

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, veintidós (22) de julio de dos mil veintiuno (2021)

RADICADO	17001-33-39-006-2018-00588-02
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	MARÍA CONSUELO MEJÍA ÁLVAREZ
DEMANDADO	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES

Pasa la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas a resolver escrito de solicitud de adición de sentencia presentado por **MARÍA CONSUELO MEJÍA ÁLVAREZ** frente a la providencia proferida por este Tribunal el 17 de junio de 2021, dentro del proceso de la referencia.

Señala la parte actora que, pese a haber presentado los alegatos de conclusión de segunda instancia, en la sentencia no se tuvieron en cuenta, en el sentido de indicar que fueron presentados en debida forma.

Solicita entonces se adicione la sentencia en el sentido de incluir en la parte de antecedentes el resumen de los alegatos presentados en segunda instancia.

Pasa entonces la Sala a decidir sobre la petición elevada por la apoderada de la parte demandada.

CONSIDERACIONES:

El artículo 287 del CGP, al cual se acude por remisión expresa del artículo 306 del CPACA, señala lo siguiente:

ARTÍCULO 287. ADICIÓN. Cuando la sentencia omite resolver sobre cualquiera de los extremos de la litis o sobre cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento, deberá adicionarse por medio de sentencia complementaria, dentro de la ejecutoria, de oficio o a solicitud de parte presentada en la misma oportunidad.

El juez de segunda instancia deberá complementar la sentencia del inferior siempre que la parte perjudicada con la omisión haya apelado; pero si dejó de resolver la demanda de reconvención o la de un proceso acumulado, le devolverá el expediente para que dicte sentencia complementaria.

Los autos solo podrán adicionarse de oficio dentro del término de su ejecutoria, o a solicitud de parte presentada en el mismo término.

Dentro del término de ejecutoria de la providencia que resuelva sobre la complementación podrá recurrirse también la providencia principal.

Frente a la ejecutoria de providencias que no tienen recurso alguno, como lo es la sentencia de segunda instancia, debemos aplicar el artículo 302 del Código General del Proceso, que establece:

ARTÍCULO 302. EJECUTORIA. Las providencias proferidas en audiencia adquieren ejecutoria una vez notificadas, cuando no sean impugnadas o no admitan recursos.

No obstante, cuando se pida aclaración o complementación de una providencia, solo quedará ejecutoriada una vez resuelta la solicitud.

Las que sean proferidas por fuera de audiencia quedan ejecutoriadas tres (3) días después de notificadas, cuando carecen de recursos o han vencido los términos sin haberse interpuesto los recursos que fueren procedentes, o cuando queda ejecutoriada la providencia que resuelva los interpuestos.

Conforme a las anteriores disposiciones, la solicitud de adición de sentencia de segunda instancia debe hacerse dentro del término de ejecutoria, y ésta para las providencias respecto de las cuales no procede recurso alguno, se presenta a los tres (3) días siguientes a la notificación.

Observa la sala que la solicitud de adición se presentó dentro del término de ejecutoria, teniendo en cuenta que la sentencia de fecha 17 de junio de 2021 se notificó el 22 de junio de 2021 y la solicitud se presentó el 24 de junio de la misma anualidad, conforme a la constancia secretarial visible en PDF nro. 15 del expediente digital, por lo que procede su estudio.

Ahora bien, la solicitud presentada por la apoderada de la parte accionada se basa en que, pese a que presentó alegatos en segunda instancia ningún resumen se realizó de los mismos.

Analizando la Sala con detenimiento la sentencia proferida por esta Corporación el día 17 de junio de 2021, se observa que, si bien no se hace en la providencia un resumen de los alegatos de segunda instancia, en este acápite ningún argumento adicional esgrime la parte demandada, que conlleve a un nuevo extremo de la litis.

Es del caso señalar, que la adición procede cuando el Juez omite pronunciarse sobre algún extremo de la litis, y para los procesos de segunda instancia, los extremos de la litis lo determina o el marco de referencia para su estudio, lo hacen la sentencia de primera instancia y la apelación, los alegatos de segunda únicamente corresponden al concepto que le merecen a las partes, sobre cómo desde su punto de vista se debe resolver los problemas jurídicos que allí se plantean, pero no es nuevo extremo de la litis.

En este orden de ideas, pese a que se omitió de manera involuntaria realizar un resumen de los alegatos de conclusión en la sentencia de segunda instancia, éstas no corresponden a un extremo de la litis, y, por lo contrario, la decisión se pronunció sobre todos los puntos expuestos en la apelación.

Por lo anteriormente expuesto, el **TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE CALDAS**, en Sala de Decisión

RESUELVE:

1. **NO ADICIONAR** la sentencia proferida el día 17 de junio de 2021 por esta Corporación en el proceso que en ejercicio de la acción de **MARÍA CONSUELO MEJÍA ÁLVAREZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**.
2. Una vez quede ejecutoriada la presente providencia continuase con el trámite de ley.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

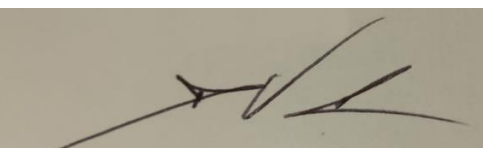
Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Virtual realizada el 22 de julio de 2021, conforme Acta nro. 041 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



PATRICIA VARELA CIFUENTES
Magistrada



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
ESTADO ELECTRÓNICO

Notificación por Estado Electrónico No. 129 del 26 de julio de 2021.

República de Colombia



Tribunal Administrativo de Caldas

Magistrada Sustanciadora: Patricia Varela Cifuentes

Manizales, veintidós (22) de julio de dos mil veintiuno (2021).

A.I. 108

Radicación	17 001 23 33 000 2019 00080 00
Clase:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante:	Jorge Iván Escobar Muñoz
Demandado:	UGPP

Estando el proceso de la referencia a despacho para la audiencia inicial correspondiente, de que trata el artículo 180 del CPACA, y en cumplimiento de lo previsto en el inciso 3ro del párrafo 2do del artículo 175 del CPACA procede este Despacho a tomar las decisiones correspondientes previa a la audiencia inicial, relacionadas con la resolución de excepciones previas propuestas por la parte demandada de la siguiente manera:

I. Antecedentes.

El demandante, mediante apoderado judicial presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en la que pretende lo siguiente:

“Primera: Declarar la nulidad del acto administrativo liquidación oficial No. RDO-2017-03016 29/08/2017. Expediente: 20161520058003160, emanada de la entidad Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y contribuciones Parafiscales de la protección Social – UGPP, dependencia adscrita a la Nación – Ministerio de Hacienda, creada por medio de la ley 1151 de 2007.

Segunda: Como consecuencia de la anterior declaración, ordenar dejar sin efectos jurídicos la mencionada liquidación oficial No. RDO-2017-03016 29/08/2017. Expediente 20161520058003160, acto administrativo particular por adolecer de irregularidades constitutivas de las siguientes causales de nulidad:

- a) Por haberse proferido con infracción de las normas en que debía emitirse;*
- b) Por haberse emitido y publicado en forma irregular, por desconocimiento del derecho de defensa que debía tener la entidad demandante;*

- c) *Por haber actuado la entidad demandada con evidente desviación de las atribuciones que le fueron asignadas.*

Tercera: Que como efecto de esta declaratoria, se ordene la reparación del derecho infringido a mi representado, y se levante la sanción impetrada en su causa de manera injusta; debiéndose en consecuencia condenar a la demandada en los perjuicios de carácter patrimonial que se logrará establecer en el proceso.

Cuarta: En concordancia con lo anterior, se abra la posibilidad de agotar el derecho fundamental a una óptima defensa y proceda de esta manera a que se deje sin efectos la notificación electrónica de dicha Liquidación Oficial Acto Nro. EDO-2017-03016 y vuelva a ser notificada en debida forma.

La demanda UGPP propuso la excepción previa que denominó: *“Improcedencia de la demanda por caducidad de la acción”*, la cual se resolverá a continuación, dejando presente que el trámite que se dio a dicha excepción, fue el traslado correspondiente, tal como consta a folio 133 del cuaderno principal; excepción frente a la cual no se pronunció el apoderado judicial de la parte demandante, tal como consta a folio 28 del mismo cuaderno.

Ahora bien, habiéndose surtido el trámite correspondiente frente a la excepción previa formulada por la demandada, corriendo el traslado de la misma, lo que procede en este instante procesal es su resolución; pues antes de la audiencia inicial se resolverán las excepciones previas propuestas, en virtud lo establecido en el parágrafo 2do del artículo 175 del CPACA.

Por lo anterior, procede este Despacho a estudiar la excepción previa con fundamento en las siguientes.

II. Consideraciones

De conformidad con las pretensiones de la demanda, es claro que se solicita la declaratoria de nulidad del acto de liquidación oficial por omisión en la afiliación y/o vinculación de los aportes al Sistema de Seguridad social Integral en los Subsistemas de Salud y Pensión y se sanciona por no declarar por conducta de omisión al señor Jorge Iván Escobar Muñoz, así como que, se ordene dejar sin efectos dicho acto, levantando la sanción impuesta.

1. Improcedencia de la demanda por caducidad de la acción.

Sostiene la demandada que, en este caso se presenta la figura de la caducidad, cita varias sentencias del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional y hace un recuento de las actuaciones que, a su juicio se dieron en el asunto de la referencia de la siguiente manera:

- Que el señor Jorge Iván Escobar Muñoz otorgó poder al abogado Paulo César Bermúdez Santa, para que en su nombre lo representara en sede administrativa con ocasión al expediente 2016152003938481, apoderado que presentó objeciones al requerimiento para declarar y corregir número RDC 2016-0336 de 22 de diciembre de 2016, el día 21 de marzo de 2017, escrito con radicado 201750050835792 dentro del capítulo notificaciones señaló el correo electrónico paulobe70@hotmail.com y una dirección en la ciudad de Manizales, con el respectivo teléfono fijo y celular.
- Que el 29 de agosto de 2017 la UGPP profirió la liquidación oficial número RD 2017 – 03016 al señor Jorge Iván Escobar Muñoz, por la omisión en la afiliación y/o vinculación de aportes al Sistema de Seguridad Social Integral.
- En virtud de lo anterior, se generó oficio 201715002612021 el 31 de agosto de 2017, y se adjuntó la resolución 2017-03016 de 29 de agosto de 2019, notificando por correo electrónico a la dirección señalada inicialmente el día 1 de septiembre de 2017, documentos que afirma fueron recibidos en dicha fecha, por constar en el buzón acuse de recibido – certimail.
- Se solicitó certificación por Certicámara – Certimail, donde consta que el correo fue recibido el 1° de septiembre de 2017 por paulobe70@hotmail.com y fue abierto el día 4 de septiembre del mismo año a las 01:36:46.
- Que de conformidad con el inciso 3 del artículo 132 de la Ley 1819 del 20 de diciembre de 2016, la notificación electrónica se entenderá surtida al octavo (8) día hábil siguiente a aquel en que se reciba el acto administrativo, por lo que, la fecha exacta de notificación de la Liquidación Oficial Resolución RDO 2017-03016 fue el día 13 de septiembre de 2017.

- Cita que por ello, en virtud el artículo 138 del CPACA, en concordancia con el artículo 720 del estatuto tributario, operó el fenómeno de caducidad de la acción, pues el término de 4 meses con los que contaba el demandante para pretender la nulidad de la resolución RDO 2017-03016 del 29 de agosto de 2017, se debía contabilizar a partir del 13 de septiembre de 2017 hasta el 3 de enero de 2018, y que, al ser un día no hábil, se correría hasta el lunes 15 de mismo mes y año, pero que la demanda fue radicada el 29 de febrero de 2019, siendo extemporánea.
- Que previa presentación de la demandada se radicó ante la UGPP el día 20 de junio 2018, entregando 23 oficios correspondientes a la Liquidación Oficial de revisión, y el día 16 de julio de 2018, se radicó solicitud de revocatoria directa frente a la Liquidación en mención.
- Y que, si por lo anterior se entendiera una notificación por conducta concluyente desde el 16 de julio de 2018, fecha en la cual el apoderado del demandante radicó la solicitud de revocatoria directa; aún así, el término para demandar se encuentra vencido.

Sea lo primero advertir, que no es cierta la afirmación realizada por el apoderado de la demandada UGPP en su escrito de contestación de demanda, en cuanto afirma que la misma se presentó el día 25 de febrero de 2019, pues esta fecha corresponde al acta de reparto ante el Tribunal Administrativo de Caldas; sin embargo, a folio 36 del cuaderno principal obra acta individual de reparto de 2 de agosto de 2018 de la demanda radicada ante Juzgados Administrativos del Circuito de Bogotá, siendo a la vez remitida ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca donde obra acta de reparto de 8 de noviembre de 2018, y finalmente remitida a este Tribunal el 25 de febrero de 2019.

Ahora bien, en resumen se discute por la demandada que, el acto demandado, liquidación oficial No. RDO-2017-03016 de fecha 29 de agosto de 2017, fue enviada al correo del apoderado judicial del demandante, y que éste recibió el día 1° de septiembre en el correo, abriéndolo efectivamente el 4 del mismo mes y año; y que si en gracia de discusión se entendiera notificado por conducta concluyente el 20 de junio de 2018, igual habría operado la de caducidad, porque la demanda se presentó el 25 de febrero de 2019.

Es preciso citar el artículo 312 de la ley 1819 de 2016 –vigente para la época de los hechos- que reguló la notificación por correo electrónico:

“ARTÍCULO 312. Los actos administrativos que profiera la UGPP en los procesos de determinación de obligaciones y sancionatorios de las contribuciones parafiscales de la protección social y de cobro coactivo, podrán notificarse a la dirección electrónica que informe el aportante de manera expresa.

Una vez el aportante informe la dirección electrónica a la UGPP, todos los actos administrativos proferidos con posterioridad a ese momento, independientemente de la etapa administrativa en la que se encuentre el proceso, serán notificados a esa dirección hasta que el aportante informe de manera expresa el cambio de dirección.

*Se entenderá surtida la notificación electrónica el octavo día hábil siguiente a aquel en que se **reciba** el acto administrativo en la dirección electrónica informada por el aportante, de acuerdo con lo certificado por la UGPP.*

Para todos los efectos legales los términos se computarán a partir del día hábil siguiente a aquel en que quede notificado el acto de conformidad con la presente disposición.

Cuando el interesado no pueda acceder al contenido del mensaje de datos por razones inherentes al mismo, deberá informarlo a la Unidad a más tardar el octavo día hábil siguiente a aquel en que se recibió el correo electrónico, la UGPP previa evaluación del hecho, procederá a enviar el acto administrativo a través de correo electrónico. En este caso, la notificación se entenderá surtida para efectos de los términos de la Unidad, el octavo día hábil siguiente al recibo del primer correo electrónico del acto administrativo y para el aportante, el término para responder o impugnar se contará a partir del día hábil siguiente a la fecha en que el acto le sea efectivamente notificado por medio electrónico.

Si a pesar de lo anterior el aportante no puede acceder al mensaje de datos o no se pudiere notificar por problemas técnicos de la Administración, se podrán utilizar las otras formas previstas en la ley para la notificación.

PARÁGRAFO. En todos los casos en que la notificación electrónica o la notificación surtida por los otros medios previstos en la ley, se haya realizado más de una vez, los términos para efectos de la administración y para el aportante, se contarán a partir de la primera notificación realizada en debida forma'. -sft

Sea lo primero señalar que la norma refiere como punto de partida para tener por surtida o efectuada la notificación, el día de **recibo** del acto administrativo en la dirección electrónica informada por el aportante, no el día de apertura del mensaje que lo contiene.

En este caso, la única prueba que aporta la demandada UGPP de la notificación de la liquidación oficial demandada es un documento, en el que se reporta, entre otros datos, el asunto del mensaje, el correo electrónico, la hora de envío (incluye fecha) y la hora de apertura (incluye fecha). Sin embargo el documento no da cuenta de la fecha de **recibo**, que se itera, es

el parámetro legal para determinar el día de la notificación, conforme a la norma aplicable acabada de citar.

Por lo anterior, y al no reposar una prueba que respalde la afirmación de la demandada en cuanto a la fecha de notificación por correo electrónico al apoderado judicial del demandante del acto demandado, no se puede acreditar como cierta esa situación.

Ahora, frente a la segunda afirmación de la excepción propuesta, relacionada con que aún si se entendiera en este caso la notificación por conducta concluyente, la demanda se hubiera presentado extemporánea, se encuentra probado dentro del proceso que, el apoderado judicial del demandante acudió el 20 de junio de 2018 al Centro de Atención al Ciudadano de la UGPP de la ciudad de Bogotá, y solicitó ese día copia del acto demandado, esto es, la liquidación oficial número RDO-2017-03016 de 29 de agosto de 2017; por lo que este Despacho, en principio considera que en esa fecha se configuró una notificación por conducta concluyente.

Así las cosas, al entenderse surtida la notificación del acto acusado el 20 de junio de 2018, el demandante tenía cuatro meses para presentar la demanda en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, plazo que se vencía el 21 de octubre de 2018; y por cuanto la demanda fue presentada el día 2 de agosto de 2018, tal como consta en acta individual de reparto que obra a folio 36 del cuaderno principal, ello quiere decir que, la demanda de la referencia se presentó dentro del término consagrado para ello en el artículo 164 del CPACA.

Por lo expuesto, para este Despacho, no existe *en el momento* prueba suficiente para declarar la caducidad en los términos planteados por la demandada en la excepción propuesta en la contestación de la demanda, por lo que ésta será declarada impróspera, tal como se dirá en la parte resolutive de esta providencia. Lo anterior, sin perjuicio de lo que se halle probada al momento de dictar sentencia.

Del reconocimiento de personerías.

Finalmente, se hace necesario el reconocimiento de personería del apoderado judicial de la parte demandada de la siguiente manera:

A folio 123 del cuaderno principal, obra memorial poder conferido por la Subdirectora General de la Subdirección Jurídica de Parafiscales de la UGPP al abogado Armando Calderón González, identificado con la cédula de ciudadanía número 79.699.184 y portadora de la tarjeta profesional número 118.579 del CS de la J, con el fin de que represente a la demandada UGPP dentro del proceso de la referencia; poder con el que se porta escritura pública y resolución de nombramiento (Fls. 124 a 130 C. 1).

Por reunir los requisitos correspondientes para ello en el Código General del Proceso, se reconoce personería para actuar al citado abogado, en los estrictos términos del poder a él conferido, tal como se dirá en la parte resolutive de esta providencia.

Por lo expuesto, el **Tribunal Administrativo de Caldas,**

II. Resuelve:

Primero: Declarar impróspera la excepción previa denominada "*Improcedencia de la demanda por caducidad de la acción*", propuesta por la demandada UGPP, por lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

Tercero: Reconocer personería para actuar dentro del presente asunto como apoderado de la demandada UGPP al abogado Armando Calderón González, identificado con la cédula de ciudadanía número 79.699.184 y portadora de la tarjeta profesional número 118.579 del C.S. de la J, con el fin de que represente a la demandada dentro del proceso de la referencia.

Tercero: Ejecutoriado el presente auto, continúese con el trámite correspondiente por parte de la Secretaría de este Tribunal

Notifíquese y cúmplase

Firmado Por:

**PATRICIA VARELA CIFUENTES
MAGISTRADO**

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
ORAL 002 MANIZALES-CALDAS**

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

Código de verificación:

**2916cc728ba21349d13829996c5c756306d095f1d133eaacc89a6d47e2a04
4de**

Documento generado en 22/07/2021 10:24:17 AM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

Rama Judicial
Honorable Tribunal Administrativo
De Caldas
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía



Radicado : 170012333002021-00136-00
Medio de Control : Pérdida de Investidura
Demandante : Simón Arango Noreña
Demandado : Diego Alejandro Tabares Prieto

AI.202

Manizales, veintitrés (23) de julio de dos mil veintiuno (2021).

Asunto

Procede el Despacho a resolver sobre la solicitud elevada por la parte actora¹, en cuanto a omitir la contestación, pruebas aportadas y pronunciamiento sobre la medida cautelar, por parte del Concejo del municipio de Manizales, atendiendo a la falta de legitimación en la causa por pasiva.

Además, se decidirá respecto al recurso de reposición en subsidio de apelación formulado por la parte accionada, frente al auto dictado el 1 de julio de 2021.

Consideraciones

En primer término, corresponde el pronunciamiento de la intervención del Concejo Municipal de Manizales, y posteriormente, la decisión del recurso de reposición y la concesión del recurso de apelación.

Solicitud de la parte accionante

Considera la parte actora que el Concejo de Manizales carece de legitimación en la causa por pasiva, al no ser demandado ni demandante dentro del proceso de pérdida de investidura. Adicionalmente, señaló quienes pueden intervenir en la audiencia de que trata el artículo 12 de la Ley 1881 de 2018.

Para resolver se considera que la falta de legitimación en la causa hace referencia a la relación sustancial que debe existir entre las partes del proceso y el interés sustancial del litigio, de suerte que, en principio, tal como lo ha puntualizado la jurisprudencia de la máxima corporación de la jurisdicción contencioso administrativo, la legitimación en la causa por pasiva hace alusión al vínculo jurídico que emana de las pretensiones

¹ Expediente digital 58SolicitudDemandante.

formuladas, esto es, de la imputación que el extremo activo efectúa al demandado por considerarlo responsable del daño antijurídico irrogado².

A su vez, la Alta Corporación Administrativa, ha determinado la existencia de dos tipos de legitimación, a saber:

- i) *la de hecho, que hace referencia a la circunstancia de obrar dentro del proceso en calidad de demandante o demandado, una vez se ha iniciado el mismo en ejercicio del derecho de acción y en virtud de la correspondiente pretensión procesal y*
- ii) *la material, que da cuenta de la participación o vínculo que tienen las personas -siendo o no partes del proceso-, con el acaecimiento de los hechos que originaron la formulación de la demandada. En este sentido, no siempre quien se encuentra legitimado de hecho tiene que estarlo materialmente, en consideración a que si bien puede integrar una de las partes de la litis, ello no implica que frente a la ley tenga un interés jurídico sustancial en cuanto al conflicto.”*

Frente la legitimación de las partes en cuanto a la relación que tenga la demandada con la actuación en procesos de naturaleza electoral, en providencia del 6 de noviembre de 2014, Sección Quinta del Consejo de Estado³, ha determinado:

(...) Ha estructurado el criterio que en este momento procesal puede determinarse el grado de relación que tenga la demanda con la actuación o decisión que se cuestiona: si es alto, porque emitió decisiones, u omitió deberes, o propició la ilegalidad que se reclama, o se le prueba alguna circunstancia relacionada con el objeto del proceso, no debe prosperar la excepción propuesta y procede resolver de fondo en la sentencia; pero si ello no fue así, es decir, no intervino en los hechos demandados, o su participación fue al margen e intrascendente, se debe declarar probada la desvinculación del proceso en este momento.”

En el caso bajo *examine*, se observa que la parte actora instauró solicitud a través el medio de control de pérdida de investidura en contra del concejal Diego Alejandro Tabares Prieto. Posteriormente, por auto del 15 de junio del año avante, se ordenó la corrección; y al cumplir con los requisitos formales, se ordenó la admisión de la solicitud por auto del 18 de junio de 2021; ordenando la notificación del demandado, al Ministerio Público y al Concejo de Manizales.

De otro lado, es procedente traer a colación las normas que regulan la capacidad para ser parte dentro del proceso, así como la intervención de terceros por expresa remisión del artículo 21 de la Ley 1881 de 2018 que remite al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; y al CGP.

Sobre la capacidad para ser parte en el proceso los artículos 53 y 54 del CGP⁴, dispone que las personas naturales y jurídicas tiene la titularidad de comparecer al proceso para disponer de los derechos, por intermedio de sus representantes debidamente autorizadas con sujeción de normas sustanciales.

² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 28 de julio de 2011, exp. 19753, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

³ Consejo de Estado, sección quinta, MP. Lucy Jeannette Bermúdez, del 6 de noviembre de 2014, radicado 11001032800020140006500.

⁴ http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html

Y por su parte, el artículo 228 del CPACA⁵, en cuanto a la intervención de terceros, señala que en procesos de pérdida de investidura de miembros de corporaciones de elección popular no se admitirá dicha figura procesal.

Adicionalmente, es procedente indicar que los concejos no cuentan con personería jurídica para actuar en los procesos, y el carecer de esta no tienen capacidad para ser parte dentro del proceso judicial. Sin embargo, a pesar de contar con autonomía administrativa, presupuestal y financiera, no puede identificarse como un ente independiente del municipio.

Conforme a lo anterior, se accederá a la solicitud de la parte demandante y se ordenará desvincular al Concejo Municipal de Manizales, dentro del presente proceso. En este sentido, no se tendrá en cuenta la contestación de la solicitud y las pruebas aportadas al proceso.

Procedencia recurso de reposición, y en subsidio de apelación

A través del correo electrónico recibido el 8 de junio de 2021⁶, el apoderado judicial de la parte accionada interpuso recurso de reposición, y en subsidio de apelación, frente al auto que dio por extemporánea la contestación de la parte demandada y ordenó dar apertura del periodo probatorio, mismo que fue notificado por estado el 2 de julio de 2021.

Conforme a la constancia secretarial⁷, una vez surtido el traslado de los recursos, la parte demandante y el Concejo se pronunciaron sobre el mismo.

El demandante indicó que el accionado carece de fundamento, toda vez que la notificación se surtió con el envío del correo el 21 de junio de 2021. También controvertió que el accionado indicara que la acción debió rechazarse en un principio, por no haberse presentado inicialmente la solicitud de la pérdida de investidura,

En consideración a la remisión expresa del artículo 21 de la Ley 1881 de 2018, el cual se ha precitado, se abordará la procedencia del recurso, conforme lo dispone el CPACA y el CGP.

El artículo 242 del CPACA indica:

“Artículo 242. Reposición. Salvo norma legal en contrario, el recurso de reposición procede contra los autos que no sean susceptibles de apelación o de súplica.

En cuanto a su oportunidad y trámite se aplicará lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil.

A su vez, el Código General del Proceso, trata sobre las oportunidades y términos para interponer el recurso de Reposición, al respecto señala la norma:

“Reposición - Artículo 318. Procedencia y oportunidades. Salvo norma en contrario, el recurso de reposición procede contra los autos que dicte el juez, contra los del magistrado sustanciador no susceptibles de súplica y contra los de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, para que se reformen o revoquen.

⁵ http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html

⁶ Expediente digital. 62CorreoRecibidoRecursoReposición.

⁷ Expediente digital 73ConstanciaDespachoResolverRecursoReposición

El recurso de reposición no procede contra los autos que resuelvan un recurso de apelación, una súplica o una queja. El recurso deberá interponerse con expresión de las razones que lo sustenten, en forma verbal inmediatamente se pronuncie el auto. Cuando el auto se pronuncie fuera de audiencia el recurso deberá interponerse por escrito dentro de los tres (3) días siguientes al de la notificación del auto.

El auto que decide la reposición no es susceptible de ningún recurso, salvo que contenga puntos no decididos en el anterior, caso en el cual podrán interponerse los recursos pertinentes respecto de los puntos nuevos" (...)

Así las cosas, el recurso fue propuesto en debida forma y bajo los términos previstos legalmente, con lo que se observará los argumentos de censura propuestos por el recurrente.

Posición del recurrente:

El demandado solicitó se reponga el auto del 1 de julio de 2021, para que se dé por contestada la solicitud y se decreten las pruebas solicitadas.

El escrito refirió que no se dio cumplimiento a lo ordenado en el artículo 8 del Decreto 806 de 2020, en cuanto al conteo de términos en la forma de notificación personal de las providencias, dado que se contabilizó días calendario como días hábiles.

Además, expresó que conforme a la notificación del auto admisorio de la demanda y el traslado de la medida cautelar, el cual se surtió el día 21 de junio de 2021; según la norma precitada, solo tendría efectos dos días hábiles después del envío del mensaje de datos, esto es, los días 22 y 23 de junio del año avante, y el día 24 del mismo mes se entendería notificada a la demandada.

Luego, que, conforme al CPACA y el CGP, los términos de traslado corren a partir del día siguiente al de la notificación, esto es, al día hábil siguiente. Entonces los cinco (5) días hábiles, para la contestación iniciarían el 25 de junio y transcurrirían los días 28, 29 30 de junio y finalizaría el 1 de julio de 2021.

Manifestó que, en seguimiento a la orden dada por el Despacho, en el auto que dio traslado a la medida cautelar, consistente en la remisión copia de la demanda y del auto inadmisorio y de la subsanación por parte de la actora. De donde, al acuse de recibo de la notificación personal, solo el 30 de junio de 202, fue recibido el expediente digital donde reposan los actos procesales. Y en este sentido, precisó que no se puede inferir que se tuviera acceso al expediente y que pudiera conocer efectivamente la solicitud de pérdida de investidura y con sus anexos.

Discernió que la contestación de la demanda fue presentada en término oportuno, conforme a los escenarios procesales descritos, pues el despacho habría incurrido en error en la contabilización de los términos procesales, frente al auto de notificación personal del auto admisorio de la demanda, y adicionalmente, respecto a la fecha en que se tuvo conocimiento del contenido del expediente digital.

Como una anotación al margen, pero que no es objeto del recurso, en cuanto a que no se debió haberle dado curso a la admisión de la demanda porque inicialmente no se allegó la solicitud de pérdida de investidura.

Pronunciamiento de la parte accionante:

Manifestó que, desde la notificación del auto admisorio de la solicitud, se le compartió al demandado el link de enlace al expediente digital, como fue expuesto por el despacho. Y, por tanto, no se vulneró el derecho de defensa o contradicción.

Pronunciamiento Concejo de Manizales:

Aludió a la contabilización de los términos respecto a la notificación personal del auto admisorio al demandando conforme al artículo 8 del Decreto 806 de 2020. Y precisó, que la recepción de los anexos de la demanda se surtió, al correo electrónico de notificacionesjudiciales@concejodemanizales.gov.co, el día 30 de junio de 2021, por remisión de la parte actora. Además, indicó, que dio respuesta a la demanda, con base en la subsanación de la misma, al no contar con la demanda. Consideró que se debe dar por contestada la demanda dentro del término oportuno.

Resolución del recurso de reposición

Para la solución del caso, se encuentra que el 18 de junio de 2021 se admitió la solicitud de pérdida de investidura. En el mismo auto se dispuso que la secretaría enviaría copia de la demanda, subsanación, anexos y del auto admisorio al demandado. Esta medida se tomó porque el artículo 35 de la Ley 2080 de 2021 dispuso que el demandante, al presentar la demanda debe remitir copia de esta y sus anexos al demandado, salvo cuando se soliciten medidas cautelares, que fue precisamente lo que realizó el actor.

En la misma fecha, se expidió el auto que dio traslado de la medida cautelar, en el cual se ordenó que el demandante enviara copia de los mismos documentos.

Al día hábil siguiente se hizo la notificación por estado de los autos, y en el mensaje de datos se indicó que el demandante enviaría los susodichos documentos al demandado, y se indicó el link donde se podía consultar el expediente digital.

La secretaría hizo constar que respecto al demandado: *“Se completó la entrega a estos destinatarios o grupos, pero el servidor de destino no envió información de notificación de la entrega.”*

Respecto a la notificación del auto admisorio de la solicitud, se estima que actualmente no es aplicable el artículo 8° del Decreto 806 de 2020, toda vez que el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021 reguló específicamente la notificación del auto admisorio.

De esta manera, la regla del traslado es la que señala la última norma: *“El traslado o los términos que conceda el auto notificado solo se empezarán a contabilizar a los dos (2) días hábiles siguientes al del envío del mensaje y el término respectivo empezará a correr a partir del día siguiente.”*

Esta regla es diferente a la del párrafo del artículo 9° del decreto 806: *“PARÁGRAFO. Cuando una parte acredite haber enviado un escrito del cual deba correrse traslado a los demás sujetos procesales, mediante la remisión de la copia por un canal digital, se prescindirá del traslado por secretaria, el cual se entenderá realizado a los dos (2) días hábiles siguientes al del envío del mensaje y el término respectivo empezará a correr a partir del día siguiente.”-sft-*

Por consiguiente, encuentra el despacho que los actos del tribunal dieron lugar a una imprecisión sobre la forma de realizarse el traslado de la solicitud como de sus anexos.

Además, no pasa por alto el despacho que un procedimiento de tanta trascendencia en cuanto a la política y democracia, con efectos de una sanción disciplinaria de carácter permanente, no sea considerado un verdadero proceso, sino un “*trámite*”, cuyo inicio no sea una *demand*a sino una *solicitud*.

Parafraseado a Chul Han, se está ante la desestructuración del tiempo, en este caso procesal, para eliminar los pasos protocolarios del proceso, y convertir una decisión de tanta trascendencia, en una decisión de índole instantánea, con la excusa de la existencia de los medios digitales.

A pesar de esta arquitectura del *trámite* de pérdida de investidura, es importante salvaguardar el debido proceso y las garantías del procesado, quien cuenta con plazos perentorios para contestar una solicitud que el actor puede preparar dentro del término de caducidad de cinco años.

Se debe dar aplicación a los principios procesales del derecho contenidos en el Código General del Proceso, cuyo objeto es la efectividad de los derechos reconocidos en la ley sustancial; además de los principios constitucionales y generales del derecho, en aras de garantizar el derecho de defensa y el debido proceso.

Por su parte, la Sección Tercera del Honorable Consejo de Estado⁸, ha orientado sobre la necesidad de salvaguardar los derechos fundamentales del acceso a la administración de justicia, en virtud de la aplicación de las normas procesales bajo criterios racionales y flexibles bajo las garantías del debido proceso y la defensa, precisó:

*3.2.2.1 La Constitución Política garantiza el acceso a la justicia y la facultad de probar como derechos fundamentales orientados a asegurar la efectividad de los principios, derechos y deberes, la convivencia **pacífica, la vigencia de un orden justo y la primacía de los derechos inalienables de las personas, con prevalencia del derecho sustancial.***

En ese orden, desde la Carta fundamental el acceso a la justicia no puede entenderse simplemente como la posibilidad formal de que las personas acudan ante la jurisdicción en pos de cualquier decisión que ponga fin a sus controversias, sino que exige al juez trascender al ámbito material de la eficacia de los derechos, libertades y demás intereses jurídicamente protegidos. Imperativo por cuya virtud le corresponde al juzgador acudir a las distintas fuentes de información que le permitan la convicción sobre la verdad de los hechos en procura de una decisión justa

*En línea con estos fundamentos, se erige como regla general que las normas procesales deben ser aplicadas con criterios racionales y flexibles de cara a la utilización de cualquier medio **probatorio, en tanto encaminado a la verdad de los hechos en que deben fundarse las decisiones y la eficacia material de los derechos, sin restricciones más allá de las que expresamente***

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, CP. Dra. Stella Conto Diaz del Castillo, radicado: 17001-23-31-000-1999-00701-02(33657) del 28 de agosto de 2015.
<http://jurisprudencia.ramajudicial.gov.co/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2081749>

prevé el ordenamiento, con fundamento en las garantías del debido proceso y la defensa.

Descendiendo al ámbito legal, los estatutos procesales administrativo y civil fundan el régimen probatorio en principios generales que no pueden ser soslayados en orden a la utilización de los medios de prueba: i) de eficacia de los derechos sustanciales, ii) de libertad de los medios probatorios, iii) del control de la prueba y v) de la libre valoración racional o libre convicción del juez. Rft.

Dicha postura, fue reiterada por dicha Máxima Colegiatura, en sentencias proferidas por la Sección Segunda del 14 de julio de 2016⁹ y primera del 3 de mayo de 2019¹⁰, en cuanto a la interpretación normativa, a luz del ordenamiento superior, en aras de lograr la realización del derecho sustancial; así mismo, en la aplicación de los principios pro actione y pro damato, en este sentido se expuso:

“Asimismo, de conformidad con los principios pro actione y pro damato, el juez puede interpretar de manera flexible las normas procesales en aras de garantizar la finalidad que ellas persiguen, esto es, el acceso a la administración de justicia y la primacía de los derechos sustanciales (artículo 228 de la Constitución Política). En tal sentido se ha expresado:

(...)

“El principio pro damato (...) involucra razones de equidad y seguridad jurídica, pues atiende las circunstancias particulares que rodean el caso para no restringir el derecho al acceso a la administración de justicia cuando no se tiene la certeza sobre la configuración de la causal de rechazo pertinente.

En efecto, en caso de duda sobre el cumplimiento de los requisitos o presupuestos de la demanda o del medio de control, este principio permite que la misma se admita sin perjuicio de que el juez en momento procesal posterior y previo el análisis del material probatorio, vuelva sobre el punto y decida sobre el mismo.”

Respecto a dichos pronunciamientos jurisprudenciales, es dable determinar que bajo los principios denominados pro actione y pro damato, le es permitido al Juez aplicar las normas procesales, con el fin de garantizar la primacía de los derechos sustanciales, y en prevalencia del derecho a la administración de justicia, sin que sea óbice, para que conforme lo dispone el ordenamiento legal, deba analizar los presupuestos del medio del control, impetrado.

Bajo este contexto, el Despacho considera que ante la imprecisión que se presentó en las órdenes impartidas para el traslado de la solicitud y sus anexos en los actos judiciales precitados, se debe dar por iniciado el traslado al día siguiente del 28 de junio de 2021¹¹,

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, consejero ponente: Dr. William Hernández Gómez, auto de 14 de julio de 2016, radicado: 68001 23 33 000 2014 00248 01 (3244-14),

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera consejero ponente: Dr. Oswaldo Giraldo López, 03 de mayo de 2019, radicado: 70001-23-33-000-2017-00201-01.
<http://jurisprudencia.ramajudicial.gov.co/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2131870>

¹¹ 36EscritoOposiciónMedidaCautelar

día en el cual la parte demandante en el escrito de contestación de la solicitud de la medida cautelar señaló expresamente que conocía los hechos de la solicitud.

De tal manera, si se cuentan los cinco (5) días, el traslado iniciaría el 29 de junio y terminaría el 6 de julio de 2021.

Así, la contestación de la solicitud se hizo oportunamente.

Conforme a lo anterior, se repondrá el auto proferido el 1 de julio de 2021. Y con ello, se tendrá por contestada la solicitud por parte del señor Diego Alejandro Tabares Prieto, y en efecto se pronunciará sobre las pruebas solicitadas.

Como se accede a las dos peticiones que hizo el impugnante, por sustracción de materia no hay lugar a decidir la procedencia de la concesión del recurso de apelación.

De esta manera, se dará continuación al trámite de la acción, por lo que la Sala Sexta Unitaria del Tribunal Administrativo de Caldas.

Resuelve

Primero: Reponer el auto proferido el pasado 1 de julio de 2021, y en consecuencia se tendrá por contestada la solicitud de pérdida de investidura dentro del término oportuno.

Segundo: Decretar las pruebas solicitadas por el ciudadano Diego Alejandro Tabares, conforme a lo previsto en el artículo 11 de la Ley 1881 de 2018, de la siguiente manera:

1. Pruebas de la parte demandada

Documentales Aportadas

✓ Téngase como pruebas con el valor que por ley les corresponde a los documentos digitales aportados por la parte demandante que reposan en el expediente virtual concernientes a: Declaración extrajuicio, Certificaciones de honorarios y constancia laboral, Certificaciones expedidas por la Secretaría de Despacho del Concejo Municipal de Manizales, y actos administrativos contenidos en Acuerdos y Resoluciones.

Documentales solicitados

1. Oficiase a la Coordinación de Responsabilidad Fiscal de la Contraloría Municipal de Manizales, para que el término de dos (2) días a partir del recibido, proceda a remitir la siguiente información:
 - a) Se allegue certificación en la que conste si en contra el señor Néstor Jairo Tabares Loaiza, identificado con la cédula de ciudadanía 10.249.133, en su condición de servidor o exservidor público del municipio de Manizales o de cualquiera de sus entidades descentralizadas se adelantan pro tal dependencia procesos de responsabilidad fiscal.

En caso afirmativo informará además sobre lo siguiente en la certificación:

- ✓ Se informará el estado o etapa procesal, tipo de procedimiento ordinario Ley 610 de 2000 o verbal abreviado Ley 1474 de 2011 - que para el mes de enero de 2020, se encontraban cada uno de los procesos de responsabilidad donde se tiene como investigado o vinculado al señor Néstor Jairo Tabares Loaiza.
 - ✓ Se indicará la fecha en que fue originado el hallazgo que dio objeto al inicio del proceso, y la fecha en la cual, le fue notificado personalmente al investigado o vinculado Néstor Jairo Tabares Loaiza.
 - ✓ Se informará si para alguno de los procesos de responsabilidad fiscal se ha surtido o desatado el grado de consulta o apelación ante el superior.
 - ✓ Se informará si para el mes de enero de 2020 se tenía alguna actuación pendiente por decidir o resolver por la segunda instancia en los procesos de responsabilidad fiscal referenciados e individualizados.
 - ✓ Se informará si en tales procesos se han tomado decisiones de fondo, si las mismas se encuentran en firma, indicando la fecha en que adquirió firmeza.
 - ✓ Se informará si en tales procesos se ha proferido auto de imputación de responsabilidad fiscal, en caso positivo en qué fecha y cuando se notificó a los procesados dicha decisión.
- b) Informe si para el mes de enero de 2020, y concretamente para la fecha en que se produjo la elección de la actual Contralora Municipal el día 9 de enero de 2020, se libró oficio, informe o comunicación en el que se informará al Concejo Municipal de Manizales o su Mesa Directiva sobre procesos de responsabilidad fiscal donde estuvieren vinculados o tuvieren la calidad de investigados parientes de los Concejales elegidos y que iniciaron su periodo en el mes de enero de 2020, y en caso, positivo, si tal informe o comunicación se produjo en relación con el Concejel DIEGO ALEJANDRO TABARES PRIETO.
- c) Si el señor DIEGO ALEJANDRO TABARES PRIETO, ha fungido o actuado como apoderado judicial dentro de los procesos de responsabilidad fiscal en cualquiera de sus etapas en defensa de algún servidor o ex servidor público, procesado o vinculado que adelante tal ente de control en cualquier época y en particular durante los años 2016, 2017, 2018, 2019 o 2020.
2. Oficiese a la Empresa de Renovación y Desarrollo Urbano de Manizales ERUM SAS, para que el término de dos (2) días a partir del recibido, proceda a remitir la siguiente información:
- ✓ Certifique e informe el tiempo de servicio del NESTOR JAIRO TABARES LOAIZA en tal entidad, indicando las fechas de inicio y de terminación del vínculo laboral y el cargo desempeñado.

3. Prueba testimonial

Conforme al artículo 208 del CGP, y 211 del CPACA, por remisión expresa del artículo 21 de la Ley 1881 de 2018 y artículo 11 de ésta última, se decretará la práctica de la

prueba testimonial, por lo que se ordena la declaración del señor Néstor Jairo Tabares Loaiza.

4. Interrogatorio de parte

Conforme al artículo 198 y 199 del CGP, y 211 del CPACA, por remisión expresa del artículo 21 de la Ley 1881 de 2018 y artículo 11 de ésta última, se decretará la práctica del interrogatorio, por lo que se ordena la declaración del señor Diego Alejandro Tabares Prieto.

Para tal efecto, se dispone señalar fecha para la práctica de las declaraciones, el día 28 de julio de 2021, a partir de las nueve (9:00) de la mañana, misma que se llevará a cabo de manera virtual, en la plataforma Teams. Previo envío del link al correo electrónico suministrado por las partes.

Tercero: Desvincular del presente trámite al Concejo de Manizales.

Cuarto: Notifíquese la presente providencia conforme lo prevé el CPACA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
<u>NOTIFICACIÓN POR ESTADO</u>
No. 129
FECHA: 26/07/2021
HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 125

Manizales, veintitrés (23) de julio de dos mil veintiuno (2021).

Radicado: 17-001-33-33-004-2014-00369-02
Naturaleza: Reparación Directa
Demandante: Angie Lorena Guzmán Marín y Otros
Demandado: Municipio de La Dorada, Caldas

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia que accedió parcialmente a sus pretensiones.

I. Antecedentes

1. Demanda

1.1. Pretensiones

Se solicita en síntesis, se declaren responsables a la demandada por los daños causados con ocasión del accidente de tránsito ocurrido el 04 de junio de 2012 el sector de la carrera 4 con calle 31 en La Dorada – Caldas, en el cual falleció el señor Guillermo Valencia Arenas y en consecuencia se les ordene pagar las indemnizaciones pertinentes con el fin de resarcir los correspondientes perjuicios materiales¹ y morales².

1.2. Hechos Jurídicamente Relevantes

Se señala que el 04 de junio de 2012 siendo aproximadamente las 12:30 a.m., el señor Guillermo Valencia Arenas conducía una motocicleta por el sector de la carrera 4° con calle 31 en el municipio de La Dorada, momento en el cual al transitar por un desperfecto de la vía “hueco”, perdió el control del automotor colisionando contra otro vehículo de similares características que transitaba en sentido contrario.

Que con ocasión del referido accidente, el señor Valencia Arenas sufrió múltiples lesiones que ocasionaron su fallecimiento en el centro hospitalario al cual fue remitido, deceso que se presentó a las 2:40 a.m. de la misma data.

Que el señor Guillermo Valencia Arenas contaba con 27 años y laboraba como independiente en un local de venta y reparación de celulares de su propiedad y convivía con su compañera permanente e hija, quienes junto con sus padres y hermanos soportaron las consecuencias de su deceso.

¹ Lucro cesante a favor de Angie Lorena Guzmán Marín y Valentina Valencia Guzmán, compañera permanente e hija del occiso, respectivamente; correspondiente al valor de los ingresos que aquel hubiese devengando durante su expectativa de vida probable.

² Estimados en 100 S.M.L.M.V. para los demandantes que alegaron la calidad de padres, compañera permanente e hija del occiso; y en 50 S.M.L.M.V. para los demandantes que comparecen como hermanos de aquel.

1.3. Fundamentos de derecho

Se refieren los artículos 1613, 1614, 2341 y siguientes del Código Civil; el artículo 90 de la Constitución Política y la Ley 1437 de 2011, sin efectuar ningún tipo de desarrollo argumental sobre dicha normativa invocada y otras razones que fundamente su petito.

2. Contestación de la demanda

El **Municipio de La Dorada** se opuso a las pretensiones y al paso de señalar que considera ciertos los hechos referentes a la hora y fecha del accidente sufrido por el señor Guillermo Valencia Arenas, indicó no compartir las aseveraciones de la parte actora sobre las razones del suceso, pues este tuvo como causa el estado de alicoramiento que presentaban tanto el referido occiso como el conductor de la motocicleta contra la cual aquel colisionó.

Señala que el informe de tránsito elevado con ocasión del accidente, refiere la existencia de un "hueco" en la vía, pero el mismo se haya distante del punto en que ocurrió la colisión, aunado a que la magnitud de las heridas sufridas por el demandante permiten concluir por experiencia que, este transitaba a una velocidad mayor a la permitida, aunado a que el hoy occiso transitaba sin licencia de conducción y que la motocicleta en que se trasportaba no contaba con revisión técnico mecánica, ni seguro obligatorio de accidentes de tránsito - SOAT.

Formuló las excepciones de mérito que denominó: "*FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA*", "*FALTA DE RESPONSABILIDAD POR PARTE DEL MUNICIPIO DE LA DORADA*", "*INEXISTENCIA DE NEXO CAUSAL*", "*CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA*", "*CULPA DE LA VÍCTIMA Y DE UN TERCERO*", "*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN POR PARTE DEL MUNICIPIO DE LA DORADA*", "*AUSENCIA DE FALLA EN EL SERVICIO POR PARTE DEL MUNICIPIO DE LA DORADA*" y "*BUENA FE*".

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda. Para dar base a la decisión adoptada realizó un análisis fáctico y jurisprudencial del caso planteado para determinar que el mismo debía ser valorado desde la teoría de la falla del servicio probada, siendo por ende necesario que la parte actora demuestre la existencia de los tres elementos necesarios para configurar la responsabilidad patrimonial del Estado, esto es, el daño, la acción u omisión como causa eficiente del daño y la imputación jurídica o nexo causal.

