerio del Medio Ambiente o por las Corporaciones Autónomas Regionales, las siguientes atribuciones especiales:*

- 1) *Promover y ejecutar programas y políticas nacionales, regionales y sectoriales en relación con el medio ambiente y los recursos naturales renovables; elaborar los planes programas y proyectos ambientales municipales articulados a los planes, programas y proyectos regionales, departamentales y nacionales.*
- 2) *Dictar con sujeción a las disposiciones legales reglamentarias superiores, las normas necesarias para el control, la preservación y la defensa del patrimonio ecológico del municipio;*

⁷ Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA y se dictan otras disposiciones.

- 3) *Adoptar los planes, programas y proyectos de desarrollo ambiental y de los recursos naturales renovables, que hayan sido discutidos y aprobados a nivel regional, conforme a las normas de planificación ambiental de que trata la presente ley;*
- 4) *Participar en la elaboración de planes, programas y proyectos de desarrollo ambiental y de los recursos naturales renovables a nivel departamental.*
- 5) *Colaborar con las Corporaciones Autónomas Regionales, en la elaboración de los planes regionales y en la ejecución de programas, proyectos y tareas necesarias para la conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables;*
- 6) ***Ejercer, a través del alcalde como primera autoridad de policía con el apoyo de la Policía Nacional y en Coordinación con las demás entidades del Sistema Nacional Ambiental (SINA), con sujeción a la distribución legal de competencias, funciones de control y vigilancia del medio ambiente y los recursos naturales renovables, con el fin de velar por el cumplimiento de los deberes del Estado y de los particulares en materia ambiental y de proteger el derecho constitucional a un ambiente sano;***
- 7) *Coordinar y dirigir, con la asesoría de las Corporaciones Autónomas Regionales, las actividades permanentes de control y vigilancia ambientales que se realicen en el territorio del municipio o distrito con el apoyo de la fuerza pública, en relación con la movilización, procesamiento, uso, aprovechamiento y comercialización de los recursos naturales renovables o con actividades contaminantes y degradantes de las aguas, el aire o el suelo...". (Se resalta)*

Por otro lado, el artículo 68 del Decreto 948 de 1995⁸, dispuso:

"ARTICULO 68. Funciones de los municipios y distritos. En desarrollo de lo dispuesto por el artículo 65 y concordantes de la Ley 99 de 1993, corresponde a los municipios y distritos en relación con la prevención y control de la contaminación del aire, a través de sus alcaldes o de los organismos del orden municipal o distrital a los que éstos las deleguen, con sujeción a la ley, los reglamentos y las normas ambientales superiores:

- a. Dictar normas para la protección del aire dentro de su jurisdicción.*
- b. Dictar medidas restrictivas de emisión de contaminantes a la atmósfera, cuando la circunstancias así lo exijan y ante la ocurrencia de episodios que impongan la declaratoria, en el municipio o distrito, de niveles de prevención, alerta o emergencia.*
- c. Establecer las reglas y criterios sobre protección del aire y dispersión de contaminantes que deban tenerse en cuenta en el ordenamiento ambiental del territorio del municipio o distrito, en la zonificación del uso del suelo urbano y rural y en los planes de desarrollo.*
- d. Adelantar programas de arborización y reforestación en zonas urbanas y rurales.*
- e. Otorgar, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 89 de este decreto, permisos de policía para la realización de actividades o la ejecución de obras y trabajos que impliquen la emisión de ruido que supere excepcionalmente los estándares vigentes o que se efectúen en horarios distintos a los establecidos.*
- f. Ejercer funciones de control y vigilancia municipal o distrital de los fenómenos de contaminación atmosférica e imponer las medidas correctivas que en cada caso correspondan.***
- g. Imponer, a prevención de las demás autoridades competentes, las medidas preventivas y sanciones que sean del caso por la infracción a las normas de emisión por fuentes móviles en el respectivo municipio o distrito, o por aquéllas en que incurran dentro de su jurisdicción, fuentes fijas respecto de las cuales le hubiere sido delegada la función de otorgar el correspondiente permiso de emisión."*** (Se resalta)

⁸ Por el cual se reglamentan, parcialmente, la Ley 23 de 1973, los artículos 33, 73, 74, 75 y 76 del Decreto - Ley 2811 de 1974; los artículos 41, 42, 43, 44, 45, 48 y 49 de la Ley 9 de 1979; y la Ley 99 de 1993, en relación con la prevención y control de la contaminación atmosférica y la protección de la calidad del aire.

Finalmente, el artículo 76 de la Ley 715 de 2001⁹ asignó a los municipios en materia ambiental, la función de *“76.5.1 tomar las medidas necesarias para el control, la preservación y la defensa del medio ambiente en el municipio, en coordinación con las corporaciones autónomas regionales”*. Igualmente, el artículo 6º de la Ley 1551 de 2012¹⁰ que modificó el artículo 3º de la Ley 136 de 1994, dispuso como función de los municipios, *“velar por el adecuado manejo de los recursos naturales y del ambiente, de conformidad con la Constitución y la ley”*.

De acuerdo con la normativa previamente citada, se logra observar con suficiencia, los fundamentos que dan base a imponer las obligaciones a los entes territoriales a través de los Alcaldes, como autoridades ambientales dentro de los territorios que administran, destacándose entre otras: i) Ejercer funciones de control y vigilancia municipal o distrital de los fenómenos de contaminación atmosférica e imponer las medidas correctivas que en cada caso correspondan; e ii) Imponer medidas preventivas y sanciones.

Por lo anterior, encuentra la Sala que no son de recibo los argumentos esbozados por el ente apelante, en cuanto aduce que, si la iglesia cristiana es quien afecta a los vecinos, es a esta a quien debe imponérsele las obligaciones, pues claramente se encuentra establecido en la Ley 99 de 1993, Decreto 948 de 1995, Ley 715 de 2001 y Ley 1551 de 2012 las obligaciones que deben cumplir los municipios a través del alcalde, para ejercer el control y vigilancia en su jurisdicción con el objetivo de proteger y mantener el medio ambiente sano.

De tal suerte que, ante la existencia de vulneración del ambiente sano por la generación del ruido que genera la iglesia demandada -lo cual no se discute- se concluye que, el municipio de Manizales, ha omitido los deberes que tiene a su cargo frente al control y vigilancia de conservar el ambiente sano en el territorio y debe por tanto ser declarada también responsable de la vulneración del derecho colectivo al medio ambiente e imponérsele las obligaciones de: acompañamiento, supervisión y vigilancia frente a la Iglesia Cristiana Catedral De Avivamiento realizar un estudio técnico tendiente a determinar las medidas de insonorización que se deben adoptar en el espacio utilizado para realizar los cultos, además de realizar una estricta vigilancia, con mediciones de ruido constantes en las horas diurnas y nocturnas, y los controles en la calle 47 con carrera 37, a fin de evidenciar el cumplimiento de la Ley 769 de 2002 *“Código Nacional de Tránsito”*.

Además, como lo señala en señor Agente del Ministerio Público, las órdenes impartidas por el *a quo* son las medidas más adecuadas, razonables y necesarias para lograr hacer cesar la vulneración de los derechos colectivos, por la emisión de ruido que excede los niveles permitidos por la ley; constituyen la mejor forma de proteger los derechos colectivos de la comunidad; además que armonizan los derechos fundamentales a la libertad de culto, la intimidad y tranquilidad, con el derecho colectivo al goce a un ambiente sano.

Que en efecto, la orden impartida a la Iglesia Cristiana Catedral de Avivamiento de un estudio técnico tendiente a determinar las medidas de insonorización que se deben adoptar en el espacio utilizado para realizar los cultos, resulta adecuado.

Así mismo, la orden dirigida al Municipio de Manizales para que brinde el acompañamiento, supervisión y vigilancia, es acorde con sus competencias de inspección, vigilancia y control de factores de riesgo que afecten la salud humana presentes en el

⁹ Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros.

¹⁰ Por la cual se dictan normas para modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios.

ambiente, funciones que se ejercen en coordinación con las autoridades ambientales.

Además, si bien se señala que el municipio ha cumplido con sus obligaciones, mencionando que realiza mediciones de ruido y que el oficio UGT-936, refiriere que en la zona no se han presentado accidentes, ello no resulta suficiente para afirmar que antes de la interposición de la presente acción popular el municipio se encontraba cumpliendo con los deberes y funciones a su cargo para la protección del derecho colectivos que el a quo encontró vulnerado.

Por último, cabe resaltar que, respecto a la obligación que tiene el municipio frente a los factores que generan contaminación por ruido, el Consejo de Estado ha precisado:

“Teniendo en cuenta que se logró demostrar la vulneración del derecho colectivo al goce de un ambiente sano, es necesario resolver la solicitud elevada por CORPOCALDAS en el sentido de ser relevada de la orden que le fue impartida, referida a la realización de unas mediciones de ruido de forma periódica, con el fin de poder verificar el cumplimiento de las medidas impartidas. El a quo fundamenta su decisión en que, si bien no hay lugar a declarar a la Corporación responsable por la vulneración del derecho colectivo al goce de un ambiente sano, se hace necesario que, en virtud del principio de subsidiariedad, sea la autoridad que realice dichos controles, toda vez que el Municipio es la entidad contra quien se dirigen las órdenes.

Al respecto, el Consejo de Estado ha señalado:

“No en vano el artículo 1º. de la Constitución Política dispuso que el Estado Colombiano “... es un Estado Social de Derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista...”. Y el inciso final del artículo 113 C.P. preceptúa que «los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines». A ello se agrega el mandato del inciso segundo del artículo 288 C.P. a cuyo tenor «Las competencias atribuidas a los distintos niveles territoriales serán ejercidas conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad en los términos que establezca la ley»”¹¹.

Así las cosas, le asiste razón al Tribunal para haber mantenido vinculado a CORPOCALDAS al proceso, con el fin de que esta entidad colabore armónicamente con el Municipio para lograr el efectivo cumplimiento de las órdenes impartidas, dado que el llamado a hacer el control es el Municipio, pero como ese ente es demandado y destinatario de las órdenes de amparo, en aplicación del citado principio de subsidiariedad en material ambiental, la Corporación entra a suplirlo para que no sea el mismo ente territorial el que determine si ha cumplido o no con la providencia.”¹² (Destaca la Sala)

Así mismo, respecto a la obligación que le asiste a la administración municipal, en referencia a la contaminación auditiva, la Corte Constitucional¹³ ha señalado lo siguiente:

“A juicio de esta Corte, la perturbación del orden público, la tranquilidad y el derecho a la intimidad causada por los ruidos y la alteración del orden público atribuible al establecimiento de comercio “Salón de Juegos” Dubai, ubicado en la calle 13 No. 8 D - 85, especialmente todos los fines de semana, constituyen injerencias arbitrarias sobre el derecho a la intimidad y a la tranquilidad de los accionantes. Ante lo cual cabe exigir el cumplimiento de los deberes

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 8 de noviembre de 2001. M.P. Camilo Arciniegas Andrade. Rad. Núm. 11001-03-24-000-2000-6345-01(6345).

¹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Oswaldo Giraldo López. 4 de abril de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 17001-23-33-000-2013-00423-02(AP) 13 T-359-11

constitucionales y legales que se imponen a la Policía Nacional y al Alcalde como primera autoridad de policía del municipio, lo que implica la adopción de medidas preventivas, represivas, y sancionatorias.

De acuerdo con las consideraciones generales de la presente sentencia, se puede afirmar que en el asunto sometido al examen de la Sala el ruido y la alteración del orden público producido por el establecimiento de comercio “Salón de Juegos Dubai” constituyen injerencias arbitrarias sobre el derecho a la intimidad de los accionantes. La afectación de la intimidad y la tranquilidad, en circunstancias como las descritas, conlleva la vulneración y amenaza de los derechos fundamentales a la salud, a la vida, a la dignidad humana y a la protección especial de las personas de la tercera edad, debido a que durante un largo periodo de tiempo sus domicilios han sido irrumpidos con niveles sonoros superiores a los admitidos por la Resolución 8321 de 1983, para las zonas residenciales. Hallándose el establecimiento sobre una zona comercial, su funcionamiento incide en la colindante zona residencial.

Lo anterior explica por qué, en aras de establecer un equilibrio en el ejercicio de los derechos de las partes y de conformidad con lo indicado en la sentencia de primera instancia, el nivel permitido sea el residencial, es decir, diurno 65 decibeles y nocturno 45 decibeles.

(...)

En este caso se configura una evidente omisión por parte de las autoridades administrativas de lo ordenado por los jueces de instancia. Por ello, este caso exige que se haga un seguimiento de la actuación administrativa y que se conmine a las autoridades a realizar los correspondientes controles y a adoptar las medidas pertinentes de acuerdo con la ley. Para ese efecto, los accionantes deben dirigirse al juez de primera instancia para manifestarle su percepción sobre el incumplimiento; éste, a su vez, una vez establecida esa circunstancia, deberá adoptar las medidas necesarias. En atención a las anteriores circunstancias, se confirmará el fallo, en cuanto al deber del Alcalde de garantizar la protección del espacio y orden público de los habitantes del sector del barrio Lacharme y Obrero y de controlar el sonido de los altoparlantes y en caso de que sobrepasen los 65 decibeles en el día y los 45 decibeles en la noche imponga las multas sucesivas, o suspender las actividades u ordenar el cierre definitivo del Salón de Juegos Dubai.” (Subrayas de la Sala)

De acuerdo con la jurisprudencia previamente citada, a los alcaldes les asiste el deber jurídico de velar por el mantenimiento de la seguridad, la tranquilidad, la salubridad y la moralidad públicas, de lo cual es posible exigir de dicha autoridad, la adopción de medidas tendientes a la prevención de comportamientos particulares que perturben o alteren estas condiciones mínimas de orden público que impidan a los miembros de la sociedad o de una comunidad en particular, disfrutar de sus derechos sin causa legal que lo justifique.

Finalmente, en un caso con similitudes fácticas a las aquí analizadas, el Consejo de Estado¹⁴ señaló:

“De ahí que en aras de garantizar el equilibrio entre los derechos en tensión, se imponga ordenar a la Iglesia Cristiana Pentecostés de Colombia del Movimiento Misionero Mundial que en forma inmediata, adopte las medidas necesarias para evitar que la emisión del ruido en el ejercicio del culto religioso que allí se practica, exceda los topes autorizados en la Resolución 8321 de 1983 del Ministerio de Salud y que a más tardar en los noventa (90) días siguientes efectúe la reubicación de la sede que se encuentra ubicada en la Urbanización Guatapé manzana M casa 11.

¹⁴ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso. Administrativo Sección Primera. C.P.: María Claudia Rojas Lasso. 19 de agosto de 2010. Radicación: 50001-23-31-000-2004-00819-01(AP)

Para la Sala la actividad realizada por el Municipio no se adecua a los términos en que esta entidad debe cumplir con sus funciones, puesto que no ha adoptado ninguna medida para mitigar los efectos nocivos que la contaminación sonora que genera el centro religioso causa al medio ambiente y a la comunidad, pese a que el artículo 68 del Decreto 948 de 1995 le impone la obligación de controlar, vigilar e imponer las medidas correctivas que en cada caso ante fenómenos de contaminación atmosférica como el que se presenta en este caso, ya se limitaron a dar respuesta a las peticiones de la parte actora sin que se hubiesen tomado medidas definitivas.

Frente a tan categóricos mandatos, para la Sala resulta inaceptable que las autoridades del Municipio de Villavicencio haya desatendido sus responsabilidades constitucionales y legales en un asunto tan trascendental como el de resolver la problemática contaminación ambiental causada por la trasgresión de los límites de emisión de ruido establecidos en el artículo 17 de la Resolución 8321 de 1983.”(Negrillas para destacar)

5. Conclusión

De acuerdo con lo analizado en precedencia, encuentra la Sala que el municipio de Manizales, es responsable de la protección de los derechos colectivos a un ambiente sano, que están siendo vulnerados y en esa medida, resulta procedente imponerse el deber de acompañar, supervisar y vigilar a la Iglesia Cristina Catedral de Avivamiento en la realización del estudio técnico tendiente a determinar las medidas de insonorización, así como la realización de controles en la calle 47 con carrera 37, a fin de evidenciar el cumplimiento de la Ley 769 de 2002 “Código Nacional de Tránsito”.

Lo anterior por cuanto así lo señala: 1) el artículo 65 de la Ley 99 de 1993, en cuanto dispone que corresponde a los municipios *a través del alcalde como primera autoridad de policía con el apoyo de la Policía Nacional y en Coordinación con las demás entidades del Sistema Nacional Ambiental (SINA), con sujeción a la distribución legal de competencias, funciones de control y vigilancia del medio ambiente y los recursos naturales renovables, con el fin de velar por el cumplimiento de los deberes del Estado y de los particulares en materia ambiental y de proteger el derecho constitucional a un ambiente sano;* ii) el artículo 68 del Decreto 948 de 1995 que señala a los municipios a través de los alcaldes, les corresponde ejercer funciones de control y vigilancia, además de imponer las medidas preventivas y sanciones del caso para garantizar el control de la contaminación en su territorio; iii) el 76 de la Ley 715 de 2001 asignó a los municipios en materia ambiental, la función de *“tomar las medidas necesarias para el control, la preservación y la defensa del medio ambiente en el municipio;* y iv) el artículo 6º de la Ley 1551 del 6 de julio de 2012 que modificó el artículo 3º de la Ley 136 de 1994, dispuso como función de los municipios, *“velar por el adecuado manejo de los recursos naturales y del ambiente, de conformidad con la Constitución y la ley”.*

Por lo anteriormente expuesto, se confirmará el fallo apelado.

6. Costas de Segunda Instancia

De conformidad con el artículo 38 de la Ley 472 de 1998, en armonía con lo previsto en el artículo 365 del C.G.P., no se impondrá costas en esta instancia, toda vez que no se hayan probadas las mismas.

Por lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión del **Tribunal Contencioso Administrativo De Caldas**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Sentencia:

Primero: Confirmar la sentencia del 14 de mayo de 2020 proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo de Manizales, dentro de la acción popular promovida por Eduardo Arley Noreña Castaño y otros contra el municipio de Manizales y la Iglesia Cristina Catedral de Avivamiento.

Segundo: Sin Costas en esta instancia.

Tercero: Ejecutoriada esta providencia, devolver el expediente al Juzgado de origen y hacer las anotaciones pertinentes en el programa informático "Justicia Siglo XXI".

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 31 de 2021.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

(SALVA VOTO PARCIAL)

REPÚBLICA DE COLOMBIA


**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADO CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES**

Manizales, veinticinco (25) de junio de dos mil veintiuno (2021).

RADICADO	17001-23-33-000-2016-00178-00
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP
DEMANDADO	JULIETA MEJÍA MEJÍA
VINCULADOS	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y REINALDO MANUEL TACHE ROJAS (CÓNYUGE SUPÉRSTITE DE LA SEÑORA JULIETA MEJÍA MEJÍA)

Procede el Despacho Uno del Tribunal Administrativo de Caldas a decidir sobre la concesión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de primera instancia emitida por esta corporación.

La Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas profirió sentencia dentro de estas resultas el 27 de mayo de 2021, la cual fue notificada por estado electrónico el 1º de junio del año en curso; día en el cual, además, se envió el mensaje de datos a las partes (fols. 505 vuelto y 506).

La UGPP presentó mediante correo electrónico de fecha 16 de junio de 2021 recurso de apelación contra la anterior sentencia.

Al revisar los requisitos del recurso, se encuentran reunidas las condiciones señaladas en el artículo 243 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 62 de la Ley 2080 de 2021, y los numerales 1 y 2 del artículo 247 del CPACA, modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021; además de verificar que no hay lugar a realizar audiencia previa de conciliación, ya que no fue solicitada por las partes.

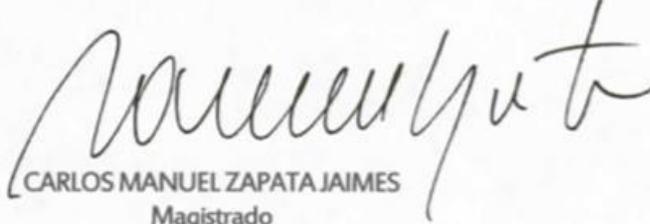
En consecuencia, por su oportunidad y procedencia, se **CONCEDE** en el efecto suspensivo el recurso de apelación interpuesto el día 16 de junio de 2021 por la parte

demandante (fols. 508 a 511) contra la sentencia que negó pretensiones proferida el 27 de mayo de 2021 (fols. 496 a 505).

Por la Secretaría de la corporación remítase el cartulario al H. Consejo de Estado de manera física o escaneada, según corresponda, para que allí se provea lo de ley. La parte apelante deberá coordinar con la Secretaría de la corporación lo relativo a los gastos que demande la remisión del cartulario.

Se reconoce personería para actuar en nombre y representación de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social a la firma Defensa Jurídica de Occidente Abogados Asesores y Consultores S.A.S, con NIT 901.232.302-3, quien actúa en el presente proceso a través del abogado Edinson Tobar Vallejo, portador de la tarjeta profesional 161.779 del CSJ, en los términos y con las facultades plasmadas en la Escritura Pública 0561 del 11 de febrero de 2020, y según el certificado de existencia y representación de esta sociedad (fols. 473 y 474).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Maestrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica por Estado Electrónico No. 111 de fecha 28 de junio de 2021.
Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.
Manizales,



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 110

Manizales, veinticinco (25) de junio de dos mil veintiuno (2021).

Radicado: 17-001-33-33-001-2018-00141-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Blanca Nevy Roa Martínez
Demandado: Nación-Ministerio de Educación-Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio - FNPSM

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia mediante la cual se negaron parcialmente sus pretensiones.

I. Antecedentes

1. La Demanda

1.1. Pretensiones

Se solicita en síntesis, se declare la nulidad parcial de la Resolución 1369-6 del 13 de febrero de 2015, en cuanto le reconoció una pensión vitalicia de jubilación y calculó la mesada pensional sin incluir todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio al cumplimiento del status de pensionado y/o subsidiariamente los factores salariales percibidos durante el año inmediatamente anterior al momento del retiro definitivo del cargo.

En consecuencia, condenar a la demandada a que le reconozca y pague una pensión ordinaria de jubilación, a partir del 23 de noviembre de 2015, equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que adquirió el status jurídico de pensionada indicado y/o subsidiariamente los factores salariales percibidos en el último año de servicio al momento del retiro definitivo del cargo, que son los que constituyen la base de liquidación pensional.

Que del valor reconocido se le descuenta lo que fue reconocido y cancelado en virtud de la resolución 1369-6 del 13 de febrero de 2015; que sobre el monto inicial de la pensión reconocida, aplique los reajustes de la Ley para cada año; que se ordene el respectivo pago de las mesadas atrasadas, desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en la nómina del pensionado.

1.2. Sustento fáctico relevante

Se relata que, la demandante laboró más de veinte años al servicio de la docencia oficial y cumplió con los requisitos establecidos por la ley para que le fuera reconocida su pensión de jubilación. La base de liquidación pensional, en su reconocimiento, incluyó sólo la

asignación básica omitiendo tener en cuenta la prima de navidad, 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.

1.3. Normas violadas y concepto de la violación

Indicó que la liquidación de la pensión de jubilación se rige por los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, agregando que el acto administrativo que reconoció la prestación no incluyó factores que fueron certificados como devengados en el último año de servicios por parte de la entidad pagadora. Arguyó que según la jurisprudencia del Consejo de Estado, los factores reclamados deben ser tenidos en cuenta y que además el acto administrativo omite la remisión del artículo 15 de la Ley 91 de 1899 al Decreto 1045 de 1978.

2. Pronunciamiento de la entidad demandada

La Nación – Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales se opuso a las pretensiones de la demanda; argumentó que no tiene obligación alguna de incluir factores salariales distintos a los cotizados para tal beneficio, pues ello equivaldría a desconocer la normatividad vigente aplicable al reconocimiento y pago de las mesadas pensionales de quienes se pensionaron como educadores.

En cuanto a los hechos señaló que no le constan los detalles de la relación y circunstancias laborales descritas, toda vez que no fungió como uno de los extremos de dicha relación y expuso que la entidad representada no es la entidad competente para receptor solicitudes por prestaciones sociales.

Como medios exceptivos planteó: *“Ineptitud sustancial de la demanda por falta de legitimación en la causa por pasiva de la Nación- Ministerio de Educación Nacional”*; *“Inexistencia del demandado – falta de relación con el reconocimiento del derecho, conexo o derivado del acto administrativo expedido por la entidad territorial certificada. falta de competencia del ministerio de educación para expedir el acto administrativo y reconocer el derecho reclamado”*, considera que vincular a la Nación- Ministerio de Educación Nacional, es darle un carácter paternalista al proceso, que logra un desgaste procesal que en debida forma no debería soportar la Nación, como quiera que no interviene en el trámite de reconocimiento y pago de la prestación; *“Inexistencia de la obligación demandada por inexistencia de causa jurídica”* enfatiza que al demandante no le asiste derecho a reclamar reliquidación de la pensión de jubilación con inclusión de la prima de servicios como factor base de liquidación como quiera que el Consejo de Estado en sentencia de unificación no creo dicho factor salarial a favor de los docentes; *“Prescripción”* Solicita sea declarada la prescripción de aquellos derechos económicos reclamados, que superen el lapso de los 3 años desde que se hizo exigible la obligación ; *“Buena fe”* y la que denominó *“Genérica”*

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró parcialmente probada la excepción denominada *“inexistencia de la obligación demandada por inexistencia de causa jurídica”* propuesta por la demandada y no probadas las demás. En consecuencia declaro la nulidad de la Resolución demandada y a título de restablecimiento del derecho, ordenó a la demandada reliquidar y pagar, en favor de la demandante la pensión de jubilación reconocida mediante Resolución 1364 de 2015, incluyendo la totalidad de la bonificación mensual por valor de \$109.258 que la demandante percibió durante el último año de su vinculación al servicio, a partir del 31 de octubre de 2018 debidamente actualizada, .

Para ello señaló que de conformidad con lo establecido en la Ley 812 de 2003 el régimen

aplicable a los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo territorial sería el anterior al de la vigencia de la mencionada norma, siendo por ello aplicable lo contenido en la Ley 91 de 1989, la cual estableció que los docentes nacionales y nacionalizados y los que se vincularan con posterioridad al 1º de enero de 1990, les sería aplicable el régimen vigente para los pensionados del sector público nacional, el cual es la Ley 33 de 1985.

En cuanto a los factores salariales, indicó que acogería la sentencia de unificación del Consejo de Estado de 25 de abril de 2019, 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.

Por lo tanto señaló que, la demandante no tiene derecho a la reliquidación de su pensión con la inclusión de factores adicionales a los ya reconocidos, al no existir prueba que indique qué sobre los factores pretendidos se hubieren efectuado cotizaciones. Sin embargo señaló que, si tiene derecho a que se incluya la bonificación por servicios devengada en el último año de servicios, de conformidad con el Decreto 1566 de 2014.

4. Recurso de apelación

La demandante recurrió la sentencia, sostuvo que la demanda de la referencia fue promovida cuando imperaba la tesis del Consejo de Estado vertida en la sentencia del 26 de agosto de 2010, con ponencia del magistrado Víctor Hernando Alvarado Ardila, motivo por el cual invoca el principio de confianza legítima en la administración de justicia.

Aude al principio de seguridad jurídica y destaca que con la nueva posición de Consejo de Estado se afectan los derechos de las personas que estaban a la espera de una decisión con fundamento en la postura anterior al amparo de la cual fue presentada la demanda. Considera que la nueva postura del Consejo de Estado resulta contradictoria y regresiva frente a la tesis acogida desde el año 2010, además, genera desigualdad de trato frente a quienes se encuentran en la misma situación de hecho. Agrega que los docentes vinculados antes del 27 de junio de 2003, aportan sobre todos los factores salariales pagados por nómina estatal, razón para reclamar el pago de la pensión con la inclusión de todos los factores devengados por el docente en el último año de servicios.

Con fundamento en lo anterior solicitó, se revoque la decisión apelada y se acceda a las pretensiones.

II. Consideraciones

1. Problema jurídico

Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación, el asunto se centra en establecer: *¿Es procedente reliquidar la pensión de jubilación, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del status pensional?*

2. Tesis del Tribunal

No es procedente reliquidar la pensión de jubilación de la demandante, para que se incluyan todos los factores devengados en el último año anterior a la adquisición del estatus pensional, con fundamento en la sentencia de unificación proferida el 25 de abril de 2019 por el Consejo de Estado la cual orientará el análisis del caso concreto, tal y como aconteció en primera instancia.

Para fundamentar lo anterior se abordarán 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; y iv) el análisis del caso concreto.

3. Lo probado en el proceso

- Por Resolución 1369-6 de 13 de febrero de 2015, la Secretaría de Educación de Caldas en nombre y representación del Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, reconoció la pensión de jubilación a favor de la accionante, indicando como fecha de adquisición del status de pensionada, el 23 de noviembre de 2014.
- Para la liquidación de la prestación se aplicó el 75% del salario promedio mensual devengado durante el último año de servicio antes de la consolidación del status pensional, incluyendo además del sueldo, la prima de navidad y de vacaciones. (Fl 16 C.1)
- Según Formato Único para la Expedición de Certificado de Salarios del Fomag 5461 de 21 de noviembre de 2018, a la demandante le es aplicable el régimen de pensiones anterior a la vigencia de la Ley 812 del 2003, y en el último año de servicio devengó la bonificación mensual de servicios y la prima de servicio, además de los factores salariales ya reconocidos. (Fl 164-166 C.1)

4. Régimen pensional aplicable

El artículo 81 de la Ley 812 de 2003, respecto del régimen prestacional aplicable a los docentes, contempló dos eventos:

- i) Para 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) Para 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.

En el presente asunto, de conformidad con la Resolución 1369-6 de 13 de febrero de 2015, la demandante se vinculó al servicio público educativo oficial con anterioridad a la Ley 812 de 2003, por lo tanto, le son aplicables en materia pensional las normas que regían con anterioridad.

Dicha normatividad corresponde a la Ley 91 de 1989¹ que unificó para los docentes nacionales y nacionalizados el porcentaje de la pensión y también equiparó el régimen al de los pensionados del sector público nacional, contenido en la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año.

Además, la Ley 60 de 1993² dispuso que el régimen aplicable a los docentes nacionales y nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y a las nuevas vinculaciones, sería el referido en la Ley 91 de 1989. Así mismo,

¹ “Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”

² “Por la cual se dictan normas orgánicas sobre la distribución de competencias de conformidad con los artículos 151 y 288 de la Constitución Política y se distribuyen recursos según los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”.

la Ley 115 de 1994³, en la parte final del inciso 1º del artículo 115, remitió al régimen prestacional establecido para los educadores estatales en las Leyes 91 de 1989 y 60 de 1993.

Lo anterior indica que las normas a aplicar en el caso bajo estudio son la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, es decir, el régimen general de prestaciones sociales del sector público.

4.1. Ingreso base de liquidación pensional

La Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de dicha anualidad en el artículo 1º, señaló que: *“...El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio (...).”* (Subrayas de la Sala).

Y el artículo 3º *ibidem* dispuso:

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

En todo caso las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes (...).” (Resaltado por la Sala).

La Sección Segunda de la Alta Corporación, en sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, consideró que el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y, por ende, para establecer la cuantía de las pensiones de los servidores públicos debían incluirse todos los factores percibidos de manera habitual, como contraprestación por sus servicios.

Sin embargo, esta posición como ya se dijo, fue revaluada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en reciente sentencia de unificación⁴, en la cual fijó la siguiente regla jurisprudencial: *“El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985”*.

El Consejo de Estado en esta nueva oportunidad consideró que la tesis adoptada en la referida sentencia de unificación de la Sección Segunda, proferida el 4 de agosto de 2010, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social: *“dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.”* (Subraya la sala).

Así, en la mencionada sentencia se precisó que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son

³ “Por la cual se expide la ley general de educación”.

⁴ Consejo de Estado, Sala Plena, sentencia del 28 de agosto de 2018. Exp. 2012-00143-01.

únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.

Fundó la nueva tesis en el artículo 1 de la Constitución Política que consagra la solidaridad como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho, en concordancia con el artículo 48 que define la Seguridad Social como *“un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley”*.

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

Y concluyó que el tomar en cuenta sólo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe garantizar el Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia.

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

Adicionalmente, El H. Consejo de Estado, en sentencia de unificación del 25 de abril de 2019⁵ precisó:

“Primero: Unificar la jurisprudencia del Consejo de Estado en el sentido de precisar lo siguiente:

De acuerdo con el párrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, son dos los regímenes prestacionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial. La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial de cada docente, así:

a. En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.

b. Los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones”. (Se resalta)

4.2. Aplicación en el tiempo de la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019

⁵ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia SUJ-014 -CE-S2 -2019. 25 de abril de 2019. Expediente: 680012333000201500569-01, N.º Interno: 0935-2017

El Consejo de Estado en la referida sentencia de unificación, en cuanto a sus efectos, precisó que:

1. Como se dijo en la sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 28 de agosto de 2018, “La Corte Constitucional, en sentencia C-816 de 2011, estableció que las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura -autoridades de cierre de las correspondientes jurisdicciones- y la Corte Constitucional - como guardiana de la Constitución -, tienen **valor vinculante** por emanar de órganos diseñados para la unificación de la jurisprudencia, y en virtud de los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica previstos en los artículos 13 y 83 de la Constitución Política⁶. Por lo tanto, su contenido y la regla o norma jurídica que exponen, tienen características de permanencia, identidad y **carácter vinculante y obligatorio**”.

2. En esta oportunidad y retomando lo indicado la Sala Plena de la Corporación, se acudirá al método de aplicación en forma retrospectiva del precedente, disponiendo para ello, que las reglas jurisprudenciales que se han fijado en este pronunciamiento se acojan de manera obligatoria en todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.

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

4. No puede entenderse, en principio, que por virtud de esta sentencia de unificación las pensiones que han sido reconocidas o reliquidadas con fundamento en la tesis que sostenía la Sección Segunda del Consejo de Estado a partir de la sentencia de 4 de agosto de 2010, lo fueron con abuso del derecho o fraude a la ley; de manera que si se llegare a interponer un recurso extraordinario de revisión contra una sentencia que haya reconocido una pensión bajo esa tesis, será el juez, en cada caso, el que defina la prosperidad o no de la causal invocada.
(Se resalta)

Por lo tanto, las reglas señaladas en la Sentencia de Unificación citada son aplicables al presente asunto, en tanto se encontraba pendiente de decisión, toda vez que no existía sentencia ejecutoriada y por tanto no había operado la cosa juzgada.

5. Caso concreto

La parte actora reprocha que se hubiera omitido incluir en la liquidación de su pensión: la prima de servicios, pues también fue devengada en el último año anterior a la adquisición del status pensional.

Conforme a la regla fijada por el Consejo de Estado en materia de ingreso base de liquidación de las pensiones de jubilación de los docentes vinculados antes de la Ley 812 de

⁶ La Corte Constitucional ha reconocido la gran responsabilidad que tienen los órganos situados en el vértice de las respectivas especialidades de la rama judicial, puesto que la labor de unificación de la jurisprudencia nacional implica una forma de realización del principio de igualdad. Sentencia T-123/95 citada en la Sentencia T-321/98. En la sentencia C-179 de 2016 reafirmó dicha tesis al exponer lo siguiente: «[...] la función de unificación jurisprudencial la cumplen en sus diferentes especialidades y en su condición de órganos de cierre, según el Texto Superior, (i) la Corte Constitucional en materia de derechos fundamentales y de examen de validez constitucional de las reformas a la Carta como de las normas con fuerza de ley (CP arts. 86 y 241); (ii) el Consejo de Estado en relación con su rol de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo (CP arts. 236 y 237); y (iii) la Corte Suprema de Justicia en su calidad de tribunal de casación y máxima autoridad de la jurisdicción ordinaria (CP art. 235). [...]»

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.*

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

Así pues, la demandante no tiene derecho a la reliquidación que reclama, para que se incluya como factor salarial la prima de servicios, dado que no se encuentra señalada en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 ni constituye base de liquidación de los aportes.

De otro lado se precisa que, pese a que en la Resolución 1369-6 de 13 de febrero de 2015, se tuvo en cuenta la prima de navidad y de vacaciones, para liquidar la pensión de jubilación de la parte demandante –factor que no está incluido en la Ley 62 de 1985–, dicho acto de reconocimiento pensional no puede modificarse en ese aspecto, pues este Juez no tiene competencia, ya que la demanda solo pretende la nulidad por no incluir otros factores salariales.

Llegar a una conclusión diferente implicaría vulnerar el principio de congruencia externa y como lo sostuvo el Consejo de Estado⁷, 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.

6. Conclusión

De conformidad con la normativa y la jurisprudencia citada y con fundamento en los hechos debidamente acreditados, a la 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 status pensional.

En ese sentido se confirmará en su integridad la sentencia recurrida.

7. Costas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, no se condenará 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 Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia del 26 de junio de 2019 proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del

⁷ Así lo precisó en la sentencia de unificación del 29 del 25 de abril de 2019 ya citada.

derecho promovido por **Blanca Nevy Roa Martínez** contra la **Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**.

SEGUNDO: NO SE CONDENA en costas en esta instancia.

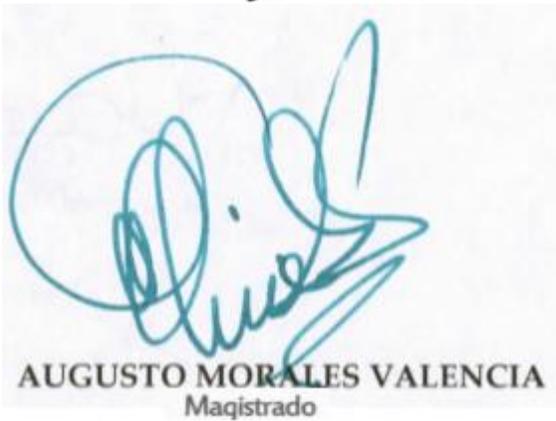
TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa *"Justicia Siglo XXI"*.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 31 de 2021.

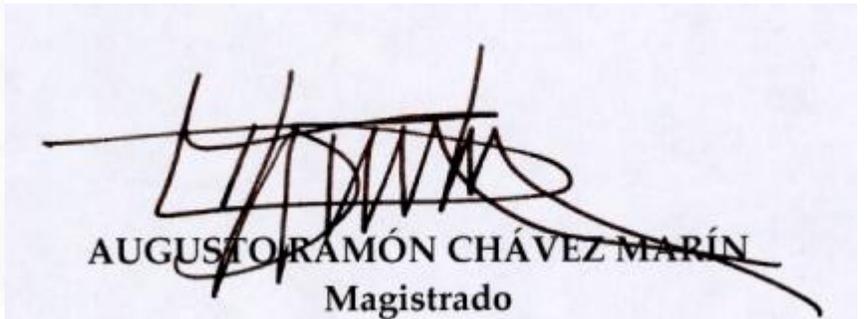
NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 171

Manizales, veinticinco (25) de junio de dos mil veintiuno (2021).

Radicado: 17-001-33-33-002-2018-00292-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Luis Alberto Ovalle
Demandado: Nación-Ministerio de Educación-Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio - FNPSM

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia mediante la cual se negaron sus pretensiones.

I. Antecedentes

1. La Demanda

1.1. Pretensiones

Se solicita en síntesis, se declare la nulidad de: i) la Resolución RDP 023433 el 5 de junio de 2017, expedida por la UGPP, por medio de la cual se le negó la reliquidación de la pensión de jubilación; y ii) la Resolución RDP 032763 del 22 de agosto de 2017, por medio de cual confirmó la decisión anterior.

Declarar que el ingreso base de liquidación del demandante, es el promedio de lo devengado en el último año de servicio, el cual asciende a \$680.722, y que la primera mesada pensional asciende a la \$510.541, que resulta de multiplicar un IBL de \$680.722, por una tasa de reemplazo del 75%. Además, declarar que, la UGPP debe cancelar el retroactivo del reajuste pensional a partir del 1 de enero de 1998.

1.2. Sustento fáctico relevante

Se relata que, el demandante prestó sus servicios personales al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - Inpec entre el 29 de julio 1976 hasta el 30 de diciembre de 1997, como Dragoneante Código 5260 Grado 06 en el Centro de Reclusión de Mujeres de Manizales. Por medio de Resolución 014908 del 13 de diciembre de 1995, la entidad accionada reconoció al demandante la pensión de vejez en cuantía de \$185.235,92 condicionada a demostrar el retiro definitivo.

Que a través de Resolución 27942 del 29 de octubre de 1998, se reliquidó la pensión a partir del 1 de enero de 1998. En acatamiento a un fallo de tutela Cajanal emitió la Resolución UGM 018804 del 29 de noviembre de 2011, que modificó la Resolución 20964 del 15 de mayo de 2008, reliquidando la pensión de vejez en cuantía de \$462.178.

Que la UGPP incoó un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho (lesividad) en contra del señor Ovalle, el cual se adelantó en el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión de Manizales, y en el que se declaró la nulidad de la Resolución UGM 018804 del 29 de noviembre de 2011, en el sentido de indicar que al demandante no le asistía el derecho a la reliquidación de la pensión por vejez. El Tribunal Administrativo de Caldas, por medio de sentencia del 9 de junio de 2015, procedió a modificar el fallo de primera instancia declarando la nulidad parcial de la Resolución UGM 018804 del 29 de noviembre de 2011, en tanto que incluyó el 100% de la bonificación de servicios prestados (debiendo ser la doceava) como factor computable para la liquidación de la pensión.

Que la entidad accionada dio cumplimiento al fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Caldas, mediante la Resolución RDP 028718 del 14 de julio de 2015, dejando sin efectos la Resolución UGM 018804 del 29 de noviembre de 2011, y procedió a reajustar la mesada pensional en \$448.754 excluyendo la resolución RDP 049015 de 2013.

Que el 20 de febrero de 2014, el demandante solicitó ante la demandada el reajuste de la mesada pensional con el respectivo retroactivo debidamente indexado, teniendo en cuenta para ello los factores devengados en el último año de servicio. Por Resolución RDP 023433 del 5 de junio de 2017 la UGPP negó la petición. A través de escrito radicado el 5 de julio de 2017 interpuso recurso de apelación, el cual fue resuelto mediante Resolución RDP 032433 del 22 de agosto de 2017 confirmando la decisión impugnada.

1.3. Normas violadas y concepto de la violación

Indicó que los actos demandados vulneran los artículos 48 y 53 de la Constitución; artículos 96, 98 y 114 de la Ley 32 de 1986; artículo 1 de la Ley 33 de 1985, artículo 184 del Decreto 407 de 1994 y artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

Señaló que, en vista que el régimen especial en materia pensional aplicable a los empleados del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria, no contempló los factores a tener en cuenta para su liquidación, se debe de entender la remisión de la Ley 32 de 1986 de los artículos 114 y el Decreto 407 de 1994, artículo 184 que indican que, en los aspectos no previstos en ellas, se aplicarán las normas vigentes para los empleados públicos nacionales (Ley 33 de 1985). No obstante, está última no aplica a los servidores cobijados por un régimen especial, dado la exclusión expresa en el artículo 1 inciso segundo. Por tanto, en cuanto a los factores es necesario acudir al Decreto 1045 de 1978.

Que en el certificado salarial se evidencia que devengó una prima de servicios de \$105.751 en el mes de diciembre sin que se tuviese en cuenta en la Resolución que concede la prestación económica.

2. Pronunciamiento de la entidad demandada

La Nación – Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales se opuso a las pretensiones del demandante; como medios exceptivos planteó: *“COSA JUZGADA”*: que se resolvió en audiencia inicial. *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO”*: Resalta que el status jurídico de pensionado lo adquirió en vigencia de la Ley 100 de 1993, por lo que en principio se tuvo como aplicación la Ley 33 de 1985, pero por favorabilidad se le aplicó la Ley 100 de 1993, artículos 33 y 34, razón por la cual la liquidación se debe efectuar con los factores salariales contemplados en el Decreto 1158 de 1994. *“PRESCRIPCIÓN”*: Prevista en el Decreto 1848 de 1969 reglamentario del Decreto 3135 de 1968, y en los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código de Procedimiento Laboral.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró fundada la excepción de *INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO* formulada por la demandada; negó las pretensiones del demandante y lo condenó en costas.

Para ello señaló que el demandante es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, lo que significa que para el reconocimiento de su pensión, se aplican las reglas previstas en la Ley 32 de 1986 y el Decreto 407 de 1994, en cuanto a:

- La edad para consolidar el derecho: teniendo en cuenta que es beneficiario del régimen especial previsto para el Cuerpo de Custodia y Vigilancia del Inpec la edad no es un requisito para acceder a la pensión.
- El tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas: 20 años de servicio, continuos o discontinuos al servicio del Inpec, al cual puede sumársele el tiempo prestado a la fuerza pública.
- El monto: 75%.

Y para el cálculo del monto pensional, el IBL corresponde al promedio de lo devengado entre el 01 de abril de 1994 y el 30 de diciembre de 1997, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al Consumidor, según certificación que expida el Dane, conforme con el artículo 21 y el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Que además, y al margen de lo anterior, observa el Juzgado que a través de la Resolución RDP 028718 del 14 de julio de 2015 se reliquidó la pensión de jubilación del demandante sobre la totalidad de los factores devengados en el último año de servicios.

4. Recurso de apelación

El demandante recurrió la sentencia, sostuvo que la pensión de vejez por alto riesgo para los servidores del Inpec, es un régimen exceptuado, pues a pesar de que no está señalado como tal en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, si puede concluirse que es exceptuado al hacer una interpretación de lo que sobre tal prestación regulan los artículos 139 y 140 del mismo estatuto de seguridad social, esto sumado a que el Acto Legislativo 01 de 2005 que reformó el artículo 48 de la Constitución, claramente expresó que para los miembros del Inpec que se encontraran vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003, se les aplicará la Ley 32 de 1986, sin traer a colación ningún otro requisito; se reitera, solo estar vinculados antes del 26 de julio de 2003, fecha en que entró a regir el Decreto 2090 de 2003, es decir, que para la aplicación de la Ley 32 de 1986, no se da aplicación a lo indicado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como de manera errada lo concluyó el *a quo*.

Teniendo en cuenta lo anterior, para el caso del demandante y según lo estipulado en el artículo 114 de la Ley 32 de 1986, su pensión de vejez debe liquidarse con el 75% del promedio de los factores salariales del último año de servicios, factores salariales que son los que se encuentran enlistados en el Decreto 1045 de 1978, así como el sobresueldo, tal y como lo indica el artículo 17 de la Decreto 446 de 1994. Así las cosas, es claro que debe declararse la nulidad de los actos administrativos demandados y como consecuencia de ello y a título de restablecimiento del derecho, debe ordenarse la reliquidación de la pensión.

II. Consideraciones

1. Problema jurídico

Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación, el

asunto se centra en establecer: *¿Es procedente reliquidar la pensión de jubilación, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del status pensional?*

2. Tesis del Tribunal

Si bien la liquidación de la pensión del demandante fue realizada con los factores salariales devengados en el último año de servicios, sobre los cuales fueron realizados aportes a pensión y que se encuentran enlistados en el Decreto 1045 de 1978, no se tuvo en cuenta el total de la prima de servicios - \$211.502,02 en junio y \$105.751 en diciembre - que el demandante devengó en el último año de servicios, entre el 01 de enero de 1997 al 30 de diciembre de 1997. Por lo anterior, el demandante tiene derecho a la reliquidación de la pensión teniendo en cuenta el valor total recibido por dicho concepto.

Para fundamentar lo anterior se abordarán los siguientes aspectos: i) hechos probados; ii) régimen pensional aplicable; iii) la prima de servicios; y iv) el análisis del caso concreto.