Así las cosas, al analizar los referidos elementos, en concordancia con las pruebas obrantes en el plenario, consideró que el daño se encuentra acreditado, pues se demostró el fallecimiento del señor Guillermo Valencia Arenas causado por el accidente que aquel sufrió el 04 de junio de 2012.

Respecto a la imputación del daño advirtió que, se acreditó con los testimonios tenidos como prueba y con el informe de tránsito suscrito con ocasión del accidente en que falleció el señor Guillermo Valencia Arenas, que la calle por la cual este transitaba se encontraba en un defectuoso estado de mantenimiento, destacando lo referido por el informe de tránsito que señala la existencia de "306 huecos" en la vía, razón por la cual concluyó que el daño antijurídico ya reseñado sí resulta imputable a dicho ente territorial.

Ahora bien, descendiendo a analizar los eximentes de responsabilidad planteado considero que el estado de embriaguez en que conducía el occiso no se erige como causa exclusiva del accidente, por lo cual si bien no bastó para romper el nexo causal señalado, si imponía reducir la condena en un 50% por el actuar de la propia víctima.

Con respecto a la responsabilidad del tercero que conducía la motocicleta contra la cual colisionó el hoy occiso, señaló que, a pesar del estado de embriaguez de aquel, su actuar tampoco se vislumbra como la causa eficiente del accidente, por lo que conforme a pronunciamientos del Consejo de Estado, la entidad accionada debía haber solicitado su llamamiento en garantía para que se determinara el eventual reembolso o indemnización que este debía asumir en caso de que el demandado principal fuese condenado u optar por ejercer las acciones legales pertinentes para perseguir a dicho tercero.

En tal sentido, al paso de señalar la falta de acreditación de la calidad de compañera permanente alegada por la demandante Angie Lorena Guzmán Marín, accedió a las pretensiones incoadas por los demás accionantes, advirtiendo la reducción de la condena en un 50% por la conducta desplegada por la víctima directa.

4. Recurso de apelación

La **parte accionada** se opuso a la sentencia al considerar que la conducta del señor Guillermo Valencia Arenas sí fue causa eficiente de su deceso, pues el estado de alicoramamiento, aunado a la conducción de su vehículo sin el lleno de los requisitos para el efecto -licencia de conducción, revisión técnico-mecánica y SOAT, conllevaron a que este sufriera el accidente en el cual falleció.

Arguye que si bien, el estado de la vía en que se presentó el accidente no era el ideal, esta situación por si sola no generó el accidente, pues el mismo tuvo como causa la imposibilidad del accionante para maniobrar su vehículo en la forma que el terreno exigía, precisamente por el estado de alicoramamiento que este presentaba.

De otra parte, manifiesta su oposición a lo argüido por el *a quo* con respecto al tercero que colisionó contra el señor Guillermo Valencia Arenas, conductor de quien se dictaminó un importante estado de embriaguez -grado 3-, estado de alicoramamiento que precisamente no le permitió reaccionar al conductor que invadió el carril contrario y se abalanzó contra él.

En línea con lo anterior, insiste en que el municipio de La Dorada no puede estar llamado a responder por un daño generado, por la imprudencia conjunta de dos conductores que en vulneración de las normas de tránsito conllevaron a un accidente, que itera, si bien se produjo en una vía con desperfectos, tales condiciones de la vía no fueron causa eficiente del suceso, como sí lo fueron las conductas irregulares de los referidos actores viales.

5. Alegatos de conclusión

La **parte actora** no efectuó pronunciamiento en esta etapa.

La **entidad demandada** reiteró lo expuesto en contestación a la demanda insistiendo en la

existencia de los eximentes de responsabilidad alegados con ocasión de las conductas de la víctima directa y del tercero involucrado en el accidente de tránsito.

II. Consideraciones

1. Problemas jurídicos

Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación se estima necesario absolver los siguientes cuestionamientos:

¿Se presentó el rompimiento del nexo causal con ocasión del eximente de responsabilidad de hecho exclusivo de la víctima o de un tercero?

2. Tesis del Tribunal

Se presentó el rompimiento del nexo causal por cuanto se configuró el eximente de responsabilidad de denominado “hecho de la víctima”, atendiendo al estado de embriaguez del señor Guillermo Valencia Arenas, aunado a la falta de capacidad de aquel para el manejo del vehículo automotor en que se trasportaba, dado que este no contaba con licencia de conducción.

Para fundamentar lo anterior se hará referencia a: i) los hechos relevantes acreditados; ii) el fundamento jurídico del *hecho de la víctima* como causal eximente de responsabilidad; para descender al análisis del iii) caso concreto.

2.1. Hechos relevantes acreditados para la resolución del problema jurídico

- Según reporte de accidentes de tránsito del 04 de junio de 2012 (fls. 21-23, cdo. 1), como observaciones se registró “Conductor del vehículo #1 [conducido por el occiso Guillermo Valencia Arenas] no tiene SOAT, revisión tecnomecánica, licencia de conducción, con aliento a embriaguez” (Se subraya)
- Informe ejecutivo de investigación de policía judicial (fls. 19-22, cdo. 3) reitera la información anterior al señalar:

“A eso de las 01:45 horas fui reportado por parte de la central de la Policía para que me desplazara Carrera 4 Calle 31, con el fin de atender caso de choque, al llegar al sitio encontré a los conductores de las motocicletas siendo atendidos por el personal de bomberos y llevados a la clínica Celad, los vehículos se encontraban a un lado de la vía, los cuales minutos antes habían colisionado, se realiza croquis, se diligencia reporte para atención por SOAT y se les solicita al médico de turno de la clínica Celad la prueba de embriaguez con resultado positivo, se le entrega solicitud de valoración médico legal al lesionado.”

CAUSA PROBABLE: VEHÍCULO 1: (115) EMBRIAGUEZ O DROGA
VEHÍCULO 2: (115) EMBRIAGUEZ O DROGA
VÍA: 306 HUECOS...”

- En certificado de atención médica a víctimas de accidentes de tránsito, diligencia respecto de paciente Guillermo Valencia Arenas, se advierte por la galena que lo suscribe la siguiente información (fl. 147, cdo. 2):

“Accidente de tránsito ocurrido el día 04 mes 06 año 12 a las 1+00 aproximadamente, ingresando al servicio de urgencias de esta institución el día 04 mes 06 año 12 a las 1+20 con los siguientes hallazgos:

...

Estado de embriaguez: Si X No ___ ... solo aliento alcohólico”

- El informe investigativo presentado a la Fiscalía Segunda Seccional de La Dorada señaló (fls. 85-86, cdo. 3):

“Mediante oficio de fecha 09-07-2012 se remitió al señor Luis Albeiro a Medicina Legal con el fin de que le fuera practicado reconocimiento Médico Legal para establecer lesiones y secuelas, la respuesta por parte del INML llegó a esta Unidad el día 10-03-2012.

Respecto al punto donde se ordenaba allegar los resultados de alcoholemia tanto del indiciado como del occiso, informo que se revisó cuidadosamente el expediente que reposa en ese despacho y encontrando en este los resultados de las PRUEBAS CLÍNICAS DE ESTADO DE EMBRIAGUEZ practicadas a estas personas en la cual al primero de los nombrados se les dictamina positivo en grado tres y para el segundo³ el medico (sic) dejan una nota que dice textualmente “paciente con aliento alcohólico en muy mal estado general por lo cual no se puede realizar examen físico”.

2.2. Fundamento jurídico

2.2.1. Hecho de la víctima

Sobre este eximente de responsabilidad el Consejo de Estado en pronunciamiento del 1° de octubre de 2018⁴, efectuó un recuento del desarrollo de esta figura y sobre los criterios que deben ser analizados para su configuración. Esto al señalar:

“...el hecho de la víctima y culpa de la víctima se han refundido dentro de un mismo concepto, ya que ambos eximen al Estado de la obligación de indemnizar los daños causados. Sin embargo, el hecho de la víctima y la culpa de la víctima tienen un elemento diferenciador.

Se presenta un hecho de la víctima, cuando su conducta, “sea determinante y exclusiva para la causación del daño, en tanto resulte imprevisible o irresistible”, con independencia de su calificación dolosa o culposa. Por otra parte, se presenta culpa de la víctima cuando la conducta de esta hubiera incrementado el riesgo jurídicamente relevante de que se produjera el daño, como consecuencia del incumplimiento culposo de un deber jurídico a cargo suyo o del deber general de cuidado.

³ Conforme al contexto del documento se hace referencia al occiso Guillermo Valencia Arenas.

⁴ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, Radicación: 44001-23-31-000-201 1-00099-01(46328).

Se aprecia así que el hecho de la víctima se centra exclusivamente en el potencial causal de la conducta de la víctima con respecto al daño que sufrió, mientras que la culpa exclusiva de la víctima se enfoca en el incumplimiento de un deber jurídico por parte de la víctima, que incrementó el riesgo de que sufriera el daño que finalmente se materializó.

El hecho de la víctima se presenta así cuando el daño fue ocasionado por la propia víctima, por lo que ésta tiene el deber de soportarlo; mientras que la culpa de la víctima se presenta cuando la víctima incumplió un deber jurídico, lo que aumentó el riesgo jurídicamente relevante de sufrir el daño, por lo que se le atribuye el deber jurídico de soportarlo. En este orden de ideas, cuando se presenta culpa de la víctima, el daño será atribuible a esta, mientras que cuando se presente un hecho de la víctima, el daño será ocasionado por esta.

Al constituir una causa ajena –como explican los hermanos Mazeud– el hecho de la víctima exige los elementos de la fuerza mayor, esto es, un carácter imprevisible e irresistible. No sucede lo mismo con la culpa de la víctima, ya que la concurrencia de la culpa o dolo de la víctima no implica una interrupción del elemento causal. Por ello, para que la Administración sea eximida de responsabilidad por culpa de la víctima o, lo que es lo mismo, para que a la víctima se le atribuya el deber de soportarlo, se debe acreditar que, además de una violación de los deberes a los que está sujeto el administrado, existe una relación de causalidad exclusiva o determinante entre la conducta de la víctima y el daño. Además, el hecho de la víctima no debe ser imputable al ofensor, ya que en tal caso la culpa no recaería en la víctima, sino en el primero, al cual se le atribuiría el deber jurídico de repararlo.

De esta forma, el sujeto que incumplió un deber jurídico de conducta y, con ello, creó un riesgo jurídicamente relevante, asume “los reveses de la fortuna que le toquen”, como consecuencia de “un comportamiento grosero, negligente, despreocupado o temerario”⁵. El juzgador debe así, en tales casos, evaluar el desvalor jurídico de la acción de la víctima y la injerencia que tuvo la conducta negligente o culposa en el incremento del riesgo que finalmente tuvo que soportar, para determinar si se produjo una culpa exclusiva o concurrente de la víctima. Si esto es así, el daño será atribuible a la víctima.”

2.2.2. Hecho de la víctima por conducción de vehículos en estado de embriaguez.

Precisamente en desarrollo de lo previamente planteado, el Consejo de Estado ha desarrollado una línea de intelección pacífica en sus más recientes jurisprudencias al considerar que la conducción de vehículos al tratarse de una actividad peligrosa, debe ser objeto de un análisis con mayor rigurosidad frente al eximente de responsabilidad de hecho de la víctima, cuando esta actividad es ejercida bajo los efectos de bebidas alcohólicas, pues bajo las reglas de la experiencia el desempeño de esta actividad exige una pericia y concentración que se ve ampliamente diezmada ante un estado de alicoramiento, señalando que la existencia de otros factores que hayan podido incidir en el respectivo accidente de tránsito no revisten mayor relevancia que el referido estado de embriaguez de quienes se ven involucrados en este tipo de sucesos, pues el aumento del riesgo que representa la conducción de vehículos bajo estado de ebriedad es suficiente para eximir de responsabilidad al ente estatal.

⁵ **Cita de cita:** CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia de 30 de agosto de 2017, exp. 45295.

En efecto dicha corporación en sentencia de 9 de abril de 2021, precisó:

“[L]a Sala no duda de que la causa eficiente de la muerte de la señora (...) consistió en la extrema rapidez y el estado de alicoramiento del señor (...), pues, aun cuando se alegan otras situaciones influyentes del resultado, siendo estas que la iluminación del peaje no era la mejor, lo cual también se debió por las condiciones de lluvia y niebla que manifestaban los testigos, la falta de señalización adecuada de la barrera o talanquera del respectivo peaje, lo cierto es que el resultado pudo haber sido evitado si no se hubieran presentado las condiciones imprudentes de extrema rapidez y de enajenación por ingesta de alcohol del señor (...), quien conducía la motocicleta en la que se transportaba la señora.

...

[N]o solo las reglas de la experiencia así lo hacen saber, sino que así lo corrobora el Código Nacional de Tránsito Terrestre (Decreto 1344 de 1970), vigente para la época de los hechos, conforme al cual tal conducta revestía suficiente peligro que, como reproche, se preveía una de las sanciones más drásticas consistente en la suspensión de la licencia de tránsito y la inmovilización del respectivo vehículo, sin perjuicio de las amonestaciones que resultarían procedentes conforme con el Código de Policía vigente para ese momento...”⁶

En asunto de similar naturaleza, en sentencia de 19 de febrero de 2021, señaló:

“En cuanto al exceso de velocidad, encuentra la Sala que, si bien en el proceso no se probó a cuántos kilómetros por hora transitaba la moto, ni cuál era la velocidad permitida en la calle donde ocurrió el siniestro, lo cierto es que en el expediente obran otros medios de convicción que permiten, por medio de una inferencia lógica, arribar a la conclusión de que dicha infracción también se constituyó como una de las causas del accidente. Sobre el particular, (sic) debe recordarse que la prueba indiciaria se construye a partir de hechos probados a través de los cuales se pueda establecer otros hechos, mediante la aplicación de reglas de la experiencia o principios técnicos o científicos. (...) [E]l estado de embriaguez del conductor y el exceso de velocidad con el que viajaba, fueron determinantes para que la Fiscalía General de la Nación archivara la investigación, (...) Además de lo anterior, se debe destacar que el señor (...) no tenía licencia de conducción... documento público obligatorio para cualquier persona que pretenda conducir en el territorio nacional, de conformidad con el 17 de la Ley 769 de 2002...

En otras palabras, en este caso, es dable concluir que el estado de embriaguez del conductor de la moto y la velocidad con la que manejaba fueron las causas preponderantes del accidente, pues constituyen una flagrante violación a las normas de seguridad vial y convivencia ciudadana, con lo cual, no solo puso en riesgo su vida y la de su hermana, sino también la de otros ciudadanos. Así las cosas, el accidente padecido por los hermanos (...) no tuvo su causa eficiente o adecuada en la actividad de la administración, sino en la conducta asumida por aquellos, quienes, además de transitar en un horario prohibido, lo hicieron bajo los efectos del alcohol y en exceso de velocidad. Por tanto, la Sala confirmará la sentencia apelada (...).”⁷

⁶ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, C.P. José Roberto Sáchica Méndez, 9 de abril de 2021, Radicación: 05001-23-31-000-1998-01212-02(50999).

⁷ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, C.P. María Adriana Marín, 19 de febrero de 2021, Radicación: 73001-23-31-000-2011-00155-01(46151).

Finalmente, se destaca el pronunciamiento del 6 de noviembre de 2020 en el cual se advirtió:

“Teniendo en cuenta que -como se mencionó en precedencia- la administración puede enervar su responsabilidad mediante la comprobación fehaciente de que el hecho dañoso devino de una causa extraña, exclusiva, excluyente y adecuada, es oportuno verificar si se configuró la culpa exclusiva de la víctima, tal como lo alegaron las entidades demandadas, la parte llamada en garantía y el Tribunal a quo...

[L]a Sala, como lo señaló el Tribunal a quo, encuentra que, al momento del accidente, el señor Jaimes Márquez se encontraba bajo los efectos del alcohol...

*[V]ale la pena resaltar que **la conducción en estado de embriaguez no se puede observar como una simple falta de tránsito**, pues el Código Penal (Ley 599 de 2000) y el Código Nacional de Tránsito (Ley 769 de 2002), aplicables al sub examine, contemplan sanciones que pueden llegar a afectar, incluso, derechos fundamentales como la libertad, como ocurre, por ejemplo, en casos de homicidios o lesiones personales en accidentes de tránsito, para los cuales se establece que si el causante conducía bajo los efectos del alcohol o de sustancias alucinógenas, se le deben imponer medidas de carácter pecuniario (multas) o a aquellas que implican la inmovilización del vehículo o de la motocicleta, la retención de la licencia de tránsito o la prohibición para conducir. En las condiciones descritas y del análisis realizado al material probatorio obrante en el expediente, la Sala, como lo señaló el Tribunal a quo, encuentra comprobado que el señor Juan Carlos Jaimes Márquez, al momento de su fallecimiento, **conducía bajo los efectos del alcohol**, es decir, en condiciones no aptas para el desarrollo de esa actividad, en clara vulneración de las disposiciones de tránsito vigentes, lo que permite concluir que dicha circunstancia y la falta del casco de seguridad fueron las causantes del accidente en el que perdió la vida, lo cual lleva a concluir que, en este caso, se **configuró la eximente de responsabilidad culpa exclusiva de la víctima**”.⁸*

2.3. Caso concreto

En el presente asunto, se encuentra acreditado que el señor Guillermo Valencia Arenas se encontraba bajo efectos de bebidas alcohólicas, es decir, *“en condiciones no aptas para el desarrollo de esa actividad, en clara vulneración de las disposiciones de tránsito vigentes”*, pues si bien al referido occiso no fue posible practicarle prueba de alcoholemia, por las lesiones que padeció y la urgencia de atención médica que requería, es claro tanto en el informe de tránsito, los informes del agente de Policía Judicial como resultado de la actividad investigativa de la Fiscalía General de la Nación, y especialmente lo anotado por la galena que brindó atención médica al paciente, que la víctima presentaba aliento alcohólico.

Ahora bien, resulta necesario para la Sala hacer hincapié en que el *a quo* si bien valoró esta situación, dejó de lado otras circunstancias de gran relevancia con respecto a la conducta imprudente del señor Valencia Arenas y que a juicio de esta Corporación dan mayor sustento para concluir que la conducta del aquel sí fue suficiente para exonerar de responsabilidad al ente estatal.

⁸ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, 6 de noviembre de 2020, Radicación: 54001-23-31-000-2009-00302-01(64081).

La primera de ellas, es que se acreditó que el señor Guillermo Valencia Arenas no contaba con licencia de conducción, razón que conlleva a concluir que este no se encontraba en capacidad de desarrollar la conducción del vehículo automotor en que se transportaba el día de su deceso, siendo necesario destacar que la referida licencia no se torna como un mero formalismo, pues esta tiene como requisitos “Aprobar un examen teórico-práctico de conducción para vehículos particulares que realizarán los organismos de tránsito de acuerdo con la reglamentación que expida el Ministerio de Transporte...” y contar con un “Certificado de aptitud física, y mental para conducir expedido por un médico debidamente registrado ante el Ministerio de Salud”⁹; requisitos que justamente garantizan que quien desarrolle este tipo de actividad -se itera, peligrosa- cuente con las aptitudes pertinentes para ello.

En este orden de ideas, la Sala arriba a conclusión contraria a la que fue señalada por el *a quo*, dado que para esta Corporación las conductas activas y omisivas desplegadas por el señor Guillermo Valencia Arenas, al conducir su motocicleta en estado de alicoramiento, sí se erigen como circunstancia suficiente para eximir de responsabilidad a la entidad pública demandada, lo anterior aunado a no acreditar las aptitudes necesarias para la conducción de este tipo de vehículos mediante la obtención de la licencia de conducción respectiva, lo anterior por cuanto, no solo “incumplió un deber jurídico” sino que con dicho comportamiento elevó en forma determinante el riesgo de sufrir un accidente como aquel en que lastimosamente falleció, no solo poniendo en riesgo su vida sino la del resto de la colectividad.

Así, como ha sido desarrollado en los antecedentes jurisprudenciales previamente reseñados y como igualmente lo considera esta Sala de decisión, es claro que la conducción de vehículos automotores bajo los efectos de bebidas alcohólicas representa una conducta, no solo reprochable, sino que erige la conducta de las víctimas que incurrir en dichas actuaciones como un claro eximente de responsabilidad, pues los accidentes que se generan bajo tales efectos tienen causa suficiente en la pérdida de pericia y capacidades a las que se ve sujeta toda persona que se encuentra en estado de embriaguez, siendo aún más gravosa la situación aquí analizada, donde esta circunstancia se conjuró con la carencia de aptitudes del actor para el manejo de motocicletas.

Coralario, la Sala halla respuesta positiva al primer problema jurídico planteado por lo que se impone revocar la sentencia estudiada para en su lugar, negar las pretensiones de la demanda y declarar probada la excepción de culpa de la víctima formulada.

4. Costas

Con fundamento en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 365 del Código General del Proceso, no se condenará en costas en esta instancia, en tanto, a partir del criterio objetivo valorativo que ha sido expuesto por el Consejo de Estado¹⁰ para la imposición de la condena en costas, se torna necesaria la existencia de gastos procesales y actuaciones en que hayan incurrido las partes, para dar lugar a la imposición de dicha condena.

Así, no se impondrá tal carga al observarse que no se incurrió en gastos procesales en esta

⁹ Artículo 19, Código Nacional de Transito y Transporte.

¹⁰ Ver: Sentencia del 7 de febrero de 2019, Rad. 41001-23-33-000-2015-00741-01(2982-17).

instancia, y que las entidades demandadas no efectuaron intervención ante el Tribunal, advirtiendo que las alegaciones de conclusión efectuadas por sus apoderados se limitaron a una transcripción *in extenso* de las contestaciones a la demanda.

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,

SENTENCIA:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales el 22 de mayo de 2020, mediante la cual se accedió parcialmente a las súplicas de la parte actora dentro del medio de control de reparación directa formulado por Angie Lorena Guzmán Marín y Otros, en contra del Municipio de La Dorada, Caldas.

En su lugar;

- **DECLARAR** probada la excepción de “*CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA*” formulada por la entidad demandada.
- **NEGAR** las pretensiones de la parte actora.

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

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

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Ordinaria No. 036 de 2021.

Notifíquese



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA

Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN

Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, veintidós (22) de julio de dos mil veintiuno (2021).

RADICADO	17-001-33-33-003-2018-00406-02
MEDIO DE CONTROL	REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE	GASES INDUSTRIALES DE COLOMBIA S.A
DEMANDADO	HOSPITAL GERIÁTRICO SAN ISIDRO E.S.E

Procede la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas a dictar sentencia de segunda instancia, con ocasión al recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el fallo que negó pretensiones, proferido por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales el día 14 de mayo de 2020.

PRETENSIONES

1. Que se declare administrativa y extracontractualmente responsable al Hospital Geriátrico San Isidro Empresa Social del Estado u Hospital General San Isidro Empresa Social del Estado, de los perjuicios económicos causados a la empresa demandante por el no pago de las facturas nros. 153152826, 153163308, 153163309, 153163310, 153163311, 153163365, 153163368, 153163369, 153213518, 153214472, 153214477, 153214479 y 153214482, que suman \$16.777.797.
2. Que como consecuencia de la anterior pretensión, se condene a la entidad demandada a pagar los perjuicios económicos causados a la demandante, esto es, al pago de la suma de \$16.777.797 por concepto de reconocimiento y tasación de los perjuicios materiales – daño emergente - representados en suministro de gas.
3. Que la condena sea actualizada de conformidad con lo previsto en el artículo 187 del CPACA, aplicando en la liquidación la variación promedio mensual de Índice de Precios al Consumidor, desde la fecha de ocurrencia de los hechos hasta la ejecutoria de la sentencia.
4. Que se condene a la entidad demandada al pago de las costas, conforme el artículo 188 del CPACA.

HECHOS

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

- Que entre la sociedad demandante y la entidad demandada se han mantenido relaciones comerciales para el suministro de gas, con base en lo cual, y sin existir contratos por tratarse de una urgencia manifiesta, se realizó la provisión de oxígeno que aún no ha sido reconocido ni pagado.
- Que la demandante le suministró a la demandada, el insumo de gas, según facturas 153152826, 153163308, 153163309, 153163310, 153163311, 153163365, 153163368, 153163369, 153213518, 153214472, 153214477, 153214479 y 153214482, que suman en total \$16.777.797.
- Que la sociedad demandante no pudo suspender el suministro de gas al hospital, por lo que el servicio se prestó y fue debidamente facturado.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Respecto a los hechos adujo de su gran mayoría que no eran ciertos. Y en relación con las pretensiones se opuso a la prosperidad de las mismas.

Explicó que efectivamente, entre las partes se suscribió el contrato HG-CON- 059-2016, por valor de \$54.000.000 que se cancelarían mediante actas parciales previa presentación de la facturación del servicio con el visto bueno del supervisor. Que para este contrato se elaboraron 11 actas, mes a mes, entre marzo y diciembre de 2016, sin que hayan sido allegadas las facturas que ahora se cobran por este medio de control.

Planteó las siguientes excepciones:

- **Cobro de lo no debido:** el Hospital para el año 2016 suscribió contrato HG-CON-059-2016 de prestación de servicios con la demandante, cuyo objeto era suministrar, a título de venta, oxígeno líquido medicinal y otros gases con fines medicinales.

Por ello, cualquier “urgencia manifiesta” estaba amparada por el contrato de prestación de servicios celebrado con la parte actora, y en tal sentido debía facturarse dentro del plazo del mismo.

Afirmó que se está realizando un cobro de un servicio y/o suministro del cual no reposa en el hospital constancia de haberse prestado, más allá de lo consignado y relacionado en las actas de supervisión y pagos parciales del contrato.

- **Genérica:** pidió declarar de oficio cualquier otra excepción que se encuentra probada en el proceso.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia dictada el 14 de mayo de 2020 negó pretensiones, tras plantearse como problema jurídico si una empresa puede reclamar a una entidad pública el perjuicio económico que le generó el no pago de unas facturas ejecutadas sin respaldo de un contrato estatal.

Comenzó por analizar el material probatorio que reposa en el expediente, del cual extrajo el contrato suscrito entre la demandante y la demanda relacionado con el suministro de oxígeno líquido medicinal, comodato de equipos y red de gases medicinales, cuya duración era del 16 de febrero de 2016 al 31 de diciembre de ese mismo año, así como las actas de recibo parcial de la prestación de servicios y las facturas que se expidieron durante la vigencia del negocio, para destacar que no reposaba prueba de que se hubieran presentado cuentas de cobro por las facturas reclamadas en la demanda, las cuales tenían fecha de marzo a mayo de 2016, época en la cual existía disponibilidad presupuestal para cancelarlas, de lo cual infería que el suministro de gas que se estaba cobrando con ellas se había prestado por fuera de los límites temporales del contrato.

Seguidamente, hizo un análisis de la *actio in rem verso*, para luego descender al caso concreto y advertir que el proceso giraba en torno al supuesto enriquecimiento sin causa que se presentó en favor del hospital demandado y el correlativo empobrecimiento de la empresa actora en razón al suministro de gas medicinal en el año 2016, frente a lo cual, aunque afirmó que existía un contrato, se evidenció que varias facturas quedaron por fuera de su valor presupuestal; y pese a que se afirmó que no se podía suspender el suministro de gas nunca se explicó el motivo, y solo se indicó que era por una urgencia manifiesta, lo cual tampoco se acreditó.

Añadió que no se probó que la provisión del servicio se subsumiera en alguna de las hipótesis establecidas por el Consejo de Estado para la procedencia de la *actio in rem verso*, ya que no se acreditó que la prestadora de salud constriñó a la empresa para que

suministrara el gas medicinal, y tampoco se demostró qué condiciones de urgencia exigían la entrega de los gases medicinales suministrados, de modo que las entregas realizadas por fuera del contrato no eran exigibles, más cuando la provisión se realizó sin el respaldo de un contrato, eludiéndose la formalidad escrita, y con pleno desconocimiento de los principios que rigen las actuaciones administrativas, especialmente las relacionadas con la transparencia y publicidad.

Se plasmó en la parte resolutive lo siguiente:

PRIMERO: DECLÁRASE probada la excepción de cobro de lo no debido propuesta por el Hospital Geriátrico San Isidro, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda dentro del medio de control de REPARACIÓN DIRECTA instaurado por la empresa GASES INDUSTRIALES DE COLOMBIA S.A. en contra del HOSPITAL GERIÁTRICO SAN ISIDRO.

TERCERO: CONDENAR en costas a GASES INDUSTRIALES DE COLOMBIA S.A. cuya liquidación y ejecución se harán conforme al Código General del Proceso (artículo 366). Se fijan las agencias en derecho por el valor equivalente 838.889, conforme a los parámetros establecidos en el artículo 5º del Acuerdo PSAA16-10554 del Consejo Superior de la Judicatura.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación, tal como consta en el archivo #08 del expediente digital de primera instancia.

Adujo que, como bien lo determinó el juzgado, los despachos facturados y demandados en este proceso fueron posteriores a la terminación del contrato que fue celebrado entre las partes, lo que demostraba que el hospital tuvo un enriquecimiento injustificado que conllevó el empobrecimiento de la sociedad demandante, ya que el suministro del producto se realizó con base en la urgencia manifiesta.

Añadió que la sentencia es permisiva con la entidad accionada, al darle la oportunidad de que abuse de las empresas privadas y se enriquezca a su costa.

Pidió entonces revocar la sentencia de primera instancia y acceder a pretensiones.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante: no presentó alegatos

Parte demandada: no presentó alegatos.

MINISTERIO PÚBLICO.

No presentó concepto de fondo.

CONSIDERACIONES

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

Problema jurídico

¿Tiene derecho la parte actora, en virtud de la figura de la *actio in rem verso*, a que, el Hospital Geriátrico San Isidro E.S.E., le cancele el valor reclamado en la demanda derivado de las facturas de venta de oxígeno?

Pruebas (archivo #1 "ExpedienteCompleto")

- Entre Gases Industriales de Colombia S.A y el Hospital Geriátrico San Isidro E.S.E se celebró un contrato HG-CON-059-2016 relacionado con el suministro de oxígeno líquido medicinal, comodato de equipos y de red de gases medicinales, el cual tenía un valor de \$54.000.000.

Entre las consideraciones para realizar el contrato se plasmó la siguiente:

(...) 5) Que el hospital debe contar con oxígeno y gases medicinales para los pacientes que lo requieran según las indicaciones del médico tratante, lo que implica contar con una serie de equipos, materiales y elementos para el suministro efectivo, de igual forma la institución debe suministrar el oxígeno medicinal domiciliario para los pacientes que lo ameriten según indicaciones del especialista. Que para el hospital cumplir con el objeto de

los contratos del régimen subsidiado y contributivo, debe contratar una empresa que suministre el oxígeno y los gases medicinales (...).

Sobre las actividades a desarrollar por parte del contratista, en la cláusula segunda se indicó que se comprometía a realizar a favor del hospital las siguientes actividades y cumplir con estas obligaciones:

- a) Mantener en condiciones de funcionamiento el tanque criogénico estacionario y sus accesorios, los cilindros y la red de gases medicinales, entregados en calidad de comodato respectivamente.
- b) Efectuar el suministro periódico del oxígeno o gases medicinales, de acuerdo a las necesidades normales del hospital, durante las 24 horas al día y 365 días al año.
- c) Hacer el mantenimiento de los equipos y bienes entregados en calidad de comodato.
- d) Poner a disposición del hospital la línea de atención y servicio al cliente Cryolinea con personal especializado para atención de pedidos, información e incidencias durante las 24 horas, los 365 días del año durante el periodo de vigencia del contrato.

Sobre el plazo, se consignó en la cláusula quinta que sería desde la firma del acta de inicio hasta el 31 de diciembre de 2016 o hasta agotar la disponibilidad presupuestal. Aunque dentro del proceso no reposa el acta de inicio y de finalización, en las actas parciales del contrato se indicó que el mismo se ejecutó entre el 10 de febrero y el 31 de diciembre de 2016.

En relación con la forma de pago, se estableció en la cláusula séptima del contrato lo siguiente:

VALOR Y FORMA DE PAGO. Para todos los efectos legales y fiscales el valor del presente contrato es la suma de CINCUENTA Y CUATRO MILLONES DE PESOS M/CTE (\$54.000.000) INCLUIDO IVA que EL HOSPITAL, pagará al CONTRATISTA mediante actas parciales, previo informe rendido por EL CONTRATISTA al Supervisor, conforme a la disponibilidad de caja de la institución y dentro de los 3 meses siguientes a la presentación de la cuenta de cobro con el lleno de requisitos legales para ello, entendidos estos como el informe de actividades y la constancia del pago de seguridad social, pensiones y riesgos laborales del mes en el

que se desarrollaron las actividades que se pretenden cobrar.

- Reposan en el expediente 11 actas parciales de prestación de servicios e interventoría, que dan cuenta mes a mes del desarrollo del contrato. De estas actas se extrae la siguiente información:

ACTA	PERÍODO CORRESPONDIENTE	VALOR	FACTURAS
Acta nro. 11	diciembre de 2016	\$6.694.128	153427857 153428791 153427858 153430791 153432068 153424506
Acta nro. 10	noviembre de 2016	\$ 8.016.870	153391906 153392710 153394171 153394173 153414274 153400088 153398314 153401826
Acta nro. 09	octubre de 2016	\$ 7.364.596	153362888 153366581 153385985 153368523 153386613 153366960
Acta nro. 08	septiembre de 2016	\$ 6.294.409	153343357 153336713 153335820 153337280 153339187
Acta nro. 07	agosto de 2016	\$ 7.049.328	153306796 153307277 153309542 153312144 153314439 153317948
Acta nro. 06	julio de 2016	\$ 11.387.600	153283598 153280072 153277979 153279476 153299768 153228837
Acta nro. 05	junio de 2016	\$ 8.279.796	153255472 153260539 153271591 153249390 153252653 153246892

Acta nro. 04	mayo de 2016	\$ 4.801.532	153216973 153221732 153217836 153223306
Acta nro. 03	abril de 2016	\$ 4.758.128	153188898 153189988 153194103 153209369
Acta nro. 02	marzo de 2016	\$ 6.170.298	153176955 153157992 153164473 153157236
Acta nro. 01	febrero de 2016	\$ 3.622.400	153128682 153133723

En el acta nro. 11, que es la correspondiente al mes de diciembre de 2016, se mencionaron 2 otro sí; uno por valor de \$10.000.000, y otro por valor de \$15.000.000.

En esa misma acta nro. 011 se realizó la siguiente relación del contrato:

VALOR DEL CONTRATO	\$ 54.000.000
OTROS SÍ No. 1	\$ 10.000.000
OTRO SÍ No. 2	\$ 15.000.000
TOTAL	\$ 79.000.000
VALOR EJECUTADO FEBRERO	\$ 3.622.400
VALOR EJECUTADO MARZO	\$ 6.170.298
VALOR EJECUTADO ABRIL	\$ 4.758.128
VALOR EJECUTADO MAYO	\$ 4.801.532
VALOR EJECUTADO JUNIO	\$ 8.279.796
VALOR EJECUTADO JULIO	\$ 11.387.966
VALOR EJECUTADO AGOSTO	\$ 7.049.328
VALOR EJECUTADO SEPTIEMBRE	\$ 6.294.409
VALOR EJECUTADO OCTUBRE	\$ 7.364.596
VALOR EJECUTADO NOVIEMBRE	\$ 8.016.870
VALOR EJECUTADO DICIEMBRE	\$ 6.694.128
VALOR TOTAL EJECUTADO	\$ 74.439.451
SALDO POR EJECUTAR	\$ 4.560.549

- Se aportaron con la demanda unas facturas de venta que emitió Gases Industriales de Colombia al Hospital Geriátrico San Isidro, y que son objeto de este proceso, las cuales no están relacionadas en las actas parciales. En estos documentos se plasmó en el ítem "observaciones", que reemplazaban otras facturas por cambio de fechas, pero las originales tampoco están relacionadas en las actas parciales. También tienen una casilla en la cual aparece la fecha de recepción de la factura.

FACTURAS DE VENTA	FECHA	DESCRIPCIÓN	VALOR	FACTURA QUE REEMPLAZA	FECHA DE RECIBO FACTURA
153152826	3/03/2016	oxígeno líquido medicinal	\$1.529.600	153119717	7/03/2016
153163308	28/03/2016	oxígeno medicinal y oxígeno médico	\$ 21.676	153120367	28/03/2016
153163309	28/03/2016	oxígeno líquido medicinal	\$ 1.386.900	153120368	28/03/2016
153163311	28/03/2016	oxígeno líquido medicinal	\$ 1.386.900	153120366	28/03/2016
153163365	28/03/2016	oxígeno líquido medicinal	\$ 1.952.700	153092260	28/03/2016
153163368	28/03/2016	oxígeno líquido medicinal	\$ 1.562.850	153120370	28/03/2016
153163310	28/03/2016	oxígeno líquido medicinal	\$ 1.952.700	153120372	28/03/2016
153163369	28/03/2016	oxígeno líquido medicinal	\$ 1.386.900	153120365	28/03/2016
153213518	3/05/2016	oxígeno líquido medicinal	\$ 1.603.200	153125168	04/05/2016
153214472	5/05/2016	oxígeno líquido medicinal	\$ 1.609.600	153119726	Ilegible
153214477	5/05/2016	oxígeno medicinal y oxígeno médico	\$ 27.095	153091431	06/05/2016
153214479	5/05/2016	oxígeno médico	\$ 21.676	153119687	06/05/2016
153214482	5/05/2016	oxígeno líquido medicinal	\$2.336.00	153119718	06/05/2016

Solución al problema jurídico

Tiene derecho la parte actora, en virtud de la figura de la *actio in rem verso*, a que, el Hospital Geriátrico San Isidro E.S.E., le cancele el valor reclamado en la demanda derivado de las facturas de venta de oxígeno?

Tesis: la Sala defenderá la tesis de que en este caso no se demostró que el suministro de oxígeno por parte de la empresa demandante, sin un contrato que lo respaldara, encajara en alguna de las hipótesis señaladas por el Consejo de Estado para la procedencia de la *actio in rem verso*; por lo que no existe causa que justifique la pretensión de enriquecimiento sin causa.

Ha dicho la jurisprudencia del Consejo de Estado que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas; norma que le sirve de fundamento al

artículo 140 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo que consagra el medio de control de reparación directa, cuyo ejercicio dio origen al presente proceso y que establece la posibilidad que tienen los interesados de demandar la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado.

Y es a través de este medio de control que se ha establecido la posibilidad de reclamar la pretensión de enriquecimiento sin causa, que da origen a la llamada *actio in rem verso*, la cual se convierte en una garantía para buscar un restablecimiento patrimonial, valga la redundancia, causado por el enriquecimiento sin causa de la administración derivado de la ejecución de obras, prestación de servicios y suministro de bienes sin la celebración de un contrato estatal.

Sin embargo, la *actio in rem verso* no puede ser invocada para reclamar el pago de obras, entrega de bienes o servicios ejecutados sin la previa celebración de un contrato estatal que los justifique, por la elemental pero suficiente razón consistente en que para su procedencia se requiere, entre otros requisitos, que con ella no se pretenda desconocer o contrariar una norma imperativa, y por ello, la misma está supeditada a la ocurrencia de ciertas hipótesis que son de carácter excepcional y, por consiguiente, de interpretación y aplicación restrictiva, las cuales de ninguna manera sirven para encuadrar dentro de esos casos excepcionales, o al amparo de ellos, eventos que necesariamente deben quedar comprendidos dentro de la regla general, que como ya se advirtió, está referida a que cualquier reclamo relacionado con el pago de obras, entrega de bienes o servicios ejecutados debe estar precedido de la celebración de un contrato estatal celebrado con las formalidades de ley que los soporte, de conformidad con lo establecido en la Ley 80 de 1993.

Y es que, según esta norma, los contratos estatales son solemnes, ya que para su perfeccionamiento se exige que consten por escrito, excepción hecha de ciertos eventos de urgencia manifiesta en que el contrato se torna consensual ante la imposibilidad de cumplir con la exigencia de la solemnidad del escrito (artículo 41 inciso 4 Ley 80 de 1993). En los demás casos de urgencia manifiesta, que no queden comprendidos en esta hipótesis, la solemnidad del escrito se sujeta a la regla general expuesta.

En tal sentido, esta norma que exige una solemnidad es de orden público e imperativa, por lo tanto, inmodificable e inderogable por el querer de sus destinatarios.

Para comenzar al resolver el problema jurídico, se hace necesario referenciar cuáles son las hipótesis en las que procede la *actio in rem verso*. Estas fueron explicadas en la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 19 de noviembre de 2012, radicado 73001-23-31-000-2000-03075-01(24897) de la siguiente manera:

12.1 Para este efecto la Sala empieza por precisar que, por regla general, el enriquecimiento sin causa, y en consecuencia la actio de in rem verso, que en nuestro derecho es un principio general, tal como lo dedujo la Corte Suprema de Justicia¹ a partir del artículo 8º de la ley 153 de 1887, y ahora consagrado de manera expresa en el artículo 831² del Código de Comercio, no pueden ser invocados para reclamar el pago de obras, entrega de bienes o servicios ejecutados sin la previa celebración de un contrato estatal que los justifique por la elemental pero suficiente razón consistente en que la actio de in rem verso requiere para su procedencia, entre otros requisitos, que con ella no se pretenda desconocer o contrariar una norma imperativa o cogente.

Pues bien, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993 los contratos estatales son solemnes puesto que su perfeccionamiento exige la solemnidad del escrito, excepción hecha de ciertos eventos de urgencia manifiesta en que el contrato se torna consensual ante la imposibilidad de cumplir con la exigencia de la solemnidad del escrito (Ley 80 de 1993 artículo 41 inciso 4º). En los demás casos de urgencia manifiesta, que no queden comprendidos en ésta hipótesis, la solemnidad del escrito se sujeta a la regla general expuesta.

No se olvide que las normas que exigen solemnidades constitutivas son de orden público e imperativas y por lo tanto inmodificables e inderogables por el querer de sus destinatarios.

En consecuencia, sus destinatarios, es decir todos los que pretendan intervenir en la celebración de un contrato estatal, tienen el deber de acatar la exigencia legal del escrito para perfeccionar un negocio jurídico de esa estirpe sin que sea admisible la ignorancia del precepto como excusa para su inobservancia.

Y si se invoca la buena fe para justificar la procedencia de la actio de in rem verso en los casos en que se han ejecutado obras o prestado servicios al margen de una relación contractual, como lo hace la tesis intermedia, tal justificación se derrumba con sólo percatarse de que la buena fe que debe guiar y que debe campear en todo el iter contractual, es decir antes, durante y después del contrato, es la buena fe objetiva y no la subjetiva.

¹ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil, de 12 de mayo de 1955. G.J. LXXX, 322.

² Artículo 831: Nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro.

En efecto, la buena fe subjetiva es un estado de convencimiento o creencia de estar actuando conforme a derecho, que es propia de las situaciones posesorias, y que resulta impropia en materia de las distintas fases negociales pues en estas lo relevante no es la creencia o el convencimiento del sujeto sino su efectivo y real comportamiento ajustado al ordenamiento y a los postulados de la lealtad y la corrección, en lo que se conoce como buena fe objetiva.

Y es que esta buena fe objetiva que debe imperar en el contrato tiene sus fundamentos en un régimen jurídico que no es estrictamente positivo, sino que se funda también en los principios y valores que se derivan del ordenamiento jurídico superior ya que persiguen preservar el interés general, los recursos públicos, el sistema democrático y participativo, la libertad de empresa y la iniciativa privada mediante la observancia de los principios de planeación, transparencia y selección objetiva, entre otros, de tal manera que todo se traduzca en seguridad jurídica para los asociados.

Así que entonces, la buena fe objetiva “que consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte³, y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia”, es la fundamental y relevante en materia negocial y “por lo tanto, en sede contractual no interesa la convicción o creencia de las partes de estar actuando conforme a derecho, esto es la buena fe subjetiva, sino, se repite, el comportamiento que propende por la pronta y plena ejecución del acuerdo contractual”,⁴ cuestión esta que desde luego también depende del cumplimiento de las solemnidades que la ley exige para la formación del negocio.

Y esto que se viene sosteniendo encuentra un mayor reforzamiento si se tiene en cuenta además que esa buena fe objetiva, que es inherente a todas las fases negociales, supone la integración en cada una de ellas de las normas imperativas correspondientes, tal como claramente se desprende de lo preceptuado en el artículo 871 del Código de Comercio, con redacción similar al artículo 1603 del Código Civil, que prevé que los contratos deben “celebrarse y ejecutarse de buena fe, y en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.”

³ En este sentido cfr. M.L. NEME VILLARREAL. Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. En Revista de Derecho Privado. No. 17. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2009, p. 73.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 22 de junio de 2011, expediente 18836.

Por consiguiente la creencia o convicción de estar actuando conforme lo dispone el ordenamiento jurídico en manera alguna enerva los mandatos imperativos de la ley para edificar una justificación para su elusión y mucho menos cuando la misma ley dispone que un error en materia de derecho "constituye una presunción de mala fe que, no admite prueba en contrario."⁵

Pero por supuesto en manera alguna se está afirmando que el enriquecimiento sin causa no proceda en otros eventos diferentes al aquí contemplado, lo que ahora se está sosteniendo es que la actio de in rem verso no puede ser utilizada para reclamar el pago de obras o servicios que se hayan ejecutado en favor de la administración sin contrato alguno o al margen de este, eludiendo así el mandato imperativo de la ley que prevé que el contrato estatal es solemne porque debe celebrarse por escrito, y por supuesto agotando previamente los procedimientos señalados por el legislador.

12.2. Con otras palabras, la Sala admite hipótesis en las que resultaría procedente la actio de in rem verso sin que medie contrato alguno pero, se insiste, estas posibilidades son de carácter excepcional y por consiguiente de interpretación y aplicación restrictiva, y de ninguna manera con la pretensión de encuadrar dentro de estos casos excepcionales, o al amparo de ellos, eventos que necesariamente quedan comprendidos dentro de la regla general que antes se mencionó.

Esos casos en donde, de manera excepcional y por razones de interés público o general, resultaría procedente la actio de in rem verso a juicio de la Sala, serían entre otros los siguientes:

a) Cuando se acredite de manera fehaciente y evidente en el proceso, que fue exclusivamente la entidad pública, sin participación y sin culpa del particular afectado, la que en virtud de su supremacía, de su autoridad o de su imperium constricto o impuso al respectivo particular la ejecución de prestaciones o el suministro de bienes o servicios en su beneficio, por fuera del marco de un contrato estatal o con prescindencia del mismo.

b) En los que es urgente y necesario adquirir bienes, solicitar servicios, suministros, ordenar obras con el fin de prestar un servicio para evitar una amenaza o una lesión inminente e irreversible al derecho a la salud, derecho este que es fundamental por conexidad con los derechos a la vida y a la integridad personal, urgencia y necesidad que deben aparecer de manera objetiva y manifiesta como consecuencia de la imposibilidad absoluta de planificar y adelantar un proceso de selección de contratistas, así como de la celebración de los correspondientes contratos, circunstancias que deben estar plenamente acreditadas en el proceso contencioso

⁵ Inciso final del artículo 768 del Código Civil.

administrativo, sin que el juzgador pierda de vista el derrotero general que se ha señalado en el numeral 12.1 de la presente providencia, es decir, verificando en todo caso que la decisión de la administración frente a estas circunstancias haya sido realmente urgente, útil, necesaria y la más razonablemente ajustada a las circunstancias que la llevaron a tomar tal determinación.

C) En los que debiéndose legalmente declarar una situación de urgencia manifiesta, la administración omite tal declaratoria y procede a solicitar la ejecución de obras, prestación de servicios y suministro de bienes, sin contrato escrito alguno, en los casos en que esta exigencia imperativa del legislador no esté excepcionada conforme a lo dispuesto en el artículo 41 inciso 4º de la Ley 80 de 1993.