3. Lo probado en el proceso

- El demandante estuvo vinculado al Inpec desde el 29 de julio de 1976 hasta el 30 de diciembre de 1997 en el empleo de *Dragoneante* Código 5260. (Fl. 34 C.1)
- Según el Formato n.º. 3B Certificación de Salarios mes a mes para liquidar pensiones del régimen de prima media expedido el 12 de septiembre de 2016 por el Inpec, los factores que deben incluirse en la liquidación de la pensión del demandante, devengados en 1997 son: *la asignación básica mensual y remuneración por servicios prestados*. (Fls. 20-23 C.1). En la certificación de valores pagados Número 4065 de 8 de agosto de 2016 se indica que, el demandante en 1997 devengó: *prima de riesgo, subsidio alimentación, subsidio unidad familiar, auxilio de transporte, bonificación recreación, prima de vacaciones, prima de navidad, prima de servicios*. (Fls. 33 C.1).
- En el Oficio 85109-SUTAH-GOSOC- 27530 del 13 de diciembre de 2016 el Inpec señala que, para dar cabal respuesta a la solicitud de aclaración de presuntas inconsistencias en los certificados y para que no queden dudas sobre los montos especificados, en la certificación de valores pagados del año 1997 figuran los siguientes conceptos: *sueldo, sobresueldo, prima de riesgo, subsidio familiar, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, auxilio de alimentación, auxilio de transporte, prima de navidad y bonificación recreación*. En el certificado anexo se incluye también la *prima de vacaciones*. (Fls. 35-36 C.1)
- A través de Resolución 014908 del 13 de diciembre de 1995 Cajanal reconoció al demandante una pensión mensual vitalicia en cuantía de \$185.235,92 a partir del 01 de enero de 1995. La prestación se liquidó con el 75% del promedio de lo devengado durante 4 meses y 29 días, con la inclusión de la *asignación básica y la bonificación por servicios prestados*. (Fls. 40-43 C.1)
- Mediante Resolución UGM 018804 del 29 de noviembre de 2011 por la cual en cumplimiento a un fallo judicial proferido por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Manizales, se modifica la Resolución 20964 del 15 de mayo de 2008 y se reliquida la prestación vitalicia del demandante en cuantía de \$462.178,69 a partir del 06 de agosto de 2004, con el 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios, entre el 01 de enero de 1997 al 30 de diciembre de 1997, con la inclusión de *la asignación básica, auxilio de transporte, prima de navidad, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de vacaciones, sobresueldo, y prima de alimentación*. (Fls. 44-49 C.1)

- A través de la Resolución RDP 047881 de 15 de octubre de 2013 la UGPP modifica la Resolución RDP 20964 del 15 de mayo de 2008, en la parte motiva pertinente y en el artículo primero de la misma, en lo relacionado con la fecha de efectos fiscales de la prestación, indicando que la fecha de efectividad de la pensión es partir del 1 de enero de 1998, de conformidad con el fallo objeto de cumplimiento. (Fls. 414-420 Expediente administrativo Archivo: CC 10217198.pdf).
- A través de Sentencia del 8 de agosto de 2014 expedida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión de Manizales, se declara la nulidad de la Resolución UGM 018804 del 29 de noviembre de 2011, y se indica que no le asiste derecho al demandante a que se reliquide su pensión de jubilación teniendo en cuenta el 100% de la bonificación por servicios prestados. (Fls. 50-64 C.1)
- En sentencia de segunda instancia, proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas, el 9 de junio de 2015, se modifica la sentencia Juzgado Primero Administrativo de Descongestión de Manizales indicando que, se debe reliquidar la pensión del actor teniendo en cuenta una doceava parte de la bonificación por servicios prestados. (Fls. 65-73 C.1)
- Mediante Resolución RDP 028718 del 14 de julio de 2015 la UGPP da cumplimiento a la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas y por tanto reliquida la prestación vitalicia del demandante en cuantía de \$448.754, con los siguientes factores salariales: *Asignación básica, auxilio de alimentación, auxilio de transporte, bonificación recreación, bonificación servicios prestados, prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones, prima especial de riesgo, sobresueldo y subsidio familiar*. A su vez deja sin efectos las resoluciones UGM18804 del 29 de noviembre de 2011 y la Resolución RDP 049015 del 22 de octubre de 2013. (Fls. 76-82 C.1)
- La demandante el 20 de febrero de 2017 solicitó ante la demandada, la reliquidación de su pensión teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicios. (Fl. 83 C.1)
- A través de Resolución RDP 023433 del 05 de junio de 2017 se resuelve negativamente la solicitud, señalando que, mediante Resolución RDP 028718 del 14 de julio de 2015 se reliquidó la prestación con los factores devengados en el último año de servicios, entre el 01 de enero de 1997 y el 30 de diciembre de 1997, tales como: *asignación básica, auxilio de transporte, auxilio de alimentación, bonificación por recreación, bonificación por servicios prestados, prima de navidad y prima de servicios, prima de vacaciones, prima especial de riesgo, sobresueldo y subsidio familiar*. (Fls. 84-85 C.1)
- La anterior decisión fue confirmada mediante Resolución RDP 032763 del 22 de agosto de 2017, precisando que, la entidad procedió a dar cumplimiento al fallo judicial ya mencionado, incluyendo en la liquidación pensional los siguientes factores salariales devengados en el último año de servicios: - *ASIGNACIÓN BÁSICA - AUXILIO DE ALIMENTACIÓN - AUXILIO DE TRANSPORTE - BONIFICACIÓN POR RECREACIÓN - BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADOS EN SU DOCEAVA PARTE - PRIMA DE NAVIDAD - PRIMA DE SERVICIOS - PRIMA DE VACACIONES - PRIMA DE RIESGO - SOBRESUELDO Y - SUBSIDIO FAMILIAR*. Que el certificado de factores salariales allegado al expediente pensional de fecha 03 de julio de 2015 y 31 de marzo de 2016, contienen los mismos valores que fueron utilizados para efectuar la liquidación contenida en la Resolución RDP 028718 del 14 de julio de 2015, con la única diferencia que en dicho documento se encuentra acumulada la *ASIGNACIÓN BÁSICA y el SOBRESUELDO* devengado por el interesado, sin embargo ambos rubros fueron incluidos en la mesada pensional. (Fls. 86-90 C.1).

4. Fundamento normativo

4.1. Régimen pensional aplicable

Tomando como base la fecha de vinculación del demandante al Inpec, resulta pertinente hacer un recuento normativo de los regímenes legales que han regulado su situación pensional.

El artículo 96 de la Ley 32 de 1986 *Por la cual se adopta el Estatuto Orgánico del Cuerpo de Custodia y Vigilancia*, indicaba que:

“ARTÍCULO 96. PENSIÓN DE JUBILACIÓN: Los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria nacional, tendrán derecho a gozar de la pensión de jubilación al cumplir veinte (20) años de servicio, continuos o discontinuos al servicio de la guardia nacional, sin tener en cuenta su edad.

...

ARTÍCULO 114. NORMAS SUBSIDIARIAS: En los aspectos no previstos en esta ley o en sus decretos reglamentarios, a los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria nacional, se les aplicarán las normas vigentes para los empleados públicos nacionales.”

En cuanto a los parámetros para la liquidación del derecho pensional, la Ley 32 de 1986 no estableció qué factores constituían salario para la liquidación de la pensión de jubilación, sin que se pudiera acudir al régimen prestacional de los funcionarios públicos consagrado en la Ley 33 de 1985, en razón de lo preceptuado en el artículo 1º *ibidem*, que excluye del régimen general al Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional - Inpec, por lo tanto, ante la ausencia de norma expresa, resulta procedente acudir a los presupuestos del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978. Así lo ha estimado el Consejo de Estado al decidir situaciones de contornos similares al que nos ocupa¹.

Ulteriormente, con la Ley 65 de 1993 (Código Penitenciario y Carcelario), artículo 172, fueron conferidas facultades extraordinarias al Presidente de la República para dictar normas con fuerza material de ley, entre otros aspectos, para regular, frente a los empleados del sistema penitenciario y carcelario el *“Régimen salarial, prestacional y pensional, que no podrá desmejorar los derechos y garantías vigentes de los actuales servidores”*.

Por su parte, la Ley 100 de 1993 al promulgar el régimen general de pensiones que entraría a regir el 1º de abril de 1994, dispuso en su artículo 140 una salvedad con respecto a las actividades de alto riesgo y las del personal del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria al señalar:

“ARTÍCULO 140. ACTIVIDADES DE ALTO RIESGO DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS. De conformidad con la Ley 4a. de 1992, el Gobierno Nacional expedirá el régimen de los servidores públicos que laboren en actividades de alto riesgo, teniendo en cuenta una menor edad de jubilación o un número menor de semanas de cotización, o ambos requisitos. Se consideran para este efecto como actividades de alto riesgo para el trabajador aquellas que cumplen algunos sectores tales como el Cuerpo de Custodia y Vigilancia Nacional Penitenciaria. Todo sin desconocer derechos adquiridos.

¹ Sección Segunda, Subsección “B”: Sentencia del 27 de abril de 2006, radicado interno 2849-04, CP Dr. Jesús María Lemos Bustamante; sentencia del 22 de abril de 2010, radicado interno 0858-09, CP Dr. Gerardo Arenas Monsalve. De la Sección Segunda, Subsección “A”: Sentencia del 10 de agosto de 2006, radicado interno 3146-05, y del 22 de febrero de 2007, radicado interno 4193-04, CP Dr. Jaime Moreno García; sentencia del 3 de marzo de 2011, radicado interno 0277-09, CP Dr. Luis Rafael Vergara Quintero, por mencionar algunas.

El Gobierno Nacional establecerá los puntos porcentuales adicionales de cotización a cargo del empleador, o del empleador y el trabajador, según cada actividad.” (Subraya la Sala).

Con base en las anteriores disposiciones, el 20 de febrero de 1994 -después de la expedición de la Ley 100 de 1993², empero antes de la entrada en vigencia del régimen general de pensiones allí establecido³- se expidió el Decreto 407 de 1994 a través del cual se estableció el “*Régimen de Personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario*”, ratificando para efectos pensionales el régimen especial de jubilación dispuesto en el artículo 96 de la Ley 32 de 1986, **sin otro requisito distinto al de que, para el momento de la entrada vigencia de dicho decreto los funcionarios respectivos ya hicieren parte del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria.** En efecto el artículo 168 del Decreto 407 de 1994 señaló:

“ARTÍCULO 168: Los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, que a la fecha de la vigencia del presente decreto⁴ se encuentren prestando sus servicios al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, tendrán derecho a gozar de la pensión de jubilación en los términos establecidos en el artículo 96 de la Ley 32 de 1986. El tiempo de servicio prestado en la fuerza pública se tendrá en cuenta para estos efectos (...)

PARÁGRAFO 1º. Las personas que ingresen a partir de la vigencia de este decreto, al Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, tendrán derecho a una pensión de vejez en los términos que establezca el Gobierno Nacional, en desarrollo del artículo 140 de la Ley 100 de 1993 para las actividades de alto riesgo (...).”

Posteriormente, con la expedición del Decreto 2090 de 2003 “*Por el cual se definen las actividades de alto riesgo para la salud del trabajador y se modifican y señalan las condiciones, requisitos y beneficios del régimen de pensiones de los trabajadores que laboran en dichas actividades*” se introdujo un cambio al régimen pensional aplicable a los servidores del cuerpo de vigilancia y custodia penitenciaria al señalar:

“ARTÍCULO 6. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. Quienes a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto hubieren cotizado cuando menos 500 semanas de cotización especial, tendrán derecho a que, una vez cumplido el número mínimo de semanas exigido por la Ley 797 de 2003 para acceder a la pensión, esta les sea reconocida en las mismas condiciones establecidas en las normas anteriores que regulaban las actividades de alto riesgo.

PARÁGRAFO. Para poder ejercer los derechos que se establecen en el presente decreto cuando las personas se encuentren cubiertas por el régimen de transición, deberán cumplir en adición a los requisitos especiales aquí señalados, los previstos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993⁵, modificado por el artículo 18 de la Ley 797 de 2003.”

² 23 de diciembre de 1993 -publicada en el Diario Oficial 41.148 de dicha fecha-.

³ 1 de abril de 1994, artículo 151 de la referida Ley.

⁴ 21 de febrero de 1994, dada su publicación en el Diario Oficial 41.233 de dicha fecha.

⁵ El artículo 36 ibidem, previó un régimen general de transición en materia pensional, así:

“Régimen de Transición. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley. (...).”

Esta norma ha sido analizada por el Consejo de Estado⁶ para señalar que, acreditar 500 semanas de cotización en actividades de alto riesgo para la entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003, concede el derecho a acceder a la prestación en los términos de la norma inmediatamente anterior y lo que debe entenderse del parágrafo del artículo 6º del Decreto 2090 de 2003 es que la intención del legislador fue la de adicionar este requisito en armonía con el régimen general de pensiones.

Igualmente, interpretó que *“exigir, adicionalmente, el estar cobijado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, resulta desproporcionado y más gravoso cuando el servidor aspira al reconocimiento en los términos de la norma anterior, por cuanto conllevan una situación más desventajosa en virtud del tránsito legislativo”*. Adicionalmente, destacó que la finalidad de un régimen de transición consiste en que el legislador defina un sistema de protección para que los cambios producidos por una reforma en la normativa no afecten a quienes, pese a no haber adquirido el derecho a la pensión porque les falta reunir todos los requisitos, sí tiene una expectativa legítima de adquirir el derecho.

Así las cosas, se ha entendido que como el artículo 6º del Decreto 2090 de 2003 establece unos supuestos para la transición de un régimen especial y al mismo tiempo para un régimen general, se debe dar la interpretación que más favorezca al servidor, es decir, la que permite la aplicación preferente de la regla de transición que le posibilite el reconocimiento de su pensión especial de jubilación, con fundamento en el principio de favorabilidad, consagrado en el artículo 53 de la Constitución.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-663 de 2007 señaló: *“en el hipotético caso en que en una situación concreta un trabajador se vea amparado por ambos regímenes de transición, el de la Ley 100 y el del Decreto 2090 de 2003-, lo cierto es que al existir dos normas vigentes y aplicables para una misma situación, debe prevalecer a la luz de la Constitución aquel régimen que resulte más favorable y benéfico para el trabajador involucrado, por tratarse de disposiciones pensionales”*.

De esta manera, cuando resulta más favorable, se ha optado por dar aplicación al primer inciso del artículo 6º del Decreto 2090 de 2003 cuando se acreditan 500 semanas de cotización en actividades de alto riesgo al 28 de julio de 2003, fecha de entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003⁸. En consecuencia, los siguientes son los requisitos de la transición en comento:

<i>Para el 28 de julio de 2003</i>	<i>Cuando menos 500 semanas en cualquier actividad que haya sido calificada jurídicamente como de alto riesgo (Cotización especial)</i>
<i>Cotizaciones</i>	<i>Deben cumplir con “el número mínimo de semanas exigido por la Ley 797 de 2003 para acceder a la pensión”, esto es, un mínimo de 1000 semanas, como lo establece el numeral 2 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003. Este mínimo de 1000 semanas de cotización debe entenderse como requisito necesario para ser beneficiario de la transición y no como un requisito para acceder al derecho pensional⁹.</i>

⁶ En este sentido se puede ver: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 29 de junio de 2017, radicación: 08001-23-33-000-2012-00082-01(0391-14).

⁷ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez. sentencia del 23 de octubre de 2020. Rad.: 47001-23-33-000-2017-00025-01(4414-17)

⁸ En este mismo sentido, se pueden consultar, entre otras, las sentencias de la Subsección B, de 12 de junio de 2014, número interno: 3287-2013 y de la Subsección A, de 22 de abril de 2015, número interno: 2555-13.

⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 29 de junio de 2017, radicación: 08001-23-33-000-2012-00082-01(0391-14), demandante: Gilberto Antonio Rondón Sepúlveda.

Así, cumplido lo anterior tendrán el derecho a que la pensión les sea reconocida en las mismas condiciones establecidas en las normas anteriores que regulaban las actividades de alto riesgo.

La Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia del 23 de octubre de 2020¹⁰, preciso además que,

51. No desconoce esta subsección que la regla de interpretación propuesta se aparta de la que en anteriores providencias se había expuesto, como la contenida en la providencia del 12 de junio de 2014 que sostuvo:

«(...) el Decreto 2090 de 2003 al establecer el régimen de transición especial de las actividades de alto riesgo permite a los beneficiarios acceder a la pensión de vejez en las condiciones dispuestas en el régimen anterior excepto en lo que tiene que ver con el tiempo de servicio, dado que la especialidad del régimen exige la acreditación del mínimo de semanas de cotización dispuesto en la Ley 100 de 1993, que es más exigente que el dispuesto en las Leyes anteriores, dado que pasó de 20 años a 1050 semanas en 2005 y 25 adicionales por año desde el 2006 hasta llegar a 1300 en 2015»¹¹.

52. Luego, en sentencia de 22 de abril de 2015, la subsección A, aplicó el régimen de transición previsto en el inciso primero del artículo 6º del Decreto 2090 de 2003, refiriéndose al requisito de cumplir el número mínimo de semanas exigido por la Ley 797 de 2003, como el equivalente al previsto en el artículo 9º de la citada Ley 797, esto es, 1000 semanas¹².

53. Lo anterior, llevó a la subsección B a precisar la regla hermenéutica del inciso primero del artículo 6º del Decreto 2090 de 2003 en los términos ya señalados, puesto que expone una interpretación de la norma que se acompasa en mayor medida con el principio de favorabilidad del artículo 53 de la Constitución Política, según el cual, si una norma tiene varias interpretaciones posibles se debe optar por la que resulte más favorable al trabajador.

54. En esas condiciones, se concluye que los servidores públicos que ejercen actividades de alto riesgo, les fue concedido un régimen de transición con el Decreto 2090 de 2003 consistente en que quienes a 28 de julio de 2003 hubieren cotizado al menos 500 semanas, tendrán derecho a que una vez cumplidas 1000 semanas cotizadas¹³, la pensión de jubilación les sea reconocida en las mismas condiciones establecidas en la norma anterior que regula las actividades de alto riesgo". (Se resalta)

De otro lado, el Gobierno Nacional, el 13 de junio de 2005, expidió el Decreto 1950, que reglamentó el artículo 140 de la Ley 100 de 1993, respecto de los miembros de Custodia y Vigilancia del Inpec y señaló:

“Artículo 1º. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 140 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto-ley 2090 de 2003, a partir de la entrada en vigencia de este último decreto, a los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional se les aplicará el régimen de alto riesgo contemplado en el mismo. Con anterioridad a dicha fecha se aplicará el régimen hasta ese entonces vigente para dichas personas por razón de los riesgos de

¹⁰ Consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Rad.: 47001-23-33-000-2017-00025-01(4414-17)

¹¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 12 de junio de 2014 Radicación: 050012331000201200100-01(3287-2013), demandante: Jaime Alberto Villamil Castro.

¹² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 22 de abril de 2015, radicación: 250002325000201100807-01(2555-2013); demandante: Fernando Sandoval Cabrera.

¹³ Artículo 9º de la Ley 797 de 2003. «(a) partir del 1º de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1º de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015».

su labor, esto es, el dispuesto para el efecto por la Ley 32 de 1986, para lo cual deben haberse cubierto las cotizaciones correspondientes de conformidad con el Decreto-ley 407 de 1994 en concordancia con el artículo 1º del Decreto 1835 de 1994.”

Finalmente, se expidió Acto Legislativo 01 de 22 de julio 2005, que retomó lo expuesto en el Decreto 1950 de 2005, y que adicionó el artículo 48 Constitucional de la siguiente manera:

“Parágrafo transitorio 5º. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 140 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 2090 de 2003, a partir de la entrada en vigencia de este último decreto, a los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional se les aplicará el régimen de alto riesgo contemplado en el mismo. A quienes ingresaron con anterioridad a dicha fecha se aplicará el régimen hasta ese entonces vigente para dichas personas por razón de los riesgos de su labor, este es el dispuesto para el efecto por la Ley 32 de 1986, para lo cual deben haberse cubierto las cotizaciones correspondientes”.

4.2. La prima de servicios

El Decreto 1042 de 1978¹, reguló la prima de servicios para los empleados públicos y señaló frente al reconocimiento de la misma, lo siguiente:

“ARTÍCULO 58º. La prima de servicio. Los funcionarios a quienes se aplica el presente Decreto tendrán derecho a una prima de servicio anual equivalente a quince días de remuneración, que se pagará en los primeros quince días del mes de julio de cada año.

Esta prima no se regirá para los funcionarios que con anterioridad tengan asignada esta contraprestación cualquiera que sea su nombre”.

El Decreto 446 de 1994, por el cual se establece el régimen prestacional de los servidores públicos del Instituto Nacional Penitenciario y carcelario, Inpec, sobre la prima de servicios, establece:

“ARTÍCULO 4º. PRIMA DE SERVICIOS. Los funcionarios del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, Inpec, tendrán derecho a una prima de servicio anual equivalente a quince (15) días de remuneración, que se pagará en los primeros quince (15) días del mes de julio de cada año.”

5. Caso concreto

Como se advirtió en el acápite correspondiente, se encuentra acreditado que, el demandante prestó sus servicios al Inpec desde el 29 de julio de 1976 hasta el 30 de diciembre de 1997, Esto quiere decir que, de conformidad con el artículo 168 del Decreto 407 de 1994 tiene derecho a gozar de la pensión de *jubilación* en los términos establecidos en el artículo 96 de la Ley 32 de 1986.

Por lo tanto, para efectos de la liquidación de la pensión se deben tener en cuenta los factores sobre los que se hubiera cotizado, en armonía con el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 *“Por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional”*, que establece:

ARTICULO 45. DE LOS FACTORES DE SALARIO POR LA LIQUIDACIÓN DE CESANTÍA Y PENSIONES. *Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieron derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario:*

a. La asignación básica mensual;

- b. Los gastos de representación y la prima técnica;
- c. Los dominicales y feriados;
- d. Las horas extras;
- e. Los auxilios de alimentación y transporte;
- f. La prima de Navidad;
- g. La bonificación por servicios prestados;
- h. La prima de servicios;
- i. Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio;
- j. Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al decreto-ley 710 de 1978;
- k. La prima de vacaciones;
- l. El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;
- ll. Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del decreto 3130 de 1968.

De conformidad con el Oficio 85109-SUTAH-GOSOC- 27530 del 13 de diciembre de 2016 el Inpec señala que, para que no queden dudas sobre los montos especificados, en la certificación de valores pagados del año 1997 figuran los siguientes conceptos: *Sueldo, sobresueldo, prima de riesgo, subsidio familiar, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, auxilio de alimentación, auxilio de transporte, prima de navidad y bonificación recreación.* En el certificado anexo se incluye también la *prima de vacaciones.* (Fls. 35-36 C.1)

Conforme a la Resolución RDP 028718 del 14 de julio de 2015 la UGPP reliquidó la prestación vitalicia del demandante con el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales cotizó o aportó en el último año de servicio entre el 1º de enero del 1997 y el 30 de diciembre de 1997, teniendo en cuenta los factores salariales: *Asignación básica, auxilio de alimentación, auxilio de transporte, bonificación recreación, bonificación servicios prestados, prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones, prima especial de riesgo, sobresueldo y subsidio familiar.* (Fls. 76-82 C.1)

Por lo tanto, se evidencia que la liquidación de la pensión del demandante fue realizada con los factores salariales devengados en el último año de servicios, sobre los cuales fueron realizados aportes a pensión y que se encuentran enlistados en el Decreto 1045 de 1978.

Ahora bien, en cuanto a la prima de servicios, el demandante precisa que en el certificado salarial se evidencia que devengó una prima de servicios de \$105.751 en el mes de diciembre sin que se tuviese en cuenta en la Resolución que concede la prestación económica.

Al respecto, de conformidad con el Oficio 85109-SUTAH-GOSOC- 27530 del 13 de diciembre de 2016 el Inpec señala que sobre los montos especificados, en la certificación de valores pagados en 1997 figuran los siguientes conceptos: "... *Prima de Servicios: Se pagó \$211.502,02 en el mes de junio y \$105.751 en diciembre*". Sin embargo, en la certificación de valores pagados Número 4065 de 8 de agosto de 2016 se indica que, el demandante en 1997 devengó por concepto de prima de Servicios: *\$211.502,02 en junio y \$105.751 en diciembre*".

En la referida Resolución RDP 028718 del 14 de julio de 2015 en la que la UGPP reliquida la prestación vitalicia del demandante en cuantía de \$448.754 a partir del 1 de enero de 1998, con el 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios, entre el 01 de enero de 1997 al 30 de diciembre de 1997, se incluye la prima de servicios por valor de **\$211.502.**

Esto es, en la resolución que reliquidó la pensión, no se tuvo en cuenta el total del valor de la prima de servicios que el demandante devengó en el último año de servicios.

6. Conclusión

Así, se evidencia que, si bien la liquidación de la pensión del demandante fue realizada con los factores salariales devengados en el último año de servicios, sobre los cuales fueron realizados aportes a pensión y que se encuentran enlistados en el Decreto 1045 de 1978; no se tuvo en cuenta el total del valor de la prima de servicios - \$211.502,02 en junio y \$105.751 en diciembre - que el demandante devengó, entre el 01 de enero de 1997 al 30 de diciembre de 1997.

Por lo anterior se concluye que, el demandante tiene derecho a la reliquidación de la pensión para que se tenga en cuenta el valor total recibido por dicho conceto.

Por lo tanto se revocará la sentencia apelada para en su lugar, acceder parcialmente a las pretensiones del demandante y por tanto, se declarará la nulidad de la Resolución RDP 023433 del 5 de junio de 2017, expedida por la UGPP, por medio de la cual se le negó la reliquidación de la pensión de jubilación; y la Resolución RDP 032763 del 22 de agosto de 2017 expedida por la UGPP, por medio de cual confirmó la decisión anterior, y se ordenará la reliquidación de la pensión para que se incluya, además de los factores ya reconocidos, el valor total recibido por concepto de prima de servicios -\$211.502,02 en junio y \$105.751 en diciembre- devengada en el último año de servicios, esto es, entre el 01 de enero de 1997 al 30 de diciembre de 1997.

Se ordenará, en caso de no haberse efectuado los aportes de ley sobre dicho incremento se realice por la entidad demandada los descuentos en el momento de pagar las diferencias de las mesadas correspondientes, aportes que deberán ser asumidos por la parte demandante en la proporción de ley.¹⁴

7. Indexación

Los valores reconocidos corresponderán a la sumas de dinero dejadas de percibir equivalentes la diferencia entre lo recibido y lo que corresponde al liquidarse la pensión, debidamente actualizados mediante la aplicación de los ajustes de valor, para lo cual, la entidad demandada tendrá en cuenta la fórmula siguiente: $R = \frac{RH \times \text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$

En donde R se determina multiplicando el valor histórico RH que es lo dejado de pagar al demandante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el Dane, y vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice inicial vigente de las series de empalme para la fecha en que debió de hacerse el pago.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes para cada mesada, teniendo en cuenta que el índice final es el vigente al momento de la acusación de cada uno de ellos.

8. Prescripción

Como entre la fecha de adquisición del estatus pensional, esto es el 1º de enero de 1998 y la

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección "A". Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero. 14 de abril de 2016. Radicación número: 11001-03-25-000-2014-00528-00(1669-14)

fecha de la reclamación administrativa – 20 de febrero de 2017 -, transcurrieron más de tres años se declarará la prescripción de los reajustes generados con anterioridad al 20 de febrero de 2014.

9. Costas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, no debe condenarse en costas, teniendo en cuenta que las pretensiones y el recurso de apelación prosperaron de forma parcial.

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

FALLA

PRIMERO: REVOCASE la sentencia del 12 de noviembre de 2020 proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por **Luis Alberto Ovalle** contra la **Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**.

SEGUNDO: DECLARASE probadas parcialmente las excepciones de “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO*” y “*PRESCRIPCIÓN*” formuladas por la entidad demandada,

TERCERO: DECLARASE la nulidad de la Resolución RDP 023433 el 5 de junio de 2017, expedida por la UGPP, por medio de la cual se negó la reliquidación de la pensión de jubilación; y ii) la Resolución RDP 032763 del 22 de agosto de 2017 expedida por la UGPP, por medio de cual confirmó la decisión anterior.

CUARTO: Como consecuencia de tal nulidad, **ORDENASE** a la **Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio** reliquidar la pensión de jubilación del demandante, tomando el 75% del promedio de los factores devengados durante el último año de servicios, incluyendo además de los factores ya reconocidos, el valor total de la prima de servicios *-\$211.502,02 en junio y \$105.751 en diciembre-* devengada en el último año de servicios, esto es, entre el 01 de enero de 1997 y el 30 de diciembre de 1997; tal reliquidación debe hacerse efectiva a partir del 1º de enero de 1998, pero con efectos fiscales a partir del 20 de febrero de 2014 por prescripción.

QUINTO: En caso de no haberse efectuado los aportes al sistema de seguridad social en pensiones sobre dicho incremento a incluir en la nueva liquidación, la entidad demandada realizará las deducciones, que el pensionado deberá asumir en la proporción de ley.

SEXTO: Una vez realizada la reliquidación pensional en los términos señalados, **ORDENASE** a la **Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio** pagar a **demandante** las sumas que resulten como diferencias entre las mesadas pensionales pagadas y las que sean reconocidas, debidamente indexadas dando aplicación a la fórmula inserta en la parte motiva de este proveído.

SÉPTIMO: NIÉGANSE las demás pretensiones de la parte demandante.

OCTAVO: NO se condena en costas.

NOVENO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de

origen y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa "Justicia Siglo XXI".
Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según
Acta No. 31 de 2021.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 108

Manizales, veinticinco (25) de junio de dos mil veinte (2020)

Proceso No. 17-001-33-39-004-2018-00352-02
Clase: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante: Luz Dary Pineda Flórez
Accionado: Nación - Ministerio De Educación – Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio y Departamento de Caldas

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia mediante la cual se negaron sus pretensiones.

I. ANTECEDENTES

1. La Demanda

1.1. Pretensiones

Se declare la nulidad de la Resolución 7753-6 de 11 de octubre de 2017 emitida por la Secretaria de Educación del departamento de Caldas en representación del FNPSM. En consecuencia se ordene a las demandadas: aplicar el descuento para aportes al sistema de salud en cuantía del 5%; reintegrar el monto los porcentajes descontados en exceso y reajustar las mesadas anuales con base en el artículo 1º de la ley 71 de 1988, es decir en porcentaje igual al aumento del salario mínimo legal mensual y de manera retroactiva al año en que se consolidó el derecho; se ordene la indexación de los valores a reintegrar, al pago de los intereses y costas del proceso.

Subsidiariamente solicitó se ordene el reintegro de los valores descontados de las mesadas de junio y diciembre correspondientes al 12% de la mesada pensional de manera retroactiva, indexada y con intereses y se ordene cesar los descuentos de las mesadas de junio y diciembre con destino al sistema de salud.

1.2. Sustento fáctico relevante

En síntesis expresa que, en el acto administrativo de reconocimiento de la pensión de jubilación, las demandadas dispusieron efectuar descuentos con destino al sistema de salud, equivalentes al 12%, los cuales vienen siendo descontados no solo de las mesadas ordinarias, sino de las adicionales (de junio y diciembre, esta última que se cancela en noviembre de cada año); que además se consagró que la pensión sería reajustada anualmente conforme al artículo 1º de la ley 71 de 1988, no obstante la mesada se ha venido incrementando de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

Que solicitó al FNPSM la aplicación de descuentos sólo del 5% y la devolución de los aportes pagados en exceso, así como el reajuste conforme a la ley 71 de 1988, petición que fue negada a través de la Resolución demandada.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

Invocó como vulneradas entre otras, la Ley 71/88; Ley 91/89; Ley 100/93; Ley 812/03; Ley 797/03; Ley 1151/07. Consideró que, los docentes afiliados al FNPSM no se hallan obligados a pagar los aportes en salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre (también llamadas mesadas 13 y 14); además el FNPSM en ocasiones inaplica las normas en mención mientras que en otros casos las aplica de manera indebida, contrariando su verdadero alcance y la hermenéutica jurisprudencial.

Añade que, se aplica indebidamente el artículo 81 de la Ley 812 de 2013 en lo referente a la tasa de cotización para servicios de salud, pues debe ser del 5% conforme el artículo 8 de la ley 91 de 1989 que es norma especial. En virtud del principio de inescindibilidad de la ley, no se pueden aplicar concomitantemente dos regímenes y por ello se equivoca la demandada a la aplicar a los docentes la ley 100 de 1993.

2. Pronunciamiento de los sujetos procesales

El Departamento de Caldas: Se opuso a las pretensiones de la parte demandante argumentando que, la solicitud realizada carece de todo fundamento legal, habida cuenta que es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por lo tanto se le aplica la Ley 812 de 2003. Que al hacer un estudio de la Ley 100 de 1993 y 197 de 2003 artículos 143 y 204, así mismo el artículo 1 de la Ley 1150 de 2008 se concluye que para el legislador, el pensionado tiene la obligación de cancelar un aporte en salud del 12% sin hacer más consideraciones al respecto.

Con fundamento en lo anterior propuso las excepciones que título: *“Falta de legitimidad en la causa por pasiva”, “Buena fe” y “prescripción”*.

La Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales Del Magisterio: Se opuso a las pretensiones de la parte demandante argumentando que la Entidad reconoció la pensión de jubilación del demandante y consecuentemente ha realizado los ajustes anuales y descuentos correspondientes de conformidad con las normas vigentes y aplicables, razón por la cual sus derechos laborales se encuentran debidamente satisfechos y en consecuencia el acto administrativo acusado no viola las disposiciones incoadas por la parte actora, no puede alegarse error o inaplicación de la ley. Que además, llegado el caso de existir una remota posibilidad de ser condenada, solicito se declare la prescripción de las mesadas causadas con tres años de anterioridad de la presentación de la demanda, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 102 del Decreto 1848 del 4 de noviembre de 1969, el cual desarrollo el tema de prescripción respecto del régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales.

Con fundamento en lo anterior propuso las excepciones que título: *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; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DEMANDADA POR INEXISTENCIA DE CAUSA JURÍDICA; CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO; PRESCRIPCIÓN; BUENA FE; y GENÉRICA.

3. Sentencia de primera instancia

El a quo negó las pretensiones de la parte demandante. Respecto del reajuste, conforme a la Ley 71 de 1988: Porque no se puede ordenar el reajuste a favor de un docente pensionado con base en el mecanismo que fue establecido en la Ley 71 de 1988, obviando la modificación que al respecto dispuso la Ley 100 de 1993. Porque la fórmula que el Legislador instituya para reajustar las pensiones no constituye un derecho adquirido a favor de los pensionados, sino tan solo una mera expectativa, que está sujeta a las modificaciones que aquel órgano considere pertinentes para garantizar el poder adquisitivo de las pensiones. Porque la Ley 238 de 1995, que adicionó el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, dispuso que la aplicación de los artículos 14 y 142 de la mencionada norma también lo era para los sectores exceptuados del régimen general de pensiones; Porque con la expedición de la ley 100 de 1993, quedó sin efectos las disposiciones contrarias, esto es el artículo 1º de la ley 71 de 1988, tal como ha sido reconocido de manera uniforme por las Altas Cortes. Porque no hay lugar a aplicar el principio de favorabilidad laboral, bajo el entendido que no coexisten dos disposiciones jurídicas vigentes que generen duda en su aplicación.

Respecto de los descuentos de salud: por cuanto, si bien, el numeral 5º del artículo 8º de la Ley 91 de 1989, estableció que a los pensionados para efectos de los servicios de salud les correspondía un aporte del 5% de cada mesada pensional, incluidas las mesadas adicionales, dicho monto varió con la entrada en vigencia del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, así como la autorización del descuento sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre. En el inciso cuarto de ésta última norma, se consagró que 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. En efecto, el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 1º de la Ley 1250 de 2008, en cuanto al monto y distribución de las cotizaciones, indicó que la cotización al Régimen Contributivo de Salud, sería del 12% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo.

Frente a las mesadas adicionales de junio y diciembre, la referida Ley 100 de 1993 no contempló la realización de descuentos, los cuales fueron expresamente prohibidos por las Leyes 42 de 1982 y 43 de 1984 y el Decreto 1073 de 2002. Sin embargo, entiende el Despacho que sólo en lo que respecta al porcentaje de cotización de salud, los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se gobiernan por lo establecido en la Ley 100 de 1993. Pero esto no significó que se alterara su régimen prestacional, dado que, por pertenecer a uno especial, se encuentran exceptuados del general, tal y como lo dispone el artículo 279 de la citada ley, y el parágrafo transitorio 1º del Acto Legislativo 001 de 2005, que estableció que el régimen pensional de los docentes vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003. La Ley 91 de 1989 es una disposición especial que gobierna a todos los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y que hace parte del ordenamiento jurídico que estructura su régimen pensional excepcional, por lo que, es legítimo que se realicen descuentos sobre las mesadas adicionales a dicho grupo de pensionados.

Que si bien las disposiciones del Sistema General sobre las mesadas adicionales, no establecen que se pueda hacer descuento alguno sobre las mismas, la Ley 91 de 1989, especial y posterior, sí lo permitió de manera expresa en el numeral 5° del artículo 8°; por lo tanto, las previsiones de la Ley 812 de 2003 que extendió el régimen de cotización en materia de salud establecido en la Ley 100 de 1993 a los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sólo conllevó a que se incrementara el porcentaje de cotización de los docentes, del 5% al 12% establecido en el Régimen General, más no tiene la virtualidad de derogar ni expresa ni tácitamente el aparte establecido en la precitada norma especial que permite el descuento por concepto de salud en las mesadas adicionales pagadas a todos los docentes, por cuanto se encuentra vigente, regula expresamente una situación que no fue prevista en la norma general, y obedece a la libre configuración legislativa. Que atendiendo el principio de inescindibilidad normativa, no se les puede aplicar a los docentes las normas de la Ley 100 que eximió de dicho descuento las mesadas adicionales de diciembre y junio de que tratan los artículos 50 y 142 cuyos beneficiarios son las personas pertenecientes al régimen general de pensiones. Porque se debe tener en cuenta el principio de solidaridad, en el entendido que quienes obtienen mayores ingresos deben subsidiar a los que perciben menos, para garantizar la cobertura total de los ciudadanos al sistema de seguridad social.

4. Recurso de apelación

La **parte actora** solicitó revocar la sentencia y acceder a sus pretensiones; precisó inicialmente sobre la *indebida aplicación del precedente jurisprudencial*, por parte del *a quo*, toda vez que no corresponde a idénticos hechos, fundamentos de derecho y pretensiones en relación con el convocado; por tanto la providencia carece de los presupuestos procesales previstos en los artículos 162, 187 de la Ley 1437 de 2011, como quiera que “... *el objeto real del litigio fue determinar la fórmula aplicable para el incremento del debate corresponde al incremento de la pensión de jubilación de los docentes dentro del régimen exceptuado del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 1º de la Ley 238 de 1995... sino determinar la fórmula de incremento más favorable dentro del régimen exceptuado conforme a la posibilidad otorgadas por el artículo 1º de la Ley 238 de 1995*”.

Se refirió a los alcances de la Ley 238 de 1995, en el sentido que no pretendió modificar el sistema actualizado pensional de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio; toda vez, que la disposición busca recuperar el poder adquisitivo de las pensiones y en el caso de los docentes se mantuviera, aplicando el régimen especial.

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

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

Solicitó que, al no encontrarse los beneficios otorgados en el régimen general de pensiones, resulta ilegal para las pensiones otorgadas dentro del régimen exceptuado docente, la

aplicación de la fórmula del artículo 14 de la Ley 100 de 1993; por tanto, se debe declarar la nulidad del acto demandado otorgando un incremento pensional conforme al artículo 1 de la Ley 71 de 1988, mismo que no figura dentro de las derogatorias expresas del artículo 289.

Respecto de los aportes en salud citó apartes de las sentencias T-348 de 1997; C-956 de 2001 y C-980 de 2002, según las cuales en caso de los docentes vinculados al servicio estatal antes del 27 de junio de 2003 que se encuentran pensionados por el FNPSM el descuento de la cotización del 5% para la salud se hace sobre cada mesada pensional incluida las adicionales; en el caso de docentes vinculados a partir del 27 de junio de 2003 que se encuentra en pensionados por el referido fondo, la cotización del 12% para salud se descuenta de la respectiva mesada pensional mensual y no de las mesadas adicionales.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia y procedencia

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

2. Problema jurídico

Al analizar la sentencia de instancia y el escrito de impugnación, el asunto jurídico a resolver se centra en dilucidar si:

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

¿Le asiste derecho a la parte actora a que se aplique el descuento para aportes al sistema de salud en cuantía del 5%; cesar el descuento actual del 12% y a que se reintegre el monto los porcentajes descontados en exceso?

3. Primer problema jurídico

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

Para fundamentar lo anterior se abordarán los siguientes aspectos: i) hechos probados; ii) régimen general de seguridad social; iii) ajuste de pensiones en el régimen de seguridad

¹ Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso Administrativo.

social para los afiliados al sector público y régimen general de pensiones; y iv) el análisis del caso concreto.

3.1. Lo probado

- Mediante Resolución 713 de 19 de febrero de 2008 se reconoció la pensión de jubilación, por parte del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a favor del demandante. (Fl. 41-42 C. 1)
- La demandante mediante escrito radicado el 27 de septiembre de 2017 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 y que se realicen los descuentos de salud en porcentaje del 5% de la mesada pensional sobre las mesadas ordinarias y adicionales conforme a la Ley 71 de 1989 y la devolución de los cobros en exceso. (Fl. 36-38 C. 1)
- A través de la Resolución 7753-6 de 11 de octubre de 2017, la demandada denegó el ajuste deprecado. (Fl. 43-44 C. 1)

3.2. Régimen general de seguridad social

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La citada norma fue reglamentada por el Decreto 1160 de 1989, precisó respecto al ajuste de las pensiones en el artículo 1º lo siguiente: *“Reajuste pensional. Las pensiones de jubilación, invalidez, vejez, incapacidad permanente parcial, compartidas y de sobrevivientes, de los sectores público, privado y del Instituto de Seguros Sociales, se reajustarán de oficio y en forma simultánea con el salario mínimo legal, en el mismo porcentaje en que éste sea incrementado por el Gobierno Nacional”*.

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

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

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

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

La Ley 100 de 1993 en su artículo 279 contempló los regímenes exceptuados a dicho régimen quedando contemplado, entre otros el personal docente vinculado al Fondo de Prestaciones

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

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

Sociales del Magisterio, y señaló que estas excepciones no implican negación de los beneficios y derechos determinados en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, el cual consagra el reajuste anual de las pensiones en el IPC:

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

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

(...)

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

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

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

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

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

...

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

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

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, porque 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 pensionados que se encuentran en debilidad manifiesta frente a los demás ciudadanos; a su vez, que la

determinación del índice de precios al consumidor para los demás pensionados para establecer el incremento pensional, se ajusta a factores circunstancias económicas y políticas.

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

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

*“Parágrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los **beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados**”.*

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

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

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

« [...] A partir del 1.º de enero de 1989 y hasta la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, todas las pensiones que fueron reconocidas en el país, tanto en el sector público como en el privado, se reajustaron anualmente conforme a la fórmula prevista en la Ley 71 de 1988, esto es, en el mismo porcentaje en que se incrementó por el Gobierno el salario mínimo legal mensual. Con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigencia, las pensiones reconocidas antes y después de dicha ley, se vienen reajustando en la forma prevista por su artículo 14 y teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 142 y 143 Ibidem, 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***

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

la prestación reconocida para ese momento, la norma demandada hace una inclusión no prevista en la ley que reglamenta y desconoce los derechos adquiridos de estos últimos, pues se reitera, la protección de los derechos adquiridos en materia pensional no comprende la proporción del incremento de la mesada.

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

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

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

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

“Así, para decirlo de otra forma, pero con sus propias palabras, el actor entiende que el principio de favorabilidad también resulta aplicable a los pensionados “porque son trabajadores en receso [...] y, porque también, uno de los principios fundamentales del trabajo es la garantía de la seguridad social” y es precisamente a partir de esa consideración que concluye que “[e]n caso de duda en la medición del poder adquisitivo constante de las pensiones, porque no hay ley que establezca como se mide [...] debe aplicarse el método más favorable al pensionado”. Lo anterior, hasta el punto de que en su demanda no sólo solicita declarar inexecutable el apartado demandado, según el cual las pensiones “se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior”, sino que incluso le pide a la Corte señalar que lo más favorable para el pensionado es “la medición del poder adquisitivo constante de las pensiones por el método de medición de la equivalencia de las pensiones en relación con el Salario Mínimo Legal Vigente”, 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”.

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”.

Por lo tanto, se concluye que además de que la propia Constitución faculta al legislador a decidir, con autonomía política, de qué manera reajustar periódicamente el valor pensiones, de tal forma que no hay lugar aquí para la aplicación del principio de favorabilidad en materia laboral del que trata el artículo 53 superior, en todo caso los índices o referencias de actualización a los que acudió el legislador para actualizar las pensiones de forma diferenciada según su valor (IPC y SMLMV) tienen un origen, una explicación y unos propósitos diferentes, al mismo tiempo que se relacionan entre ellos de una forma particular.

(...)

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

3.4. Conclusión

Conforme a los pronunciamientos jurisprudenciales citados se tiene que, la Constitución Política facultó al Legislador para que bajo su autonomía fijara las fórmulas específicas el reajuste periódico de las pensiones. Con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigor, se entendió derogada la Ley 71 de 1989 y las pensiones reconocidas antes y después de dicha ley, se vienen reajustando en la forma prevista por su artículo 14 y teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 142 y 143 Ibidem, lo que significa que el referido reajuste se produce anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el Dane para el año inmediatamente anterior.

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

4. Segundo problema jurídico *¿Le asiste derecho a la parte actora a que se aplique el descuento para aportes al sistema de salud en cuantía del 5%; cesar el descuento actual del 12% y a que se reintegre el monto los porcentajes descontados en exceso?*

Tesis del Tribunal: A la parte demandante no le asiste derecho a que se aplique el descuento para aportes al sistema de salud en cuantía del 5%; cesar el descuento actual del 12% y a que se reintegre el monto los porcentajes descontados en exceso, toda vez que, aun cuando la Ley 91 de 1989 originalmente previó un porcentaje del 5% como monto de la cotización, este asciende en la actualidad al 12%, en virtud de la modificación introducida por la Ley 812 de 2003, que remite a los mandatos de orden pensional general.

Además, los descuentos sobre mesadas adicionales se hallan previstos en la Ley 91/89, según la cual el FNPSM se halla constituido, entre otros recursos, por '*El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados*', disposición que goza de plena vigencia en la medida que no ha sido objeto de derogatoria.

4.1. Descuentos con destino al sistema de salud

El principio de solidaridad constituye uno de los pilares del Sistema General de Seguridad Social tanto en salud como en pensiones, y de él se derivan algunas obligaciones de los afiliados, como lo es contribuir a su financiación a través de aportes (art. 48 C.P.). En el mismo sentido se encuentra concebido el servicio de salud en el canon 49 constitucional, soportado en la solidaridad como elemento medular de su prestación.

En relación con los pensionados, la Ley 100 de 1993 los cataloga como afiliados con capacidad de pago, por lo que se encuentran en el régimen contributivo del sistema de salud (art. 175, lit. A, núm. 1), incluso, el canon 143 de ese esquema disposicional establece que quienes hayan obtenido el reconocimiento pensional antes de la entrada en vigor de la norma, tendrían derecho al reajuste mensual según la tasa de cotización en salud, además, instituye que la obligación de cotizar en salud se halla en cabeza de los pensionados en su totalidad.

Al pronunciarse sobre la obligación de los pensionados de cotizar con destino al sistema de salud, la Corte Constitucional⁶ expresó:

⁶ Sentencia T-835 de 2014.

“(...) Entonces, incluso los regímenes de excepción tienen el deber de cotizar al Sistema General de Seguridad Social, para la prestación de los servicios médico asistenciales, situación que no varió con la expedición de la Ley 100 de 1993. Esto encuentra respaldo en el principio de solidaridad que caracteriza este sistema. Así en la sentencia C-1000 de 2007, la Corte reiteró la posición de la obligación de cotizar al Sistema, señalada en la C-548 de 1998 y sobre los aportes que deben efectuar los pensionados señaló:

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

En conclusión, todo pensionado debe contribuir a la sostenibilidad y eficiencia del sistema General de Salud, no sólo para recibir los distintos beneficios, sino para financiar el sistema en su conjunto, colaborando con sus aportes a la prestación de la asistencia médica de todas las personas que pertenecen al régimen subsidiado, en desarrollo del principio de solidaridad consagrado en la Constitución...”. (Resalta el Tribunal).