12.3. El reconocimiento judicial del enriquecimiento sin causa y de la actio de in rem verso, en estos casos excepcionales deberá ir acompañada de la regla según la cual, el enriquecimiento sin causa es esencialmente compensatorio y por consiguiente el demandante, de prosperarle sus pretensiones, sólo tendrá derecho al monto del enriquecimiento. Ahora, de advertirse la comisión de algún ilícito, falta disciplinaria o fiscal, el juzgador, en la misma providencia que resuelva el asunto, deberá cumplir con la obligación de compulsar copias para las respectivas investigaciones penales, disciplinarias y/o fiscales.

13. Ahora, en los casos en que resultaría admisible se cuestiona en sede de lo contencioso administrativo si la acción pertinente sería la de reparación directa.

Se recuerda que, de un lado, se prohija las tesis que niega la pertinencia de la vía de la reparación directa con fundamento en que se trata de una acción autónoma que es de carácter compensatoria y no indemnizatoria, aspecto este último que constituye la esencia la acción de reparación directa, y, de otro lado, se aduce que el camino procesal en lo contencioso administrativo es precisamente la de la reparación directa porque mediante esta se puede pedir la reparación de un daño cuando la causa sea, entre otras, un hecho de la administración.

Pues bien, si se tiene en cuenta que el enriquecimiento sin causa constituye básicamente una pretensión y que la autonomía de la actio de in rem verso se relaciona con la causa del enriquecimiento y no con la vía procesal adecuada para enrutarla, fácilmente se concluye que en materia de lo contencioso administrativo a la pretensión de enriquecimiento sin causa le corresponde la vía de la acción de reparación directa.

(...)

Así que entonces la autonomía de la actio de in rem verso se centra en que el enriquecimiento se produce sin una causa que

lo justifique y que como quiera que no hay causa justificante se carece de la correspondiente acción que daría la justa causa si esta existiere.

Esta la razón por la que se exige que no haya contrato, cuasicontrato, delito o cuasidelito al amparo del cual pueda pretenderse la restitución.

Emerge por consiguiente que la actio de in rem verso, más que una propia y verdadera acción, es una pretensión restitutoria de un enriquecimiento incausado, enriquecimiento éste que a no dudarlo constituye un daño para el empobrecido y que por lo tanto es equitativo que aunque no exista causa al amparo de la cual pueda exigirse la restitución esta se conceda en aplicación de la regla que prohíbe enriquecerse a expensas de otro.

Luego es en ese ámbito y de esta manera como debe entenderse la autonomía de la actio de in rem verso, lo que en otras palabras significa que su autonomía es más de carácter sustancial que procedimental.

Así el asunto resulta claro que mediante la llamada acción de reparación directa que consagra el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo puede pretenderse el reconocimiento del enriquecimiento sin causa y la consiguiente restitución en todos aquellos casos en que resultaría procedente, puesto que esta acción está prevista precisamente para poder demandar directamente la reparación del daño cuando provenga, entre otros eventos, de un hecho de la administración.

Y el argumento para negar la viabilidad de la reparación directa para las pretensiones de enriquecimiento sin causa, sosteniendo que aquella es indemnizatoria y esta compensatoria, también se derrumba con sólo considerar que quien se ve empobrecido sin una causa que lo justifique está padeciendo un daño y por ende puede pedir su reparación, pero como de la esencia de una pretensión edificada sobre un enriquecimiento incausado es que la restitución sólo va hasta el monto del enriquecimiento, es esto lo que en ese caso puede pedir y nada más.

Puestas así las cosas aparece obvio que la vía procesal en lo contencioso administrativo para recabar un enriquecimiento incausado es la de la reparación directa porque mediante ésta se puede demandar la reparación del daño y esto es precisamente lo que padece quien se ve empobrecido si quien correlativamente se enriquece sin una causa que lo justifique.

Se resume que los casos en que resultaría procedente la *actio in rem verso* son los siguientes, las cuales además deben estén plenamente demostrados en el proceso:

- Cuando la entidad pública, sin participación y sin culpa del particular afectado, en virtud de su posición, constriñe o impone al respectivo particular la ejecución de prestaciones o el suministro de bienes o servicios en su beneficio, por fuera del marco de un contrato estatal o con prescindencia del mismo.
- En los que es urgente y necesario adquirir bienes, solicitar servicios, suministros, ordenar obras con el fin de prestar un servicio para evitar una amenaza o una lesión inminente e irreversible al derecho a la salud.
- En los que debiéndose legalmente declarar una situación de urgencia manifiesta, la administración omite tal declaratoria y procede a solicitar la ejecución de obras, prestación de servicios y suministro de bienes, sin contrato escrito alguno, en los casos en que esta exigencia imperativa del legislador no esté excepcionada conforme a lo dispuesto en el artículo 41 inciso 4º de la Ley 80 de 1993.

Afirma la parte demandante que en virtud de una “urgencia manifiesta”, la empresa Gases Industriales de Colombia suministró oxígeno al Hospital Geriátrico luego de terminado el contrato HG-CON-059-2016; provisión que aduce no le ha sido cancelada y está respaldada en varias facturas de venta que en total suman \$16.777.797.

Por lo anterior, infiere la Sala que la hipótesis en que se justifica la procedencia de la *actio in rem verso* y, por consiguiente, como causa del enriquecimiento, estaría relacionada con alguna de las dos atinentes a una situación de urgencia.

Pero antes de analizar lo anterior, debe agregarse que jurisprudencialmente se han establecido cinco exigencias sin cuya presencia no es posible pretender se reconozca el enriquecimiento sin causa. Al respecto, se cita sentencia del 6 de febrero de 2020, radicado 05001-23-31-000-2009-01208-01(46361) en la que se explicaron las mismas así:

En estas condiciones, el presente caso está gobernado por los lineamientos esbozados en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia⁶ que se pronunció sobre las condiciones en las cuales opera la actio de in rem verso, así:

1) Que exista un enriquecimiento, es decir, que el obligado haya obtenido una ventaja patrimonial, la cual puede ser positiva o negativa. Esto es, no sólo en el sentido de adición de algo sino también en el de evitar el menoscabo de un patrimonio.

⁶ Corte Suprema de Justicia, sentencias de casación del 6 de septiembre de 1935, del 19 de noviembre de 1936.

2) Que haya un empobrecimiento correlativo, lo cual significa que la ventaja obtenida por el enriquecido haya costado algo al empobrecido, o sea que a expensas de este se haya efectuado el enriquecimiento. Es necesario aclarar que la ventaja del enriquecido puede derivar de la desventaja del empobrecido, o, a la inversa, la desventaja de éste derivar de la ventaja de aquél.

Lo común es que el cambio de la situación patrimonial se opere mediante una prestación hecha por el empobrecido al enriquecido, pero el enriquecimiento es susceptible de verificarse también por intermedio de otro patrimonio.

El acontecimiento que produce el desplazamiento de un patrimonio a otro debe relacionar inmediatamente a los sujetos activo y pasivo de la pretensión de enriquecimiento, lo cual equivale a exigir que la circunstancia que origina la ganancia y la pérdida sea una y sea la misma.

3) Para que el empobrecimiento sufrido por el demandante, como consecuencia del enriquecimiento del demandado, sea injusto, se requiere que el desequilibrio entre los dos patrimonios se haya producido sin causa jurídica.

En el enriquecimiento torticero, causa y título son sinónimos, por cuyo motivo la ausencia de causa o falta de justificación en el enriquecimiento, se toma en el sentido de que la circunstancia que produjo el desplazamiento de un patrimonio a otro no haya sido generada por un contrato o un cuasi-contrato, un delito o un cuasi-delito, como tampoco por una disposición expresa de la ley.

4) Para que sea legitimada en la causa la acción de in rem verso, se requiere que el demandante, a fin de recuperar el bien carezca de cualquiera otra acción originada por un contrato, un cuasi-contrato, un delito, un cuasi-delito, o de las que brotan de los derechos absolutos.

Por lo tanto, carece igualmente de la acción de in rem verso el demandante que por su hecho o por su culpa perdió cualquiera de las otras vías de derecho. Él debe sufrir las consecuencias de su imprudencia o negligencia.

5) La acción de in rem verso no procede cuando con ella se pretende soslayar una disposición imperativa de la ley.

De conformidad con lo anterior, se observa que el enriquecimiento sin causa es fuente de obligaciones cuando reúne los siguientes requisitos: (i) la existencia de un enriquecimiento, es decir, que el obligado haya obtenido una ventaja o beneficio patrimonial —ventaja positiva— o, que su patrimonio no haya sufrido detrimento alguno —ventaja negativa—, (ii) el empobrecimiento correlativo, lo cual significa que la ventaja obtenida por el enriquecido se haya traducido

*consecuentemente en una mengua patrimonial para el empobrecido, (iii) la ausencia de causa jurídica⁷, que justifique el empobrecimiento sufrido por el afectado como consecuencia del enriquecimiento del beneficiado, es decir, que sea injusto, iv) que el demandante, a fin de recuperar el bien carezca de cualquiera otra acción originada por un contrato, un cuasi-contrato, un delito, un cuasi-delito, o de las que brotan de los derechos absolutos y, v) la *actio in rem verso* no procede cuando con ella se pretende soslayar una disposición imperativa de la ley.*

Las exigencias para que exista el enriquecimiento sin causa se centran en lo siguiente: (i) que exista un enriquecimiento; (ii) que haya un correlativo empobrecimiento; (iii) que el desequilibrio entre los dos patrimonios se haya producido sin causa jurídica; (iv) que el interesado en restablecer su patrimonio carezca de cualquier otra acción originada en un contrato, un cuasicontrato, un delito, un cuasidelito o de las que emanen de los derechos absolutos; y (v) que la *actio in rem verso* no procede cuando se pretenda con ella soslayar un imperativo legal.

De antemano se debe advertir que comparte esta Sala la decisión que tomó el *a quo* en la sentencia de primera instancia, relativa a que la parte demandante no acreditó alguna de las hipótesis planteadas por el Consejo de Estado como causantes del enriquecimiento sin causa, por lo siguiente.

Cuando se revisan las mencionadas hipótesis a las que se ha hecho alusión, y se confrontan con lo expuesto en la demanda, se evidencia que en este caso la empresa accionante mencionó una “urgencia manifiesta” como justificación para continuar prestando el servicio, pero no diferenció si se trataba de cuando es urgente y necesario suministrar un bien para evitar una amenaza o una lesión inminente e irreversible al derecho a la salud; o cuando debiéndose legalmente declarar una situación de urgencia manifiesta la administración omite tal declaratoria y procede a solicitar el suministro de bienes, sin contrato escrito alguno, en los casos en que esta exigencia imperativa del legislador no esté excepcionada conforme a lo dispuesto en el artículo 41 inciso 4º de la Ley 80 de 1993.

A pesar de ello, si se estudian ambas, se llegaría a la misma conclusión, y es que ninguna fue probada en el *sub lite*.

⁷ A propósito de los requisitos del enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones, entre muchas otras, se remite a la sentencia del 31 de julio del 2014, rad. 29892, Sección Tercera, Subsección B, M.P. Danilo Rojas Betancourth.

La primera, relacionada con la necesidad y urgencia de suministrar un bien para evitar una amenaza o lesión inminente e irreversible al derecho a la salud, porque el solo hecho de tratarse del suministro de oxígeno a un hospital no lleva a concluir, *per se*, que el hecho de que la empresa dejará de proveer el servicio hubiera generado una situación de este tipo.

Esto, porque aunque en los considerandos del contrato se hubiera establecido que el hospital debía contar con oxígeno y gases medicinales para los pacientes que lo requieran según las indicaciones del médico tratante, lo que implicaba contar con una serie de equipos, materiales y elementos para el suministro efectivo, no se sabe si las circunstancias del servicio cambiaron luego de terminado el contrato; como tampoco se conoce si el centro asistencial, por ejemplo, tenía otro contrato con este mismo objeto con otra empresa; o si estaba garantizando la prestación del servicio de otra manera. Es decir, hace falta conocer la razón concreta por la cual se siguió prestando suministrando el oxígeno pese a que el contrato ya había finiquitado, pues de ello no se hace mención en la demanda, aparte de aducir una urgencia manifiesta.

Aunado a lo anterior, el artículo 42 de la Ley 80 de 1993, en relación con la urgencia manifiesta dispuso lo siguiente:

ARTÍCULO 42. DE LA URGENCIA MANIFIESTA. <Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007> *Existe urgencia manifiesta cuando la continuidad del servicio exige el suministro de bienes, o la prestación de servicios, o la ejecución de obras en el inmediato futuro; cuando se presenten situaciones relacionadas con los estados de excepción; cuando se trate de conjurar situaciones excepcionales relacionadas con hechos de calamidad o constitutivos de fuerza mayor o desastre que demanden actuaciones inmediatas y, en general, cuando se trate de situaciones similares que imposibiliten acudir a los procedimientos de selección o ~~CONCURSO~~ públicos.*

La urgencia manifiesta se declarará mediante acto administrativo motivado.

PARÁGRAFO. <Parágrafo **CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE**> *Con el fin de atender las necesidades y los gastos propios de la urgencia manifiesta, se podrán hacer los traslados presupuestales internos que se requieran dentro del presupuesto del organismo o entidad estatal correspondiente.*

Se determinó en la anterior disposición, que existe urgencia manifiesta cuando se presentan situaciones que imposibiliten acudir a los procedimientos de selección públicos; y, además, que la misma se deberá declarar mediante acto administrativo, lo cual tampoco se demostró en este caso.

Y en relación con la segunda hipótesis, es decir, cuando se debe declarar una situación de urgencia manifiesta y la administración la omite y procede a solicitar el suministro de bienes, sin contrato escrito alguno, tampoco encuentra esta Sala alguna prueba que acredite cómo fue que el hospital le solicitó a la empresa demandante continuara con ese suministro del oxígeno y bajo qué condiciones, lo cual se pudo acreditar con prueba documental o testimonial, y que hubiera servido para comprobar el por qué se optó por no suspender el servicio.

Así las cosas, si bien la parte continuó abasteciendo de oxígeno al hospital sin la celebración de un contrato con el cumplimiento de las formalidades de ley, esto no se debió a una "urgencia manifiesta", y por ello no puede pasarse por alto la obligación de haber celebrado un contrato con las formalidades de ley, tal como ya se había hecho antes entre las dos entidades con el contrato HG-CON-059 que tuvo una vigencia entre febrero y diciembre de 2016, sin que pueda alegar la actora que no reconocer el valor del servicio prestado es favorecer a la administración, pues es claro que todos los que pretendan celebrar un contrato estatal tienen el deber de acatar la exigencia legal del escrito para perfeccionar un negocio jurídico de este tipo, sin que sea admisible la ignorancia como excusa para su inobservancia, máxime en este caso, que como se advirtió, la parte ya había contratado con la accionada.

Se resalta que la parte actora, además, no desplegó una actividad probatoria suficiente en este caso para acreditar la otra hipótesis que se ha establecido para la procedencia del enriquecimiento sin causa, esta es, el constreñimiento de la entidad al particular para la ejecución de prestaciones o el suministro de bienes o servicios en su beneficio, por fuera del marco de un contrato estatal o con prescindencia del mismo, pues no se hace mención a la misma.

Así las cosas, al no encontrar cumplida alguna de las hipótesis establecidas por la jurisprudencia del Máximo Tribunal Administrativo para la procedencia de la *actio in rem verso*, irrelevante se hace estudiar los cinco requisitos para hablar de un enriquecimiento sin causa, especialmente porque el quinto ítem para que se configure esta figura, es que no procede cuando se pretenda soslayar un imperativo legal, tal como ocurrió en este caso,

en el cual se pretendió desconocer el cumplimiento de una norma que exige que los contratos estatales que se celebren con el Estado deben constar por escrito, agotando desde luego los procedimientos de selección previstos en la ley.

Conclusiones

Al no haber demostrado la parte demandante que el suministro de oxígeno, sin un contrato, se originó en alguna de las hipótesis procedentes para la *actio in rem verso*; sumado a que el enriquecimiento sin causa no puede pretender desconocer o eludir normas imperativas, no hay lugar a reconocer suma de dinero alguna en favor de Gases Industriales de Colombia S.A.

Por ello, se confirmará la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales el día 14 de mayo de 2020.

Costas

Con fundamento en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, en el presente asunto no se condenará en costas de segunda instancia, ya que no hubo actuación de las partes antes este Tribunal.

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

FALLA

Primero: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales el día 14 de mayo de 2020 en el proceso de **REPARACIÓN DIRECTA** promovido por **GASES INDUSTRIALES DE COLOMBIA S.A** contra **EL HOSPITAL GERIATRICO SAN ISIDRO E.S.E.**

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

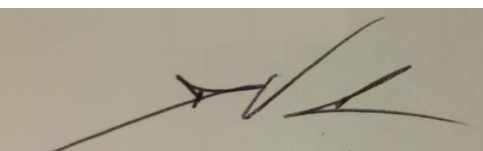
Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Virtual realizada el 2 de julio de 2021.
Conforme Acta nro. 041 de 2021.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



PATRICIA VARELA CIFUENTES
Magistrada



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
ESTADO ELECTRÓNICO

Notificación por Estado Electrónico No. 129 del 26 de julio de 2021.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, veintitrés (23) de julio de dos mil veintiuno (2021).

A.I. 146

Radicación: 17001-33-33-001-2015-00038-03
Clase: Reparación directa
Demandante: José Oscar - Bedoya Arcila
Demandados: Transgas de Occidente y Ecopetrol

Se resuelve el recurso de queja interpuesto por el demandante contra el auto proferido por el Juzgado Primero Administrativo de Manizales, el 11 de mayo de 2021 por medio del cual se negó conceder el recurso de apelación contra la sentencia que puso fin a la primera instancia.

I. Antecedentes

El Juzgado Primero Administrativo de Manizales el 24 de junio de 2020 profirió sentencia negando las pretensiones del demandante.

El demandante el 14 de agosto de 2020 presentó **recurso de apelación** frente a la sentencia para que *“sea el superior jerárquico quien revise la actuación y la revoque o modifique en la forma pedida por la parte demandante, de conformidad con los lineamientos de esa sustentación”*.

El Juzgado Primero Administrativo de Manizales el 11 de mayo de 2021, decidió negar el recurso de apelación frente a la sentencia por extemporáneo, para ello señaló que:

“Conforme a la constancia secretarial que antecede, y dado que el Consejo Superior de la Judicatura, suspendió los términos judiciales, con ocasión de la pandemia de la COVID-19, desde el 16 de marzo hasta el 30 de junio de 2020, y mediante el acuerdo PCSJA20-11567 ordenó reanudar los términos judiciales a partir del 1º de julio de 2020, el recurrente al radicar el escrito contentivo de la apelación el 14 de agosto de 2020, lo hizo en forma extemporánea, motivo por el que se procederá a su rechazo”.

El demandante el 14 de mayo de 2021 presentó **recurso de reposición y en subsidio de queja**; para ello argumentó que, su correo electrónico para notificaciones judiciales, incluso desde antes de la pandemia producida por el Covid-19, corresponde a fenibar@yahoo.es, el cual ha mantenido vigente por más de 20 años, en forma pública, permanente, ininterrumpida y constante y que además se encuentra registrado en el SIRNA, motivo por el cual la notificación de la sentencia proferida el 24 de junio de 2020 al correo fenibar@hotmail.com el 25 de junio de 2020 se considera irregular, pues señala ese correo electrónico no era el designado por el apoderado de la parte demandante como medio de notificación judicial. Como consecuencia de lo anterior señala que, los términos de ejecutoria de la sentencia proferida corrieron a partir del 11 de agosto de 2020, fecha en la cual el Despacho atendiendo su solicitud remitió la providencia referida al correo

fenibar@yahoo.es, por lo que el recurso de apelación interpuesto el 14 de agosto de 2020 fue oportuno y debe ser concedido.

El Juzgado Primero Administrativo de Manizales el 31 de mayo de 2021 decidió no reponer el auto del 11 de mayo de 2021 y conceder el recurso de queja; en síntesis señaló que:

“De acuerdo a lo anterior, considera este Despacho que no es procedente reponer la decisión tomada, toda vez que la sentencia de primera instancia proferida el 24 de junio de 2020 fue notificada al correo fenibar@hotmail.com al cual se habían notificado todas las actuaciones durante el trámite del proceso y como se probó líneas atrás, actuaciones de las cuales el apoderado de la parte demandante tuvo conocimiento, pues actuó en cada una de ellas y en ningún momento señaló que era un correo no autorizado o hubiere cambiado de dirección electrónica para el efecto del enteramiento de las providencias. (...)”.

II. Consideraciones

1. Problema jurídico

Se contrae a establecer si: *¿Estuvo bien denegado el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia proferida el 24 de junio de 2020?*

Para resolver el cuestionamiento planteado, se realizará una reseña sobre las generalidades del recurso de queja y del recurso de apelación, para luego analizar el caso concreto.

2. El recurso de queja

El artículo 245 del CPACA señaló la procedencia del recurso de queja, así: *“Este recurso procederá ante el superior cuando se niegue la apelación o se conceda en un efecto diferente, para que lo conceda si fuera procedente o corrija tal equivocación, según el caso. Igualmente, cuando no se concedan los recursos extraordinarios de revisión y unificación de jurisprudencia”.*

En cuanto a la procedencia, oportunidad y sustentación, en virtud de la remisión consagrada en la norma citada, este medio de impugnación se tramita en los términos del estatuto procesal civil, el cual, para el caso concreto, corresponde a lo previsto en el artículo 353 del Código General del Proceso que dispone:

“Artículo 353. Interposición y trámite. El recurso de queja deberá interponerse en subsidio del de reposición contra el auto que denegó la apelación o la casación, salvo cuando este sea consecuencia de la reposición interpuesta por la parte contraria, caso en el cual deberá interponerse directamente dentro de la ejecutoria.

Denegada la reposición, o interpuesta la queja, según el caso, el juez ordenará la reproducción de las piezas procesales necesarias, para lo cual se procederá en la forma prevista para el trámite de la apelación. Expedidas las copias se remitirán al superior, quien podrá ordenar al inferior que remita copias de otras piezas del expediente.

El escrito se mantendrá en la secretaría por tres (3) días a disposición de la otra parte para que manifieste lo que estime oportuno, y surtido el traslado se decidirá el recurso.

Si el superior estima indebida la denegación de la apelación o de la casación, la admitirá y comunicará su decisión al inferior, con indicación del efecto en que corresponda en el primer caso.”

Así las cosas, en relación con la queja, el legislador estableció, como presupuesto de procedibilidad, su interposición en subsidio al de reposición, para que el juez que denegó la concesión del recurso de apelación tenga la opción de reconsiderar su negativa y, de no hacerlo, sea el superior el que decida al respecto.

Para la presentación de la reposición se aplicará el trámite previsto en el artículo 318 del CGP, que señala *“el recurso deberá interponerse con expresión de las razones que lo sustenten”*. *“Cuando el auto se pronuncie fuera de audiencia el recurso deberá interponerse por escrito dentro de los tres (3) días siguientes al de la notificación del auto”*. (Se resalta)

Ahora, como los recursos deben formularse de manera simultánea, ha precisado el H. Consejo de Estado¹ que: *“...la obligación de sustentarlos se agota en un mismo momento, de ahí que los argumentos expuestos por el impugnante deban tenerse en cuenta tanto al resolverse la reposición como al decidirse la queja”*.

3. El recurso de apelación

El artículo 243 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA, expone de manera puntual las providencias que pueden ser recurridas a través de la apelación así: *“Apelación. Son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales y de los Jueces...”*.

De acuerdo a lo expuesto, se observa que el legislador adoptó una aplicación restringida del recurso de apelación, al disponer taxativamente los casos en que dicho recurso procede, inclusive en aquellos trámites e incidentes que se rijan por el procedimiento civil.

Sin embargo, ha precisado el H. Consejo de Estado² que: *“no significa que no se pueda adecuar una determinada decisión a alguna de las causales previstas para la procedencia del recurso de apelación, en virtud de su naturaleza o de estrecha relación con una decisión que sí es susceptible de apelación, cuestión que corresponde analizar en cada caso concreto”*.

En cuanto al término para la interposición y sustentación del recurso de apelación en contra de sentencias, el numeral 1 del artículo 247 del CPACA, establece que es de diez días siguientes a la notificación.

Y el artículo 203 del CPACA señala que: *“Las sentencias se notificarán, dentro de los tres (3) días siguientes a su fecha, mediante envío de su texto a través de mensaje al buzón electrónico para notificaciones judiciales. En este caso, al expediente se anexará la constancia de recibo generada por el sistema de información, y se entenderá surtida la notificación en tal fecha...”*.

4. Caso concreto

El demandante en su **recurso de reposición y en subsidio de queja** argumentó que, su correo electrónico para notificaciones judiciales, incluso desde antes de la pandemia producida por el Covid-19, corresponde a fenibar@yahoo.es, el cual ha mantenido vigente por más de 20 años, en forma pública, permanente, ininterrumpida y constante y que además se encuentra registrado en el SIRNA, motivo por el cual la notificación de la sentencia proferida el 24 de junio de 2020 al correo fenibar@hotmail.com el 25 de junio de 2020 se considera irregular, pues señala que ese correo electrónico no era el designado como medio de notificación judicial.

¹ Sección Tercera. Subsección A. Providencia del 6 de junio de 2018. Rad: 17001-23-33-000-2017-00574-01 (60780)

² Sección Tercera, Subsección B. 15 de agosto de 2018. Rad. 08001-23-33-006-2015-00205-01(61059)

Como consecuencia de lo anterior señala que, los términos de ejecutoria de la sentencia proferida corrieron a partir del 11 de agosto de 2020, fecha en la cual el Despacho atendiendo su solicitud remitió la providencia referida al correo fenibar@yahoo.es, por lo que el recurso de apelación interpuesto el 14 de agosto de 2020 fue oportuno y debe ser concedido.

Al respecto se tiene que, en la demanda se indican dos correos electrónicos del apoderado de la parte demandante: fenibar@hotmail.com y fenibar@yahoo.es. Por lo tanto, es claro que, de conformidad con lo dispuesto por el apoderado por la parte demandante, la notificación de las providencias que se dictaran en el proceso se podría llevar a cabo en cualquiera de las dos direcciones de correo electrónico suministradas.

Así, las actuaciones procesales que se indican a continuación fueron notificadas al correo electrónico: fenibar@hotmail.com, es decir al primero de los indicados en la demanda: - avoca conocimiento /fl. 116/, - inadmite la demanda /fl. 118/, - admite demanda /fl. 126/, - cita audiencia pruebas /C2/, - cita audiencia inicial /fl. 322/, - estese a lo resuelto por el Tribunal Administrativo de Caldas /fl. 336/, - reprograma hora de audiencia /fl. 339/, - requiere parte demandante /fl. 390/, - cita audiencia pruebas /fl. 455/, - confirmación del Tribunal frente al auto audiencia inicial /fl. 7 C 2/.

Además, durante el trámite del proceso el apoderado de la parte demandante no informó al despacho que dicho correo no fuera el indicado para notificaciones judiciales; por el contrario el apoderado de la parte demandante participó en cada una de las actuaciones, lo que ratificó que las notificaciones y comunicaciones habían sido puestas en su conocimiento, como se evidencia en la: - audiencia inicial del 2 de noviembre de 2016 /fl. 330-333/, continuación audiencia inicial /fls. 341-344/; audiencia de pruebas de 18 de enero de 2018 /fls. 347-350/ continuación audiencia de pruebas del 25 de septiembre de 2018 /fl. 397/ y continuación audiencia de pruebas del 5 de marzo de 2019 /fl. 457/.

Por lo tanto, teniendo en cuenta que el correo electrónico fenibar@hotmail.com fue informado en la demanda para efectos de notificación; que las notificaciones y las comunicaciones se hicieron a ese correo; y que el apoderado de la parte demandante participa en las actuaciones, lo que ratificó que las notificaciones habían sido puestas en su conocimiento, la Sala concluye que, el correo electrónico fenibar@hotmail.com era el adecuado para efectos de la notificación de la sentencia proferida el 24 de junio de 2021.

Así, el hecho que el apoderado de la parte demandante haya registrado en el Sistema de Información del Registro Nacional de Abogados – SIRNA, el correo electrónico juanjomarins126@hotmail.es o fenibar@yahoo.es, o que haya enviado varios memoriales al juzgado a través de este último correo, no convierte en irregulares o ineficaces las notificaciones surtida en el correo electrónico fenibar@hotmail.com pues se itera, este fue el informado en la demanda.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que, además del deber del registro en el SIRNA, el artículo 78 del Código General del Proceso – CGP reguló los deberes de las partes y los apoderados en el proceso jurisdiccional. Estableció en el numeral 5 que se debe comunicar por escrito cualquier cambio de domicilio o del lugar señalado para recibir notificaciones personales, en la demanda o en su contestación o en el escrito de excepciones en el proceso ejecutivo, so pena de que estas se surtan válidamente en el anterior.

Deber que no cumplió el apoderado de la parte demandante pues no informó al Juzgado en dicho proceso que, el correo electrónico fenibar@hotmail.com no era una dirección de correo electrónico en la que estuviese dispuesto a recibir las notificaciones.

En un caso similar, el Consejo de Estado en providencia del 4 de mayo de 2021, señaló:

“Por otro lado, el apoderado no cumplió con la carga establecida en el numeral 5 del artículo 78 del Código General del Proceso, pues no informó al Tribunal Administrativo del Huila que el correo mauricio@nietopolania.com no era una dirección de correo electrónico en la que estuviese dispuesto a recibir las notificaciones, porque este era el correo del “apoderado sustituto” tal y como lo afirmó la parte recurrente. Por el contrario, cuando se autorizó en el escrito de la demanda las notificaciones en los precitados correos electrónicos, se dispuso que las notificaciones se recibirían por “el suscrito” -César Nieto Velásquez- quien es el apoderado principal y no el sustituto.

El Despacho dará aplicación a la consecuencia jurídica establecida en el precitado artículo y dispondrá que la notificación enviada al correo mauricio@nietopolania.com se surtió válidamente de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”.³

No es de recibo el argumento del recurrente en cuanto que su correo electrónico fenibar@hotmail.com se encuentra inactivo y en desuso por más de cinco años atrás, y que nunca se ha utilizado en sus actuaciones judiciales, pues el deber de mantenerlo activo y revisarlo corresponde únicamente a su titular; además, el hecho alegado por el recurrente consistente en que dicho correo “ocasionalmente aparece en algunos membretes de mi documentación profesional”, es un error que solo le es imputable a él.

Aunado a lo anterior, el mensaje que alude el quejoso haber enviado al juzgado solicitando la notificación de la sentencia a su correo electrónico fenibar@yahoo.es, evidentemente, fue allegado de manera posterior a la notificación de la sentencia, pues, este hecho acaeció el 07 de julio y 06 de agosto de 2020, no siendo procedente que nuevamente se realizara dicho acto procesal.

Por lo anterior y teniendo en cuenta que, la sentencia proferida el 24 de junio de 2020 fue notificada por correo electrónico el 25 de junio de 2020; y que el Consejo Superior de la Judicatura⁴ suspendió los términos judiciales, con ocasión de la pandemia del Covid-19, desde el 16 de marzo hasta el 30 de junio de 2020 y ordenó reanudarlos a partir del 1º de julio de 2020, se concluye que, el recurrente al radicar la apelación el 14 de agosto de 2020, lo hizo en forma extemporánea.

Por lo tanto, no le asiste razón al recurrente en cuanto considera que, los términos de ejecutoria de la sentencia corrieron a partir del 11 de agosto de 2020, fecha en la cual el Despacho remitió la providencia referida al correo fenibar@yahoo.es.

Colofón, se declarará bien denegado el recurso de alzada incoado contra la sentencia de primera instancia.

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas,

III. Resuelve

³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. C.P.: María Adriana Marín. 4 de mayo de 2021. Rad.: 41001-23-33-000-2016-00204-01(65821)

⁴ Acuerdo PCSJA20-11567

PRIMERO: SE declara bien denegado el recurso de alzada incoado contra la sentencia de primera instancia.

SEGUNDO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de Origen para lo pertinente, previa anotación de esta actuación en el programa informático **Justicia Siglo XXI**.

Notificar



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

MAGISTRADO: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, veintitrés (23) de julio de dos mil veintiuno (2021).

A.I. 147

Radicado: 17-001-33-39-005-2016-00344-03
Naturaleza: Proceso Ejecutivo
Demandante: Blanca Isabel Gallego González
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones –
Colpensiones E.I.C.E.

Se decide el recurso apelación impetrado por la ejecutante contra el auto que modificó la liquidación del crédito.

I. ANTECEDENTES

El Juzgado Quinto Administrativo de Manizales, el 23 de marzo de 2021 dispuso modificar la liquidación del crédito aportada por la ejecutante, y tener para todos los efectos como saldo total de la crédito (capital + intereses) a 23 de marzo de 2021, la suma de \$3.309.247.

La ejecutante interpuso recurso de apelación contra la decisión anterior, señalando con fundamento en el artículo 446 del CGP que, la sentencia no es el momento oportuno para hacer una liquidación de un crédito, puesto que en ella tan solo se deciden las excepciones de fondo presentadas, dado que quien tiene la facultad de liquidar el crédito son las partes y no el juez. Que el juez solo puede actuar hasta cuando la liquidación esté presentada y no antes.

II. CONSIDERACIONES

1. Problemas jurídicos a resolver

¿Es procedente incluir en la liquidación del crédito las mesadas pensionales adicionales de junio y diciembre, así como los correspondientes intereses?

2. Tesis del Tribunal

No resulta procedente incluir en la liquidación del crédito, las mesadas pensionales adicionales de junio y diciembre, así como los correspondientes intereses, en tanto no fueron tenidos en cuenta en la sentencia base de recaudo, ni en las sentencias de primer y segundo grado proferidas en el presente trámite ejecutivo.

Para fundamentar lo anterior, se hará referencia a: i) las reglas para la liquidación del crédito; para descender al ii) análisis del caso concreto.

3. Reglas para la liquidación del crédito

En los asuntos contenciosos que se ventilan por la vía del proceso ejecutivo, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 430 del C.G.P., luego de que el Juez de la causa ha verificado que el libelo inicial se ajusta a los requisitos formales exigidos por la ley procesal, y de que viene acompañado de documento que presta mérito ejecutivo, procede a dictar el mandamiento de pago en la forma pedida o la que se considere procedente, estando igualmente habilitado para negar la orden de apremio cuando del documento aportado como base de la ejecución no se desprende una obligación clara, expresa y exigible. En efecto, el referido canon normativo señala:

“ARTÍCULO 430. MANDAMIENTO EJECUTIVO. Presentada la demanda acompañada de documento que preste mérito ejecutivo, el juez librará mandamiento ordenando al demandado que cumpla la obligación en la forma pedida, si fuere procedente, o en la que aquel considere legal...”

Ahora bien, el hecho de que el juzgador profiera el mandamiento ejecutivo no significa que por esa sola circunstancia vaya a quedar fatalmente atado al mismo, pues, como se desprende de la norma en cita, el fallador limita el estudio en la etapa inicial al análisis de las condiciones formales de la petición de pago, avalando mediante la emisión de la orden de pago el cumplimiento de la obligación en la forma pedida -que no, en el monto pedido-, esto es, disponiendo si en efecto se debe cumplir la obligación, se itera, en la forma reclamada, es decir, como una obligación de hacer, de no hacer, de pagar suma de dinero u otra de las formas existentes de obligaciones en el ordenamiento jurídico colombiano.

Lo anterior, toma especial relevancia en asuntos como el aquí señalado, en los que la sentencia judicial base de ejecución, contiene dos tipos de obligaciones en cabeza de la entidad accionada: la primera contentiva de una obligación de hacer, consistente en reliquidar el valor de la mesada pensional de la accionante, y la segunda consistente en la obligación de pagar unas sumas de dinero.

Se destaca en este punto, que si bien la Ley 1437 de 2011 dispuso la remisión íntegra a las disposiciones sobre el proceso ejecutivo que establece el Código General del Proceso -se itera, propias del derecho privado-, es igualmente necesario destacar que existen particularidades propias de esta jurisdicción que deben ser objeto de atención por el Juez Administrativo al momento de atender este tipo de controversias, precisamente una de ellas, es la forma de las providencias usualmente proferidas por los Jueces y Tribunales administrativos en asuntos de naturaleza pensional como el discutido en el *sub lite*, la cual atendía a providencias que imponen un obligación clara, expresa y exigible, pero cuyo monto no es expresamente liquidado en estos fallos.

Por su parte el artículo 466 del C.G.P., -aplicable a esta jurisdicción para el trámite de asuntos de naturaleza ejecutiva-, formula la etapa de liquidación del crédito así:

“ARTÍCULO 446. LIQUIDACIÓN DEL CRÉDITO Y LAS COSTAS. Para la liquidación del crédito y las costas, se observarán las siguientes reglas:

1. Ejecutoriada el auto que ordene seguir adelante la ejecución, o notificada la sentencia que resuelva sobre las excepciones siempre que no sea totalmente favorable al ejecutado cualquiera de las partes podrá presentar la liquidación del crédito con especificación del capital y de los intereses causados hasta la fecha de su presentación, y si fuere el caso de la conversión a moneda nacional de aquel y de estos, de acuerdo con lo dispuesto en el mandamiento ejecutivo, adjuntando los documentos que la sustenten, si fueren necesarios.

2. De la liquidación presentada se dará traslado a la otra parte en la forma prevista en el artículo 110, por el término de tres (3) días, dentro del cual sólo podrá formular objeciones relativas al estado de cuenta, para cuyo trámite deberá acompañar, so pena de rechazo, una liquidación alternativa en la que se precisen los errores puntuales que le atribuye a la liquidación objetada.

3. Vencido el traslado, el juez decidirá si aprueba o modifica la liquidación por auto que solo será apelable cuando resuelva una objeción o altere de oficio la cuenta respectiva. El recurso, que se tramitará en el efecto diferido, no impedirá efectuar el remate de bienes, ni la entrega de dineros al ejecutante en la parte que no es objeto de apelación.

4. De la misma manera se procederá cuando se trate de actualizar la liquidación en los casos previstos en la ley, para lo cual se tomará como base la liquidación que esté en firme.

PARÁGRAFO. *El Consejo Superior de la Judicatura implementará los mecanismos necesarios para apoyar a los jueces en lo relacionado con la liquidación de créditos."*

Se desprende de la preceptiva precedente que, una vez ejecutoriado el auto o la sentencia ejecutiva dictada dentro del proceso ejecutivo, dependiendo si presentaron excepciones que debieron ser resultas en forma desfavorables a la parte ejecutada o no se propusieron excepciones de mérito, en etapa siguiente se deberá practicar la liquidación del crédito y de las costas.

Lo anterior, por cuanto la liquidación del crédito es un acto procesal que tiene por objeto concretar el valor económico de la obligación, una vez exista plena certeza sobre el contenido de la obligación y su exigibilidad, en otras palabras, en la liquidación del crédito es donde se determina el valor concreto que se debe pagar, con la inclusión específica de los intereses que se adeuden (de acuerdo al tipo de título ejecutivo contractual o judicial) y las actualizaciones aplicables, y teniendo en cuenta cualquier pago que se haya efectuado después de librado el respectivo mandamiento de pago.

Sobre el contenido del auto aprobatorio de la liquidación del crédito, el Consejo de Estado ha señalado: "(...) Mediante esta providencia el juez de la ejecución asiente la concreción material del crédito u obligación, fue realizada por las partes, una ellas o por el secretario del juzgado o tribunal en su defecto. La liquidación del crédito determina exactamente el monto actual de la obligación por los cuales se decretó la ejecución en el mandamiento de pago, y resuelve las objeciones a la liquidación cuando hayan sido propuestas oportunamente (art. 521, CPC)..."

4. Caso concreto

La señora Blanca Isabel Gallego González deprecó la ejecución del crédito contenido en la sentencia del 29 de agosto de 2013 proferida por el Juzgado Sexto Administrativo de Descongestión de Manizales, en la cual se dispuso la reliquidación de la mesada pensional a ella reconocida y en consecuencia se ordenó el pago de los mayores generados con ocasión de la reliquidación. Señaló que el 23 de julio de 2015 Colpensiones E.I.C.E. expidió la Resolución GNR 220614 a través de la cual pretendió dar cumplimiento a la sentencia judicial, reliquidando la mesada pensional a un valor de \$836.926 efectivo para el año 2008; sin embargo, dicho acto no dio cumplimiento íntegro a la decisión judicial, pues no incluyó todos los factores salariales percibidos durante su último año de servicios, lo cual de haberse efectuado habría arrojado un valor de la mesada pensional para el año 2008 de \$1.056.715.

El Juzgado Quinto Administrativo de Manizales¹, el 10 de mayo de 2017, tras verificar los

¹ Célula judicial que asumió el conocimiento de los procesos adelantados por el extinto Juzgado 6° Administrativo de Descongestión de Manizales.

requisitos formales del título ejecutivo dispuso librar mandamiento de pago en contra de Colpensiones, por los valores solicitados por la ejecutante.

En sentencia emitida en audiencia de instrucción y juzgamiento celebrada el 1° de agosto de 2019 (fls. 90 a 101, cdo. 1) el *a quo* declaró probada -parcialmente- la excepción de "PAGO" señalando que, se encuentra acreditado que, si bien la ejecutada expidió la resolución GNR 220614 de 2015, con esta no se dio acatamiento en debida forma a la sentencia judicial arribada como título ejecutivo, advirtiendo que en todo caso, los conceptos adeudados, tampoco corresponden a los pretendidos por la ejecutante, ya que en su solicitud de mandamiento de pago incluyo para efectos del cómputo de la obligación factores respecto de los cuales el referido fallo judicial no emitió orden expresa. Así, señaló que a la fecha de emisión de la sentencia se adeudaba a favor de la ejecutante lo siguiente:

- La correcta reliquidación de su mesada pensional a un valor de \$ 890.652 -efectivo para el año 2008-.
- El pago de \$ 956.836,40 por concepto de las diferencias existentes entre las mesadas pagadas por la ejecutada y las que debieron pagarse en acatamiento a lo ordenado por la sentencia judicial.
- El pago de \$ 125.472,92 por concepto de intereses moratorios generados hasta el mes de julio de 2019 -rango mensual inmediatamente anterior a la emisión de la sentencia-.

La ejecutante interpuso recurso de apelación, señalando en síntesis:

- Que el mandamiento de pago ataba la decisión a adoptarse dentro de la sentencia ejecutiva, razón por la cual no era posible reducir los montos allí ordenados pues Colpensiones no interpuso recursos en contra de dicho mandamiento, y en todo caso, de darse controversias sobre el monto actual de la deuda, estas deben ser ventiladas en la etapa de liquidación del crédito.
- Que la reliquidación pensional debió incluir todos los factores salariales recibidos por la demandante en el último año de servicios, los cuales, según certificado de salarios obrante a folio 42 del cartulario, no son solo los expresamente señalados en el ordinal quinto de la sentencia, pues señala, que los allí mencionados no son una lista taxativa y que la parte motiva de dicho proveído es clara en acoger la postura jurisprudencial vigente para el momento de su emisión, esto es, que la liquidación pensional de la accionante debía incluir todos los emolumentos percibidos durante el último año de servicios sin importar su denominación.
- Que el *a quo* no podía deducir para efectos de liquidar las sumas adeudadas por la ejecutada las sumas que a su juicio correspondían a los aportes a salud que debía asumir la pensionada, pues la sentencia no dispuso tal descuento

Este Tribunal en providencia del 24 de julio de 2020 resolvió el recurso de apelación formulado por la ejecutante, confirmando la decisión.

Posteriormente, la parte ejecutante presentó la liquidación del crédito, la cual, entre otros incluye unos valores por concepto mesadas adicionales adeudadas, así como los correspondientes intereses moratorios por dichos montos.

El Juzgado Quinto Administrativo de Manizales, en auto del 23 de marzo de 2021 -objeto del esta decisión-, dispuso modificar la liquidación del crédito aportada por la ejecutante, y para tal efecto señaló que, realizada la operación aritmética por el Juzgado, se observa que

la cifra que exhibe la ejecutante no es correcta, toda vez que:

- El ejecutante en su liquidación incluye unos valores por concepto de valor adeudado por mesadas adicionales, así como los correspondientes intereses moratorios por dichos montos. No obstante, no es la etapa de la liquidación del crédito el momento procesal oportuno para analizar si es adeudada suma alguna por concepto de mesadas adicionales, ante el silencio de la parte actora en ese punto en concreto ante la sentencia emitida en este asunto, donde, se resalta, se efectuó la correspondiente liquidación y se aplicaron pagos parciales, y se guardó silencio al respecto.
- El porcentaje aplicado por concepto de intereses sobre el valor de la obligación no se ajusta a los parámetros previstos por la Superintendencia Financiera en la fórmula para calcular el interés efectivo mensual.
- Teniendo en cuenta el saldo del capital insoluto por valor de \$2.448.291, más los intereses acumulados a 23 de marzo de 2021 (\$860.957) se obtiene un total actualizado del crédito más intereses a la fecha de la presente providencia de \$3.309.247, cuantía resultante que no guarda similitud con el valor que reclama la parte ejecutante, esto teniendo en cuenta que la tasa que se debe aplicar es la expedida por la Superfinanciera, multiplicada por el 1.5 veces calculando así la tasa moratoria a aplicar.

La ejecutante interpuso recurso de apelación que, en el que en síntesis afirma:

- Que de conformidad con el artículo 446 del CGP, la sentencia no es el momento oportuno para hacer una liquidación de un crédito, puesto que en ella tan solo se deciden las excepciones de fondo presentadas, dado que quien tiene la facultad de liquidar el crédito son las partes y no el juez. Que el juez solo puede actuar hasta cuando la liquidación esté presentada y no antes.
- Que si se consideró en la sentencia de primer grado y confirmada en segundo grado, que Colpensiones mes a mes debe a la ejecutante sumas de dinero respecto de su mesada pensional, es claramente procedente el reconocimiento y pago de tales valores en la forma en que se dispone por la ley, esto es, no solo sobre las mesadas ordinarias anuales, sino sobre las mesadas adicionales, que en el caso de la ejecutante, son causadas en junio y diciembre de cada año en la forma como se presentó en la liquidación del crédito allegada al Despacho Judicial con corte febrero de 2021.
- Que al monto resultante se le descuenta el porcentaje por concepto de aportes en salud; que en los meses de junio y diciembre de cada año, se liquida el saldo sobre la mesada adicional, respecto de la cual *“no se aplica descuento de salud del 10% por disposición legal, en los términos del artículo 50 y 142 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el parágrafo del Artículo 1º del Decreto 1073 de 2002”*.
- Que por tanto, como en la liquidación del crédito provisional que se hizo en la sentencia de primer grado, no incluyó el pago del reajuste mensual sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año, comenzando en diciembre de 2008, el mismo se liquidó y se actualizó con el pago de los intereses moratorios en la misma forma en que lo hizo el Despacho Judicial.

Al respecto encuentra la Sala que, si bien la Ley 1437 de 2011 dispuso la remisión íntegra a las disposiciones sobre el proceso ejecutivo que establece el CGP, existen particularidades propias de esta jurisdicción que deben ser objeto de atención por el Juez Administrativo al momento de atender este tipo de controversias, en especial al momento de dictar sentencia;

precisamente una de ellas, es la forma de las providencias usualmente proferidas por los Jueces y Tribunales administrativos en asuntos de naturaleza pensional, la cual atendía a providencias que imponen un obligación clara, expresa y exigible, pero cuyo monto no es expresamente liquidado en estos fallos.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 446 del CGP, una vez ejecutoriada la sentencia dictada dentro del proceso ejecutivo, en etapa siguiente se deberá practicar la liquidación del crédito, la cual tiene por objeto concretar el valor económico de la obligación, una vez exista plena certeza sobre el contenido de la obligación, su exigibilidad y cualquier pago que se haya efectuado después de librado el respectivo mandamiento de pago.