En cuanto al monto sobre el cual se deben realizar los aportes en salud, las normas anteriores a la Ley 100 de 1993 contenían porcentajes que regularmente equivalían al 5%, como ocurría en el caso de la Ley 4ª de 1966 para el caso de los pensionados de la extinta Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal. En el mismo sentido, el Decreto 3135 de 1968 dispuso: “A los pensionados por invalidez, jubilación y retiro por vejez se les prestará por la entidad que les pague la pensión, asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria. Para este efecto el pensionado cotizará mensualmente un cinco por ciento (5%) de su pensión”.

En el caso de los educadores, la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FNPSM, que tiene como uno de sus objetivos garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales de los profesores, y en el artículo 8 de la citada ley se establece que esta cuenta se haya constituida, entre otros, por ‘El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados’.

Sin embargo, el porcentaje fue modificado con posterioridad con la expedición de la Ley 812 de 2003, que introdujo modificaciones sustanciales al régimen pensional docente. En el artículo 81 esta norma prescribe:

“ARTÍCULO 81. RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES. *El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.*

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

Los servicios de salud para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán prestados de conformidad con la Ley 91 de 1989, las prestaciones

correspondientes a riesgos profesionales serán las que hoy tiene establecido el Fondo para tales efectos.

El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. *La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones” (Subraya el Tribunal).*

En atención a la remisión normativa de que trata el canon citado, la Ley 100 de 1993 consagra el monto de las cotizaciones con destino al sistema de salud a cargo de los afiliados en el artículo 204, por cuyo ministerio: *“(…) La cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al sistema general de seguridad social en salud según las normas del presente régimen, será máximo del 12% del salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. Dos terceras partes de la cotización estarán a cargo del empleador y una tercera parte a cargo del trabajador. Un punto de la cotización será trasladado al fondo de solidaridad y garantía para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado” (Se resalta).*

Debe anotarse que esta preceptiva fue objeto de dos modificaciones relacionadas con el valor o monto de las cotizaciones al sistema de salud, de la siguiente manera:

(i) Mediante la Ley 1122 de 2007, artículo 10, la cotización al régimen contributivo en salud a partir del 1º de enero de 2007 pasó a ser *‘del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado’.*

(ii) Luego, la Ley 1250 de 2008 adicionó el canon 204 de la Ley 100/93 al prescribir que *‘La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional’.*

De igual manera, el deber de cotizar al sistema de salud en cabeza de los pensionados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FNPSM, así como el monto de los aportes, fue objeto de pronunciamiento por el Consejo de Estado⁷, que en reciente oportunidad puntualizó:

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

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

(...)

6.2. Afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

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

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

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

Finalmente, en lo que atañe a los descuentos sobre mesadas adicionales, estos se hallan previstos en la Ley 91/89, según la cual el FNPSM se halla constituido, entre otros recursos, por 'El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados', disposición que goza de plena vigencia en la medida que no ha sido objeto de derogatoria, bien sea tácita o expresa.

En este sentido, aun cuando la Ley 100 de 1993 no contempla la realización de descuentos sobre las mesadas adicionales, la Ley 91 de 1989 –*régimen especial para los docentes afiliados al FNPSM*- sí contiene dicha obligación, por lo que la extensión del régimen de cotizaciones de la Ley 100/93 a los profesores ha de entenderse exclusivamente ceñida al aumento del monto de la cotización (del 5% al 12%), y no conlleva la derogatoria del canon 8 de la Ley 91/89, en cuanto prescribe que tales mesadas serán objeto de aportes con destino al sistema de salud.

Finalmente, el Tribunal trae a colación los planteamientos esbozados por el Consejo de Estado⁹ al abordar las pretensiones de devolución de aportes realizados sobre las mesadas adicionales de un pensionado afiliado al FNPSM:

"(...) A partir de lo anterior, esta Sala advierte, en síntesis, que el tribunal, señaló que aunque la Ley 812 de 2003 gobierna el monto de las cotizaciones a salud de los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es necesario remitirse a la Ley 91 de

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

⁹ Sentencia de 14 de septiembre de 2017.

1989, en lo que toca con la posibilidad de efectuar dichos descuentos sobre las mesadas adicionales.

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

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

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

4.2. Análisis del caso concreto

Mediante Resolución 713 de 19 de febrero de 2008 se reconoció la pensión de jubilación, por parte del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a favor del demandante, efectiva a partir del 9 de diciembre de 2006. La demandante solicitó la aplicación de descuentos sólo del 5% y la devolución de los aportes pagados en exceso. A través de la Resolución 7753-6 de 11 de octubre de 2017 emitida por la Secretaria de Educación del departamento de Caldas en representación del FNPSM denegó lo solicitado.

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

4.3. Conclusión

De conformidad con la normativa y la jurisprudencia citada y con fundamento en los hechos debidamente acreditados, estima esta Sala de Decisión que a la parte demandante no le asiste derecho a que se aplique el descuento para aportes al sistema de salud en cuantía del 5%; cesar el descuento actual del 12% y a que se reintegre el monto los porcentajes descontados en exceso y en tal sentido, se confirmará la sentencia dictada en primera instancia.

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

5. Costas en esta instancia

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

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

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

FALLA

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia del 26 de marzo de 2021 emanada del Juzgado Cuarto Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por Luz Dary Pineda Flórez dentro del contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido contra la Nación-Ministerio De Educación-FNPSM y el departamento de Caldas.

SEGUNDO: ABSTIÉNESE de condenar en costas en esta instancia.

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

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

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 31 de 2021.

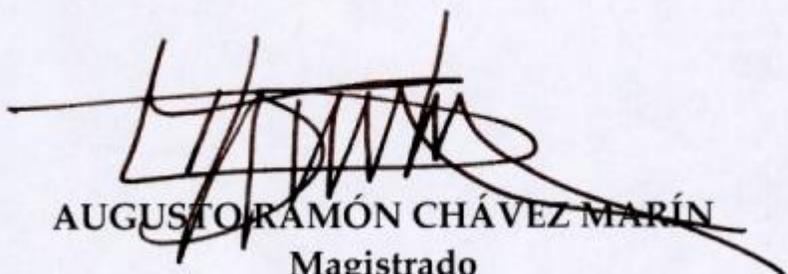
NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 109

Manizales, veinticinco (25) de junio de dos mil veintiuno (2021)

Proceso No. 17-001-33-39-004-2018-00359-02
Clase: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante: Luz Yolanda Arango Cañas
Accionado: Nación - Ministerio De Educación – Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio y Departamento de Caldas

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia mediante la cual se negaron sus pretensiones.

I. ANTECEDENTES

1. La Demanda

1.1. Pretensiones

Se declare la nulidad de la Resolución 7756-6 de 11 de octubre de 2017 emitida por la Secretaria de Educación del departamento de Caldas en representación del FNPSM. En consecuencia se ordene a las demandadas: aplicar el descuento para aportes al sistema de salud en cuantía del 5%; reintegrar el monto los porcentajes descontados en exceso y reajustar las mesadas anuales con base en el artículo 1º de la ley 71 de 1988, es decir en porcentaje igual al aumento del salario mínimo legal mensual y de manera retroactiva al año en que se consolidó el derecho; se ordene la indexación de los valores a reintegrar, al pago de los intereses y costas del proceso.

Subsidiariamente solicitó se ordene el reintegro de los valores descontados de las mesadas de junio y diciembre correspondientes al 12% de la mesada pensional de manera retroactiva, indexada y con intereses y se ordene cesar los descuentos de las mesadas de junio y diciembre con destino al sistema de salud.

1.2. Sustento fáctico relevante

En síntesis expresa que, en el acto administrativo de reconocimiento de la pensión de jubilación, las demandadas dispusieron efectuar descuentos con destino al sistema de salud, equivalentes al 12%, los cuales vienen siendo descontados no solo de las mesadas ordinarias, sino de las adicionales (de junio y diciembre, esta última que se cancela en noviembre de cada año); que además se consagró que la pensión sería reajustada anualmente conforme al artículo 1º de la ley 71 de 1988, no obstante la mesada se ha venido incrementando de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

Que solicitó al FNPSM la aplicación de descuentos sólo del 5% y la devolución de los aportes pagados en exceso, así como el reajuste conforme a la ley 71 de 1988, petición que fue negada a través de la Resolución demandada.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

Invocó como vulneradas entre otras, la Ley 71/88; Ley 91/89; Ley 100/93; Ley 812/03; Ley 797/03; Ley 1151/07. Consideró que, los docentes afiliados al FNPSM no se hallan obligados a pagar los aportes en salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre (también llamadas mesadas 13 y 14); además el FNPSM en ocasiones inaplica las normas en mención mientras que en otros casos las aplica de manera indebida, contrariando su verdadero alcance y la hermenéutica jurisprudencial.

Añade que, se aplica indebidamente el artículo 81 de la Ley 812 de 2013 en lo referente a la tasa de cotización para servicios de salud, pues debe ser del 5% conforme el artículo 8 de la ley 91 de 1989 que es norma especial. En virtud del principio de inescindibilidad de la ley, no se pueden aplicar concomitantemente dos regímenes y por ello se equivoca la demandada a la aplicar a los docentes la ley 100 de 1993.

2. Pronunciamiento de los sujetos procesales

El Departamento de Caldas: Se opuso a las pretensiones de la parte demandante argumentando que, la solicitud realizada carece de todo fundamento legal, habida cuenta que es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por lo tanto se le aplica la Ley 812 de 2003. Que al hacer un estudio de la Ley 100 de 1993 y 197 de 2003 artículos 143 y 204, así mismo el artículo 1 de la Ley 1150 de 2008 se concluye que para el legislador, el pensionado tiene la obligación de cancelar un aporte en salud del 12% sin hacer más consideraciones al respecto.

Con fundamento en lo anterior propuso las excepciones que título: *“Falta de legitimidad en la causa por pasiva”, “Buena fe” y “prescripción”*.

La Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales Del Magisterio: Se opuso a las pretensiones de la parte demandante argumentando que la Entidad reconoció la pensión de jubilación del demandante y consecuentemente ha realizado los ajustes anuales y descuentos correspondientes de conformidad con las normas vigentes y aplicables, razón por la cual sus derechos laborales se encuentran debidamente satisfechos y en consecuencia el acto administrativo acusado no viola las disposiciones incoadas por la parte actora, no puede alegarse error o inaplicación de la ley. Que además, llegado el caso de existir una remota posibilidad de ser condenada, solicito se declare la prescripción de las mesadas causadas con tres años de anterioridad de la presentación de la demanda, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 102 del Decreto 1848 del 4 de noviembre de 1969, el cual desarrollo el tema de prescripción respecto del régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales.

Con fundamento en lo anterior propuso las excepciones que título: *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; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DEMANDADA POR*

INEXISTENCIA DE CAUSA JURÍDICA; CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO; PRESCRIPCIÓN; BUENA FE; y GENÉRICA.

3. Sentencia de primera instancia

El a quo negó las pretensiones de la parte demandante. Respecto del reajuste, conforme a la Ley 71 de 1988: Porque no se puede ordenar el reajuste a favor de un docente pensionado con base en el mecanismo que fue establecido en la Ley 71 de 1988, obviando la modificación que al respecto dispuso la Ley 100 de 1993. Porque la fórmula que el Legislador instituya para reajustar las pensiones no constituye un derecho adquirido a favor de los pensionados, sino tan solo una mera expectativa, que está sujeta a las modificaciones que aquel órgano considere pertinentes para garantizar el poder adquisitivo de las pensiones. Porque la Ley 238 de 1995, que adicionó el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, dispuso que la aplicación de los artículos 14 y 142 de la mencionada norma también lo era para los sectores exceptuados del régimen general de pensiones; Porque con la expedición de la ley 100 de 1993, quedó sin efectos las disposiciones contrarias, esto es el artículo 1º de la ley 71 de 1988, tal como ha sido reconocido de manera uniforme por las Altas Cortes. Porque no hay lugar a aplicar el principio de favorabilidad laboral, bajo el entendido que no coexisten dos disposiciones jurídicas vigentes que generen duda en su aplicación.

Respecto de los descuentos de salud: por cuanto, si bien, el numeral 5º del artículo 8º de la Ley 91 de 1989, estableció que a los pensionados para efectos de los servicios de salud les correspondía un aporte del 5% de cada mesada pensional, incluidas las mesadas adicionales, dicho monto varió con la entrada en vigencia del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, así como la autorización del descuento sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre. En el inciso cuarto de ésta última norma, se consagró que 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. En efecto, el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 1º de la Ley 1250 de 2008, en cuanto al monto y distribución de las cotizaciones, indicó que la cotización al Régimen Contributivo de Salud, sería del 12% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo.

Frente a las mesadas adicionales de junio y diciembre, la referida Ley 100 de 1993 no contempló la realización de descuentos, los cuales fueron expresamente prohibidos por las Leyes 42 de 1982 y 43 de 1984 y el Decreto 1073 de 2002. Sin embargo, entiende el Despacho que sólo en lo que respecta al porcentaje de cotización de salud, los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se gobiernan por lo establecido en la Ley 100 de 1993. Pero esto no significó que se alterara su régimen prestacional, dado que, por pertenecer a uno especial, se encuentran exceptuados del general, tal y como lo dispone el artículo 279 de la citada ley, y el parágrafo transitorio 1º del Acto Legislativo 001 de 2005, que estableció que el régimen pensional de los docentes vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003. La Ley 91 de 1989 es una disposición especial que gobierna a todos los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y que hace parte del ordenamiento jurídico que estructura su régimen pensional excepcional, por lo que, es legítimo que se realicen descuentos sobre las mesadas adicionales a dicho grupo de pensionados.

Que si bien las disposiciones del Sistema General sobre las mesadas adicionales, no establecen que se pueda hacer descuento alguno sobre las mismas, la Ley 91 de 1989, especial y posterior, sí lo permitió de manera expresa en el numeral 5º del artículo 8º; por lo

tanto, las previsiones de la Ley 812 de 2003 que extendió el régimen de cotización en materia de salud establecido en la Ley 100 de 1993 a los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sólo conllevó a que se incrementara el porcentaje de cotización de los docentes, del 5% al 12% establecido en el Régimen General, más no tiene la virtualidad de derogar ni expresa ni tácitamente el aparte establecido en la precitada norma especial que permite el descuento por concepto de salud en las mesadas adicionales pagadas a todos los docentes, por cuanto se encuentra vigente, regula expresamente una situación que no fue prevista en la norma general, y obedece a la libre configuración legislativa. Que atendiendo el principio de inescindibilidad normativa, no se les puede aplicar a los docentes las normas de la Ley 100 que eximió de dicho descuento las mesadas adicionales de diciembre y junio de que tratan los artículos 50 y 142 cuyos beneficiarios son las personas pertenecientes al régimen general de pensiones. Porque se debe tener en cuenta el principio de solidaridad, en el entendido que quienes obtienen mayores ingresos deben subsidiar a los que perciben menos, para garantizar la cobertura total de los ciudadanos al sistema de seguridad social.

4. Recurso de apelación

La **parte actora** solicitó revocar la sentencia y acceder a sus pretensiones; precisó inicialmente sobre la *indebida aplicación del precedente jurisprudencial*, por parte del *a quo*, toda vez que no corresponde a idénticos hechos, fundamentos de derecho y pretensiones en relación con el convocado; por tanto la providencia carece de los presupuestos procesales previstos en los artículos 162, 187 de la Ley 1437 de 2011, como quiera que “... *el objeto real del litigio fue determinar la fórmula aplicable para el incremento del debate corresponde al incremento de la pensión de jubilación de los docentes dentro del régimen exceptuado del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 1º de la Ley 238 de 1995... sino determinar la fórmula de incremento más favorable dentro del régimen exceptuado conforme a la posibilidad otorgadas por el artículo 1º de la Ley 238 de 1995*”.

Se refirió a los alcances de la Ley 238 de 1995, en el sentido que no pretendió modificar el sistema actualizado pensional de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio; toda vez, que la disposición busca recuperar el poder adquisitivo de las pensiones y en el caso de los docentes se mantuviera, aplicando el régimen especial.

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

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

Solicitó que, al no encontrarse los beneficios otorgados en el régimen general de pensiones, resulta ilegal para las pensiones otorgadas dentro del régimen exceptuado docente, la aplicación de la fórmula del artículo 14 de la Ley 100 de 1993; por tanto, se debe declarar la nulidad del acto demandado otorgando un incremento pensional conforme al artículo 1 de la Ley 71 de 1988, mismo que no figura dentro de las derogatorias expresas del artículo 289.

Respecto de los aportes en salud citó apartes de las sentencias T-348 de 1997; C-956 de 2001 y C-980 de 2002, según las cuales en caso de los docentes vinculados al servicio estatal antes del 27 de junio de 2003 que se encuentran pensionados por el FNPSM el descuento de la cotización del 5% para la salud se hace sobre cada mesada pensional incluida las adicionales; en el caso de docentes vinculados a partir del 27 de junio de 2003 que se encuentra en pensionados por el referido fondo, la cotización del 12% para salud se descuenta de la respectiva mesada pensional mensual y no de las mesadas adicionales.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia y procedencia

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

2. Problema jurídico

Al analizar la sentencia de instancia y el escrito de impugnación, el asunto jurídico a resolver se centra en dilucidar si:

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

¿Le asiste derecho a la parte actora a que se aplique el descuento para aportes al sistema de salud en cuantía del 5%; cesar el descuento actual del 12% y a que se reintegre el monto los porcentajes descontados en exceso?

3. Primer problema jurídico

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

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

3.1. Lo probado

- Mediante Resolución 67 de 25 de febrero de 2005, modificada por la Resolución 912 de

¹ Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso Administrativo.

17 de noviembre de 2005 se reconoció la pensión de jubilación, por parte del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a favor del demandante. (Fl. 38-39 C. 1)

- La demandante mediante escrito radicado el 28 de septiembre de 2017 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 y que se realicen los descuentos de salud en porcentaje del 5% de la mesada pensional sobre las mesadas ordinarias y adicionales conforme a la Ley 71 de 1989 y la devolución de los cobros en exceso. (Fl. 32-36 C. 1)

- A través de la Resolución 7756-6 de 11 de octubre de 2017, la demandada denegó el ajuste deprecado. (Fl. 42-43 C. 1)

3.2. Régimen general de seguridad social

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La citada norma fue reglamentada por el Decreto 1160 de 1989, precisó respecto al ajuste de las pensiones en el artículo 1º lo siguiente: *“Reajuste pensional. Las pensiones de jubilación, invalidez, vejez, incapacidad permanente parcial, compartidas y de sobrevivientes, de los sectores público, privado y del Instituto de Seguros Sociales, se reajustarán de oficio y en forma simultánea con el salario mínimo legal, en el mismo porcentaje en que éste sea incrementado por el Gobierno Nacional”*.

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

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, y continuarían aplicándose las normas de los regímenes actuales vigentes.

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

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

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

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

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

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

(...)

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

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

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

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

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

...

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

....

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

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

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

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

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

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

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

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

« [...] A partir del 1.º de enero de 1989 y hasta la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, todas las pensiones que fueron reconocidas en el país, tanto en el sector público como en el privado, se reajustaron anualmente conforme a la fórmula prevista en la Ley 71 de 1988, esto es, en el mismo porcentaje en que se incrementó por el Gobierno el salario mínimo legal mensual. Con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigencia, las pensiones reconocidas antes y después de dicha ley, se vienen reajustando en la forma prevista por su artículo 14 y teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 142 y 143 Ibidem, 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

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

Corte Constitucional ha considerado que el legislador está habilitado para modificar las normas que consagran la proporción en que se realizarán los aumentos de las mesadas pensionales.

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

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

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

“Así, para decirlo de otra forma, pero con sus propias palabras, el actor entiende que el principio de favorabilidad también resulta aplicable a los pensionados “porque son trabajadores en receso [...] y, porque también, uno de los principios fundamentales del trabajo es la garantía de la seguridad social” y es precisamente a partir de esa consideración que concluye que “[e]n caso de duda en la medición del poder adquisitivo constante de las pensiones, porque no hay ley que establezca como se mide [...] debe aplicarse el método más favorable al pensionado”. Lo anterior, hasta el punto de que en su demanda no sólo solicita declarar inexecutable el apartado demandado, según el cual las pensiones “se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior”, sino que incluso le pide a la Corte señalar que lo más favorable para el pensionado es “la medición del poder adquisitivo constante de las pensiones por el método de medición de la equivalencia de las pensiones en relación con el Salario Mínimo Legal Vigente”, 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”.

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”.

Por lo tanto, se concluye que además de que la propia Constitución faculta al legislador a decidir, con autonomía política, de qué manera reajustar periódicamente el valor pensiones, de tal forma que no hay lugar aquí para la aplicación del principio de favorabilidad en materia laboral del que trata el artículo 53 superior, en todo caso los índices o referencias de actualización a los que acudió el legislador para actualizar las pensiones de forma diferenciada según su valor (IPC y SMLMV) tienen un origen, una explicación y unos propósitos diferentes, al mismo tiempo que se relacionan entre ellos de una forma particular.

(...)

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

3.4. Conclusión

Conforme a los pronunciamientos jurisprudenciales citados se tiene que, la Constitución Política facultó al Legislador para que bajo su autonomía fijara las fórmulas específicas el reajuste periódico de las pensiones. Con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigor, se entendió derogada la Ley 71 de 1989 y las pensiones reconocidas antes y después de dicha ley, se vienen reajustando en la forma prevista por su artículo 14 y teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 142 y 143 Ibidem, lo que significa que el referido reajuste se produce anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el Dane para el año inmediatamente anterior.

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

4. Segundo problema jurídico *¿Le asiste derecho a la parte actora a que se aplique el descuento para aportes al sistema de salud en cuantía del 5%; cesar el descuento actual del 12% y a que se reintegre el monto los porcentajes descontados en exceso?*

Tesis del Tribunal: A la parte demandante no le asiste derecho a que se aplique el descuento para aportes al sistema de salud en cuantía del 5%; cesar el descuento actual del 12% y a que se reintegre el monto los porcentajes descontados en exceso, toda vez que, aun cuando la Ley 91 de 1989 originalmente previó un porcentaje del 5% como monto de la cotización, este asciende en la actualidad al 12%, en virtud de la modificación introducida por la Ley 812 de 2003, que remite a los mandatos de orden pensional general.

Además, los descuentos sobre mesadas adicionales se hallan previstos en la Ley 91/89, según la cual el FNPSM se halla constituido, entre otros recursos, por ‘El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados’, disposición que goza de plena vigencia en la medida que no ha sido objeto de derogatoria.

4.1. Descuentos con destino al sistema de salud

El principio de solidaridad constituye uno de los pilares del Sistema General de Seguridad Social tanto en salud como en pensiones, y de él se derivan algunas obligaciones de los afiliados, como lo es contribuir a su financiación a través de aportes (art. 48 C.P.). En el mismo sentido se encuentra concebido el servicio de salud en el canon 49 constitucional, soportado en la solidaridad como elemento medular de su prestación.

En relación con los pensionados, la Ley 100 de 1993 los cataloga como afiliados con capacidad de pago, por lo que se encuentran en el régimen contributivo del sistema de salud (art. 175, lit. A, núm. 1), incluso, el canon 143 de ese esquema disposicional establece que quienes hayan obtenido el reconocimiento pensional antes de la entrada en vigor de la norma, tendrían derecho al reajuste mensual según la tasa de cotización en salud, además, instituye que la obligación de cotizar en salud se halla en cabeza de los pensionados en su totalidad.

Al pronunciarse sobre la obligación de los pensionados de cotizar con destino al sistema de salud, la Corte Constitucional⁶ expresó:

“(…) Entonces, incluso los regímenes de excepción tienen el deber de cotizar al Sistema General de Seguridad Social, para la prestación de los servicios médico asistenciales, situación que no varió con la expedición de la Ley 100 de 1993. Esto encuentra respaldo en el principio de solidaridad que caracteriza este sistema. Así en la sentencia C-1000 de 2007, la Corte reiteró la posición de la obligación de cotizar al Sistema, señalada en la C-548 de 1998 y sobre los aportes que deben efectuar los pensionados señaló:

“(…) frente al deber que tienen los pensionados de cotizar en materia de salud, la Corte ha estimado que (i) es un desarrollo natural de los preceptos constitucionales que la ley ordene brindar asistencia médica a los pensionados y que prevea que éstos paguen una cotización para

⁶ Sentencia T-835 de 2014.

tal efecto, ya que la seguridad social no es gratuita sino que se financia, en parte, con los mismos aportes de los beneficiarios, de conformidad con los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad; y (ii) no viola la constitución que el legislador establezca que los pensionados deben cotizar en materia de salud.”