Al respecto se tiene que, la sentencia expedida por el Juzgado Sexto Administrativo de Descongestión de Manizales que se erige como título ejecutivo base de recaudo ordenó en su ordinal quinto a Colpensiones “...reliquidar y pagar los ajustes económicos de la pensión de jubilación que devenga la señora **BLANCA ISABEL GALLEGO GONZÁLEZ** con efectos fiscales a partir del 1° de julio de 2008, tomando en cuenta el 75% del promedio de lo devengado por ésta en el último año de servicios, esto es, entre el 30 de junio de 2007 y el 30 de junio 2008, incluyendo los siguientes factores: sueldo mensual, reajuste de sueldo por aumento, bonificación por servicios prestados, bonificación especial bienestar universitario, prima de servicios, prima de navidad y prima de vacaciones...”.

Por tanto, claramente se evidencia que, la sentencia base de recaudo nada dijo frente al derecho de la demandante a percibir las mesadas adicionales de junio y diciembre, pues tal situación no fue pretendida, ni debatida.

Además, del análisis de las sentencias de primer y segundo grado proferidas dentro del presente proceso ejecutivo se evidencia que, tampoco se hizo referencia o analizó el derecho de la ejecutante a percibir las referidas mesadas adicionales, ni mucho menos si se adeuda suma alguna por la reliquidación de dichas mesadas.

No es de recibo lo afirmado por el recurrente en cuanto a que, si se consideró en las sentencias que Colpensiones mes a mes debe sumas de dinero respecto de su mesada pensional, es claramente procedente el reconocimiento y pago de tales valores sobre las mesadas adicionales, pues la etapa de la liquidación del crédito no es la oportunidad para reabrir el debate perdido o dejado de plantear en etapa de conocimiento o declarativa, pues el trámite de la ejecución debe ceñirse en forma estricta a lo ordenado en la correspondiente providencia judicial base de recaudo.

Lo anterior, aunado al silencio de la ejecutante frente a la sentencia emitida en este asunto, en ese punto en concreto, lo cual impide que se incluya en la liquidación del crédito, valor alguno por reajustes sobre supuestas mesadas adicionales.

Por lo expuesto el Tribunal Administrativo de Caldas,

DECIDE

PRIMERO: Confirmar el auto proferido el 23 de marzo de 2021 por el Juzgado Quinto Administrativo de Manizales que dispuso modificar la liquidación del crédito aportada por la ejecutante, dentro del trámite ejecutivo promovido por Blanca Isabel Gallego González contra Colpensiones.

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

Notificar



**DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
MAGISTRADO**

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

DESPACHO 002

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: PATRICIA VARELA CIFUENTES

Manizales, 22 de Julio de 2021

A.110

REF: MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO ZULMA NARVÁEZ VÁSQUEZ Vs ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES. RADICACIÓN 17 001 23 33 000 2016 00376

ANTECEDENTES

El día 7 de noviembre de 2019 se profirió sentencia de primera instancia dentro del asunto de la referencia, en el curso de la audiencia inicial.

El día 25 de noviembre de 2019 la apoderada de la demandante hasta entonces reconocida en el expediente, dra Flor de María Roncancio Sierra, presentó recurso de apelación en contra de la sentencia mencionada.

El día 26 de noviembre de 2019, es decir al día siguiente de presentado el recurso de apelación, el proceso pasó a Despacho con constancia secretarial con el objeto que se decidiera sobre el mismo e indicándose que se presentó oportunamente toda vez que el término para recurrir lo fue entre el 8 y el 25 de noviembre de 2019.

Ese mismo día mediante Auto Interlocutorio No. 599 el Magistrado Sustanciador consideró por su oportunidad y procedencia, conceder el recurso de apelación en los términos ya referidos. El día 29 de noviembre de 2019 siguiente, dicha providencia se notificó por medios electrónicos a las partes.

No obstante el trámite surtido hasta la mencionada fecha, en el interregno, esto es, el día 22 de noviembre de 2019 había sido radicado un poder otorgado por la demandante Zulma Narvárez Vásquez a la abogada María Elena Quintero Valencia,

el cual se allegó con un nuevo memorial interponiendo recurso de apelación en contra de la sentencia mencionada en este relato. Vale precisar que ni el poder ni el memorial de recurso de apelación fueron pasados al Despacho por la Secretaría ni en esa ni en ninguna oportunidad posterior, hasta el día de hoy, como se constata en la constancia incorporada al expediente digital.

Seguidamente el día 6 de diciembre de 2019 la apoderada inicial, dra Flor de María Roncancio Sierra presentó en la Secretaría del Tribunal memorial por medio del cual informaba que la demandante Zulma Narváez Vásquez le había revocado el poder para actuar en este proceso anexando el escrito de revocación y además manifestó su deseo de desistir del recurso de apelación presentado por ella en contra de la sentencia del 7 de noviembre de 2019. Solicitó igualmente dar trámite al recurso de apelación presentado por la nueva apoderada de la sra Narváez.

Esta cronología indica que por parte de la Secretaría del Tribunal desde el día 22 de noviembre de 2019 ya se tenía conocimiento de un nuevo poder otorgado por la demandante a la abogada María Elena Quintero Valencia y del recurso de apelación que, en ejercicio de dicho poder, estaba presentado. Por ende debió informar de ello al Despacho instructor del proceso para proceder conforme lo indica el artículo 76 inciso primero del Código General del Proceso:

“Terminación del poder. El poder termina con la radicación en secretaría del escrito en virtud del cual se revoque o se designe otro apoderado, a menos que el nuevo poder se hubiese otorgado para recursos o gestiones determinadas dentro del proceso”

En el contexto de esta norma, en el presente caso se dieron las dos causales de terminación del poder: la primera que se configuró, fue con la radicación en la secretaría del Tribunal del nuevo poder designando a la abogada María Elena Quintero Valencia, lo cual sucedió el día 22 de noviembre de 2019; y la segunda, esto es, la terminación por revocatoria se configuró el día 6 de diciembre de 2019 con la presentación, en la secretaría del tribunal, del memorial de revocatoria del poder inicialmente otorgado a la abogada Flor de María Roncancio Sierra.

Ante estas dos situaciones, natural y obviamente, debe atenderse la primera de ellas configuradas en el tiempo, esto es, la terminación del poder conferido a la abogada Roncancio Sierra con la radiación en la secretaria de esta Corporación del poder otorgado a la abogada Quintero Valencia, terminación de poder configurada el día 22 de noviembre de 2019. Por ende, para el día 25 de noviembre de 2019 la abogada Roncancio Sierra no contaba ya con poder que la habilitara para actuar y por ende, para recurrir la sentencia de primera instancia.

En ese orden de ideas, debe proceder el Despacho a reconocer personería a la nueva apoderada, conceder el recurso de apelación al haber sido presentado en tiempo según se desprende de la constancia secretarial a folio 240 que da cuenta que el término para recurrir lo fue entre el 8 y el 25 de noviembre de 2019.

Nada se decidirá sobre el desistimiento del recurso por la abogada Flor de María Roncancio Sierra porque al día 25 de noviembre de 2019 ya carecía de poder para representar a la demandante; tampoco sobre la revocatoria al poder, porque cuando se quiso revocar, el poder ya no existía.

En consecuencia,

RESUELVE

- 1. RECONOCER PERSONERÍA** a la dra **MARÍA ELENA QUINTERO VALENCIA** con T.P. 98.731 C.S.J para actuar en representación de la sra **ZULMA NARVÁEZ VÁSQUEZ** según poder a folio 253.
- 2. CONCEDER** por su oportunidad y procedencia, en el efecto suspensivo, el **RECURSO DE APELACIÓN** presentado en contra de la sentencia del 7 de noviembre de 2019 dictada en el proceso de la referencia y que reposa a folios 243-252 del expediente.
- 3. EJECUTORIADO ESTE AUTO INMEDIATAMENTE** por Secretaría envíese el expediente digital al H. Consejo de Estado para que se surta la alzada, previas las anotaciones en el sistema Justicia Siglo XXI. Los costos que genere el envío lo serán con cargo a los gastos del proceso.

NOTIFÍQUESE

Firmado Por:

PATRICIA VARELA CIFUENTES

MAGISTRADO

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
ORAL 002 MANIZALES-CALDAS

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

Código de verificación:

17b5700ec4bfcc607b10e5eb12063df25a0441a35ed97a4cb6fddf70eea77ee7

Documento generado en 22/07/2021 06:54:37 PM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, veintitrés (23) de julio de dos mil veintiuno (2021).

A.I. 148

Radicación: 17001-33-33-001-2017-00353-03
Clase: Reparación directa
Demandante: Gloria Constanza Sabogal
Demandado: Municipio de La Dorada - Caldas

Se resuelve el recurso de queja interpuesto por la demandante contra el auto proferido por el Juzgado Primero Administrativo de Manizales, el 3 de mayo de 2021.

I. Antecedentes

El Juzgado Primero Administrativo de Manizales mediante providencia del 11 de marzo de 2020, declaró **ineficaz** el llamamiento en garantía formulado por el municipio de La Dorada frente al *Moto Club Los Caminantes*, por cuanto no se realizó la notificación del llamamiento dentro del término señalado en el artículo 66 del Código General del Proceso -CGP, así:

“Revisado el expediente, es claro que la notificación del llamamiento en garantía propuesto por el MUNICIPIO DE MANIZALES frente al MOTO CLUB LOS CAMINANTES, no se realizó dentro de los seis meses que dispone el artículo 66 del CGP, pues el auto que admitió la intervención de la tercera, se profirió el 10 de abril de 2019 y fue notificado por estado el 11 de abril del mismo año, por lo que para la notificación de dicho llamamiento se disponía hasta el 11 de octubre de 2019, ello en virtud del citado artículo 66, sin que dentro de este término se haya logrado tal cometido pese a las actuaciones desplegadas por el despacho para tal fin, en consecuencia se declarará ineficaz el llamamiento propuesto frente al MOTO CLUB LOS CAMINANTES”.

El llamante presentó **recurso de apelación**, solicitó recovar la decisión para lo cual, luego de relacionar las actuaciones realizadas, invocó como fundamento de derecho lo preceptuado en la Ley 1437 Artículo 226. Impugnación de las decisiones sobre intervención de terceros.

El Juzgado Primero Administrativo de Manizales mediante providencia del 3 de mayo de 2021, decidió no reponer el auto del 11 de marzo de 2020 y rechazó el recurso de apelación por improcedente.

El llamante el 11 de mayo de 2021 presentó **recurso de reposición y en subsidio de queja** contra la decisión anterior; para ello, relató las actuaciones surtidas, invocó como fundamento de derecho lo preceptuado en la Ley 1437 Artículo 226. *Impugnación de las decisiones sobre intervención de terceros* y trajo a colación un pronunciamiento judicial sobre la naturaleza del llamamiento en garantía.

El Juzgado Primero Administrativo de Manizales mediante providencia del 21 de mayo de 2021 decidió no reponer el auto del 3 de mayo de 2021 y conceder el recurso de queja; advirtió que: *“revisado el memorial no se evidencia ningún argumento que demuestre los motivos por los cuales la decisión debe ser disiente de la negativa a conceder la apelación”.*

II. Consideraciones

1. Problema jurídico

Se contrae a establecer si: *¿Estuvo bien denegado el recurso de apelación interpuesto por el municipio de La Dorada como llamante en garantía?*

Para resolver el cuestionamiento planteado, se realizará una reseña sobre las generalidades del recurso de queja y del recurso de apelación, para luego analizar el caso concreto.

2. El recurso de queja

El artículo 245 del CPACA señaló la procedencia del recurso de queja, así: *“Este recurso procederá ante el superior cuando se niegue la apelación o se conceda en un efecto diferente, para que lo conceda si fuera procedente o corrija tal equivocación, según el caso. Igualmente, cuando no se concedan los recursos extraordinarios de revisión y unificación de jurisprudencia”*.

En cuanto a la procedencia, oportunidad y sustentación, en virtud de la remisión consagrada en la norma citada, este medio de impugnación se tramita en los términos del estatuto procesal civil, el cual, para el caso concreto, corresponde a lo previsto en el artículo 353 del Código General del Proceso que dispone:

“Artículo 353. Interposición y trámite. El recurso de queja deberá interponerse en subsidio del de reposición contra el auto que denegó la apelación o la casación, salvo cuando este sea consecuencia de la reposición interpuesta por la parte contraria, caso en el cual deberá interponerse directamente dentro de la ejecutoria.

Denegada la reposición, o interpuesta la queja, según el caso, el juez ordenará la reproducción de las piezas procesales necesarias, para lo cual se procederá en la forma prevista para el trámite de la apelación. Expedidas las copias se remitirán al superior, quien podrá ordenar al inferior que remita copias de otras piezas del expediente.

El escrito se mantendrá en la secretaría por tres (3) días a disposición de la otra parte para que manifieste lo que estime oportuno, y surtido el traslado se decidirá el recurso.

Si el superior estima indebida la denegación de la apelación o de la casación, la admitirá y comunicará su decisión al inferior, con indicación del efecto en que corresponda en el primer caso.”

Así las cosas, en relación con la queja, el legislador estableció, como presupuesto de procedibilidad, su interposición en subsidio al de reposición, para que el juez que denegó la concesión del recurso de apelación tenga la opción de reconsiderar su negativa y, de no hacerlo, sea el superior el que decida al respecto.

Para la presentación de la reposición se aplicará el trámite previsto en el artículo 318 del CGP, que señala *“el recurso deberá interponerse con expresión de las razones que lo sustenten”*. *“Cuando el auto se pronuncie fuera de audiencia el recurso deberá interponerse por escrito dentro de los tres (3) días siguientes al de la notificación del auto”*. (Se resalta)

Ahora, como los recursos deben formularse de manera simultánea, ha precisado el H. Consejo de Estado¹ que: *“...la obligación de sustentarlos se agota en un mismo momento, de ahí*

¹ Sección Tercera. Subsección A. Providencia del 6 de junio de 2018. Rad: 17001-23-33-000-2017-00574-01 (60780)

que los argumentos expuestos por el impugnante deban tenerse en cuenta tanto al resolverse la reposición como al decidirse la queja."

3. El recurso de apelación

El artículo 243 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA, expone de manera puntual las providencias que pueden ser recurridas a través de la apelación así:

"Apelación. Son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales y de los Jueces. También serán apelables los siguientes autos proferidos en la misma instancia por los jueces administrativos:

- 1. El que rechace la demanda.*
 - 2. El que decrete una medida cautelar y el que resuelva los incidentes de responsabilidad y desacato en ese mismo trámite.*
 - 3. El que ponga fin al proceso.*
 - 4. El que apruebe conciliaciones extrajudiciales o judiciales, recurso que solo podrá ser interpuesto por el Ministerio Público.*
 - 5. El que resuelva la liquidación de la condena o de los perjuicios.*
 - 6. El que decreta las nulidades procesales.*
 - 7. El que niega la intervención de terceros.*
 - 8. El que prescinda de la audiencia de pruebas.*
 - 9. El que deniegue el decreto o práctica de alguna prueba pedida oportunamente.*
- Los autos a que se refieren los numerales 1, 2, 3 y 4 relacionados anteriormente, serán apelables cuando sean proferidos por los tribunales administrativos en primera instancia.*

El recurso de apelación se concederá en el efecto suspensivo, salvo en los casos a que se refieren los numerales 2, 6, 7 y 9 de este artículo, que se concederán en el efecto devolutivo.

Parágrafo. La apelación solo procederá de conformidad con las normas del presente Código, incluso en aquellos trámites e incidentes que se rijan por el procedimiento civil."

Adicionalmente el artículo 226 ibidem señalaba: *"Impugnación de las decisiones sobre intervención de terceros. El auto que acepta la solicitud de intervención en primera instancia será apelable en el efecto devolutivo y el que la niega en el suspensivo. El auto que la resuelva en única instancia será susceptible del recurso de súplica o del de reposición, según el juez sea individual o colegiado, y en los mismos efectos previstos para la apelación".*

Este artículo fue derogado por el artículo 87 de la Ley 2080 de 2021.

De acuerdo a lo expuesto, se observa que el legislador adoptó una aplicación restringida del recurso de apelación, al disponer taxativamente los casos en que dicho recurso procede, inclusive en aquellos trámites e incidentes que se rijan por el procedimiento civil.

Sin embargo, ha precisado el H. Consejo de Estado² que: *"no significa que no se pueda adecuar una determinada decisión a alguna de las causales previstas para la procedencia del recurso de apelación, en virtud de su naturaleza o de estrecha relación con una decisión que sí es susceptible de apelación, cuestión que corresponde analizar en cada caso concreto".*

4. Caso concreto

Previamente a resolver el problema jurídico planteado, es necesario establecer si se encuentran acreditados los presupuestos de procedencia del recurso de queja:

² Sección Tercera, Subsección B. 15 de agosto de 2018. Rad. 08001-23-33-006-2015-00205-01(61059)

Al respecto, verificado el memorial a través del cual se interpone el recurso de reposición y en subsidio el de queja, se observa que estos no fueron debidamente sustentados, pues no se exponen argumentos por las cuales se considera que el auto que negó por improcedente la apelación era erróneo y que lo correcto era rectificar tal decisión, pues simplemente se trajo a colación el artículo 226 del CPACA, el cual, para la fecha se encontraba expresamente derogado por la Ley 2080 de 25 de enero de 2021.

Además, ninguna razón se expone en el recurso de apelación para señalar que la decisión que declaró ineficaz el llamamiento en garantía por el vencimiento del término de los seis meses señalados en el artículo 66 del CGP era incorrecta y por tanto debía revocarse.

Por las razones expuestas, se concluye que, debió rechazarse el recurso de queja interpuesto.

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas,

III. Resuelve

PRIMERO: RECHÁCESE el recurso de queja interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra el auto de 3 de mayo de 2021.

SEGUNDO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de Origen para lo pertinente, previa anotación de esta actuación en el programa informático **Justicia Siglo XXI**.

Notificar



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE CALDAS

SALA 2ª. ORAL DE DECISIÓN

Magistrada Ponente: Patricia Varela Cifuentes

Manizales, 23 de Julio de 2021

Radicación	17001-33-33-001-2017-00144-02
Clase	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante	Oscar Fernando Giraldo Trujillo
Accionado	Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional
Providencia	Sentencia No. 11

La Sala 2ª Oral de Decisión desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales el 17 de julio de 2018, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la parte demandante en relación con la reliquidación de su asignación de retiro.

I. Antecedentes

1. Pretensiones.

La parte demandante solicita lo siguiente:

*1. Que se DECLARE LA NULIDAD PARCIAL de la **Resolución nº 006509** del 25 de Noviembre de 2003, emitida por el señor Coronel ® **LUIS ENRIQUE HERRERA ENCISO**, Director General de la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL “CASUR”, por medio de la cual se resolvió reconocer y ordenar pagar con cargo al presupuesto de esa Entidad, Asignación Mensual de Retiro o Pensión al señor Agente ® de la Policía Nacional **OSCAR FERNANDO GIRALDO TRUJILLO**, identificado con la cédula de ciudadanía 10.263.159, en cuantía equivalente al 70% del sueldo básico de actividad para el grado de Agentes y partidas legalmente computables, efectiva a partir del 01 de noviembre de 2003, al tenor de lo dispuesto en los Decretos 1213 de 1990, 1791 de 2000 y 2070 de 2003, errónea mixtura de normas entre derogadas y vigentes e inescindibilidad de la norma que se encontraba vigente para la fecha de retiro del servicio activo del demandante, esto es, **01 de Agosto de 2003** y en su lugar, se dé aplicación a lo dispuesto en el artículo 23 numeral 23.1, subnumerales 23.1.2. Prima de Actividad y 23.1.3. Prima de Antigüedad y artículo 24, numerales 24.1 y 24.2. del Decreto 2070 del 25 de Julio de 2003, norma que se encontraba en vigor al momento del retiro del servicio activo del demandante, la cual no establece limitación alguna para que tanto la Prima de Actividad como la Prima de Antigüedad, sean liquidadas y pagadas en la Asignación Mensual de Retiro o Pensión de la actora, en cuantía equivalente al 70%, cada una de ellas, del sueldo básico de actividad para el grado de*

Agentes en servicio activo.

2. Que se **DECLARE LA NULIDAD** de los Actos Administrativos contenidos en los **Oficios n.ºs. 19766 / GAG SDP** del 09 de septiembre de 2016; 11867 / **GAG SDP** del 10 de septiembre de 2008; **13381 / GAG SDP** del 25 de Septiembre de 2008 y **8943 / GAG SDP** del 27 de Abril de 2009, emitidos por los señores Brigadier General ® **JORGE ALIRIO BARÓN LEGUIZAMÓN**, Coronel ® **LUIS ENRIQUE HERRERA ENSIZO** y **JOSÉ AIRIO CHOCONTÁ CHOCONTÁ**; Directores Generales, para esas épocas, de la **CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL "CASUR"** y Subdirector de Prestaciones Sociales de la Entidad, en los que se da respuesta negativa a los derechos de petición en agotamiento de la vía gubernativa, elevado por el señora Agente ® de la Policía Nacional **OSCAR FERNANDO GIRALDO TRUJILLO**, para el reajuste de su Asignación Mensual de Retiro o Pensión, con base en el porcentaje del **SETENTA POR CIENTO (70%)** de las Primas de Actividad y de Antigüedad establecido en el Decreto 2070 de 2003, artículos 23, numeral 23.1. , subnumerales 23.1.2. Prima de Actividad y 23.1.3. Prima de Antigüedad y artículo 24, numerales 24.1 y 24.2.

3. Que como consecuencia de las declaraciones anteriores y a título de restablecimiento del derecho, se **CONDENE** a la **CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA NACIONAL "CASUR"** a **RECONOCER, RELIQUIDAR, REINCORPORAR, ACTUALIZAR Y PAGAR** en la Asignación Mensual de Retiro o Pensión que devenga el demandante, el **SETENTA POR CIENTO (70%)** de las partidas básicas de Prima de Actividad y Prima de antigüedad.

4. Que se **CONDENE** a LA **CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA NACIONAL "CASUR"** a pagarle al demandante, señor Agente ® de la Policía Nacional **OSCAR FERNANDO GIRALDO TRUJILLO**, las diferencias que resulten entre lo que se le está pagando y lo que establece el numeral 24.2. del artículo 24 del Decreto 2070 del 25 de Julio de 2003, que para el caso de la prima de actividad es del 20% y para la prima de antigüedad es el 50%.

5. Que en la Sentencia se establezca la prescripción trienal de los derechos que se le reconozcan al demandante tal y como lo establece el artículo 43 del Decreto 2070 del 2003, es decir, tres (3) años contados hacia atrás desde la fecha en que la **CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA NACIONAL "CASUR"** recibió el derecho de petición en agotamiento de la vía gubernativa para el pago del porcentaje equivalente al 70% de las primas de **ACTIVIDAD** y de **ANTIGÜEDAD**, esto es, a partir del **27 de Julio de 2013**, toda vez, que se prueba que la Entidad lo recibió el **27 de Julio de 2016**.

6. Que se **CONDENE** a la Entidad demandada a pagar intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia, conforme lo establece el artículo 192 Inciso 3º del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

7. Que se **CONDENE** a la demandada al pago de las costas y gastos del proceso, teniendo en cuenta la conducta asumida por ella.

2. Hechos

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

El señor Oscar Fernando Giraldo Trujillo ingresó a la Policía Nacional como Agente Alumno

el día 4 de agosto de 1983 y se retiró del servicio activo el 1 de agosto de 2003, contabilizando un tiempo de servicio de 20 años, 6 meses y 15 días, siendo la última unidad donde prestó sus servicios policiales el Grupo de Participación Comunitaria del Departamento de Policía Caldas “DECAL”, tal y como se hace constar en su Hoja de Servicios n° 10203159. La Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, mediante acto administrativo contenido en la Resolución n° 006509 del 25 de noviembre de 2003, resolvió reconocer y ordenar pagar una asignación de retiro al demandante en cuantía equivalente al 70% del sueldo básico de actividad, el 50% de la prima de actividad y el 20% de la prima de antigüedad, efectiva a partir del 1 de noviembre de 2003. El día 27 de julio de 2016, el aquí demandante presentó ante Casur un derecho de petición en agotamiento de la vía gubernativa, solicitando que se le reconociera, reliquidara y pagara en su asignación mensual de retiro el total de los porcentajes establecidos en el Decreto 2070 de 2003 para las partidas básicas de prima de actividad y prima de antigüedad. El referido derecho de petición fue resuelto por el Director de Casur mediante acto administrativo contenido en el Oficio n° 19766 / GAG SDP del 09 de septiembre de 2016, negando lo peticionado.

3. Normas violadas y concepto de la violación

La parte demandante invocó como vulneradas las siguientes disposiciones:

Constitución Política: artículos 2, 4, 53, 58, 83 y 241; Ley 270 de 1996: artículo 45; y Decreto 2070 de 2003; artículos 23 y 24. Así mismo, estimó como desatendido lo dispuesto en la sentencia T-401 de 1996.

Explicó que para la fecha en que se produjo el retiro del servicio de la parte actora, se encontraba vigente el Decreto 2070 de 2003, con el cual se reformó el régimen pensional de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, porque dicha norma se expidió el 25 de julio de 2003 y generó efectos jurídicos hasta el 6 de mayo de 2004 cuando fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-432 de 2004.

Indicó que el artículo 23 del Decreto 2070 de 2003 señaló que la asignación de retiro del personal de la Policía Nacional se liquidaría, entre otros, sobre las siguientes partidas: sueldo básico, prima de actividad y prima de antigüedad.

Expuso que el artículo 24 del citado decreto previó que por los primeros 18 años de servicio, la asignación de retiro se reconocería en un porcentaje del 62% del monto de las partidas computables, y que por cada año que excediera de los 18 hasta los 24 años, se adicionaría un 4%, sin pasar de un monto del 85%.

Manifestó que los actos administrativos acusados expedieron con base en dos normas derogadas (Decretos 1213 de 1990 y 1791 de 2000), desconociendo el derecho adquirido que le asistía a la parte demandante de que su prestación le fuera reconocida con base en el Decreto 2070 de 2003.

4. Contestación de la demanda.

Actuando debidamente representada y dentro del término legal correspondiente, CASUR respondió la demanda promovida, en los siguientes términos.

Se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que los porcentajes de los rubros con los que le fue reconocida la asignación de retiro a la parte actora se encuentran ajustados al Decreto 1213 de 1990, normativa vigente para la época de retiro.

Sostuvo que el Decreto 2070 de 2003 fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-432 de 2004, quedando vigentes los Decretos 1213 de 1990 y 1791 de 2000. Por tanto, indicó que era imposible aplicar la norma que pretende la parte actora, porque las leyes rigen hacia futuro y no pueden aplicarse de manera retroactiva.

Explicó que tampoco era procedente aplicar los Decretos 4433 de 2004 y 2863 de 2007, porque, además que entraron a regir con posterioridad a la fecha de retiro del accionante, la primera norma no estableció aumento en la prima de actividad para quienes devengaban asignación de retiro, mientras que la segunda previó reajuste del 50% de lo que venían devengando únicamente los oficiales y suboficiales, calidades que no ostentaba el demandante.

Propuso como excepciones las que denominó: “**COBRO DE LO NO DEBIDO**”, con fundamento en que al accionante no le asiste derecho al reajuste de la asignación de retiro que pretende, pues CASUR reconoció dicha prestación conforme a lo previsto por el Decreto 2070 de 2003. (fls. 34 – 46, C. 1)

5. La sentencia apelada.

El 17 de julio de 2018, el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia en el asunto de la referencia, accediendo a las pretensiones de la demanda en los siguientes términos:

“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADA las excepciones (sic) de “COBRO DE LO NO DEBIDO” propuesta por la entidad demandada, dentro de este medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO que impetró el señor OSCAR FERNANDO GIRALDO TRUJILLO (C.C. 10.263.159) en contra de la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL -CASUR-.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad de los oficios i) **19766 /GAG SDP del 9 de septiembre de 2016**, ii) **No. 11867 GAG/SDP del 10 de septiembre de 2008**, iii) **No. 13381 GAG/SDP del 25 de septiembre de 2008** y el iv) **oficio No. 8943 GAG/SDP del 27 de abril de 2009**, por medio de los cuales se negó la solicitud de reajuste de su asignación de retiro en el 70% de las partidas básicas de prima de antigüedad y de actividad del Decreto 2070 de 2003, así como la **nulidad parcial** de la **Resolución 006509 del 25 de noviembre de 2003**, a través de la cual se reconoció asignación de retiro al actor con inclusión de la prima de actividad en cuantía del 50% y de antigüedad del 20%.

TERCERO: A TITULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, se ordena a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, la reliquidación de la asignación de retiro que devenga este, con la inclusión del 70% de la prima de actividad y de antigüedad, establecidas en los artículos 23 y 24 del Decreto 2070 de 2003, y en la forma dispuesta en la parte considerativa de la sentencia, y su pago se efectuará desde el **27 de Julio de 2013**.

CUARTO: La diferencia de valores que resulte a favor del accionante, deberá ser **indexada mes a mes** de conformidad con la fórmula financiera utilizada por la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

QUINTO: DECLARAR PRESCRITAS las diferencias pensionales causadas con anterioridad al **27 de Julio de 2013**.

[...]"

Aludió al contenido y alcance del Decreto 1213 de 1990, vigente a partir del 8 de junio de 1990, en tanto regula las partidas computables para la liquidación de la asignación de retiro de los Agentes de la Policía Nacional. Así mismo, hizo referencia a los artículos 23 y 24 del Decreto 2070 de 2003, destacando al respecto que la sentencia C-432 de 2004 lo declaró inexecutable y que por lo tanto recobró vigencia el Decreto 1213 de 1990, mediante la cual se declaró la inexecutable de dicho Decreto.

Frente al caso concreto encontró acreditado que el demandante se retiró del servicio el 1º de noviembre de 2003 y por ende considera que el derecho del actor se consolidó en vigencia del Decreto 2070 de 2003, el cual entiende declarado inexecutable sólo a partir del 6 de mayo de 2004, fecha de expedición de la sentencia C-432 de 2004.

Indicó que de conformidad con la hoja de servicios del demandante, éste laboró durante 20 años en la Institución razón por la cual, tiene derecho a un 62% por los primeros 18 años y a un 4% por cada año adicional, para un 70% final que debía aplicarse a los rubros señalados en el artículo 23 del decreto 2070 de 2003.

Concluyó que los porcentajes liquidados por la entidad demandada respecto de las partidas denominadas prima de actividad y prima de antigüedad, no corresponden a la debida aplicación del Decreto 2070 de 2003. (fls. 75 – 80, C. 1)

6. Recurso de apelación

Inconforme con la decisión adoptada por el Juez *a quo*, actuando dentro del término legal, la parte demandada interpuso recurso de apelación contra el fallo de primera instancia, solicitando su revocatoria con fundamento en los siguientes argumentos:

El 6 de mayo de 2004, la Corte Constitucional mediante sentencia C-432/04 declaró la inexecutable del Decreto Ley 2070 de 2003 “*por medio del cual se reforma el régimen pensional de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional*” y el numeral 3° de la Ley 797 de 2003, quedando vigente los Decretos 1213 de 1990 y 1791 de 2000 y demás normas concordantes; dichas normas, itera, no establecieron aumento alguno de la prima de actividad. Destaca que el demandante laboró en la institución durante 20 años 6 meses y 15 días, motivo por el cual le corresponde el 70% del sueldo básico de un Agente de Policía en actividad, el 50% de la prima de actividad, el 20% en la prima de antigüedad, el 39% del subsidio familiar y 1/12 parte de la prima de navidad, tal y como le es reconocido en la asignación de retiro. No comparte el criterio según el cual, las primas de antigüedad y actividad deben equivaler, cada una, al 70% del salario básico pues no fue esa la voluntad del legislador. (fls. 82-95, C. 1)

7. Alegatos de conclusión en segunda instancia

7.1. Parte demandante.

Reiteró en esencia lo manifestado en el curso de la primera instancia, concretamente lo relativo al desconocimiento del precedente jurisprudencial sobre la materia. (fls. 43-44, C. 2)

7.2. Parte demandada.

Reiteró que la asignación de retiro de la parte demandante, tal y como fue liquidada por la entidad, se ajusta a las normas legales vigentes para la época del retiro del servicio. Solicita la revocatoria del fallo de primera instancia. (fls. 11-22, C. 2)

7.3. Concepto del Ministerio Público.

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

II. Consideraciones de la Sala

Se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito

de Manizales.

1. Problema jurídico

El problema jurídico a resolver en esta instancia se contrae a lo siguiente:

¿Le asiste derecho al señor Oscar Fernando Giraldo Trujillo a que se reajuste su asignación de retiro, incluyendo en la liquidación de la prestación las primas de actividad y de antigüedad en un porcentaje del 70 % del sueldo básico para cada una?

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** reconocimiento y liquidación de la asignación mensual de retiro con base en el Decreto 2070 de 2003; y **ii)** examen del caso concreto.

1. Reconocimiento y liquidación de la asignación mensual de retiro con base en el Decreto 2070 de 2003

El Decreto 2070 de 2003 reformó el régimen pensional propio de las Fuerzas Militares y de los oficiales, suboficiales, personal del nivel ejecutivo y agentes de la Policía Nacional.

En relación con la manera de reconocer y liquidar la asignación de retiro para los agentes de la Policía Nacional, los artículos 23 y 24 de la norma mencionada establecieron lo siguiente:

ARTÍCULO 23. PARTIDAS COMPUTABLES. *La asignación de retiro, la pensión de invalidez, y la pensión de sobrevivencia a las que se refiere el presente decreto del personal de la Policía Nacional, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:*

23.1 Oficiales, Suboficiales y Agentes

23.1.1 Sueldo básico.

23.1.2 Prima de actividad.

23.1.3 Prima de antigüedad.

23.1.4 Prima de academia superior.

23.1.5 Prima de vuelo, en los términos establecidos en el artículo 6° del presente decreto.

23.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales

23.1.7 Subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de la novedad fiscal de retiro.

23.1.8 Bonificación de los agentes del cuerpo especial, cuando sean ascendidos al grado de cabo segundo y hayan servido por lo menos treinta (30) años como

agentes, sin contar los tiempos dobles.

23.1.9 Duodécima parte de la Prima de Navidad devengada.

(...)

PARÁGRAFO. En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de la asignación de retiro, las pensiones, y las sustituciones pensionales.

ARTÍCULO 24. ASIGNACIÓN DE RETIRO PARA EL PERSONAL DE OFICIALES, SUBOFICIALES Y AGENTES DE LA POLICÍA NACIONAL EN ACTIVIDAD. Los Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional en servicio activo que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, sean retirados después de dieciocho (18) años de servicio, por llamamiento a calificar servicios, por disminución de la capacidad psicofísica, o por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional según corresponda, y los que se retiren o sean retirados o sean separados en forma absoluta con más de veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, se les pague una asignación mensual de retiro, así:

24.1 El sesenta y dos por ciento (62%) del monto de las partidas computables a que se refiere el artículo 23 del presente decreto, por los primeros dieciocho (18) años de servicio.

24.2 El porcentaje indicado en el numeral anterior, se adicionará en un cuatro por ciento (4%) por cada año que exceda de los dieciocho (18) hasta los veinticuatro (24) años, sin sobrepasar el ochenta y cinco por ciento (85%).

24.3 A su vez, el ochenta y cinco por ciento (85%) de que trata el numeral anterior se adicionará en un dos por ciento (2%) por cada año, sin que el total sobrepase el noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas computables.

PARÁGRAFO 1o. Los Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional que hubieren ingresado al escalafón antes del 29 de julio de 1988, que sean retirados por llamamiento a calificar servicios, por disminución de la capacidad psicofísica, o por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional, según corresponda, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, se les pague una asignación mensual de retiro, así:

El cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas computables a que se refiere el artículo 23 del presente decreto, por los quince (15) primeros años de servicio, y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda de los quince (15) hasta los veinte (20) años, sin sobrepasar el setenta por ciento (70%). A partir de los veinte (20) años de servicio la asignación de retiro se adicionará en un cuatro por ciento (4%) por cada año que exceda de los veinte (20) primeros hasta los veinticuatro (24) años, sin sobrepasar el ochenta y cinco por ciento (85%).

A su vez, el ochenta y cinco por ciento (85%) de que trata el inciso anterior se incrementará en un dos por ciento (2%) por cada año adicional a los primeros veinticuatro (24) años, sin que el total sobrepase el noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas computables.

PARÁGRAFO 2o. Los Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional retirados antes del 17 de diciembre de 1968, con treinta (30) años o más de servicio, continuarán percibiendo la asignación de retiro reajustada al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas que se incluyeron en cada caso para la respectiva asignación.

Analizados los Decretos 1213 de 1990 y 2070 de 2003 en lo que respecta a las partidas computables y a la manera de liquidar la asignación de retiro, se extraen los siguientes dos

cambios fundamentales en la materia:

1. La tasa de reemplazo que traía el Decreto 1213 de 1990, esto es, del 50% del monto de las partidas computables por los primeros 15 años de servicio, más un 4% por cada año que excediera los 15 años sin que el total sobrepasara el 85% de los haberes de actividad¹, con el Decreto 2070 de 2003 pasó a ser del 62% del monto de las partidas computables por los primeros 18 años de servicio, adicionando un 4% por cada año que excediera de los 18 y hasta los 24 años, sin sobrepasar el 85%, y un 2% adicional por cada año después de los 24 años, sin que el total sobrepasara el 95% de las partidas computables.
2. Mientras que el Decreto 1213 de 1990 consagró que para la liquidación de la asignación de retiro se tendría en cuenta la prima de actividad en un 20% del sueldo básico para los agentes con más de 20 años de servicios²; el Decreto 2070 de 2003 no fijó si la prima de actividad se computaría en un algún porcentaje específico en la citada prestación, sino que simplemente dispuso que la tasa de reemplazo se aplicaría sobre el monto de las partidas computables enlistadas.

¹ **ARTICULO 104. Asignación de retiro.** Durante la vigencia del presente Estatuto, los Agentes de la Policía Nacional que sean retirados del servicio activo después de quince (15) años, por disposición de la Dirección General, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente a su categoría, o por mala conducta comprobada, o por disminución de la capacidad psicofísica, o por inasistencia al servicio y los que se retiren a solicitud propia después de los veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional se les pague una asignación mensual de retiro equivalente a un cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 100 de este Estatuto, por los quince (15) primeros años de servicio y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda de los quince (15) sin que el total sobrepase del ochenta y cinco por ciento (85%) de los haberes de actividad.

PARAGRAFO 1o. La asignación de retiro de los Agentes que durante la vigencia de este Estatuto se retiren con treinta (30) o más años de servicio, será equivalente al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas fijadas en el artículo 100, liquidadas en la forma prevista en este mismo Decreto.

PARAGRAFO 2o. Los Agentes retirados antes del 17 de diciembre de 1968 con treinta (30) o más años de servicio, continuarán percibiendo la asignación de retiro reajustada al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas que se incluyeron en cada caso para la respectiva asignación”.

² **Artículo 100. Bases de liquidación.** A partir de la vigencia del presente Decreto a los Agentes de la Policía Nacional que se retiren o sean retirados del servicio activo se les liquidarán las prestaciones sociales unitarias y periódicas, sobre las siguientes partidas, así:

a. Sueldo básico.

b. Prima de actividad en los porcentajes previstos en este Estatuto.

c. Prima de antigüedad.

d. Una duodécima (1/12) parte de la prima de navidad.

e. Subsidio familiar. En el caso de las asignaciones de retiro y pensiones, se liquidará conforme al artículo 46 de este Estatuto, sin que el total por este concepto sobrepase el cuarenta y siete por ciento (47%) del respectivo sueldo básico.

PARAGRAFO. Fuera de las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, auxilios y compensaciones consagradas en este Estatuto, serán computables para efectos de cesantías, asignaciones de retiro, pensiones, sustituciones pensionales y demás prestaciones sociales, salvo lo dispuesto en el parágrafo 2° del artículo 53 de este Decreto.

Parágrafo. Si la bonificación a que se refiere el presente artículo se incorpora al sueldo básico del personal de la Fuerza Pública en servicio activo, tendrá el mismo comportamiento en la liquidación de las asignaciones de retiro y pensiones militares y policiales y por tanto desaparecerá como bonificación.

ARTICULO 101. Cómputo prima de actividad. A los Agentes que se retiren o sean retirados del servicio activo a partir de la vigencia del presente Decreto, para efectos de asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales, la prima de actividad se les computará de la siguiente forma:

- Para Agentes con menos de veinte (20) años de servicio, el quince por ciento (15%) del sueldo básico.

- Para agentes entre veinte (20) y veinticinco (25) años de servicio, el veinte por ciento (20%) del sueldo básico.

- Para Agentes con más de veinticinco (25) años de servicio, el veinticinco por ciento (25%) del sueldo básico”.

De acuerdo con lo anterior, considera el Tribunal que en los eventos en los que el régimen aplicable es el consagrado en el Decreto 2070 de 2003, la asignación mensual de retiro se liquida con la tasa de reemplazo que corresponda atendiendo el número de años de servicio, sobre el monto de las partidas computables señaladas en el artículo 23.

Se tiene entonces que, para el 1º de diciembre de 2003 el Decreto 2070 de 2003 reformó el régimen pensional propio de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, así como de los Oficiales, Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, derogando las disposiciones que le fueran contrarias y, en especial, entre otros, el artículo 125 del Decreto 1213 de 1990.

El Decreto 2070 de 2003 tuvo vigencia entre el 25 de julio de 2003 y el 6 de mayo de 2004, fecha última en la que la Corte Constitucional declaró su inexecutable mediante sentencia C-432, en la que sostuvo:

24. Finalmente, la declaratoria de inexecutable del Decreto 2070 de 2003 y del numeral 3º del artículo 17 de la Ley 797 de 2003, no implica crear un vacío legal que dejará a los miembros de la fuerza pública sin los presupuestos legales indispensables para garantizar las prestaciones sociales que amparen sus contingencias de tipo pensional.

Sobre la materia es pertinente recordar que la Corte ha considerado que “la expulsión del ordenamiento de una norma derogatoria por el juez constitucional implica, en principio, la automática reincorporación al sistema jurídico de las disposiciones derogadas, cuando ello sea necesario para garantizar la integridad y supremacía de la Carta”³.

Por consiguiente, es procedente reconocer la reincorporación automática de las normas anteriores que consagraban el régimen de asignación de retiro y de otras prestaciones a favor de los miembros de la fuerza pública, y que había sido derogado por el Decreto 2070 de 2003, en la medida en que su vigencia permite salvaguardar los derechos fundamentales a la vida digna, mínimo vital y trabajo de los citados funcionarios, como emanación de la supremacía de la parte orgánica del Texto Fundamental.

Al tenor de lo expuesto, se concluye que las disposiciones derogadas o modificadas por el Decreto 2070 de 2003, adquieren plena vigencia.

La Corte Constitucional no señaló expresamente que la declaratoria de inexecutable del Decreto 2070 de 2003 tuviera efectos retroactivos.

Tal como se explicó en fallo de tutela T-401 de 1996, los efectos de las sentencias de inexecutable son en general hacia futuro, salvo que la misma Corte Constitucional determine lo contrario. Así lo indicó igualmente la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado en providencia del 1º de marzo de 2012⁴, en la que analizó la vigencia

³ Cita de cita: T-024Ade 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. Alfonso Vargas Rincón. Sentencia del 1º de marzo de 2012. Radicación número: 17001-23-31-000-2005-02204-01(0702-09).

del mencionado Decreto 2070 de 2003:

Es cierto que el Decreto 2070 de 2003 fue objeto de declaratoria de inexecutable a través de la sentencia C-432 de 2004, sin embargo, para cuando se profirió esta providencia, 6 de mayo de 2004, estaba vigente y el reconocimiento de la asignación de retiro había sido efectuado desde el 13 de abril de 2004.

Sin embargo, no era posible modificar el acto de reconocimiento de la asignación de retiro del actor con base en la declaratoria de inexecutable de la norma que le había servido de fundamento a la entidad, por cuanto los efectos de dichos fallos rigen hacia el futuro, salvo que la misma providencia determine lo contrario, criterio que no sólo está fundado en el principio de la presunción de legalidad, de respeto por los efectos que ya surtió la Ley y por las situaciones establecidas bajo su vigencia, sino también por el principio de seguridad jurídica.

Así lo dispone el artículo 45 de la Ley 270 de 1996, al decir:

ARTICULO 45. REGLAS SOBRE LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS PROFERIDAS EN DESARROLLO DEL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD. *Las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo 241 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario.*

En consecuencia, por lo expuesto, la Caja de Retiro de la Policía Nacional no podía como lo hizo, modificar el régimen bajo el cual había reconocido la asignación de retiro y por tal razón se confirmará la providencia consultada, modificándola en el sentido de señalar que el porcentaje en que debe reconocerse la prima de actividad corresponde a un 54% más, como bien lo señaló el Procurador Segundo Delegado ante esta Corporación en su concepto, por disposición del artículo 23 del Decreto 2070 de 2003.

En ese orden de ideas, dado que la Corte Constitucional en el fallo de inexecutable no señaló algún efecto especial, se entiende que éstos son hacia futuro, y los derechos adquiridos bajo la norma declarada inexecutable conllevan una situación jurídica que debe respetarse.

Se concluye entonces que para el reconocimiento y liquidación de la asignación mensual de retiro de la parte demandante debía aplicarse el Decreto 2070 de 2003, pues para la fecha de retiro del actor (1 de agosto de 2003), aquella norma se encontraba vigente.

Lo anterior no obsta, como se indicará más adelante, la aplicación del Decreto 1213 de 1990 en los aspectos no regulados por el Decreto 2070 de 2003 y que no le fueren contrarios.

3. Caso concreto

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

1. De conformidad con la Hoja de Servicios nº 10263159 del 06 de octubre de 2006 (fl. 9, C. 1), se encuentra acreditado que el señor Oscar Fernando Giraldo Trujillo prestó sus

servicios a la Policía Nacional por un lapso de 20 años, 6 meses y 15 días. Consta igualmente que se retiró de la institución el 1 de agosto de 2003 en calidad de agente y que los tres meses de alta los cumplió el 1 de noviembre de 2003.

2. Consta en la referida Hoja de Servicios, que además del sueldo básico y otros factores salariales, el señor Oscar Fernando Giraldo Trujillo devengó prima de antigüedad en un 20% y prima de actividad en un 50%.

3. Con Resolución nº 006509 del 25 de noviembre de 2003 (fl. 10, C.1), CASUR reconoció y ordenó el pago de una asignación de retiro a favor del demandante a partir del 1 de noviembre de 2003, en cuantía del 70% del sueldo básico de actividad para el grado y partidas legalmente computables.

4. Se indicó en la parte motiva de dicho acto que la entidad se apartaba de la Hoja de Servicios del beneficiario en lo referente a la liquidación de la diferencia por año laboral, por cuanto no se había aplicado para tal efecto el Decreto 2070 de 2003, norma que se encontraba vigente para la fecha de retiro de la agente. Por lo anterior, señaló que el tiempo de servicio legalmente computable para el reconocimiento de la asignación de retiro era de 20 años, 6 meses y 10 días, quedando desvinculado del servicio activo a partir del 1 de noviembre de 2003.

Manifestó la entidad demandada en el citado acto administrativo que de conformidad con lo dispuesto en los Decretos 1213 de 1990, 1791 de 2000 y 2070 de 2003, era procedente reconocer asignación mensual de retiro en cuantía equivalente al 70% del sueldo básico de actividad para el grado y partidas legalmente computables, incluido un 39% por concepto de subsidio familiar.

5. La asignación de retiro del demandante Trujillo Giraldo se liquidó de la siguiente manera:

FACTOR SALARIAL	PORCENTAJE	VALOR
Sueldo para el grado		\$503.749,00
Prima de antigüedad	20%	\$100.749,80
Prima de actividad	50%	\$251.874,50
Subsidio familiar	39%	\$196.462,11
Prima de navidad (1/12)		\$87.736,28
TOTAL		\$1'140.571,69
VALOR MESADA ASIGNACIÓN DE RETIRO: \$1'140.571,69 x 70%		\$798.400,18

6. El 26 de julio de 2016 el señor Oscar Fernando Giraldo Trujillo elevó solicitud a

CASUR tendiente a obtener el reajuste de su asignación de retiro con fundamento en el Decreto 2070 de 2003, esto es, incluyendo el 70% de las primas de actividad y de antigüedad (fl. 11, C.1).

7. Por Oficio nº 19766 / GAG SDP del 09 de septiembre de 2016 (fl. 13, C.1), CASUR negó la solicitud presentada por la parte accionante, indicando que la asignación de retiro había sido reconocida con base en las normas vigentes a la fecha de consolidación del derecho a la citada prestación.

A efectos de resolver lo pertinente sea lo primero indicar que, el Consejo de Estado⁵ ha señalado que el momento en que se produce el retiro del servicio, surge el derecho al reconocimiento de la asignación de retiro y no al cabo de los tres meses de alta como equívocamente señala la entidad demandada.

Ahora bien, conforme a la Hoja de Servicios de la parte demandante, se encuentra acreditado que ésta se retiró del servicio el 1 de agosto de 2003, fecha a partir de la cual se contabilizaron los tres meses de alta⁶ para efectos prestacionales, y que además permite establecer la norma que rige el reconocimiento de la asignación de retiro.

Descendiendo al caso que convoca la atención de esta Sala, se observa que, dado que el régimen aplicable al señor Oscar Fernando Giraldo Trujillo era el contenido en el Decreto 2070 de 2003, la asignación mensual de retiro para dicho ex agente de la Policía Nacional que contaba con más de 20 años de servicio, correspondía al 70% (62% por los primeros 18 años + 8% por los siguientes 2 años) del monto de los factores computables señalados en el artículo 23 *ibídem*.

Observa esta Sala que la prestación fue reconocida y liquidada atendiendo lo dispuesto por el Decreto 2070 de 2003, como quiera que la tasa de reemplazo para liquidar la prestación fue del 70% sobre el monto de las partidas computables que el demandante devengaba, esto es, sobre el sueldo básico, la prima de actividad, la prima de antigüedad, entre otros.

Alega la parte recurrente que como el Decreto 2070 de 2003 no indicó el porcentaje en el cual se computarían tanto la prima de actividad como la prima de antigüedad, éstas deben

⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. Rafael Francisco Suárez Vargas. Sentencia del 4 de septiembre de 2017. Radicación número: 17001-23-33-000-2015-00061-01(0256-16).

⁶ El Consejo de Estado ha indicado que los tres meses de alta corresponden a un período señalado por ley (artículo 106 del Decreto 1213 de 1990), durante el cual la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional conforma el expediente con el cual se procederá al reconocimiento de la asignación de retiro. Ha acotado que en ese lapso se perciben las partidas que se vienen devengando antes del retiro, y que su reconocimiento tiene efecto solamente en la parte prestacional (ver nota al pie nº 4).

liquidarse en un 70% del sueldo básico, lo cual en criterio de esta Corporación es improcedente, por las siguientes razones.

1. El artículo 23 del Decreto 2070 de 2003 establece las partidas computables que deben ser tenidas en cuenta para determinar el valor total de la asignación de retiro del personal adscrito a la Policía Nacional, mientras que el artículo 24 de la referida norma señala los toques de las tasas de reemplazo para reconocer esa prestación de conformidad con el tiempo de servicios.

2. En ninguno de los citados artículos ni en los restantes del Decreto 2070 de 2003 se establece que la prima de actividad y la prima de antigüedad deban ser incluidas en la liquidación de la asignación de retiro en el mismo porcentaje con el cual se reconoce la prestación.

3. Así el Decreto 2070 de 2003 no especifique que las primas de actividad y de antigüedad enlistadas como partidas computables son aquellas que estaban siendo devengadas por el ex agente de la Policía Nacional, ese es el entendimiento natural y obvio que este Tribunal le da a la norma, pues lo contrario implicaría que la citada norma introdujo no sólo una modificación al régimen pensional de la Fuerza Pública sino que también lo hizo respecto del salarial y prestacional.

4. El Decreto 1213 de 1990 en sus artículos 30 y 33⁷ previó los montos en los cuales se reconocen la prima de actividad y la prima de antigüedad en servicio activo, dependiendo del tiempo de servicios que lleve el respectivo agente de la Policía Nacional.

Así, para el caso concreto, como la parte accionante llevaba 20 años, 6 meses y 15 días de servicio para cuando se retiró, para este Tribunal es claro que venía devengando un 20% del sueldo básico por concepto de prima de antigüedad y un 50% del sueldo básico por prima de actividad; porcentajes que no pueden ser incrementados a un 70% del sueldo básico como pretende la parte actora, pues como se dijo, equivaldría a modificar el régimen prestacional de la Fuerza Pública.

5. La interpretación que sobre el Decreto 2070 de 2003 realiza el demandante llevaría al extremo de, por ejemplo, incluir en la liquidación de la asignación de retiro, el subsidio

⁷ **ARTICULO 30. Prima de actividad.** Los Agentes de la Policía Nacional en servicio activo, tendrán derecho a una prima mensual de actividad, que será equivalente al treinta por ciento (30%) del sueldo básico y se aumentará en un cinco por ciento (5%) por cada cinco (5) años de servicio cumplido.

(...)

ARTICULO 33. Prima de antigüedad. Los Agentes de la Policía Nacional, a partir de la fecha en que cumplan diez (10) años de servicio tendrán derecho a una prima mensual de antigüedad que se liquidará sobre el sueldo básico, así: a los diez (10) años, el diez por ciento (10%) y por cada año que exceda de los diez (10), el uno por ciento (1%) más”.

familiar o la prima de navidad también en un 70%, por cuanto son igualmente partidas computables, lo que es claramente improcedente.

6. Debe recordarse que el Decreto 2070 de 2003 derogó expresamente el artículo 125 del Decreto 1213 de 1990, quedando vigentes las demás disposiciones que no fueran contrarias a aquel decreto, dentro de las cuales se encuentran los artículos 30 y 33, que señalaron los montos en los cuales se reconocen las primas de actividad y de antigüedad en servicio activo.

7. La anterior interpretación guarda armonía con el incremento que mediante Decreto 2863 de 2007 se hizo a la prima de actividad de que tratan los Decretos Leyes 1211, 1212, 1213 y 1214 de 1990; lo cual no hubiera acontecido en el evento de tener como monto de tal factor salarial el mismo porcentaje en el que se reconoce la asignación de retiro.

Lo explicado sustenta la posición de este Tribunal en el sentido que el porcentaje en el que el ex agente de la Policía Nacional devengue la prima de actividad o de antigüedad no se modifica ni corresponde a la tasa de reemplazo con la cual se calcula el valor de la asignación de retiro.

Conclusión

De conformidad con lo expuesto en esta providencia, estima esta Corporación que la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, mediante la cual se accede a las pretensiones de la demanda y se ordena reliquidación de la asignación de retiro del demandante, amerita ser revocada, pues se repite, la pensión en este caso corresponde al 70% del salario básico y de las partidas tal y como fueron devengadas en servicio activo. Esto es, el Ingreso Base de Liquidación está constituido entre otros, por el salario básico, la prima de actividad y la prima de antigüedad en el monto en que fueron devengadas en servicio activo; y a ello se le aplica la tasa de reemplazo que se determina en función del tiempo de servicios, siendo en este caso del 70% de conformidad con el Decreto 2070 de 2003.

3.Costas

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, en concordancia con los numerales 1 y 4 del artículo 365 del Código General del Proceso – CGP, se condenará en costas en ambas instancias a la parte demandante, por haber resultado vencida en este asunto y habida cuenta que la entidad demandada se vio en la necesidad de asumir su defensa judicial, interviniendo activamente durante todas las etapas del proceso.

Atendiendo lo previsto por el artículo 5° numeral 1 del Acuerdo PSAA -16 10554, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura el 5 de agosto de 2016, “*Por el cual se establecen las tarifas de agencias en derecho*”⁸, se fija como agencias en derecho el equivalente a un (1) SMLMV a cargo de la parte demandante y en favor de la parte demandada.

En mérito de lo expuesto, la Sala 2ª. Oral de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

III. Falla

Primero: Se revoca la sentencia del 17 de julio de 2018, proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, que accedió a las súplicas del demandante dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor Oscar Fernando Giraldo Trujillo contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional – CASUR. En su lugar, **SE NIEGAN** las pretensiones de la demanda.

Segundo: Se condena en costas a la parte demandante. Se fijan agencias en derecho equivalentes a un (1) SMLMV a cargo de la parte demandante y en favor de la parte demandada.

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

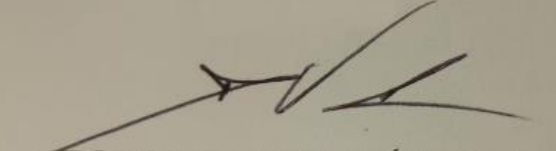
Cuarto. Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático Justicia Siglo XXI.

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión de la fecha.

Notifíquese y cúmplase

Magistrada Ponente

⁸ Aplicable al presente asunto por cuanto el proceso inició durante su vigencia.



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
DESPACHO 002
MAGISTRADA PONENTE: PATRICIA VARELA CIFUENTES

Manizales, 23 de Julio de 2021

MEDIO DE CONTROL	PROTECCIÓN DE DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS
ACCIONANTE	AURELIO RESTREPO VELÁSQUEZ – JULIÁN RESTREPO VELÁSQUEZ
ACCIONADO	DEPARTAMENTO DE CALDAS-SECRETARÍA DE INFRAESTRUCTURA- CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CALDAS – CORPOCALDAS- Y MUNICIPIO DE MANIZALES
VINCULADO	ÁLVARO HENAO, JULIÁN RESTREPO VELÁSQUEZ Y OTROS
COADYUVANTES	PERSONERÍA MUNICIPAL DE MANIZALES – JAVIER ELÍAS ARIAS
RADICADO	17 001 23 30 000 2017 00321
SENTENCIA No. 14	

Se dispone la Sala a dictar sentencia de **primera** instancia en el asunto de la referencia¹.

PRETENSIONES

¹ Luego de declarado infundado el impedimento declarado en su oportunidad por la Magistrada Ponente (fls.218-220 vto)

“Solicito al señor Juez que mediante sentencia judicial nos garantice los habitantes y propietarios –sic- de inmuebles de la Vereda “La Cabaña” del municipio de Manizales, especialmente por los que transitamos en el sector un kilómetro más adelante de la “Fonda Umbría” en dirección de Manizales –Tres Puertas, el acceso a los derechos colectivos y del medio ambiente ya relacionados de conformidad con la Constitución Nacional y la Ley, y en consecuencia se sirva Declarar que estos se encuentran vulnerados y en estado de alto riesgo, y por lo anterior ordenar:

PRIMERO: Adoptar las medidas administrativas, presupuestales, jurídicas y técnicas necesarias con el fin de lograr cesar la vulneración de nuestros derechos e intereses colectivos y del medio ambiente de quienes vivimos y transitamos en el sector.

SEGUNDO: Ordenar a la Secretaría de Infraestructura de Caldas iniciar cuanto antes las obras pertinentes para el mantenimiento y restauración de la vía del sector mencionado.

TERCERO: Ordenar a la Gobernación de Caldas la vigilancia y control de la realización de las obras, hasta su culminación, del sector sobre el que versa esta acción popular.

CUARTO: Ordenar a la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CALDAS (CORPOCALDAS) la vigilancia y control de las obras que se realicen en el sector de interés, conforme a las normas ambientales vigentes.

Hacer cumplir por los medios administrativos o judiciales a que dé lugar las recomendaciones dadas en el oficio 800-15325, además de denunciar cualquier delito ambiental del que se entere la corporación en cumplimiento de las funciones dadas en la ley 90 de 1993, excepto la referida a “construir un canal paralelo a la vía y hacer entrega de estas aguas a transversal localizada a 20 metros de este drenaje sobre la vía departamental Manizales-Tres Puertas”, correspondiente al informe técnico número 2016-IE-00033692 de Diciembre 17 de 2016.

QUINTO: Hacer cumplir a las entidades correspondientes y a los particulares, lo dicho en el oficio D.S.0049 emanado de la Secretaría de Infraestructura de Caldas.

SEXTO: Obligar a todos los particulares dueños de predios aledaños acatar las recomendaciones hechas por la Secretaría de Infraestructura de Caldas y CORPOCALDAS.

(...)”

HECHOS

El tramo de vía que comunica la vereda La Cabaña con el sitio “Tres Puertas”, aproximadamente a 1 km adelante de la Fonda Umbría en dirección Manizales –

“Tres Puertas”, registra un proceso de suelos activos que preocupa a quienes habitan en el sector.

El predio La Granada se ubica en la parte superior de la ladera, tiene áreas de pastoreo por cambio de uso del suelo, lo cual ha sido parte de la causa del aumento considerable de masas por aguas lluvias y del mayor flujo de escorrentía en el sector.

En la vía principal hay cunetas en concreto con capacidad de captación insuficiente dando lugar a que el caudal cruce la vía y se derrame ladera abajo, sin control, afectando la estabilidad del terreno. También en el sector hay cauces naturales que atraviesan bajo la vía principal por medio de un box coulvert de 1 metro por 1 metro aproximadamente. Los caudales que allí se acumulan presentan gran cantidad de arrastre de material granular desprendidos de los predio superiores facilitando el taponamiento de la estructura mencionada.

Concluye mencionando que por parte de Corpocaldas se han dado las recomendaciones para garantizar la seguridad en la vía.

Invocan como derechos colectivos vulnerados todos los enlistados en el artículo 4º de la ley 472 de 1998.

CONTESTACIÓN DE LAS ACCIONADAS Y VINCULADOS

CORPOCALDAS: Aceptó como parcialmente ciertos los hechos 1º, 2º, 3º y 4º aclarando que no es cierto que se presente un proceso de inestabilidad activo, pues lo observado obedece a un carcamamiento por acción natural de las aguas lluvias y favorecido por la intervención de los demandantes en su predio con cultivos limpios de café y plátano, erradicando especies vegetales que daban mayor estabilidad a la línea de drenaje, tal como se consignó en oficio 2016-IE-00033692 del 15 de diciembre de 2016. Advierte que a 5 metros de la línea de drenaje identificada en el año 2016, existe un transversal de la vía, lo cual indica que en la zona siempre ha existido una línea de flujo de agua que ha corrido naturalmente por el predio.

De los hechos 5º al 10 º dijo no constarle ninguno porque no tiene a su cargo la vía, pero informa que en las visitas a la zona no se observó deterioro de la capa asfáltica en cercanía a la línea de drenaje. Y negó los hechos 11º al 14 porque las obras de arte de la vía son suficientes y adecuadas.

Seguidamente se opuso a las pretensiones y explicó el marco normativo de las competencias de las entidades públicas en materia de prevención y atención del riesgo, y la planeación territorial del suelo a partir de las leyes 9º de 1989, 99 de

1993, 388 de 1997 y 1523 de 2012, para con base en ello afirmar que Corpocaldas carece de competencia para atender las pretensiones, pues en el marco de sus funciones ha brindado la asesoría técnica del caso, como lo prueban las comunicaciones que allega.

También ilustró sobre la competencia legal en materia vial de conformidad con las leyes 105 de 1993 y 715 de 2001 para concluir que en este caso corresponde al municipio lo que concierne a la vía rural y al departamento lo propio de la vía departamental, involucradas en este asunto, careciendo Corpocaldas de absoluta competencia.

Formuló las excepciones de falta de legitimación en la causa de Corpocaldas porque la solución a lo petitionado corresponde al municipio de Manizales y al departamento de Caldas; culpa exclusiva de los actores populares en la causación de futuros problemas de inestabilidad en el predio de su propiedad porque la problemática está asociada con el uso del suelo que favorece los procesos erosivos ante la inexistencia de coberturas vegetales y la presencia de cultivos limpios; y de improcedencia de la acción popular para la protección de contenido subjetivo de naturaleza patrimonial porque lo pretendido por los accionantes es la protección de su predio particular. (fls.62-96)

DEPARTAMENTO DE CALDAS: Informa que la vía sobre la cual recaen las pretensiones está a cargo del Departamento de Caldas en cuanto a su mantenimiento preventivo y correctivo, el cual se ha intervenido de manera permanente en el tramo Manizales-La Linda-Vereda La Palma- Quebra de Vélez-Tres Puertas de manera rutinaria y, además, en cumplimiento de la sentencia proferida en acción popular con radicado 2016-00165 por el Juzgado Segundo Administrativo de Manizales.

Explica que efectuada una visita técnica al sector del predio Granada de propiedad de los accionantes, se concluyó que la situación que allí se presenta no es de competencia del departamento porque se trata de un problema de aguas provenientes del predio del sr Álvaro Henao que está destinado al pastoreo y a cultivos limpios.

Propuso las excepciones de inexistencia de vulneración de derechos colectivos porque la entidad ha realizado mantenimientos preventivos y correctivos a la vía; inexistencia de obligación porque la problemática la genera el predio del sr Álvaro Henao. (fls.103-126)

MUNICIPIO DE MANIZALES: Dijo no constarle los hechos del escrito de acción popular y solicita la desvinculación del proceso por que la vía objeto del mismo es parte de la red vial departamental e informa que la misma permanece en mal

estado, sin señalización adecuada y con ausencia de mantenimiento, generando peligro para la comunidad que por allí transita. Formuló la excepción de falta de legitimación por pasiva al ser la vía del orden departamental. (fls.127-150)

ÁLVARO HENAO CEPEDA: Dijo no constarle ninguno de los hechos del escrito de acción popular, se opuso a las pretensiones y alegó la falta de legitimación por pasiva toda vez que no es propietario del predio en cuestión (fls.199-210)

VINCULADOS: No intervinieron (fl.161)

AUDIENCIA DE PACTO DE CUMPLIMIENTO

Se declaró fallida ante la falta de fórmula de pacto (fls.172-189)

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN E INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

ACCIONANTE: Reitera las pretensiones del escrito de acción popular y añade que los informes técnicos dan cuenta del estado de la vía, configurándose la violación a los derechos invocados (fls.394-394 vto)

CORPOCALDAS: Afirma que las pruebas demuestran que la entidad ha actuado conforme a los principios, postulados, normas jurídicas y técnicas que rigen su actividad pues ha dado asesoría técnica al propietario del predio, a la gobernación de Caldas y al municipio de Manizales.

Cita los testimonios vertidos en el proceso para afirmar que dan cuenta de la ausencia de una situación de riesgo en la zona, así como de las soluciones técnicas y ambientales adecuadas para precaver un futuro evento toda vez que en la actualidad no hay inestabilidad, recomendaciones que también constan en la prueba documental arrimada. Concluye reiterando los fundamentos legales de la respuesta a la demanda (fls.395-420)

-Las demás entidades accionadas, los vinculados ni el Ministerio Público intervinieron en esta etapa procesal, según constancia secretarial a folio 421.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico que se plantea consiste en determinar si el tramo de la vía que comunica la Vereda La Cabaña con el punto denominado “Tres-Puertas” (1 km delante de la fonda “Umbría”) presenta afectaciones en su estructura que generen riesgo.

Para establecer lo anterior se debe dar respuesta a los siguientes interrogantes:

¿Cuál es el estado de la vía?

En caso de presentar afectaciones en su estructura, ¿cuál es la causa de las mismas?

¿Las afectaciones en la vía amenazan o vulneran derechos colectivos?

¿A cuál entidad le corresponde efectuar las reparaciones de la vía?

Para resolver lo anterior, se abordarán los siguientes aspectos: i) la naturaleza y propósito de las acciones populares; ii) los hechos probados y iii) solución al caso concreto.

i) La naturaleza y propósito de las acciones populares:

Inicialmente precisa la Sala que este medio de control propende por la protección de los derechos e intereses de la comunidad y puede ser promovido por cualquier miembro de la colectividad a nombre de esta cuando ocurra un daño o se amenace un derecho o interés de esa naturaleza, ejerciéndose para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, vulneración o agravio, pues se trata de derechos pertenecientes a todos y cada uno de los miembros de la colectividad.

El ámbito dentro del cual debe manejarse el trámite del medio de control de defensa de derechos e intereses colectivos, es el relativo a la amenaza o vulneración de derechos colectivos, los cuales pueden ser quebrantados por actos, acciones u omisiones de la entidad pública, de un servidor o funcionario público en ejercicio de sus funciones, o de los particulares.

El artículo 88 de la Carta Política establece en su inciso primero que,

“La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella”.

Este dispositivo superior encuentra desarrollo en la Ley 472 de 1998, que señaló como objetivo, “regular las acciones populares y las acciones de grupo de que trata el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia. Estas acciones están orientadas a garantizar la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos, así como los de grupo de un número plural de personas”; en tanto que el precepto 2º dispuso que las acciones populares “son los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos”; y que “se ejercen para evitar

el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible”.

El artículo 9º del mismo ordenamiento indica a su turno que “Las acciones populares proceden contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos”; acción que a voces del artículo 9º ibídem, “podrá promoverse durante el tiempo que subsista la amenaza o peligro al derecho e interés colectivo”.

ii) Los hechos probados:

-La conformación de la red vial del departamento, dentro de la cual se incluye la vía Manizales –La Cabaña- Tres Puertas en un tramo de 24 kilómetros, según consta en la Ordenanza No. 230 de 1997 proferida por la Asamblea Departamental de Caldas (fls.138-140)

-El estado del sector objeto de este medio de control, según visita técnica por profesionales de Corpocaldas el día 14 de diciembre de 2016 en la que se observó depósito de sedimentos sobre la cuneta izquierda de la vía departamental Manizales – “Tres Puertas” en terrenos de la finca La Granada de propiedad del sr Aurelio Restrepo (hoy accionante), así como zanjas de hasta 1 metro de profundidad con arrastre de suelos y de cultivos.

Se recomendó:

- Implementar la franja forestal protectora según la Resolución No. 077 de 2011 con especies nativas que den agarre al terreno.
- Cambiar el uso del suelo con cultivos limpios por sistemas agro-forestales.
- Construir un canal concreto paralelo a la vía y hacer entrega de estas aguas a transversal localizada a 20 metros de este drenaje sobre la vía departamental Manizales-“Tres Puertas”. (fls.18-20)

-La cárcava formada en el predio Granada de propiedad de los hoy accionantes de dimensión aproximada de 2x1x2 metros desde el lindero de la parte alta hasta la carretera de la Vereda La Cabaña, según inspección de asistencia técnica por funcionario de la alcaldía de Manizales el día 29 de diciembre de 2016; situación generada por el agua que desde la parte superior atraviesa los cultivos y llega hasta la carretera principal. Se recomienda una concertación entre los vecinos para la conducción de las aguas (fls.25, 30-31)

-La presencia de leves asentamientos en la vía, el taponamiento de las obras de arte por el material de arrastre y la formación de surcos por el agua proveniente de la ladera, según inspección realizada por funcionario del municipio de Manizales el día 13 de enero de 2017. (fls.35-37)

-Las afectaciones en la finca Granada ubicada en la Vereda La Cabaña, según informe de visita técnica del 18 de enero de 2017 por Profesional Universitario de la Gobernación de Caldas. Se observaron cuatro estructuras transversales que pasan del talud superior al inferior, con estructuras de entrada y salida, al igual que cunetas revestidas en normal funcionamiento y capacidad para la colección de aguas de escorrentía provenientes de la vía. Se verificó que los problemas en el predio, son producto del inadecuado manejo de aguas en el predio del sr Álvaro Henao, que se ubica en el talud superior adyacente al predio La Granada, sugiriendo una adecuada canalización de las aguas lluvias del predio del dr Henao (fls.11-13, 114-116)

-La inestabilidad del predio La Granada por la presencia de zanjas hasta de 0.80 metros de profundidad, según visita al predio por profesionales de la Unidad de Gestión del Riesgo de la alcaldía de Manizales. Como causas probables se determinaron: la pendiente considerable de la ladera, la zona de infiltración de la finca colindante por la parte superior, el sobrepastoreo y el cultivo de plátano. En caso de fallar el talud generaría riesgos para la comunidad.

También se observó, al costado izquierdo de entrada a la finca una cuneta en terreno natural que está siendo socavada porque la vía principal no cuenta con cunetas.

Se recomendó la adecuada canalización de aguas del predio superior, la construcción de un canal en concreto paralelo a la vía para conducir las aguas hasta la transversal existente y revestir la cuneta a la entrada del predio La Granada (fls.149-150)

-Las intervenciones realizadas por el Departamento de Caldas en la vía Manizales – La Cabaña – Tres Puertas, en cumplimiento del fallo de acción popular con radicado 2016-00165, tales como parcheo del asfalto, construcción de dos muros para la recuperación de la banca en km 5+500 y 7+800; y estudios y diseños para obras de manejo de aguas (fls.118-125)

Así mismo, la inversión de los recursos obtenidos en el peaje Quebrada de Vélez, entre otras, en la vía Manizales –La Cabaña –Tres Puertas en el periodo 2015-2019: mantenimiento rutinario (rocería; limpieza de cunetas, alcantarillas y pontones), mantenimiento periódico (atención de derrumbes y emergencias), atención de sitios críticos (obras menores de contención y drenajes),

rehabilitación de la red vial (parcheos), señalización y seguridad vial (fls.286-294 vto)

Esta información se complementó por la Secretaría de Infraestructura del Departamento con el “INFORME DE INVERSIÓN CORREDOR VIAL MANIZALES –QUIEBRA DE VÉLEZ – LA CABAÑA –TRES PUERTAS 2015-2019” (fls.304-389)

Se desprende de dicho informe la intervención de la vía con las siguientes actividades: rocería, limpieza de cunetas, conformación de cunetas en tierra, limpieza de alcantarillados y box coulver, limpieza de puentes y/o pontones.

-En este proceso rindieron **testimonio**:

Jhon Jairo García Marín, Ingeniero Civil adscrito a Corpocaldas. De su declaración se destaca: Visitó dos o tres veces el sitio objeto de este medio de control, tramo de 300 mts sobre la vía Manizales-Tres Puertas. Se presenta un drenaje natural (vaguada) por donde corren las aguas solamente cuando llueve, no de manera permanente, sale sobre la vía; a veces arrastra materiales del terreno y los deposita sobre la cuneta, 10 metros más abajo hay una transversal; no hay riesgo alguno según lo observado en los últimos años; es un problema esencialmente de uso del suelo en el predio del demandante quien debe mitigarlo en virtud del principio de “auto protección”; se le ha recomendado fijar una franja forestal protectora para evitar procesos erosivos pero aún mantiene cultivos de plátano y café; se suma a ello la escorrentía de otro predio superior dedicado a la ganadería. La cuneta fue reparada a raíz de una fuga de agua, lo cual realizó Aguas de Manizales.

Añadió que las medidas a tomar lo serían en el predio del afectado (La Granada), esto es, darle tratamiento a la vaguada dejándola revegetalizar con franja protectora, construir un canal donde entregan estas aguas a la vía y entregarlo a la transversal ubicada a 10 metros aproximadamente y cambiar el uso del suelo en el talud (cultivos agroforestales). El propietario del predio es quien está causando la problemática y no ha acatado las recomendaciones que se le dieron dos años atrás por parte de Corpocaldas. Según las últimas observaciones no hay deterioro sobre la vía y las obras de arte en la misma están funcionando perfectamente. Los predios realizan las actividades permitidas en el “POT”.

Jhon Jairo Chisco Leguizamón, Ingeniero Civil, Subdirector de Infraestructura de Corpocaldas. De su declaración se destaca: Personal de la entidad realizó visita al predio y dio las recomendaciones al propietario para que las ejecutara. La ladera superior tiene pendiente moderada, es cruzada por la vía Manizales – Tres Puertas, tiene uso del suelo dedicado a cultivos de café y plátano en

inmediaciones de la vía; esta situación ha influido porque cuando hay lluvias las aguas de escorrentía que han formado la vaguada, arrastran material y profundizan el lecho de la misma, y el producto de ese desprendimiento o erosión es arrastrado por la escorrentía y depositado en la cuneta de la vía que descarga en una transversal ubicada a 20 metros más adelante. Según la información que reposa en la entidad a raíz de las visitas, no se perciben viviendas que estén en riesgo ni hay una situación de riesgo inminente, se trata de un proceso normal de erosión de una vaguada.

Reiteró que el sector requiere un mejor manejo del uso del suelo por el propietario recuperando la faja forestal de la vaguada para prevenir la erosión e incluso con obras de bio-ingeniería; añadió que no se evidenciaron afectaciones en la vía ni en su funcionalidad.

Orlando Saa Tróchez; Ingeniero Civil adscrito a la Gobernación de Caldas. De su versión se destaca: Visitó el predio hacía dos años, la vía no estaba afectada, se encontraba en perfecto estado, las obras de drenaje en buen estado de funcionamiento porque se hace mantenimiento rutinario con personal de cuadrillas. En el talud superior hay socavación del terreno por aguas que vienen del predio superior (vaguada), pero no afecta la vía. En la misma hay cuatro transversales ubicadas según la distancia que indican los estudios técnicos, atraviesan la vía y vienen de predios aledaños, las cunetas también ayudan a recoger las aguas.

Dentro de este contexto probatorio, pasa a resolverse:

¿Cuál es el estado de la vía?

En primer lugar, se precisa que la vía objeto de este medio de control hace parte de la red vial a cargo del Departamento de Caldas, según consta en la Ordenanza No. 230 de 1997 proferida por la Asamblea y así lo aceptó el Departamento, de tal manera que no hay controversia sobre este aspecto.

Ahora bien, las pruebas testimoniales rendidas por profesionales ingenieros civiles, quienes realizaron visitas técnicas personalmente (dos de ellos) al tramo de vía objeto de este medio de control – vía Manizales – Tres Puertas a la altura del predio La Granada - dieron cuenta que dicho carretable se encontraba en buen estado, sin afectaciones en su estructura y con adecuado funcionamiento de las obras de manejo de aguas (cunetas y transversales). Lo anterior, fue corroborado por el informe técnico presentado por el Secretario de Infraestructura del Departamento que ilustra sobre las intervenciones a lo largo de los años 2015 a 2019, con actividades de rocería, mantenimiento y limpieza de obras de conducción de aguas.

De ahí, que no hay prueba de lo dicho por el accionante en el sentido que la mencionada carretera presenta un proceso de suelos activos que genere inestabilidad, y por ende no hay cabida a ordenar la realización de obras de restauración o mantenimiento, como es su pretensión principal. Incluso el Subdirector De Infraestructura de Corpocaldas manifestó que en la zona y por motivo de las afectaciones del predio La Granada no existe riesgo para la comunidad, pues se trata de un proceso normal de erosión de una vaguada cuya corrección corresponde netamente al dueño del inmueble. Tampoco es cierto, como lo afirmó el actor popular, que las cunetas para la conducción de las aguas eran insuficientes pues los técnicos explicaron que las obras de conducción de aguas lluvias eran suficientes y funcionales, además que las transversales se construyen según lo determina un estudio técnico, que para el sector determinó en un número de 4.

Por el contrario, quedó probado a través de las distintas visitas técnicas al predio La Granada –de propiedad de los accionantes – que la indebida captación de aguas lluvias favorece la formación de zanjas o surcos, por donde el agua busca salida arrastrando a su paso material que es la causa del rebose de las cunetas. Por ende la problemática que pretenden solucionar con el ejercicio de este medio de control, no la causa una acción u omisión del responsable de la vía (departamento de Caldas) sino los propios accionantes a quienes de hecho, se les han dado las recomendaciones de manejo del predio, sin acatarlas.

Tales sugerencias refieren a la implementación de una franja forestal protectora de la vaguada sembrando especies nativas que den agarre al terreno y cambiar el uso del suelo, aspecto determinante en la causa de las alteraciones del mismo. Y si bien una de las indicaciones refiere también a la construcción de un canal de concreto paralelo a la vía, ya se indicó probado que el rebose de las cunetas se origina en el caudal de agua que circula por las zanjas o surcos arrastrando a su paso material del suelo, y no por falta de cunetas o insuficiencia de las mismas, como explicaron los testigos. Se suma a ello la prueba documental que da certeza sobre las acciones de mantenimiento y limpieza de las cunetas, que entre otras intervenciones realiza el departamento. Es más, el testigo Jhon Jairo García informó que constató que la cuneta sobre el costado derecho de la entrada a la finca La Granda, ya había sido reparada.

Se suma a las causas de la afectación del predio, las aguas que recibe de una heredad ubicada en la parte superior, hecho que traslada el reclamo a escenarios propios de las acciones civiles o de policía entre los propietarios o poseedores, pues es un asunto netamente privado como bien lo explica el apoderado de Corpocaldas en sus alegaciones.

En línea de lo probado, no hay lugar a dar respuesta a los demás interrogantes planteados imponiéndose negar las pretensiones de la parte actora quien no probó los hechos sobre los cuales las cimenta; no sin antes dar prosperidad a las excepciones de falta de legitimación por pasiva formuladas por el sr Álvaro Henao, Corpocaldas y el Municipio de Manizales con fundamento en el hecho de no ser las legalmente responsables del mantenimiento de la vía Manizales –Tres Puertas.

COSTAS:

No habrá lugar a condenar en costas al accionante pues no se acreditó que haya actuado de mala fe o temerariamente, según lo establecido en la sentencia de unificación dentro del proceso radicado 2017-00036 del 06 de agosto de 2019 del Consejo de Estado.

Por lo expuesto, el **EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de falta de legitimación por pasiva propuesta por el Municipio de Manizales, por Corpocaldas y el sr Álvaro Henao.

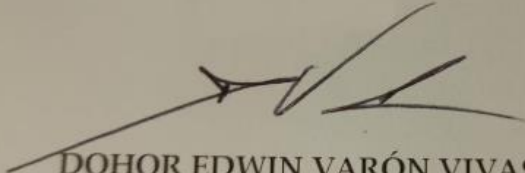
SEGUNDO: NEGAR las pretensiones dentro del presente medio de control de protección de intereses y derechos colectivos.

TERCERO: EJECUTORIADA esta providencia archívese el expediente previas las anotaciones respectivas en el sistema JUSTICIA SIGLO XXI.

NOTIFÍQUESE



Magistrada Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA 2ª DE DECISIÓN ORAL
MAGISTRADA PONENTE: Patricia Varela Cifuentes
Manizales, 23 de Julio de dos mil veintiuno (2021).

Radicación:	17001 33 39 007 2017 00504 02
Clase:	Nulidad y Restablecimiento Del Derecho
Demandante:	Luz Marina García de Cortés
Demandado:	Colpensiones
Providencia:	Sentencia No. 12

El Tribunal Administrativo de Caldas, Sala 2ª de Decisión Oral, integrada por la Magistrada PATRICIA VARELA CIFUENTES en calidad de ponente, el Magistrado DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS y el Magistrado AUGUSTO MORALES VALENCIA, procede a dictar sentencia por vía del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 18 de julio de 2019 proferida por la juez 7ª Administrativa del Circuito de Manizales con la cual negó las pretensiones de la parte demandante.

I. Antecedentes.

1. Pretensiones.

La parte demandante, mediante apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del CPACA, solicita:

“PRIMERA: Que se declare nula la Resolución Número GNR 005773 de Noviembre 16 de 2.012, expedida por la Doctora ISABEL CRISTINA MARTÍNEZ MENDOZA, Gerente Nacional de Reconocimiento COLPENSIONES, a través de la cual se reconoció pensión de vejez a la asegurada LUZ MARINA GARCÍA DE CORTÉS en cuantía mensual de \$626.531 a partir de octubre 14 de 2011.

SEGUNDA: Que se declare nula la Resolución VPB 3368 de Agosto 8 de 2013, expedida por la Doctora DORIS PATARROYO PATARROYO, a través de la cual se resolvió el recurso de apelación, reliquidando la pensión de vejez de la señora LUZ MARINA GARCÍA DE CORTÉS, pero no conforme lo ordena la Ley 33 de 1985.

TERCERO: Que como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de Restablecimiento del Derecho, se ordene a la entidad demandada a proferir un nuevo acto administrativo por medio del cual reliquide la pensión de la señora LUZ MARINA GARCIA DE CORTÉS, tomando para ello todos los salarios y factores salariales devengados durante el último año de servicios, el cual se

*encuentra comprendido entre el 31 de Mayo de 2.002 y el 31 de Mayo de 2.003, teniendo en cuenta como **SALARIO**: Además del sueldo mensual, el 15% de incentivo, el recargo nocturno y los dominicales; y como **FACTORES SALARIALES**: Las doceavas partes de la prima de navidad, la prima de servicios, la prima de vacaciones y demás prestaciones económicas recibidas.*

***CUARTA:** A título de Restablecimiento del Derecho, también solicito ordenar actualizar la base de liquidación para obtener el valor de la primera mesada pensional con el IPC que rigió año por año desde el año 2003 hasta el año 2011, año en el cual mi mandante adquirió el status de jubilada.*

***QUINTA:** A título de Restablecimiento del Derecho, también solicito que sobre las sumas que resulte adeudar a favor de LUZ MARINA GARCÍA DE CORTÉS el ente demandado dé cumplimiento a la sentencia conforme lo establece el artículo 176 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y que si no da cumplimiento al fallo dentro del término legal reconozca los intereses moratorios de que trata el Artículo 177 del CPACA.*

***SEXTA:** A título de Restablecimiento del Derecho, también se ordenará indexar los valores adeudados a mi poderdante desde el día 14 de Octubre de 2.011, fecha a partir de la cual se causó el derecho a la pensión de jubilación.*

[...]"

2. Hechos.

La parte actora fundamentó sus pretensiones en los hechos que se narran a continuación:

La demandante prestó sus servicios al Hospital de Caldas desde el 1 de marzo de 1975 hasta el 31 de mayo de 2003, para un total de 28 años y 3 meses de tiempo laborado. Así mismo, se reputa beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

Mediante la Resolución No. GNR 005773 de noviembre 16 de 2012, Colpensiones reconoció la pensión de vejez a la demandante, a partir del 14 de octubre de 2011. Contra dicha decisión interpuso recurso de apelación con el objeto de obtener la reliquidación de la pensión con todos los factores devengados en el último año de servicio y la indexación de la primera mesada pensional toda vez que la fecha de desvinculación (2003) no coincide con el año de adquisición del estatus pensional (2011).

Por medio de la Resolución VPB 3368 de agosto 8 de 2013, la Administradora de Pensiones reliquidó la pensión aumentando su valor, pero no en la forma solicitada por la parte actora.

3. Normas violadas y concepto de violación.

Artículo 36 y párrafo 1 del artículo 18 de la Ley 100 de 1993; artículo 1 de la Ley 33 de 1985; artículo 73 del Decreto 1848 de 1969 y 53 de la Constitución Política.

Se expone en la demanda que la parte actora es beneficiaria del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y por tanto está amparada por el régimen anterior contemplado en la Ley 33 de 1985 en atención al tiempo laborado como empleada pública. Se afirma que la pensión debe ser reliquidada con el 75% del salario devengado en el último año de servicios, incluyendo todos los factores salariales percibidos en dicho lapso, estipulados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

Citó la sentencia proferida por el Consejo de Estado el 14 de diciembre de 2011, radicado 19001233100020050173601, para sustentar su solicitud de que se tengan en cuenta todos los factores percibidos por la demandante como contraprestación por sus servicios. Así mismo, se refirió al alcance de la sentencia C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, proferidas por la Corte Constitucional.

4. Contestación de la demanda.

La Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Frente a los hechos adujo que unos son ciertos y otros no lo son.

Propuso como excepciones las que denominó:

“Ausencia del derecho reclamado – aplicación normativa y reliquidación pensional”, “Improcedencia de tomar todos los factores salariales devengados”, “improcedencia de reliquidar la prestación pensional”, “Prescripción del reajuste a la mesada pensional”, “Improcedencia de los intereses moratorios por no dar cumplimiento al fallo conforme lo dispuesto en el artículo 192 del CPACA”, “Buena fe” y “declarables de oficio”. Concluye que no es procedente la reliquidación de la pensión en los términos solicitados por la parte demandante comoquiera que la postura jurisprudencial imperante fija las reglas para determinar el IBL de los beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, de modo que no es lo devengado en el último año de servicio sino el promedio de los últimos diez años lo que sirve de base para la liquidación, unido a los factores señalados en el Decreto 1158 de 1994 únicamente. (fls. 116 – 129, C. 1)

5. Sentencia de primera instancia.

El Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales profirió sentencia el 18 de julio de 2019 mediante la cual resolvió:

PRIMERO: DECLARAR probadas las excepciones denominadas “AUSENCIA DEL DERECHO RECLAMADO – APLICACIÓN NORMATIVA Y RELIQUIDACIÓN PENSIONAL”, “IMPROCEDENCIA DE RELIQUIDAR LA PRESTACIÓN PENSIONAL”, “IMPROCEDENCIA DE TOMAR TODOS LOS FACTORES SALARIALES DEVENGADOS”, propuestas por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demandante.

TERCERO: SIN COSTAS, por lo considerado.

[...]

Como sustento de su decisión, la *a quo* citó la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado el 28 de agosto de 2018, en la cual fijó las reglas a tener en cuenta para la liquidación de pensiones amparadas por el régimen de transición de la ley 100 de 1993.

De las pruebas obrantes en el proceso extrajo que la señora Luz Marina García Cortés nació el 4 de septiembre de 1954 y por lo tanto, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con más de 35 años de edad; luego, concluye que la misma es beneficiaria del régimen de transición de la referida Ley 100. Así mismo, estableció que Colpensiones le reconoció a la actora una pensión de vejez con el promedio de lo devengado en los últimos 10 años en consonancia con el precedente jurisprudencial imperante.

No se hizo pronunciamiento sobre la pretensión de actualización de la primera mesada pensional. (fls. 139-145, C. 1)

6. Recurso de apelación.

La parte demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia al considerar que en calidad de beneficiaria del régimen de transición tiene derecho a que su pensión sea reconocida de conformidad con la Ley 33 de 1985 tomando para ello los salarios y factores salariales devengados en el último año de servicios, el cual se encuentra comprendido entre el 31 de mayo de 2002 y el 31 de mayo de 2003, actualizando la primera mesada pensional en atención a la fecha de adquisición del estatus pensional, esto es, 14 de octubre de 2011.

Considera que se debe tomar en cuenta, además del salario básico, el 15% del incentivo el recargo nocturno y los dominicales; y como factores salariales: las doceavas partes de

la prima de navidad, la prima de servicios y la prima de vacaciones, actualizando con el IPC la base de liquidación desde el año 2003 hasta el año 2011, fecha de adquisición del estatus pensional. Añade que las reliquidaciones efectuadas por Colpensiones se hicieron bajo los parámetros de la Ley 100 de 1993.

Afirma que la tesis acogida por la *a quo* no es justa ni equitativa para la parte demandante pues constituye una regresión de los derechos laborales y una violación flagrante del artículo 334 de la Constitución Política. Aduce que el mismo Consejo de Estado en sentencia del año 2017 hace un análisis del tema con el objeto de no modificar su tesis y respetar el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Insiste en la pretensión referida a la actualización de la base pensional (fls. 148-156, C. 1)

6. Alegatos de conclusión en segunda instancia.

6.1. Parte demandante.

Guardó silencio.

6.2. Parte demandada.

Guardó silencio.

7. Concepto del Ministerio Público.

Guardó silencio.

II. Consideraciones de la Sala

Solicita la parte demandante en este proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho promovido contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, que por esta Corporación se declare la nulidad de los actos administrativos mediante los cuales dicha entidad negó la reliquidación de su pensión de jubilación con inclusión de todos y cada uno de los factores salariales devengados durante el último año de prestación de servicios; consecuentemente, se ordene la reliquidación de la pensión de conformidad con la Ley 33 de 1985, esto es, con el 75% de todos los factores devengados en el último año de servicios. Igualmente demanda para que se actualice la base de la liquidación desde el año 2003 al año 2011.

La entidad demandada, por su parte, se opone a las pretensiones de la demanda pues según dice, dichos actos administrativos fueron expedidos de conformidad con el régimen de transición a que tenía derecho la parte actora, quien acreditó los requisitos establecidos en la Ley 33 de 1985, procediendo a aplicar una tasa de reemplazo del 75% sobre el IBL de los últimos diez años.

1. Problemas Jurídicos.

- 1.1. ¿Cuál es el régimen legal aplicable a la situación pensional de la demandante?
- 1.2. ¿Procede el reajuste de la pensión de vejez con base en todos los factores salariales devengados en el último año de servicios?

2. Del régimen pensional aplicable a la parte demandante.

La Ley 100 de 1993, por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones, estableció en el artículo 11 -modificado luego por el artículo 1º de la Ley 797 de 2003-, que “Para efectos de este artículo se respetarán y por tanto mantendrán su vigencia los derechos adquiridos conforme a disposiciones normativas anteriores, pacto o convención colectiva de trabajo...” /Subraya la Sala/.

El Sistema General de Pensiones (Ley 100 de 1993) entró a regir el 1º de abril de 1994 para los servidores públicos del orden nacional (art. 1º Decreto 691 de 1994), mientras que para los servidores públicos del orden territorial a más tardar el 30 de junio de 1995 (arts. 1 y 2); luego, el canon 36 de la Ley 100 de 1993 estipuló en lo pertinente que:

“...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 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 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...”

Quienes a la fecha de vigencia de la presente Ley hubiesen cumplido los requisitos para acceder a la pensión de Jubilación o de vejez conforme a normas favorables anteriores, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento, tendrán derecho en desarrollo de los derechos adquiridos a que se les reconozca y liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes al momento en que cumplieron tales requisitos...” /Destacado también de la Sala/.

Siguiendo la normativa en cita, en el *sub lite* se pudo establecer que la señora Luz Marina García de Cortés, al treinta (30) de junio de 1995, fecha de entrada en vigencia

de la Ley 100/93, contaba con más de 35 años de edad, pues nació el 14 de octubre de 1956 /fl. 69, C. 1 y Expediente Administrativo Cdo 2/, de suerte que es beneficiaria del régimen de transición a que alude el precepto 36 parcialmente transcrito. Es de agregar que a dicha fecha contaba con más de 15 años de servicio público, pues su vinculación al Hospital de Caldas E.S.E. inició el 1º de marzo de 1975 sin solución de continuidad hasta el 31 de mayo de 2003; y luego, como independiente, desde el 1 de julio de 2004 hasta el 31 de julio de ese mismo año.

El régimen previsto para los servidores públicos con anterioridad a la Ley 100/93 se encuentra contenido en la Ley 33 de 1985¹, en cuyo artículo 1º señala:

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

En el expediente administrativo allegado al proceso, se observa que la demandante prestó sus servicios al Hospital de Caldas ESE durante más de 20 años, en calidad de empleada pública.

Con base en lo expuesto, es diáfano para la Sala que la accionante se encuentra cobijada por el régimen pensional de la Ley 33/85.

Precisado el régimen pensional aplicable, procede la Sala a determinar los factores salariales que resultaban aplicables a la liquidación pensional de la parte demandante.

3. Del Ingreso Base de Liquidación – IBL.

En el sub lite, se tiene que la accionante es beneficiaria del régimen de transición pensional establecido en el artículo 36 de la Ley 100/93, y por ende, su situación pensional se halla gobernada por la Ley 33 de 1985. Ahora, el debate se circunscribe al alcance de los beneficios de la transición y los factores salariales a tener en cuenta en el cómputo pensional.

La citada Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de la misma anualidad, en sus artículos 1º y 3º previó:

*“**Artículo 1º.-** El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión*

¹ Modificada por la Ley 62 del mismo año.

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

(...)

Artículo 3º “*Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.*”

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

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

Como se vislumbró desde la etapa primigenia del proceso, el marco de discusión se contrae a la inclusión o no del ingreso base de liquidación (IBL) dentro del catálogo de beneficios previstos por el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y a partir de ahí, si el IBL que debe tomarse en consideración es el contenido en las normas anteriores o si por el contrario, al quedar excluido de la transición, este aspecto en concreto ha de entrar a gobernarse por las previsiones del sistema pensional general que entró en vigencia el primero (1º) de abril de 1994.