En conclusión, todo pensionado debe contribuir a la sostenibilidad y eficiencia del sistema General de Salud, no sólo para recibir los distintos beneficios, sino para financiar el sistema en su conjunto, colaborando con sus aportes a la prestación de la asistencia médica de todas las personas que pertenecen al régimen subsidiado, en desarrollo del principio de solidaridad consagrado en la Constitución...”. (Resalta el Tribunal).

En cuanto al monto sobre el cual se deben realizar los aportes en salud, las normas anteriores a la Ley 100 de 1993 contenían porcentajes que regularmente equivalían al 5%, como ocurría en el caso de la Ley 4ª de 1966 para el caso de los pensionados de la extinta Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal. En el mismo sentido, el Decreto 3135 de 1968 dispuso: “A los pensionados por invalidez, jubilación y retiro por vejez se les prestará por la entidad que les pague la pensión, asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria. Para este efecto el pensionado cotizará mensualmente un cinco por ciento (5%) de su pensión”.

En el caso de los educadores, la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FNPSM, que tiene como uno de sus objetivos garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales de los profesores, y en el artículo 8 de la citada ley se establece que esta cuenta se haya constituida, entre otros, por ‘El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados’.

Sin embargo, el porcentaje fue modificado con posterioridad con la expedición de la Ley 812 de 2003, que introdujo modificaciones sustanciales al régimen pensional docente. En el artículo 81 esta norma prescribe:

“ARTÍCULO 81. RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES. *El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.*

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

Los servicios de salud para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán prestados de conformidad con la Ley 91 de 1989, las prestaciones correspondientes a riesgos profesionales serán las que hoy tiene establecido el Fondo para tales efectos.

El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones” (Subraya el Tribunal).

En atención a la remisión normativa de que trata el canon citado, la Ley 100 de 1993 consagra el monto de las cotizaciones con destino al sistema de salud a cargo de los afiliados en el artículo 204, por cuyo ministerio: “(...) La cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al sistema general de seguridad social en salud según las normas del presente régimen, será máximo del 12% del salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. Dos terceras partes de la cotización estarán a cargo del empleador y una tercera parte a cargo del trabajador. Un punto de la cotización será trasladado al fondo de solidaridad y garantía para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado” (Se resalta).

Debe anotarse que esta preceptiva fue objeto de dos modificaciones relacionadas con el valor o monto de las cotizaciones al sistema de salud, de la siguiente manera:

(i) Mediante la Ley 1122 de 2007, artículo 10, la cotización al régimen contributivo en salud a partir del 1º de enero de 2007 pasó a ser ‘del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado’.

(ii) Luego, la Ley 1250 de 2008 adicionó el canon 204 de la Ley 100/93 al prescribir que ‘La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional’.

De igual manera, el deber de cotizar al sistema de salud en cabeza de los pensionados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FNPSM, así como el monto de los aportes, fue objeto de pronunciamiento por el Consejo de Estado⁷, que en reciente oportunidad puntualizó:

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

(...)

6.2. Afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

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

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

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

	<i>del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.</i>
--	--

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

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

Finalmente, en lo que atañe a los descuentos sobre mesadas adicionales, estos se hallan previstos en la Ley 91/89, según la cual el FNPSM se halla constituido, entre otros recursos, por *'El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados'*, disposición que goza de plena vigencia en la medida que no ha sido objeto de derogatoria, bien sea tácita o expresa.

En este sentido, aun cuando la Ley 100 de 1993 no contempla la realización de descuentos sobre las mesadas adicionales, la Ley 91 de 1989 –*régimen especial para los docentes afiliados al FNPSM*- sí contiene dicha obligación, por lo que la extensión del régimen de cotizaciones de la Ley 100/93 a los profesores ha de entenderse exclusivamente ceñida al aumento del monto de la cotización (del 5% al 12%), y no conlleva la derogatoria del canon 8 de la Ley 91/89, en cuanto prescribe que tales mesadas serán objeto de aportes con destino al sistema de salud.

Finalmente, el Tribunal trae a colación los planteamientos esbozados por el Consejo de Estado⁹ al abordar las pretensiones de devolución de aportes realizados sobre las mesadas adicionales de un pensionado afiliado al FNPSM:

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

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

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

⁹ Sentencia de 14 de septiembre de 2017.

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

4.2. Análisis del caso concreto

Mediante Resolución 67 de 25 de febrero de 2005, modificada por la Resolución 912 de 17 de noviembre de 2005 se reconoció la pensión de jubilación, por parte del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a favor del demandante, efectiva a partir del 17 de noviembre de 2004. La demandante solicitó la aplicación de descuentos sólo del 5% y la devolución de los aportes pagados en exceso. A través de la Resolución 7756-6 de 11 de octubre de 2017 emitida por la Secretaria de Educación del departamento de Caldas en representación del FNPSM denegó lo solicitado.

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

4.3. Conclusión

De conformidad con la normativa y la jurisprudencia citada y con fundamento en los hechos debidamente acreditados, estima esta Sala de Decisión que a la parte demandante no le asiste derecho a que se aplique el descuento para aportes al sistema de salud en cuantía del 5%; cesar el descuento actual del 12% y a que se reintegre el monto los porcentajes descontados en exceso y en tal sentido, se confirmará la sentencia dictada en primera instancia.

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

5. Costas en esta instancia

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

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

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

FALLA

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia del 11 de marzo de 2021 emanada del Juzgado Cuarto Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por Luz Yolanda

Arango Cañas dentro del contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido contra la Nación-Ministerio De Educación-FNPSM y el departamento de Caldas.

SEGUNDO: ABSTIÉNESE de condenar en costas en esta instancia.

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

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

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 31 de 2021.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 111

Manizales, veinticinco (25) de junio de dos mil veintiuno (2021).

Radicado: 17001-23-33-004-2018-00423-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Johana Muñoz Pineda
Demandado: Nación - Ministerio de Educación - FNPSM

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada contra el fallo que accedió a las pretensiones de la demandante.

I. Antecedentes

1. Demanda

1.1. Pretensiones

La demandante solicita se declare la nulidad del acto ficto surgido con ocasión de la petición de 8 de febrero de 2018, en cuanto negó el reconocimiento y pago de la sanción por mora establecida en la ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contados a partir del día siguiente al vencimiento de los 70 días desde el momento en que se radicó la solicitud de la cesantía y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

En consecuencia, condenar al Ministerio de Educación - FNPSM a que reconozca y pague la sanción por mora establecida en la ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contados a partir del día siguiente al vencimiento de los 70 días en que se radicó la solicitud de la cesantía; y a que dé cumplimiento al fallo en los términos del artículo 192 de la ley 1437 de 2011. Además solicitó la indexación de la sanción moratoria desde la fecha en que se efectuó el pago de la cesantía hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia.

1.2. Hechos

En síntesis se señala que, el 18 de agosto de 2015 solicitó el reconocimiento y pago de la cesantía a que tenía derecho. Por medio de la Resolución 212 de 9 de marzo de 2016, le fue reconocida las cesantías, las cual le fueron pagadas el 18 de noviembre de 2016.

Que solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, la cual fue resuelta de manera negativa a través de acto demandado.

1.3. Normas violadas y concepto de la violación

Indicó como normas transgredidas los artículos 5, 9 y 15 de la Ley 91 de 1989; los artículos 1 y 2 de la Ley 244 de 1995; los artículos 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006; y la Ley 2831 de 2005.

Explicó con base en las normas referenciadas en el concepto de la violación, que existen unos términos legales perentorios para el reconocimiento de las cesantías parciales o definitivas, fijándose una sanción en caso de incumplimiento de los mismos, añadiendo que frente a pagos incompletos también son procedentes los intereses moratorios, por cuanto la prestación se reconoció en un monto inferior; y en tal sentido en este caso debe reconocerse la sanción moratoria, la cual sería equivalente a un día de salario por cada día de retardo con posterioridad a los 70 días hábiles siguientes a la radicación de la petición inicial, hasta el momento en el cual fue pagada la diferencia insoluta.

Por último, hizo referencia a múltiples providencias proferidas por el Consejo de Estado, las cuales le permiten concluir que no cabe duda sobre el derecho que le asiste a la parte demandante para que se atiendan de manera favorable las pretensiones de la demanda.

2. Contestación de la demanda

La Nación – Ministerio De Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FNPSM: No contestó la demanda.

3. Fallo de primera instancia

El *a quo* accedió a las pretensiones de la demandante tras plantearse como problema jurídico, si *¿Hay lugar al reconocimiento de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías a los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial, con fundamento en la ley 1071 de 2006?*

Tras un recuento jurisprudencial y normativo concluyó que, a los docentes les son aplicables las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, que contemplan la sanción por mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas de los servidores públicos; que por lo tanto, la Nación — Ministerio de Educación Nacional vocero del FNPSM deberá pagar a la demandante dicha sanción, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, desde el 27/11/2015 hasta el 18/11/2016, con base en el salario que devengó en el año de causación de los 357 días de mora. Además accedió a la pretensión de reconocer las sumas por la indexación de la sanción moratoria, desde el día siguiente a la reclamación por el docente hasta el momento en el que quede ejecutoriada la sentencia y de allí en adelante se reconocerán los intereses señalados en los artículos 192 y 195 del CPACA.

4. Recurso de apelación

la Nación — Ministerio de Educación Nacional. Fondo Nacional de Prestaciones Sociales solicitó que sea revocada la orden de indexación. Afirmó que, si bien la sanción moratoria no es considerada un derecho laboral, la misma no persigue la protección del poder adquisitivo del patrimonio del trabajador, sino que se trata de una pena en contra de la Entidad como consecuencia de su negligencia e incumplimiento. Con fundamento en varios pronunciamientos del Consejo de Estado señaló que, es dable concluir que lo dispuesto por el artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en su inciso final, no es aplicable para al caso, pues la indexación de las sumas que se causen como consecuencia de la sanción moratoria resultan improcedentes

entre sí, habida consideración que la tantas veces citada indexación hace mucho más gravosa la situación de la administración, pues dicho emolumento no solo cubre la actualización monetaria sino que es superior al valor que resulta de la sanción moratoria.

II. Consideraciones

1. Problemas jurídicos

De acuerdo con la sentencia de primera instancia y el recurso de apelación interpuesto se concreta en establecer: *¿es procedente ordenar la indexación del valor resultante por concepto de sanción moratoria por el no pago oportuno de cesantías?*

2. Tesis del Tribunal

Mientras se causa la sanción moratoria día a día esta no podrá indexarse; sin embargo cuando termina su causación se consolida una suma total, ese valor total sí es objeto de ajuste por indexación desde la fecha en que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia.

Para fundamentar lo anterior, se hará referencia a: i) los hechos probados; ii) el marco normativo, para descender al ii) análisis del caso.

3. Lo probado

- El 18 de marzo de 2015 la demandante solicitó el reconocimiento y pago de las cesantías, las cuales fueron reconocidas mediante Resolución 212 de 9 de marzo de 2016. (Fls 9-10 c. 1).
- Conforme a la constancia emitida por la Fiduprevisora los fondos quedaron a disposición de la parte actora el 18 de noviembre de 2016. (Fls 15 c. 1).
- Mediante petición del 8 de febrero de 2018, la parte actora solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006. (Fls 6-8 c. 1).

4. Sobre la indexación de la Sanción moratoria

La Corte Constitucional en sentencia C-448 de 1996

19- Los anteriores criterios jurisprudenciales permiten concluir que los trabajadores no tienen por qué soportar la pérdida del poder adquisitivo de sus prestaciones y remuneraciones laborales, por lo cual los patronos públicos y privados que incurran en mora están obligados a actualizar el valor de tales prestaciones y remuneraciones.

*Sin embargo, lo anterior no implica la inconstitucionalidad de la expresión final del inciso, como lo sugiere el Procurador, por cuanto la sanción moratoria prevista por la Ley 244 de 1995 no es, en sentido estricto, un mecanismo de indexación que pretenda proteger el valor adquisitivo de la cesantía sino que tiene un sentido en parte diferente, como lo muestra con claridad el sistema de cálculo del monto de la sanción, que es muy similar a la llamada figura de los salarios caídos en materia laboral. Así, el parágrafo del artículo 2º de la Ley 244 de 1995 consagra la obligación de cancelar al beneficiario "un día de salario por cada día de retardo", **sanción severa que puede ser, en ocasiones, muy superior al reajuste monetario**, por lo cual no estamos, en estricto sentido, frente a una protección del valor adquisitivo de la*

*cesantía sino a una sanción moratoria tarifada que se impone a las autoridades pagadoras debido a su ineficiencia. Por ello la Corte considera que las dos figuras jurídicas son semejantes pero que es necesario distinguirlas. Son parecidas pues ambas operan en caso de mora en el pago de una remuneración o prestación laboral. Pero son diversas, pues la indexación es una simple actualización de una obligación dineraria con el fin de proteger el poder adquisitivo de los trabajadores debido a los fenómenos inflacionarios, mientras que la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 **busca penalizar económicamente a las entidades que incurran en mora, y por ello su monto es en general superior a la indexación.** En ese orden de ideas, **no resulta razonable que un trabajador que tenga derecho a la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 reclame también la indexación, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria no sólo cubre la actualización monetaria sino que incluso es superior a ella.** En cambio, el hecho de que la entidad no esté obligada a cancelar la sanción moratoria -por estar operando el período de gracia establecido por el parágrafo impugnado- no implica, en manera alguna, que el trabajador no tenga derecho a la protección del valor adquisitivo de su prestación laboral, por lo cual la entidad pagadora está en la obligación de efectuar la correspondiente actualización monetaria de la misma, bien sea de oficio o a petición de parte, pues de no hacerla, el trabajador podrá acudir a la justicia para que se efectúe la correspondiente indexación.*

Este criterio ya había sido establecido por la Corte Suprema de Justicia y había sido acogido por la Corte Constitucional en anteriores decisiones. En efecto, ese tribunal señaló al respecto:

Es oportuno reiterar que cuando no sea pertinente en una sentencia la condena de indemnización moratoria por el no pago oportuno de prestaciones sociales, por cuanto no se trata de una indemnización de aplicación automática, es viable aplicar entonces la indexación o corrección monetaria en relación con aquellas prestaciones que no tengan otro tipo de compensación de perjuicios por la mora o que no reciban reajuste en relación con el costo de vida, conforme a lo dicho antes, pues es obvio que de no ser así el trabajador estaría afectado en sus ingresos patrimoniales al recibir al cabo del tiempo el pago de una obligación en cantidad que resulta en la mayoría de las veces irrisoria por la permanente devaluación de la moneda en nuestro país, originándose de esa manera el rompimiento de la coordinación o "equilibrio" económico entre empleadores y trabajadores que es uno de los fines primordiales del derecho del trabajo¹. (Se resalta)

El Consejo de Estado en **sentencia de unificación de 18 de julio de 2018²** precisó además que, en la medida en que la sanción moratoria se constituye en una penalidad severa a quien incumple con determinada obligación, resulta inviable su indexación porque con ello se estaría ante doble castigo por la misma causa. Esto señaló la Corporación:

183. Desde la óptica del empleado, si bien la sanción moratoria representa una suma de dinero considerable, sucesiva mientras no se produzca el pago de las cesantías; ella ni lo compensa ni lo indemniza por la ocurrencia de la mora del empleador en cumplir con su obligación de dar, puesto que su propósito es procurar el pago oportuno de la prestación social, razón por la cual, no es posible hablar que estamos ante un derecho o una acreencia derivada de la relación de trabajo o de las eventualidades que el empleador ampare en virtud de lo que ordena la ley.

¹Corte suprema de Justicia, Sala Laboral, Sentencia de 20 de mayo de 1992. Criterio acogido por la Corte Constitucional en las sentencias T-260/94 y T-102/95.

² Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de unificación CE-SUJ2-012-18 de 18 de julio de 2018, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Rad. 73001-23-33-000-2014-00580-01 (4961-15).

184. De ahí que, en materia de sanción moratoria sea necesario distinguir su naturaleza de la voluntad legislativa de orientar que el empleado fuera su beneficiario, y en ese panorama concluir que se trata de un derecho; pues contrario a ello, no se erige como una prerrogativa prestacional en la medida que no busca proteger al trabajador de las eventualidades a las que puede verse sometido durante una relación laboral, sino que se instituye como una **penalidad económica** contra el empleador por su retardo en el pago de la prestación social de las cesantías y en favor del servidor público.

185. En tal sentido, al no tratarse de un derecho laboral, sino de una penalidad de carácter económica que sanciona la negligencia del empleador en la gestión administrativa y presupuestal para reconocer y pagar en tiempo la cesantía, **no es procedente ordenar su ajuste a valor presente, pues, se trata de valores monetarios que no tienen intención de compensar ninguna contingencia relacionada con el trabajo ni menos remunerarlo.** [...]

188. Adicionalmente, otro argumento que permite descartar la posibilidad de indexar la sanción moratoria, se encuentra en el régimen anualizado previsto en la Ley 50 de 1990 cuando concurren diversas anualidades de mora, en cuyo caso, según el criterio de la jurisprudencia la base para calcularla será el correspondiente al de la ocurrencia del retardo, en donde **el salario** como retribución por los servicios prestados por el trabajador necesariamente y por definición viene reajustada cada año con los índices de precios al consumidor o en su defecto, con el aumento que disponga el ejecutivo, si se trata de relaciones legales y reglamentarias.

189. Ahora bien, esta situación debe ser mirada desde la óptica de ser una sanción que se causó al constituirse en mora y cesar con el pago de la cesantías, y ese contexto, la sentencia que la reconoce simplemente declara su ocurrencia y la cuantifica, sin que ello implique el incumplimiento de una obligación generada por ministerio de la ley, tratándose de empleados públicos, susceptible de ser ajustada con los índices de precios al consumidor, cuyo propósito es mantener la capacidad adquisitiva y la finalidad que la justifica en el ordenamiento jurídico”.

Posteriormente, la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado³, consideró que, cuando termina la causación de la sanción moratoria se consolida una suma total que sí es objeto de ajuste, por lo que sí es procedente reconocer el ajuste de la condena impuesta, desde la fecha en que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia.

Lo anterior, se armoniza con la regla expuesta en la sentencia de unificación antes reseñada en cuanto a la improcedencia de la indexación de la sanción moratoria, «sin perjuicio de lo previsto en el artículo 187 del CPACA». Al respecto, la Subsección precisó la forma en que debe interpretarse la frase consignada en la regla jurisprudencial sentada en la sentencia de unificación en cuanto a la aplicación del artículo 187 del CPACA.

No obstante, es importante precisar la frase consignada en la sentencia de unificación reseñada, cuando indica que “[...] Sin embargo, ello no implica el ajuste a valor de la condena eventual, en los términos descritos en el artículo 187 del CPACA.[...]”, porque ha dado lugar a varias interpretaciones entre quienes consideran que 1) sí hay lugar a aplicar el artículo 187 desde que termina de causarse la sanción, 2) quienes señalan que la indexación opera luego de la ejecutoria de la sentencia y 3) aquellos que entienden que en ningún caso hay lugar a la indexación de la sanción moratoria como tal. Por tanto, según el contexto de la sentencia de unificación, aquella quiso precisar que no es posible indexar la sanción moratoria mientras esta

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 26 de agosto de 2019. Radicación número: 68001-23-33-000-2016-00406-01(1728-18).

se causa, sin que ello sea obstáculo para aplicar el artículo 187 del CPACA por tratarse de una condena al pago de una cantidad líquida de dinero.

De lo anterior se colige que la interpretación que más se ajusta a la sentencia de unificación es la siguiente: Por lo tanto, a) mientras se causa la sanción moratoria día a día esta no podrá indexarse. b) cuando termina su causación se consolida una suma total, ese valor total sí es objeto de ajuste, desde la fecha en que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia – art. 187 – y c) una vez queda ejecutoriada la condena no procede indexación sino que se generan los intereses según lo dispuesto en los artículos 192 y 195 del CPACA (Se resalta).

Esta tesis ha sido refrendada en recientes pronunciamientos, entre ellos en sentencia del 29 de octubre de 2020⁴.

5. Caso concreto

Quedó probado que, la demandante el 18 de agosto de 2015 solicitó el reconocimiento y pago de la cesantía; por medio de la Resolución 212 de 9 de marzo de 2016, le fue reconocida las cesantías, las cual le fueron pagadas a la demandante el 18 de noviembre de 2016.

El *a quo* ordenó a la Nación - Ministerio de Educación Nacional vocero del FNPSM pagar a la demandante dicha sanción, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, desde el 2 de noviembre de 2015 hasta el 18 de noviembre de 2016, con base en el salario que devengó en el año de causación de los 357 días de mora y ordenó la indexación de la sanción moratoria desde el día siguiente a la reclamación de la sanción moratoria por el docente hasta el momento en el que quede ejecutoriada la sentencia.

De acuerdo con las sentencias de la Corte Constitucional y Consejo de Estado antes referida, la sanción moratoria busca penalizar económicamente a las entidades que incurran en mora y por ello su monto es en general superior a la indexación; sin embargo, cuando termina la causación de la sanción moratoria se consolida una suma total que sí es objeto de ajuste por indexación, por lo que sí es procedente reconocer el ajuste de la condena impuesta, desde la fecha en que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia.

6. Conclusiones

En este orden de ideas, la Sala concluye que: mientras se causa la sanción moratoria día a día esta no podrá indexarse; sin embargo cuando termina su causación se consolida una suma total, ese valor total sí es objeto de ajuste por indexación desde la fecha en que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia.

En este sentido, se confirmará la sentencia apelada, que ordenó la indexación desde el día siguiente a la reclamación de la sanción moratoria por el docente, hasta el momento en el que quede ejecutoriada la sentencia; lo anterior con fundamento en el principio de “*no reforma en peor*” teniendo en cuenta que la entidad demandada actúa como única apelante.

7. Costas

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. C.P. William Hernández Gómez. Radicación: 70001-23-31-000-2005-00025-01(0800-18)

17001-23-33-004-2019-00257-02 nulidad y restablecimiento del derecho

De conformidad con el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, en el presente caso no se condenará en costas, en la medida que no se encuentra acreditada su causación en esta instancia,

Por lo expuesto el **Tribunal Administrativo De Caldas, Sala Tercera de Decisión Oral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: Se Confirma el fallo proferido por el Juzgado Primero Administrativo de Manizales el 26 de noviembre de 2019 dentro del proceso de **nulidad y restablecimiento del derecho** interpuesto por Johanna Muñoz Pineda contra **La Nación - Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**.

SEGUNDO: Sin condena en Costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 31 de 2021.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 107

Manizales, veinticinco (25) de junio de dos mil veintiuno (2021).

Radicado: 17001-33-23-000-2019-00190-00
Naturaleza: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Margarita Rendón Estrada
Demandados: Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP

Se procede a dictar sentencia de primera instancia.

I. Antecedentes

1. La demanda

1.1. Pretensiones

Se solicita en síntesis, que se declare la nulidad de las resoluciones RDP 034763 del 6 de septiembre de 2017 y RDP 000448 del 10 de enero de 2018 expedidas por la UGPP, y a título de restablecimiento del derecho se ordene reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes a favor de la señora Margarita Rendón Estrada, en calidad de compañera permanente del pensionado fallecido César Francisco Sánchez Duque, de manera retroactiva a partir del 29 de marzo de 2005, junto con los intereses de mora o en su defecto la indexación de las condenas.

1.2. Sustento fáctico relevante

Expuso que, el señor César Francisco Duque Sánchez, disfrutaba de la prestación económica de pensión gracia, reconocida por Cajanal mediante Resolución 9745 del 30 de agosto de 1983, y de una pensión de jubilación reconocida mediante Resolución 3367 del 12 de junio de 1990.

Que César Francisco Duque Sánchez y Margarita Rendón Estrada, iniciaron convivencia bajo el mismo techo, como compañeros permanentes, desde el 21 de febrero del año 1982 hasta el 29 de marzo de 2005, fecha en la que aquel falleció. Fruto de esa unión se procreó a Julio César Sánchez Rendón, quién nació el 25 de marzo 1993.

Que mediante Resolución 01234 de 2005 Cajanal reconoció la sustitución pensional con ocasión al fallecimiento César Francisco Duque Sánchez para ese entonces al menor de edad Julio César Sánchez Rendón.

Que la demandante el 25 de agosto de 2017 solicitó a la UGPP el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, la cual fue negada mediante Resolución RDP 034763 del 6 de septiembre de 2017 y confirmada mediante Resolución RDP 00448 del 10 de enero de 2018. Agregó que, la señora Lastenia Sánchez de Orozco, falleció el 2 de diciembre de 2007.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión.

Invocó los artículos 48 y 53 de la Constitución Política de 1991; la Ley 33 de 1973; Ley 12 de 1975, artículo 1; Ley 54 de 1990, artículo 1; Ley 100 de 1993, artículo 46; Ley 797 de 2003 artículo 13 y Decreto 1160 de 1989 artículo 5.

Argumentó que la UGPP, mediante las Resoluciones acusadas decidió negar a la demandante la pensión de sobrevivientes, con el argumento de que después de revisar en los infolios del expediente administrativo del fallecido César Francisco Sánchez Duque, reposa el registro civil de matrimonio en el cual se evidencia que el causante y la señora Lasthenia Orozco de Sánchez, contrajeron matrimonio el 28 de julio de 1954; y que esta última solicitud el derecho deprecado y fue reconocido mediante resoluciones 1233 de 16 de enero de 2006 y 1234 de 16 de enero de 2006. Que la entidad expone que no es procedente otorgarle la pensión de sobreviviente puesto que en su momento se hizo parte en el trámite del reconocimiento de la prestación, en calidad de representante legal del para entonces menor de edad Julio César Sánchez Rendón y no como compañera permanente.

Considera que, no hay razón alguna para que la entidad no le reconozca y pague la pensión de sobreviviente puesto que por un lado, convivió con el causante desde 21 de febrero del año 1982 hasta el 29 de marzo de 2005, fecha en la que falleció, es decir, por un espacio de 23 años, y por otro, acredita los requisitos que pregona la Ley 797 de 2003, artículo 13. Concomitante con lo expuesto, la UGPP tampoco efectuó una investigación administrativa para determinar que la demandante, fue la compañera permanente del causante, aunado a ello, en la solicitud radicada en la entidad para el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente se allegaron las pruebas sumarias donde se acredita la convivencia.

2. Pronunciamiento de los sujetos procesales

La UGPP se opuso a las pretensiones de la demandante. Argumentó que a esta no le asiste el derecho invocado, con fundamento en lo establecido en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, que indica los sujetos que son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes y los requisitos para su aplicación.

Conforme a ello sostuvo que, la accionante no ha podido demostrar haber convivido con el causante no menos de 5 años hasta el momento de su fallecimiento, toda vez que si bien obran declaraciones juramentadas donde se indica que la señora Rendón Estrada convivió con el causante, también lo es que de acuerdo con las investigaciones adelantadas no se pudo establecer la verdad de lo manifestado en dichos documentos, en razón a que el resultado arrojado indica que, no existió convivencia en calidad de compañeros entre la interesada y el causante en los últimos cinco (5) años de vida del señor Sánchez Duque. Que de igual forma la pensión de sobrevivientes no es un derecho que se reconozca como consecuencia de la voluntad del causante; no se trata de un derecho heredable. Se trata de un derecho autónomo fundamental, irrenunciable e intransferible que se causa cuando quien lo redama reúne los requisitos previstos por la Ley para el efecto

Con fundamento en lo expuesto propuso las excepciones que denominó: 1) *Proceder legal de la entidad*; 2) *Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido*; 3) *Buena fe*; 4) *Prescripción* y 5) *Genérica*.

3. Alegatos de conclusión

La demandante afirmó que, acreditó en debida forma su calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, en su condición de compañera permanente del pensionado fallecido; que la unión marital cuya convivencia se mantuvo vigente hasta el día del fallecimiento, sin que entre

ellos hubiese mediado separación alguna que hubiese terminado su vínculo como compañeros permanentes. Que además de ello procrearon un hijo de nombre Julio Cesar Sánchez Rendón.

La UGPP reiteró todos y cada uno de los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, recalcando además que, no fue posible demostrar que entre el causante y la demandante hubo una convivencia por más de cinco años, conforme lo señala el artículo 13 de la Ley 797 de 2003. Finalmente solicitó, que fuese negadas las pretensiones.

El **Ministerio Público** no presentó concepto.

II. Consideraciones

1. Problemas Jurídicos

Corresponde a la Sala determinar:

-¿Cuenta la demandante con derecho a que le sea reconocida una sustitución pensional con ocasión del fallecimiento del señor Cesar Francisco Sánchez Duque?

-¿De ser así, cuenta con derecho a que le sea pagada en forma retroactiva dicha prestación pensional desde el momento del fallecimiento del causante?

-¿Se ha presentado el fenómeno jurídico de prescripción respecto de las mesadas pensionales?

2. Primer problema jurídico

Tesis del Tribunal: la demandante cuenta con derecho a que le sea reconocida la sustitución pensional tanto de la *pensión gracia y ordinaria de jubilación contrato Caldas* que en vida devengó el señor Cesar Francisco Sánchez Duque, en tanto se acreditó que, convivieron y sostuvieron una relación de afecto y apoyo mutuo demostrando un compromiso de vida real con vocación de continuidad o permanencia, desde el 21 de febrero de 1982 hasta el 29 de marzo de 2005, esto es, no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad al fallecimiento del pensionado; que fruto de esa unión nació Julio Cesar Sánchez Rendón y que para la fecha de fallecimiento del causante, la demandante tenía más de 30 años de edad.

Para resolver los interrogantes planteados, se hará referencia a: i) las situaciones jurídicas acreditadas; ii) el marco jurídico aplicable y iii) el análisis del caso concreto.

2.1. Situaciones jurídicas acreditadas

➤ Mediante Resolución 9745 del 30 de agosto de 1983, Cajanal reconoció al señor César Francisco Duque Sánchez una pensión gracia efectiva a partir del 28 de enero de 1983 (Fls. 68-71 Expediente Administrativo Archivo:CC 1192394.pdf) y mediante Resolución 3367 del 12 de junio de 1990, se le reconoció una *pensión de jubilación de Contrato Caldas*. (Fl. 36 Archivo: 01Fls. 1 - 102.pdf)

➤ César Francisco Duque Sánchez y Margarita Rendón Estrada son padres de Julio César Sánchez Rendón, quién nació el 25 de marzo de 1993. (Fl. 16 Archivo: 01Fls. 1 - 102.pdf)

➤ El señor César Francisco Duque Sánchez falleció el 29 de marzo de 2005. (Fl. 18 Archivo: 01Fls. 1 - 102.pdf)

➤ Mediante Resolución 01233 de 23 de diciembre de 2005 Cajanal sustituyó la pensión gracia

con ocasión al fallecimiento del señor César Francisco Duque Sánchez a la señora Lasthenia Orozco de Sánchez en calidad de cónyuge, en cuantía del 50% a partir del 30 de marzo de 2005, y el otro 50% a favor del menor de edad Julio César Sánchez Rendón representado por su señora madre, Margarita Rendon Estrada. (Fls. 24-27 Archivo: 01Fls. 1 - 102.pdf)

➤ Mediante Resolución 01234 de 23 de diciembre de 2005 Cajanal sustituyó la pensión ordinaria de jubilación *contrato Caldas* con ocasión al fallecimiento del señor César Francisco Duque Sánchez a la señora Lasthenia Orozco de Sánchez en calidad de cónyuge, en cuantía del 50% a partir del 30 de marzo de 2005, y el otro 50% a favor del menor de edad Julio César Sánchez Rendón representado por su señora madre, Margarita Rendon Estrada. (Fls. 1-5 Archivo: 17RespuestaRequerimiento.pdf)

➤ La señora Lastenia Orozco De Sánchez falleció el 2 de diciembre de 2007. (Fl. 42 Archivo: 01Fls. 1 - 102.pdf)

➤ En virtud del fallecimiento de Lasthenia Orozco De Sánchez, en la nómina de marzo de 2009, se aplicó al acrecimiento al 100% de la mesada sustitución pensión gracia, a favor del beneficiario Julio Cesar Sánchez Rendon, pero reportadas a la representante legal la señora Margarita Rendon Estrada, con las mesadas causadas desde la fecha de fallecimiento de la señora Lasthenia Orozco hasta el mes de febrero de 2009 al 50%. (Fl. 1-5 Archivo: 17RespuestaRequerimiento.pdf)

➤ Igualmente, en virtud del fallecimiento de Lasthenia Orozco De Sánchez, en la nómina de abril de 2009, se aplicó al acrecimiento al 100% de la *mesada sustitución pensión jubilación Contrato Caldas*, a favor del beneficiario Julio Cesar Sánchez Rendon, pero reportadas a la representante legal la señora Margarita Rendon Estrada, con las mesadas causadas desde la fecha de fallecimiento de la señora Lasthenia Orozco hasta el mes de marzo de 2009 al 50%. (Fl. 1-5 Archivo: 17RespuestaRequerimiento.pdf)

➤ La demandante el 25 de agosto de 2017 solicitó a la UGPP el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes. Se aportaron declaraciones extraproceso ante el Notario Quinto de Manizales, del 25 de julio de 2017, rendida por Jorge Eduardo Franco Hoyos, y Luz Mery Cañón Loaiza, quienes señalaran que, conocieron de trato vista y comunicación, en razón de amistad y vecindad al señor Cesar Francisco Sánchez Duque, fallecido el 29 de marzo de 2005; quien convivió en unión libre desde el 21 de agosto de 1982 con la señora Margarita Rendon Estrada, quienes convivieron de forma ininterrumpida como marido y mujer compartiendo techo lecho y mesa, hasta la fecha de su fallecimiento por lo que llevaban casi 23 años de convivencia. (Fls. 20-23 Archivo: 01Fls. 1 - 102.pdf)

➤ Cajanal negó lo solicitado mediante Resolución RDP 034763 del 6 de septiembre de 2017, argumentando que, en virtud de la Ley 44 de 1989 y la solicitud de la señora Orozco De Sánchez Lasthenia, la Unidad procedió a publicar el edicto, para que las personas con derecho a reclamar la pensión de sobrevivientes del causante, lo hicieran dentro de los 30 días posteriores a la publicación del mismo y que la señora Margarita Rendon Estrada si bien se hizo parte en su momento actuó como representante legal de su hijo Julio Cesar Sánchez Rendon, y no como compañera permanente y que por el contrario, se presentó después de 12 años del fallecimiento del causante, ostentando esa calidad. (Fls. 28-31 Archivo: 01Fls. 1 - 102.pdf)

➤ La demandante el 28 de septiembre de 2017, interpuso recurso de apelación contra la decisión anterior y la UGPP mediante Resolución RDP 00448 del 10 de enero de 2018, la confirmó. (Fls. 32-40 Archivo: 01Fls. 1 - 102.pdf)

➤ Se recibieron los testimonios de Lidian Marín Ocampo, Danilo de Jesús Parra Castrillón y Jorge Eduardo Franco Hoyos quienes declararon conocer al señor César Francisco Sánchez Duque y la señora Margarita Rendón Estrada y sobre la relación existente entre ellos.

2.2. Marco jurídico

2.2.1. Sustitución de la pensión de vejez

Conforme con el artículo 48 de la Constitución Política, la seguridad social es un servicio público obligatorio que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con observancia de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley.

A través de la Ley 100 de 1993, el legislador organizó el sistema de seguridad social integral, en lo que tiene que ver con el régimen de pensiones, su objetivo fue garantizar a la población el amparo contra las eventualidades derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en la citada ley.

En este sentido, con la finalidad de atender la contingencia derivada de la muerte, el legislador previó las denominadas pensión de sobrevivientes y la sustitución pensional, para suplir la ausencia repentina del apoyo económico que brindaba el afiliado al grupo familiar y, por ende, evitar que su deceso se traduzca en un cambio sustancial de las condiciones mínimas de subsistencia de las personas beneficiarias de dicha prestación.

En este orden de ideas, el Consejo de Estado¹ ha aclarado que, la **sustitución pensional** es aquella prestación que se le otorga al núcleo familiar de un pensionado que fallece o del afiliado que cumple con los requisitos legalmente exigibles para pensionarse y fallece, en tanto que la **pensión de sobrevivientes** es aquella que se le otorga al núcleo familiar del afiliado no pensionado, que fallece sin cumplir con los requisitos mínimos para obtener la pensión².

Ahora bien, la Sección Segunda del Consejo de Estado³, ha señalado que la normativa aplicable a la pensión de sobreviviente es la vigente al momento del deceso, en virtud del principio de irretroactividad de la ley. Si este ocurre en vigor de la Ley 100 de 1993, ha de recordarse que su aplicación, según su artículo 279, no se extiende a aquellos que se encuentran afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.⁴

Sobre esta exclusión, la Corte Constitucional, en sentencia C-461 de 1995⁵, la declaró exequible «*siempre que su aplicación no vulnere el principio de igualdad*», por lo que al momento de resolver cada caso, el juez debe analizar no solamente la norma especial, sino también el régimen general y en el evento en que este sea más favorable debe proceder a su aplicación.

El literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, señala que la cónyuge o compañera parmente

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 7 de febrero de 2019, expediente 0161-17, magistrado ponente: Gabriel Valbuena Hernández.

² Sentencia T-564 de 2015.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 25 de abril de 2013, expediente 1605-09, magistrado ponente: Luis Rafael Vergara Quintero.

⁴ “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”.

⁵ M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

tendrá derecho a la sustitución pensional:

ARTÍCULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. *Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:*

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte; (...)"

De los aludidos grupos de beneficiarios la Corte Constitucional resumió los requisitos que deben acreditar para el reconocimiento prestacional, en sentencia C- 336 de 2014 en los siguientes términos:

Beneficiario	Causante	Modalidad	Condiciones
<i>Cónyuge o Compañero permanente mayor de 30 años de edad.</i>	<i>Afiliado o pensionado</i>	<i>Vitalicia</i>	<i>Edad cumplida al momento del fallecimiento y demuestre vida marital durante los 5 años anteriores a la muerte.</i>
<i>Cónyuge o Compañero permanente menor de 30 años de edad.</i>	<i>Afiliado o pensionado</i>	<i>Temporal -20 años-</i>	<i>No haber procreado hijos con el causante.</i>
<i>Cónyuge o Compañero permanente menor de 30 años de edad.</i>	<i>Afiliado o pensionado</i>	<i>Vitalicia</i>	<i>Haber procreado hijos con el causante y demuestre vida marital durante los 5 años anteriores a la muerte.</i>
<i>Compañero permanente</i>	<i>Pensionado</i>	<i>Cuota parte</i>	<i>Sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir</i>
<i>Cónyuge y Compañero permanente</i>	<i>Afiliado o pensionado</i>	<i>Partes iguales</i>	<i>Convivencia simultánea durante los 5 años anteriores a la muerte.</i>
<i>Cónyuge con separación de hecho y Compañero permanente</i>	<i>Afiliado o pensionado</i>	<i>Partes iguales</i>	<i>Inexistencia de convivencia simultánea, acreditación por parte del cónyuge de la separación de hecho, compañero permanente con convivencia durante los 5 años anteriores a la muerte.</i>

En línea con los requisitos que establece la normativa en cita, en lo que respecta a la denominada "vida marital" o "convivencia" resulta pertinente traer a colación lo señalado por el Consejo de Estado en sentencia del 26 de julio de 2012⁶:

"El criterio material de convivencia efectiva, cuya expresión se ubica fundamentalmente en los requisitos exigidos al cónyuge o compañero permanente para acceder a la pensión, es entonces una herramienta legal de protección a la familia bajo el marco constitucional inicialmente esbozado y constituye una garantía de legitimidad y justicia en el otorgamiento de dicha prestación, que busca además favorecer económicamente a aquellos matrimonios o uniones permanentes de hecho que han demostrado un compromiso de vida real con vocación de continuidad o permanencia, como también el amparo del patrimonio del pensionado, en cuanto a posibles maniobras fraudulentas de personas que a partir de la constitución de convivencias de última hora, pretendan obtener el beneficio económico derivado de la transmisión pensional, razón por la cual debe existir en cada caso la comprobación fehaciente de los requisitos consagrados en

⁶ Sección Segunda. Subsección A. Radicación número: 25000-23-25-000-1999-06559-01(2071-11).

la Ley para tal efecto”.

2.2.2. Sustitución de la pensión gracia

La pensión de jubilación gracia fue consagrada en el artículo 1º de la Ley 114 de 1913 en favor de los maestros de las escuelas primarias oficiales, que hayan servido en el magisterio por un término no menor de 20 años. La Ley 116 de 1928 extendió el beneficio a los docentes de las escuelas normales y a los inspectores. El artículo 3º de la Ley 37 de 1933 permitió que se completara el tiempo de servicios en establecimientos de secundaria. El artículo 15.2.a de la Ley 91 de 1989 limitó la pensión gracia a los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980.

En cuanto al régimen aplicable a la sustitución de la pensión gracia, este Tribunal en sentencia del 11 de septiembre de 2020 con ponencia del Doctor Augusto Morales⁷ consideró:

“Ahora bien, en relación con la normativa aplicable respecto a la sustitución de una pensión gracia, cierto es que en un primer momento el Supremo Tribunal de lo Contencioso Administrativo consideró que, por tratarse de una prestación económica excluida de la Ley 100 de 1993 y que reconocía la extinta Cajanal EICE, no trascendía la excepción contenida en el artículo 279 de esa normativa, de suerte que las disposiciones allí contenidas sobre la pensión de sobrevivientes llegaban a ser las determinantes para desatar casos como el tratado en el sub lite.

Sin embargo, la anterior posición fue ulteriormente reencauzada, pasando el H. Consejo de Estado a considerar que la Ley 100 de 1993 no llega a ser la norma aplicable aún así se esté ante el tema de sustitución de la multicitada pensión gracia de jubilación, ya que su artículo 279 no toma en cuenta el tipo de prestación como criterio de exclusión, sino la mera afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio:

“...En cuanto a la pensión gracia se ha reconocido que pese a su gratuidad y dada su naturaleza eminentemente pensional, ésta constituye un derecho sustituible, por lo que para tal efecto la gobiernan y resultan aplicables las disposiciones generales que regulan la materia, que por exclusión expresa del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 frente a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y de acuerdo a la fecha de fallecimiento de la causante el 15 de abril de 2001, corresponden a las contenidas y habilitadas en la Ley 71 de 1988 y su Decreto Reglamentario 1160 de 1989...”

Así las cosas, siendo claro que el marco normativo que cobija la sustitución de la pensión gracia está comprendido por la Ley 71 de 1988 y su Decreto Reglamentario 1160 de 1989 (por supuesto, siempre que la causante hubiere fallecido en vigencia de dichas normas y teniendo en cuenta la inaplicabilidad de la Ley 100/93, como se dijo), se tiene que el canon 3º de aquella Ley 71 extendió las provisiones sobre sustitución pensional de la Ley 33 de 1973, de la Ley 12 de 1975, de la Ley 44 de 1980 y de la Ley 113 de 1985 en forma vitalicia, al cónyuge supérstite, compañero o compañera permanente, a los hijos menores o inválidos y a los padres o hermanos inválidos que dependan económicamente del pensionado.”

En cuanto igual sentido la sentencia del 27 de junio de 2019 esta Sala precisó⁸:

“Pese a lo anterior, el H. Consejo de Estado ha cimentado una línea jurisprudencia clara sobre la procedencia de la sustitución pensional de esta prestación al considerarse que su gratuidad, es decir, la ausencia de aportes o cotizaciones para tal efecto, no impide su consolidación como derecho adquirido con justo título, ni por ende, su aptitud para ser sustituida en caso de muerte

⁷ Expediente 7001-33-33-003-2013-00648-02

⁸ Expediente 17001-23-33-000-2015-00582-00

del beneficiario, toda vez que una vez configurados los elementos que permiten su otorgamiento, se entiende que el derecho ingresa al patrimonio del docente tornándose potencialmente sustituible dada su naturaleza pensional y la categoría de derecho adquirido que obtiene una vez consolidado⁹.

Ahora bien, dado que las normas por las cuales se determina la sustitución pensional son las vigentes al momento del deceso del causante, resulta pertinente advertir que para el asunto de bajo estudio, este hecho ocurrió el 08 de mayo de 2012 (v. fl. 38, cdo. 1), por lo cual, el régimen aplicable para la sustitución pensional reclamada es el conformado por la Ley 71 de 1988 y el Decreto 1160 de 1989, vigentes para la fecha la causación del derecho, recordando que de conformidad con el inciso segundo del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, se encuentran exceptuados de su aplicación los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989.

En efecto, para la aludida fecha encontrándose vigente el Régimen General consagrado en la Ley 100 de 1993, las disposiciones anteriores contenidas en materia de sustitución pensional tanto en la Ley 71 de 1988 como en el Decreto Reglamentario 1160 de 1989 aun continuaron produciendo efectos para aquellas personas o regímenes que por exclusión no quedaron comprendidos dentro del ámbito de aplicación del Sistema General de Seguridad Social.

Esta interpretación sobre la aplicación del anterior régimen de sustitución pensional frente a los trabajadores y servidores excluidos de la Ley 100 de 1993, fue definida por el H. Consejo de Estado desde la sentencia de 10 de octubre de 1996¹⁰ al realizar el estudio de legalidad del artículo 6° del Decreto 1160 de 1989 reglamentario de la Ley 71 de 1988.

Así las cosas, siendo claro que el marco normativo que cobija la sustitución pensional para el personal docente excluido de la aplicación de la ley 100 de 1993 es el comprendido en la Ley 71 de 1988¹¹ y su Decreto Reglamentario 1160 de 1989, se tiene que dicha disposición legal en su artículo extendió las previsiones sobre sustitución pensional de la Ley 33 de 1973¹², de la Ley 12 de 1975¹³, de la Ley 44 de 1980¹⁴ y de la Ley 113 de 1985¹⁵ en forma vitalicia, al cónyuge supérstite, compañero o compañera permanente.

*Sobre dicha disposición legal el H. Consejo de Estado¹⁶ ha señalado que: "...la citada Ley 71 de 1988 recogió los derechos mínimos en materia de sustituciones pensionales en favor de los afiliados de cualquier naturaleza de las Entidades de Previsión Social del Sector Público en todos sus niveles. Asimismo, en su artículo 3° extendió las previsiones sobre sustitución pensional de las Leyes 33 de 1973, 12 de 1975, 44 de 1980 y 113 de 1985, en forma vitalicia al cónyuge supérstite, al compañero o compañera permanente, a los hijos menores o inválidos y a los padres o **hermanos inválidos que dependen económicamente del pensionado fallecido.**"¹⁷*

⁹ Ver entre otras, sentencia del 26 de julio de 2018 (Rad. Int. 0042-17), sentencia del 21 de junio de 2018 (Rad. Int. 1666-15) y sentencia del 18 de mayo de 2018 (Rad. Int. 4754-16).

¹⁰ Sección Segunda, Expediente No. S-699.

¹¹ "Artículo 3: Extiéndase las previsiones sobre sustitución pensional de la Ley 33 de 1973, de la Ley 12 de 1975, de la Ley 44 de 1980 y de la Ley 113 de 1985 en forma vitalicia, al cónyuge supérstite compañero o compañera permanente, a los hijos menores o inválidos y a los padres o hermanos inválidos que dependen económicamente del pensionado, en las condiciones que a continuación se establecen:

1. El cónyuge sobreviviente o compañero o compañera permanente, tendrán derecho a recibir en concurrencia con los hijos menores o inválidos por mitades la sustitución de la respectiva pensión con derecho a acrecer cuando uno de los dos órdenes tengan extinguido su derecho. De igual manera respecto de los hijos entre sí."

¹² "Por la cual se transforma en vitalicias las pensiones de las viudas."

¹³ "Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre régimen de pensiones de jubilación."

¹⁴ "Por la cual se facilita el procedimiento de traspaso y pago oportuno de las sustituciones pensionales."

¹⁵ "Por la cual se adiciona la Ley 12 de 1975 y se dictan otras disposiciones"

¹⁶ Sección Segunda - Subsección "A", sentencia del 17 de agosto de 2011, Radicación número: 15001-23-31-000-2004-01994-01(1071-10).