El debate jurídico sobre el particular se enmarca en el contexto de posturas jurídicas encontradas, puntualmente a raíz de la adoptada por la Corte Constitucional que tiene como hitos jurídicos las providencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, en las que se separó de la hermenéutica que el Consejo de Estado –y el mismo Tribunal Constitucional- venían otorgando al alcance del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

En relación con este tema, este Tribunal ha venido interpretando de manera pacífica y reiterada que cuando el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 dispone que “*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*” serán los previstos en el régimen anterior, ha de entenderse que en este último concepto se incluyen tanto la tasa de reemplazo como el ingreso base de liquidación (IBL) que contenían las normas precedentes a su vigencia, pues una intelección opuesta vulnera el principio de inescindibilidad normativa y de contera, crea un tercer régimen pensional no previsto por el legislador.

En consecuencia con esta línea de argumentación, el Tribunal también ha sostenido que la Ley 33 de 1985 ilustra que, así se hagan aportes a la Caja de Previsión basados

en rubros distintos de los enlistados en el inciso segundo del artículo 3º, las pensiones se liquidarán teniéndolos en cuenta, intelección que se acompasa con lo estipulado en el canon 1º también trasunto², y que se complementa con la definición de salario trazada por el Consejo de Estado, que lo define en su jurisprudencia como “*lo que el trabajador recibe en forma habitual o a cualquier título y que implique retribución ordinaria permanente de servicios, sea cual fuere la designación que las partes le den*”³.

El otro de los fundamentos que había venido tomando esta colegiatura como soporte de su hermenéutica se hallaba en la postura -también reiterada- del órgano de cierre de esta jurisdicción, que en varias oportunidades insistió⁴ en lo pregonado en la sentencia de la Sala Plena de la Sección Segunda, de cuatro (4) de agosto de 2010⁵, por cuyo ministerio:

“(…) Así, esta Sala en la sentencia de Sección del cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010), Expediente No. 0112-2009, Actor: Luis Mario Velandia, unificó los criterios en mención, para llegar a la conclusión de que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios...”. /Resalta la Sala/.

Sin embargo, ante la irrupción de la nueva postura interpretativa de la Corte Constitucional introducida en las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, el Consejo de Estado reforzó su doctrina, y en fallo de veinticinco (25) de febrero de 2016, sentencia de unificación proferida por la Sección Segunda⁶, ratificó una vez más la postura asumida por este Tribunal en cuanto a la aplicación del IBL del último año de servicios a los beneficiarios de la transición consagrada en la Ley 100 de 1993.

En síntesis, el máximo órgano de esta jurisdicción especializada acudió a la postura que de forma reiterada había plasmado frente a este tema específico⁷, corroborando que cuando las normas de transición contienen el concepto de “monto” de la pensión, este hace referencia no solo a un porcentaje, como quiera que este es un mero dato abstracto, sino a la suma de las partidas o promedio de los factores salariales devengados por el trabajador, a lo cual añadió que el Decreto 1158 de 1994 establece

² Ver entre muchas otras, sentencias del 16 de junio de 2015, Exp. 2013-00299-02 y Exp. 2013-00369-02. M.P. Augusto Morales Valencia.

³ Sentencia del 19 de febrero de 2004, Sección Segunda, M.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub-sección A, Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero. Expediente: 25000-23-25-000-2007-00001-01(0302-11).

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, fecha: 4 de agosto de 2010, Ref: Expediente No. 250002325000200607509 01.-, Número Interno: 0112-2009.-, Actor: Luis Mario Velandia.

⁶ Sentencia de veinticinco (25) de febrero de 2016. C.P. Gerardo Arenas Monsalve. Expediente: 25000234200020130154101.

⁷ Acudió a la Sentencia de 21 de junio de 2007, Radicado 0950 de 2006, Consejera Ponente: Ana Margarita Olaya Forero.

el Ingreso Base de Cotización (IBC) y no el Ingreso Base de Liquidación (IBL), que en el caso de los beneficiarios del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, debía continuar rigiéndose por las normas anteriores al primero (1º) de abril de 1994.

En la misma providencia, el Consejo de Estado convalidó la postura plasmada en la Sentencia de Unificación de cuatro (4) de agosto de 2010 con ponencia del Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila en el expediente Rad. 0112-2009 (citada líneas atrás), en punto a la inclusión de la totalidad de factores salariales devengados en el último año de servicios en aras de establecer el monto de la pensión.

Respecto a la posición introducida en la Sentencia C-258 de 2013 por la Corte Constitucional, el supremo tribunal de esta jurisdicción indicó que no era posible extender la hermenéutica allí plasmada a la generalidad de los casos, básicamente por cuanto, (i) tal decisión aborda el estudio de constitucionalidad del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, que consagra un régimen pensional de privilegio, y no la generalidad de beneficiarios de los regímenes anteriores a la Ley 100/93; (ii) las normas anteriores a la Ley 100 de 1993 tienen justificación y racionalidad y no hicieron parte del examen de constitucionalidad, con lo cual no pueden extenderse sus efectos; y (iii) el Consejo de Estado ya hace varios años ha determinado que la enunciación de factores salariales de las Leyes 33 y 62 de 1985 no es taxativa, pronunciamiento que constituye precedente para los funcionarios de esta jurisdicción especializada.

Por su parte, en relación con la Sentencia SU-230 de 2015, que adoptó como precedente frente al régimen de transición en pensiones la argumentación consignada en la sentencia C-258 de 2013 ya referida, el Consejo de Estado planteó que dicha providencia avala la postura que sobre el particular ha mantenido la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en el marco de sus competencias y en concreto, en el escenario decisional de la jurisdicción ordinaria.

El temperamento jurídico esbozado hasta este punto, que había permitido a este Tribunal mantener la posición del órgano supremo de esta jurisdicción, fue morigerado en cuanto a sus límites temporales con la expedición de la Sentencia T-615 de 2016, en la que adujo la Corte Constitucional que el precedente jurisprudencial consignado en las Sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 sólo resultaba obligatorio para aquellos casos en los que se dictara sentencia con posterioridad a la ejecutoria de esta última, anotando en todo caso que si el estatus pensional se había adquirido antes de la ejecutoria de la providencia primeramente citada (C-258 de 2013), el criterio interpretativo esbozado por el Tribunal constitucional no resultaba obligatorio.

En el caso de este Tribunal Administrativo, se aplicó esta regla por un breve lapso, hasta cuando la Sentencia T-615 de 2016 fue declarada nula a instancias del mismo tribunal constitucional con Auto N° 229 de 2017 (M.P. José Antonio Cepeda Amaris).

Finalmente, la Corte Constitucional se pronunció una vez más sobre la interpretación que en su criterio debe dársele al régimen de transición pensional de la Ley 100 de 1993. Dicho pronunciamiento se halla en la Sentencia SU-395 de 2017⁸, de la cual el tribunal extracta lo pertinente:

*(...) 10.2.2.1. **Este caso se refiere al reconocimiento de la pensión de jubilación a un beneficiario del régimen de transición de la Ley 33 de 1985 con un monto del 75% liquidado con el IBL de la Ley 100 de 1993 que, al pretender la reliquidación de su mesada pensional con base en el último año de servicios -Ley 33 de 1985 y factores salariales de la Ley 62 de 1985- inició proceso** de nulidad y restablecimiento del derecho que conoció el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el cual ordenó la reliquidación de la mesada con base en el 75% de lo devengado por el demandante en el último año de servicio oficial con la inclusión de todos los elementos salariales percibidos. En segunda instancia, el Consejo de Estado revocó parcialmente lo decidido al incluirse la prima de bonificación -por no ser elemento salarial- y haberse compensado los aportes de los demás elementos salariales incluidos en la liquidación. (...)*

10.2.2.2. Sobre las anteriores consideraciones, la Sala Plena estima que se configuran los defectos endilgados en la demanda de tutela por las siguientes razones:

(...) Conforme con ello, se ha entendido en sentencias de constitucionalidad de la Corte Constitucional, que cuando el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 se refiere a "monto de pensión" como una de las prerrogativas que se mantienen del régimen anterior, está refiriéndose al porcentaje aplicable al Ingreso Base de Liquidación. Lo anterior, tiene sentido no sólo desde el punto de vista del lenguaje sino también con fundamento en el alcance, finalidad y concepto del régimen de transición.

En la medida en que si el inciso tercero de la norma bajo análisis expresamente establece cuál debe ser el Ingreso Base de Liquidación para los beneficiarios del régimen de transición, entonces el monto se refiere al porcentaje aplicable a esa base que será el señalado por la normativa anterior que rija el caso concreto. En igual sentido, los factores salariales, al no determinar el monto de la pensión sino parte de la base de liquidación de la misma, serán los señalados por la normativa actual, en este caso, por el Decreto 1158 de 1994.

A través de las Sentencias C-168 de 1995 y C-258 de 2013, a la Corte Constitucional le correspondió estudiar la constitucionalidad de los incisos segundo y tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sin dejar lugar a dudas sobre el alcance del inciso tercero, en cuanto a que el mismo determina el ingreso base de liquidación aplicable a los beneficiarios del régimen de transición en los términos de los incisos primero y segundo.

Sin embargo, el decreto citado reiteró que hay un régimen de transición, que por lo tanto se torna inalterable: "Artículo 4º. Los servidores públicos que seleccionen el régimen de prima media con prestación definida, estarán sujetos al régimen de transición establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 y demás disposiciones que lo reglamentan". De manera que las consideraciones esbozadas sobre la interpretación de los incisos segundo y tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, son aplicables al caso concreto y, en general, a quienes se regían por la Ley 33 de 1985. No obstante todo lo anterior, la Sección

⁸ M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Segunda del Consejo de Estado, en la sentencia impugnada, interpretó dichas disposiciones de manera evidentemente contraria a como ha sido esbozado, desconociendo lo establecido expresamente por el legislador, así como lo dispuesto en la Sentencia C-168 de 1995.

A este respecto, la sentencia impugnada concluyó que el inciso tercero sólo se habilita cuando el régimen anterior aplicable en el caso concreto no establece una norma expresa que determine el ingreso base de liquidación. Así las cosas, encontró también que el monto de la pensión incluía no sólo la tasa de reemplazo, sino también el Ingreso Base de Liquidación, los factores salariales y los demás elementos constitutivos de la liquidación. Perspectiva bajo la cual se advierte un defecto sustantivo por desconocimiento del texto legal al otorgarle un alcance no previsto por el legislador, acompañado además de una violación directa de la Constitución.

Y aun cuando en sentencias de tutela posteriores a la Sentencia C-168 de 1995 se haya ordenado la reliquidación de pensiones al entender que la expresión “monto de la pensión” incluía ingreso base de liquidación, éstas simplemente ostentan un efecto inter-partes que no tiene la virtualidad de subsanar el defecto advertido en la sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado.

El Acto Legislativo 01 de 2005, en su inciso 6, introdujo la regla ya consagrada en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, de acuerdo con la cual, Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones. Y, en cuanto al régimen de transición, hizo remisión a lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

(...) En este orden de ideas, es posible concluir que de acuerdo con lo expresamente establecido por el legislador en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por el Constituyente en el Acto Legislativo 01 de 2005, así como con los principios de eficiencia del Sistema de Seguridad Social, correspondencia entre lo cotizado y lo liquidado, y el alcance y significado del régimen de transición, la interpretación constitucionalmente admisible es aquella según la cual el monto de la pensión se refiere al porcentaje aplicable al IBL, y, por tanto, el régimen de transición no reconoce que continúan siendo aplicables ni el IBL ni los factores salariales previstos con anterioridad a la Ley 100 de 1993.

*Por último, cabe recordar que la Sentencia C-258 de 2013, al estudiar la constitucionalidad del artículo 17 de la Ley 4 de 1992 sobre régimen especial de Congresistas y Magistrados de Altas Cortes, sostuvo que, no obstante que el Acto Legislativo 01 de 2005 haya respetado la existencia de un régimen de transición en materia pensional, “impuso límites temporales y materiales. En cuanto a los beneficios y condiciones, la reforma constitucional remitió a lo consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, disposición que establece que los beneficiarios del régimen de transición tendrán derecho a que se les apliquen las normas pensionales anteriores, en relación con la edad, el tiempo de cotización o servicios prestados, **y el monto de la pensión, entendido como tasa de reemplazo.** Las demás condiciones y requisitos para acceder a la pensión de vejez, se sujetan a las disposiciones contenidas en el sistema general de pensiones”.*

10.2.2.3. Por lo anterior, habrá de ser revocada la sentencia de segunda instancia proferida por el Consejo de Estado -Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta- el 11 de agosto de 2011, dentro de la acción de tutela instaurada en contra de la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, mediante la cual denegó por improcedente la acción de tutela. En su lugar, se concederá la protección del derecho fundamental al debido proceso”/Líneas y resaltados son de la Sala/.

En igual sentido, el Consejo de Estado unificó su postura en la sentencia de veintiocho (28) de agosto de 2018⁹, en la cual indicó el Ingreso Base de Liquidación que debe tenerse en cuenta para las personas beneficiarias del régimen de transición:

*“91. Para la Sala Plena de esta Corporación esa es la lectura que debe darse del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. **El artículo 36 contiene todos los elementos y condiciones para que las personas beneficiarias del régimen transición puedan adquirir su pensión de vejez con la edad, el tiempo de servicios o semanas de cotización y la tasa de reemplazo del régimen anterior y con el IBL previsto en el mismo artículo 36, inciso 3, y en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.** La regla establecida por el legislador en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 excluyó la aplicación ultractiva del ingreso base de liquidación que consagraba el régimen general de pensiones anterior a dicha ley. El reconocimiento de la pensión en las condiciones previstas a cabalidad por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 constituye un verdadero beneficio para este grupo poblacional, porque frente a los mismos requisitos que están consagrados para el Sistema General de Pensiones, indudablemente, le son más favorables.*

(...)

94. La primera subregla es que para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es:

- Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

- Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.”

Asimismo, en la misma providencia esa Alta Corporación señaló que los factores salariales a incluir en la liquidación pensional de los servidores públicos beneficiarios de la transición, deben ser únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes al sistema pensional.

Rectificación Jurisprudencial:

Tanto la sentencia SU-395 de 2017 y la de unificación del veintiocho (28) de agosto de 2018, marcan un precedente de especial incidencia en la interpretación del tema que ocupa la atención de esta Sala. A diferencia de las Sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, la primera providencia sí se refiere puntualmente al contenido del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, aludiendo en especial a los servidores públicos, a tal punto que la decisión allí contenida revocó varias sentencias proferidas por la Sección Segunda del Consejo de Estado que hacían parte

⁹ Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. C.P.: César Palomino Cortés. Expediente: 52001-23-33-000-2012-0143-01. Demandante: Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro. Demandado: UGPP.

de la línea de entendimiento tradicionalmente asumida por esta jurisdicción especializada.

En el nuevo pronunciamiento, la Corte Constitucional hace énfasis de manera contundente en que la interpretación constitucionalmente válida frente al citado régimen transicional en materia pensional involucra componentes esenciales que pueden sintetizarse así: **(i)** el régimen de beneficios consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 contiene la edad, el número de semanas cotizadas o tiempo de servicios y el monto de la pensión, entendido exclusivamente como tasa de reemplazo o porcentaje; **(ii)** por el contrario, el Ingreso Base de Liquidación (IBL) se rige por las normas del sistema pensional general (Ley 100/93), pues no integra el ámbito de la transición; **(iii)** los factores salariales hacen parte de la base pensional o IBL y no del “monto” de la prestación, por lo que serán los señalados en los Decretos 691 y 1158 de 1994; y **(iv)** se ratifica el mandato de correspondencia entre las cotizaciones y el reconocimiento pensional, por lo que los factores que no sean objeto de aportes al sistema no se verán reflejados en la liquidación del derecho reconocido.

Como se anotó líneas atrás, el contenido de la transición ha atravesado por diversas posibilidades hermenéuticas, dentro de las cuales este Tribunal había adoptado de manera uniforme la que señalaba al IBL como parte integrante del catálogo de beneficios, y con ello, la posibilidad de reconocer todos los factores salariales y la base de liquidación de las normas anteriores a la Ley 100 de 1993. Sin embargo, el hecho de que el último precedente constitucional aluda de manera directa a la situación de ex servidores públicos beneficiarios de la transición y cobijados por decisiones del máximo órgano de esta jurisdicción, revela sin lugar a equívocos que el marco de aplicación de la hermenéutica introducida por el Tribunal Constitucional se extiende a aquellos litigios que involucran la generalidad de los regímenes pensionales anteriores a 1994 y no solo aquellos especiales inicialmente abordados en las Sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015.

Todo ello teniendo en cuenta además la postura adoptada por el máximo órgano de cierre de esta jurisdicción, pues la sentencia de unificación del veintiocho (28) de agosto de 2018 determinó las reglas aplicables en los casos de aquellos beneficiarios del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100/93, estableciendo claramente que el IBL a tener en cuenta es aquel contenido en el inciso 3º del mencionado precepto y que los factores salariales a incluir en la liquidación pensional son solo aquellos sobre los cuales se hayan realizado los respectivos aportes.

Con base en ello, y atendiendo a que en los términos de la guardiana de la Carta esta es la interpretación constitucionalmente admisible del beneficio de la transición y a la posición del H. Consejo de Estado fuerza que el Tribunal rectifique la postura hasta ahora esbozada y en consecuencia, acoja en adelante el precedente constitucional desarrollado con amplitud en la Sentencia SU-395 de 2017 y el precedente vertical obligatorio de la sentencia emanada del H. Consejo de Estado el veintiocho (28) de agosto de 2018.

4. El caso concreto.

Conclusión de lo dilucidado, y habida consideración de que las pretensiones de la demanda se contraen a la aplicación del IBL y demás factores salariales de la Ley 33 de 1985 respecto de la liquidación de la pensión de la parte demandante en su calidad de beneficiaria de la transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, dable es concluir que le asiste razón a Colpensiones cuando afirma que no procede la reliquidación de la pensión de la parte actora con la totalidad de los factores devengados en el último año de servicio.

Por ende, la entidad de previsión se sujetó a los mandatos del Decreto 1158 de 1994, compilado en el artículo 2.2.3.1.3 del Decreto 1833 de 2016, para determinar los factores salariales a incluir en la base de liquidación, norma que consagra lo siguiente:

*“ART. 1º—El artículo 6º del Decreto 691 de 1994 quedará así: “Base de cotización.
El salario mensual base para calcular las cotizaciones al sistema general de pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:
a) La asignación básica mensual;
b) Los gastos de representación;
c) La prima técnica cuando sea factor de salario;
d) Las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario;
e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;
f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna, y
g) La bonificación por servicios prestados”.*

Atendiendo a la postura adoptada por este Tribunal, el IBL de la Ley 33 de 1985 no es aplicable a la demandante en razón del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y los factores que deben tenerse en cuenta para la liquidación de su pensión son los contemplados en el Decreto 1158 de 1994.

Respecto a los argumentos de la parte recurrente en cuanto al precedente de la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, es menester indicar que dicha posición estuvo vigente en cuanto a la interpretación de la transición del artículo 36 de

la Ley 100/93, la cual luego fue reevaluada el 28 de agosto de 2018 a raíz de los distintos pronunciamientos tanto de esa Corporación como de la Corte Constitucional sobre las reglas de aplicación en la liquidación pensional, por lo que esta sentencia constituye de obligatorio acatamiento, ello teniendo en cuenta que según los dictados de los artículos 234, 237 y 241 de la Constitución Política, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, son tribunales de cierre de las jurisdicciones ordinaria y contenciosa administrativa, al paso que la Corte Constitucional, al ser el órgano encargado de salvaguardar la supremacía e integridad de la Constitución, tienen el deber de unificar la jurisprudencia, de tal manera que sus pronunciamientos se erigen en precedente judicial de obligatorio cumplimiento.

Es de iterar que el beneficio de la transición no comprende el derecho a que la pensión sea liquidada con el IBL del régimen anterior y por lo tanto, aunque la pensión deba ser reconocida al amparo de la Ley 33 de 1985, no lo será con todos los factores devengados en el último año de servicios sino con el promedio de lo devengado en los últimos diez años y los factores expresamente señalados en el Decreto 1158 de 1994.

Luego entonces, no procede la reliquidación de la pensión de la demandante en los términos por ella solicitada, esto es, con el promedio de lo devengado en el último año de servicio y con inclusión de los factores salariales tales como prima de servicios, prima de navidad y prima de vacaciones, pues se repite, estos factores no se encuentran comprendidos en el listado que de manera taxativa consagra el Decreto 1158 de 1994. Téngase en cuenta, además, que el recargo por trabajo nocturno y dominical sí hace parte del salario constitutivo del IBL y éstos se entienden incluidos en los actos de reconocimiento expedidos en este caso por Colpensiones, en donde la entidad manifiesta acogerse a los factores indicados en dicha norma para efectos de determinar el monto de la pensión de la señora García de Cortés /fls. 42 infra y 74 supra, C. 1/, sin que de otra parte exista o se advierta elemento de juicio que desvirtúe lo así dicho en los actos enjuiciados.

Ahora bien, teniendo claro que no procede la liquidación de la pensión en los términos solicitados por la parte demandante – 75% de todos los factores devengados en el último año de servicios – la conclusión a la que se arriba en esta instancia es aquella según la cual, la pensión tal y como fue reconocida por la entidad accionada se ajusta a derecho.

4.1. Indexación de la primera mesada pensional.

La parte demandante adquirió el estatus pensional el 14 de octubre de 2011, fecha en la cual cumplió 55 años de edad; no obstante, el retiro del servicio público se produjo el 31 de mayo de 2003, año en el cual devengaba un salario promedio de \$1´153.882 /fl. 96, C. 1/

Entre tanto, la Resolución No. VPB 3368 del 8 de agosto de 2013, por medio de la cual se reliquidó la pensión de vejez de la demandante, estableció un ingreso base de liquidación de \$1´288.137 y al mismo le aplicó una tasa de reemplazo del 75%, dando como resultado una mesada de \$966.103 a partir del 14 de octubre de 2011 /fl. 74 - 76, C. 1/

De lo anterior se desprende que Colpensiones no actualizó la base de liquidación pensional en consideración a la fecha de retiro del servicio (2003) y a la fecha en que se consolidó el derecho por parte de la señora García de Cortés, vale decir, tomó como referencia el ingreso percibido por aquella 8 años y 5 meses atrás, lo cual, ciertamente, no se compadece con el valor real que deben tener las mesadas pensionales a fin de garantizar su capacidad adquisitiva.

Al respecto, la Corte Constitucional¹⁰ ha considerado antaño, lo siguiente:

*Ahora bien, tal reconocimiento legal no se trata de un mero acto de liberalidad del Legislador, pues la jurisprudencia constitucional ha sostenido que se trata de la materialización de diversos preceptos de rango constitucional, los cuales configuran realmente **un derecho constitucional de los pensionados a mantener el poder adquisitivo de su mesada pensional**. Este derecho, además de estar consagrado expresamente en el artículo 53 de la Carta Política de 1991, puede derivarse de una interpretación sistemática de distintos enunciados normativos constitucionales.*

Así, por una parte, el artículo 48 constitucional contiene una clara previsión al respecto cuando establece que “[l]a ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante”. Este precepto, aunque por su indeterminación normativa tiene la típica estructura de principio^[15], señala explícitamente un deber constitucional en cabeza del Congreso de la República y por lo tanto sirve de parámetro de control de las medidas adoptadas por el poder legislativo en la materia. El artículo en comento fue adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005, el cual introdujo el deber adicional en cabeza del Estado colombiano de garantizar la sostenibilidad financiera del sistema pensional, sin embargo, este añadido no desvirtúa el

¹⁰ C-862-2006. Referencia: expediente D-6247. Magistrado Ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto. Bogotá, D. C., diecinueve (19) de octubre de dos mil seis (2006).

mandato cuya realización incumbe al Legislador, de definir los medios para mantener el poder adquisitivo constante de los recursos destinados a pensiones, simplemente señala expresamente un factor que ha de ser ponderado por la ley, cuya importancia por otra parte ha sido puesta de relieve por la jurisprudencia constitucional de tiempo atrás^[16].

Por otra parte, el artículo 53 constitucional señala que “[e]l Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales”, a diferencia del enunciado normativo contenido en el artículo 48, del cual podría objetarse que tiene carácter programático al establecer un mandato constitucional de ejecución futura por el Legislador, la redacción del artículo 53 en comento señala claramente un derecho constitucional cuyo titular son los pensionados y cuyo sujeto pasivo es el Estado colombiano al cual le corresponde garantizar el reajuste periódico de las pensiones legales. Este precepto también tiene una estructura normativa propia de un principio, por lo tanto es un mandato de optimización cuya ejecución corresponde al Estado colombiano, el cual deberá satisfacerlo en la mayor medida posible de acuerdo a las circunstancias fácticas y jurídicas y ponderando los restantes derechos y bienes constitucionales en juego. Su configuración corresponde en primera medida al Legislador, el cual deberá precisar los instrumentos adecuados para garantizar la actualización periódica de las mesadas pensionales, labor en la cual cuenta con una significativa libertad.

Igualmente para la configuración del derecho constitucional de los pensionados al mantenimiento del poder adquisitivo de la mesada pensional resultan también relevantes principios y derechos fundamentales consagrados en la Carta de 1991, algunos de los cuales encuentran aplicación específica en derecho laboral, como el principio in dubio pro operario (art. 48 de la C.P.), mientras que otros son principios fundantes del Estado colombiano y tiene vigencia en todos los ámbitos del derecho y deben guiar la actuación de los poderes públicos y de los particulares, tales como el principio de Estado social de derecho (Art. 1 constitucional), la especial protección constitucional a las personas de la tercera edad (Art. 46 de la C. P.), el derecho fundamental a la igualdad (Art. 13 de la C. P.) y el derecho al mínimo vital.

Resulta claro entonces que la base de liquidación pensional debe ser actualizada entre la fecha de retiro del servicio y la fecha de adquisición del estatus pensional, de conformidad con el mandato constitucional contenido en los artículos 48 y 53 de la Constitución Política de Colombia.

En ese orden de ideas, se ordenará a Colpensiones que actualice el monto de la pensión de vejez de la demandante desde la fecha de retiro del servicio público (31 de mayo de 2003) hasta la fecha en que adquirió el estatus pensional (14 de octubre de 2011), aplicando para ello la fórmula establecida por el Consejo de Estado:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Según la cual, el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde al ingreso base de liquidación, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de adquisición del estatus pensional) por el índice inicial (vigente para la fecha de retiro del servicio público).

Actualizada en esos términos la base de liquidación de la pensión de jubilación de la demandante, COLPENSIONES pagará la diferencia que resulte entre lo que pagó y lo que debió pagar en cada uno de los meses transcurridos entre la fecha en que adquirió el estatus pensional y la fecha de cumplimiento de la sentencia, tomando en consideración los reajustes de ley en cada uno de esos años.

Las sumas que resulten a favor de la demandante por concepto de la diferencia entre lo pagado y lo que debió pagarse en virtud de esta providencia, se ajustarán en su valor, dando aplicación a la fórmula referida.

En conclusión, se adicionará la sentencia proferida el 18 de julio de 2019 en el sentido de declarar la nulidad parcial de la Resolución VPB 3368 de agosto 8 de 2013, expedida por Colpensiones, mediante la cual se reliquidó la pensión de vejez de la señora Luz Marina García de Cortés; en consecuencia, se le ordenará a la demandada efectuar la actualización de la primera mesada pensional de la manera ya indicada. Se confirmará en lo demás la decisión materia de apelación.

5. Condena en costas

En el presente asunto no se condenará en costas a la parte demandante, considerando el cambio de jurisprudencia que sobre el tema objeto del proceso tuvo lugar en la historia reciente de esta jurisdicción.

Con fundamento en lo anterior, la **Sala 2ª Oral de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

III. Falla

Primero: Se adiciona la sentencia proferida el 18 de julio de 2019 por la Juez Séptima Administrativa del Circuito de Manizales dentro del proceso que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovió la señora Luz Marina García de Cortés contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

En consecuencia, **se declara** la nulidad parcial de la Resolución VPB 3368 de agosto 8 de 2013, expedida por Colpensiones, mediante la cual se reliquidó la pensión de vejez de la señora Luz Marina García de Cortés. A título de restablecimiento del derecho, **se ordena** a la **Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES** a reconocer y pagar a la señora **Luz Marina García de Cortés**, la suma resultante de actualizar el monto de la pensión de vejez desde la fecha de retiro del servicio público (31 de mayo de 2003) hasta la fecha en que adquirió el estatus pensional (14 de octubre de 2011), aplicando para ello la fórmula establecida por el Consejo de Estado:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Según la cual, el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde al ingreso base de liquidación, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de adquisición del estatus pensional) por el índice inicial (vigente para la fecha de retiro del servicio público).

Actualizada en esos términos la base de liquidación de la pensión de jubilación de la demandante, COLPENSIONES pagará la diferencia que resulte entre lo que pagó y lo que debió pagar en cada uno de los meses transcurridos entre la fecha en que adquirió el estatus pensional y la fecha de cumplimiento de la sentencia, tomando en consideración los reajustes de ley en cada uno de esos años.

Las sumas que resulten a favor de la demandante por concepto de la diferencia entre lo pagado y lo que debió pagarse en virtud de esta providencia, se ajustarán en su valor, dando aplicación a la fórmula referida.

Segundo: Se confirma en lo demás la sentencia apelada.

Tercero: Sin condena en costas.

Cuarto: Notifíquese conforme lo dispone el CPACA.

Quinto: En firme la sentencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previa anotación en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

Notifíquese

Proyecto discutido y aprobado en la Sala de Decisión Ordinaria celebrada en la fecha.

Magistrada Ponente

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
DESPACHO 002
MAGISTRADA SUSTANCIADORA: PATRICIA VARELA CIFUENTES

Manizales, 22 de Julio de 2021

A.I.109

REF: Proceso signado bajo el número de radicación 17001-23-33-002-2018-00123-00 (ACUMULADOS 17 001 33 01 2018 00307, 17 001 33 04 2018 00317, 17 001 33 39 2018 00345, 17 001 33 006 2018 00346, 17 001 33 07 2018 00305, 17 001 39 2018 00337)

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante: Amparo Montes de Zuluaga

Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales

Mediante constancia secretarial a folio 206 del cuaderno principal, pasó a Despacho para audiencia inicial el proceso acumulado de la referencia. No obstante observa el Despacho que en los procesos provenientes de los Juzgados Administrativos no se ha dado trámite a la reforma a la demanda presentada por la parte demandante. Por ende es necesario pasar a resolver lo pertinente.

CONSIDERACIONES

El artículo 173 de la ley 1437 de 2011 establece:

“REFORMA DE LA DEMANDA. El demandante podrá adicionar, aclarar o modificar la demanda, por una sola vez, conforme a las siguientes reglas:

1. La reforma podrá proponerse hasta el vencimiento de los diez (10) días siguientes al traslado de la demanda. De la admisión de la reforma se correrá traslado mediante notificación por estado y por la mitad del término inicial. Sin embargo, si se llama a nuevas personas al proceso, de la admisión de la demanda

y de su reforma se les notificará personalmente y se les correrá traslado por el término inicial.

2. La reforma de la demanda podrá referirse a las partes, las pretensiones, los hechos en que estas se fundamentan o a las pruebas.

3. No podrá sustituirse la totalidad de las personas demandantes o demandadas ni todas las pretensiones de la demanda. Frente a nuevas pretensiones deberán cumplirse los requisitos de procedibilidad.

La reforma podrá integrarse en un solo documento con la demanda inicial. Igualmente, el juez podrá disponer que el demandante la integre en un solo documento con la demanda inicial”.

En el presente asunto las reformas a la demanda se presentaron así:

RADICADO 17 001 33 01 2018 00307:

FECHA DE NOTIFICACIÓN	26 de noviembre de 2018
TÉRMINO PARA CONTESTAR LA DEMANDA	27 noviembre de 2018 al 6 de marzo de 2019
FECHA DE CONTESTACIÓN	5 de marzo de 2019
TÉRMINO PARA REFORMAR LA DEMANDA	7 al 20 de marzo de 2019
FECHA DE REFORMA A LA DEMANDA	20 de marzo de 2019
REFORMA EN TIEMPO	SÍ

17 001 33 04 2018 00317:

FECHA DE NOTIFICACIÓN	19 de noviembre de 2018
TÉRMINO PARA CONTESTAR LA DEMANDA	20 de noviembre de 2018 al 6 de marzo de 2019
FECHA DE CONTESTACIÓN	18 de febrero de 2019
TÉRMINO PARA REFORMAR LA DEMANDA	7 al 20 de marzo de 2019
FECHA DE REFORMA A LA DEMANDA	12 de marzo de 2019
REFORMA EN TIEMPO	SÍ

17 001 33 39 2018 00345:

FECHA DE NOTIFICACIÓN	3 de diciembre de 2018
TÉRMINO PARA CONTESTAR LA DEMANDA	12 de marzo de 2019
FECHA DE CONTESTACIÓN	11 de marzo de 2019
TÉRMINO PARA REFORMAR LA DEMANDA	13 al 27 de marzo de 2019
FECHA DE REFORMA A LA DEMANDA	26 de marzo de 2019
REFORMA EN TIEMPO	SÍ

17 001 33 006 2018 00346:

FECHA DE NOTIFICACIÓN	30 de noviembre de 2018
TÉRMINO PARA CONTESTAR LA DEMANDA	11 de marzo de 2019
FECHA DE CONTESTACIÓN	18 de febrero de 2019
TÉRMINO PARA REFORMAR LA DEMANDA	12 al 26 de marzo de 2019
FECHA DE REFORMA A LA DEMANDA	26 de marzo de 2019
REFORMA EN TIEMPO	SÍ

17 001 33 07 2018 00305:

FECHA DE NOTIFICACIÓN	30 de enero de 2019
TÉRMINO PARA CONTESTAR LA DEMANDA	25 de abril de 2019
FECHA DE CONTESTACIÓN	29 de marzo de 2019
TÉRMINO PARA REFORMAR LA DEMANDA	26 de abril al 10 de mayo de 2019
FECHA DE REFORMA A LA DEMANDA	30 de abril de 2019
REFORMA EN TIEMPO	SÍ

17 001 39 2018 00337:

FECHA DE NOTIFICACIÓN	21 de enero de 2019
TÉRMINO PARA CONTESTAR LA DEMANDA	9 de abril de 2019
FECHA DE CONTESTACIÓN	29 de marzo de 2019
TÉRMINO PARA REFORMAR LA DEMANDA	10 al 30 de abril de 2019
FECHA DE REFORMA A LA DEMANDA	30 de abril de 2019
REFORMA EN TIEMPO	SÍ

Visto lo anterior y que las reformas a las demandas cumplen los requisitos de la norma antes mencionada,

RESUELVE

PRIMERO: ACEPTAR LA REFORMA A LA DEMANDA dentro de los procesos acumulados con radicado **17 001 33 01 2018 00307, 17 001 33 04 2018 00317, 17 001 33 39 2018 00345, 17 001 33 006 2018 00346, 17 001 33 07 2018 00305, 17 001 39 2018 00337.**

SEGUNDO: CÓRRASE TRASLADO de las reformas a las demandas por el término de quince (15) días a la parte demandada para que se pronuncie.

TERCERO: NOTIFÍQUESE por estado electrónico a las partes conforme al artículo 173 de la ley 1437 de 2011 y envíese el mensaje de datos según lo dispone el artículo 201 ibídem.

SURTIDO EL TÉRMINO ANTERIOR PASE INMEDIATAMENTE A DESPACHO PARA CONTINUAR CON EL TRÁMITE

NOTIFÍQUESE

Firmado Por:

**PATRICIA VARELA CIFUENTES
MAGISTRADO**

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
ORAL 002 MANIZALES-CALDAS**

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

Código de verificación:

a8e1482e2e30e0a8712dc4ece876eb5e25d2b85c758ae9abcf1819bebb78b6e7

Documento generado en 22/07/2021 03:20:41 PM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala de Decisión Oral

Magistrada Ponente: Patricia Varela Cifuentes

Manizales, 23 de julio de dos mil veintiuno (2021).

Radicación:	17-001-33-39-007-2018-00145-02
Medio de Control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	Luz Marina Hoyos Osorio
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Providencia:	Sentencia No. 13

Asunto

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales el 17 de octubre de 2019, mediante la cual se negaron las pretensiones de la parte demandante.

I. Antecedentes.

1. Pretensiones.

La parte demandante, mediante apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, solicita:

*“1. Declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 9254-6 del 28 de noviembre de 2017, suscrita por el Doctor (a): **FABIO HERNANDO ARIAS OROZCO SECRETARIO DE EDUCACIÓN Y CARLOS EDUARDO ARREDONDO MOZO, PROFESIONAL EN PRESTACIONES SOCIALES**, en cuanto le reconoció y/o reliquidó la **PENSION DE JUBILACION** y calculó la mesada pensional sin incluir todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio al retiro definitivo de mi cargo docente.*

*“2. Declarar que tengo derecho a que **la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, me reconozca y pague una Pensión Ordinaria de Jubilación, a partir del **17 de ABRIL de 2017**, equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que efectué mi retiro definitivo del cargo docente, que son los que constituyen la base de liquidación pensional.*

A TITULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, SÍRVASE:

1. Condenar a **LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, a que le reconozca y pague una *Pensión Ordinaria de Jubilación*, a partir del **17 de ABRIL de 2017**, equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que efectué mi retiro definitivo del cargo docente, que son los que constituyen la base de liquidación pensional.
(...)

2. Hechos.

Se relataron los que a continuación se resumen:

Manifestó el apoderado que su mandante prestó sus servicios a la docencia oficial, cumpliendo con los requisitos exigidos para que le fuera reconocida pensión de Jubilación.

Refirió que la entidad demandada al momento de determinar la cuantía de la pensión de jubilación, incluyó solo la asignación básica; omitiendo tener en cuenta la prima de navidad, prima de vacaciones y demás factores salariales percibidos por la actividad docente desarrollada la parte demandante durante el último año de servicios.

3. Normas violadas

Como disposiciones violadas se citaron las siguientes:

Ley 91 de 1989 Artículo 15

Ley 33 de 1985 Artículo 1º.

Ley 62 de 1985

Decreto Nacional 1045 de 1978.

Indica que la Ley 33 de 1985 no consagra taxativamente los factores salariales que forman parte de la base de liquidación de la pensión de vejez y por lo tanto se deben incluir todos aquellos factores devengados en el último año de servicio como se desprende de la sentencia del Consejo de Estado, proferida el 4 de agosto de 2010 por el Magistrado Víctor Hernando Alvarado Ardila.

4. Contestación de la demanda.

4.1. La Nación - Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

No contestó la demanda.

5. Sentencia de Primera Instancia

El Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 17 de octubre de 2019, resolvió negar las pretensiones de la demanda.

Manifestó que a la demandante le aplica el régimen pensional de la Ley 33 de 1985 en consideración a la fecha de ingreso al servicio docente; y frente a los factores salariales se le aplica la Ley 62 de 1985. Todo lo anterior, acogiendo la postura del Consejo de Estado, vertida en providencias que para el efecto se sirve citar. Indicó que a la parte actora le fue reconocida la pensión de vejez con inclusión de la asignación básica, la prima de navidad, la prima de vacaciones, prima de alimentación, bonificación mensual y la prima de servicios.

El a quo estimó que la entidad no está obligada a incluir la prima de navidad, la prima de servicios y las vacaciones comoquiera que éstas no se encuentran taxativamente señaladas en la Ley 62 de 1985, norma que establece los factores sobre los cuales ha de hacerse los descuentos para pensión y aquellas no están enlistados en la citada norma. Tampoco encontró que sobre los factores deprecados se hubiese efectuado la cotización al sistema. (fls. 156 – 161, C. 1)

6. Recurso de Apelación

La parte demandante apeló la sentencia de primera instancia al estimar 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.

7. Alegatos de conclusión segunda instancia.

7.1. Parte demandante.

Insiste en el argumento según el cual, el operador judicial debe observar que el presente proceso fue radicado bajo un precedente existente en una Sentencia de Unificación del

año 2010 de la Sección Segunda del Consejo de Estado. Por lo tanto, solicita que en este caso se analice de manera concreta, cuál es la jurisprudencia aplicable toda vez que al momento de la radicación del respectivo medio de control, estaba claro el sentido en que se decidían estos temas, lo cual generaba una confianza legítima frente a la aplicación de la sentencia del año 2010 proferida por el Consejo de Estado. (fls. 8 – 12, C. 2)

7.2 La Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio

Guardó silencio.

II. Consideraciones

Teniendo en cuenta los argumentos planteados en el recurso de apelación, los problemas jurídicos a resolver en esta instancia se contraen a los siguientes:

- i) ¿La sentencia de unificación SUJ-014-S2-2019 del 25 de abril de 2019, proferida por el Consejo de Estado, tiene efecto vinculante frente a quienes presentaron la demanda con anterioridad a su expedición?
- ii) ¿Debe la Nación – Ministerio de Educación – FNPSM asumir el pago de la reliquidación de la pensión de vejez solicitada por la parte demandante?
- iii) ¿Cuáles son los factores salariales que deben tenerse en cuenta para la liquidación de la pensión de jubilación del demandante?

1. Precedente jurisprudencial vinculante.

Ciertamente, la jurisprudencia del Consejo de Estado fija unos parámetros para la interpretación y aplicación de la ley y por lo tanto, emerge como una fuente de derecho que propende por la garantía del principio de seguridad jurídica e igualdad ante la ley. Así pues, el Consejo de Estado, como órgano de cierre de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, está llamado a proferir sentencias de unificación en determinadas materias que requieren de la fijación de un criterio de interpretación que resulte razonable y uniforme para resolver casos de perfiles fácticos y jurídicos análogos.

Desde luego, el efecto vinculante y la obligatoriedad del precedente jurisprudencial también se aplica a la misma Corte de donde emana y por ello, cuando la misma se va a apartar de aquel o cuando va a fijar un nuevo precedente sobre determinada materia, adquiere la carga de argumentar con suficiencia las razones que la mueven para proceder en tal forma; es decir, el precedente no es inmutable pero un cambio en este

supone la exposición de unas razones sustentables jurídicamente a fin de no defraudar la confianza legítima de los usuarios de la administración de justicia.

Al respecto, la Corte Constitucional ha considerado que *“... ante ciertas circunstancias específicas y bajo una estricta exigencia argumentativa, es posible que se modifiquen las reglas fijadas en los precedentes jurisprudenciales. Así las cosas, tales exigencias permiten, a su vez, reforzar los mismos principios de igualdad, buena fe, seguridad jurídica y confianza legítima, en la medida en que impiden que el precedente judicial se convierta en una materia discrecional.”*¹

En este caso, se observa que el Consejo de Estado en la sentencia de unificación proferida en el año 2019, expuso las razones por las cuales considera que el ingreso base de liquidación de la pensión de los docentes vinculados con anterioridad a la Ley 812 de 2003, está constituido por el salario devengado en el último año de servicio con inclusión de los factores sobre los cuales se hizo el respectivo aporte al sistema de pensiones, los cuales no pueden ser otros que los definidos en la Ley 62 de 1985. De la exposición normativa que hace en dicha providencia, colige que no es dado liquidar la pensión sobre *“todos y cada uno de los devengados en el último año de servicio”* como se reconocía anteriormente por la Alta Corporación. Al respecto dice:

“Con esta regla se sienta una postura interpretativa distinta a la que sostenía la Sección Segunda a partir de la sentencia del 4 de agosto de 2010, según la cual, en la base de liquidación de la pensión de jubilación ordinaria de los docentes se incluían todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

De acuerdo con el Acto Legislativo 01 de 2005 “Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones”. Los docentes no están exceptuados de esta disposición para el goce de la pensión ordinaria de jubilación. Por lo que, en el ingreso base de liquidación de esta pensión solo pueden ser tenidos en cuenta los factores sobre los que se aporta y que están contenidos en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

La regla que rige para el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a periodo y factores. Lo que quiere decir que el periodo es el de un (1) año y los factores son únicamente los que se señalan en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985.”

Aunado al anterior argumento, en cuanto a los efectos de dicha sentencia de unificación, dispuso lo siguiente:

73. 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

¹ SU-406/16.

jurídica previstos en los artículos 13 y 83 de la Constitución Política². Por lo tanto, su contenido y la regla o norma jurídica que exponen, tienen características de permanencia, identidad y carácter vinculante y obligatorio”. 74. 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. /Líneas de la Sala/

75. 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.

Como puede verse, la sentencia de unificación debe aplicarse de manera inmediata, incluso en los casos que se encuentren en trámite administrativo o judicial porque frente a éstos no se predica el fenómeno de la cosa juzgada; luego, es un precedente que vincula a esta jurisdicción tanto en sentido horizontal como vertical.

Ha de colegirse entonces, que la sentencia de unificación proferida el 25 de abril de 2019 por el Consejo de Estado es la que orientará el análisis del caso concreto, tal y como aconteció en primera instancia.

2. Entidad obligada al pago de la pensión.

Frente al primer interrogante planteado, considera la Sala de Decisión que la Nación – Ministerio de Educación – FNPSM debe asumir el pago de la reliquidación pensional en este caso, por las siguientes razones:

a) El artículo 56 de la Ley 962 de 2005 es diáfano al indicar que las prestaciones sociales las reconoce y paga el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

b) El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado por la Ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, sin personería jurídica. Por tanto, es conclusión ineludible que judicialmente actúa a través de la Nación, y ésta a su vez está representada por el Ministro de Educación.

c) El artículo 288, superior, resalta que las competencias propias de la función administrativa se deben ejercer de conformidad con los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad en los términos que establezca la ley. En concordancia

²La 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 Administrativos (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). [...]»

con el artículo 209 de la Constitución Política³.

d) En ese sentido, la Ley 489 de 1998 define los *Principios de la función administrativa*, acorde con los principios constitucionales, en particular los atinentes a la buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia.

e) El Consejo de Estado, en providencia de 5 de marzo de 2015⁴, confirmó una decisión proferida en audiencia inicial por este Tribunal – Sala Oral, en la cual se declaró infundada la excepción denominada “no comprender la demanda todos los litisconsortes necesarios”. Veamos el aparte pertinente de la providencia mencionada.

[...] De acuerdo con lo regulado por el artículo 61 del Código General del Proceso y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, el litisconsorcio se considera necesario cuando tiene la connotación o importancia de impedir que el proceso se adelante si uno de los sujetos que integran la parte activa o pasiva y resulta afectado con la decisión, no está enterado del proceso; entonces, es requisito sine qua non que tal sujeto de la relación jurídica o acto jurídico integre el proceso y pueda ejercer sus derechos de defensa y debido proceso.

En este orden de ideas, se considera que en el caso que se decide, la Secretaría de Educación del ente territorial, no es litisconsorte necesario de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, toda vez que es a ésta quien por ley está obligada al pago de las prestaciones sociales del magisterio, y que las secretarías de educación de los entes territoriales solo actúan como colaboradoras de la entidad nacional mencionada.

Así, pues, en el sub examine, el proceso se puede tramitar y decidir sin que se requiera la presencia, en este caso, de la Secretaría de Educación de Manizales como lo pretende la excepción formulada por la apoderada de la entidad demandada, pues, se repite, ésta no es litisconsorcio necesario de aquella. [...]”.

Así las cosas, se concluye en este punto que efectivamente es la Nación – Ministerio de Educación – FNPSM quien debe asumir el pago de la reliquidación pensional deprecada por la parte actora en caso de ser procedente.

3. Del régimen pensional aplicable a los docentes oficiales.

El Decreto 3135 de 1968, por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales, para los empleados del orden nacional, en su artículo 27 dispuso:

³**Artículo 209.** *La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.”*

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, C.P: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, auto de 5 de marzo de 2015, Expediente N° 170012333000 201300654 01.

“Pensión de jubilación o vejez. El empleado público o trabajador oficial que sirva veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años si es varón, o 50 si es mujer, tendrá derecho a que por la respectiva entidad de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75 % del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio.

No quedan sujetas a esta regla general las personas que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley determine expresamente.”

Este artículo fue reglamentado por el 68 del Decreto 1848 de 1969, así:

“Derecho a la pensión. Todo empleado oficial que preste o haya prestado sus servicios durante veinte (20) años, continua o discontinuamente, en las entidades, establecimientos o empresas señaladas en el artículo 1 de este decreto, tiene derecho a gozar de pensión de jubilación al cumplir cincuenta y cinco (55) años de edad, si es varón, o cincuenta (50) años de edad, si es mujer.”

La Ley 33 de 1985, por la cual se dictaron algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el sector público, aplicable a los empleados oficiales de todos los órdenes, derogó, en forma expresa, los artículos 27 y 28 del Decreto 3135 de 1968 y, en forma tácita, el literal b) del artículo 17 de la Ley 6 de 1945 que, a su vez, fue reformada por la Ley 62 de 1985. Al respecto, la primera de las normas aquí citadas, dispuso:

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

No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

(...)

Parágrafo 2. Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley.

Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta (50) años de edad, si son mujeres y cincuenta y cinco (55) si son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro.

Parágrafo 3. En todo caso, los empleados oficiales que a la fecha de la vigencia de esta ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, se continuarán rigiendo por las normas anteriores a esta ley.”

Como puede observarse, ésta norma resulta aplicable a todos los empleados oficiales (del orden nacional, departamental o municipal) salvo, a quienes trabajen en actividades que, por su naturaleza, justifiquen la excepción que determine expresamente la ley ni a quienes disfruten de un régimen especial.

Posteriormente se expidió la Ley 91 del 29 de diciembre de 1989, mediante la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que en su artículo 15 estableció:

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

1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes. Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1o. de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.

2. Pensiones:

A. Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieran desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación.

B. Para los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1o. de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional.” (Subraya la sala).

En el año 1993 se expidió la Ley 100, por la cual se creó el Sistema de Seguridad Social Integral, en cuyo artículo 279 consagró:

“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 exceptúan a los afiliados del 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 a favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida...”

Los docentes fueron excluidos expresamente del Sistema Integral de Seguridad Social por ser afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad que tiene a su cargo el reconocimiento de la pensión de vejez de éstos.

Por su parte, la Ley 115 del 8 de febrero de 1994 -Ley General de la Educación- dispuso:

“Artículo 115. Régimen Especial de los Educadores Estatales. El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente ley. El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la ley 91 de 1989, en la ley 60 de 1993 y en la presente ley.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política, el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones y salarios legales. En ningún caso se podrán desmejorar los salarios y prestaciones sociales de los educadores.”

De acuerdo con la parte final del inciso 1 del artículo 115, el régimen prestacional de los educadores es el contenido en las Leyes 91 de 1989 y 60 de 1993, que remiten a las Leyes 33 y 62 de 1985 para los docentes nacionales, aplicables a los territoriales que no contaban con un régimen específico en sus respectivas circunscripciones.

Ahora bien, el Consejo de Estado⁵, mediante sentencia del 10 de octubre de 2018, consideró lo siguiente:

“{...} de acuerdo con el marco normativo y jurisprudencial expuesto, en materia de pensión de vejez de los docentes, ni la Ley 91 de 1989 ni la Ley 60 de 1993 consagraron un régimen especial. Tampoco lo hizo la Ley 115 de 1994⁶, pues en el artículo 115 no estableció condiciones excepcionales.⁷ Por esta razón, fuerza concluir que la pensión de jubilación de los docentes sigue sometida al régimen general previsto en la Ley 33 de 1985, de acuerdo con el cual continuaron adquiriendo su derecho a la pensión de jubilación ordinaria con 20 años de servicio y 55 de edad.

...

No obstante, la Ley 812 del 27 de junio de 2003⁸, por la cual se aprobó el plan de desarrollo, dispuso en el artículo 81 lo siguiente:

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 la ley 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.

Luego, el Acto Legislativo 1 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, elevó a rango constitucional las reglas contenidas en la Ley 812 de 2003, sin introducir ninguna modificación en el tema pensional. En el párrafo transitorio dispuso:

“El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficiales es el establecido para el magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del sistema general de pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003.”

En estos términos, reiteró el legislador que el régimen aplicable a los docentes vinculados al servicio público oficial es el consagrado en la Ley 91 de 1989. Sin embargo, a los docentes que se vinculen con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, se les aplican las reglas contenidas en el artículo 81 de esta.”

⁵ Rad. 2015-00871. C.P. Rafael Francisco Suarez Vargas. Actor. María Victoria Bustamante García. Demandado. FNPSM.

⁶ Ley general de la educación.

⁷ “Art. 115 Régimen Especial de los Educadores Estatales. El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente ley. El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, en la ley 60 de 1993 y en la presente ley.”

⁸ Rad. 2015-00871. M.P. Rafael Francisco Suarez Vargas. Actor. María Victoria Bustamante García. Demandado FNPSM.

De manera reciente, el Consejo de Estado⁹ se volvió a pronunciar mediante sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, estableciendo lo siguiente:

“{...} La Sección Segunda en su función unificadora, salvaguardando los principios constitucionales de igualdad y seguridad jurídica, acoge el criterio de interpretación sobre los factores salariales que se deben tener en cuenta para la liquidación de la mesada pensional en el régimen de la Ley 33 de 1985 que fijó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y sienta jurisprudencia frente a los factores que se deben tener en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, fijando la siguiente regla:

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

Con esta regla se sienta una postura interpretativa distinta a la que sostenía la Sección Segunda a partir de la sentencia del 4 de agosto de 2010, según la cual, en la base de liquidación de la pensión de jubilación ordinaria de los docentes se incluían todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

De acuerdo con el Acto Legislativo 01 de 2005 “Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones”. Los docentes no están exceptuados de esta disposición para el goce de la pensión ordinaria de jubilación. Por lo que, en el ingreso base de liquidación de esta pensión solo pueden ser tenidos en cuenta los factores sobre los que se aporta y que están contenidos en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

La regla que rige para el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a periodo y factores. Lo que quiere decir que el periodo es el de un (1) año y los factores son únicamente los que se señalan en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985.”

4. El caso concreto.

A la señora **Luz Marina Hoyos Osorio** le fue reconocida una pensión vitalicia de jubilación mediante la Resolución N°. 6280-6 del 7 de octubre de 2013. El retiro definitivo del servicio se produjo mediante la Resolución 2507 del 3 de abril de 2017 a partir del 17 de abril de 2017. Posteriormente, a través de la Resolución No. 9254 – 6 del 28 de noviembre de 2017, le fue reliquidada dicha prestación con base en el sueldo mensual, prima de navidad, prima de vacaciones, prima de alimentación y bonificación mensual, sin inclusión de otros factores salariales. (fl. 20, C. 1)

⁹ consejo de estado, sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, CP: césar palomino cortés, Sentencia de unificación Sentencia SUJ-014 -CE-S2 -2019, Bogotá D.C., veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (2019), Expediente: 680012333000201500569-01, N.º Interno:0935-2017, Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho, Demandante: Abadía Reynel Toloza, Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –Fomag

Por tal razón, reclama en su favor el derecho a la reliquidación de su pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios anterior al retiro definitivo del servicio, incluida la prima de servicios devengada conforme se acredita con el comprobante de pago visible a folio 23 del cuaderno 1.

En atención al criterio fijado por el Consejo de Estado en las sentencias ya referidas, esta Sala de Decisión colige que la demandante no tiene derecho a que su pensión se reliquide con todos aquellos rubros constitutivos del salario devengado en el año de servicios y las razones son las siguientes:

Como se señaló anteriormente, la norma que ampara la situación particular de la parte accionante es la contenida en las Leyes 91 de 1989, la Ley 33 y 62 de 1985.

El párrafo B. del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 establece:

B. Para los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1o. de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional.”

El artículo 1 de la Ley 33 de 1985 establece:

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

Por su parte, el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, dispone:

*“Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: **asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.** En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.” (Subraya 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 sentencia de unificación¹⁰, en la cual fijó la siguiente regla jurisprudencial sobre el IBL en el régimen de transición:

“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 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 constitucional 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*

¹⁰ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 28 de agosto de 2018. Consejero ponente: César Palomino Cortés. Expediente 2012-00143-01. Demandante: Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro.

existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema.”

En consonancia con lo anterior, mediante la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, la Alta Corporación retomó el tema para sentar la regla jurisprudencial según la cual *“En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo. /Líneas de la Sala/*

En tal sentido, tomando en cuenta las consideraciones del Consejo de Estado, esta corporación advierte que no es procedente la reliquidación de la pensión de la parte demandante, dado que los factores cuya inclusión solicita en la demanda (Prima de servicios) se encuentra por fuera de los establecidos en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985. Esto es, la entidad solamente estaba obligada a incluir los factores enlistados en la referida norma, que hubiesen sido devengados en el año anterior a la consolidación del derecho pensional y sobre los cuales se hubiese realizado el respectivo aporte al sistema de pensiones.

En consecuencia, se confirmará la sentencia de primera instancia.

5. Costas en segunda instancia.

No habrá condena en costas en esta instancia pues la demanda se interpuso en la vigencia de otra tesis jurisprudencial.

En mérito de lo expuesto, la **Sala Segunda del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,**

III. Falla

Primero: Se confirma la sentencia del 17 de octubre de 2019, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales dentro del proceso que en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho fue promovido por la señora **Luz Marina Hoyos Osorio** contra la **Nación- Ministerio de Educación Nacional- 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 informático "Justicia Siglo XXI".

Notifíquese y cúmplase

Discutida y aprobada en Sala de Decisión Ordinaria celebrada en la fecha.

Magistrada Ponente

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA UNITARIA DE DECISIÓN

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, veintitrés (23) de julio de dos mil veintiuno (2021).

A.I. 144

RADICADO: 17-001-23-33-000-2019-00490-00
NATURALEZA: Proceso Ejecutivo a Continuación
EJECUTANTE: Nación - Ministerio De Educación - Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio
EJECUTADA: María Aleida López Galvis

De conformidad con lo prescrito en el artículo 90 del Código General del Proceso, se concede a la parte ejecutante un término de cinco (5) días para que corrija la demanda ejecutiva, en los siguientes aspectos:

1. Deberá aportar el poder especial conferido para la interposición del presente proceso ejecutivo o el poder general que le faculte para la interposición de asuntos judiciales en representación de la Nación - Ministerio De Educación - Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio.

Lo anterior teniendo en cuenta que el poder especial otorgado mediante escritura pública anexado con la solicitud de ejecución únicamente faculta al apoderado para ejercer la defensa en asuntos judiciales en que funja como **demandada** dicha entidad, empero no para la iniciación de actuaciones judiciales como el presente proceso ejecutivo en el cual la Nación - Ministerio De Educación - Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio fungirá como parte por activa.

2. Con el fin de estudiar la viabilidad de librar mandamiento de pago por las sumas deprecadas por la parte ejecutante o la que este Despacho considere pertinente -artículo 430 C.G.P.-, deberá efectuar la correspondiente liquidación expresa de los valores reclamados por concepto de capital e intereses a partir de la fecha de ejecutoria de la providencia cuya ejecución pretende. Todos los valores liquidados habrán de actualizarse a la fecha de presentación del respectivo escrito de subsanación.

3. Con el fin de valorar la viabilidad de las medidas cautelares deprecadas deberá aportar:

- Certificación de nómina de pago de salarios, prestaciones o mesadas pensionales pagadas actualmente por la Nación - Ministerio De Educación - Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio a la señora María Aleida López Galvis.
 - Copia de los documentos que permitan la identificación plena del bien inmueble propiedad de la señora María Aleida López Galvis respecto del cual se deprecia la medida de embargo, los cuales no fueron aportados con la solicitud de ejecución.
4. Deberá informar la dirección actual de notificaciones de la ejecutada, teniendo en cuenta que la parte actora cuenta con dicha información y atendiendo a que la dirección para notificaciones que reposa en el expediente del proceso ordinario corresponde a la del apoderado judicial y no a la de la ejecutada en el presente asunto.
5. Deberá integrar la solicitud de ejecución y su corrección en un nuevo escrito.

Por Secretaría de esta Corporación expídase la correspondiente constancia de ejecutoria de la sentencia cuya ejecución deprecia en el sub lite.

Notificar



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA UNITARIA DE DECISIÓN

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, veintitrés (23) de julio de dos mil veintiuno (2021).

A.I. 145

RADICADO: 17-001-23-33-000-2019-00530-00
NATURALEZA: Proceso Ejecutivo a Continuación
EJECUTANTE: Nación - Ministerio De Educación - Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio
EJECUTADA: María Matilde Zuluaga Marín

De conformidad con lo prescrito en el artículo 90 del Código General del Proceso, se concede a la parte ejecutante un término de cinco (5) días para que corrija la demanda ejecutiva, en los siguientes aspectos:

1. Deberá aportar el poder especial conferido para la interposición del presente proceso ejecutivo o el poder general que le faculte para la interposición de asuntos judiciales en representación de la Nación - Ministerio De Educación - Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio.

Lo anterior teniendo en cuenta que el poder especial otorgado mediante escritura pública anexado con la solicitud de ejecución únicamente faculta al apoderado para ejercer la defensa en asuntos judiciales en que funja como **demandada** dicha entidad, empero no para la iniciación de actuaciones judiciales como el presente proceso ejecutivo en el cual la Nación - Ministerio De Educación - Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio fungirá como parte por activa.

2. Con el fin de estudiar la viabilidad de librar mandamiento de pago por las sumas deprecadas por la parte ejecutante o la que este Despacho considere pertinente -artículo 430 C.G.P.-, deberá efectuar la correspondiente liquidación expresa de los valores reclamados por concepto de capital e intereses a partir de la fecha de ejecutoria de la providencia cuya ejecución pretende. Todos los valores liquidados habrán de actualizarse a la fecha de presentación del respectivo escrito de subsanación.

3. Deberá informar la dirección actual de notificaciones de la ejecutada, teniendo en cuenta que la parte actora cuenta con dicha información y atendiendo a que la dirección para notificaciones que reposa en el expediente del proceso ordinario

corresponde a la del apoderado judicial y no a la de la ejecutada en el presente asunto.

4. Deberá integrar la solicitud de ejecución y su corrección en un nuevo escrito.

Por Secretaría de esta Corporación expídase la correspondiente constancia de ejecutoria de la sentencia cuya ejecución depreca en el sub lite.

Notificar



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADA SUSTANCIADORA: PATRICIA VARELA CIFUENTES**

Manizales, veintidós (22) de julio dos mil veintiuno (2021)

A.I. 107

Radicación	17 001 23 33 000 2020 00319 00
Clase	Nulidad y restablecimiento
Accionante	Oscar Leandro Mejía García
Demandado	Nación – Ministerio de Defensa – Dirección General de la Policía Nacional

Pasa a despacho el presente proceso informado que se puso en conocimiento de las partes el cambio de radicación dentro del asunto de la referencia, el cual tenía otra radicación proveniente de Juzgados Administrativos de Caldas.

Al revisar el auto proferido el 24 de noviembre de 2020 por el Juzgado Cuarto Administrativo de Caldas, mediante el cual remitió por Competencia de este Tribunal el asunto de la referencia; y encontrar este Despacho que, efectivamente el asunto corresponde en primera instancia al Tribunal, se avocará conocimiento del asunto en el estado en que se encuentra, eso es, habiéndose admitido la demanda, guardando sí firmeza las actuaciones y decisiones adoptadas por el Juez de conocimiento previa su declaratoria de falta de competencia; y se dispondrá pasar nuevamente a Despacho para continuar con la etapa correspondiente, tal como se dirá:

RESUELVE:

Primero: Avócase conocimiento del proceso de la referencia, demanda de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta por el señor Oscar Leandro Mejía García contra la Nación - Ministerio de Defensa – Dirección General de la Policía Nacional, en el estado en que se encuentre;

guardando la firmeza todas las actuaciones y decisiones adoptadas por el Juez Cuarto Administrativo de Caldas, previa su declaratoria de falta de competencia mediante auto 581 de 24 de noviembre de 2020.

Segundo: Notifíquese este proveído a las partes mediante estado electrónico y en los términos del artículo 201 del CPACA.

Tercero: Una vez surtida la actuación anterior, por la Secretaría de este tribunal, se pasará de **inmediato** el proceso a Despacho para continuar con el trámite correspondiente.

Notifíquese

Firmado Por:

**PATRICIA VARELA CIFUENTES
MAGISTRADO**

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
ORAL 002 MANIZALES-CALDAS**

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

Código de verificación:

d9d85fab83632305f9f816c5fe86f372e9b387e74827e75cdf2f00c8cf2a521f

Documento generado en 22/07/2021 10:24:15 AM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
DESPACHO 002
MAGISTRADA SUSTANCIADORA: PATRICIA VARELA CIFUENTES

Manizales, 23 de Julio de 2021

A.I.111

**MEDIO DE CONTROL: PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES
COLECTIVOS**

**ACCIONANTES: SEBASTIAN MARTÍNEZ FLÓREZ – OSCAR JAIME
CASTAÑEDA LLANOS**

**ACCIONADA: CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE
CALDAS -CORPOCALDAS**

**COADYUVANTES: VEEDURÍA CIUDADANA AMBIENTAL DE
MANIZALES “VECINA”**

RADICADO: 2020-00253

Estando a Despacho para admisión el asunto de la referencia, se precisa lo siguiente:

-En atención a la orden de corrección para que la parte actora acreditara el agotamiento del requisito de procedibilidad previsto en el artículo 144 de la ley 1437 de 2011 para entablar el presente medio de control, se allegó el oficio dirigido a Corpocaldas el día 9 de junio de 2020. Ahora bien, analizado el contenido del mismo en armonía con los hechos y pretensiones plasmados en el escrito del medio de control, se observa que únicamente la petición del numeral 4 alude a lo que es objeto de esta reclamación judicial. Por ende se halla cumplido el requisito en mención.

-De otra parte, se presentó memorial de coadyuvancia la Veeduría Ciudadana Ambiental de Manizales “VECINA”, la que a su vez solicita la vinculación de terceros a este trámite constitucional. Al respecto la coadyuvancia será aceptada en los términos del artículo 24 de la ley 472 de 1998, pero se negará la petición de vinculación de terceros porque dentro de las facultades del coadyuvante en las acciones populares no se encuentra la de redefinir los términos del escrito de acción popular, sino apoyar las actuaciones del actor principal¹.

¹ SECCION TERCERA Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO Bogotá, D. C., trece (13) de agosto de dos mil ocho (2008) Radicación número: 25000-23-27-000-2004-00888-01(AP): “De ahí que tratándose del coadyuvante en lo activo, éste pueda en su escrito reforzar los argumentos presentados en la demanda, para lo cual -por supuesto- podrá pedir la práctica de pruebas, participar en su recepción, proponer recusaciones, interponer recursos, discutir los alegatos de la parte contraria etc. Sin embargo, dicha intervención no puede significar una reformulación de la demanda, pues ello entrañaría una clara contradicción con lo formulado por el coadyuvado, que comportaría no sólo una desnaturalización de la figura, sino un desbordamiento de sus limitadas facultades como intervención adhesiva o accesoria que es, y -de paso- adoptaría en su lugar la calidad de parte principal, con un interés jurídico procesal diverso y no el de apoyar la

Al estudiar sobre la admisibilidad del escrito de acción popular de la referencia, encuentra el Despacho que la misma reúne los requisitos señalados en el artículo 18 de la Ley 472 de 1998 y el numeral 4to del artículo 161 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

En consecuencia,

RESUELVE

PRIMERO: ADMITIR el escrito que en ejercicio del medio de control de **PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS**, instauran los ciudadanos **SEBASTIAN MARTÍNEZ FLÓREZ** y **OSCAR JAIME CASTAÑEDA LLANOS** en contra de **LA CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CALDAS -CORPOCALDAS-**.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE PERSONALMENTE esta providencia al señor **DEFENSOR DEL PUEBLO**, mediante mensaje dirigido al buzón electrónico para notificaciones judiciales, anexándole copia del presente auto, del escrito de acción popular, las correcciones y los anexos.

TERCERO: NOTIFÍQUESE PERSONALMENTE esta providencia al señor **AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO** para Asuntos Administrativos, mediante mensaje dirigido al buzón electrónico para notificaciones judiciales, anexándole copia del presente auto, del escrito de acción popular, las correcciones y los anexos.

CUARTO: NOTIFÍQUESE PERSONALMENTE este auto a Director de **LA CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CALDAS** mediante mensaje dirigido al buzón electrónico para notificaciones judiciales, anexándoles copia del presente auto, del escrito de acción popular, las correcciones y los anexos.

QUINTO: SE CORRE TRASLADO DE LA DEMANDA a la entidad demandada. El traslado a la accionada será por el término de diez (10) días, los cuales comenzarán a contarse a los dos (2) días hábiles siguientes al del envío del mensaje y el término respectivo empezará a correr a partir del día siguiente, de conformidad con el inciso cuarto del artículo 199 de la ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 48 de la ley 2080 de 2021, dentro de los cuales podrá contestar la demanda, solicitar la práctica de pruebas y proponer excepciones, conforme lo disponen los artículos 22 y 23 de la Ley 472 de 1998 y 199 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

pretensión del demandante (Alsina). Estamos, pues, delante de un tercero que coopera y ayuda con el interés de un desenlace favorable del proceso, pero no se trata “de una nueva demanda del coadyuvante que amplíe el objeto del proceso, sino de su intervención en la cuestión trabada entre las partes, dirigida a favor de una de ellas”

SEXTO: SE REQUIERE a la entidad accionada para que al momento de contestar, informe al Despacho la existencia de medios de control de Protección de los Derechos e Intereses Colectivos, por los mismos hechos y pretensiones que suscitan la interposición del presente, que se encuentren en trámite o hayan culminado, indicando además el juzgado de conocimiento y el estado en que se encuentren.

POR LA SECRETARÍA OFÍCIESE a los juzgados administrativos para que informen si han tramitado acciones populares por la misma causa y objeto que la presente.

SÉPTIMO: INFÓRMESE sobre la existencia del presente trámite a los miembros de la comunidad, mediante aviso que será publicado en la página web de CORPOCALDAS, para los fines del artículo 24 de la Ley 472 de 1998 (Art. 21 ibídem). Para el efecto, deberá acreditar la publicación dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de este auto por estado.

OCTAVO: Por Secretaría, **REMÍTASE EL CORRESPONDIENTE AVISO** para efectuar la publicación de que trata el numeral precedente.

NOVENO: ADVIÉRTASE a las partes, al Ministerio Público, al Defensor del Pueblo y a los demás intervinientes, que dentro de los tres (3) días siguientes al vencimiento del término de traslado a la parte demandada, se citará a audiencia de pacto de cumplimiento.

DÉCIMO: SE ADVIERTE A LAS PARTES E INTERVINIENTES que el único correo válido para enviar memoriales al presente proceso es tadmin02cld@notificacionesrj.gov.co y cualquier comunicación enviada a un correo distinto no será tenida en cuenta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

**PATRICIA VARELA CIFUENTES
MAGISTRADO**

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
ORAL 002 MANIZALES-CALDAS**

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

Código de verificación:

b9220faa847199591027ad2c0189f6a8f5d5bc11960a2c4ed6ceb668a425ed6c

Documento generado en 23/07/2021 11:03:15 AM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

REPÚBLICA DE COLOMBIA

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

Manizales, veintidós (22) de julio de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO No.	17-001-33-33-002-2016-00440-02
CLASE	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	LUÍS EDUARDO BEDOYA
ACCIONADO	UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP.

Procede la Sala a dictar sentencia de segunda instancia con ocasión al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada UGPP, contra el fallo que accedió parcialmente a las pretensiones, proferido por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales el 11 de mayo de 2020, dentro del proceso de la referencia.

PRETENSIONES

- Solicitó la parte actora, se declare la nulidad de las Resoluciones nºRDP 019888 del 24 de mayo de 2016, y RDP nº033860 del 14 de septiembre de 2016, por medio de las cuales se negó la reliquidación de la pensión con la inclusión de todos los factores salariales homologación.
- Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, que se ordene a la UGPP, reliquidar la pensión del señor Bedoya con el 75% de la totalidad de los factores salariales homologados y devengados en el último año de servicios, cancelando las diferencias dejadas de pagar desde el reconocimiento hasta el cumplimiento efectivo de la sentencia de manera indexada.

HECHOS

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

- El señor Luís Eduardo Bedoya prestó sus servicios en la Secretaria de Educación del Departamento de Caldas por más de 20 años.

- La extinta CAJANAL reconoció a favor del señor Luís Eduardo Bedoya una pensión de jubilación mediante la Resolución n° 03129 del 29 de enero de 2009, efectiva a partir del 06 de septiembre de 2007 condicionado al retiro definitivo del cargo.
- El 28 de enero de 2016 solicitó la reliquidación pensional a fin de que se tuvieran en cuenta los factores salariales homologados y nivelados devengados en el último año de servicios, siendo negado mediante la Resolución n° RDP 019888 del 24 de mayo de 2016.
- El 17 de junio de 2016 presentó recurso de apelación contra la Resolución n° RDP 019888 del 24 de mayo de 2016, pero fue confirmada en todas sus partes mediante la Resolución n° RDP 033860 del 14 de septiembre de 2016.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Indicó como normas transgredidas los artículos 2, 6, 25 y 58 de la Constitución Política; el Ley 57 de 1987; Ley 1737 de 2011; Ley 100 de 1993; Leyes 33 y 62 de 1985; Ley 4ª de 1966; Decreto 1743 de 1966; Decreto 3135 de 1968; Ley 5 de 1969 y Ley 71 de 1988.

Señaló, que la entidad actora desconoció las normas enunciadas toda vez que, no reconoció la pensión de jubilación teniendo en cuenta los factores reconocidos en virtud de la homologación y nivelación salarial de la que fue objeto el actor.

Para apoyar su tesis transcribe apartes jurisprudenciales conforme a los cuales es procedente la reliquidación pensional con la inclusión de todos los factores devengados en el último año de servicios.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La UGPP en el escrito de contestación, tras aceptar unos hechos como ciertos de acuerdo a las resoluciones expedidas por la entidad, señaló que la pensión del actor fue reconocida conforme a la normativa por lo que se opone a todas y cada una de las pretensiones.

Propuso como excepciones:

- **Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido:** adujo que la entidad no tiene obligación de reconocer al demandante la reliquidación de su pensión, y en lo atinente a la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios en virtud de la homologación y nivelación salarial, precisó que, al actor se le reconoció su

pensión de conformidad con el régimen de transición, es decir, con la Ley 33 de 1985 pero solamente en relación con la edad, el tiempo de servicios y el monto, este último concepto entendido como la tasa de remplazo a aplicar, ya que la liquidación se debe calcular con base en los preceptuado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto es, con el promedio de los 10 últimos años, tal como lo ha determinado la Corte Constitucional en la sentencia C-168 de 1995.

Precisó, que la sentencia C-258 de 2013 frente a la aplicación del régimen de transición para los beneficiarios de la Ley 4 de 1992 concluyó que, en lo relativo al ingreso base de liquidación, el régimen de transición no estableció beneficio alguno, y por tanto, debía acudirse a las normas que regulaban el asunto en la Ley 100 de 1993; aunado a esto adujo que, solo es posible incluir en el cálculo de la prestación los factores salariales que tengan el carácter de remuneratorios y sobre los cuales se haya cotizado al sistema.

Sostuvo, que la Corte Constitucional además ha sido enfática en que las autoridades administrativas deben aplicar la interpretación que más se ajuste a la Constitución y la ley, y por ello aduce que la UGPP se aparta del precedente del Consejo de Estado sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no solo por el desarrollo jurisprudencial que ha realizado la Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia, sino también por cuanto el artículo 102 de la Ley 1437 de 2011 al ordenar la extensión de la jurisprudencia por parte de las autoridades administrativas a terceros contempló la posibilidad fáctica de que el operador administrativo niegue la petición que en este sentido sea elevada.

Agregó que, aunque el artículo 10 del CPACA imprimió la obligatoriedad de atender las sentencias de unificación del Consejo de Estado al momento de resolver casos con idénticos aspectos fácticos y jurídicos, la Corte Constitucional en sentencia C-634 de 2011 indicó que sus precedentes jurisprudenciales deben atenderse de manera preferente.

Señaló que la sentencia SU-230 de 2015 encontró que la sentencia C-258 de 2013 fijó una interpretación abstracta del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y por ello concluyó que el ingreso base de liquidación no es un aspecto de la transición y que son las reglas contenidas en la Ley 100 las que deben observarse para determinar el monto de la pensión con independencia del régimen al que la persona pertenezca.

Precisó, además que, mediante auto A-326 de 2014 que resolvió la nulidad de la sentencia T-078 del mismo año, la Sala reafirmó la interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establecida en el fallo C-258 de 2013, en el que por primera vez se analizó el tema

atinente al IBL en el sentido de que, la manera de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior en razón a lo ya explicado sobre el régimen de transición.

Sostuvo que las recientes sentencias de tutela dictadas por la Sección Quinta del Consejo de Estado el 17 de noviembre de 2016 y 15 de diciembre de 2016, ratifican una vez más el alcance preferente y vinculante de los precedentes de la Corte Constitucional sobre las reglas de liquidación de pensiones de personas cubiertas por el régimen de transición, máxime la sentencia SU-230 de 2015 la cual indica es de aplicación inmediata, luego no solo cubre las demandas presentadas con posterioridad a la fecha de expedición de la mentada providencia sino también las demandas presentadas y falladas con anterioridad.

- **Prescripción:** sin que implique aceptación de las pretensiones solicitó que se declare la prescripción prevista para las acciones laborales y prestaciones periódicas contempladas en el Decreto 1848 de 1969 reglamentario del Decreto 3135 de 1968, y en el artículo 488 del CST y 151 del CPT.

- **Genérica:** instó a que se declare de oficio cualquier otra excepción que resulte probada.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

11 de mayo de 2020 el Juzgado Segundo administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia accediendo parcialmente a las pretensiones.

La Juez de instancia en un primer momento determinó cuál era el régimen pensional aplicable al actor, concluyendo que al ser beneficiario del régimen de transición le era aplicable el régimen establecido en la Ley 33 de 1985.

En segundo lugar, analizó los factores salariales que se deben tener en cuenta para fijar el ingreso base de liquidación, determinando que al actor le asiste derecho a que se reliquide su pensión de jubilación con la inclusión de los factores salariales de salario mensual y bonificación por servicios prestados, pero con los valores que se reajustaron a través del proceso de nivelación y homologación salarial del que fue objeto el actor.

Así las cosas, en la parte resolutive consignó:

“PRIMERO: DECLARÁNSE no probadas las excepciones formuladas por la entidad demandada, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARÁSE LA NULIDAD de la Resolución N° RDP 019888 del 24 de mayo de 2016 y de la Resolución n° 033860 del 14 de septiembre de 2016, de conformidad con lo analizado en esta sentencia.

TERCERO: a título de restablecimiento del derecho, SE CONDENA A LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, a efectuar una nueva liquidación de la pensión del señora (sic) LUÍS EDUARDO BEDOYA, con la inclusión del 75% del promedio de lo devengado entre el 06 de 1997 y el 05 de septiembre de 2007, incluyendo como factores salariales, el sueldo mensual y bonificación por servicios prestados, pero con los valores que se reajustaron a través del proceso de homologación y nivelación salarial de los cargos administrativos de la planta de personal sector educación del Departamento de Caldas.

Las sumas reconocidas deben pagarse dentro de los términos fijados por el artículo 192 del C.P.A.C.A, debidamente indexadas, conforme al artículo 187 del C.P.A.C.A, es decir, actualizados mediante la aplicación de los ajustes de valor, para lo cual la demandada, tendrá en cuenta la formula citada en la parte motiva de esta providencia y la forma como deberá hacer esos ajustes.

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

[...]

SÉPTIMO: SE ORDENA al Departamento de Caldas la cancelación a la UGPP de los valores reclamados en el llamamiento en garantía, esto es, las sumas que debió cancelar en su condición de empleador de los aportes pensionales en virtud del proceso de homologación y nivelación salarial del que fue beneficiaria la señora **MARÍA MELBA TABARES QUICENO**.

RECURSO DE APELACIÓN

La UGPP mediante documento visible en PDF número 28 del expediente digital de primera instancia, apeló la providencia.

Refirió que se omitió dar aplicación al precedente jurisprudencial, conforme al cual el actor no tiene derecho a que se reliquide su prestación pensional en los términos deprecados, ya que si bien el accionante se encuentra cobijado por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, esta misma norma dispone que se respetará la edad, el tiempo y el monto

(entendido como el porcentaje) contemplados en el régimen anterior, pero las demás condiciones y requisitos se regirán por lo dispuesto en el artículo 36 de la disposición mencionada.

Adujo que esta posición encuentra respaldo en las sentencias SU-230 de 2015, C-168 de 2015 y C-258 de 2013, ésta última por aplicación y criterios constitucionales de solidaridad, de orden justo y sostenibilidad financiera y fiscal del SGP, estableció que la interpretación constitucional y legal válida respecto de la aplicación del régimen de transición, es que si bien se mantienen algunos conceptos del régimen anterior (edad, tiempo y monto), en todo caso el concepto de IBL debe entenderse conforme a la Ley 100 de 1993, y ajustado únicamente a los factores determinados por el legislador sobre los cuales se hayan realizado aportes.

Que así mismo la Corte Constitucional señaló en relación con los factores salariales que la expresión o la interpretación correcta y que se compadece con los principios constitucionales, es que para la liquidación de las pensiones se deben incluir los factores salariales que tengan el carácter de remuneratorio y sobre los cuales se hayan realizado cotizaciones al sistema general de pensiones; es decir, que el régimen de transición no estableció beneficio alguno y por tanto debe acudir a las normas que regulan el tema en la Ley 100 de 1993, es decir, el artículo 36.

Finalmente, señaló que, el actor no tiene derecho a que se reliquide su prestación pensional teniendo en cuenta factores salariales que no fueron base de cotización al sistema, pues para tal calenda ya se encontraba vigente la postura emitida por la H. Corte Constitucional aplicable a su caso.

En virtud de lo anterior, solicitó se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar se nieguen las pretensiones del actor.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante: señaló que la UGPP debió liquidar la pensión del demandante con la totalidad de factores salariales devengados durante el último año de servicios con ocasión de la nivelación y homologación salarial de la que fue objeto, dando cumplimiento a las normas aplicables al presente caso, es decir la Ley 33 de 1985, artículo 1º, inciso 3º, modificada por la Ley 62 de 1985, y en consideración a la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, en la cual se unificó los criterios adoptados por las diferentes Salas respecto del

contenido de las normas mencionadas con anterioridad, refiriendo que la Ley 33 de 1985 no indicó en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.

Adicionalmente respecto a la sentencia SU 230 de 2015, de la cual la Entidad demandada solicita la aplicación en esta jurisdicción, aludió que dicha sentencia estudia la prestación de un pensionado que ostentaba la calidad de trabajador oficial, lo cual difiere del presente caso, puesto que el demandante ostenta la calidad de empleado público, por lo que extender los efectos de esta sentencia a los empleados públicos, resulta una expresa violación a los derechos fundamentales y al orden jurídico, ya que las situaciones reguladas por la sentencia SU 230 de 2015 corresponden expresamente a quienes ostentan la calidad de trabajador oficial y quienes someten sus controversias ante la jurisdicción ordinaria, en la cual si se aplica lo que la Corte Constitucional determinó para esta clase de trabajadores.

En cuanto a los descuentos de los aportes para pensión, manifestó que debe tenerse en cuenta que en el presente caso, no resulta procedente ordenar descuentos para pensión por toda la relación laboral, pues el artículo 817 del Estatuto Tributario, estableció un término de prescripción de las obligaciones parafiscales de 5 años, significa lo anterior que transcurridos 5 años a partir de la fecha en que se generó la obligación de realizar las cotizaciones al Sistema General de Pensiones, ésta prescribe y su pago no puede ser exigido.

Finalmente solicitó que se tenga en cuenta el principio de favorabilidad para el trabajador, atendiendo a que el derecho reconocido no puede ser menor a lo ya percibido por el demandante.

Parte demandada:

UGPP: Indicó que es improcedente la reliquidación de la pensión en los términos solicitados por el demandante. Destacó que el precedente judicial de la Corte Constitucional es vinculante y de obligatorio cumplimiento y prima sobre cualquier pronunciamiento que se encuentre en contravía de lo establecido por la corporación encargada de la guarda de la constitución. Adujo que su posición encuentra respaldo principalmente en la sentencia SU-230 del 29 de abril de 2015 de la Corte Constitucional y en otros apartes jurisprudenciales que mencionó.

Ministerio Público: guardó silencio conforme a lo informado en la constancia secretarial obrante en PDF número 07 del expediente digital de segunda instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Cuestión previa

En primer momento procede la Sala a decidir sobre la manifestación de impedimento de la Magistrada Patricia Varela Cifuentes para conocer del presente asunto por considerarse en curso de la causal de impedimento del numeral 2 del artículo 141 del Código General del Proceso.

En este sentido se tiene que la Magistrada Patricia Varela Cifuentes considera que al haber tenido conocimiento previo del asunto bajo estudio se encuentra incurso en la causal de impedimento prevista en el numeral 2 del artículo 141 del Código General del Proceso.

En este orden de ideas se tiene que el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala en su artículo 130 que serán causales de recusación e impedimento para los consejeros, magistrados y jueces administrativos, entre otras, las previstas en el artículo 150 del Código de Procedimiento Civil, es decir el artículo 141 del Código General del Proceso por ser esta la norma vigente.

El estatuto procedimental civil reza en el numeral 9 del artículo 141, invocado por el Magistrado Hernández Gómez:

Artículo 141. Son causales de recusación las siguientes:

2. Haber conocido el proceso o realizado cualquier actuación en instancia anterior, el juez, su cónyuge, compañero permanente o algunos de sus parientes indicados en el numeral precedente.

(...)”

En orden a lo anterior, considera este Despacho que los impedimentos tienen como fundamento la integridad moral del funcionario que los declara, quien en razón de la

existencia de ciertas situaciones comprobadas, puede sentirse condicionado en su fuero interno.

En el caso de la Magistrada Patricia Varela Cifuentes, considera la Sala, que su manifestación de impedimento se ajustan al contenido del numeral 2 transcrito, lo cual constituye impedimento para conocer del proceso, puesto que fue la Juez que profirió la sentencia de primera instancia, lo que compromete sin lugar a dudas su fuero interno, por lo que a juicio de los suscritos y sin que sea menester efectuar consideraciones adicionales, es suficiente para aceptar el óbice manifestado por la referida Magistrada.

PROBLEMAS JURÍDICOS

Como problemas jurídicos a resolver se plantean los siguientes:

1. ¿Cómo se determina el IBL para liquidar la pensión de las personas beneficiarias del régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993?
2. ¿Tiene derecho el señor Luís Eduardo Bedoya a que se reliquide su pensión de vejez con el promedio del salario devengado en el último año de servicios?
3. ¿Qué factores salariales se deben tener en cuenta para conformar el ingreso base de liquidación de su pensión ordinaria; especialmente se deben tener en cuenta los ingresos recibidos por concepto de homologación y nivelación salarial?

LO PROBADO

Se encuentra probado dentro del cartulario:

- Conforme a lo consignado en la Resolución n°03129 del 29 de enero de 2009, el señor Luís Eduardo Bedoya nació el 07 de enero de 1952 (PDF número 03 del expediente digital se primera instancia)
- Mediante Resolución n°03129 del 29 de enero de 2009 se le reconoció una pensión de jubilación, que se liquidó con el promedio de lo devengado en los últimos 10 años conforme a lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, efectiva a partir del 06 de septiembre de 2007, condicionando su disfrute al retiro efectivo del cargo (PDF número 03 del expediente digital se primera instancia)

- Mediante Resolución nº 597 del 11 de abril de 2014 se reconoció y ordenó el pago por concepto de homologación y nivelación salarial a favor del señor Luís Eduardo Bedoya; (PDF número 03 del expediente digital se primera instancia)
- A través las Resoluciones nº RDP 019888 del 24 de mayo de 2016, y RDP nº 033860 del 14 de septiembre de 2016, se negó la reliquidación de la pensión con la inclusión de todos los factores salariales homologación (PDF número 03 del expediente digital se primera instancia)
- Conforme a la resolución de reconocimiento pensional el actor laboró en la Alcaldía de Manizales como Auxiliar de Servicios Generales Grado 01. (PDF número 03 del expediente digital se primera instancia)
- La Alcaldía de Manizales certificó que el señor Luís Eduardo Bedoya prestó sus servicios en el cargo de Auxiliar de Servicios Generales Grado 01 en la Escuela Normal Nacional de Varones desde el 27 de noviembre de 1978 hasta el 10 de junio de 2008 (PDF número 03 del expediente digital se primera instancia)

Solución al primer problema jurídico

¿Cómo se determina el IBL para liquidar la pensión de las personas beneficiarias del régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993?

Tesis: El IBL que se tiene en cuenta para liquidar la pensión de las personas beneficiarias de la transición de la Ley 100 de 1993 se determina conforme lo señala el artículo 21 y el inciso 3 del artículo 36 de la ley en comento, según el caso.

Marco jurisprudencial

Respecto al ingreso base de liquidación que se debe tener en cuenta para liquidar la pensión de las personas beneficiarias del régimen de transición se presentó en el pasado una controversia entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

I. El Consejo de Estado con algunas variables expuso desde la expedición de la Ley 100 de 1993 lo que finalmente determinó en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 (número interno 0112-09), esto es, que las personas que reunían los requisitos de transición

de esta ley tenían el beneficio de que para su pensión la edad, tiempo de semanas cotizadas, y el monto de la misma se determinara conforme a la ley anterior, Leyes 33 y 62 de 1985; además señaló que el término monto incluía no solo la tasa de remplazo sino además la base sobre la cual se aplicaba esta, y que los factores salariales a tener en cuenta no eran únicamente los expresamente señalados en la ley sino todos los que fueron devengados en el último año de servicios y que hubieran sido recibidos de manera habitual y periódica como contraprestación sea que sobre ellos se hubiere cotizado o no, pues en este último caso se autorizaba a las cajas correspondientes para que del mayor valor determinado se descontara lo que correspondía por aportes al sistema.

II. Mediante sentencia C-258 de 2013¹ la Corte Constitucional al estudiar la constitucionalidad del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, que regula el régimen pensional para congresistas, al paso que declaró inexecutable las expresiones “*durante el último año y por todo concepto*” y “*se aumentarán en el mismo porcentaje en que se reajuste el salario mínimo legal*”, contenidas en el primer inciso de ese artículo, frente a cómo se determinaría en consecuencia el IBL para estas personas señaló:

4.3.6.3. Sobre el Ingreso Base de Liquidación

[...]

Para el efecto, la Corte acudirá a la regla general de Ingreso Base de Liquidación prevista en los artículos 21 y 36 de la Ley 100. En efecto, el artículo 36 estableció dos reglas específicas en la materia: (i) para quienes el 1º de abril de 1994, les faltara menos de 10 años para pensionarse, el IBL sería (a) “el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta” para reunir los requisitos para causar el derecho a la pensión, o (b) el promedio de lo “cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE”. (ii) En los demás casos, es decir, en la hipótesis de las personas a quienes el 1º de abril de 1994 les faltaban más de 10 años para reunir los requisitos de causación de la pensión, a falta de regla especial en el artículo 36 y teniendo en cuenta que el inciso segundo ibídem solamente ordena la aplicación ultractiva de las reglas de los regímenes especiales sobre edad, tiempo de cotización o servicios prestados, y tasa de remplazo, se les debe aplicar la regla general del artículo 21 de la Ley 100 (...).

Como consecuencia de esta sentencia, para la pensión de los congresistas el IBL se determinaría conforme lo señala el artículo 21 y el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, según el caso.

III. Posteriormente la Corte Constitucional en sentencia SU-230 de 2015 señaló:

Para la Corte Suprema de Justicia el “monto” de la pensión sólo hace referencia al porcentaje (75%); pero el ingreso base de liquidación que se debe tener en cuenta es el que consagra el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993; es decir, el promedio de los salarios devengados que sirvieron de base para los aportes durante los últimos 10 años.

En reiterados pronunciamientos este tribunal de la jurisdicción ordinaria, ha sosteniendo que el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 conservó para sus beneficiarios la aplicación de la normativa anterior en lo relativo a edad, tiempo de servicios y “monto” de la prestación, pero no en lo relacionado con el “ingreso base de liquidación”, el cual está sometido a la definición consagrada en el inciso 3º del artículo 36 de la citada ley. Para esa corporación el “monto” solo se refiere al porcentaje de la base salarial, sin que esta haga parte integrante de aquel, por lo menos en lo que al régimen de transición se refiere, razón por la cual han precisado que se trata de dos nociones distintas e independientes.

En esta providencia la Corte Constitucional extendió lo manifestado en la sentencia C-258 de 2013 a los beneficiarios del régimen de transición y reiteró las consideraciones allí expuestas relacionadas con el ingreso base de liquidación; así mismo interpretó lo que a su juicio se debe entender por la expresión “monto” e indicó que se refiere únicamente a la tasa de remplazo y que no incluye el IBL, el cual se deberá determinar conforme lo señala la Ley 100 de 1993.

IV. El Consejo de Estado por su parte en este interregno expidió sentencias como la de unificación de la Sección Segunda, Consejero Ponente Gerardo Arenas Monsalve, del 25 de febrero de 2016, radicación 25000-23-42-000-2013-01541-01, en la cual reiteró lo consignado en la providencia del 4 de agosto de 2010 sobre la interpretación de la Ley 33 de 1985; y planteó argumentos jurídicos con los cuales debatía los postulados expuestos por la Corte Constitucional en las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015.

Por su parte la Corte Constitucional, entre otras, con las sentencias sentencia SU-427 de 2016 y la SU-395 del 22 de junio de 2017 mantuvo su posición y exigió que esta interpretación debía ser tenida como precedente obligatorio.

V. Finalmente, el Consejo de Estado en sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de fecha 28 de agosto de 2018, expediente 2001-23-33-000-2012-00143-01, unificó el tema con el siguiente tenor:

Fijación de la Regla Jurisprudencial sobre el IBL en el régimen de transición

92. De acuerdo con lo expuesto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo sienta 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”.

93. Para este grupo de beneficiarios del régimen de transición y para efectos de liquidar el IBL como quedó planteado anteriormente, el Consejo de Estado fija las siguientes subreglas:

94. La primera subregla es que para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es:

- *Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.*
- *Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.*

[...]

96. La segunda subregla es 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 únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.

97. Esta subregla se sustenta en el artículo 1° de la Constitución Política que consagra el principio de solidaridad como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho.

98. El artículo 48 constitucional 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”. El legislador (artículo 2 de la Ley 100 de 1993) explica este principio como “[...] la práctica de la mutua ayuda entre las

personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil”.

99. 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, solo los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional.

100. De conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adiciona el artículo 48, para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio y las semanas de cotización. Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.

101. A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual 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 no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicio, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social. La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones “salario” y “factor salarial”, bajo el entendido que “constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios” con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; sin embargo, para esta Sala, 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.

102. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo considera que el tomar en cuenta solo 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 el Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia.

103. Por el contrario, 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.

De la anterior sentencia de unificación se puede extractar:

- Que el régimen de transición contemplado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 únicamente se refiere a la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión.
- Que el monto de la pensión hace referencia únicamente al porcentaje o tasa de remplazo aplicable al IBL y, por tanto, a las personas cobijadas por el régimen de transición se les debe liquidar su pensión con el IBL en la forma señalada en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y se debe tomar como base los factores sobre los que aportaron al sistema pensional.
- Que deben tenerse en cuenta para la liquidación de la pensión solamente los factores salariales sobre los cuales se hubieren realizado las cotizaciones respectivas.
- Que lo liquidado debe ser proporcional a lo cotizado.
- Que los factores salariales al no determinar el monto de la pensión sino parte de la base de liquidación de la misma, serán aquellos sobre los que el beneficiario aportó al sistema pensional.

El Tribunal Administrativo de Caldas acoge los precedentes tanto de la Corte Constitucional como el ahora expuesto en la sentencia de unificación de la Sala Plena del Consejo de Estado de fecha 28 de agosto de 2018.

Segundo y tercer problema jurídico

¿Tiene derecho el señor Luís Eduardo Bedoya a que se reliquide su pensión de vejez con el promedio del salario devengado en el último año de servicios?

¿Qué factores salariales se deben tener en cuenta para conformar el ingreso base de liquidación de su pensión ordinaria; especialmente se deben tener en cuenta los ingresos recibidos por concepto de homologación y nivelación salarial?

Tesis: La Sala defenderá la tesis de que el accionante no tiene derecho a que el IBL de la pensión esté conformado por los factores salariales percibidos en el último año de prestación de servicios, ya que el ingreso base de liquidación debe calcularse según los postulados de la Ley 100 de 1993 y con los factores salariales del Decreto 1158 de 1994, o sobre los que haya cotizado, sin embargo, sí tiene derecho a que los valores de los factores

salariales que fueron incluidos en el IBL sean actualizados a los montos reconocidos en virtud de la homologación y nivelación salarial realizada en el Municipio de Manizales.

Conforme a la posición actual de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, que como se indicó será la que acoge esta corporación, se entiende que en aplicación de estas deben respetarse las condiciones de edad, tiempo de servicio y monto (tasa de reemplazo) de la pensión que consagraba el régimen pensional anterior, en este caso la Ley 33 de 1985.

Sin embargo, la liquidación del IBL debe regirse por lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 21 de la misma norma, en atención al tiempo que le faltare al interesado a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones para adquirir el derecho a la prestación.

Así pues, si al 1º de abril de 1994 (empleados nacionales), o al 30 de junio de 1995 (empleados territoriales), a la persona beneficiaria del régimen de transición le faltaren menos de 10 años para adquirir el derecho pensional, la liquidación será el promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciera falta para acceder a la prestación, o el cotizado durante todo el tiempo si fuere superior. Lo anterior, con la correspondiente actualización con base en la variación del IPC.

Ahora, sobre los factores que se deben tener en cuenta para liquidar la prestación en atención a lo dispuesto por las altas cortes en sus sentencias de unificación sobre la materia, los únicos que pueden incluirse para determinar el IBL son aquellos devengados por la accionante durante el tiempo de liquidación referido y que sirvieron de base para calcular las cotizaciones al sistema general de pensiones, conforme al Decreto 1158 de 1994, norma que a la letra indica:

ARTICULO 1o. *El artículo 6o del Decreto 691 de 1994, quedará así: "Base de Cotización".*

El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:

- a) La asignación básica mensual;*
- b) Los gastos de representación;*
- c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;*
- d) Las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario.*

e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;

f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;

g) La bonificación por servicios prestados.

Al revisar la resolución que otorgó la prestación periódica y el acto administrativo que la reliquidó, se encuentra que en ellos se dispuso que la misma se calcularía con la inclusión de los factores salariales percibidos en los 10 años anteriores al retiro, con inclusión de la asignación básica y la bonificación por servicios prestados, lo cual se acompasa con lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994.

Por todo lo discurrido es claro que el demandante no tiene derecho a que se reliquide su pensión con la totalidad de los factores salariales percibidos en el último año de servicios.

Sin embargo, y aunque el actor no tiene derecho al reajuste de la pensión por la inclusión de nuevos factores salariales, la Sala no puede pasar por alto lo relativo a la homologación y nivelación salarial que fue realizada mediante el Decreto n°0388 del 12 de octubre de 2012 y Decreto n°083 de 2008 por el municipio de Manizales, frente a los empleados administrativos pertenecientes a la planta de personal del ente territorial - sector educación financiada con recursos del sistema general de participaciones.

Debe indicarse que esta homologación y nivelación salarial tenía como metodología: "revisar que las funciones específicas correspondieran al nivel jerárquico, en el cual se encuentra ubicado cada funcionario con los pares del municipio de Manizales; comparando el salario actual con el salario más aproximado de la escala de la administración central, de acuerdo con el nivel jerárquico y los requisitos exigidos para el desempeño del cargo y el de recomendar el nivel, cargo y grado salarial que se debe asignar".

Es decir, claramente esta homologación y nivelación salarial trajo como consecuencia que los salarios percibidos por los empleados referenciados variaran, pues precisamente se trataba de terminar con una situación de desigualdad salarial entre los funcionarios pagados con recursos del sistema general de participaciones y los funcionarios pertenecientes al sector central; y por ello, para el caso específico del señor Luís Eduardo Bedoya se realizó el anterior procedimiento mediante la Resolución n°597 del 11 de abril

de 2014, y en consecuencia se reconoció un retroactivo por el período comprendido entre 01 de enero de 2003 al 31 de diciembre de 2011 fecha de retiro del cargo.

Lo expuesto permite concluir que, al modificarse su asignación básica todos los emolumentos y prestaciones sociales percibidas por el actor entre el año 2003 y 2011 también variaron, y al ser así, los valores que fueron tenidos en cuenta para reliquidar su pensión no se ajustaban a lo que en realidad debió percibir el actor.

Por ello, a efectos de conformar el ingreso base de liquidación de la pensión del demandante se deben tener en cuenta los factores salariales que se dispusieron en los actos administrativos de reconocimiento de la pensión, pero su cuantía se deberá ajustar a los valores obtenidos por concepto de homologación y nivelación salarial, situación que claramente varía el valor de su mesada.

En tal sentido concluye la Sala que, sí es procedente acceder a la pretensión relativa a que el IBL de la pensión se reajuste con base en la nivelación y homologación salarial, en tanto la entidad demandada no demostró que en la liquidación efectuada en el reconocimiento pensional se hubieran incluido esos factores salariales en sus valores homologados, tal y como lo consideró la Juez de primera instancia.

Decisión de segunda instancia

Al no tener derecho el actor a que se reliquide su pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores devengados en el último año de servicios, pero si a que se tenga en cuenta los valores reconocidos en virtud de la homologación y nivelación salarial de la que fue objeto, se confirmará la sentencia de primera instancia, en este aspecto.

Costas

En el presente asunto no se condenará en costas toda vez que la reclamación en sede judicial se realizó con fundamento en la tesis que para el momento de presentación de la demanda planteaba el Consejo de Estado en relación con el régimen de transición.

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

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 11 de mayo de 2020 por parte del Juzgado Segundo Administrativo del Circuito dentro el proceso que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuso **LUÍS EDUARDO BEDOYA** contra la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP,**

SEGUNDO: SIN COSTAS por lo brevemente expuesto.

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

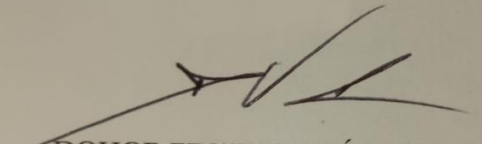
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Virtual celebrada el 22 de julio de 2021, conforme Acta nro. 041 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

PATRICIA VARELA CIFUENTES
Magistrada
Impedida



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
ESTADO ELECTRÓNICO**

Notificación por Estado Electrónico No. 129 del 26 de julio de 2021.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, veintidós (22) julio de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO No.	17001-33-39-005-2018-00604-02
CLASE	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	IRMA PERILLA DE GÚTIERREZ
ACCIONADO	NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - DEPARTAMENTO DE CALDAS

Procede el Tribunal Administrativo de Caldas a dictar sentencia de segunda instancia, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el fallo que negó las pretensiones, proferido por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales, el 10 de marzo de 2020, dentro del proceso de la referencia.

PRETENSIONES

El actor solicitó se declarara la nulidad de la Resolución 8214-6 del 26 de septiembre de 2018, expedida por el Departamento de Caldas en representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante la cual denegó la devolución de los aportes de salud sobre las mesadas adicionales.

Solicitó se declarara la nulidad parcial de la Resolución 3612 del 21 de agosto de 2007, por la cual se reconoció la pensión ordinaria de jubilación a favor del actor, en cuanto ordenó los descuentos a salud sobre las mesadas pensionales adicionales.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó:

- Ordenar la devolución de los dineros correspondientes a los aportes de salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, correspondiente al 12% del valor de la pensión, de manera indexada.

- Ordenar el cese del descuento y la devolución de los dineros correspondientes al 0.5% del valor de la pensión, correspondiente a los aportes de salud efectuados anualmente, desde la entrada en vigencia de la Ley 1250 de 2008 hasta la fecha actual.

Adicionalmente, solicitó se condene al pago de los perjuicios, con ocasión a los descuentos realizados por concepto de salud sobre la mesada pensional, y al pago de las prestaciones periódicas que se llegaren a causar, dichos valores deberán ser indexados y ajustados a lo preceptuado en los artículos 187, 192 y 195 del CPACA..

HECHOS

A la señora Perilla de Gutiérrez se le reconoció una pensión de jubilación al cumplir con los requisitos de ley como docente, ordenándose en la misma efectuar los descuentos de salud correspondientes al 5% o el 12% o el 12.5% a favor del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Indicó que el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio a través de la Fiduprevisora, viene pagando la pensión, descontando sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, los aportes a salud.

Señaló que, solicitó ante la Secretaria de Educación, el cese de los aportes sobre las mesadas adicionales, al igual que la devolución de los saldos descontados.

Finalmente señaló que dicha petición se resolvió a través de la Resolución 8214-6 del 26 de septiembre de 2018, mediante la cual se negó la devolución y cese de aportes de salud sobre las mesadas adicionales.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Consideró como violados: Ley 91 de 1989, Ley 100 de 1933, Ley 812 de 2003, Ley 797 de 2003, Ley 1250 de 2007 y Decretos 3752 de 2003, 1073 de 2002.

Como concepto de violación, con apoyo en las normas vulneradas y pronunciamientos jurisprudenciales del Honorable Consejo de Estado y de la Honorable Corte Constitucional y del Ilustre Tribunal del Quindío, precisó que es indebido el cobro de las mesadas adicionales a los docentes pensionados y, por tanto, se debe suspender dichos descuentos.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

MINISTERIO DE EDUCACION - FONDO DE PRESTACIONES DE SOCIALES DEL MAGISTERIO: manifestó que se opone a todas y cada una de las pretensiones de la parte actora.

Como excepciones planteó las siguientes:

INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN: los descuentos efectuados sobre las mesadas pensionales destinados a salud se realizaron conforme la normativa que regula los mismos, por lo que no procede la devolución solicitada.

EXCEPCIÓN DE COBRO DE LO NO DEBIDO: los descuentos realizados sobre las mesadas pensionales se efectuaron conforme a los principios constitucionales de sostenibilidad, eficiencia y universalidad, atendiendo las disposiciones legales, por lo que ninguna devolución resultaría procedente.

DEPARTAMENTO DE CALDAS: Se opuso a la totalidad de las pretensiones. Respecto de los hechos manifestó que son ciertos los concernientes al reconocimiento pensional y a los descuentos efectuados por concepto de salud.

Como fundamentos normativos estimó el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, 143, y 204 de la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003, 1150 de 2008.

Propuso los siguientes medios exceptivos: Falta de Legitimación en la Causa por Pasiva, Prescripción.

SENTENCIA RECURRIDA

Mediante sentencia del 10 de marzo de 2020 el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales, negó las pretensiones de la actora.

Una vez expuestos los fundamentos fácticos y jurídicos de la demanda y la contestación, determinó como problema jurídico si la actora tenía la obligación de realizar los aportes a salud.

Analizó el régimen jurídico aplicable a las prestaciones de los docentes, en concreto a la tasa de cotizaciones por concepto de salud, incluyendo los descuentos en las mesadas adicionales de junio y diciembre conforme a las previsiones establecidas en la Leyes 42 de 1982, 91 de 1989, 100 de 1993, 812 de 2003, 1122 de 2007.

Realizó un estudio a de las posturas jurisprudenciales de la Sección Quinta del Honorable Consejo de Estado; además de la Honorable Corte Constitucional, concernientes a la procedencia de los descuentos de aportes en salud en mesadas adicionales de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Una vez analizadas las pruebas allegadas al plenario, determinó que los descuentos por conceptos de salud aplicada a las mesadas pensionales, adicionales de junio y diciembre, se hicieron conforme a lo establecido en la Ley 100 de 1993, sin alterar el régimen prestacional de los docentes vinculados al servicio público establecido en la Ley 91 de 1989; además si bien el descuento del 12.5% fue aplicado a todos los docentes hasta el mes de febrero de 2009, conforme a la Circular Conjunta del 8 de enero de 2009, se ordenó realizar los ajustes pertinentes.

En consecuencia, adujo que a la parte actora no le asistía razón de solicitar el cese de los descuentos de salud en las mesadas adicionales de junio y diciembre.

APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte actora precisó que los fundamentos jurídicos citados por el togado, entran en conflicto con la Ley 91 de 1989 especialmente en lo relacionado con los descuentos de salud que se efectúan al personal docente sobre sus mesadas pensionales adicionales, y en virtud de la citada ley no puede aplicarse el régimen exceptuado, si la misma norma contempla la excepción en el artículo 15, aplicable a la parte actora, por ser docente vinculada hasta el 31 de diciembre de 1989, por lo que mantendría un régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial conforme a las normas vigentes.

Con base en la sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2 número 001/16, en lo pertinente a la interpretación del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, en la cual se analiza la prima de servicios de los docentes, esgrimió que ésta debe aplicarse de manera analógica, para resolver el caso sobre descuentos de aportes de salud sobre las mesadas adicionales, toda vez que no se pueden desconocer los derechos adquiridos de los docentes que por

disposición legal de las entidades territoriales les habían reconocido prestaciones adicionales.

Una vez analizado el contenido de los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, explicó que el único decreto que hace referencia al asunto en cuestión es el 3135 del 1968, respecto al descuento en salud (5%) que se haría mensualmente, es decir nunca contempló un aporte sobre mesadas adicionales, así mismo, este descuento tampoco fue previsto en el Decreto 1848 de 1969, en cumplimiento del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

Relacionó las normas anteriores y posteriores a la Ley 91 de 1989, para referirse a que no se contempló el descuento de los aportes de salud sobre las mesadas adicionales y precisó que no se puede declarar los medios exceptivos propuestos por la accionada, toda vez que en atención al principio de inescindibilidad de la norma, la mencionada ley debe entenderse derogada tácitamente desde el 27 de junio de 2003, fecha de vigencia de la Ley 812 de 2003, que refiere a los porcentajes de cotización en salud para el personal docente del 12%, que no operan sobre la mesadas adicionales.

Concluyó respecto de la decisión proferida por el Juez a quo, que no hizo un análisis pormenorizado del régimen exceptuado contenido en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, teniendo presente las posturas de la Honorable Corte Constitucional, en cuanto al régimen de los docentes, y pago de las pensiones; además, resaltó que no se tuvo en cuenta para dirimir este asunto, el choque normativo y se recurre a la cronología de normas, e insiste en la aplicación de la normas antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003.

Afirmó que se deben reconocer los derechos (descuentos para salud sobre las mesadas pensionales de junio y diciembre), desde el 23 de mayo de 2016, por devolución de aportes de salud como acción de grupo, es decir desde el 23 de mayo de 2013 hasta la fecha de la sentencia judicial.

En cuanto a la extensión de las excepciones no propuestas de una entidad demandada frente a otra, esgrimió que el Juzgado hizo extensivo las excepciones propuestas por el Departamento de Caldas, respecto al Ministerio sin tener en cuenta que la entidad demandada guardó silencio con respecto a estos casos, por lo que no debe declararse tales medios exceptivos basándose en el principio de la justicia rogada, y que de oficio no operan, ateniéndose los demandados a los consecuencias frente dicho silencio.

Precisó que la decisión judicial no aplicó la sentencia de unificación precitada; frente a la prescripción de mesadas en el mes de marzo de 2009, indicó que deberá realizarse un análisis de dichos descuentos, esto es si se cobró sobre las máximas legales permitidas, además que se vulneró el principio de inescindibilidad de la norma, afectando el principio de legalidad.

Adicionalmente explicó, que faltó valoración conjunta del contexto normativo tanto de las leyes como decretos y ordenanzas departamentales.

En consecuencia, solicitó revocar la decisión de primera instancia.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN SEGUNDA INSTANCIA

Conforme a la constancia secretarial visible en PDF número 05 del expediente digital de segunda instancia las partes no se pronunciaron en esta etapa.

CONSIDERACIONES

No advirtiendo alguna irregularidad que conlleve nulidad, procede a resolver el recurso de apelación.

PROBLEMAS JURÍDICOS

¿Conforme a la normativa correspondiente, tiene obligación la actora de aportar al Sistema de Seguridad en Salud sobre las mesadas pensionales adicionales de junio y diciembre?

En caso negativo.

¿Tiene derecho la parte demandante al reembolso por concepto de descuentos por los aportes de salud, practicados de la pensión de jubilación de manera mensual y de las mesadas adicionales de junio y diciembre?

LO PROBADO

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

Que mediante la Resolución 3612 del 21 de agosto de 2007, se reconoció la pensión de

jubilación por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio a favor de la señora Perrilla de Gutiérrez, indicando en el resuelve cuatro sobre el descuento de cada mesada pensional. (PDF número 03 del expediente digital de primera instancia).

Que mediante solicitud de fecha 02 de junio de 2018, elevada ante la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, solicitó se ordene la devolución de los dineros correspondientes a los aportes de salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre (mesada trece y catorce) correspondiente al 12% del valor de la pensión y se ordené el cese de dichos pagos; así mismo, se ordene el cese del descuento y devolución del 0.5% del valor de la pensión correspondiente a los aportes en salud efectuados anualmente. (PDF número 03 del expediente digital de primera instancia).

Con Resolución n°8214-6 del 26 de septiembre de 2018, La Secretaría de Educación del Departamento de Caldas negó el cese y devolución de los aportes a salud sobre las mesadas adicionales pagadas. (PDF número 03 del expediente digital de primera instancia).

La Fiduprevisora certificó mediante extractos de pagos desde 2007 hasta el 2018, en la que constan las mesadas percibidas y los descuentos por concepto de salud sobre las mesadas ordinarias y adicionales. (PDF número 03 del expediente digital de primera instancia).

Solución al Primer Problema Jurídico

Tesis: La sala defenderá la tesis de que, conforme a la normativa, la actora debe aportar al sistema de salud, sobre todas las mesadas pensionales incluidas las adicionales de junio y diciembre.

Régimen de Seguridad Social en Salud

El artículo 48 de la Carta Política concibe la seguridad social como un servicio público obligatorio que debe prestarse bajo la dirección coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Así mismo, lo consagra como un derecho irrenunciable de garantía universal para todos los administrados y el artículo 49 ibídem, alude a la atención en salud y el saneamiento ambiental como servicios públicos a cargo del Estado, que se debe garantizar a todas las personas conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

El artículo 157 de la Ley 100 de 1993 establece que son afiliados al SGSS en salud todos los residentes en Colombia que se encuentren afiliados al régimen contributivo o al subsidiado y los vinculados temporalmente. Al régimen contributivo pertenecen los afiliados con capacidad de pago, como cotizantes están los pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sobreviviente, tanto del sector público como del privado.

Por su parte, el artículo 143 ibídem, previó para los pensionados antes del 1 de abril de 1994, el reajuste mensual equivalente a la elevación en la cotización para salud que resulte de la aplicación de dicha norma, así mismo dispuso, la cotización para salud a cargo de los pensionados, quienes podrían cancelarla mediante una cotización complementaria durante su período de vinculación laboral.

A su vez, el artículo 280 de la Ley 100 de 1993, dispuso sobre la obligatoriedad y sin excepciones de aportar para los fondos de solidaridad en los regímenes de salud y pensiones, a partir del 1 de abril de 1994 en las instituciones, regímenes y con respecto también a las personas que por cualquier circunstancia gocen de excepciones totales o parciales previstas en esta Ley.

Aplicación del Régimen en salud para los afiliados al sector público y al fondo de prestaciones sociales del magisterio y al sistema general de seguridad social en salud.

La Ley 4 de 19661, determinó para los afiliados a los Caja Nacional de Previsión Social, el deberá de cotizar el porcentaje del 5%, a favor de la entidad de previsión, sobre la mesada pensional.

Lo anterior es reiterado por el Decretos 3135 de 1968², en cuyo artículo 37, se dispone: *"Prestaciones para pensionados. A los pensionados por invalidez, jubilación y retiro por vejez se les prestará por la entidad que les pague la pensión, asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria. **Para este efecto el pensionado cotizará mensualmente un cinco por ciento (5%) de su pensión"**.*

Posteriormente la Ley 91 de 1989³, por el cual se creó el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en su artículo 8 numeral 2, señaló como objetivos de dicho fondo,

¹ <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjurMantenimiento/normas/Norma1.jsp?i=1573>

² "por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales"

³ https://www.mineducacion.gov.co/1621/articles-85852_archivo_pdf.pdf

garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales, y fue constituido entre otros:
" ...El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo ***incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.***"

El artículo 15 de la citada disposición, determinó el régimen aplicable para el personal docente dependiente de la vinculación así:

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

(Ver art. 6 Ley 60 de 1993)

1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley."

Por su parte, el artículo 81 de la Ley 812 de 20034 estableció que el régimen prestacional de los docentes nacionales y nacionalizados vinculados antes de la vigencia de esta ley, es el señalado en las normas establecidas con anterioridad a la misma y, que los vinculados a partir de la entrada en vigencia de la citada norma, afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres, norma declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-369-04.

Adicionalmente, precisó en el inciso tercero y cuarto de dicha normativa, en cuanto a los servicios de salud para los afiliados a dicho fondo, prestados conforme lo estipula la Ley 91 de 1989 y el valor de las cotizaciones por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores.

⁴ http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0812_2003.html#1

Posteriormente, el primer párrafo transitorio del Acto Legislativo 01 de 2005, dispuso que: "El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de ésta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003."

En cuanto al monto de la contribución de cotizaciones el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, establecía:

"(...) La cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al sistema general de seguridad social en salud según las normas del presente régimen, será máximo del 12% del salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. Dos terceras partes de la cotización estarán a cargo del empleador y una tercera parte a cargo del trabajador. Un punto de la cotización será trasladado al fondo de solidaridad y garantía para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado".

Dicha preceptiva fue modificada por el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007, dispuso:

"Artículo 204. Monto y distribución de las cotizaciones. La cotización al Régimen Contributivo de Salud será, a partir del primero (1°) de enero del año 2007, del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado. Las cotizaciones que hoy tienen para salud los regímenes especiales y de excepción se incrementarán en cero punto cinco por ciento (0,5%), a cargo del empleador, que será destinado a la subcuenta de solidaridad para completar el uno punto cinco a los que hace referencia el presente artículo. El cero punto cinco por ciento (0,5%) adicional reemplaza en parte el incremento del punto en pensiones aprobado en la Ley 797 de 2003, el cual sólo será incrementado por el Gobierno Nacional en cero punto cinco por ciento (0,5%).

Y finalmente, por virtud del art. 1 de la Ley 1250 de 2008 adicionó el 204 de la Ley 100 de 1993, en el sentido de que la cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional.

De las normas señaladas se evidencia que, el espíritu de la ley va dirigido a que se deben efectuar aportes para salud, tanto en los regímenes especiales como del Sistema General de Seguridad Social, incluidos los pensionados, afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En lo atinente al porcentaje de la cotización para los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, se dispuso inicialmente con la Ley 91 de 1989, una cotización del 5% y posteriormente con la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, se habilitó un valor total de la cotización correspondiente a la suma de aportes que para salud y pensiones establezca las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

En consecuencia, se deriva que las cotizaciones que se deducen de la mesada pensional de los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, equivalen al mismo porcentaje que se debe descontar al Régimen General de Seguridad Social.

Por su parte, la Máxima Corporación Constitucional en sentencia T-835 de 2014, sobre la obligatoriedad en la cotización a los pensionados al Sistema General de Salud, tanto para regímenes especiales, como la pensión gracia, y el ordinario dispuso:

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

Respecto al monto de las cotizaciones que deben realizar los docentes pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por concepto de salud, respecto al porcentaje del Régimen General de Pensiones, la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado, en sentencia del 10 de mayo de 2018⁵, precisó:

" 3. Por otro lado, la Ley 91 de 1989, fijó como uno de los objetivos del Fondo Nacional de prestaciones sociales del Magisterio: Garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales, para contratará con entidades de acuerdo con instrucciones que imparta el Consejo Directivo del Fondo. Entonces, a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales el Magisterio tiene a cargo las prestaciones sociales de los afiliados al Magisterio, entre estas, (i) la pensión ordinaria y (ii) garantizar la prestación de los servicios médico asistenciales. Lo que indica que los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por disposición de la ley, tienen un régimen especial de seguridad social en salud.

(...)

Del análisis de la normatividad referida [artículos 2 de la Ley 4 de 1966 y 8.5 de la Ley 91 de 1989 que tratan del descuento del 5% para el Fondo incluidas las mesadas adicionales], se evidencia que el legislador, 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%
-----------------------------	----

⁵ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION SEGUNDA -SUBSECCIÓN B- Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS- Bogotá, D.C., diez (10) de mayo de dos mil dieciocho (2018) -Radicación número: 68001-23-31-000-2010-00624-01(0340-14)

<i>Ley 812 de 2003, 6, artículo 81</i>	<i>El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.</i>
--	---

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

(...)

La jurisprudencia de la Corte Constitucional, y teniendo en cuenta que los docentes gozan de un sistema de salud, especial, señaló:

"22. Ahora bien, bajo el entendido que los docentes gozan de un sistema de salud diferente al señalado en la Ley 100 de 1993, corresponde al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio prestarle los servicios de salud a que tienen derecho y a la Caja Nacional de Previsión Social hoy UGPP, efectuar los aportes correspondientes al Sistema General de Seguridad Social en Salud al Fondo de Seguridad y Garantía - FOSYGA como lo determina el artículo 14 del Decreto 1703 de 2002, "Por el cual se adoptan medidas para promover y controlar la afiliación y el pago de aportes en el Sistema General de Seguridad Social en Salud", según el cual:

"Artículo 14. Régimen de excepción. Para efecto de evitar el pago doble de cobertura y la desviación de recursos, las personas que se encuentren excepcionadas por ley para pertenecer al Sistema General de Seguridad Social en Salud, de conformidad con lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, no podrán utilizar simultáneamente los servicios del Régimen de Excepción y del Sistema General de Seguridad Social en Salud como cotizantes o beneficiarios.

Cuando la persona afiliada como cotizante a un régimen de excepción tenga una relación laboral o ingresos adicionales sobre los cuales esté obligado a cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud, su empleador o administrador de

⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-529 de 23 de junio de 2010

pensiones deberá efectuar la respectiva cotización al Fosyga en los formularios que para tal efecto defina el Ministerio de Salud. Los servicios asistenciales serán prestados, exclusivamente a través del régimen de excepción; las prestaciones económicas a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, serán cubiertas por el Fosyga en proporción al Ingreso Base de cotización sobre el cual se realizaron los respectivos aportes. Para tal efecto el empleador hará los trámites respectivos...". De conformidad con el anterior artículo es completamente válido -y legal que quien se encuentra percibiendo una pensión de vejez, y a su vez recibe pensión gracia, cotice sobre las dos pensiones en materia de salud. Una cotización será girada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y la otra al FOSYGA, recursos con los cuales se financia el Sistema de Seguridad Social en Salud.

23. Como se puede observar ni el artículo 52 del Decreto 806 de 1998, ni en el artículo 14 de Decreto 1703 de 2002, excluyeron de la obligación de cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud a los beneficiarios de la pensión gracia, por lo tanto, los mismos se encuentran obligados a efectuar aportes con destino al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en los términos señalados en la ley y en las normas reglamentarias aplicables.

24. Sobre el monto del aporte a salud con anterioridad a la Ley 100 de 1993, los pensionados del sector oficial, incluyendo los beneficiarios de la pensión gracia, cotizaban sobre el 5% de su mesada pensional, con fin que se les prestaran los servicios médico asistenciales; porcentaje diferenciado respecto al establecido para los pensionados del sector privado afiliados al Instituto de Seguros Sociales.

Con la expedición de la Ley 100 de 1993, artículo 143, se estableció de manera general que la tasa de cotización para financiar el Sistema General de Seguridad Social en Salud sería hasta del 12 %, motivo por el cual, con el fin de no afectar los ingresos efectivos de los pensionados, y mantener el poder adquisitivo de sus mesadas, se consagró un incremento en el monto de las pensiones equivalente a la diferencia entre el valor de la cotización establecida en la Ley 100 de 1993 (12%), y el valor del aporte que se le venía efectuando al beneficiario de la pensión gracia (5%).

De esta manera, por virtud de la misma disposición, a los beneficiarios de la denominada pensión gracia también se les incrementó correlativamente el valor de su mesada en el monto del incremento de su aporte a salud, con el fin de no afectar los ingresos reales que venían percibiendo.

25. En conclusión, no existe disposición que excluya a los regímenes de excepción del deber de cotizar al Sistema General de Seguridad Social, por el contrario se encuentra demostrado, que a través del tiempo los beneficiarios de la pensión gracia han estado obligados a efectuar los aportes correspondientes al sistema de salud para la prestación de los servicios médico

asistenciales, situación que no varió con la expedición de la Ley 100 de 1993. El pago de las cotizaciones en salud es obligatorio, independientemente de que se preste o no el servicio de salud, en acatamiento del principio de solidaridad que rige el sistema de Seguridad Social en Colombia, conforme lo establece el artículo 48 de la Constitución, definido en el literal c) del artículo 2 de la Ley 100 de 1993,

...

26. De lo expuesto se puede concluir que todo pensionado debe contribuir a la sostenibilidad y eficiencia del sistema General de Salud, no sólo para recibir los distintos beneficios, sino para financiar el sistema en su conjunto, colaborando con sus aportes a la prestación de la asistencia médica de todas las personas que pertenecen al régimen subsidiado, en desarrollo del principio de solidaridad consagrado en la Constitución. ..."-sft-

De las normas anteriores y los postulados jurisprudenciales esgrimidos se colige que, los pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al ser beneficiarios del régimen especial en pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, no los exonera de realizar los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, por disposición expresa de la Ley 812 de 2003.

Descuento de salud sobre las mesadas adicionales.

El Sistema General de Seguridad Social en Salud no establece descuento alguno sobre las mesadas adicionales, sin embargo, la Ley 91 de 1989 que parte del régimen especial de los docentes afiliados al FNPSM, sí lo señala de manera expresa en el numeral 5º del artículo 8º; luego entonces, aun cuando la Ley 812 de 2003 extendió el régimen de cotización en materia de salud a los pensionados afiliados al FNPSM, ello, sólo conllevó a que se incrementara el porcentaje de cotización de los docentes, del 5% al 12%, más no tiene virtualidad de derogar, expresa ni tácitamente lo previsto en el régimen especial en punto de la posibilidad de hacer los descuentos de salud sobre las mesadas adicionales.

De igual manera, EL Consejo De Estado mediante sentencia de unificación del 03 de junio de 2021⁷, respecto de los descuentos destinados a salud sobre las mesadas pensionales adicionales expuso:

⁷ Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección Segunda; Bogotá D.C., tres (03) de junio de dos mil veintiuno (2021); radicado 66001-33-33-000-2015-00309-01(0632-2018)

Los descuentos a salud de las mesadas pensionales de los docentes pensionados

1. El antecedente normativo de las cotizaciones al sistema de salud se puede ubicar en la Ley 4 del 23 de abril de 1966⁸, la cual, en el artículo 2, dispuso que los pensionados deberían contribuir a la Caja Nacional de Previsión Social un 5% de su mesada pensional, norma reglamentada por el artículo 2⁹ del Decreto 1743 del 9 de julio del mismo año¹⁰. Dicho porcentaje se mantuvo en el artículo 37 del Decreto 3135 del 26 de diciembre de 1968¹¹, que adicionalmente señaló que la finalidad del aporte sería que «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»¹². Este aporte obligatorio se reiteró en el artículo 90, numeral 3¹³, del Decreto 1848 del 4 de noviembre de 1969 y la prestación de los servicios asistenciales, en el artículo 7¹⁴ de la Ley 4 de 21 de enero de 1976.

2. Posteriormente, la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación con el objetivo de que efectuara el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado y garantizara la prestación de los servicios médico-asistenciales. Para tal fin, en el artículo 8 se precisó que dentro de los recursos que lo constituirían estarían los provenientes del 5% de cada mesada pensional pagada por el Fondo «incluidas las mesadas adicionales».

3. Adicionalmente, en los antecedentes de la Ley 91 de 1989, se precisó que tal medida tenía el propósito de permitir el pago de la mesada de pensional de medio año en favor de los docentes vinculados a partir de enero de 1981 y «es nueva frente a la de fin de año, que está exenta de cotización en Cajanal, en el Instituto de Seguros Sociales y en las Cajas o Entidades Territoriales [...]»¹⁵. De

⁸ «Por la cual se provee de nuevos recursos a la Caja Nacional de Previsión Social, se reajustan las pensiones de jubilación e invalidez y se dictan otras disposiciones.»

⁹ «Parágrafo. - Los pensionados seguirán cotizando el cinco por ciento (5%) del valor de la pensión que reciban en cada mes y demás, por una sola vez, aportarán una tercera parte del valor del reajuste o aumento de la pensión.»

¹⁰ «Por el cual se reglamenta la Ley 4.^a de 1966.»

¹¹ «Por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones.»

¹² Artículo declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-229 de 1998 «en el entendido de que esta norma no excluye el deber de realizar los aportes de solidaridad previstos por el sistema general de seguridad social diseñado por la Ley 100 de 1993.»

¹³ «3. Todo pensionado está obligado a cotizar mensualmente a la entidad pagadora el cinco por ciento (5%) del valor de su respectiva pensión, para contribuir a la financiación de la prestación asistencial a que se refiere este artículo, suma que se descontará de cada mesada pensional.»

¹⁴ «Los pensionados del sector público, oficial, semioficial y privado, así como los familiares que dependen económicamente de ellos de acuerdo con la Ley, [...], tendrán derecho a disfrutar de los servicios médicos, [...] de las entidades, patronos o empresas tengan establecido o establezcan para sus afiliados o trabajadores activos, o para sus dependientes según sea el caso, mediante el cumplimiento de las obligaciones sobre aportes a cargo de los beneficiarios de tales servicios.»

¹⁵ Gaceta del Congreso, año XXXII N.º 103 de 17 de octubre de 1989. Ponencia para primer debate al proyecto de ley número 49 de 1989, Senado «por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio». Páginas 4 y 5.

esta manera queda expuesta la finalidad de los aludidos descuentos de las mesadas adicionales.

1.1 Los aportes a salud a partir de la Ley 812 de 2003

4. Más adelante, con el propósito de contribuir a la solidaridad y a la sostenibilidad financiera del sistema general de seguridad social en salud, el proyecto de ley 169 en Cámara «por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo hacia un Estado comunitario 2002-2006»¹⁶, propuso la eliminación de los regímenes especiales, pues la existencia de estas condiciones particulares fue catalogada como uno de los factores que llevaron a los desequilibrios fiscales acumulados en la década del noventa¹⁷.

5. Esta medida se implementó como consecuencia de la política social asumida por el Gobierno y con el fin de generar mayor equidad en varios frentes, para lo cual se destacó que «se pretende, en particular, cerrar la brecha no solo entre ricos y pobres, sino también entre la ciudad y el campo, entre hombres y mujeres, entre regiones, generaciones y grupos étnicos»¹⁸.

6. Fue así como a partir de la entrada en vigor de la Ley 812 del 26 de junio de 2003¹⁹, se introdujo un cambio sustancial en el régimen prestacional de los docentes afiliados al FOMAG²⁰. En efecto, el artículo 81 previó que quienes se vincularan a partir de ese momento, estarían cobijados por el régimen de prima media de que tratan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos por aquel, con excepción de lo relacionado con la edad de pensión que será de 57 años, tanto para hombres como para mujeres. Así lo reguló la norma:

«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

¹⁶ Gaceta del Congreso, Cámara, año XII N.º 54, 10 de febrero de 2003, Ponencia para primer debate al Proyecto de Ley 169, Cámara «por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo hacia un Estado comunitario 2002-2006». Página 107.

¹⁷ *Ibidem* página 70.

¹⁸ Gaceta del Congreso, Cámara, año XII N.º 165, 14 de abril de 2003, Ponencia aprobada en primer debate por las Comisiones Terceras y Cuartas del Senado de la República y Cámara de Representantes al Proyecto de Ley 169, Cámara «por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo hacia un Estado comunitario 2002-2006». Página 38.

¹⁹ «Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario»

²⁰ Sobre la materia se puede consultar: Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 25 de abril de 2019, radicación 680012333000201500569-01(0935-2017), Sentencia de unificación SUJ-014 -CE-S2 -2019, demandante: Abadía Reinel Toloza.

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.

[...]»

7. Es importante señalar que el servicio de salud de este personal es prestado de conformidad con la Ley 91 de 1989, en las condiciones anteriormente señaladas. Ahora, en cuanto a la tasa de cotización, la Ley 812 de 2003 también se remitió a lo regulado para el sistema general de seguridad social y mantuvo la distribución de los porcentajes de trabajadores y empleadores. Fue así como el Decreto 2341 del 19 de agosto de 2003²¹ reglamentó la anterior disposición y reiteró que la tasa de cotización de los docentes afiliados al FOMAG corresponde a la «suma de aportes para salud y pensiones establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003».

8. Lo anterior, implicó el aumento en el porcentaje que le corresponde asumir al empleador, situación que se reguló imponiendo su financiación a cargo de los recursos del Sistema General de Participaciones «y con los recursos que la Nación le transfiera inicialmente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por un monto equivalente a la suma que resulte de la revisión del corte de cuentas previsto en la Ley 91 de 1989 y hasta por el monto de dicha deuda». Tal disposición fue reiterada por el Acto Legislativo 01 de 2005, en el párrafo transitorio 1.º del artículo 1, que adicionó el artículo 48 de la Carta Política.

9. En ese orden, se concluye que el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 modificó el artículo 8 de la Ley 91 de 1989, en cuanto al porcentaje del aporte, y, a partir de ese momento, el personal docente pasó de hacer cotizaciones equivalentes del 5% de la mesada al 12%, de conformidad con el artículo 204 de la Ley 100 de 1993. Luego, tal porcentaje se aumentó al 12.5%, según el artículo 10 de la Ley 1122 del 9 de enero de 2007²², y más adelante, el artículo 1 de la Ley 1250

²¹ «Por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y se dictan otras disposiciones»

²² «Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.»

del 27 de noviembre de 2008²³ lo fijó en 12% para los pensionados. Recientemente, la Ley 2010 de 2019, en el artículo 142, adicionó el párrafo 5 del artículo 204 de la Ley 100 de 1993, para establecer los porcentajes en función del valor de la mesada y señaló que podrían ir desde un 8% hasta 12%.

10. Ahora, es cierto que el artículo 81 no hizo mención expresa al aumento para la tasa de cotización en salud de los docentes pensionados, sin embargo, esto no implica que aquellos estuvieran exentos del ámbito de la norma. En lo relativo a este punto, la Corte Constitucional, en la sentencia C-369 de 2004, al estudiar la demanda de inexequibilidad del inciso 4²⁴ del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, analizó el contenido y alcance del aumento en la cotización que esta ley implicó para dicho personal, y concluyó que es razonable entender que ellos están incluidos, por lo que de ahí en adelante deben cancelar la totalidad del aporte previsto por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003. Particularmente, expuso, en primer lugar, que la norma no estableció excepción alguna al disponer el incremento, y, en segundo lugar, que dentro de los afiliados al FOMAG se encuentran los docentes pensionados que reciben su mesada de dicho fondo, por lo tanto, también son destinatarios de la disposición en mención.

11. Lo anterior se acompasa con el artículo 157²⁵ de la Ley 100 de 1993, que en el numeral 1 indicó que son afiliados al régimen contributivo los pensionados y jubilados, pues se encuentran dentro del grupo de la población que tienen capacidad de pago.

12. Por otra parte, no se desconoce que la Ley 100 de 1993, en el artículo 143, introdujo un reajuste mensual equivalente a la elevación de la cotización en salud, para quienes se pensionaron con anterioridad al 1.º de enero de 1994, sin que se encuentre uno semejante en la Ley 812 de 2003 para los docentes pensionados. Frente a este punto, la sentencia C-369 de 2004, en cita, indicó que el hecho de haber ordenado el incremento de la cotización, sin prever un mecanismo de reajuste similar al contenido en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, para el régimen general, no vulnera el derecho a la igualdad de los afiliados al FOMAG.

13. Para llegar a tal conclusión, se remitió al criterio hermenéutico fijado en la sentencia C-126 de 2000, que declaró exequible el

²³ «Por la cual se adiciona un inciso al artículo 204 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007 y un párrafo al artículo 19 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 6o de la Ley 797 de 2003.»

²⁴ El tenor literal de la disposición demandada es el siguiente: «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».

²⁵ «[...] Los afiliados al Sistema mediante el régimen contributivo son las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago. Estas personas deberán afiliarse al Sistema mediante las normas del régimen contributivo de que trata el capítulo I del título III de la presente Ley [...]» Aparte subrayado declarado exequible por la sentencia C-711 de 1998.

mencionado artículo. En aquella oportunidad, la Corte estimó que en desarrollo del principio de solidaridad y con el propósito de preservar el equilibrio financiero del sistema de seguridad social en salud, el Legislador puede ordenar que la cotización sea asumida en su totalidad por el pensionado, teniendo en cuenta que se reduce el número de trabajadores activos y que al alcanzar el estatus cesa la obligación de cotizar a pensión, lo cual compensa de cierta manera el aumento de la cotización en salud.

14. Adicionalmente, sostuvo que el Legislador no tenía el deber de prever el mismo mecanismo compensatorio, argumento que sustentó en la tesis reiterada según la cual la existencia de regímenes especiales, como los previstos por el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, no vulnera por sí mismo el derecho a la igualdad, pues el trato diferenciado no es discriminatorio, sino que favorece a quienes cobija. Así mismo, la sentencia identificó los aspectos que llevan a considerar que un régimen especial contiene una discriminación para sus destinatarios en relación con determinada prestación, estas son, «(i) la autonomía y separabilidad de la prestación deben ser muy claras, (ii) la inferioridad del régimen especial debe ser indudable y (iii) la carencia de compensación debe ser evidente»²⁶.

15. A partir de la anterior precisión, expuso que la cotización en salud no puede ser considerada autónoma e independiente, sino que está ligada al conjunto de servicios que se prestan al magisterio, regulado por la Ley 91 de 1989, cuyas particularidades representan algunos beneficios superiores para sus destinatarios. En consecuencia, como aquel es un régimen especial, diferente al general, la ley no tenía que prever un ajuste idéntico al señalado por la Ley 100 de 1993.

16. Ahora bien, es necesario tener en cuenta que el artículo 81 de la Ley 812 no introdujo modificación a los demás aspectos distintos del valor de la deducción del artículo 8 de esta última, particularmente, en cuanto prevé que los pensionados deben aportar un porcentaje de cada mesada pensional incluidas las mesadas adicionales, en consecuencia, este se mantiene.

17. De lo anteriormente expuesto, se observa que el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 aumentó el porcentaje de la cotización a salud del personal pensionado que se encontrara afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, del 5% al 12% mensual, pero no modificó la obligación de efectuarlas sobre cada una de las mesadas pensionales, incluso de las mesadas adicionales, según lo ordenado por el artículo 8 de la Ley 91 de 1989, por lo tanto, dicha obligación subsiste.

18. Es así como el artículo 2.4.4.2.2.3. del Decreto 1075 de 2015, al referirse al giro que la sociedad fiduciaria administradora debe hacer al FOMAG, incluye los aportes previstos en el artículo 81 de la Ley

²⁶ La Corte citó: «Sentencia C-080/99, M.P. Alejandro Martínez Caballero, criterio reiterado en las sentencias C-941 de 2003, C-1032 de 2002, C-835 de 2002, C-956 de 2001, C-890 de 1999.»

812 de 2003, así como los señalados por el numeral 4 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989.

19. **En conclusión:** Son procedentes los descuentos de aportes a salud del 12% previsto por el artículo 204 de la Ley 100 de 1993 de cada una de las mesadas pensionales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, incluso de las mesadas adicionales que reciban, por disposición de la Ley 812 en cuanto así lo prevé y que remite al art. 204 de la Ley 100 de 1993.

20.
[...]

1. REGLA DE UNIFICACIÓN

21. Son procedentes los descuentos con destino a salud en el porcentaje del 12% señalado en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, así como las normas que lo modifiquen, de las mesadas adicionales de junio y diciembre de los docentes. Lo anterior por cuanto el artículo 8 de la Ley 91 de 1989 les impuso el deber de contribuir con el aporte del 5% al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, incluso con la deducción de las mesadas adicionales. Más adelante, la Ley 812 de 2003, en el artículo 81, incrementó el porcentaje al 12%, al hacer remisión a las disposiciones generales de la Ley 100 de 1993, particularmente a los porcentajes de los aportes señalados en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, los cuales se deducen de todas las mesadas pensionales, incluso de las adicionales.

En ese orden de ideas, considera la Sala que los descuentos por concepto de salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre fueron previstas en la Ley 91 de 1989, para los afiliados del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y, a pesar de no mencionarse taxativamente en la Ley 812 de 2003, no significa que hubiese cesado la obligación de cotizar sobre dichas mesadas, pues en atención al principio de solidaridad que erige el Sistema de Seguridad Social, y en aras de preservar la contribución al sistema para lograr la sostenibilidad, eficacia y financiación del mismo, es procedente realizar los descuentos sobre la mesadas adicionales recibidas por los pensionados afiliados a dicho Fondo.

Caso concreto

Los argumentos esbozados por la parte demandante se contraen a indicar que, a ésta le aplica la preceptiva contenida en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, que señala que quienes figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, mantendrían el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial, conforme a los normas vigentes, y por ende se debe dar aplicación a los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978; sin embargo, dichas preceptivas no previeron los descuentos de las mesadas

adicionales, ni tampoco un descuento por concepto de salud sobre la mesada ordinaria, del 5%.

Considera la Sala que no le asiste razón a la impugnante al indicar que, la parte actora es beneficiaria de los mencionados decretos en virtud del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, toda vez que, en materia pensional, los docentes vinculados antes de la Ley 812 de 2003 se rigen por la Ley 33 de 1985.

En este sentido, conforme se concluyó en el estudio previamente señalado, se tiene que los descuentos aplicados a los pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio sobre la mesada ordinaria y las adicionales de los meses de junio y diciembre por concepto de salud, deben hacerse aplicando los porcentajes previstos por las normas anteriormente señaladas.

Por lo anterior, se confirmará la sentencia de primera instancia, y por sustracción de materia se inhibe la sala de resolver el segundo problema jurídico planteado.

COSTAS.

Conforme a la constancia secretarial obrante en el PDF número 05 del expediente digital de segunda instancia, al no haber actuación alguna de las partes accionadas en segunda instancia no hay lugar a condenar en costas.

Por lo discurrido, el Tribunal Administrativo de Caldas, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de marzo de 2020 por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por **IRMA PERILLA DE GUTIÉRREZ** contra la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

SEGUNDO: SIN CONDENA EN COSTAS.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones en el sistema Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

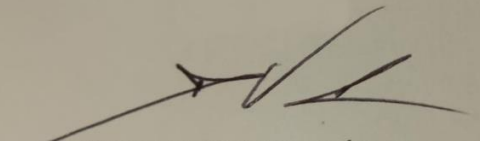
Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Virtual celebrada el .22de julio de 2021 conforme Acta nro. 041 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



PATRICIA VARELA CIFUENTES
Magistrada



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
ESTADO ELECTRÓNICO

Notificación por Estado Electrónico No. 129 del 26 de julio de 2021.