¹⁷ Cita de cita: "ARTÍCULO 3o. Extiéndese las previsiones sobre sustitución pensional de la Ley 33 de 1973, de la Ley 12 de 1975, de la Ley 44 de 1980 y de la Ley 113 de 1985 en forma vitalicia, al cónyuge supérstite compañero o compañera permanente,

Por lo anterior, y teniendo en cuenta que la pensión gracia cuya sustitución se debate en el subexamine, ya había sido reconocida al causante H--- (v. fls. 18-21) -no siendo necesario analizar los requisitos generales de dicha prestación- es oportuno traer a colación, los contenidos del Decreto 1160 de 1989, mediante el cual se reglamentó la citada Ley 71, estableciendo las condiciones para acceder a la sustitución pensional para los causahabientes..."

En este sentido, es plausible colegir que el marco normativo que rige la pensión gracia, en cuanto al derecho a la sustitución, se encuentra prevista en la Ley 71 de 1988 y el Decreto Reglamentario 1160 de 1989. la pensión gracia al caracterizarse por ser una prestación especial, no le es aplicable las normas generales, conforme lo establece el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, frente a la vinculación de los docentes al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En este orden, el artículo 3 de la citada Ley 71 de 1988 establece:

"Artículo 3º.- Extiéndase las previsiones sobre sustitución pensional de la Ley 33 de 1973, de la Ley 12 de 1975, de la Ley 44 de 1980 y de la Ley 113 de 1985 en forma vitalicia, al cónyuge superviviente compañero o compañera permanente, a los hijos menores o inválidos y a los padres o hermanos inválidos que dependan económicamente del pensionado, en las condiciones que a continuación se establecen:

(...)

4. Si no hubiere cónyuge superviviente, compañero o compañera permanente, ni hijos menores o inválidos, ni padres, la sustitución de la pensión corresponderá a los hermanos inválidos que dependan económicamente del causante." (Se resalta)

Por su parte, el Decreto 1160 de 1989 reglamentario de la Ley 71 de 1988, precisó los casos en los que resulta procedente la sustitución del derecho pensional, los beneficiarios de la misma, la cuantía y porcentaje correspondiente de acuerdo al orden sucesoral, y la forma de probar la calidad bajo la cual se acude, prescripciones que se formularon en los siguientes términos:

"Artículo 5º.- Sustitución pensional. Hay sustitución pensional en los siguientes casos:

a) Cuando fallece una persona pensionada o con derecho a pensión de jubilación, invalidez o vejez;
b) Cuando fallece un trabajador particular o un empleado o trabajador del sector público después de haber completado el tiempo de servicios requerido por la ley, convenciones o pactos colectivos para adquirir el derecho a la pensión de jubilación.

ARTICULO 6o. Beneficiarios de la sustitución pensional. Extiéndese las previsiones sobre sustitución pensional:

1o. En forma vitalicia al cónyuge sobreviviente {y a falta de éste}, al compañero o a la compañera permanente del causante.

{Se entiende que falta el cónyuge:

- a). Por muerte real o presunta;*
- b). Por nulidad del matrimonio civil o eclesiástico;*
- c). Por divorcio del matrimonio civil.}*

a los hijos menores o inválidos, a los padres o hermanos inválidos que dependan económicamente del pensionado, en las condiciones que a continuación se establecen:

1. El cónyuge sobreviviente o compañero o compañera permanente, tendrán derecho a recibir en concurrencia con los hijos menores o inválidos por mitades la sustitución de la respectiva pensión con derecho a acrecer cuando uno de los dos órdenes tengan extinguido su derecho. De igual manera respecto de los hijos entre sí.

2. Si no hubiere cónyuge o compañero o compañera permanente, la sustitución de la pensión corresponderá íntegramente a los hijos menores o inválidos por partes iguales.

3. Si no hubiere cónyuge superviviente o compañero o compañera permanente, ni hijos menores o inválidos, la sustitución de la pensión corresponderá a los padres.

4. Si no hubiere cónyuge superviviente, compañero o compañera permanente, ni hijos menores o inválidos, ni padres, la sustitución de la pensión corresponderá a los hermanos inválidos que dependan económicamente del causante."

2o. *A los hijos menores de 18 años, inválidos o cualquier edad y estudiantes de 18 años o más de edad, que dependan económicamente del causante mientras subsistan las condiciones de minoría de edad, invalidez o estudios.*

3o. *A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente o hijos con derecho, en forma vitalicia a los padres legítimos, naturales y adoptantes del causante que dependan económicamente de éste.*

4o. *A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos y padres con derecho a los hermanos inválidos que dependan económicamente del causante y hasta cuando cese la invalidez”.¹⁸*

(...)

ARTICULO 14. *Prueba del estado civil y parentesco. El estado civil y parentesco del beneficiario de la sustitución pensional, se comprobará con los respectivos registros notariales o en su defecto con las partidas eclesiásticas y demás pruebas supletorias». (Se resalta)*

En cuanto a los requisitos exigidos para probar la calidad de compañero permanente, el Decreto 1160 de 1989, reglamentario parcialmente de la Ley 71 de 1989, estableció:

*“Artículo 13º.- **Prueba de la calidad de compañero permanente.** Se acreditará la calidad de compañero o compañera permanente, con la inscripción efectuada por el causante en la respectiva entidad de previsión social o patronal. Igualmente se podrá establecer con dos (2) declaraciones de terceros rendidas ante cualquier autoridad política o judicial del lugar”.*

De las normas transcritas, se infiere que hay lugar a la sustitución pensional cuando fallece una persona pensionada o con derecho a pensión de jubilación, invalidez o vejez, o con derecho a la pensión de jubilación vitalicia consagrada en la Ley 114 de 1913, derecho que surge para sus beneficiarios en cada orden, en los porcentajes arriba señalados, con la posibilidad de acrecer la cuantía respectiva en ausencia de alguno de ellos o en el evento en que acaezca para éstos la pérdida del derecho.

2.3. Caso concreto

En cuanto a la convivencia entre la demandante Margarita Rendon Estrada y el causante Cesar Francisco Sánchez Duque, de los testimonios recaudados se destaca lo siguiente:

- Lidian Marín Ocampo señaló que, conoció al señor César Francisco Sánchez Duque, desde hace 35 o 36 años, toda vez que desde esa época sostiene amistad con la señora Margarita Rendón Estrada, afirmó que los señores César Francisco y Margarita, desde ese entonces sostuvieron una relación sentimental, la cual finalizó con el fallecimiento del señor Sánchez, eso hace aproximadamente unos 13 años. Señaló que le consta que para el momento del deceso del causante, convivían la señora Margarita con él, debido a que frecuentaba la casa de la pareja y cuando ella se devolvía para su casa, él quedaba allí; afirmó que sus visitas eran periódicas, alrededor de una vez por semana. Manifestó además que no conocía a la señora Lastenia Orozco de Sánchez. Sostuvo que conoce al señor Julio César Sánchez Rendón, quien es el hijo de Margarita Rendón. Manifestó que sabía que el señor César Francisco Sánchez era separado.
- Danilo de Jesús Parra Castrillón señaló que, conoció al señor César Francisco Sánchez Duque, aproximadamente unos 35 años atrás, en la casa de la señora Margarita Rendón, ello, debido a que asistía a reuniones de grupos de oración, por esta razón, manifestó que le

¹⁸ Apartes entre corchetes, declarados vigentes por el Consejo de Estado, mediante Auto del 30 de marzo de 1995 y Sentencia del 10 de octubre de 1996, Expediente No. 11223, Magistrado Ponente, Dra. Dolly Pedraza de Arenas.

constaba que la pareja, convivían juntos en el barrio la Enea, lugar donde tenían su residencia. Sostuvo además que, la relación sostenida entre los señores César Francisco y Margarita, finalizó con el fallecimiento del señor Sánchez, en 2005. Manifestó conocer que el señor Julio César Sánchez Rendón, es el hijo de la pareja conformada por César Francisco y Margarita. Finalmente refirió que asistió a las reuniones del grupo de oración hasta el momento en el que falleció el señor Sánchez.

- Jorge Eduardo Franco Hoyos, indicó que conoció al señor César Francisco Sánchez Duque, aproximadamente desde 1985, ello debido a que laboró con la señora Margarita Rendón en “Autos Mejía”. Manifestó que le constaban que los señores César Francisco y Margarita, eran pareja, toda vez que el señor Sánchez acudía a lugar de trabajo de la señora Margarita, que además procrearon un hijo, llamado Julio César, lo cual afirmó que le consta, porque la señora Margarita asistía a laborar en estado de embarazo. Sostuvo que la relación de los señores Margarita y César Francisco, duró hasta el fallecimiento del éste último, lo cual le consta debido a que la misma Margarita le contó ese evento. Afirmó que el señor César Francisco, tuvo una pareja con anterioridad a la señora Margarita.

Adicionalmente obra declaración notarial extraprocesal de la Notaria Quinta del Circulo de Manizales, del 25 de julio de 2017, rendida por Jorge Eduardo Franco Hoyos, y Luz Mery Cañón Loaiza, quienes señalaran que, conocieron de trato vista y comunicación, en razón de amistad y vecindad al señor Cesar Francisco Sánchez Duque, fallecido el 29 de marzo de 2005; quien convivió en unión libre desde el 21 de agosto de 1982 con la señora Margarita Rendon Estrada, quienes convivieron de forma ininterrumpida como marido y mujer compartiendo techo, lecho y mesa, hasta la fecha de su fallecimiento, por lo que llevaban casi 23 años de convivencia. (Fls. 20-23 Archivo: 01Fls. 1 - 102.pdf)

La Sala da plena validez a las declaraciones extraproceso que hacen parte del expediente administrativo, incorporadas legalmente al plenario como antecedentes del acto acusado, en cumplimiento del mandato contenido en el inciso 1° del parágrafo primero del artículo 175 del CPACA, puesto que al pertenecer a la actuación administrativa la accionada tuvo oportunidad de controvertirlas, además por el conocimiento previo que tenía de esas declaraciones anticipadas, correspondía a esta solicitar la ratificación de las aludidas declaraciones, conforme al artículo 222 del Código General del Proceso¹⁹ destacando que el declarante Jorge Eduardo Franco Hoyos rindió además declaración en este proceso .

Así las cosas, del material probatorio aportado, en especial de las declaraciones recibidas, las cuales son creíbles teniendo en cuenta la relación de amistad y familiaridad que existió entre los declarantes y el causante Cesar Francisco Sánchez Duque, así como el conocimiento directo de los hechos, se logra establecer que la señora Margarita Rendon Estrada convivió y sostuvo una relación de afecto y apoyo mutuo con el causante demostrando un compromiso de vida real con vocación de continuidad o permanencia, desde el 21 de febrero de 1982 hasta el 29 de marzo de 2005 fecha de su fallecimiento; y que fruto de esa unión nació Julio Cesar Sánchez Rendón. Que además, para la fecha de fallecimiento del causante, el 29 de marzo de 2005, la demandante tenía más de 30 años de edad – nació el 3 de febrero de 1960. (Fl. 15 Archivo: 01Fls. 1 - 102.pdf)

Cabe destacar que, los actos administrativos a través del cual la UGPP negó el reconocimiento de la prestación deprecada por la demandante, tuvo como fundamento: la solicitud de la

¹⁹ **Artículo 222. Ratificación de testimonios recibidos fuera del proceso.** Solo podrán ratificarse en un proceso las declaraciones de testigos cuando se hayan rendido en otro o en forma anticipada sin citación o intervención de la persona contra quien se aduzcan, siempre que esta lo solicite.

Para la ratificación se repetirá el interrogatorio en la forma establecida para la recepción del testimonio en el mismo proceso, sin permitir que el testigo lea su declaración anterior.

señora Lasthenia Orozco de Sánchez, cónyuge del causante y que la señora Margarita Rendon Estrada si bien se hizo parte en su momento, actuó como representante legal de su hijo Julio Cesar Sánchez Rendon, y no como compañera permanente y por el contrario, se presentó después de 12 años del fallecimiento del causante, ostentando esa calidad; demás que la dirección de residencia del causante es diferente a la de la solicitante, falleciendo el señor Sánchez Duque en la casa de su matrimonio legalmente constituido. (Fls. 28-31 Archivo: 01Fls. 1 - 102.pdf)

Al respecto, debe señalarse que la existencia del vínculo matrimonial del causante con la señora Lasthenia Orozco de Sánchez, o que la dirección de residencia del causante y la informada por la demandante en su solicitud no coincidan, no excluye la existencia de la convivencia entre el causante y la demandante Margarita Rendon Estrada, por tanto no es razón suficiente para desconocer su existencia.

Ahora, el hecho de que la demandante se hubiera hecho parte en el trámite administrativo de sustitución pensional, como representante legal de su hijo Julio Cesar Sánchez Rendon, y no como compañera permanente, tampoco desdice de la existencia de la convivencia entre el causante y la demandante, ni implica una renuncia a sus derechos como compañera permanente, incluso así hayan transcurrido 12 años desde el fallecimiento del causante.

2.4. Conclusión

De acuerdo con lo expuesto se concluye que, la demandante demostró que reunían los requisitos, para acceder al reconocimiento y pago de la sustitución de la *pensión gracia y ordinaria de jubilación contrato Caldas* que en vida devengó el señor Cesar Francisco Sánchez Duque, en tanto se acreditó que, convivieron y sostuvieron una relación de afecto y apoyo mutuo demostrando un compromiso de vida real con vocación de continuidad o permanencia, desde el 21 de febrero de 1982 hasta el 29 de marzo de 2005, esto es, no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad al fallecimiento del pensionado; que fruto de esa unión nació Julio Cesar Sánchez Rendon y que para la fecha de fallecimiento del causante, la demandante tenía más de 30 años de edad.

Por consiguiente se declararán no probadas las excepciones denominadas 1) *Proceder legal de la entidad*; 2) *Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido* y 3) *Buena fe*, propuestas por la demandada; será declarada la nulidad de los actos administrativos demandados y se ordenará a la UGPP a que reconozca y pague a favor de Margarita Rendon Estrada la sustitución de la *pensión gracia y de jubilación contrato Caldas* que devengó el señor Cesar Francisco Sánchez Duque.

3. Segundo problema jurídico -¿La demandante cuenta con derecho a que le sea pagada en forma retroactiva dicha prestación pensional desde el momento del fallecimiento del causante?

Tesis del Tribunal: La señora Margarita Rendon Estrada cuenta con derecho a que le sea pagada en forma retroactiva la sustitución de la *pensión gracia y de jubilación contrato Caldas* en un 100% a partir del 26 de marzo de 2018, día siguiente a la fecha en que el beneficiario Julio Cesar Sánchez Rendon cumplió los 25 años de edad y fue retirado definitivamente de la nómina de pensionados.

3.1. Marco normativo

En cuanto al monto de la sustitución pensional a favor de la demandante, el artículo 48 de la Ley 100 de 1993, señala:

“ARTÍCULO 48. MONTO DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. El monto mensual de la pensión de sobrevivientes por muerte del pensionado será igual al 100% de la pensión que aquel disfrutaba. (...)”

Por su parte, el Decreto 1160 de 1989 reglamentario de la Ley 71 de 1988, precisó:

ARTICULO 8o. Distribución entre beneficiarios de la sustitución pensional. La sustitución pensional se distribuirá entre los beneficiarios así:

1o. El 50% para el cónyuge sobreviviente o compañero o compañera permanente del causante y el otro 50% para los hijos de éste, distribuido por partes iguales.

2o. A falta de hijos con derecho, se sustituirá la totalidad de la pensión, al cónyuge sobreviviente o al compañero o compañera permanente del causante. (...)

PARAGRAFO. Cuando falte alguno de los beneficiarios del respectivo orden por extinción o pérdida del derecho, la parte de su pensión acrecerá a la de los demás, en forma proporcional.(...)

3.2. Caso concreto

Se tiene que, mediante Resolución 01233 de 23 de diciembre de 2005 Cajanal sustituyó la pensión gracia con ocasión al fallecimiento del señor César Francisco Duque Sánchez a la señora Lasthenia Orozco de Sánchez en calidad de cónyuge, en cuantía del 50% a partir del 30 de marzo de 2005, y el otro 50% a favor del menor de edad Julio César Sánchez Rendón representado por su señora madre, Margarita Rendon Estrada.

Mediante Resolución 01234 de 23 de diciembre de 2005 Cajanal sustituyó la pensión ordinaria de jubilación *contrato Caldas* con ocasión al fallecimiento del señor César Francisco Duque Sánchez a la señora Lasthenia Orozco de Sánchez en calidad de cónyuge, en cuantía del 50% a partir del 30 de marzo de 2005, y el otro 50% a favor del menor de edad Julio César Sánchez Rendón representado por su señora madre, Margarita Rendon Estrada.

La señora Lastenia Orozco De Sánchez falleció el 2 de diciembre de 2007. En virtud de este fallecimiento, en la nómina de marzo de 2009, se aplicó al acrecimiento al 100% de la mesada sustitución pensión gracia, a favor del beneficiario Julio Cesar Sánchez Rendon, pero reportadas a la representante legal la señora Margarita Rendon Estrada, con las mesadas causadas desde la fecha de fallecimiento de la señora Lasthenia Orozco hasta el mes de febrero de 2009 al 50%.

Igualmente, en virtud del fallecimiento de Lasthenia Orozco De Sánchez, en la nómina de abril de 2009, se aplicó al acrecimiento al 100% de la *mesada sustitución pensión jubilación Contrato Caldas*, a favor del beneficiario Julio Cesar Sánchez Rendon, pero reportadas a la representante legal la señora Margarita Rendon Estrada, con las mesadas causadas desde la fecha de fallecimiento de la señora Lasthenia Orozco hasta el mes de marzo de 2009 al 50%.

Por su parte, el beneficiario Julio Cesar Sánchez Rendon cumplió los 25 años, el 25 de marzo de 2018, fecha en la que fue retirado definitivamente de la nómina de pensionados. (Fl. 1-5 Archivo: 17RespuestaRequerimiento.pdf)

Cabe resaltar que, en virtud del fallecimiento del señor César Francisco Duque Sánchez la UGPP procedió a publicar el edicto para que, las personas con derecho a reclamar la sustitución pensional lo hicieran dentro de los 30 días posteriores a la publicación del mismo y que la señora Margarita Rendon Estrada si bien se hizo parte, actuó como representante legal

de su hijo Julio Cesar Sánchez Rendon y no como compañera permanente. (Fls. 28-31 Archivo: 01Fls. 1 - 102.pdf)

Además, como representante de su hijo en ese entonces menor de edad, recibió el monto de las mesadas pensionales sustituidas, desde el 30 de marzo de 2005 sin aducir su condición de compañera permanente. Solo fue, hasta el 25 de agosto de 2017 en que solicitó a la UGPP el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, aportando las pruebas sumarias con el fin de acreditar su derecho.

En ese orden de ideas, es claro que la demandante intervino en el trámite de sustitución pensional, y representó a su hijo como beneficiario de la pensión y como tal recibió la mesada pensional, y solo hasta el 25 de agosto de 2017, siete meses antes de que su hijo cumpliera los 25 años de edad, informó a la UGPP sobre su calidad de compañera permanente del señor César Francisco Duque Sánchez.

Además, si la demandante solo hasta el 25 de agosto de 2017 informó de su condición de compañera permanente del señor César Francisco Duque Sánchez tampoco podía exigirse a la UGPP que procediera previamente a esa fecha efectuar una investigación administrativa para determinar dicha condición.

Por todo lo anterior, la demandante no pueden pretender trasladar a la UGPP la responsabilidad por su omisión, pues resulta necesario recordar que nadie puede sacar provecho o ventaja de su propia culpa²⁰.

Por lo tanto, no puede imponerse a la UGPP el deber de pagar a la demandante la sustitución pensional desde el fallecimiento del causante, pues no puede sacar provecho a su propia omisión. En consecuencia se ordenará el pago de la sustitución pensional a partir del 26 de marzo de 2018, día siguiente a la fecha en que el beneficiario Julio Cesar Sánchez Rendon cumplió los 25 años y fue retirado definitivamente de la nómina de pensionados.

3.3. Conclusiones

La señora Margarita Rendon Estrada, cuenta con derecho a que le sea pagada en forma retroactiva la sustitución de la pensión *gracia y de jubilación contrato Caldas* a partir del 26 de marzo de 2018, y no, desde la fecha del fallecimiento del causante

4. Tercer problema jurídico *¿Se ha presentado el fenómeno jurídico de prescripción respecto de las mesadas pensionales?*

Tesis del Tribunal: No se ha presentado el fenómeno jurídico de prescripción respecto de las mesadas pensionales, por cuanto, el reconocimiento de la sustitución pensional se hace a partir del 26 de marzo de 2018 y no transcurrieron más de tres años entre la causación del derecho que aquí se reconoce y la presentación de la petición, ni entre esta y la radicación de la demanda, como se explica a continuación.

4.1. Marco normativo

El Decreto 1848 de 1969 reglamentario del Decreto 3135 de 1968 en su artículo 102 sobre la prescripción de las acciones, dispone:

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 15 de marzo de 2018, exp. 43.896, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

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

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

4.2. Caso concreto

Se tiene que, la prestación pensional se ordenará sustituir a partir del 26 de marzo de 2018, día siguiente a la fecha en que el beneficiario Julio Cesar Sánchez Rendon cumplió los 25 años y fue retirado definitivamente de la nómina de pensionados.

Teniendo en cuenta que la señora Margarita Rendon Estrada elevó petición de sustitución pensional a la entidad demandada el 25 de agosto de 2017, la cual fue resuelta desfavorablemente mediante Resoluciones RDP 034763 del 6 de septiembre de 2017 y RDP 000448 del 10 de enero de 2018 y, teniendo en cuenta que la demanda fue radicada ante esta jurisdicción el 13 de abril de 2018²¹, se arriba a la conclusión que, no transcurrieron más de tres años entre la causación del derecho que aquí se reconoce y la presentación de la petición, ni entre esta y la radicación de la demanda.

4.3. Conclusión

Por lo anterior, se declarará no probada la excepción de “PRESCRIPCIÓN” formulada por la entidad accionada.

5. Indexación de mesadas

Atendiendo a lo dispuesto por inciso final del artículo 187 del CPACA, se dispondrá que las sumas que resulten a favor del demandante por concepto de mesadas pensionales reconocidas a partir del 21 de junio de 2016 se ajusten en su valor, dando aplicación a la siguiente fórmula: $R = RH \times \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$. En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que será la correspondiente partida por concepto de mesada pensional, multiplicada por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el Dane (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago).

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo mensual, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes.

6. Costas

Conforme al artículo 188 del CPACA, el cual dispuso lo siguiente: “Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil” y el artículo 365 del CGP no se condenará en costas al haber prosperado las pretensiones de la demandante, solo de manera parcial.

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

²¹ Ver acta de reparto F. 45 Archivo: 01Fls. 1 - 102.pdf

Resuelve:

Primero: Declarar no probadas las excepciones: 1) *Proceder legal de la entidad*; 2) *Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido*; 3) *Buena fe*; 4) *Prescripción*, propuestas por la demandada.

Segundo: Declarar la nulidad de las Resoluciones RDP 034763 del 6 de septiembre de 2017 y RDP 000448 del 10 de enero de 2018 expedidas por la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales por medio de las cuales se negó en favor de la señora Margarita Rendon Estrada el reconocimiento de la sustitución de la pensión *gracia y de jubilación contrato Caldas* otrora devengadas por el señor Cesar Francisco Sánchez Duque.

Tercero: Condenar en consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP, a que reconozca y pague a favor de Margarita Rendon Estrada la sustitución de la pensión *gracia y de jubilación contrato Caldas* que devengó el señor Cesar Francisco Sánchez Duque, en un 100% a partir del 26 de marzo de 2018 en adelante.

Las sumas deberán ser indexadas con base en la fórmula inserta en el cuerpo de esta providencia.

Cuarto: No se condena en costas.

Quinto: La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP dará cumplimiento al presente fallo en los términos previstos por el artículo 192 del CPACA, sin perjuicio de la carga impuesta a la parte actora en el inciso segundo de la disposición mencionada.

Sexto: Ejecutoriada esta providencia, **liquidar** los gastos del proceso, **devolver** los remanentes si los hubiere y **archivar** las diligencias, previas las anotaciones pertinentes en el programa informático "*Justicia Siglo XXI*".

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 31 de 2021.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado