



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.I. 001

Asunto: Decreta pruebas
Medio de control: Reparación de perjuicios causados a un grupo
Radicación: 17001-23-33-000-2017-00303-00
Demandante: Miguel Ángel Bedoya Marín y otros
Demandada: Nación - Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, Corpocaldas y Central Hidroeléctrica El Edén
Vinculada: Autoridad Nacional de Licencias Ambientales

Manizales, trece (13) de enero de dos mil veintidós (2022).

TÉNGASE POR CONTESTADA la demanda dentro del término establecido, en la forma que se indica a continuación:

* **Nación - Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible** (fls. 2328 a 2334 C.1F).

* **Corpocaldas**

Contestación demanda: folios 2026 a 2055 y 2136 a 2327 del cuaderno 1E.

Contestación reforma de la demanda: folios 3201 a 3399 del cuaderno 1I y folios 3607 a 3629 del cuaderno 1J.

* **Central Hidroeléctrica El Edén**

Contestación de la demanda: folios 2423 a 2625 del cuaderno 1F.

Adición contestación demanda: folios 2626 a 2620 del cuaderno 1F.

Contestación reforma de la demanda: folios 2926 a 3155 del cuaderno 1H.

* **Autoridad Nacional de Licencias Ambientales** (fl.2643 C.1F).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 62 de la Ley 472 de 1998, SE ABRE EL PROCESO A PRUEBAS.

1. PRUEBAS PARTE DEMANDANTE

1.1. Documental

1.1.1. Hasta donde la ley lo permita, TÉNGANSE como pruebas los documentos aportados con el escrito de demanda visibles de folios 3 a 444 del cuaderno 1, 606 a 648 del cuaderno 1A, 662 a 1140 del cuaderno 1B, 1141 a 1261 del cuaderno 1C, 1263, 1269 a 1288 del cuaderno 1C, 1347 a 1373 del cuaderno 1C, y 2670 a 2691 del cuaderno 1G del expediente.

1.1.2. Por la Secretaría del Tribunal OFÍCIESE a la Tesorería Municipal de Pensilvania para que en un plazo que no podrá exceder diez (10) días hábiles, se sirva relacionar el nombre de las personas que se encuentran inscritas en esa dependencia y cancelan el impuesto predial de los inmuebles que están ubicados en el Corregimiento de Bolivia, de ese municipio y dentro de las siguientes coordenadas:

Puntos.	Coordenadas Este	Coordenadas Norte
1	883,000	1,078,970
2	883,830	1,079,720
3	885,890	1,082,300
4	887,460	1,082,950
5	888,740	1,082,420
6	888,730	1,081,370
7	885,120	1,079,990

1.1.4. Por la Secretaría del Tribunal OFÍCIESE a CORPOCALDAS para que en un plazo que no podrá exceder diez (10) días hábiles, se sirva enviar los documentos que a continuación se relacionan, atinentes al proyecto hidroeléctrico El Edén, desarrollado en el Corregimiento de Bolivia, Municipio de Pensilvania, Caldas:

-Informe técnico número 431 del 6 de septiembre de 2012 referente a la Licencia Ambiental del proyecto hidroeléctrico El Edén.

-Copia del informe técnico de seguimiento ambiental SRN 0229 del 22 de mayo de 2013, incorporando fotografías digitales a color de las visitas realizadas por los funcionarios.

-Que se allegue al proceso los términos de referencia del diagnóstico ambiental de alternativas del PROYECTO HIDROELECTRICO.

-EL ESTUDIO DE IMPACTO AMBIENTAL completo y que contenga: LA IDENTIFICACION Y EVALUACION DE IMPACTOS AMBIENTALES, EL PLAN DE MANEJO AMBIENTAL, PLAN DE CONTINGENCIAS, PLAN DE MONITOREO Y SEGUIMIENTO Y EL PLAN DE GESTION SOCIAL presentado por El Edén

- Las actas y documentos que acrediten el seguimiento del mismo por parte de los funcionarios de Corpocaldas.
- El oficio 2014-IE-00026767 del 04/11/2014 que contiene observaciones a la gerencia del proyecto hidroeléctrico El Edén.
- Informes técnicos 336 del 29/11/20142013- , EI-000004763 y el 2013-EI-000004791 del 5 de mayo de 2013, relacionado con la constancia de visita a la Corporación por parte de habitantes de la vereda La Soledad y la Soledad Alta, del corregimiento de Bolivia, Municipio de Pensilvania, con el fin de presentar problemática por la construcción del proyecto hidroeléctrico El Edén, relacionados con tomas de aguas, impactos ambientales y a la falta de atención a sus quejas y reclamos.
- Copia del documento que presentó la Central Hidroeléctrica El Edén, como resultado del requerimiento que le formulara dicha institución, para la presentación de un Plan de acción, contenido en los Oficios con Radicado No. 2015- IE -00011920- y 2015 IE 00013231 del 18 de junio de 2015 de esa entidad.
- Copia de las actas de visitas de seguimiento hecho por funcionarios de la Corporación, durante la ejecución del plan de acción a partir del 9 de julio de 2015.
- Copia de la totalidad de las actas de visita y de informes técnicos de seguimiento hecho por funcionarios de la Corporación "CORPOCALDAS" durante la ejecución del proyecto enmarcado en la licencia ambiental, sus adiciones o modificaciones, que se expidió al proyecto autorizado a la Central Hidroeléctrica El Edén, en especial el informe 085 del 19 de febrero de 2013, 366 del 29 de noviembre de 2014 y 537 del 2 de diciembre de 2015.
- Copia de la solicitud de investigaciones por contravenciones ambientales, elevadas por particulares y por funcionarios de Corpocaldas, en contra de la Central Hidroeléctrica el Edén, a partir del 4 de mayo de 2011 hasta la fecha, con motivo del desarrollo y construcción del túnel de conducción del proyecto hidroeléctrico El Edén.
- Copia de las investigaciones que se encuentren archivadas, desde la fecha de otorgamiento de la Licencia Ambiental para la construcción del túnel de la Central Hidroeléctrica El Edén y las cuales se

adelantaron como consecuencias de quejas o denuncias formuladas por servidores públicos o por la comunidad, con ocasión de la mencionada obra.

-Copia de la totalidad del expediente que contiene el proceso sancionatorio adelantado o en curso, en contra de LA CENTRAL HIDROELECTRICA EL EDEN, con motivo de la violación a los niveles de infiltración en el túnel adelantado por dicha entidad, en el Corregimiento de Bolivia, Municipio de Pensilvania Caldas.

En caso que la información solicitada se haya aportado con la contestación de la demanda, Corpocaldas indicará la ubicación de la misma en el expediente.

1.1.5. Por la Secretaría del Tribunal OFÍCIESE al Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Manizales para que en un plazo que no podrá exceder diez (10) días hábiles, se sirva remitir la aprobación de la partición de la sucesión del señor Alfonso Hoyos Giraldo con fecha del 26-11-1988.

1.1.6. Por la Secretaría del Tribunal OFÍCIESE a la Secretaría del Tribunal Administrativo de Caldas para que en un plazo que no podrá exceder diez (10) días hábiles, se sirva remitir copia de la demanda y sus anexos; contestación de la demanda de las entidades demandadas con los correspondientes anexos; copia de la sentencia y las providencias proferidas por el Honorable Magistrado Ponente durante el trámite del proceso, que contiene la ACCION POPULAR con radicado n° 2015-00192-00, actor Diego Galvis Castaño, Jonathan Orozco Tamayo y otros, demandados Corpocaldas y la Central Hidroeléctrica El Edén S. A. E. S. P.

1.2. PERICIAL

Hasta donde la ley lo permita, TÉNGANSE como pruebas los **dictámenes periciales** aportados con el escrito de demanda, así:

1.2.1. ESTUDIO HIDROGEOLÓGICO DEL TUNEL DE LA HIDROELECTRICA EL EDEN, elaborado por ALBERTO LOBO GUERRERO USCÁTEGUI, GEOLÓGO, M SC.

1.2.2. DICTAMEN PERICIAL, elaborado por la sicóloga doctora Luz María Gómez De Montoya, denominado "DICTAMEN SOBRE EL ESTADO EMOCIONAL Y SALUD FISICA DE LOS HABITANTES DEL CORREGIMIENTO DE BOLIVIA, MUNICIPIO DE PENSILVANIA, DEPARAMENTO DE CALDAS, UBICADOS EN EL ÁREA DE

INFLUENCIA DE LA CONSTRUCCIÓN DEL TUNEL PARA LA HIDROELÉCTRICA EL EDEN EN EL MENCIONADO MUNICIPIO” y referido a la afectación psicológica y síquica de cada uno de los accionantes, producto del daño antijurídico que se alega.

1.2.3. DICTAMEN SOBRE LA DESVALORIZACION COMERCIAL DE LOS PREDIOS elaborado por el Auxiliar de la Justicia JOSE NORBEY QUINTERO CORREDOR.

1.2.4. DICTAMEN SOBRE LAS AFECTACIONES E IMPACTOS GENERADOS, A PARTIR DE LA CONSTRUCCIÓN DEL TUNEL EL EDÉN EN EL CORREGIMIENTO BOLIVIA MUNICIPIO DE PENSILVANIA CALDAS elaborado por la sociedad BIOOS S A. S. representada por el Ingeniero Agrónomo JAMES ARIAS GÓMEZ.

1.2.5. Contradicción de los dictámenes aportados por la parte actora

En virtud de lo dispuesto en el artículo 228 del Código General del Proceso, por considerarlo necesario, este Magistrado cita al señor **Alberto Lobo Guerrero Uscátegui, Geólogo**, a la audiencia de contradicción del dictamen para interrogarlo bajo juramento acerca de su idoneidad e imparcialidad y sobre el contenido del dictamen.

En consecuencia, la mencionada diligencia se realizará el día **lunes veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022) a partir de las nueve de la mañana (9:00 a.m.)** de manera presencial pero remota a través de la plataforma Microsoft Teams.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 228 del Código General del Proceso, por considerarlo necesario, este Magistrado cita a **Luz María Gómez De Montoya, sicóloga**, a la audiencia de contradicción del dictamen para interrogarla bajo juramento acerca de su idoneidad e imparcialidad y sobre el contenido del dictamen.

En consecuencia, la mencionada diligencia se realizará el día **lunes veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022) a partir de las dos y treinta de la tarde (2:30 p.m.)** de manera presencial pero remota a través de la plataforma Microsoft Teams.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 228 del Código General del Proceso, por considerarlo necesario, este Magistrado cita a **José Norbey Quintero Corredor**, a la audiencia de contradicción del dictamen para interrogarlo

bajo juramento acerca de su idoneidad e imparcialidad y sobre el contenido del dictamen.

En consecuencia, la mencionada diligencia se realizará el día **martes primero (1) de marzo de dos mil veintidós (2022)** a partir de las nueve de la mañana (9:00 a.m.) de manera presencial pero remota a través de la plataforma Microsoft Teams.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 228 del Código General del Proceso, por considerarlo necesario, este Magistrado cita **a la sociedad BIOOS S A. S. representada por el Ingeniero Agrónomo JAMES ARIAS GÓMEZ**, a la audiencia de contradicción del dictamen para interrogarlo bajo juramento acerca de su idoneidad e imparcialidad y sobre el contenido del dictamen.

En consecuencia, la mencionada diligencia se realizará el día **martes primero (1) de marzo de dos mil veintidós (2022)) a partir de las dos y treinta de la tarde (2:30 p.m.)** de manera presencial pero remota a través de la plataforma Microsoft Teams.

Para lo anterior se enviará invitación a los correos electrónicos que informen las partes y el Ministerio Público, quienes deberán conectarse desde un equipo con micrófono y cámara de video, atendiendo las indicaciones generales que se señalarán en la respectiva citación.

El apoderado de la parte actora se encargará de la comparecencia de los peritos.

2. PRUEBAS PARTE DEMANDADA

2.1. Corpocaldas

2.1.1. Documental

2.1.1.1. Hasta donde la ley lo permita, TÉNGANSE como pruebas los documentos aportados con el escrito de contestación a la demanda, visibles de folios 2056 a 2135 del cuaderno 1E del expediente y los documentos allegados con la contestación a la reforma de la demanda que obran de folios 3400 a 3606 el cuaderno 1I y de folio 3630 a 3660 del cuaderno 1J.

Así mismo, TÉNGANSE como pruebas los documentos aportados con el escrito de contestación a la demanda (relacionados en los folios 2302 a 2312 C.1E) que se encuentran en tres cajas denominadas “anexos contestación

Corpocaldas”, los cuales no han sido digitalizados por contener planos y otros documentos similares.

2.1.1.2 Por la Secretaría del Tribunal OFÍCIESE a la Central Hidroeléctrica el Edén SA ESP para que en un plazo que no podrá exceder diez (10) días hábiles, se sirva remitir con destino a este proceso la siguiente información:

- Copia de los Registros de avance y efectividad de las obras impermeabilización del túnel, adelantados por esa empresa para la ejecución del proyecto hidroeléctrico El Edén, durante los años 2013, 2014, 2015 y 2016.

-Copia de los Registros tomados en las estaciones meteorológicas instaladas en la zona donde se adelanta el proyecto hidroeléctrico El Edén, durante los años 2013, 2014, 2015 y 2016.

-Copia de los registros de aguas de infiltración tomados de los piezómetros ubicados en la zona donde se adelanta el proyecto hidroeléctrico El Edén.

-Copia de los registros que se llevan de los aforos tomados sobre los diferentes puntos de los cauces que circulan por la zona donde se adelanta el proyecto hidroeléctrico El Edén desde el año 2013 hasta la fecha de requerimiento de la información.

-Copia de la totalidad de los Informes de Cumplimiento Ambiental - ICA- Registros que se llevan de los aforos tomados sobre los diferentes puntos de los cauces que circulan por la zona donde se adelanta el proyecto hidroeléctrico El Edén desde el año 2013 hasta la fecha requerimiento de la información.

-Copia de la totalidad de los informes y estudios realizados, componente biótico (fauna y flora), por parte de esa Sociedad en el Área de Influencia del Proyecto Hidroeléctrico Edén, desde el año 2013 hasta la fecha de requerimiento de información.

En caso que la información solicitada se haya aportado con la contestación de la demanda, la Central Hidroeléctrica el Edén SA ESP indicará la ubicación de la misma en el expediente.

2.1.1.3 Por la Secretaría del Tribunal OFÍCIESE al Municipio de Pensilvania, Caldas, para que en un plazo que no podrá exceder diez (10) días hábiles, se sirva remitir con destino a este proceso la siguiente información:

- Copia íntegra y auténtica del Plan Básico de Ordenamiento Territorial de ese Municipio, incluyendo todos sus mapas y fichas normativas, al igual que el acto administrativo de adopción del mismo vigente para los años 2013, 2014, 2015 y 2016.

-Certificación en la que se indique si la Secretaría de Planeación o cualquier otra dependencia de esa entidad territorial, a través del Plan de Ordenamiento Territorial o cualquier otro instrumento de planificación, tiene establecidas medidas para la protección de fuentes abastecedoras de agua, particularmente en lo atinente al uso y aprovechamiento de las mismas. En caso positivo establecerá cuáles son esas medidas y remitirá copia de los documentos que soporten dicha certificación.

-Certificación en la que se indique por la Secretaría de Planeación o cualquier otra dependencia de esa entidad territorial, si para los años 2013, 2014, 2015 y 2016 se presentaron en esa circunscripción territorial temporadas largas se sequía. En caso positivo remitirá los documentos e informes técnicos que den cuenta de dichos fenómenos, al igual que las medidas y planes adoptados por esa entidad territorial para hacer frente a las afectaciones que de tales circunstancias hubieren podido devenir para los habitantes de esa localidad en general, y en especial para los vecinos del corregimiento de Bolivia.

2.1.1.4 Por la Secretaría del Tribunal OFÍCIESE al Municipio de Manzanares, Caldas, para que en un plazo que no podrá exceder diez (10) días hábiles, se sirva remitir con destino a este proceso la siguiente información:

- Certificación en la que se indique si la Secretaría de Planeación o cualquier otra dependencia de esa entidad territorial, tiene registros que den cuenta sí para los años 2013, 2014, 2015 y 2016 se presentaron en esa circunscripción territorial temporadas largas se sequía. En caso positivo remitirá los documentos e informes técnicos que den cuenta de dichos fenómenos, al igual que las medidas y planes adoptados por esa entidad territorial para hacer frente a las afectaciones que de tales circunstancias hubieren podido devenir para los habitantes de esa localidad.

2.1.1.5 Por la Secretaría del Tribunal OFÍCIESE al Municipio de Marquetalia, Caldas, para que en un plazo que no podrá exceder diez (10) días hábiles, se sirva remitir con destino a este proceso la siguiente información:

-Certificación en la que se indique si para los años 2013, 2014, 2015 y 2016 se presentaron en esa circunscripción territorial temporadas largas se sequía. En caso positivo remitirá los documentos e informes técnicos que den cuenta de dichos fenómenos, al igual que la totalidad de los documentos que den cuenta de las medidas y planes adoptados por esa entidad territorial para hacer frente a las afectaciones que de tales circunstancias hubieren podido devenir para los habitantes de esa localidad.

2.1.1.6 Por la Secretaría del Tribunal OFÍCIESE al Departamento de Caldas, para que en un plazo que no podrá exceder diez (10) días hábiles, se sirva remitir con destino a este proceso la siguiente información:

-Certificación en la que se indique si para los años 2013, 2014, 2015 y 2016 se presentaron en esa circunscripción territorial temporadas largas se sequía, particularmente para la zona oriental donde se encuentran ubicados los Municipio de Pensilvania, Manzanares y Marquetalia. En caso positivo remitirá los documentos e informes técnicos que den cuenta de dichos fenómenos, al igual que la totalidad de los documentos que den cuanta de las medidas y planes adoptados por esa entidad territorial para hacer frente a las afectaciones que de tales circunstancias hubieren podido devenir para los habitantes de esa localidad en general, y en especial, para los vecinos del corregimiento de Bolivia.

- Copia de la totalidad de la actuación administrativa precontractual y contractual del convenio interadministrativo 21062016-0390 suscrito por esa entidad territorial con EMPOCALDAS con el fin de *“Aunar esfuerzos para realizar acciones tendientes a afrontar el fenómeno del niño mediante la adquisición de motobombas y la instalación de hidrantes en el Departamento de Caldas a través del fondo departamental de gestión del riesgo, de acuerdo a la ley 1523 de 2012, de acuerdo con lo señalado en el estudio previo y en la propuesta, documentos que se anexan y forman parte del presente contrato”*.

2.1.1.7 Por la Secretaría del Tribunal OFÍCIESE al Comité Departamental de Cafeteros de Caldas, Caldas, para que en un plazo que no podrá exceder diez (10) días hábiles, se sirva remitir con destino a este proceso la siguiente información:

- Certificación en la que se indique si para los años 2013, 2014, 2015 y 2016 se presentaron en el Departamento de Caldas temporadas largas se sequía, particularmente para la zona oriental donde se encuentran

ubicados los Municipio de Pensilvania, Manzanares y Marquetalia. En caso positivo remitirá los documentos e informes técnicos que den cuenta de dichos fenómenos, al igual que la totalidad de los documentos que den cuenta de las medidas y planes adoptados por esa organización para hacer frente a las afectaciones en el cultivo cafetero, que pudieron devenir de tales circunstancias para los habitantes de esas localidades en general, y en especial, para los vecinos del corregimiento de Bolivia, indicando sus nombres y predios.

- Copia auténtica de los registros históricos respecto de la estructura de la finca cafetera y su geo – referenciación, que se llevan en el Sistema de Información Cafetera SICA para los años 2013, 2014, 2015, 2016, 2017 y 2018, de los predios que se relacionan a continuación con su respectiva ficha catastral y titular. Sobre este punto se solicita que la información remitida, contenga áreas, cultivos sembrados, estado de los mismos, caracterización de los suelos, limitaciones para el cultivo cafetero, tecnificación de la plantación:

No.	Titular	Fichas Catastrales
1	William Albeiro Atehortúa Jiménez	0022000200110086000
2	Wilfredo Cortes Giraldo	000200130105000 y 00-2-013-053
3	Stella de Jesús Raigoza Rodríguez	002012109
4	Ruth Yamile Castaño Quiceno	0002001300069000
5	Rubelio Salazar Cifuentes	000200110050000
6	Robinyer Correa Aristizábal	000200130075000
7	Oscar Ramírez Salazar	000200110089000 y 00-02-0011-0070-000
8	Noralba Giraldo Restrepo	20174 y 2-0175
9	Naval de Jesús Aristizábal Aristizábal	0002003054 y 00-02-00030116- 000
10	Miguel Ángel Jaramillo López	0002001130060000 000200130085000
11	Miguel Ángel Bedoya Marín	000200110028 y 00-02-011-027
12	Mauricio Hernández González	0022000200110088000
13	María Amanda Arias López	18750 y/0 20104 - 016-004208 sucesión
14	Luis Eduardo Aristizábal Hoyos	000200130014000 y 1-03- 0048-0009-000 y 01-00-00300003-

		000
15	Juan Guillermo Hoyos Aristizábal	000200110034000
16	José Rubén Zuluaga Montes	000200130039000 y 00-3-013038
17	José Iván Ríos Pineda	0002000000110035000000000
18	José Darío Giraldo Monto a	002013015
19	Jesús Antonio Sánchez	000200110059000
20	Jaime Horacio Aristizábal Hoyos	000200130063000
21	Hugo Fernando Castaño Quinceno	000200130020000 y 000200130054
22	Henri Alberto Montoya Ramírez	00020080125, 002-02-013059, 000200130033000 y 00-2-013-0096-000
23	German Albeiro Giraldo Montoya	00-02-013-44, 00-02-013-61, 2-4118-00-02-013-001
24	Alonso Alzate Hurtado	000200130043000
25	Alpidio Gallego Álvarez	000200130066000
26	Antonio Claret Ocampo Gómez	00020010040000
27	Carlos Hernando Yepes López	000200130066000
28	Conrado Cortes Correa	00-02-011-013, 00-02-011-014 00-02-011-015
29	Esneda Alzate Hurtado	00-02-0001-0142-00, 00-2- 013-0051, 0002013050000, 00-02-0013-0097-000
30	Gerardo Gutiérrez Giraldo	00-02-012-054

2.1.1.8 Por la Secretaría del Tribunal OFÍCIESE al Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales (IDEAM), para que en un plazo que no podrá exceder diez (10) días hábiles, se sirva remitir con destino a este proceso la siguiente información:

-Certificación en la que se indique si para los años 2013, 2014, 2015 y 2016 se presentaron en la zona andina particularmente hacia la zona Nororiental del Departamento de Caldas donde se encuentran ubicados los Municipios de Pensilvania, Manzanares y Marquetalia, temporadas largas de sequía asociadas al fenómeno del niño. En caso positivo remitirá los documentos e informes técnicos que den cuenta de dichos fenómenos, al igual que la totalidad de los documentos que den cuenta de las medidas y planes adoptados por el Gobierno Nacional desde este Establecimiento Público para hacer frente a las

afectaciones que de tales circunstancias hubieren podido devenir para los habitantes en general, y en especial, para moradores de esas zonas.

2.1.1.9 Por la Secretaría del Tribunal OFÍCIESE al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, para que en un plazo que no podrá exceder diez (10) días hábiles, se sirva remitir con destino a este proceso la siguiente información:

-Certificación en la que se indique si para los años 2013, 2014, 2015 y 2016 se presentaron en la zona andina particularmente hacia la zona Nororiental del Departamento de Caldas donde se encuentran ubicados los Municipios de Pensilvania, Manzanares y Marquetalia, temporadas largas de sequía asociadas al fenómeno del niño. En caso positivo remitirá los documentos e informes técnicos que den cuenta de dichos fenómenos, al igual que la totalidad de los documentos que den cuenta de las medidas y planes adoptados por el Gobierno Nacional desde esa cartera para hacer frente a las afectaciones que de tales circunstancias hubieren podido devenir para los habitantes en general, y en especial, para moradores de esas zonas.

2.1.2. Testimonial

2.1.2.1 DECRETASE la prueba testimonial solicitada por la demandada, Corpocaldas. La audiencia se realizará de manera presencial pero remota a través de la plataforma Microsoft Teams, para lo cual se enviará invitación a los correos electrónicos que informen las partes y el Ministerio Público, quienes deberán conectarse desde un equipo con micrófono y cámara de video, atendiendo las indicaciones generales que se señalarán en la respectiva citación.

En consecuencia, el día **miércoles dos (2) de marzo de dos mil veintidós (2022)** a partir de las nueve de la mañana (9:00 a.m.) recepcíonese el testimonio de los señores **Andrés Fernando Ramírez Baena, Adriana Mercedes Martínez Gómez, Paola Alejandra Vásquez**. De la comparecencia de los testigos deberá encargarse la parte que pidió la prueba.

El objeto de la prueba testimonial está relacionado con los hechos de la demanda, particularmente sobre las condiciones de la zona, los estudios adelantados para el otorgamiento y seguimiento al licenciamiento ambiental para el proyecto energético al que se hace alusión en la demanda, sobre los argumentos técnicos esbozados en la contestación de la demanda, las acciones, gestiones y conceptos técnicos emitidos por los profesionales de la Corporación como consecuencia de las visitas realizadas a la zona y el

seguimiento realizado por CORPOCALDAS, al igual que sobre el cumplimiento de las medidas suspensivas decretadas por tal entidad, así como las medidas adoptadas en relación con el proyecto hidroenergético.

2.1.2.2 DECRETÁSE la prueba testimonial solicitada por la demandada, Corpocaldas. En consecuencia, el día **miércoles dos (2) de marzo de dos mil veintidós (2022) a partir de las dos y treinta de la tarde (2:30 p.m.)** recepciónese el testimonio de los señores **Juan Felipe Gil Calero, Darío Ángel Bulla, Gabriel Díaz Ramírez, Juan Pablo Ángel Pérez**. De la comparecencia de los testigos deberá encargarse la parte que pidió la prueba.

El objeto de la prueba testimonial está relacionado con los hechos de la demanda, particularmente sobre las intervenciones generadas en superficie y de manera subterránea para la construcción del túnel de conducción de la "Central Hidroeléctrica El Edén", las condiciones ambientales e hidrogeológicas de la zona de influencia del mencionado proyecto hidroeléctrico previamente y con posterioridad a la ejecución del mismo, las acciones, gestiones y seguimiento realizadas por el proyecto hidroeléctrico conforme a las obligaciones impuestas en el licenciamiento ambiental.

2.1.2.3 DECRETÁSE la prueba testimonial solicitada por la demandada, Corpocaldas. En consecuencia, el día **jueves tres (3) de marzo de dos mil veintidós (2022) a partir de las nueve de la mañana (9:00 a.m.)** recepciónese el testimonio de la señora **María Fernanda Gutiérrez Pinzón**. De la comparecencia de los testigos deberá encargarse la parte que pidió la prueba.

El objeto de la prueba testimonial está relacionado con los hechos de la demanda, particularmente sobre las actuaciones sancionatorias adelantadas por mi representada ante la problemática relatada en la demanda y el resultado de las mismas.

2.1.2.4 DECRETÁSE la prueba testimonial solicitada por la demandada, Corpocaldas. En consecuencia, el día **jueves tres (3) de marzo de dos mil veintidós (2022) a partir de las diez de la mañana (10:00 a.m.)** recepciónese el testimonio de los señores **Edna Liliana Agudelo Toro Y Luis Alfonso Botero Gómez**. De la comparecencia de los testigos deberá encargarse la parte que pidió la prueba.

El objeto de la prueba testimonial está relacionado con los hechos de la demanda, particularmente sobre los impactos ambientales positivos y negativos generados como consecuencia de las intervenciones realizadas

para la construcción de la "Central Hidroeléctrica El Edén", las condiciones ambientales en los diferentes recursos naturales en la zona de influencia del mencionado proyecto hidroeléctrico previamente y con posterioridad a la ejecución del mismo, las acciones, gestiones y seguimiento realizadas por el proyecto hidroeléctrico conforme a las obligaciones impuestas en el licenciamiento ambiental.

2.1.2.5 DECRÉTASE la prueba testimonial solicitada por la demandada, Corpocaldas. En consecuencia, el día **lunes siete (7) de marzo de dos mil veintidós (2022) a partir de las nueve de la mañana (9:00 a.m.)** recepióñese el testimonio del señor **Orlando Correa Basto**. De la comparecencia de los testigos deberá encargarse la parte que pidió la prueba.

El objeto de la prueba testimonial está relacionado con los hechos de la demanda, particularmente sobre las condiciones de la zona, los resultados del estudio denominado "MODELO HIDROGEOLOGÍCO EN EL ÁREA DEL TÚNEL DE CONDUCCIÓN DE LA CENTRAL HIDROELÉCTRICA EL EDÉN", sobre los argumentos técnicos esbozados en la presente contestación frente al escrito presentado con la demanda elaborado por el Geólogo Alberto Loboguerrero Uscategui, de conformidad con lo establecido en el artículo 220 de la Ley 1437 de 2011 y 228 del Código General del Proceso.

2.1.2.6 DECRÉTASE la prueba testimonial solicitada por la demandada, Corpocaldas. En consecuencia, el día **lunes siete (7) de marzo de dos mil veintidós (2022) a partir de las diez de la mañana (10:00 a.m.)** recepióñese el testimonio de los señores **Sandra Aranzazu Gutiérrez y Sara Lucía Rivera López**. De la comparecencia de los testigos deberá encargarse la parte que pidió la prueba.

El objeto de la prueba testimonial está relacionado con los hechos de la demanda, particularmente sobre las condiciones sociales en las que se desarrolló en la etapa constructiva de la "Central Hidroeléctrica El Edén" y los argumentos esbozados en la presente contestación frente al escrito presentado con la demanda elaborado por la psicóloga Luz María Gómez de Montoya, de conformidad con lo establecido en el artículo 220 de la Ley 1437 de 2011 y 228 del Código General del Proceso.

2.1.2.7 DECRÉTASE la prueba testimonial solicitada por la demandada, Corpocaldas. En consecuencia, el día **lunes siete (7) de marzo de dos mil veintidós (2022) a partir de las tres de la tarde (3:00 p.m.)** recepióñese el testimonio de los señores, **Ángelo Iván Giraldo Gutiérrez, Oscar Alexander Varila Quiroga**. De la comparecencia de los testigos deberá encargarse la parte que pidió la prueba.

El objeto de la prueba testimonial está relacionado con los hechos de la demanda, particularmente sobre las condiciones valuatoria y de producción agrícola de los terrenos ubicados en la zona de influencia de la "Central Hidroeléctrica El Edén" previo al inicio de la etapa constructiva y con posterioridad a la ejecución del mismo, así como sobre los argumentos esbozados en la presente contestación frente a los escritos presentados con la demanda elaborados por el señor José Norbey Quintero Corredor y la sociedad BIOOS S.A.S., de conformidad con lo establecido en el artículo 220 de la Ley 1437 de 2011 y 228 del Código General del Proceso.

2.1.2.8 DECRÉTASE la prueba testimonial solicitada por la demandada, Corpocaldas. En consecuencia, el día **lunes siete (7) de marzo de dos mil veintidós (2022) a partir de las cuatro y treinta de la tarde (4:30 p.m.)** recepcíonese el testimonio de **Angélica María González**. De la comparecencia de los testigos deberá encargarse la parte que pidió la prueba.

El objeto de la prueba testimonial está relacionado con los hechos que originaron la presente reclamación judicial, particularmente acerca de los estudios adelantados por la sicóloga Luz María Gómez de Montoya para el análisis del estado de salud del grupo demandante, la ausencia de rigor científico y técnico del mismo para llegar a las conclusiones y magnitud de la supuesta afectación objeto de reclamación, de conformidad con lo establecido en el artículo 220 de la Ley 1437 de 2011 y 228 del Código General del Proceso.

En uso de la facultad prevista en el inciso final del artículo 212 del CGP, se limitará la recepción de los testimonios cuando se consideren suficientemente esclarecidos los hechos materia de esta prueba.

2.1.3 PERICIAL

Hasta donde la ley lo permita, TÉNGANSE como prueba el dictamen pericial aportado con el escrito de contestación a la demanda, denominado "PERTIJE PISCOLÓGICO", realizado por la Sicóloga Angélica María González, denominado *"INFORME DE VALORACIÓN PSICOLÓGICA DENTRO DEL MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DE PERJUICIOS A UN GRUPO COMO CONSECUENCIA DE LA CONSTRUCCIÓN DE LA OBRA HIDROELÉCTRICA EL EDÉN "* (fls. 1 a 120 C.6).

2.1.3.1. Contradicción del dictamen aportado por Corpocaldas

En virtud de lo dispuesto en el artículo 228 del Código General del Proceso, por considerarlo necesario, este Magistrado cita a la **Sicóloga Angélica María González**, a la audiencia de contradicción del dictamen para interrogarla bajo juramento acerca de su idoneidad e imparcialidad y sobre el contenido del dictamen.

En consecuencia, la mencionada diligencia se realizará el día **martes ocho (8) de marzo de dos mil veintidós (2022) a partir de las nueve de la mañana (9:00 a.m.)** de manera presencial pero remota a través de la plataforma Microsoft Teams.

Para lo anterior se enviará invitación a los correos electrónicos que informen las partes y el Ministerio Público, quienes deberán conectarse desde un equipo con micrófono y cámara de video, atendiendo las indicaciones generales que se señalarán en la respectiva citación.

El apoderado de Corpocaldas se encargará de la comparecencia de los peritos.

2.2. Nación – Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible

2.2.1. Hasta donde la ley lo permita, TÉNGANSE como pruebas los documentos aportados con el escrito de contestación a la demanda, visibles de folios 2336 a 2422 del cuaderno 1F del expediente.

La entidad demandada no realizó solicitud especial de práctica de pruebas.

2.3. Central Hidroeléctrica El Edén

2.3.1 DOCUMENTAL

2.3.1.1. Hasta donde la ley lo permita, TÉNGANSE como pruebas los documentos aportados con el escrito de contestación a la demanda, visibles de folios 2621 a 2630 del cuaderno 1F del expediente y los documentos allegados con la contestación a la reforma de la demanda que obran de folios 3156 a 3195 del cuaderno 1H.

2.3.1.2. Por la Secretaría del Tribunal OFÍCIESE a la Asociación de Acueducto de Bolivia, corregimiento de Pensilvania, Caldas, para que en un plazo que no podrá exceder diez (10) días hábiles, se sirva remitir la siguiente información sobre los accionantes:

-Todo lo concerniente a la entrega del servicio de agua a los accionantes como fruto del plan adelantado por la sociedad el EDEN, cantidad de líquido entregado, época en que se inició esa entrega, quien pagaba y/o paga esos consumos; calidad del agua entregada.

2.3.1.3. Por la Secretaría del Tribunal OFÍCIESE al BANCO AGRARIO oficina corregimiento de Bolivia Municipio de Pensilvania, Caldas, para que en un plazo que no podrá exceder diez (10) días hábiles, se sirva remitir la siguiente información:

-Copia del avalúo que tuvo como base para hacer el crédito hipotecario al señor Wilmar Fernando Arredondo Martínez con cedula de ciudadanía n°15.990.506, sobre el inmueble con folio de matrícula inmobiliaria n° 11410172 y por medio de la Escritura Pública 374 del 9 de noviembre del 2017 de la Notaría Única de Pensilvania.

Respecto de la restante prueba documental solicitada por la hidroeléctrica demandada y que se reseña en los puntos **2.3.1.4 a 2.3.1.13**, considera oportuno este Despacho referirse a la conducencia, pertinencia y utilidad de la misma, a efecto de tomar la decisión procesal que corresponda.

Según lo dispuesto en el artículo 168 del Código General del Proceso, *“El juez rechazará, mediante providencia motivada, las pruebas ilícitas, las notoriamente impertinentes, las inconducentes y las manifiestamente superfluas o inútiles.”*

El H. Consejo de Estado en providencia del 3 de marzo de 2016¹ se refirió a los requisitos generales para la admisión de pruebas en los siguientes términos:

“Ahora bien, la doctrina ha clasificado los requisitos para la admisión de las pruebas en extrínsecos (generales para cualquier medio de prueba) e intrínsecos (según el medio de prueba de que se trate). Los requisitos extrínsecos están contemplados en el artículo 168 del Código General del Proceso y se refieren a:

- 1. Pertinencia. Alude a que el juez debe verificar si los hechos resultan relevantes para el proceso.*
- 2. Conducencia. Se refiere a que el medio de prueba debe ser el idóneo para demostrar determinado hecho.*
- 3. Oportunidad. El juez no podrá tener en cuenta las pruebas solicitadas y aportadas por fuera de las oportunidades legales.*

¹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION QUINTA
Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO Bogotá, D.C., tres (3) de marzo de dos mil dieciséis (2016) Radicación número: 11001-03-25-000-2015-00018-00(S) Actor: FEDERICO GONZALEZ CAMPOS Demandado: COMISION INTERINSTITUCIONAL DE LA RAMA JUDICIAL Referencia:
Nulidad electoral - recurso de súplica.

4. *Utilidad. Indica que no se pueden decretar las pruebas manifiestamente superfluas, es decir, las que no tienen razón de ser, porque ya están probados los hechos o porque el hecho está exento de prueba.*

5. *Licitud. Para valorar una prueba, ésta no debe contravenir derechos fundamentales constitucionales, de lo contrario será nula de pleno derecho.*”

La misma Corporación expresó que *“para determinar si procede el decreto de las pruebas propuestas por las partes, el juez debe analizar si éstas cumplen los requisitos legales, esto es, los requisitos de conducencia, pertinencia, utilidad y legalidad. La conducencia consiste en que el medio probatorio propuesto sea adecuado para demostrar el hecho. La pertinencia, por su parte, se fundamenta en que el hecho a demostrar tenga relación con el litigio. La utilidad, a su turno, radica en que el hecho que se pretende demostrar con la prueba no esté suficientemente acreditado con otra.”*²

Específicamente respecto de la pertinencia de la prueba, en providencia del 5 de marzo de 2015, el H. Consejo de Estado expresó lo siguiente:

*“La doctrina ha entendido que la pertinencia de la prueba hace alusión a la relación del medio de convicción y el objeto del proceso y significa que las pruebas “deben versar sobre hechos que conciernan al debate, porque si en nada tienen que ver con el mismo entran en el campo de la impertinencia”.*³

*Bajo la misma línea argumental el profesor Hernán Fabio López Blanco, sostiene que la prueba impertinente es aquella que nada aporta a la Litis, pues busca probar un hecho inocuo para los fines perseguidos dentro del proceso.*⁴”

En este proceso se solicitó por la Hidroeléctrica el Edén la siguiente prueba documental:

2.3.1.4. Oficiar al Comité Departamental de Cafeteros de Caldas para que en un plazo que no podrá exceder diez (10) días hábiles, se sirva remitir información de los accionantes de los últimos 10 años relacionada con el Sistema de Información Cafetera -SICA para cada uno de los predios y caficultores demandantes.

2.3.1.5. Oficiar a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-Dian para que en un plazo que no podrá exceder diez (10) días hábiles, se sirva remitir la siguiente información sobre los accionantes:

-Si los accionantes tienen RUT, para que actividades y desde que año y a que régimen pertenecen.

² CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION CUARTA Consejero ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS Bogotá D.C., quince (15) de marzo de dos mil trece (2013) Radicación número: 15001-23-31-000-2010-00933-02(19227) Actor: JUAN FELIPE ORTIZ QUIJANO Demandado: MUNICIPIO DE NOBSA (BOYACA)

³ López Blanco, Op cit, pág 74.

⁴ 1 Ibidem.

-Si los accionantes son declarantes de renta, desde que año y por cual actividad.

-Si los accionantes son declarantes por qué valores y por cual actividad declararon.

2.3.1.6. Oficiar a la Dirección de Regulación de la operación del Aseguramiento en Salud, Riesgos Laborales y Pensiones del Ministerio de Salud y Protección para que en un plazo que no podrá exceder diez (10) días hábiles, se sirva remitir la siguiente información sobre los accionantes:

-Fechas de afiliación al sistema de salud, régimen al que pertenece, grupo familiar que lo compone y ciudad donde reporta su última afiliación los accionantes.

-Cambios que haya tenido desde el 2010 en la información anterior.

2.3.1.7. Oficiar a la UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCAL - UGPP para que en un plazo que no podrá exceder diez (10) días hábiles, se sirva remitir la siguiente información sobre los accionantes:

-Los valores pagados por seguridad social integral como cotizantes empleados o cotizantes independientes, desde el año 2013.

-Para el caso de cotizantes empleados, se señale las empresas empleadoras.

-Quiénes aparecen como empleadores y de qué actividad, desde el año 2013.

2.3.1.8. Oficiar a la Cooperativa de Caficultores de Manizales para que en un plazo que no podrá exceder diez (10) días hábiles, se sirva remitir la siguiente información sobre los accionantes:

- Se remita la información de los últimos 10 años de las compras de café realizada para cada uno de los predios y caficultores cuyo listado se debe anexar.

2.3.1.9. Oficiar a la Cooperativa de Caficultores del Oriente de Caldas para que en un plazo que no podrá exceder diez (10) días hábiles, se sirva remitir la siguiente información sobre los accionantes:

-Se remita la información de los últimos 10 años de las compras de café realizada para cada uno de los predios y caficultores de los accionantes cuyo listado se debe anexar.

2.3.1.10. Oficiar al Instituto Colombiano Agropecuario -ICA para que en un plazo que no podrá exceder diez (10) días hábiles, se sirva remitir la siguiente información sobre los accionantes:

-Si los accionantes se encuentran inscritos ante esa entidad.

-Verificar inventarios actualizados de los bovinos con la última vacunación contra fiebre aftosa y de los porcinos con el soporte de compra de chapetas de control de la peste porcina clásica 'IPPC"

-Certificación de las guías de movilización solicitadas desde el año 2010.

2.3.1.11. Oficiar al Ministerio de Salud y Protección para que en un plazo que no podrá exceder diez (10) días hábiles, se sirva remitir la siguiente información sobre los accionantes:

-Fechas de afiliación al sistema de salud, régimen al que pertenece, grupo familiar que lo compone y ciudad donde reporta su última afiliación.

-Cambios que haya tenido desde el 2010 en la información anterior.

-Los valores pagados por seguridad social integral como cotizantes empleados o cotizantes independientes, desde el año 2013.

-Para el caso de cotizantes empleados, se señale las empresas empleadoras.

-Quiénes aparecen como empleadores y de qué actividad, desde el año 2013.

2.3.1.12. Oficiar a FIDUPREVISORA S.A para que en un plazo que no podrá exceder diez (10) días hábiles, se sirva remitir la siguiente información sobre los accionantes:

-Certifique para cada uno de los accionantes de este proceso que no aparecen en el BDUA.

-Fechas de afiliación al sistema de salud, régimen al que pertenece, grupo familiar que lo compone y ciudad donde reporta su última afiliación.

-Si es beneficiario, indicar de quién es beneficiario.

-Cambios que haya tenido desde el 2010 en la información anterior.

2.3.1.13. Oficiar a la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, para que en un plazo que no podrá exceder diez (10) días hábiles, se sirva remitir la siguiente información:

-Certificación de las fechas de entrada y salida del país del señor LUIS ALFONSO HOYOS ARISTIZABAL, con cedula de ciudadanía No. 9.855.249, durante los años 2010 al 2017.

-Si el Señor Hoyos tiene restricciones legales para salir del país y en qué consisten.

Frente a la prueba documental que se acaba de identificar en los numerales 2.3.1.4. a 2.3.1.13. y solicitada por parte de la Hidroeléctrica El Edén, considera este Despacho que la misma es impertinente en tanto con ella se pretenden demostrar *un conjunto de hechos ino cuos para los fines perseguidos dentro del proceso.*

En efecto, el medio de control de reparación de los perjuicios causados a un grupo, se instauró con el propósito de obtener la reparación de los perjuicios morales y materiales presuntamente generados a los habitantes del corregimiento de Bolivia, Municipio de Pensilvania, Caldas, a causa de la grave afectación del recurso hídrico para consumo humano y para el desarrollo de actividades agropecuarias ocasionada con la construcción del túnel de conducción de la Hidroeléctrica El Edén, razón por la cual no se advierte la pertinencia procesalmente requerida entre el objeto de la litis y la prueba documental solicitada por la entidad demandada a la que se le atribuye el daño.

A lo expuesto se agrega que la parte que solicitó la prueba documental no identificó los demandantes o los predios respectos de los cuales reclama la información, lo que impide establecer de manera precisa el alcance de la prueba.

Teniendo en cuenta lo anterior, NIÉGASE la prueba documental señalada en los numerales **2.3.1.4. a 2.3.1.13.** de esta providencia y solicitada por parte de la Hidroeléctrica El Edén.

2.3.2. Testimonial

2.3.2.1 DECRETASE la prueba testimonial solicitada por la demandada, Hidroeléctrica El Edén. La audiencia se realizará de manera presencial pero remota a través de la plataforma Microsoft Teams, para lo cual se enviará invitación a los correos electrónicos que informen las partes y el Ministerio Público, quienes deberán conectarse desde un equipo con micrófono y cámara de video, atendiendo las indicaciones generales que se señalarán en la respectiva citación.

En consecuencia, el día **martes ocho (8) de marzo de dos mil veintidós (2022) a partir de las dos y treinta de la tarde (2:30 p.m.)** recepciónese el testimonio de las siguientes personas, de cuya comparecencia deberá encargarse la parte que pidió la prueba.

1.- Alcides Andrés Huguett Granados.

En relación con este testimonio, el Despacho dispone que será decretado como prueba común en acápite posterior de esta providencia.

2.- Darío Ángel Bulla.

El objeto de la prueba testimonial está relacionado con lo que le conste de la forma como se adelantaron los estudios de hidrogeología que concluyeron con que las aguas infiltradas en el túnel no tenían relación con las aguas de las quebradas que disminuyeron su cauce y todo lo demás que le conste sobre la construcción del túnel y la operación del proyecto hidroeléctrico el EDEN y el abastecimiento de agua en la zona de influencia del proyecto. Así mismo, sobre la forma como se adelantaron los estudios hidrogeológicos elaborados por HIDROGEOCOL, las verificaciones que se hicieron para llegar a las conclusiones que se llegaron y controvertir el Dictamen Pericial presentado por los accionantes.

3.- Andrés Fernando Ramírez Baena.

El objeto de la prueba testimonial está relacionado con lo que le conste en relación con la forma como se atendió por parte de mi defendida, lo ordenado por la licencia ambiental y sus modificaciones en la ejecución del proyecto Hidroeléctrico el Edén. Así mismo, la forma como

CORPOCALDAS hizo el seguimiento a la licencia ambiental, la forma como la Hidroeléctrica el Edén ha cumplido con las exigencias de CORPOCALDAS, los seguimientos a los caudales que demuestran que nunca se ha dado el desabastecimiento de agua, el aumento de la fauna en el área de influencia de construcción del túnel.

4.- Ángel Iván Giraldo Gutiérrez.

El objeto de la prueba testimonial está relacionado con todo lo que le conste en cuanto a los valores comerciales de los predios de esa zona y la evolución de esos precios durante la construcción del proyecto. Así mismo, sobre la metodología que utilizaron para elaborar el manual de los precios de los predios y por lo tanto que no es correcta la metodología utilizada en el dictamen aportado en la demanda y por ello que tampoco son correctas las conclusiones del dictamen.

5.- Humberto González.

El objeto de la prueba testimonial está relacionado con la situación del abastecimiento del agua desde el inicio de la construcción del túnel y que ha pasado en la actualidad con el cauce de la quebrada la balastrera y todo lo demás que le conste sobre la construcción del túnel y la operación del proyecto hidroeléctrico el EDEN y el abastecimiento de agua en la zona de influencia del proyecto.

Así mismo, el día **miércoles nueve (9) de marzo de dos mil veintidós (2022) a partir de las dos y treinta de la tarde (2:30 p.m.)** recepciónese el testimonio de las siguientes personas, de cuya comparecencia deberá encargarse la parte que pidió la prueba.

6.-Raúl Jiménez García.

El objeto de la prueba testimonial está relacionado con la forma en la que Corpocaldas atendió la solicitud de licencia ambiental expedida para la realización del proyecto que aquí es materia del proceso, el seguimiento al cumplimiento de la misma y en qué condiciones se tomaron las distintas decisiones de expedición de la licencia, las modificaciones de la misma, la orden de suspensión y luego la orden de terminar la suspensión de continuar la ejecución del proyecto.

7.-Orlando Correa Basto.

El objeto de la prueba testimonial está relacionado con todo lo que le consta frente al manejo ambiental para la construcción del túnel de la hidroeléctrica el EDEN y así mismo la componente de impactos ambientales asociados al modelo hidrogeológico.

8.- German Guarín.

El objeto de la prueba testimonial está relacionado con lo que le conste en cuanto a la identificación del predio denominado finca el Purgatorio, ubicado en la vereda la Soledad sector Cerro Bravo, el cual fue utilizado para muestras de suelo como soporte al dictamen pericial aportado con la contestación de la demanda; la forma como se tomaron las muestras, que cultivos y/o ganadería explota en su predio, de que fuentes recibe el agua, si ha tenido inconvenientes para sus cultivos por la construcción del proyecto

9.-Sara Lucia Rivera López.

El objeto de la prueba testimonial está relacionado con el plan de suministro de agua potable a los accionantes y para que declare sobre todo lo que conozca referente a las acciones que adelantó y adelanta la sociedad el EDEN para suministrar el agua potable a los accionantes, dificultades que se hayan tenido y como se han enfrentado las mismas.

10.-Jorge Eduardo Avendaño

El objeto de la prueba testimonial está relacionado con el desempeño de la producción y comercialización del café en el corregimiento de Bolivia municipio de Pensilvania, Caldas y si se han presentado modificaciones por la construcción del proyecto.

11.-Ricardo Peña Hernández

El objeto de la prueba testimonial está relacionado con todo lo que conozca en torno al fenómeno del niño en Colombia, en el oriente de Caldas, sus impactos y nos indique según su conocimiento que conclusiones podemos extraer de la respuesta del IDEAM aportada por los accionantes en el traslado de excepciones.

En uso de la facultad prevista en el inciso final del artículo 212 del CGP, se limitará la recepción de los testimonios cuando se consideren suficientemente esclarecidos los hechos materia de esta prueba.

2.3.3. PERICIAL

Hasta donde la ley lo permita, TÉNGANSE como prueba el dictamen pericial aportado con el escrito de contestación a la demanda, así:

“Dictamen pericial elaborado por el Ingeniero Agrónomo Marco Aurelio Villegas Arenas, con el fin de demostrar que con la construcción del túnel de conducción de la Central Hidroeléctrica el Edén, no se han afectado ni se afectarán los sistemas Productivos de la región y por lo tanto tampoco de los accionantes, así mismo desvirtuar las conclusiones, y aclarar los errores en los que incurrió BIOOS SAS al momento de elaborar el documento aportado con la demanda denominado dictamen pericial”.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 228 del Código General del Proceso, por considerarlo necesario, este Magistrado cita al **Ingeniero Agrónomo Marco Aurelio Villegas Arenas** a la audiencia de contradicción del dictamen para interrogarlo bajo juramento acerca de su idoneidad e imparcialidad y sobre el contenido del dictamen. En consecuencia, la mencionada diligencia se realizará el día **miércoles nueve (9) de marzo de dos mil veintidós (2022) a partir de las nueve de la mañana (9:00 a.m.)** de manera presencial pero remota a través de la plataforma Microsoft Teams, para lo cual se enviará invitación a los correos electrónicos que informen las partes y el Ministerio Público, quienes deberán conectarse desde un equipo con micrófono y cámara de video, atendiendo las indicaciones generales que se señalarán en la respectiva citación.

La Hidroeléctrica El Edén se encargará de la comparecencia del perito.

2.3.4. INTERROGATORIO DE PARTE

La Hidroeléctrica El Edén solicitó interrogatorio de parte de 98 personas, así (fl. 3144, C.1H):

-María Socorro Restrepo de Gutiérrez identificada con cedula de ciudadanía n°24.866.822 de Pensilvania.

-Gerardo Gutiérrez Giraldo identificado con cedula de ciudadanía n°4.484.339.

-Miguel Ángel Jaramillo López identificado con cedula de ciudadanía n° 4.486.201.

-Luzmila Rincón Bermúdez, identificado con la cédula de ciudadanía 24.730.057 de Manzanares.

-Antonio Claret Ocampo Gómez, identificado con la cédula de ciudadanía número 4.485.556 de Pensilvania.

-Carlos Hernando Yepes López, identificado con cedula de ciudadanía número 10.262.209 de Manizales.

-Ana Francisca Castrillón Cardona identificada con la cedula de ciudadanía número 24.875.247 de Pensilvania.

-Alpidio Gallego Álvarez, identificado con la cédula de ciudadanía 4.442.390 de Manizales.

-Flor Estrella Gutiérrez de Gallego, identificada con la cédula de ciudadanía 24.756.926 de Marquetalia.

-José Rubén Zuluaga Montes, identificado con cedula de ciudadanía número 4.485,887 de Pensilvania.

-Carmenza Ramírez Garzón, identificada con cedula de ciudadanía número 24.875.426 de Pensilvania.

-María Amanda Arias López, identificada con cedula de ciudadanía número 24.865,172 de Pensilvania.

-Elizabeth Gómez Arias identificada con cedula de ciudadanía 24.731.316 de Manizales.

-Ruth Yamile Castaño Quiceno, identificada con cédula de ciudadanía 24.729,110 de Manizales.

-Augusto Helí Gutiérrez Castaño identificado con la cédula do ciudadanía 75.001.364 de Marquetalia.

-Jesús Antonio Sánchez Torres, identificado con la cédula de ciudadanía 15.906.172 de Chinchiná.

-Rosalba Atehortúa Jiménez identificado con la cédula de ciudadanía 24.875.557 de Pensilvania.

-Jesús Asdrubal Giraldo identificado con la cédula de ciudadanía 4.486.260 de Pensilvania.

-Adiela Flórez Villa, identificada con la cédula de ciudadanía 24.729.013 de Manzanares.

-Hugo Fernando Castaño Quiceno, identificado con la cédula de ciudadanía 9.857.739 de Pensilvania.

-Mary Luz Salazar Cifuentes identificada con la cédula de ciudadanía 24.730.999 de Manzanares.

-Carlos Helí Aristizábal Hoyos, identificado con la cédula de ciudadanía 10.230.429.

-Gloria Teresita Aristizábal Hoyos, identificada con la cédula de ciudadanía 30.276.925.

-Jaime Horacio Aristizábal Hoyos, identificado con la cédula de ciudadanía 10.245.042.

-Luis Eduardo Aristizábal Hoyos, identificado con la cédula de ciudadanía 4.483.478.

-Ligia Stella Aristizábal Hoyos identificado con la cédula de ciudadanía 24.865.494.

-Lina Marcela Caballero Orozco identificado con la cédula de ciudadanía 30.328.311.

-Juan Alberto Aristizábal Hoyos identificado con cedula de ciudadanía 10.265.865.

-Oscar Alonso Aristizábal Hoyos, identificado con la cédula de ciudadanía 10.245.642.

-Jorge Iván Ríos Pineda, identificado con la cédula de ciudadanía 9.859.267 de Pensilvania.

-Franci Milena Duque Montoya identificada con la cédula de ciudadanía 33.745.621 de Pensilvania.

-Naval De Jesús Aristizábal Aristizábal, identificado con la cédula de ciudadanía 4.485.869 de Pensilvania.

-Orfabiola Quintero Flórez identificada con la cédula de ciudadanía 24.875.194 de Pensilvania.

-Juan Guillermo Hoyos Aristizábal, identificado con la cédula de ciudadanía 75.066.846 de Manizales (Caldas).

-Diana Esperanza Hoyos Aristizábal, identificada con la cédula de ciudadanía 30.304.351.

-Clemencia Inés Hoyos Aristizábal, identificada con la cédula de ciudadanía 30.295.083 de Pensilvania.

-Inés Aristizábal de Hoyos, identificada con la cédula de ciudadanía 24.864.260 de Pensilvania.

-Luis Alfonso Hoyos Aristizábal, identificado con la cédula de ciudadanía 9,855249 de Pensilvania.

-Miguel Ángel Bedoya Marín, identificado con la cédula de ciudadanía 15.985.937 de Manizales.

-Mirella López Hoyos identificada con la cédula de ciudadanía 30.406.042 de Marquetalia.

-Noralba Giraldo Restrepo, identificada con la cédula de ciudadanía 24.868.998 de Pensilvania.

-Jesús María Pérez Zuluaga identificado con la cédula de ciudadanía 1.335.602 de Pensilvania.

-Oscar Rogelio Ramírez Salazar, identificado con la cédula de ciudadanía 15.989.238 de Manizales.

-Ana Yarledis Correa Aristizábal identificada con la cédula de ciudadanía 33.745.338 de Pensilvania.

-Rubiel Ramírez Salazar, identificado con la cédula de ciudadanía 15.989.842 de Manizales.

-Doris Cardona Valencia identificada con la cédula de ciudadanía 33.745349 de Pensilvania.

-Conrado Cortés Correa identificado con la cédula de ciudadanía 4.486.049 de Pensilvania.

-María Nohelia Cortes Arias identificada con cedula de ciudadanía número 24,865,662 de Pensilvania.

-Rubelio Salazar Cifuentes, identificado con la cédula de ciudadanía 9.858,237 de Pensilvania.

-Margladis Arredondo Gallego identificada con la cédula de ciudadanía 24,873,478 de Pensilvania.

-Wilfredo Cortés Giraldo, identificado con la cédula de ciudadanía 9.859.352 de Pensilvania.

-Oscar Alonso Aristizábal Hoyos, identificado con la cédula de ciudadanía 10.245.642 da Manizales.

-Jaime Horacio Aristizábal Hoyos con cedula ciudadanía número 10.245.042 de Manizales.

-Esneda Alzate Hurtado, identificada con la cédula de ciudadanía 24.868.195 de Pensilvania.

-Oscar Ivan Alzate Hurtado identificado con la cédula de ciudadanía 9.857.909 de Pensilvania.

-Edilma Hurtado De Alzate identificada con la cédula de ciudadanía 24.864.585.

-Gustavo Alzate Botero, identificado con la cédula de ciudadanía 4483.234 de Pensilvania.

-Alonso Alzate Hurtado, identificado con la cédula de ciudadanía 9.856.271 de Pensilvania.

-Paula Andrea Cifuentes Vélez identificada con la cédula de ciudadanía 24.730.811 de Manzanares.

-Mauricio Hernández González, identificado con la cédula de ciudadanía 15.991.131 de Manzanares.

-Bibiana Grajales Ceballos identificada con la cédula de ciudadanía 1.053.830.192 de Manizales.

-Henri Alberto Montoya Ramírez, identificado con la cédula de ciudadanía 15.989,780 de Manzanares.

-Sandra Yanubi Rivera Alzate identificada con la cédula de ciudadanía 24.873,343 de Pensilvania.

-José Darío Giraldo Montoya, identificado con cedula de ciudadanía número 4.485.879 de Pensilvania.

-Amparo Gómez Hoyos identificada con cedula de ciudadanía número 24.875.334 de Pensilvania.

-German Albeiro Giraldo Montoya identificado con la cedula de ciudadanía 15.985,579.

-Liliana María Montes Gallo, identificada con cedula de ciudadanía 24.730.774.

-William Albero Atehortua Jiménez, identificado con la cédula de ciudadanía 15.988.569 de Manzanares.

-Gloria Esperanza González Jiménez identificada con la cédula de ciudadanía 31.481.908 de Yumbo.

-Stella De Jesús Raigoza Rodriguez, identificada con la cédula de ciudadanía 24.866.935 de Pensilvania.

-Jairo De Jesus Arias Quiceno identificado con la cédula de ciudadanía 4.485.973 de Pensilvania.

-Cristian Camilo Correa Aristizabal, identificado con la cédula de ciudadanía 15.991.777 de Manzanares.

-Lina María Zuluaga Ramírez identificada con la cédula de ciudadanía 1.057.783.766.

-Johan Alberto Correa Aristizábal, identificado con la cédula de ciudadanía 15.990.519 de Manzanares.

-Doralba Gutiérrez Arredondo, identificada con la cédula de ciudadanía 24.729.854 de Manzanares.

-María Isabel Atehortúa Jiménez identificada con la cédula de ciudadanía 24.875.558 de Pensilvania.

-Humberto De Jesús Jiménez González identificado con la cédula de ciudadanía 15.987.941 de Manzanares.

-Robinyer Correa Aristizábal, identificado con la cédula de ciudadanía 1.057.784.638 de Manzanares.

-María Rosario Aristizábal de Aguirre identificada con la cédula de ciudadanía 24.875,126 de Pensilvania.

-Andrea Ramírez Ramírez identificada con la cédula de ciudadanía 1.057.787.304 de Manzanares.

-John Alberto Flórez Ramírez, identificado con la cédula de ciudadanía 9.856.812 de Pensilvania.

-Martha Miriam Yepes López identificada con la cédula de ciudadanía 24.875.532 de Pensilvania.

Saida Patricia Correa Aristizábal, identificada con la cédula de ciudadanía 24.730.166 de Manzanares.

-Jorge Alexander Cardona Correa identificado con la cédula de ciudadanía 75.080.978 de Manizales.

-Edgar de Jesús Gutiérrez Toro, identificado con la cédula de ciudadanía 15,987,903 de Manzanares.

-Nhora Leonor Arias Quiceno identificada con la cédula de ciudadanía 24.730.749.

-Manuel Felipe Gutiérrez Arias, identificado con cedula de ciudadanía 1.002.800.344 de Marquetalia.

-Nicolás Gutiérrez Arias identificado con cédula de ciudadanía n°1.002.800.343.

-Fernando Augusto Quintero Arias identificado con la cédula do ciudadanía 15 090 403 do Manzanares.

-Jose Neftali Arias Salazar identificado con cedula de ciudadanía 1.335.319 de Pensilvania.

-Maria Nelly Quiceno De Arias identificado con cedula de ciudadanía 24.874.613.

-Amilvia De Jesús Arias Quiceno identificada con cedula de ciudadanía n°24.875.303.

-Nestor David Quintero Arias identificado con cedula de ciudadanía 1.002.643.380 de Manzanares.

-Augusto Arias Quiceno identificado con cedula 15.989.670 de Manzanares.

-Luz Nelly Arias Quiceno identificada con cedula de ciudadanía 24.728.801 de Manzanares.

-Nubia Arias Quiceno identificada con cedula de ciudadanía 24.728.800 de Manzanares.

-Miryam de Jesús Arias Quiceno identificada con cedula de ciudadanía 30.307.217 de Manizales.

-Nicolas Arias Quiceno identificado con cedula de ciudadanía 1.058.846.244 de Palestina.

Al tenor de lo dispuesto por el artículo 168 del CGP, **NIÉGASE** el interrogatorio de parte solicitado por la Central Hidroeléctrica el Edén. Lo anterior, teniendo en cuenta que la controversia versa sobre un punto técnico.

Al respecto, el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera en providencia del 25 de octubre de 2006, en la cual se resolvió sobre la práctica del interrogatorio de parte en las acciones de grupo, la cual por su pertinencia en el tema es necesario citar *in extenso*, expresó:

“La Sala recoge en esta oportunidad el criterio allí adoptado, por considerar que el interrogatorio de parte del grupo es improcedente, por las siguientes razones:

1.1. A través del interrogatorio de parte se busca que quien lo absuelva confiese hechos que en la medida que benefician a la parte contraria, lo afectan a él.

La declaración de parte está prevista en los artículos 194 a 210 del Código de Procedimiento Civil, como un medio de prueba que tiene como propósito lograr la confesión y que puede ser practicado en el proceso con la única condición de que sea una de las partes quien solicite la citación de la otra parte, con el fin de interrogarla sobre hechos relacionados con el proceso. Tal citación también puede provenir de la iniciativa del juez. Vale destacar que

estas normas son aplicables a la acción de grupo, de acuerdo con la remisión que a tal ordenamiento hace el artículo 68 de la ley 472 de 1998.

La finalidad de quien solicita un interrogatorio de parte es la de obtener la confesión de la parte contraria, pero, jurídicamente, por tratarse de un medio de prueba, la declaración de parte, valorada en conjunto con el acervo probatorio, tiene como fin primordial llevar al juez el conocimiento de la verdad de los hechos.

De acuerdo con la regulación legal, para que la declaración de parte constituya confesión y la misma sea válida y tenga eficacia probatoria, se precisa que cumpla, entre otros, los siguientes requisitos:

(i) Que quien la rinda esté reconocido como parte en el proceso, bien sea como demandante, demandado, sucesor procesal, interviniente ad excludendum o litisconsorcial, pero debe tenerse presente que los sustitutos procesales, los litisconsortes y coadyuvantes pueden confesar en sus propios nombres, pero no en nombre del sustituido ni del coadyuvado ni de los otros litisconsortes, en relación con los cuales la confesión de aquél tendrá el valor de testimonio de tercero. En el caso del litisconsorte necesario, la confesión no puede producir efectos de plena prueba contra el confesante, debido a que la sentencia debe ser igual para todos y la confesión no puede vincular a los demás⁵.

(ii) Quien confiese debe tener plena capacidad, salvo excepción legal, y disponibilidad del derecho o de la obligación que se deduce del hecho confesado. La confesión debe: versar sobre hechos favorables a la parte contraria o perjudiciales al confesante; recaer sobre hechos respecto de los cuales la ley no exija otro medio de prueba; ser expresa, consciente y libre, es decir, sin coacción física, psicológica o moral y rendirse con el cumplimiento de las formalidades procesales.

(iii) La confesión debe ser rendida personalmente, a menos que exista autorización legal o convencional para hacerla a nombre de otro, como en el caso de los representantes legales o convencionales, mientras ejerzan el cargo y siempre que la confesión verse sobre hechos o actos relacionados con el ejercicio de sus funciones. Se exceptúa a los representantes legales de algunas entidades públicas, porque su confesión no vale. En el caso de los apoderados judiciales, su confesión vale siempre que estén autorizados para ello por ley y en el poder tengan autorización para el efecto, la cual se presume para la demanda, las excepciones y la contestación.

⁵ Estos temas han sido ampliamente tratados en la doctrina, en particular se remite a HERNANDO DEVIS ECHANDÍA. Compendio de Derecho Procesal. Pruebas judiciales. Bogotá, 8ª ed., 1984, pags. 193 y ss.

Por lo tanto, si la declaración del representante legal versa sobre hechos ajenos al desempeño de sus funciones o las del apoderado judicial sobre hechos ajenos al proceso no constituye confesión, aun cuando manifieste obrar a nombre de su representado o poderdante, pero, además, se requiere que aquéllos tengan facultades para imponer a éstos la obligación o para disponer del derecho que del hecho confesado se deduzca.

(...)

1.3. El proceso a través del cual se tramita la acción de grupo está diseñado para establecer la responsabilidad frente al grupo y no frente a cada uno de los individuos que lo integran. No puede limitarse el interrogatorio en relación con quienes asistieron al proceso como accionantes o se vincularon con posterioridad, antes del auto que decreta las pruebas, con el argumento de que la confesión que realicen afectará sólo sus derechos individuales, pues si bien es cierto que los daños que cada uno sufra pueden ser diferentes, los demás elementos que tienden a establecer una causa común generadora del daño son comunes y, por lo tanto, la sentencia en la que se decida sobre la responsabilidad de la parte demandada por haber causado perjuicios a los miembros del grupo, derivados de una causa común, beneficiará o afectará a la colectividad, y no sólo a algunos de sus miembros.

1.4. Si bien a quien ejerce la acción la ley le atribuye la calidad de representante del grupo, no dispone de la capacidad para confesar en su nombre, pues el grupo legitimado para obtener la indemnización del daño no es una colectividad con personería jurídica, sino que apenas se constituye con ocasión de la producción del daño.

En los términos del artículo 48 de la ley 472 de 1998, quien actúe como demandante representa a las demás personas que hayan sido afectadas individualmente por los hechos vulnerantes, sin necesidad de que cada uno de los interesados ejerza por separado su propia acción, ni haya otorgado poder, es decir, que para efectos de reclamar la indemnización del daño, el demandante actúa como vocero de los demás integrantes del grupo afectado que no soliciten su exclusión dentro de las oportunidades legales, pero no puede aceptar en nombre de ese grupo los hechos que le sean desfavorables, porque los interesados no le han otorgado esa potestad, ni éste la adquiere, por virtud de la ley, por el hecho de presentar la demanda, como ya se señaló.

Dicho carácter deriva de la configuración procesal que a la acción le dio el legislador, inspirado en las “acciones de clase o representación” (class actio) del derecho norteamericano, como aquellas acciones que involucran intereses de una gran masa, relacionados, por ejemplo, con “el medio ambiente, la protección al consumidor, la defensa de los intereses de los pequeños accionistas frente a los abusos de quienes controlan las grandes sociedades anónimas y la aplicación de la legislación antimonopólica”⁶.

Pero, la calidad de representante del grupo afectado que ostenta el demandante no le confiere las facultades inherentes a los representantes legales de colectividades organizadas, pues el grupo legitimado para reclamar la indemnización de perjuicios no se constituye por su propia decisión de pertenecer a una colectividad con intereses comunes, sino por la fuerza de los hechos al sufrir daños individuales derivados de una misma causa.

La integración del grupo con ocasión del daño y no con precedencia al mismo como colectividad organizada, fue un tema definido por la Corte Constitucional, en sentencia C215 de 1999, al declarar inexecutable las expresiones “Las condiciones uniformes deben tener también lugar respecto de todos los elementos que configuran la responsabilidad” y “Las condiciones uniformes deben tener también lugar respecto de los elementos que configuran la responsabilidad”, contenidas, respectivamente, en el inciso primero de los artículos 3 y 46 de la ley 472 de 1998, con fundamento en los cuales esta Corporación había interpretado que para la procedencia de la acción de grupo se requería que el grupo que reclamara la indemnización del daño demostrara que antes de su causación ya existía como tal. Dijo la Sala:

“Entonces, lo que dispone la norma analizada es que el conjunto de personas que puede acceder a este mecanismo procesal debe ser uno de aquellos cuyos miembros compartan determinadas características; pero además, tales características deben ser predicables de esas personas sólo en cuanto todas ellas se han colocado - con antelación a la ocurrencia del daño- en una situación común, y sólo frente a aquellos aspectos relacionados con tal situación. Así las cosas, es claro que la condición de damnificado no podría constituir, en ningún caso, la condición uniforme que identifique a unas personas como miembros de un grupo”⁷

⁶ Así se destacó en la exposición de motivos del proyecto de ley No. 005/95, “por el cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia, en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo”, presentado por la Representante Viviane Morales Hoyos, publicado en la Gaceta del Congreso No. 207 de 27 de julio de 1995.

⁷ Providencias de la Sección de 2 de febrero de 2001, exp. AG-017, reiterada entre otros, en auto de 11 de diciembre de 2002, exp. AG1683 y de 18 de octubre de 2001, exp. AG-021.

No obstante, la Corte precisó que la exigencia legal de que el grupo preexistiera al daño no resultaba compatible con el diseño de la acción, pues la titularidad de la misma se definía en función de la afectación de un interés en circunstancias comunes y no de la existencia de un criterio de organización, pues con la acción se pretendía la reparación de intereses individuales y no colectivos y que, además, al ser procedente la acción para reclamar los daños padecidos tanto por grupos cerrados, esto es, donde fuera posible identificar todos sus miembros, como por grupos abiertos, en los cuales no fuera posible identificar con precisión quienes sufrieron los daños que se persigue indemnizar, se rompía “con la lógica de la preexistencia del grupo, dada la imposibilidad de afirmar la existencia de un principio de organización de hecho o de derecho entre personas indeterminadas: son los elementos de la responsabilidad (los hechos dañinos, el daño, y el nexo causal) los que constituyen al grupo y le dan identidad para efectos de la protección del interés jurídico del caso”.

(...)

En síntesis, la comunidad que se integra al menos por 20 personas que hubieren sufrido un daño proveniente de una causa común, tiene a su alcance el ejercicio de la acción colectiva consagrada en el artículo 88 de la Constitución y desarrollada por el Legislador en la ley 472 de 1998, la cual goza de mayores privilegios frente a las demás acciones indemnizatorias ordinarias, entre ellos el de que uno solo de los afectados puede demandar en nombre de todos los demás damnificados con el daño, estén o no identificados antes de la admisión de la demanda, pero quien los represente no tiene facultades diferentes a las que se precisan para ejercer debidamente la defensa de los intereses del grupo, pero no para asumir hechos que los desfavorezcan, en cuanto esa facultad no ha sido otorgada por todos los miembros del grupo ni por la ley.

1.5. La estructura del proceso impide llamar a interrogatorio de parte a todos los integrantes del grupo. *La noción de parte activa en la acción de grupo comprende a todos los individuos que han sufrido un perjuicio proveniente de una causa común, con independencia de que se presenten o no a actuar directamente en el proceso, con excepción de aquellos que hayan hecho uso del derecho de exclusión, circunstancia que impide concretar, en el momento de decretar las pruebas, quiénes son los integrantes del grupo.*

En efecto, en la acción de grupo la demanda puede ser interpuesta por una sola persona, de conformidad con lo establecido en los artículos 3, 46, 48-parágrafo y 52-4 de la ley 472 de 1998, con la condición de que se actúe en nombre de un grupo del que se afirma la calidad de afectado, integrado por un

número no inferior a 20 personas, y de que el accionante demuestre su pertenencia a ese grupo. Para el momento de presentación de la demanda es posible que se desconozca la identidad de los integrantes del grupo, según lo permite el artículo 52 de la ley 472 de 1998 que determina la aptitud de la demanda con la identificación de los integrantes del grupo, o con el suministro de los criterios para identificarlos con posterioridad, inclusive después de la sentencia⁸.

La normativa que regula la estructura del proceso permite identificar la existencia de dos grupos, dentro del proceso. Uno el grupo que promueve la demanda, otro el grupo afectado⁹.

La distinción entre estos grupos estriba en que el grupo accionante es aquél integrado por quienes ejercitan el derecho a accionar formulando la demanda a nombre de todo el grupo afectado, mientras que éste corresponde a aquél integrado por todas las personas que resultaron afectadas, con la advertencia de que la demanda puede ser presentada por una sola persona o por varias, mientras que cumplan con la condición de pertenecer al grupo afectado.

El grupo de accionantes se ve acrecentado con la llegada de otros afectados al proceso antes de la apertura a pruebas; igualmente, puede decrecer como consecuencia del ejercicio del derecho de exclusión. Por esta vía de interpretación, el grupo afectado corresponde a una acepción de contenido genérico, en la medida en que se identifica con aquél integrado por un número no inferior a veinte personas que hubieren sufrido un perjuicio individual procedente de una misma causa, grupo cuyos integrantes pueden ser identificados por sus nombres en la demanda, o, en su defecto, en la misma oportunidad deben ser expresados los criterios para identificarlos, en los términos del artículo 52 numerales 2 y 4 de la ley 472 de 1998. De este grupo hacen parte todos los afectados que no hayan logrado su exclusión del proceso, es decir, de él hacen parte: (i) el grupo accionante, (ii) quienes se presenten en el curso del proceso y, (iii) quienes nunca se presentaron a actuar en el proceso, pero en relación con los cuales la sentencia produce efectos y serán

⁸ 6 Se mantiene el criterio jurisprudencial establecido en auto de 1 de junio de 2000, exp: AG-001, en el cual se afirmó: “De conformidad con lo establecido en los artículos 3 y 46 de la ley 472 de 1998, la acción de grupo deberá ser interpuesta por un número plural o un conjunto de personas que reúnan condiciones uniformes respecto de una misma causa que les originó un perjuicio. Este grupo de personas no podrá ser inferior a 20, según la última disposición. Ahora bien, el párrafo del artículo 48 ibídem establece que el actor o quien actúe como demandante “representa a las demás personas que hayan sido afectadas individualmente por los hechos vulnerantes, sin necesidad de que cada uno de los interesados ejerza por separado su propia acción, ni haya otorgado poder”. “Por su parte, el numeral 4 del artículo 52 de la misma ley establece como requisito de la demanda, que el actor proporcione los nombres de quienes integran el grupo, o al menos suministre los criterios para identificarlos. Al armonizar estas disposiciones, concluye la Sala que si bien la acción puede ser interpuesta por una sola persona, ésta no puede actuar en nombre de un grupo inferior a 20 personas, las cuales deberán individualizarse en la misma demanda, o identificarse con antelación a su admisión, a partir de los criterios que señale el actor”

⁹ Sentencia de 6 de octubre de 2005, exp: AG-410012331000200100948-01

beneficiados con la indemnización ordenada en ella, si deciden acogerse a la misma dentro de los veinte días siguientes a su publicación.

En consecuencia, con el diseño que el Legislador ha dado a ese proceso, la sentencia produce efectos frente a todo el grupo afectado y no solo frente al grupo demandante y a quienes se hicieron presentes dentro del proceso. Así lo dispone el artículo 66 de la ley reguladora del tema: “la sentencia tendrá efectos de cosa juzgada en relación con quienes fueron parte del proceso y de las personas que, perteneciendo al grupo interesado, no manifestaron oportuna y expresamente su decisión de excluirse del grupo y de las resultas del proceso”.

En consecuencia, si al proceso iniciado en ejercicio de la acción de grupo se entienden vinculados no sólo la persona o el grupo que actúa como accionante, sino todos los que hubieren sufrido perjuicios con la causa común que se señala en la demanda, excepción hecha de aquellos que ejercen el derecho de exclusión, del cual se puede hacer uso inclusive después de la sentencia, no es posible, como lo pretende el peticionario de la prueba del interrogatorio de parte, que se cite a absolver tal interrogatorio a todos los que integren o lleguen a integrar el grupo, porque ese dato sólo se conocerá en una etapa posterior a la probatoria, esto es, en la actuación administrativa que adelante el Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos.

1.6. Si bien el artículo 68 de la ley 472 de 1998 remite al Código de Procedimiento Civil para la aplicación de sus disposiciones en los aspectos que no estén regulados en la ley, dicha remisión está condicionada al hecho de que tales normas no contraríen lo que en la misma ley se prevé.

Pero, como se ha señalado, las normas del Código de Procedimiento Civil relacionadas con el interrogatorio de parte sí contrarían la naturaleza de la acción de grupo, pues dicha prueba no aparece regulada en ese cuerpo normativo en relación con acciones colectivas, sino meramente, para acciones individuales, en las cuales se debate el interés de una persona, o de varias personas cuando integran un litisconsorcio, caso en el cual, según lo previsto en el artículo 196, la confesión que se haga en el interrogatorio de parte deberá provenir de todos los litisconsortes necesarios o facultativo, pues de lo contrario, la confesión que uno de ellos haga tendrá valor de prueba testimonial respecto de los demás.

Todo lo anterior no obsta para de manera oficiosa o a instancia de parte pueda llamarse a declarar a los integrantes del grupo conocidos

en el proceso, con de fin de que aclaren cuestiones litigiosas, pero sus afirmaciones no podrán ser tenidas como confesión.

Por lo tanto, cuando los artículos 76, 77 y 78 de la ley 472 de 1998 se refieren a la declaración de parte, al establecer, que la parte que rinda declaración podrá presentar documentos relacionados con los hechos; que cuando la parte en el interrogatorio manifieste que el conocimiento de los hechos lo tiene otra persona, deberá indicar el nombre de ésta y explicar la razón de su dicho, y que la parte al rendir su declaración podrá hacer dibujos, gráficas o representaciones con el fin de ilustrar su declaración, deberá entenderse que en dichas normas se está haciendo referencia al interrogatorio que como testimonio puede formularse a los miembros del grupo únicamente con el fin de aclarar aspectos relevantes del proceso, pero que su dicho carece del valor de confesión frente al grupo, lo cual no obsta para que pueda dársele tal alcance en el tema de la demostración de perjuicios individuales, sólo frente a quien rinda la declaración.

Por lo expuesto, se confirmará la providencia impugnada en cuanto negó la práctica de la declaración de parte a todos los miembros del grupo.”¹⁰

Con apoyo en los argumentos expuestos por el Consejo de Estado explicados en la providencia transcrita, este Despacho considera que la prueba de interrogatorio de parte solicitada por la demandada es impertinente, inconducente e inútil para demostrar los hechos expuestos en la contestación de la demanda.

2.3.5. NIÉGASE la solicitud de pruebas tendiente a que “*todos los testimonios extraprocesales rendidos por terceros y aportados por la parte accionante sean ratificados por los mismos*”, toda vez que no se precisan las declaraciones cuya ratificación se pretende y no se identifican las personas que en caso de decretarse la prueba deben asistir a la ratificación.

3. Autoridad Nacional de Licencias Ambientales

La entidad vinculada no aportó ni realizó solicitud especial de práctica de pruebas.

4. PRUEBA COMÚN CORPOCALDAS E HIDROELÉCTRICA EL EDÉN

4.1 Documental

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO -SECCION TERCERA. Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO. veinticinco (25) de octubre de dos mil seis (2006). Radicación número: 25000-23-27-000-2004-00502- 02(AG). Referencia: ACCION DE GRUPO - APELACION AUTO QUE NEGÓ PRUEBAS-.

Por la Secretaría del Tribunal OFÍCIESE al Instituto Geográfico Agustín Codazzi para que en un plazo que no podrá exceder diez (10) días hábiles, se sirva relacionar las fichas catastrales que se encuentran dentro de las coordenadas que se relacionan a continuación, indicando el número, municipio, corregimiento y nombre del propietario en caso de existir:

Puntos.	Coordenadas Este	Coordenadas Norte
1	883,000	1,078,970
2	883,830	1,079,720
3	885,890	1,082,300
4	887,460	1,082,950
5	888,740	1,082,420
6	888,730	1,081,370
7	885,120	1,079,990

1. Folio n° 10172; cédula catastral n° 00-02-012-054
Propietario: Noralba Giraldo Restrepo. Jesús María Pérez Zuluaga/o
Germán Guarín
2. Cédula catastral n° 0002000000110081000000000
Propietario: Nelson Herrera

4.2. Testimonial

DECRÉTASE la prueba testimonial solicitada por las demandadas, Corpocaldas e Hidroeléctrica El Edén. En consecuencia, el día **lunes catorce (14) de marzo de dos mil veintidós (2022) a partir de las nueve de la mañana (9:00 a.m.)** recepciónese el testimonio del señor **Jairo Mejía Serna**. De la comparecencia del testigo deberán encargarse las partes que pidieron la prueba.

Respecto de Corpocaldas el objeto de la prueba testimonial está relacionado con los hechos de la demanda, particularmente sobre las condiciones valuatoria y de producción agrícola de los terrenos ubicados en la zona de influencia de la "Central Hidroeléctrica El Edén" previo al inicio de la etapa constructiva y con posterioridad a la ejecución del mismo, así como sobre los argumentos esbozados en la presente contestación frente a los escritos presentados con la demanda elaborados por el señor José Norbey Quintero Corredor y la sociedad BIOOS S.A.S., de conformidad con lo establecido en el artículo 220 de la Ley 1437 de 2011 y 228 del Código General del Proceso.

En relación con la hidroeléctrica El Edén, el objeto de la prueba testimonial está relacionado con los valores comerciales de los predios de la zona objeto de la acción y la evolución de esos precios durante la construcción del proyecto.

Así mismo, el día **lunes catorce (14) de marzo de dos mil veintidós (2022) a partir de las diez de la mañana (10:00 a.m.)** recepciónese el testimonio del señor **Alcides Huguett Granados**. De la comparecencia del testigo deberán encargarse las partes que pidieron la prueba.

De acuerdo con la solicitud de pruebas de Corpocaldas la declaración está relacionada con los hechos de la demanda, particularmente sobre las condiciones de la zona, los resultados del estudio denominado "MODELO HIDROGEOLOGICO EN EL ÁREA DEL TÚNEL DE CONDUCCIÓN DE LA CENTRAL HIDROELÉCTRICA EL EDÉN", sobre los argumentos técnicos esbozados en la presente contestación frente al escrito presentado con la demanda elaborado por el Geólogo Alberto Loboguerrero Uscategui, de conformidad con lo establecido en el artículo 220 de la Ley 1437 de 2011 y 228 del Código General del Proceso.

Respecto de la Hidroeléctrica El Edén, la prueba testimonial tiene relación con lo que le conste de la forma como se adelantaron los estudios de hidrogeología que concluyeron que las aguas infiltradas en el túnel no tenían relación con las aguas de las quebradas que disminuyeron su cauce y todo lo demás que le conste sobre la construcción del túnel y la operación del proyecto hidroeléctrico el EDEN y el abastecimiento de agua en la zona de influencia del proyecto. Así mismo sobre el concepto dado por LOBO GUERRERO, la forma como se adelantaron los estudios hidrogeológicos elaborados por HIDROGEOCOL, las verificaciones que se hicieron para llegar a las conclusiones que se llegaron.

5. PRUEBA COMÚN PARTE DEMANDANTE E HIDROELÉCTRICA EL EDÉN

Por la Secretaría del Tribunal OFÍCIESE a Corpocaldas para que en un plazo que no podrá exceder diez (10) días hábiles, se sirva remitir copia de todo el expediente de la licencia ambiental otorgada mediante la Resolución n° 173 del 4 de mayo de 2011 y sus modificaciones y/o los expedientes que contengan todas las actuaciones que se deriven de la licencia ambiental señalada, y que dio origen a la expedición de LA LICENCIA AMBIENTAL DEL PROYECTO HIDROELECTRICO EL EDEN.

En caso que la información solicitada se haya aportado con la contestación de la demanda, la Central Hidroeléctrica el Edén SA ESP indicará la ubicación de la misma en el expediente.

6. PRUEBAS DE OFICIO

Hasta donde la ley lo permita, TÉNGANSE como pruebas los documentos que obran de folio 1567 a 1624, 1627 a 1629 y 1631 a 1632 del Cuaderno 1D.

7. TÉRMINO PROBATORIO

Para la práctica de estas pruebas, de conformidad con lo previsto en el artículo 62 de la Ley 472 de 1998 se fija un término de veinte (20) días, prorrogables hasta por otros veinte (20) días, contados a partir de su notificación.

8. OTRAS DECISIONES RESPECTO DE LAS MANIFESTACIONES DE LAS PARTES EN MATERIA DE PRUEBAS

El Despacho precisa que las objeciones y tachas presentadas por Corpocaldas (fls.2285 a 2301 C.1E) contra los dictámenes periciales aportados con la demanda serán objeto de pronunciamiento en la etapa procesal correspondiente.

Así mismo, respecto de **la objeción al juramento estimatorio**, aclara el Despacho que la figura del juramento estimatorio se encuentra prevista en el artículo 206 del CGP como una medida procesal que “(...) *busca desvirtuar las pretensiones que han sido sobreestimadas o temerarias imponiendo una sanción al demandante que no ha cumplido con dicha figura de alcance probatorio y frente a la cual la contraparte podrá tacharle de falso en caso de así considerarlo, con el suficiente raciocinio probatorio*”¹¹.

En efecto, la citada norma impone al demandante que solicita el reconocimiento de indemnización, compensación o pago de frutos o mejoras, estimar razonadamente su pretensión bajo juramento, con discriminación de cada concepto. La misma disposición establece que el juramento estimatorio hace prueba del monto de la pretensión, mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo, y prevé la manera en la que debe surtirse la objeción.

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Consejero Ponente: Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Auto del 4 de septiembre de 2017. Radicación número: 25000-23-36-000-2015-01065-03(59358).

El CGP contempló el juramento estimatorio no sólo como un requisito de la demanda¹² sino también como un medio autónomo de prueba, según se extrae del artículo 165 de dicho código, sobre el que se ha sostenido que *“(...) es una modalidad de declaración de parte, en la medida en que (...) el contendiente al que se le exige el juramento lo que hace, en últimas, es dar una versión del hecho (...)”*¹³ y se agrega *“(...) de manera idéntica a como lo hace si se le estuviera interrogando, solo que el contexto del juramento implica que la manifestación surge sin necesidad de que se dé la pregunta, lo que podría ser una base para justificar su tratamiento como medio de prueba autónomo (...)”*¹⁴.¹⁵

Con apoyo en jurisprudencia del Consejo de Estado¹⁶, ha sido criterio consolidado de este Tribunal Administrativo de Caldas considerar que el juramento estimatorio no es aplicable a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, por cuanto no fue previsto por la Ley 1437 de 2011 y tampoco lo contempló en el artículo 162 ibídem dentro de los requisitos de la demanda, en los cuales únicamente exigió estimar razonadamente la cuantía cuando fuere necesaria para determinar la competencia.

Al no existir en esta Jurisdicción el deber de estimar la cuantía bajo juramento como lo ordena el CGP, no es procedente imponerle a la parte ese medio de prueba para la demostración de la indemnización reclamada; máxime si se tiene en cuenta que en materia contencioso administrativa hay una incidencia importante en el patrimonio público y existen límites a la confesión, por lo que al momento de proferir una eventual condena, el Juez debe acudir a elementos de juicio que le aporten certeza sobre el monto discutido.

Revisada la demanda, se observa por el Despacho que la parte actora no solicitó que el juramento estimatorio fuera tenido en cuenta como medio de prueba, por lo que considera el suscrito Magistrado que es improcedente

¹² Numeral 6 del artículo 90 del CGP.

¹³ Cita de cita: Álvarez Gómez, Marco Antonio. ENSAYOS SOBRE EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO – VOLUMEN III. Bogotá: Editorial Temis, 2017. Pág. 22.

¹⁴ Cita de cita: López Blanco, Hernán Fabio. CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO – PRUEBAS. Bogotá: DUPRE Editores Ltda., 2019. Pág. 262.

¹⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Dr. Roberto Augusto Serrato Valdés. Auto del 29 de noviembre de 2019. Radicación número: 25000-23-41-000-2016-01687-02.

¹⁶ Al respecto, pueden consultarse las providencias del 24 de noviembre de 2017 (Sección Tercera, Subsección B, Consejero Ponente: Dr. Danilo Rojas Betancourth, Radicación número: 68001-23-33-000-2014-00119-01(54051)), del 7 de septiembre de 2018 (Sección Tercera, Subsección B, Consejera Ponente: Dra. Stella Conto Díaz del Castillo, Radicación número: 25000-23-36-000-2015-01113-01(60578)), del 29 de noviembre de 2019 (Sección Primera, Consejero Ponente: Dr. Roberto Augusto Serrato Valdés, Radicación número: 25000-23-41-000-2016-01687-02), y del 28 de mayo de 2020 (Sección Tercera, Subsección C, Consejero Ponente: Dr. Nicolás Yepes Corrales, Radicación número: 88001-23-33-000-2018-00031-01(64354)).

darle trámite a la objeción presentada por Corpocaldas, sin perjuicio de que en la respectiva sentencia que se dicte en este asunto y con base en el debate probatorio, se analicen las manifestaciones hechas por dicha entidad sobre la cuantía de los perjuicios alegados.

9. SOBRE LA RECEPCIÓN DE TESTIMONIOS Y CONTRADICCIÓN DE DICTÁMENES PERICIALES DECRETADOS EN ESTA PROVIDENCIA

Las mencionadas audiencias se realizarán de manera virtual a través de la plataforma Microsoft Teams, para lo cual se enviará invitación a los correos electrónicos informados por las partes, los apoderados y el Ministerio Público, quienes deberán conectarse desde un equipo con micrófono y cámara de video, atendiendo las indicaciones generales que se señalarán en la respectiva citación.

Se advierte a las partes y demás intervinientes que en el evento que requieran allegar poderes, sustituciones de poder u otros documentos para que sean tenidos en cuenta en la audiencia, deberán remitirlos a más tardar el día anterior a la celebración de la misma, únicamente al correo dispuesto para tal fin, esto es, a la dirección sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co. Cualquier documento enviado a otra dirección de correo, se tendrá por no presentado.

Para los fines anteriores, **REQUIÉRESE** a las partes para que dentro del término de tres (3) días contados a partir del día siguiente a la notificación del presente auto por estado electrónico, informen y alleguen lo siguiente:

1. Direcciones de correo electrónico de los testigos y peritos que rendirán su declaración conforme se dispuso en esta providencia, a las cuales pueda ser enviado el link a través del cual se conectarán a la diligencia.
2. Números telefónicos de los testigos y peritos que participarán en la audiencia.
3. Copia escaneada de la cédula de ciudadanía de los testigos y peritos citados.

Con base en lo dispuesto por el artículo 217 del Código General del Proceso, **RECUÉRDASE** a las partes que les corresponde velar por que sus testigos y los peritos comparezcan a la diligencia y en este caso rindan declaración en forma virtual, para lo cual éstos deberán conectarse a la audiencia de pruebas desde las direcciones de correo electrónico que informen al Despacho. Es conveniente señalar que los declarantes deberán estar aislados

de aquél que en un determinado momento esté rindiendo su testimonio, conforme lo exige el artículo 220 del citado estatuto procedimental civil.

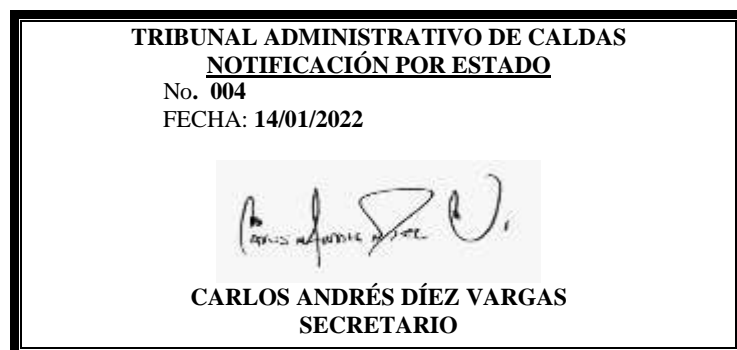
10. Requerimiento

REQUIÉRESE a Corpocaldas para que en el término de diez (10) días siguientes a la notificación del presente auto, digitalice o entregue en medio magnético los documentos aportados con el escrito de contestación a la demanda y que se encuentran relacionados en los folios 2302 a 2312 C.1E, los cuales se ubican en tres cajas denominadas “anexos contestación Corpocaldas”.

Una vez remitida la anterior información en medio magnético a la Secretaría del Tribunal, dicha dependencia la pondrá en conocimiento de las partes.

Notifíquese y cúmplase

AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



Firmado Por:

Augusto Ramon Chavez Marin

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Oral 5

Tribunal Administrativo De Caldas

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

Código de verificación:

**7217065c97032899a64ecfadffa921f4b1e6a76acfd415d9bfde1be
55e68ba17**

Documento generado en 13/01/2022 07:32:51 AM

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

17-001-23-33-000-2020-00079-00

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª UNITARIA DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, trece (13) de ENERO de dos mil veintidós (2022)

A.S. 001

De conformidad con el artículo 33 de la Ley 472/98, **SE CORRE** traslado a las partes, los terceros y al Ministerio Público para que, en el término de cinco (5) días presenten sus alegatos de conclusión y concepto de mérito, respectivamente, dentro del proceso iniciado en ejercicio de la acción **ACCIÓN POPULAR**, por la señora **DIANA CRISTINA RODRÍGUEZ LÓPEZ** en calidad de Administradora de la P.H. **CONJUNTO HABITACIONAL BOSQUES DE VILLA CAFÉ** contra el **MUNICIPIO DE MANIZALES, AGUAS DE MANIZALES S.A. E.S.P.**, la **CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CALDAS -CORPOCALDAS**, la **CONSTRUCTORA ECO EN LIQUIDACIÓN**, y la **CURADURÍA 2ª URBANA DE MANIZALES**, en el cual actúa como coadyuvante de la parte accionante la P.H. **ALTOS DE GRANADA**.

SE PREVIENE a las partes y demás intervinientes en el proceso, para que aporten todos sus memoriales a través de mensaje de datos, que deberá ser enviado al correo electrónico "sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co" único medio oficial para la recepción de documentos. **Por ende, cualquier mensaje enviado a otra dirección, NO será tenido en cuenta.**



AUGUSTO MORALES VALENCIA

Magistrado Ponente

REPÚBLICA DE COLOMBIA

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

Manizales, trece (13) de enero de dos mil veintidós (2022)

RADICADO	17-001-23-33-000-2019-00506-00
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	JAIRO ALBERTO GALLO GALLO
ACCIONADO	LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y EL MUNICIPIO DE FILADELFIA - CALDAS

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

PRETENSIONES

1. Declarar la nulidad del oficio emitido el 10 de agosto de 2019 por el Municipio de la Filadelfia – Caldas, que negó la solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías anualizadas causadas en los años 1993, 1994 y 1995, y de la sanción moratoria derivada del incumplimiento en la consignación anualizada de las cesantías en el respectivo fondo.
2. Declarar la nulidad del Oficio PS-1482 del 16 de julio de 2019 proferido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio frente a la solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías anualizadas causadas en los años 1993, 1994 y 1995, y las que han ocasionado el incumplimiento de la consignación anualizada de las cesantías en el respectivo fondo. Así mismo, negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria derivada del incumplimiento en la consignación anualizada de las cesantías del respectivo fondo.
3. Declarar que el demandante tiene derecho a que las entidades demandadas le reconozcan y paguen las cesantías anualizadas que le adeudan, causadas en los años 1993, 1994 y 1995.
4. Que se declare que el demandante tiene derecho a que las demandadas le reconozcan y paguen la sanción moratoria derivada del incumplimiento en la consignación anualizada de las cesantías en el respectivo fondo.

A título de restablecimiento del derecho se ordene:

1. Que las demandadas reconozcan y paguen las cesantías anualizadas que le adeudan por los años 1993, 1994 y 1995 y las que han ocasionado el incumplimiento de la consignación anualizada de las cesantías.
2. Que se condene a las entidades demandadas a pagar la sanción moratoria consagrada en la Ley 344 de 1996 reglamentada por el Decreto 1582 de 1998, que surge desde la omisión de la consignación de las cesantías causadas en los años 1993, 1994 y 1995, con permanencia en el tiempo, hasta cuando se efectúe el pago correspondiente; sanción que debe correr en forma particular para cada una de las anualidades de cesantías que se adeudan, y que se actualicen los valores debidos con base en el IPC y con los intereses respectivos.
3. Que se ordene a las accionadas el reconocimiento y pago de los intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de la sanción moratoria reconocida en la sentencia.
4. Que se ordene el cumplimiento del fallo en los términos del artículo 192 del CPACA.
5. Que se condene en costas a las demandadas.

HECHOS

- Que el señor Jairo Alberto Gallo Gallo labora en el Municipio de Filadelfia - Caldas desde el año 1993 hasta la fecha.
- Que el Municipio de Filadelfia - Caldas no consignó dentro del plazo fijado en la ley las cesantías correspondientes a los años 1993, 1994 y 1995, es decir, a más tardar el 14 de febrero del año siguiente a su causación.
- Que el 2 de julio de 2019 se presentó reclamación ante la entidad territorial con la finalidad de que se reconocieran y pagaran las cesantías no consignadas causadas en los años 1993, 1994 y 1995, la cual fue resuelta de manera negativa.
- El 02 de julio de 2019 se presentó reclamación ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio para que se reconocieran y pagaran las cesantías no consignadas causadas

en los años 1993, 1994 y 1995, la cual fue negada mediante oficio PS-1482 del 16 de julio de 2019.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Artículos 13, 25, 83 y 58 de la Constitución Política; artículos 13 y 15 de la Ley 344 de 1946; Artículo 1 y 2 del Decreto 1582 de 1998; Artículo 1 y 2 del Decreto 1252 de 2000; Ley 91 de 1989 y Decreto 3118 de 1968.

Indicó que las cesantías fueron consagradas en la Ley 6 de 1945 como un derecho del trabajador y una obligación a cargo del Estado. Y por su parte el Decreto 3118 de 1968 determinó como uno de los objetivos del Fondo Nacional del Ahorro el pago oportuno de las cesantías a los empleados públicos y trabajadores oficiales, es decir, que las cesantías dejaron de ser una obligación de la Caja Nacional de Previsión Social.

Precisó que las cesantías así concebidas se liquidaban con base en el régimen de retroactividad; no obstante, en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 se estableció una forma diferente de liquidación, la cual se aplicó a las relaciones laborales regidas por el Código Sustantivo del Trabajo.

Pese a ello, con la expedición de la Ley 344 de 1996 se consagró el régimen anualizado de liquidación de cesantías para los servidores públicos que se vincularan a partir de su vigencia; y el Decreto 1582 de 1998 estableció un nuevo régimen de cesantías para los servidores públicos del nivel territorial vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996. En este orden de ideas, los empleados que ingresaron a la administración pública con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996 se encuentran cobijados por el régimen anualizado de liquidación de cesantías, al igual que los vinculados con anterioridad, pero que se hubieran acogido a este régimen; y para la liquidación y pago se rigen por lo que en esa materia consagra la Ley 50 de 1990 y demás normas concordantes.

Explicó que, en consecuencia, se evidencian dos sistemas de liquidación de cesantías para los servidores públicos del orden territorial: 1. El sistema retroactivo de cesantías, que se liquidan con base en el último sueldo devengado, sin lugar a intereses, determinado por la Ley 6 de 1945 y demás disposiciones que la reglamentan o modifican, el cual se aplica para los vinculados antes del 30 de diciembre de 1996. Y 2. El sistema de liquidación definitiva anual, manejado a través de los fondos de cesantías creados por la Ley 50 de 1990, aplicado para los vinculados con posterioridad al 31 de diciembre de 1996.

Adujo que los docentes municipales son empleados públicos, y resaltó que su régimen de prestaciones sociales, que incluye no solo al personal nacional y nacionalizado sino también al territorial, está establecido en la Ley 91 de 1989 para el personal que figure vinculado antes del 31 de diciembre de 1989; y el que ingresó con posterioridad, se rige por las normas aplicables a los empleados del orden nacional, Decreto 3135 de 1968, Decreto 1848 de 1969 y Decreto 1045 de 1978, en concordancia con la Ley 60 de 1993.

Aseguró que por ello existe una diferencia entre el régimen prestacional de los servidores públicos vinculados antes de la expedición de la Ley 91 de 1989 y los vinculados con posterioridad, pues los primeros conservan el régimen de liquidación retroactiva, mientras que los segundos se rigen por el régimen de liquidación anualizada.

Indicó que la mencionada Ley 91 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual atiende las prestaciones sociales de los docentes vinculados antes o después de la expedición de esa norma, y de conformidad con el numeral 3 del artículo 15 de esta disposición, el fondo debe pagar a los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicios, o proporcionalmente, sobre el último salario devengado; y para los docentes que se vinculen a partir del 1° de enero de 1990 y los nacionales, el fondo reconocerá un interés anual sobre el saldo de esas cesantías existentes a 31 de diciembre de cada año, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés que, de acuerdo a la certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo periodo.

Que la Ley 812 de 2003 previó que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales que se encuentra vinculados al servicio público oficial es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de esa ley.

Precisó en cuanto a la afiliación al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, que la Ley 43 de 1975 ordenó la nacionalización de la educación, y señaló que quedarían automáticamente afiliados al fondo los docentes nacionales o nacionalizados vinculados a la fecha de promulgación de la Ley 91 de 1989; y que posteriormente el Decreto 1752 de 2003 previó en el artículo 1° la obligación en cabeza de los entes territoriales de efectuar la afiliación al fondo de los docentes que estuvieran vinculados a plantas de personal antes del 31 de octubre de 2004.

Finalmente, y en relación con la sanción moratoria, hizo alusión a la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006 para referenciar la penalidad establecida para el pago tardío de cesantías, para indicar que en el evento en que no se realice el pago de las misma dentro del término establecido en estas normas, es procedente reconocer la sanción allí prevista, misma que puede ser aplicada a los docentes en virtud del principio de favorabilidad.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO: en relación con los hechos indicó que unos eran ciertos; que otros no le constaban y de otros que se atenía a lo que resultara probado en el proceso. Seguidamente, se opuso a la prosperidad de las pretensiones.

Propuso las excepciones de:

- **Legalidad de los actos administrativos:** indicó que los actos administrativos emitidos por la entidad se encuentran ajustados a derecho.
- **Prescripción extintiva:** manifestó que respecto de las cesantías reclamadas correspondientes a los años 1993, 1994 y 1995 operó el fenómeno de la prescripción extintiva.
- **Buena fe:** el reconocimiento de las cesantías se hizo conforme a la ley, salvaguardando los derechos del actor y del patrimonio público.
- **Genérica:** pidió se declare cualquier otra excepción que se encuentre probada en el proceso.

MUNICIPIO DE LA FILADELFIA - CALDAS: en relación con los hechos adujo que unos eran ciertos, que otros no lo eran, y de otros que no le constaban. A continuación, se opuso a la prosperidad de las pretensiones.

Propuso como excepciones:

- **Inexistencia de la obligación:** indicó que, si las pretensiones del demandante se contraen a lograr el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías dentro del plazo fijado en las normas por él citadas, se puede concluir con facilidad que no existe obligación legal alguna de hacer estos reconocimientos.

- **Inexistencia de legislación frente a la imposición de sanción por mora en la consignación del auxilio de la cesantía en favor del demandante en los años 1993, 1994 y 1995:** la normativa no regula reconocimiento alguna de sanción moratoria por el no pago oportuno del auxilio de las cesantías, además de que al actor conforme a los años que se reclama no le asiste derecho alguno a la sanción que reclama.

- **Prescripción:** manifestó que sin que implique reconocimiento de los hechos y pretensiones, propone la excepción frente a cualquier derecho que se hubiera causado a favor del demandante y que según las normas vigentes debe verse afectado por el fenómeno de la prescripción.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte Demandante: en sus alegatos se ratifica en los expuesto en la demanda, haciendo un recuento de la normativa que regula el reconocimiento y pago de las cesantías anualizadas.

Parte demandada

Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio: citó la Ley 91 de 1989 para referenciar la creación del fondo, así como el régimen prestacional de los docentes nacionales y nacionalizados, para aducir que no hay lugar a reclamar el pago de la sanción moratoria sobre las cesantías no consignadas para los años 1993, 1994 y 1995, ya que el actor para esa época no estaba afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Aunado a ello, y al tenor de la sentencia de unificación relacionada con la prescripción de la sanción moratoria, adujo que en este caso operó ese fenómeno, ya que transcurrieron más de 3 años después de la causación del derecho.

Municipio de Filadelfia- Caldas: insistió en la legalidad de los actos administrativos y la no aplicación de las normas citadas en el concepto de la violación al caso del actor.

Finalmente, mencionó el tema de la prescripción, y resaltó que en este caso pasaron más de 10 años después de la causación del derecho, pues se reclaman cesantías de los años 1993, 1994 y 1995.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Luego de hacer un recuento de las actuaciones surtidas dentro el proceso y la normativa referente a la sanción moratoria, concluyó que los actos administrativos demandados no contravienen el ordenamiento jurídico, por cuanto la decisión de la administración de negar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la inoportuna consignación de sus cesantías anuales, de conformidad con lo previsto en la Leyes 50 de 1990 y 344 de 1996, se sujetó a la normativa en que debía fundarse y, por lo tanto, es ajustada a derecho, motivo por el cual procede desestimar los cargos de nulidad sustancial formulados en la demanda y negar pretensiones.

CONSIDERACIONES

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

Las excepciones propuestas por las accionadas son de fondo, por lo que quedarán subsumidas en el estudio que de este se realice.

Problemas jurídicos.

1. ¿Tiene derecho la parte demandante a que se le reconozcan y paguen las cesantías anualizadas correspondientes a los años 1993, 1994 y 1995; y, en caso positivo, qué entidad debe hacerse responsable del pago de esta prestación?

En caso que deban reconocerse y pagarse las cesantías se deberá analizar:

2. ¿Tiene derecho el señor Jairo Alberto Gallo Gallo a que se le reconozca sanción moratoria por la no consignación de las cesantías de los años 1993, 1994 y 1995; u operó el fenómeno de la prescripción?

Lo probado

- Mediante Decreto 113 del 21 de septiembre de 1993 se nombró al señor Jairo Alberto Gallo Gallo en el cargo de docente para el nivel de básica primaria sector rural del Municipio de Filadelfia - Caldas; cargo del cual tomó posesión el día 21 de septiembre de 1993 (fols. 47-48 C.1).

- A través de Resolución nro. 6158-6 del 17 de septiembre de 2014, el Secretario de Educación del Departamento de Caldas reconoció unas cesantías parciales para adquisición de vivienda al señor Jairo Alberto Gallo Gallo por valor de \$30.000.000.00; suma de dinero que se sostuvo sería cancelada por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (fols. 59- 60, C.1).

En este acto administrativo se consignó que el docente había prestado sus servicios durante 20 años, 3 meses y 11 días; lapso comprendido entre el 1993/9/21 hasta 2013/12/31.

En la parte motiva de esta resolución, se realizó un cuadro que contenía los siguientes reportes de cesantías desde el año 1990:

1990	
1991	
1992	
1993	
1994	
1995	
1996	402.751
1997	540.581
1998	739.295
1999	974.388
2000	1.064.325
2001	1.340.661
2002	1.406.756
2003	1.490.685
2004	1.486.098
2005	1.809.684
2006	1.920.546
2007	1.796.706
2008	2.176.973
2009	2.330.360
2010	2.351.431
2011	2.912.496
2012	3.009.250
2013	3.267.333

VALOR TOTAL CESANTÍAS LIQUIDADAS	\$ 30.920.319
---	----------------------

- Mediante peticiones enviadas tanto a la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como al Municipio de Filadelfia - Caldas, el señor Gallo Gallo solicitó el reconocimiento y pago de las cesantías anualizadas que se le adeudaban por los años 1993, 1994 y 1995, su indexación y la sanción moratoria consagrada en la Ley 1071 de 2006, modificatoria de la Ley 244 de 1995, por la no consignación de las cesantías en tiempo (fols. 37 a 46).

- A través de oficio que data del 10 de julio de 2019, el Alcalde del Municipio de La Filadelfia- Caldas respondió la reclamación administrativa presentada por el señor Jairo Alberto Gallo Gallo relacionada con el pago de unas cesantías, y le indicó que las obligaciones relacionadas con esta prestación estaban a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues esta entidad había asumido las obligaciones de los maestros que eran plazas municipales y departamentales, por lo que no era procedente acceder a su reclamación, la cual además sería remitida a la fiduciaria (fol. 50 a 55).

- Reposa de folio 108 - 109 el convenio de con financiación nro. 146-94 suscrito por el alcalde del municipio de Filadelfia y el representante legal de la Fiduciaria Popular para la financiación de plazas docentes municipales rurales – plan de universalidad de la educación básica primaria.

En este convenio, el ente territorial se comprometió a adelantar las acciones tendientes a la financiación de 8 plazas docentes municipales rurales, cuyo pago durante el año 1994 estaría a cargo de la fiduciaria con los dineros que para el efecto le entregó en administración fiduciaria el Fondo del Ministerio de Educación Nacional.

- Según la historia laboral del demandante pedida como prueba de oficio, que se recepcionó en CD que reposa a folio 194 del expediente, indica que el señor Gallo Gallo se encuentra activo en la Secretaria de Educación del Departamento de Caldas; de igual forma obra que éste se afilió al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a partir del 01 de enero de 1996.

- Según el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio al demandante se le reconocieron las cesantías parciales mediante Resolución 6158-6 del 17 de septiembre de 2014 por el periodo de tiempo correspondiente a la afiliación a este fondo y que

actualmente se encuentra activo.

Primer problema jurídico

¿Tiene derecho la parte demandante a que se le reconozcan y paguen las cesantías anualizadas correspondientes a los años 1993, 1994 y 1995; y, en caso positivo, qué entidad debe hacerse responsable del pago de esta prestación?

Tesis: la Sala defenderá la tesis de que el accionante tiene derecho a que el Municipio de Filadelfia le pague las cesantías anualizadas correspondientes a los años 1993, 1994 y 1995, ya que no hay prueba de que el ente territorial haya cumplido con esa obligación laboral en el momento en que esta prestación se causó; sin que se haya extinguido el derecho por prescripción ya que la relación laboral aún subsiste.

Marco normativo

Frente al régimen anualizado de cesantías, la Ley 50 de 1990 por medio de la cual se introdujeron reformas al Código Sustantivo del Trabajo previó en su artículo 99 la forma de liquidar las cesantías en los siguientes términos:

ARTÍCULO 99.- *Reglamentado por el Decreto 1176 de 1991. El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:*

1ª. El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.

2ª. El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.

3ª. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo. Ver Oficio de fecha 25.11.98. Secretaría Distrital de Salud. Fondo Nacional del Ahorro. CJA09751998

4ª. Si al término de la relación laboral existieren saldos de cesantía a favor del trabajador que no hayan sido entregados al Fondo, el empleador se los pagará directamente con los intereses legales respectivos.

5ª. Todo trabajador podrá trasladar su saldo de un fondo de cesantía a otro de la misma naturaleza. El Gobierno fijará el procedimiento que deba seguirse para el efecto.

6ª. Los Fondos de Cesantía serán administrados por las sociedades cuya creación se autoriza, y cuyas características serán precisadas en los decretos que dicta el Gobierno Nacional, en orden a:

a. Garantizar una pluralidad de alternativas institucionales para los trabajadores, en todo el territorio nacional;

b. Garantizar que la mayor parte de los recursos captados para orientarse hacia el financiamiento de actividades productivas.

7ª. Todos los aspectos que no se modifiquen específicamente por esta Ley, continuarán regulados por las normas vigentes del régimen tradicional relativas al auxilio de cesantía.

PARÁGRAFO.- *En el evento que los empleadores deban efectuar la liquidación y consignación de la cesantía a que se refiere este artículo y no existan suficientes Sociedades Administradoras de Fondos de Cesantías autorizadas para funcionar, el Gobierno Nacional podrá transitoriamente autorizar a otras entidades u ordenar a las instituciones financieras con participación estatal mayoritaria para que cumplan las funciones de Sociedades Administradoras de Fondos de Cesantía.*

Esta norma estaba destinada únicamente a los trabajadores cobijados por las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo; sin embargo, con la expedición de la Ley 344 de 1996 se hizo extensiva a los servidores públicos las disposiciones concernientes a las cesantías.

En efecto, la Ley 344 de 1996 definió el régimen anualizado de liquidación de cesantías para los servidores públicos que se vincularan a partir de su vigencia, y puntualmente en su artículo 13 previó lo siguiente:

ARTÍCULO 13. *Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, a partir de la publicación de la presente Ley, las personas que se vinculen a los Organos y Entidades del Estado tendrán el siguiente régimen de cesantías:*

a) El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral;

b) Les serán aplicables las demás normas legales vigentes sobre cesantías, correspondientes al órgano o entidad al cual se

vinculen que no sean contrarias a lo dispuesto en el literal a) del presente artículo.

<Inciso 3o. INEXEQUIBLE>

PARÁGRAFO. *El régimen de cesantías contenido en el presente artículo no se aplica al personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.*

Por su parte, el Decreto 1582 de 1998, que reglamentó parcialmente los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5 de la Ley 432 de 1998, dispuso en su artículo 1 que: *“El Régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990; y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5 y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998 (...).”*

Así mismo, el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1991, previó una penalidad a cargo del empleador, a título de sanción, por la tardanza en la consignación del auxilio de cesantías al fondo al que el empleado se encuentre afiliado, para lo cual estimó la fecha en la que la obligación se haría exigible, de modo que frente a la mora en la consignación de dicha prestación resulta procedente el pago de una sanción correspondiente a un día de salario por cada día de retardo. Es decir, si al 15 de febrero de la siguiente anualidad no se verifica el depósito del monto correspondiente en el fondo de cesantías al que el empleado se encuentre afiliado, el mismo podrá requerir el reconocimiento y pago de la sanción contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, antes citado.

En relación con los docentes, hasta antes de la expedición de la Ley 91 de 1989, las prestaciones sociales de los empleados públicos habían sido reconocidas de manera genérica, y sin hacer una referencia expresa este personal; no obstante, con esta norma se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y con él se determinó que esta entidad se encargaría del pago de prestaciones sociales reconocidas a favor de los docentes, y determinó para ello cuál sería el personal docente nacional, nacionalizado y territorial; del mismo modo, cuál sería el régimen aplicable para cada uno de ellos, así:

ARTÍCULO 1º. *Para los efectos de la presente Ley, los siguientes términos tendrán el alcance indicado a continuación de cada uno de ellos:*

1. Personal nacional. Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional.

2. Personal nacionalizado. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1 de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975.

3. Personal territorial. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1 de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975.

Parágrafo - Se entiende que una prestación se ha causado cuando se han cumplido los requisitos para su exigibilidad.

Por su parte, el artículo 2 *ibídem* reguló lo relativo al reconocimiento de sus prestaciones, en los siguientes términos:

ARTÍCULO 2. *De acuerdo con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975, la Nación y las entidades territoriales, según el caso, asumirán sus obligaciones prestacionales con el personal docente, de la siguiente manera:*

(...)

5. Las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado que se causen a partir del momento de la promulgación de la presente Ley, son de cargo de la Nación y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; pero las entidades territoriales, la Caja Nacional de Previsión Social, el Fondo Nacional de Ahorro o las entidades que hicieron sus veces, pagarán al Fondo las sumas que resulten adeudar hasta la fecha de promulgación de la presente Ley a dicho personal, por concepto de las prestaciones sociales no causadas o no exigibles.

Y el artículo 15 en relación con las cesantías dispuso:

ARTÍCULO 15. *A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1º de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:*

1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1o. de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley

...

3. Cesantías:

A. Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.

B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1. de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1o. de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional.”(Se resalta)

De acuerdo a lo anterior, el régimen aplicable al reconocimiento de cesantías fue unificado con la Ley 91 de 1989 para todos aquellos docentes que se vincularan con posterioridad al 1º de enero de 1990, e incluso para los docentes nacionales vinculados a la fecha de expedición de la referida ley, estos últimos frente a las cesantías causadas con posterioridad a la referida fecha.

Así las cosas, por expresa disposición legal, el régimen de cesantías para los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1990 es anualizado, indistintamente del orden nacional, nacionalizado o territorial de su vinculación, pues la norma únicamente estableció diferencias con base a este último factor –orden de la vinculación- únicamente en casos de docentes vinculados con anterioridad a dicha fecha.

Las anteriores aseveraciones encuentran respaldo en providencia del 25 de marzo de 2010 proferida por el H. Consejo de Estado¹, en la cual se explicó:

Se deduce entonces, que la Ley 91 de 1989 estableció un régimen que reguló la situación de los docentes, en atención al proceso de nacionalización de la educación

¹ Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. 63001-23-31-000-2003-01125-01(0620-09).

previsto en la Ley 43 de 1975 y que implicaba la existencia tanto de docentes vinculados por la Nación como de docentes que habiendo sido vinculados por una entidad territorial, serían nacionalizados.

Los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial y los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1º de enero de 1990, se les aplicarán las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

En lo que atañe a las cesantías de los docentes nacionalizados, se conservó el sistema de retroactividad para los vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, de conformidad con la normativa vigente en la entidad territorial, y a los docentes nacionales y a los vinculados a partir del 1º de enero de 1990, se les aplicaría un sistema anualizado de cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses". (Se destaca)

Ahora bien, la Ley 812 de 2003 en su artículo 81 señaló que el régimen prestacional de *"Los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley"*.

Con fundamento en lo anterior, y con el objeto de lograr la afiliación de los docentes territoriales al aludido fondo, el Decreto Nacional 3752 de 2003 estableció:

Artículo 1º.- Personal que debe afiliarse al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Los docentes del servicio público educativo que estén vinculados a las plantas de personal de los entes territoriales deberán ser afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, previo el cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en los artículos 4º y 5º del presente decreto, a más tardar el 31 de octubre de 2004.

Parágrafo 1º.- La falta de afiliación del personal docente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio implicará la responsabilidad de la entidad territorial nominadora por la totalidad de las prestaciones sociales que correspondan, sin perjuicio de las sanciones administrativas, fiscales y disciplinarias a que haya lugar.

Parágrafo 2º.- Los docentes vinculados a las plantas de personal de las entidades territoriales de manera provisional deberán ser afiliados provisionalmente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio mientras conserve su nombramiento provisional.

Artículo 5°. Trámite de la afiliación del personal de las entidades territoriales. Presentada la solicitud de afiliación por parte de la entidad territorial, dentro de los sesenta (60) días siguientes, se adelantará el siguiente procedimiento:

1. Elaboración del cálculo actuarial que determine el total del pasivo prestacional, presentando de manera separada cesantías y pensiones, del personal docente que se pretende afiliar y, por tanto, el valor de la deuda de la entidad territorial con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Tal cálculo será elaborado, con cargo a los recursos del Fondo, por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo de sus recursos y la respectiva entidad territorial de conformidad con los parámetros que señale el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para el efecto.

2. Definido el monto total de la deuda, previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, este será comunicado a la entidad territorial por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo. Tal comunicado deberá indicar, adicionalmente, el plazo y la forma de pago que deberá ajustarse, en todo caso, a lo establecido en el artículo 1° de la Ley 549 de 1999. El monto a pagar por vigencia se cubrirá con los recursos que traslade el FONPET al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Si estos recursos no fueren suficientes, la entidad territorial aportará de sus recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

3. El Ministerio de Educación Nacional, en su calidad de fideicomitente de la fiducia mercantil por medio de la cual se administran los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ejercerá la interventoría del mismo. (Subrayas de la Sala)

Al dejar claro lo anterior, debe advertirse que en épocas anteriores las Altas Cortes plantearon la posición de que la Ley 50 de 1990 no era aplicable a los docentes en atención a que no estaban amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en esta norma, como quiera que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, cuyo artículo 13 les hizo extensivas las normas vigentes en materia de cesantías, pero se hizo la salvedad de que ello era sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989, lo que se tradujo en que lo allí dispuesto no cobijaba al personal docente.

Sin embargo, esta posición fue replanteada tanto por la Corte Constitucional como por el Consejo de Estado, quienes en virtud del principio de favorabilidad aceptaron que esta

norma fuera aplicada a los docentes en materia de sanción moratoria por la consignación extemporánea de las cesantías anuales, ya que la Ley 91 de 1989 nada previó al respecto, de manera que para estos, el valor reconocido con corte a 31 de diciembre de cada año por concepto de la aludida prestación, también les debe ser consignado en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a más tardar el 14 de febrero del año siguiente a su causación, so pena de que se incurra en mora equivalente a un día de salario por cada día de retraso, tal como se planteó en las sentencias SU-098 de 2018 y sentencia SU-332 de 2019 de la Corte Constitucional, y como lo expuso el Consejo de Estado en providencia de la Sección Segunda – Subsección A del 5 de noviembre de 2020, radicado 08001-23-33-000-2013-00782-01(1644-16) en la que concluyó:

Bajo el anterior derrotero, la Subsección ha considerado viable acoger el criterio de favorabilidad aplicado en sede constitucional, para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales a los docentes, al amparo de lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990. Por ende, se aplicará el anterior criterio a fin de establecer si la demandante es beneficiaria de la sanción pretendida en la demanda, en los términos del segundo problema jurídico planteado al inicio de estas consideraciones.

Al descender al caso concreto, se encuentra probado que el señor Jairo Alberto Gallo Gallo pertenece al régimen de cesantías anualizado, ya que se posesionó el 21 de septiembre de 1993 en el cargo de docente de la Escuela Rural de la Vereda “La Mediación” del municipio de Filadelfia, es decir, con posterioridad al 1º de enero de 1990, lo que le da derecho a que sus cesantías sean consignadas cada año antes del 14 de febrero.

Ahora, frente a la consignación de las cesantías correspondientes a los años 1993, 1994 y 1995 debe advertirse, de acuerdo a lo probado en el expediente, que en la resolución que reconoció unas cesantías parciales al docente en el año 2014, al momento de relacionarse el reporte de las cesantías desde el año 1990 al año 2010, no se consignó valor alguno en los años 1993, 1994 y 1995. Y frente a este tema se indicó por parte del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio que el pago parcial de cesantías que se reconoció al docente fue calculado con cesantías pagadas del año 1996 al 2010, por lo que infirieron que no fueron incluidas las de los 3 años mencionados.

Aunado a ello, el Municipio de Filadelfia no pudo brindar información sobre el tema, pues afirmó en respuesta a prueba de oficio decretada por el despacho, que no había encontrado documentos en sus archivos sobre el docente, además que al no ser la entidad

que profirió el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías parciales ninguna información puede dar al respecto (folio 199 cuaderno principal)

De la historia laboral se puede extraer que el Departamento de Caldas no consignó cesantías de los años 1993, 1994 y 1995 al docente porque el ente territorial no estaba a cargo del pago de los docentes nombrados por el municipio, pues solo se hizo cargo de ellos a partir del 1° de enero de 1996, cuando mediante decretos departamentales se incorporaron a la estructura orgánica, por lo que a partir del 1° de enero de 1996 fue que se empezaron a consignar las cesantías al docente (CD obrante a folio 194)

Se probó además que la afiliación al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio se dio a partir del 1 de enero de 1996 (CD obrante a folio 194 del cuaderno principal)

De lo anterior se puede inferir que al docente Gallo Gallo no se le reconocieron y pagaron las cesantías causadas durante los años 1993, 1994 y 1995, lo que hace procedente su reconocimiento.

Sin embargo, de acuerdo a lo anterior, se desprende que esta obligación no radicaba ni en cabeza del departamento de Caldas ni en cabeza del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, quienes se hicieron cargo del docente a partir del año 1996, sino que el directo responsable era el Municipio de Filadelfia, ya que para estos años se trataba de un docente que hacía parte de la planta de personal del ente territorial, sin que este hubiera demostrado que su pago correspondía a otra entidad.

Debe resaltarse además que no hay prescripción del derecho, ya que, aunque el docente en primer momento fue nombrado por el Municipio de Filadelfia y luego incorporado a la planta de cargos del departamento, se concluye que no hubo solución de continuidad, es decir, no se presentó interrupción del servicio, lo que denota que su relación laboral como docente se ha mantenido, por lo que bajo este supuesto las cesantías tienen el carácter de imprescriptibles.

Por lo anterior, y siguiendo los lineamientos del Consejo de Estado en casos similares al presente², se ordenará al municipio de Filadelfia que proceda a reconocer al docente Gallo Gallo las cesantías correspondientes a los años 1993, 1994 y 1995, y proceda a realizar su consignación al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, conforme lo señala el artículo 2 de la Ley 91 de 1989, para que este a su vez, pueda cancelarlo al beneficiario, sin

² sección segunda - subsección a, 17 de junio de 2021 - radicación número: 08001-23-31-000-2014-00815-01(4979-17)

que requiera solicitud nueva, pues ya la misma se hizo en su oportunidad.

Segundo problema jurídico

¿Tiene derecho el señor Jairo Alberto Gallo Gallo a que se le reconozca sanción moratoria por la no consignación de las cesantías de los años 1993, 1994 y 1995; u operó el fenómeno de la prescripción?

Tesis: La Sala defenderá la tesis que, aunque es posible aplicar la sanción moratoria establecida en la Ley 50 de 1990 por la no consignación de las cesantías, en este caso operó el fenómeno de la prescripción trienal por no haberse reclamado su pago dentro de los 3 años siguientes a su causación.

Lo primero que deberá advertirse sobre este tema, es que, tanto en sede administrativa como en el concepto de la violación planteado en la demanda, la parte actora hizo alusión a que la sanción moratoria debía ser reconocida conforme lo establecido en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, las cuales fijaron los términos para el pago oportuno de las cesantías y establecieron las sanciones en caso de incumplimiento a favor de los servidores públicos.

La Ley 244 de 1995 contempló:

Artículo 1º.- Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de la liquidación de las Cesantías Definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal deberá expedir la Resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la Ley.

Artículo 2º.- La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la fecha de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las Cesantías Definitivas del servidor público, para cancelar esta prestación social.

Parágrafo. En caso de mora en el pago de las cesantías de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo.

La anterior disposición fue modificada por la Ley 1071 de 2006, en la cual se ampliaron los destinatarios de la norma.

Como puede observarse, estas disposiciones no solo impusieron unos términos específicos para el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías, sino que también indicaron una sanción por el no cumplimiento de los plazos establecidos a favor de los trabajadores públicos, dentro de los cuales se incluyeron los docentes, quienes también son destinatarios de estas normas.

Sin embargo, se infiere que esta sanción fue establecida para aquellos eventos en que se reclame la prestación por parte del trabajador bien sea para vivienda, educación o cuando termina la relación laboral, y la misma no es reconocida y pagada en los términos allí previsto, pero no es la norma que determina la sanción atinente al evento en que las cesantías no son consignadas en el fondo antes del 14 de febrero de cada año, que es la que en este caso se está reclamando por la parte actora, derivada del no pago de las cesantías de los años 1993, 1994 y 1995.

Pese a que el supuesto normativo que adujo el accionante para el reconocimiento de la sanción no es el procedente pues invocó la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006, la Sala analizará si por el no pago de las cesantías de los años 1993, 1994 y 1995 se generó la sanción moratoria establecida en la Ley 50 de 1990, norma que según se aclaró en el anterior problema jurídico es aplicable a los docentes que reciben cesantías bajo el régimen anualizado, y que sí determina la posibilidad de aplicar en virtud del principio de favorabilidad el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 ya que la Ley 91 de 1989 no contempla de manera expresa sanción por la no consignación de las cesantías al Fondo de Prestaciones Sociales.

La sanción que estableció la Ley 50 de 1990 en el numeral 3 del artículo 99 por la tardanza en la consignación del auxilio de cesantías al fondo al que el empleado se encuentre afiliado, consiste en reconocer un día de salario por cada día de retraso, que se contabiliza a partir del 15 de febrero del año siguiente al de la causación del derecho, supuesto que sería aplicable a este caso, ya que se dejó claro que al señor demandante no se le consignaron cesantías por los años 1993, 1994 y 1995, lo que denotaría el derecho que tiene a la penalidad indicada.

A pesar de lo anterior, debe estudiarse si esa sanción moratoria se reclamó en término o prescribió, y para ello es necesario hacer referencia a la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, aclarada a través de sentencia de unificación del 6 de agosto de 2020, que estudiaron el tema de la prescripción de la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990.

La sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, proferida dentro del proceso radicado 08001-23-31-000-2011-00628-01 (0528-14) concluyó lo siguiente:

Siendo así y como quiera que las Subsecciones A y B han aplicado la prescripción trienal en asuntos relativos a sanción moratoria, se considera que no hay controversia alguna sobre ese particular; no obstante, sí es del caso precisar que la norma que se ha de invocar para ese efecto, es la consagrada en el Código de Procedimiento Laboral, artículo 151, que es del siguiente tenor literal:

(...)

La razón de aplicar esta disposición normativa y no el término prescriptivo consagrado en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 196915, previamente citados, consiste en que tales decretos en forma expresa señalan que la prescripción allí establecida, se refiere a los derechos de que tratan las referidas normas, entre los cuales no figura la sanción moratoria, pues para la época de su expedición, la sanción aludida no hacía parte del ordenamiento legal, la que solo fue creada a partir de la consagración del régimen anualizado de las cesantías, en virtud de la Ley 50 de 1990.

[...]

Conclusiones

1.- Las cesantías anualizadas, son una prestación imprescriptible. Las cesantías definitivas sí están sometidas al fenómeno de la prescripción.

2.- La sanción o indemnización moratoria sí está sometida al fenómeno de prescripción trienal y la norma aplicable para ese efecto, es el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral.

3.- La fecha a partir de la cual procede la reclamación de la indemnización por la mora en la consignación de las cesantías anualizadas, es el momento mismo en que se produce la mora, es decir, desde el 15 de febrero del año en que se debió realizar el pago.

4.- La fecha hasta la cual corre la mora, producto del incumplimiento en la consignación de las cesantías anualizadas, es aquella en que se produce la desvinculación del servicio.

5.- El salario a tener en cuenta para liquidar la indemnización moratoria es el que devenga el empleado en el momento en que se produce la mora, y cuando concurren dos o más periodos de cesantías y una mora sucesiva, el salario a tener en cuenta para la liquidación cambia en el momento en que se genera un nuevo periodo de mora, en los términos previamente descritos.

Y en la sentencia de unificación del 6 de agosto de 2020, proceso con radicado 08001-23-33-000-2013-00666-01 se determinó sobre la prescripción:

Reglas de unificación jurisprudencial.

87. De acuerdo con lo anterior, la Sección Segunda fija la siguiente regla jurisprudencial:

(i) El momento a partir del cual se contabiliza el término de la prescripción de la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990-, es desde su causación y exigibilidad, es decir, 15 de febrero de la anualidad siguiente, por ende, la reclamación administrativa deberá presentarse dentro de los tres años siguientes, so pena de configurarse la prescripción extintiva.

(ii) Cuando se acumulen anualidades sucesivas de sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990 por la ausencia de consignación de cesantías anualizadas, el término prescriptivo deberá contabilizarse de manera independiente por cada año, de tal modo que el empleado dispone de 3 años contados a partir del 15 de febrero del año siguiente a su causación para reclamar la sanción moratoria correspondiente, so pena de su extinción.

Efectos en el tiempo.

88. La regla que se ha aplicado respecto de los efectos en el tiempo de las sentencias de unificación como precedente, ha sido la retrospectividad de la jurisprudencia (retrospective overruling, adjudicative retroactivity), y la excepción es la prospectividad (prospective overruling). Esta última hipótesis presupone la aplicación de un juicio de ponderación, que permita determinar cuál es la decisión que más efectiviza los principios constitucionales⁵⁷.

89. En reciente decisión esta Corporación defendió la prospectividad del precedente cuando: i) las partes en un litigio hayan fundado sus pretensiones o defensa, según el caso, única y exclusivamente en el precedente vigente al momento de su actuación ante la jurisdicción; ii) el fundamento de dicho precedente no haya sido cuestionado en el trámite del proceso; y iii) el cambio opere en un estadio procesal en el que resulte imposible reconducir las pretensiones o replantear la defensa pues, en esas circunstancias, la aplicación de la nueva regla jurisprudencial no solo sorprendería a las partes sino que, de facto y sin posibilidades de reformular los términos del litigio, dejaría sin sustento la posición jurídica defendida por una de ellas ⁵⁸.

90. Por lo anterior, las reglas jurisprudenciales que se definen en esta sentencia deben aplicarse de manera retrospectiva a todos los casos pendientes de decisión tanto en vía administrativa como en vía judicial, dejando a salvo por cosa juzgada los conflictos decididos con antelación.

De los apartes transcritos se desprende de manera inequívoca, que la sanción por mora prevista ante la eventualidad del retardo o la no consignación del auxilio de cesantías por parte del empleador al empleado cuando estas son anualizadas, se encuentra sometida al acaecimiento del fenómeno de la prescripción extintiva, para lo cual el término a tener en cuenta es el previsto en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral.

Asimismo, se concluye que el momento que determina el surgimiento del derecho a reclamar el reconocimiento y pago de la sanción por mora es aquel en el cual se hace exigible la obligación, en este caso, de depositar el valor de las cesantías al respectivo fondo, cuya procedencia opera de pleno derecho al encontrarse dicha obligación sometida al plazo previsto en la ley, esto es, desde el 15 de febrero del año siguiente al de la causación de las cesantías, y por ello su reconocimiento debe ser reclamado dentro de los 3 años siguientes.

Para el caso concreto, se evidencia que mediante reclamación radicada en la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas el 02/07/2019 (fol. 37), se solicitó a la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no solo el reconocimiento de las cesantías anualizadas de los años 1993, 1994 y 1995, sino también la sanción moratoria consagrada en la Ley 1071 de 2006; trámite que a su vez se adelantó frente al municipio de Filadelfia, mediante petición que fue enviada por correo ese mismo día, 02/07/2019 (fol. 50).

Como en este caso se reclama el pago de las cesantías correspondientes a los años 1993, 1994 y 1995, y su sanción moratoria, de acuerdo a las sentencias de unificación el derecho al reconocimiento y pago de la penalidad prescribió, en atención a que el término para reclamar la misma frente a cada año, era de 3 años, tal como se ilustra en el siguiente cuadro:

AÑO	FECHA LEGAL PARA CONSIGNAR	FECHA EN QUE OPERÓ LA PRESCRIPCIÓN
1993	14 DE FEBRERO DE 1994	15 DE FEBRERO DE 1997
1994	14 DE FEBRERO DE 1995	15 DE FEBRERO DE 1998
1995	14 DE FEBRERO DE 1996	15 DE FEBRERO DE 1999

Por lo expuesto, no hay lugar al reconocimiento de la sanción moratoria, por haber operado el fenómeno de la prescripción frente a este derecho.

Conclusiones

En primer momento, se decide que no es procedente declarar la nulidad del acto administrativo ficto, en atención a que se determina que la responsabilidad del pago de las cesantías del docente por los años reclamados no corresponde a la Nación – Ministerio de

Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad frente a la cual se negarán pretensiones.

Se declarará la nulidad parcial del oficio del 10 de julio de 2019, emitido por el municipio de Filadelfia, mediante el cual se negó el reconocimiento de las cesantías correspondientes a los años 1993, 1994 y 1995.

En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, se ordenará al municipio de Filadelfia que proceda a reconocer al docente Gallo Gallo las cesantías correspondientes a los años 1993, 1994 y 1995, y a realizar la consignación de estas al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Las sumas de dinero a reconocer al actor, previo a consignarse al fondo, deberán ser reajustadas con la siguiente fórmula adoptada por el H. Consejo de Estado:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

De donde (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH) que es lo dejado de percibir por la parte actora, por el guarismo que resulta de dividir el Índice Final de Precios al Consumidor certificado por el DANE, y vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice inicial vigente para la fecha en que debió hacerse el pago.

La pretensión relacionada con la sanción moratoria será negada, por haber operado el fenómeno de la prescripción, y en tal sentido se declarará probada esta excepción.

Costas

Conforme al artículo 188 del CPACA, modificado por la Ley 2080 de 2021, no se condenará en costas en este proceso, ya que las pretensiones de la demanda prosperaron parcialmente.

Por lo expuesto, **LA SALA PRIMERA DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: DECLARAR PROBADA la excepción de prescripción frente al reconocimiento de la sanción moratoria, propuesta tanto por el municipio de Filadelfia – Caldas como por la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO** presentado por **JAIRO ALBERTO GALLO GALLO** contra **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y EL MUNICIPIO FILADELFIA – CALDAS**, según lo plasmado en las consideraciones.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad parcial del oficio del 10 de julio de 2019 emitido por el Municipio de Filadelfia- Caldas, mediante el cual se negó el reconocimiento de las cesantías correspondientes a los años 1993, 1994 y 1995.

En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, **SE ORDENA** al Municipio de Filadelfia que proceda a reconocer al docente Gallo Gallo las cesantías correspondientes a los años 1993, 1994 y 1995, y a realizar la consignación de estas al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, para que esta entidad a su vez una vez recibido el aporte, consigne lo correspondiente al beneficiario, sin que se requiera nueva solicitud por parte del actor.

Las sumas de dinero que se reconocen en este proceso deberán ser reajustadas, de acuerdo con la fórmula consagrada en esta providencia, antes de ser consignadas a órdenes del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

TERCERO: NEGAR las demás pretensiones.

CUARTO: SIN COSTAS por lo brevemente expuesto.

QUINTO: ORDENAR al **MUNICIPIO DE FILADELFIA - CALDAS** que dé cumplimiento a esta sentencia conforme lo dispone los artículos 192 y 194 del CPACA.

SEXTO: Ejecutoriada esta providencia, **LIQUÍDENSE** los gastos del proceso, **DEVUÉLVANSE** los remanentes si los hubiere y **ARCHÍVESE** el proceso, previas las anotaciones del caso en el sistema Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

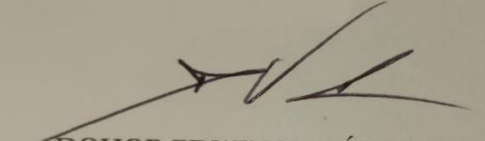
Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Virtual celebrada el 13 de enero de 2022 conforme Acta nro. 002 de la misma fecha.



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. 004 del 14 de enero de 2022

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, trece (13) de enero de dos mil veintidós (2022).

RADICADO	17001-23-33-000-2021-00218-00
MEDIO DE CONTROL	EJECUTIVO
ACCIONANTE	ALIANZA FIDUCIARIA S.A como administradora del FONDO ABIERTO CON PACTO DE PERMANENCIA C*C
ACCIONADO	NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Procede la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas a estudiar la admisión de la demanda presentada dentro del proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

Se presentó demanda ejecutiva con la finalidad que se libre mandamiento de pago a favor de la parte accionante y en contra de la Fiscalía General de la Nación por las siguientes sumas de dinero:

1. CIENTO DIEZ MILLONES QUINIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y TRES PESOS (\$110'587.983) M/Cte., que corresponde al capital dejado de pagar por la demandada, conforme al citado contrato de cesión de créditos, de fecha 17 de agosto de 2016 y que consta en la sentencia de primera instancia fechada el 7 de octubre de 2010, Proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas, la cual fue revocada por la sentencia de segunda instancia de fecha 10 de diciembre de 2015, proferida por el Consejo de Estado. Sección Tercera - Subsección "C", dentro del proceso de reparación directa incoado por Luis Alberto Mendoza Sánchez y otros en contra de la Nación - Fiscalía General de la Nación, Exp. No. 2007-00032-01, debidamente ejecutoriada el día 15 de febrero de 2016.

2. Por la suma de CIENTO CUARENTA Y NUEVE MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL CIENTO TREINTA Y SIETE PESOS CON OCHENTA Y SIETE CENTAVOS (\$149'895.137,87) M/Cte., valor correspondiente a los intereses moratorios causados desde el día siguiente a la fecha

de ejecutoria de la sentencia, esto es desde el día 16 de febrero de 2016, causados sobre el capital indicado en el numeral anterior, hasta el 19 de abril de 2021. Así mismo, solicitamos se liquiden los intereses de mora, liquidados desde el día 20 de abril de 2021 y hasta la fecha de pago de la obligación.

3. Se condene al demandado al pago de las costas, agencias en derecho y demás gastos que se causen dentro del proceso.

Mediante auto del 21 de octubre de 2021 se ordenó corregir la demanda y se otorgó un plazo de 10 días, contados a partir de la notificación del auto, lo cual ocurrió mediante estado del 22 de octubre.

Según constancia secretarial que reposa en el archivo #07 del expediente digital y que data del 11 de noviembre del 2021, el demandante, dentro del término otorgado para subsanar el libelo petitorio, presentó memorial de corrección.

CONSIDERACIONES

El despacho sustanciador del proceso mediante auto del 21 de octubre de 2021, al tenor de lo establecido en el artículo 5 del Decreto 806 de 2020, 74 del CGP y numeral 8 del artículo 162 del CPACA, adicionado por el artículo 35 de la Ley 2080 de 2021, ordenó corregir la demanda, so pena de rechazo, en los siguientes aspectos:

1. Allegar el poder mediante mensaje de datos con las formalidades que para este caso se establecen en el Decreto 806 de 2020; o mediante documento escrito con firma manuscrita, pero con presentación personal, según el artículo 74 del CGP.

2. cumplir con la carga establecida en el numeral 8 del artículo 162 del CPACA, adicionado por el artículo 35 de la Ley 2080 de 2021, y acreditar el envío de la demanda, los anexos y la corrección a la entidad ejecutada.

El artículo 170 del CPACA consagró lo siguiente:

ARTÍCULO 170. INADMISIÓN DE LA DEMANDA. *Se inadmitirá la demanda que carezca de los requisitos señalados en la ley por auto susceptible de reposición, en el que se expondrán sus defectos, para que el demandante los corrija en el plazo de diez (10) días. Si no lo hiciere se rechazará la demanda.*

Dentro del plazo establecido en el anterior artículo, la demandante envió documentos de subsanación que reposan en el archivo #06 expediente digital.

Al examinar los mismos, se observa que se aportó un escrito mediante el cual se indicó que se subsanaba la demanda de la siguiente manera:

1. Se allega poder otorgado por Tatiana Andrea Ortiz Betancur, como representante legal para asuntos judiciales de Alianza Fiduciaria S.A. al abogado Jorge Alberto García Calume, aportando la constancia del envío y recibo del correo electrónico donde se confirió el poder otorgado, esto desde, el correo de notificaciones judiciales de Alianza Fiduciaria S.A., notificacionesjudiciales@alianza.com.co, el cual fue recibido por el Doctor Jorge Alberto García Calume, como apoderado de la demandada, al correo electrónico jorge.garcia@escuderoygiraldo.com.

2. Se acredita la carga establecida en el numeral 8 del artículo 162 del CPACA, adicionado por el artículo 35 de la Ley 2080 de 2021, en el sentido de enviar la demanda y los anexos al correo electrónica de la parte demandada, la cual fue allegada al correo electrónico de notificaciones jur.notificacionesjudiciales@fiscalia.gov.co.

Al revisar los folios 3 a 11 del archivo mencionado, se constata que se aportó:

- Poder otorgado por Tatiana Andrea Ortiz Betancur a Jorge Alberto García Calume (fol. 3).
- Pantallazo que da cuenta del envío de un correo electrónico de la cuenta de jorge.garcia@escuderoygiraldo.com a la cuenta jur.notificacionesjudiciales@fiscalia.gov.co, en el cual se consignó que se enviaba copia de la demanda y los anexos (fols. 4).
- Poder otorgado por Tatiana Andrea Ortiz Betancur a Jorge Alberto García Calume (fol. 5).
- Pantallazo que da cuenta del envío de un correo electrónico de la cuenta de jorge.garcia@escuderoygiraldo.com a la cuenta jur.notificacionesjudiciales@fiscalia.gov.co, en el cual se consignó que se enviaba copia de la demanda y los anexos (fols. 6).
- Certificado de existencia y representación de Alianza Fiduciaria S.A (fols. 7 a 11).

Ello significa que, transcurrido el término legal conferido para subsanar la demanda, la parte actora únicamente enmendó la orden de corrección relacionada con enviar la copia de la demanda y los anexos a la Fiscalía, y no lo relativo al otorgamiento de poder, por lo siguiente.

El despacho sustanciador del proceso advirtió que la manera en que se otorgó el poder no permitía identificar si se había hecho con fundamento en el artículo 5 del Decreto 806 de 2020 o el artículo 74 del CGP, por lo que no era posible reconocer personería. En tal sentido, requirió a la parte demandante para que lo confiriera con los requisitos de ley, de acuerdo a la norma que le servía de soporte.

Cuando se revisa la corrección, según lo informado por la parte actora, el poder se otorgó al tenor de lo establecido en el artículo 5 del Decreto 806 de 2020, al afirmarse que se adjuntaba la constancia del envío y recibo del correo electrónico desde donde se confirió; sin embargo, dentro de los anexos del escrito de subsanación no se allegó tal documento, pues solo aparece el escrito de poder, y los pantallazos de los correos electrónicos que fueron enviados solo están relacionados con la remisión de la demanda y los anexos a la Fiscalía General de la Nación.

Se resalta que aunque el Decreto 806 de 2020, expedido con ocasión de la pandemia ocasionada por el COVID-19, buscó solucionar las dificultades que trajo la necesidad en salud de aislamiento social que generó trabas en los quehaceres propios del ejercicio profesional del derecho, y, en tal sentido, facilitó la aplicación de las tecnologías de la información en algunas actividades procesales, para el caso del poder otorgado mediante mensaje consagró unos requisitos, en aras de poder identificar al otorgante y garantizar la integridad y veracidad del mensaje de datos. Así las cosas, en caso de conceder el poder mediante la forma establecida en el artículo mencionado se debe aportar prueba que dé cuenta que fue otorgado desde la dirección electrónica del poderdante y enviado al correo electrónico del apoderado inscrita en el Registro Nacional de Abogados, el cual en este caso no se cumplió.

Lo anterior, no se trata de una interpretación exegética de la norma, ya que existen unas formalidades en el artículo 5 del Decreto 806 de 2020 que deben ser acatadas en caso de querer que se reconozca personería al abogado al que se le otorga poder de esta manera; y es claro que en este caso el despacho dio la oportunidad de enmendar la irregularidad que observó en este documento sin que así se hiciera.

Se debe advertir, finalmente, que el poder tampoco cumpliría los requisitos determinados en el artículo 74 del CGP, ya que no tiene presentación personal.

En consecuencia, la Sala adoptará la consecuencia jurídica prevista en el artículo 170 del CPACA, y, en tal sentido, rechazará la demanda por no corrección.

Por lo brevemente expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas,

RESUELVE:

1. **RECHAZAR**, por no corrección, la demanda ejecutiva presentada por **ALIANZA FIDUCIARIA S.A** como administradora del **FONDO ABIERTO CON PACTO DE PERMANENCIA C*C** contra **NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**.

2. En firme este auto archívense las diligencias, previas las anotaciones respectivas. No se ordena devolución de anexos pues la demanda se presentó por medios digitales.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

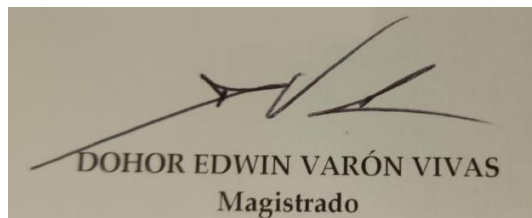
Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión Virtual, celebrada el 13 de enero de 2022, conforme Acta nro. 002 de la misma fecha.



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. 004 del 14 de enero de 2022.

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

SALA PRIMERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: MANUEL ZAPATA JAIMES CARLOS

Manizales, trece (13) de enero de dos mil veintidós (2022)

RADICADO	17001-33-39-008-2016-00167-02
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	TRANSPORTES GRAN CALDAS S.A
DEMANDADO	CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Procede la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas a resolver solicitud de aclaración de la sentencia, presentada por la parte demandada, contra la sentencia de segunda instancia proferida por esta Corporación el día 21 de octubre de 2021.

Al respecto expuso que en el fallo del Tribunal se consignó que la entidad no había presentado alegatos de conclusión, cuando lo cierto es que estos fueron allegado a través de correo electrónico enviado el día 4 de marzo de 2021.

CONSIDERACIONES

El artículo 285 del Código General del Proceso, norma aplicable por remisión del artículo 306 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, establece:

La sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la pronunció. Sin embargo, podrá ser aclarada, de oficio o a solicitud de parte, cuando contenga conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidas en la parte resolutive de la sentencia o influyan en ella.

En las mismas circunstancias procederá la aclaración de auto. La aclaración procederá de oficio o a petición de parte formulada dentro del término de ejecutoria de la providencia.

La providencia que resuelva sobre la aclaración no admite recursos, pero dentro de su ejecutoria podrán interponerse los que procedan contra la providencia objeto de aclaración.

Según lo anterior, la sentencia solo puede ser objeto de aclaración cuando contenga conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidas en la parte resolutoria de la sentencia. Pero también advierte la norma, que esta solicitud deberá radicarse dentro del término de ejecutoria de la providencia.

En el presente proceso el fallo de segunda instancia fue notificado por estado del 25 de octubre de 2021, y mediante mensaje electrónico enviado ese mismo día; presentándose memorial por parte del apoderado de la Contraloría el día 28 de octubre de 2021, es decir, dentro del término de ejecutoria, por lo que se procederá a emitir pronunciamiento.

Al momento de recibir la solicitud de aclaración, y en atención a su fundamento, el despacho sustanciador del proceso requirió a la Secretaría de la Corporación para que informara si en el correo electrónico sec01admcal@cendoj.ramajudicial.gov.co se recibió un mensaje el día 4 de marzo de 2021 enviado por el abogado Oscar Gerardo Arias Escamilla, el cual contenía unos alegatos de conclusión presentados por la entidad demandada en el proceso de la referencia.

En respuesta a este requerimiento, la citadora del Tribunal informó que efectivamente el día 4 de marzo de 2021 se recibió al correo electrónico mencionado memorial enviado por el doctor Oscar Gerardo Arias Escamilla, el cual contenía unos alegatos de conclusión dirigidos al proceso de la referencia, pero que en ese momento no se advirtió su recepción.

Al revisar el escrito que se anexó con la respuesta que emitió la Secretaría al requerimiento, se constata que son los alegatos de conclusión que en el trámite de segunda instancia presentó el abogado Oscar Gerardo Arias Escamilla, apoderado de la Contraloría General de la República, los cuales se radicarón en tiempo ya que el traslado se surtió entre el 24 de febrero y el 9 de marzo del año en curso.

Lo anterior, denota que se cometió un error en la sentencia de segunda instancia, al haberse consignado que la entidad no presentó alegatos de conclusión ante esta Corporación, cuando lo cierto es que se radicarón en tiempo.

Sin embargo, esta situación no constituye causal de aclaración del fallo emitido el día 21 de octubre de 2021, ya que esta figura procesal se emplea cuando la providencia contiene conceptos o frases que ofrecen motivo de duda, siempre que estén contenidas en la parte resolutive de la providencia o influyan en ella, por lo que el haber omitido realizar un resumen de los alegatos de conclusión de la Contraloría en los antecedentes de la providencia no encaja en esta hipótesis.

Aunado a ello, al revisar los argumentos que expuso el apoderado de la demandada en los alegatos de conclusión no se advierte argumento que modifique el sentido del fallo, pues a grandes rasgos afirmó que el término de prescripción de 5 años establecido en el artículo 9 de la Ley 610 de 2000 no se configuró, ya que en el proceso adelantado contra la demandante se presentó la suspensión de términos de que trata el artículo 13 *ibídem* por haberse expedido la Resolución 010 del 31 de diciembre de 2014, publicada en el Diario Oficial, la cual ha reconocido la jurisdicción contenciosa administrativa tuvo su génesis en una situación de fuerza mayor, que es una de las causales establecidas para suspender el proceso fiscal; argumentos que fueron compartidos en la providencia del 21 de octubre de 2021 emitida por esta Sala Primera de Decisión.

Lo anterior, demuestra que no existen fundamentos para proceder a aclarar la sentencia del 21 de octubre de 2021, ya que no se cumple la hipótesis que plantea la norma.

Por lo anteriormente expuesto, **LA SALA PRIMERA DECISIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**, en Sala de Decisión

RESUELVE:

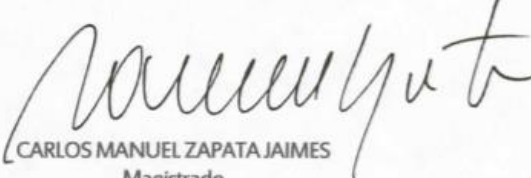
PRIMERO: TENER POR PRESENTADOS EN TIEMPO los alegatos de conclusión en segunda instancia por parte de la Contraloría General de la República.

SEGUNDO: NO ACLARAR la sentencia proferida por esta corporación el día 21 de octubre de 2021 dentro del Proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por **TRANSPORTES GRAN CALDAS S.A** contra **LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA**, según lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: Ejecutoriado este auto, **DÉSELE** cumplimiento al ordinal tercero del fallo de segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

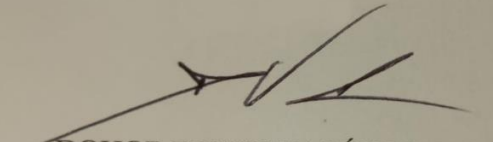
Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Virtual realizada el 13 de enero de 2022 conforme Acta nro. 002 de la misma fecha.



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. 004 del 14 de enero de 2022.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, trece (13) de enero de dos mil veintidós (2022)

PROCESO NO.	17-001-33-39-006-2016-00223-02
CLASE	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	CENTRO COMERCIAL PARQUE CALDAS
ACCIONADO	INSTITUTO DE VALORIZACIÓN DE MANIZALES - INVAMA

Procede la Sala primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, a dictar sentencia de segunda instancia, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra el fallo que accedió a las pretensiones, proferido por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, el 04 de febrero de 2020, dentro del proceso de la referencia.

PRETENSIONES

Se declare la nulidad del Oficio nro. 310-2016-1E-0000945 del 16 de mayo de 2016, por medio del cual el INVAMA fijó las condiciones del cobro del alumbrado público al Centro Comercial Parque Caldas.

A título de restablecimiento del derecho se ordene al INVAMA devolver las sumas de dinero pagadas por el Centro Comercial Parque Caldas por concepto de alumbrado público a partir del mes de mayo de 2016.

Petición subsidiaria

Se declare la nulidad parcial del Oficio nro. 310-2016-1E-0000945 del 16 de mayo de 2016, por medio del cual el INVAMA fijó las condiciones del cobro del alumbrado público al Centro Comercial Parque Caldas, quedando solo incluidos los inmuebles que sean de propiedad del centro comercial.

A título de restablecimiento del derecho, se ordene al INVAMA devolver las sumas de dinero pagadas por los inmuebles del Centro Comercial Parque Caldas por concepto de alumbrado público a partir del mes de mayo de 2016 que no sean de propiedad del centro comercial – propiedad horizontal.

HECHOS

La demanda se sustenta en los siguientes supuestos fácticos:

- El Centro Comercial Parque Caldas recibió en el mes de abril de 2016 la factura nro. 18169553 por concepto de alumbrado público cobrado por el INVAMA por un valor de \$822.063.00 el cual fue cancelado de manera oportuna.
- En el mes de mayo de 2016 se recibió la factura nro. 18277132 por valor a pagar por concepto de alumbrado público la suma de \$9.691.739.00, es decir que el impuesto aumentó en la suma de \$8.869.676.00.
- Ante la reclamación efectuada por el centro comercial, el INVAMA dio respuesta mediante oficio nro. 310-2016-1E0000945 del 16 de mayo de 2016, el cual se indica que el cobro corresponde a la clasificación de los locales comerciales de la propiedad.
- Respecto de una solicitud similares por parte de otros centros comerciales el INVAMA mediante Oficio nro. 210-2017-IE-00000505 del 21 de marzo de 2017 manifestó que el cobro del alumbrado público recaería sobre cada uno de los locales que cuentan con los servicios públicos de domiciliarios de acueducto y alcantarillado.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

A su juicio, indica como normas transgredidas: artículo 13 de la Constitución Política; artículos 1 y 3 del CPACA y Acuerdo nro. 0673 expedido por el Concejo de Manizales.

Como concepto de la violación esgrime que, teniendo en cuenta que el Centro Comercial Parque Caldas no ostenta la titularidad jurídica de la totalidad de los inmuebles que hacen parte de la propiedad horizontal, no es viable jurídicamente la determinación y cobro efectuado por el INVAMA respecto del alumbrado público, toda vez que, el acto cuya nulidad se depreca carece de uno de los elementos de la obligación tributaria, lo que genera la nulidad total del acto administrativo.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

INVAMA: en su contestación manifiesta que se opone a todas y cada una de las pretensiones de la parte actora.

Como argumentos de defensa esgrime las excepciones que denominó:

Mala fe del demandante: el accionante pretende cobrar sumas de dinero que no se adeudan por concepto de obligaciones de alumbrado público, ya que las mismas se causaron y se pagaron.

Cobro de lo no debido: como quiera que el impuesto de alumbrado público es legal y se debe pagar por todos aquellos propietarios o poseedores de uno o varios inmuebles que cuentan con cualquiera de los servicios domiciliarios.

Inexistencia de causa para demandar: el cobro del alumbrado público es una obligación de carácter legal según lo establecido en el Acuerdo Municipal nro. 0673 de 2008 y Acuerdo nro. 0799 de 2013, siendo imperativo el deber de cancelar todas las obligaciones causadas por él, mes a mes, como se tiene previsto en la factura que expide el INVAMA.

Inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones: solicita se declare la nulidad del Oficio nro. 310-2016-IE0000945 del 16 de mayo de 2016 y se entiende que se solicita la nulidad total, *contrario sensu* como lo establece dentro de las pretensiones del libelo demandatorio, donde se solicita la nulidad parcial del mismo acto administrativo, quedando latente la indebida acumulación de pretensiones.

Confusión: no existe claridad en las pretensiones incoadas por la parte accionante.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Sexto Administrativo de Circuito mediante sentencia del 04 de febrero de 2020 accedió a las pretensiones de la demanda.

Luego de hacer un recuento de la demanda, de la contestación, de las pruebas allegadas al cartulario y de la normativa que regula el cobro del alumbrado público, concluye que efectivamente el INVAMA incurrió en falsa motivación y violación al derecho a la igualdad, en la expedición del acto administrativo demandado, por lo que declara la nulidad del

mismo, ordenando devolver las sumas de dinero canceladas por concepto de alumbrado público entre le mes de mayo de 2016 al mes de octubre de 2017.

RECURSO DE APELACIÓN

El INVAMA en su recurso alega que difiere del fallo proferido en cuanto a las sumas de dinero a reintegrar, toda vez que el pago demostrado por concepto de alumbrado público, en su consideración, no corresponde al establecido en la pretensión segunda del proceso. Como argumentos del recurso de apelación esgrimió:

Si bien no hay oposición frente a la declaratoria de falsa motivación frente al acto Administrativo demandado, por estar de acuerdo a lo manifestado por el despacho, lo que no es objeto de aceptación es la cuantía de las sumas tema de devolución, sobre lo cobrado y que en consecuencia se ordenó al INVAMA hacer la devolución al centro comercial parque Caldas, de las sumas de dinero canceladas por concepto del impuesto de alumbrado público, entre el mes de mayo de 2016 al mes de octubre de 2017.

Lo que no estamos de acuerdo es sobre la cifra objeto de devolución, por concepto del impuesto de alumbrado público, del anterior periodo, en el siguiente sentido:

Ya que se estableció unos extremos de tiempo, el cual se certifica por parte de líder de cartera de la empresa de Aguas de Manizales los recaudos de INVAMA de mayo del año 2016 a septiembre del año 2017 correspondientes al 19547, que corresponde a la PH Parque Caldas.

El oficio que reposa a folio 19 del cuaderno 3 en el que se señala que los pagos se realizaron hasta el 15 de septiembre de 2017, situación ratificada en memorial de la parte demandada que obra a folio 2.

Destacó que no se presentó como soporte de pago por parte del Centro Comercial Parque Caldas, las facturas debidamente canceladas objeto de reclamo y sobre ésta situación hay que hacer énfasis, ya que como documento soporte de pago ellos como empresa que paga oportunamente sus facturas deben de presentar la carga de la prueba y como se dijo anteriormente dentro del plenario, **obra por su ausencia**, a sabiendas que ellos son los que quedan con el soporte de pago, para poder llevar su contabilidad, situación ésta que no le consta al Instituto, ya que la entidad recaudadora para la fecha era la Empresa Aguas de Manizales y ella era la encargada de recaudar los dinero y enviarlo al Instituto **sin soporte legal de los recaudos individuales realizados**.

Señala que la estimación razonada de la cuantía fue de **nueve millones seiscientos noventa y un mil setecientos treinta y nueve pesos M/cte (\$9.691.739)**, que según el reclamante se canceló esa suma a la empresa Aguas de Manizales, pero dentro de la pretensión segunda se lee claramente que a título de restablecimiento de derecho se **devuelvan (sic)**

las sumas de dinero pagadas a partir del mes de mayo de 2016, por los locales, cuyo titular jurídico no es el centro comercial Parque Caldas.

Corolario de lo anterior, resulta imposible efectuar la devolución de las sumas cobradas a los locales comerciales, tal como se solicita dentro de la pretensión, ya que en la misma no se establece cuáles fueron los locales que al parecer pagaron dicha factura de cobro a la Empresa Agua de Manizales.

Ahora bien, dentro de la demanda inicial en la estimación razonada de la cuantía se determinó la suma de (\$9.691.739) y posteriormente en la reforma a la misma, se cambió la cifra inicial y se reformó dicha cuantía elevándola a la suma de \$46.806.876, sumas que indica la accionante corresponde al valor cobrado por el INVAMA desde el mes de Mayo de 2016, hasta el mes de Septiembre de 2016, por las siguiente sumas de dinero:

M A Y O	J U N I O	J U L I O	A G O S T O	S E P T I E M B R E	T O T A L
\$	\$	\$	\$	\$	4
9	9	9	9	8	6
.
6	6	6	6	0	8
9	9	9	9	3	0
1	1	1	1	9	6
.
7	7	7	7	9	8
3	3	3	3	2	7
9	9	9	9	0	6

Pero arbitrariamente la demandante varió la cuantía, sin tener soporte legal para acreditar dicho cambio, como sería las facturas de pago del servicio de Acueducto y alcantarillado a la empresa Aguas de Manizales, factura conjunta además para los servicios de Aseo a la empresa Emas S.A. E.S.P. y al Instituto de Valorización de Manizales INVAMA, como soporte de pago de la misma reclamación, ya que el INVAMA, no tiene como acreditar su pago ya que el valor total del recaudo de las obligaciones por concepto de Alumbrado Público a sus beneficiarios es enviado al Instituto en forma total y no en forma discriminada, por parte de la empresa Aguas de Manizales.

Lo que es bien cierto, es que, a cada uno de los usuarios de los anteriores servicios públicos, le llega mensualmente la factura en físico, sustentando dichos cobros y posteriores pagos, los cuales brillan por su ausencia dentro del proceso.

Es por ello que no podemos advertir el pago de las obligaciones por este concepto por parte del Centro Comercial Parque Caldas, ya que la carga probatoria era de su interés y la misma no fue aportada a la misma.

Igualmente, y en lo que concierne al Centro Comercial Parque Caldas P.H. la carga de la prueba corresponde a ellos, demostrar el pago de las facturas realmente pagadas y canceladas a la empresa Aguas de Manizales, por el

concepto de factura conjunta de recolección de obligaciones de acueducto y alcantarillado, aseo y recaudo de la empresa de Valorización de Manizales, por alumbrado público,

En caso de que alguno, no esté demostrado, el juez debe fallar en contra de la parte que debía probarlos. Se dice, por tanto, que la RCE es directamente una regla de juicio, porque le indica al juez cómo debe fallar un caso en el evento de que algunos hechos no estén probados, e indirectamente una regla de comportamiento porque marca el derrotero al cual deberán ajustarse las partes si pretenden obtener un fallo a favor.

Así mismo se presentó por parte de la entidad demandada un oficio de la empresa Aguas de Manizales, con fecha julio 19 de 2018, mismo que fue allegado a su despacho con fecha septiembre 21 de 2018, en el que la empresa Aguas de Manizales. S.A E.S.P. relacionada con los recaudos por concepto de INVAMA, de Mayo a Septiembre de 2017 por valor cada uno de \$8.039.920, para un valor total de \$46.806.876, teniendo una gran diferencia de \$6.607.276, dinero que el Instituto no puede sufragar en razón que según la empresa recaudadora, estos fueron los dineros girados al INVAMA y la entidad por ser pública cuenta con vigilancia de la Contraloría Municipal y de la Auditoría Nacional, en caso de detrimento patrimonial, con alcances fiscales y penales.

Por último, destaca que el oficio de marras, no corresponde a las fechas de reclamación de los dineros solicitados por el Centro Comercial parque Caldas P.H., como se desprende de los hechos de la demanda principal, en cuanto a sus pretensiones y cuantía.

Por lo siguiente dicha carga probatoria debió haberse presentado por parte de la accionante.

Por las anteriores conclusiones se deberá absolver al Instituto de Valorización de Manizales de los demás cobros que se le solicita, por parte del Centro Comercial Parque Caldas P.H.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN SEGUNDA INSTANCIA

PARTE DEMANDANTE: indicó que el recurso de apelación es tan errático como lo ha sido la posición litigiosa de la entidad demandada a lo largo del proceso. En esta oportunidad, en el texto del recurso hace afirmaciones que no fueron expuestas en la respectiva oportunidad procesal como la audiencia inicial, audiencia de pruebas o término de traslado de pruebas; además omite mencionar que el valor del impuesto efectivamente recaudado por INVAMA a través de Aguas de Manizales S.A. E.S.P sí fue probado por parte de la misma entidad demandada a través de un oficio dirigido a Claudia Milena Henao, Líder de la Unidad Financiera y Administrativa y suscrito por Anais Yohana Galeano, Auxiliar de Cartera de Aguas de Manizales S.A. E.S.P. Sobre la prueba que contiene la tasación definitiva del pago efectuado por el Centro Comercial Parque Caldas, se dio traslado a mi poderdante y en memorial radicado el 11 de septiembre de 2019 se manifestó

que “los valores indicados en el documento expedido por AGUAS DE MANIZALES S.A. E.S.P coinciden con los pagos efectuados por la demandante para dicho período”

PARTE DEMANDADA: se ratificó en todos y cada uno de los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

MINISTERIO PÚBLICO: guardó silencio.

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.

Problema jurídico

1. ¿Está probado dentro del proceso, el valor que, por consecuencia del restablecimiento del derecho ordenado en la sentencia de primera instancia, le corresponde devolver al INVAMA a favor de la parte actora?

LO PROBADO EN EL PROCESO

De acuerdo a lo aportado en el proceso se encuentra probado que:

- Mediante Resolución nro. 949 del 08 de septiembre de 1987 se registró ante el municipio de Manizales la persona jurídica Centro Comercial Parque Caldas.
- Que mediante Oficio nro. 310-2016 IE-00000945 del 16 de mayo de 2016, el INVAMA sustentó las modificaciones realizadas al cobro del impuesto de alumbrado público al Centro Comercial Parque Caldas, indicándose que procede el cobro por la totalidad de los inmuebles que hacen parte de la propiedad horizontal (PDF que contiene el cuaderno 1 digitalizado por parte del juzgado de conocimiento)
- Mediante Oficio nro. 2010-2017-IE-00000505 del 21 de marzo de 2017 el INVAMA informó que no se seguiría cobrando el impuesto de alumbrado público al Centro Comercial Parque Caldas, ya que dicho impuesto sería cobrado de manera individual a cada uno de los inmuebles de la propiedad horizontal (PDF que contiene el cuaderno 2 digitalizado por parte del juzgado de conocimiento)

- Mediante comunicado ORIPMAN 1002018EE01948 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos se certifica que el Centro Comercial Parque Caldas no registra propiedad a nombre suyo (PDF que contiene el cuaderno 1 digitalizado por parte del juzgado de conocimiento)
- Mediante Oficio 14100-6760 del 11 de julio de 2018 la empresa Aguas de Manizales certifica que el Centro Comercial Parque Caldas tiene el número de suscriptor nro. 19546 (PDF que contiene el cuaderno 2 digitalizado por parte del juzgado de conocimiento)
- Mediante comunicado 310-2017-IE-00001777 del 03 de agosto de 2017 el INVAMA solicitó a la empresa Aguas de Manizales la eliminación del cobro de alumbrado público al suscriptor 19546 (Centro Comercial Parque Caldas) en lo que corresponde a 13 unidades comerciales clase 1, 299 unidades comerciales tipo 2 y 1 unidad comercial clase 3.
- Mediante comunicados del 19 de julio de 2018 y del 27 de marzo de 2019, Aguas de Manizales S.A. E.S.P. certifica los valores cancelados por el Centro Comercial Parque Caldas por concepto de alumbrado público corresponde a mayo de 2016 a septiembre de 2017:

SUSCRIP TOR	CÓDIGO DE PAGO	FEC HA DE PAGO	TOTAL PAGADO	PERIODO PAGADO	ENTIDAD	PUNTO	CAJA	CONCEPTO	VALOR
19547	19804856	42530	\$16.142.741	201605	Redeban Multicolor	Redeban Multicolor	Ventanilla	Alumbrado	\$9.691.739
19547	19805149	42530	\$9.691.739	201604	Banco Sudameris	Of. Principal	Ventanilla	Alumbrado	\$9.691.739
19547	19928763	42566	\$16.201.024	201606	Redeban Multicolor	Redeban Multicolor	Ventanilla	Alumbrado	\$9.691.739
19547	20047244	42601	\$17.134.287	201607	Redeban Multicolor	Redeban Multicolor	Ventanilla	Alumbrado	\$9.691.739
19547	20142360	42629	\$17.742.659	201608	Redeban Multicolor	Redeban Multicolor	Ventanilla	Alumbrado	\$9.691.739
19547	20243	4265	\$16.143.	20160	Redeban	Redeban	Ventanilla	Alumbrado	\$8.039.

	620	7	240	9	n Multic olor	n Multicol or	illa	do	920
19547	20341 250	4268 5	\$15.912. 289	20161 0	Redeba n Multic olor	Redeba n Multicol or	Ventan illa	Alumbra do	\$8.039. 920
19547	20473 145	4272 4	\$15.666. 605	20161 1	Redeba n Multic olor	Redeba n Multicol or	Ventan illa	Alumbra do	\$8.039. 920
19547	20572 648	4275 3	\$16.617. 385	20161 2	Redeba n Multic olor	Redeba n Multicol or	Ventan illa	Alumbra do	\$8.039. 920
19547	20679 775	4278 3	\$18.644. 828	20170 1	Redeba n Multic olor	Redeba n Multicol or	Ventan illa	Alumbra do	\$8.502. 129
19547	20764 241	4280 4	\$16.360. 682	20170 2	Redeba n Multic olor	Redeba n Multicol or	Ventan illa	Alumbra do	\$8.502. 129
19547	20889 079	4284 3	\$16.270. 635	20170 3	Redeba n Multic olor	Redeba n Multicol or	Ventan illa	Alumbra do	\$8.502. 129
19547	21070 601	4289 2	\$8.039.9 20	20170 4	Punto Propio	Facturac ión	Pilar Sánche z	Alumbra do	\$8.039. 920
19547	21116 190	4290 7	\$15.871. 253	20170 5	Redeba n Multic olor	Redeba n Multicol or	Ventan illa	Alumbra do	\$8.039. 920

SUSCRIPTO R	CÓDIGO PAGO	FECHA PAGO	ENTIDAD	PUNTO	CAJA	CONCEPT O	VALOR
19547	2107060 1	06/06/201	Puntos propios	Facturació n	Pilar Sánchez	Alumbrado	\$8.039.92 0
19547	2111619 0	21/06/201 7	Redeban Multicolor	Redeban multicolor	ventanill a	Alumbrado	\$8.039.92 0

			r				
19547	2121464 9	18/07/201 7	Redeban Multicolor r	Redeban multicolor	ventanill a	Alumbrado	\$8.039.92 0
19547	2131237 0	15/08/201 7	Redeban Multicolor r	Redeban multicolor	ventanill a	Alumbrado	\$8.039.92 0
19547	2142379 9	15/09/201 7	Redeban Multicolor r	Redeban multicolor	ventanill a	Alumbrado	\$8.039.92 0

Problema jurídico

Tesis: La Sala defenderá la tesis de que contrario a lo considerado por la entidad apelante, está probado dentro del expediente que el Centro Comercial Parque Caldas canceló el impuesto de alumbrado público de mayo de 2016 a septiembre de 2017, y al establecerse en primera instancia que no le asistía obligación a realizar dichos pagos, hecho que no es controvertido por el INVAMA en sede de recurso, corresponde la devolución por dicho periodo de tiempo.

I. MARCO LEGAL

El artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, así:

“Artículo 138. Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior.

Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel.”

Conforme a lo anterior, es claro que la persona que solicita la nulidad de un acto administrativo que le causa un perjuicio tiene derecho a que este le sea reparado. En el caso bajo estudio la parte actora es clara en su pretensión principal en solicitar como restablecimiento del derecho el reintegro de las sumas pagadas por concepto de alumbrado público por el periodo de tiempo comprendido entre mayo de 2016 a septiembre de 2017.

Ahora bien, dentro del expediente esta probado que el Centro Comercial Parque Caldas canceló por concepto de alumbrado público desde mayo de 2016 hasta septiembre de 2017, cesando su cobro por determinación del propio INVAMA.

De otro lado, en sede de primera instancia se estableció que al demandante, no le asistía obligación alguna de cancelar valor alguno por concepto de alumbrado público, posición que comparte el INVAMA, tal y como lo expresó con claridad en el recurso de apelación. De igual forma, no entiende esta Sala el argumento expuesto por el apelante, en el sentido de que el juzgado de conocimiento es claro en determinar la línea temporal en la que se debe devolver los dineros pagados, además de que existe prueba de los mismos, de tal suerte que los argumentos expuestos en el recurso de apelación resultan confusos y contrarios al material probatorio obrante en el expediente.

Así las cosas, y sin necesidad de mayores elucubraciones, al estar probado dentro del expediente el periodo de tiempo en el cual de manera injustificada se le cobro el alumbrado público al Centro Comercial Parque Caldas, y el correspondiente pago del mismo, se confirmará la sentencia de primera instancia mediante la cual se declara la nulidad de los actos administrativos por medio de los cuales se liquida el impuesto de alumbrado público a cargo del Centro Comercial Parque Caldas por el periodo de tiempo comprendido entre mayo de 2016 y septiembre de 2017.

VI. COSTAS EN ESTA INSTANCIA.

En el presente asunto se condena en costas a la parte demandada, INVAMA, toda vez que la parte actora se vio en la necesidad de asumir el pago de abogado y gastos procesales para atender esta instancia.

La liquidación y ejecución se harán conforme artículo 366 del Código General del Proceso.

Las agencias en derecho se tasan en un valor de \$920.000.00 a favor de la parte demandante, y a cargo de la parte demandada, de conformidad con el artículo 6 numeral 3.1.3 inciso 2 del Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura.

Por lo expuesto, **LA SALA PRIMERA DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE CALDAS** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, de fecha 04 de febrero de 2020 dentro del proceso que en ejercicio de la **ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovió **CENTRO COMERCIAL PARQUE CALDAS**, contra el **INSTITUTO DE VALORIZACIÓN DE MANIZALES INVAMA**.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandada cuya liquidación y ejecución se harán conforme al Código General del Proceso. Se fijan las agencias en derecho por valor de \$920.000.00

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

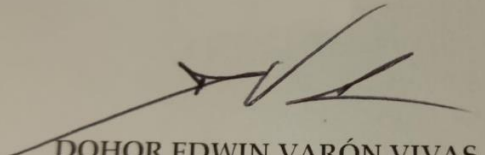
Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Virtual realizada el 13 de enero de 2022, según Acta nro. 002 de la misma fecha



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. 004 del 14 de
enero de 2022.

REPÚBLICA DE COLOMBIA

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

Manizales, trece (13) enero de dos mil veintidós (2022)

RADICADO	17-001-33-39-007-2018-00638-02
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	MARTHA CECILIA RAMÍREZ TABORDA
DEMANDADO	NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y EL DEPARTAMENTO DE CALDAS

Procede la Sala Primera de Decisión el 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 Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales el día 29 de enero de 2020, dentro del proceso de la referencia.

PRETENSIONES

1. Declarar la nulidad total de la Resolución 7451-6 del 27 de agosto de 2018, emitida por el Departamento de Caldas, en representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
2. Declarar la nulidad parcial de la parte resolutive de la Resolución 9447-6 del 17 de diciembre de 2014, que reconoció la pensión ordinaria de jubilación a la señora Martha Cecilia Ramírez Taborda, donde se haga la aclaración en el numeral que ordena descuentos obligatorios a salud equivalentes al 12% y/o 12.5% en las mesadas adicionales de julio y diciembre.
3. Condenar a las demandadas responsables de los perjuicios causados a la demandante con ocasión de los descuentos por aportes a salud realizados sobre las mesadas adicionales de la pensión y la devolución de cualquier otro porcentaje de cotización a salud que se haya cobrado fuera de lo legal.
4. Condenar a las demandadas a que el pago de los valores resultantes de la condena impuesta se ajusten a lo preceptuado en los artículos 187, 192 y 195 del CPACA, para lo

cual deberán indexarse los valores conforme a la fórmula de reajuste con el IPC establecida según el artículo 192 del CPACA.

5. Condenar a los demandados a pagar conforme el artículo 88 de la Ley 1564 de 2012, las prestaciones periódicas que se lleguen a causar entre la presentación de la demanda y el cumplimiento de la sentencia definitiva.

6. Condenar a los demandados a pagar los gastos procesales, agencias en derecho y costas.

7. Condenar a los demandados, a título de restablecimiento del derecho, al pago de los perjuicios causados a la demandante, conforme tabla consignada en el escrito de la demanda y visible a folio 49 del archivo 01 del expediente escaneado de primera instancia.

HECHOS

➤ A la señora Ramírez Taborda, en su calidad de docente, le fue reconocida pensión de jubilación por parte de la Secretaría de Educación, en nombre y representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

➤ Que en el acto administrativo, en la parte resolutive, se ordenó efectuar descuentos a salud correspondientes al 5%, o el 12%, o el 12.5% a favor del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

➤ Que el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la Fiduprevisora, viene pagando la pensión, pero descuenta sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre los aportes a salud.

➤ Que la demandante radicó solicitud ante la Secretaria de Educación mediante la cual pidió el cese de los aportes sobre las mesadas adicionales, al igual que la devolución de los saldos descontados.

➤ Que dicha petición se resolvió a través de la Resolución 7451-6 del 27 de agosto de 2018, que negó la devolución y cese de aportes de salud sobre las mesadas adicionales.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Artículo 15 de Ley 91 de 1989; artículo 37 del Decreto 3135 de 1968; ordinal 38 del artículo 90 del Decreto 1848 de 1969; Decreto 1045 de 1978; artículo 50, 142 y 279 de la Ley 100 de 1993; artículo 81 inciso 4 de la Ley 812 de 2003; artículos 1, 4 y 5 del Decreto 3752 de

2003; Ley 42 de 1982; artículo 5 de la Ley 43 de 1984; Ley 797 de 2003; Decreto 1073 de 2002; Ley 1250 de 2007.

Como concepto de violación, con apoyo en las normas vulneradas y pronunciamientos jurisprudenciales del Consejo de Estado, la Corte Constitucional y del Tribunal Administrativo del Quindío, precisó que es indebido el cobro de los aportes a salud sobre las mesadas adicionales que recibe la demandante, ya que se trata de docentes pensionados por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad que no aplica las normas que se consideran vulneradas, o lo hace de manera indebida, lo que contraría su verdadero alcance y los lineamientos jurisprudenciales.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO DE PRESTACIONES DE SOCIALES DEL MAGISTERIO: no contestó la demanda.

DEPARTAMENTO DE CALDAS: se opuso a la totalidad de las pretensiones; y respecto a los hechos manifestó que son ciertos los concernientes al reconocimiento pensional y a los descuentos efectuados por concepto de salud.

Como fundamentos normativos citó el artículo 81 de la Ley 812 de 2003; 143 y 204 de la Ley 100 de 1993; Ley 797 de 2003; y la Ley 1150 de 2008; las cuales le sirven para asegurar que los descuentos a salud de la pensión ordinaria se realizan de conformidad con la ley, lo cual ha corroborado la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Propuso los siguientes medios exceptivos:

- **Falta de legitimidad en la causa por pasiva:** aseguró que la demanda no se debió dirigir contra el Departamento de Caldas sino contra el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, quien es el encargado de todo lo relacionado con el reconocimiento, liquidación y pago de pensiones de los docentes y directivos docentes del nivel nacional, ya que las Secretarías de Educación territoriales solo realizan trámites y procedimientos para el reconocimiento de estas prestaciones, sin que le asiste responsabilidad en cuanto a las pretensiones de la demanda.
- **Buena fe:** en caso de declararse algún tipo de obligación a cargo del departamento debe tenerse en cuenta que existen circunstancias eximentes de responsabilidad, como quiera

que, de acuerdo al trámite establecido en la ley, la entidad siempre ha obrado con cumplimiento de la normativa que rige el asunto.

- **Prescripción:** en caso de acceder a las súplicas pidió aplicar la prescripción trienal, de conformidad con lo establecido en el Decreto 1848 de 1969 y el Decreto 3135 de 1968.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia del 29 de enero de 2020, el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales negó pretensiones, tras plantearse como problemas jurídicos determinar qué tasa de cotización para salud debía aplicársele a los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio; y si la cotización como aportes en salud debía causarse además sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre.

En primer momento, analizó el régimen jurídico aplicable al reconocimiento de la pensión de jubilación de los docentes oficiales; y, seguidamente, estudió el Sistema General de Seguridad Social y las normas relativas al incremento de la pensión y al pago de aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud de los docentes.

Con base en lo anterior, concluyó que de conformidad con el numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989, a los pensionados para efectos de los servicios de salud les correspondía un aporte del 5% de cada mesada pensional, incluidas las mesadas adicionales; monto que varió con la expedición de la Ley 812 de 2003 pero solo en relación con el porcentaje, ya que el descuento en las mesadas adicionales se mantuvo vigente.

Que el inciso 4 del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, consagró que el valor total de la tasa de cotización para los docentes afiliados al fondo corresponde a la suma de aportes que para salud y pensiones se establezcan en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003; y que según el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 1° de la Ley 1250 de 2008, la tasa es del 12% del ingreso o salario base de cotización, que no podrá ser inferior al salario mínimo.

En cuanto a la aplicación del artículo 1° del Decreto 1073 de 2002, respecto a las mesadas adicionales de junio y diciembre, consideró que esa norma no tenía nada que ver con el régimen de los docentes; y además que era claro que solamente en lo que respecta a la cotización a salud los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales se gobiernan por la Ley 100 de 1993, sin que eso signifique alteración de su régimen especial.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte actora apeló la sentencia mediante memorial que reposa de folios 119 a 145 del archivo 01 del expediente escaneado de primera instancia.

Precisó que los fundamentos jurídicos citados por el juez 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 lo que mantendría el régimen prestacional del que ha venido gozando 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 esta debe aplicarse de manera analógica para resolver el caso sobre descuentos de aportes a salud sobre las mesadas adicionales, toda vez que no se pueden desconocer los derechos adquiridos de los docentes nacionalizados antes del 31 de diciembre de 1989, incluso a los educadores del orden nacional deben respetárseles las normas aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978.

Una vez analizado el contenido de los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, explicó que el único que hace referencia al asunto en cuestión es el 3135 del 1968, respecto al descuento en salud del 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 advertir que no contemplaban el descuento de los aportes a salud sobre las mesadas adicionales, y precisó que no se pueden 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 que los porcentajes de cotización en salud para el personal docente del 12%, no operan sobre la mesadas adicionales.

Concluyó respecto de la decisión proferida por el *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 para ello recurrió a la cronología de normas, e insistió en la aplicación de la disposiciones anteriores a 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, ya que la demanda inicialmente se presentó como acción de grupo.

En cuanto a la extensión de las excepciones no propuestas de una entidad demandada frente a otra, esgrimió que el juzgado hizo extensivas 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.

Frente a la prescripción, sostuvo que se deben reconocer los descuentos para salud sobre las mesadas adicionales desde la fecha de causación de la pensión, y también deberá realizarse un análisis de dichos descuentos, esto es, si se cobraron sobre las máximas legales permitidas.

Hizo mención, además, a que se vulneró el principio de inescindibilidad de la norma, lo que afectó 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, y acceder a todas y cada una de las pretensiones, ordenando la devolución de aportes en salud frente a las mesadas adicionales.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante: guardó silencio

Parte demandada

Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio: en síntesis, en sus alegatos de conclusión, indicó que el régimen pensional de todos los docentes vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 812 de 2003, es decir, la Ley 91 de 1980, misma que estipula que en dicho descuento deben estar incluidas las mesadas adicionales.

Además, que la Ley 812 de 2003 únicamente alteró respecto del personal docente lo correspondiente al porcentaje destinado a aportes de salud, mas no modificó su régimen pensional.

Indicó que con fundamento en lo dispuesto por la Ley 812 de 2003 se dio un amplio alcance al régimen de cotización en salud previsto en la Ley 100 de 1993 a los docentes afiliados al fondo, situación que conllevó que a los mismos se les aumentara el monto de cotización al sistema de salud respecto de su mesada pensional, pues de un descuento del 5% previamente señalado en la Ley 91 de 1989 se pasó a deducir un 12% previsto por el artículo 204 de la Ley 100 de 1993; sin embargo, dicha disposición no implicó que este descuento no pueda efectuarse a las mesadas adicionales que estos devenguen.

Finalmente, mencionó la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 3 de junio de 2021, la cual determinó que 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.

Departamento de Caldas: guardó silencio

Ministerio Público: guardó silencio

CONSIDERACIONES

Como no se observa ninguna irregularidad que dé lugar a declarar la nulidad de lo actuado, se procederá a fallar de fondo la *litis*.

Problemas jurídicos

1. ¿Conforme a la normativa correspondiente, tiene obligación la demandante de aportar al Sistema de Seguridad en Salud sobre las mesadas pensionales adicionales de junio y diciembre?

En caso negativo se deberá analizar:

2. ¿Tiene derecho la parte demandante al reembolso por concepto de descuentos por los aportes de salud practicados a la pensión de jubilación de manera mensual y de las mesadas adicionales de junio y diciembre?

Lo probado

- Con Resolución nro. 9447-6 del 17 de diciembre de 2014 se reconoció una pensión de jubilación a la docente Martha Cecilia Ramírez Taborda. En el ordinal segundo de la parte resolutive, se consignó que se le realizarían descuentos del 15% conforme a la Ley 91 de 1989, en aplicación de la Ley 812 de 2003; del 12%, conforme a la Ley 1122 de 2007, el 12.5% y el 12% a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1250 de 2008 (fols. 19 y 20 archivo 01 expediente escaneado).
- A través de petición radicada el día 2 de agosto de 2018, la demandante solicitó la devolución de los dineros correspondientes a los aportes de salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre (mesada trece y catorce) correspondientes al 12% del valor de la pensión, y se ordenara el cese de dichos pagos; así mismo, se ordenara el cese del descuento y devolución del 0.5% del valor de la pensión correspondiente a los aportes en salud efectuados anualmente (fols. 21 y 22 archivo 01 expediente escaneado).
- Mediante Resolución nro. 7451-6 del 27 de agosto de 2018 se resolvió la anterior solicitud de manera negativa (fols. 23 a 26 archivo 01 expediente escaneado).
- La Fiduprevisora certificó mediante extractos de pago que van del 2015-03-01 al 2018-07-31 las mesadas pensionales percibidas y los descuentos por concepto de salud sobre las mesadas ordinarias y adicionales (fols. 29 y 32 archivo 01 expediente escaneado).

Solución al primer problema jurídico

¿Conforme a la normativa correspondiente, tiene obligación la demandante de aportar al Sistema de Seguridad en Salud sobre las mesadas pensionales adicionales de junio y diciembre?

Tesis: La Sala defenderá la tesis que, conforme a la normativa y jurisprudencia de unificación, 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 deben 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 Sistema General de Seguridad Social 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 1961 determinó para los afiliados a la Caja Nacional de Previsión Social el deberá de cotizar el porcentaje del 5%, a favor de la entidad de previsión, sobre la mesada pensional.

¹ <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjurMantenimiento/normas/Norma1.jsp?i=1573>

Lo anterior es reiterado por el Decreto 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, 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

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

⁴ http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0812_2003.html#1

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, que corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores.

Posteriormente, el primer párrafo transitorio del Acto Legislativo 01 de 2005, dispuso que: *“El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de ésta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003.”*

En cuanto al monto de la contribución de cotizaciones el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, establecía:

La cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al sistema general de seguridad social en salud según las normas del presente régimen, será máximo del 12% del salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. Dos terceras partes de la cotización estarán a cargo del empleador y una tercera parte a cargo del trabajador. Un punto de la cotización será trasladado al fondo de solidaridad y garantía para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado.

Dicha preceptiva fue modificada por el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007 que 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 artículo 1° de la Ley 1250 de 2008, que 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 las sentencia C-1000 de 2007, la Corte reiteró la posición de la obligación de cotizar al Sistema, señalada en la C-548 de 1998 y sobre los aportes que deben efectuar los pensionados señaló:

(...)

frente al deber que tienen los pensionados de cotizar en materia de salud, la Corte ha estimado que (i) es un desarrollo natural de los preceptos constitucionales que la ley ordene brindar asistencia médica a los pensionados y que prevea que éstos paguen una cotización para tal efecto, ya que la seguridad social no es gratuita

sino que se financia, en parte, con los mismos aportes de los beneficiarios, de conformidad con los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad; y (ii) no viola la constitución que el legislador establezca que los pensionados deben cotizar en mataría 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. (...).

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 otro de los objetivos del Fondo Nacional de prestaciones sociales del Magisterio: Garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales, para contratará con entidades de acuerdo con instrucciones que imparta el Consejo Directivo del Fondo. Entonces, a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales el Magisterio tiene a cargo las prestaciones sociales de los afiliados al Magisterio, entre estas, (i) la pensión ordinaria y (ii) garantizar la prestación la prestación de los servicios médico asistenciales. Lo que indica que los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterios, por disposición de la ley, tienen un régimen especial de seguridad social en salud.

(...)

Del análisis de la normatividad referida [artículos 2 de la Ley 4 de 1966 y 8.5 de la Ley 91 de 1989 que tratan del descuento del 5% para el Fondo incluidas las mesadas adicionales], se evidencia que el legislador, 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)

⁵ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda -Subsección B, diez (10) de mayo de dos mil dieciocho (2018) -Radicación número: 68001-23-31-000-2010-00624-01(0340-14)

(...)

6.2. Afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterios

<i>Ley 91 de 1989 artículo 8-5</i>	<i>5%</i>
<i>Ley 812 de 2003, 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

⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-529 de 23 de junio de 2010

Seguridad Social en Salud como cotizantes o beneficiarios.

Cuando la persona afiliada como cotizante a un régimen de excepción tenga una relación laboral o ingresos adicionales sobre los cuales esté obligado a cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud, su empleador o administrador de pensiones deberá efectuar la respectiva cotización al Fosyga en los formularios que para tal efecto defina el Ministerio de Salud. Los servicios asistenciales serán prestados, exclusivamente a través del régimen de excepción; las prestaciones económicas a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, serán cubiertas por el Fosyga en proporción al Ingreso Base de cotización sobre el cual se realizaron los respectivos aportes. Para tal efecto el empleador hará los trámites respectivos...".

De conformidad con el anterior artículo es completamente válido -y legal que quien se encuentra percibiendo una pensión de vejez, y a su vez recibe pensión gracia, cotice sobre las dos pensiones en materia de salud. Una cotización será girada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y la otra al FOSYGA, recursos con los cuales se financia el Sistema de Seguridad Social en Salud.

23. Como se puede observar ni el artículo 52 del Decreto 806 de 1998, ni en el artículo 14 de Decreto 1703 de 2002, excluyeron de la obligación de cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud a los beneficiarios de la pensión gracia, por lo tanto, los mismos se encuentran obligados a efectuar aportes con destino al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en los términos señalados en la ley y en las normas reglamentarias aplicables.

24. Sobre el monto del aporte a salud con anterioridad a la Ley 100 de 1993, los pensionados del sector oficial, incluyendo los beneficiarios de la pensión gracia, cotizaban sobre el 5% de su mesada pensional, con fin que se les prestaran los servicios médico asistenciales; porcentaje diferenciado respecto al establecido para los pensionados del sector privado afiliados al Instituto de Seguros Sociales.

Con la expedición de la Ley 100 de 1993, artículo 143, se estableció de manera general que la tasa de cotización para financiar el Sistema General de Seguridad Social en Salud sería hasta del 12 %, motivo por el cual, con el fin de no afectar los ingresos efectivos de los pensionados, y mantener el poder adquisitivo de sus mesadas, se consagró un incremento en el monto de las pensiones equivalente a la diferencia entre el valor de la cotización establecida en la Ley 100 de 1993 (12%), y el valor del aporte que se le venía efectuando al beneficiario de la pensión gracia (5%).

De esta manera, por virtud de la misma disposición, a los beneficiarios de la denominada pensión gracia también se les incrementó correlativamente el valor de su mesada en el monto del incremento de su aporte a salud, con el fin de no

afectar los ingresos reales que venían percibiendo.

25. En conclusión, no existe disposición que excluya a los regímenes de excepción del deber de cotizar al Sistema General de Seguridad Social, por el contrario se encuentra demostrado, que a través del tiempo los beneficiarios de la pensión gracia han estado obligados a efectuar los aportes correspondientes al sistema de salud para la prestación de los servicios médico asistenciales, situación que no varió con la expedición de la Ley 100 de 1993. El pago de las cotizaciones en salud es obligatorio, independientemente de que se preste o no el servicio de salud, en acatamiento del principio de solidaridad que rige el sistema de Seguridad Social en Colombia, conforme lo establece el artículo 48 de la Constitución, definido en el literal c) del artículo 2 de la Ley 100 de 1993,

...

26. De lo expuesto se puede concluir que todo pensionado debe contribuir a la sostenibilidad y eficiencia del sistema General de Salud, no sólo para recibir los distintos beneficios, sino para financiar el sistema en su conjunto, colaborando con sus aportes a la prestación de la asistencia médica de todas las personas que pertenecen al régimen subsidiado, en desarrollo del principio de solidaridad consagrado en la Constitución.

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 Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio 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 Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ello solo 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 3 de junio de 2021⁷, respecto de los descuentos destinados a salud sobre las mesadas pensionales adicionales expuso:

1. Los descuentos a salud de las mesadas pensionales de los docentes pensionados

35. 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 2º 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.

36. 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».

37. 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

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)

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.»

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 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

38. 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.

39. 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.

40. 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:

(...)

41. 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

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.

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.

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».

42. 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.

43. 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 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%.

44. 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 inexecutable 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

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.»

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 60 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».

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.

45. 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.

46. 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.

47. Para llegar a tal conclusión, se remitió al criterio hermenéutico fijado en la sentencia C-126 de 2000, que declaró exequible el 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.

48. 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.

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.

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.»

49. 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.

50. 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.

51. 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.

52. 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 812 de 2003, así como los señalados por el numeral 4 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989.

53. 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.

(...)

54. REGLA DE UNIFICACIÓN

86. 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.

Los argumentos esbozados por la parte demandante se contraen a indicar que, a esta 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 demandante es beneficiario 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 al artículo 188 del CPACA, modificado por la Ley 2080 de 2021, aunque la sentencia de primera instancia se confirmará no se condenará en costas a la parte demandante, ya que la Sala no evidencia en el presente caso una falta absoluta de fundamento jurídico para presentar la demanda.

En vista de que el doctor Luis Alfredo Sanabria Ríos ya tiene reconocida personería en el presente proceso como apoderado principal de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, al reunir los requisitos de ley, se reconoce personería a la doctora Pamela Acuña Pérez, portadora de la tarjeta profesional nro. 205.820 del CSJ, para actuar como apoderada sustituta de entidad, de conformidad con el documento que reposa a folio 7 del archivo #05 del expediente digital de segunda instancia.

Es por lo expuesto que **LA SALA PRIMERA DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 29 de enero de 2020 por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por **MARTHA CECILIA RAMÍREZ TABORDA** contra la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

SEGUNDO: sin condena en costas.

TERCERO: Reconocer personería para actuar como apoderada sustituta de la Nación – Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a la doctora Pamela Acuña Pérez., portadora de la tarjeta profesional 205.820 del CSJ.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones en el sistema Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

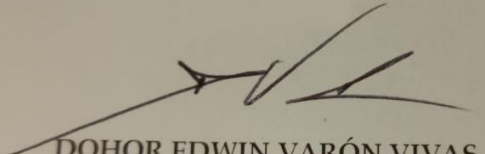
Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Virtual celebrada el 13 de enero de 2022 conforme Acta n° 002 de la misma fecha.



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. 004 del 14 de enero de 2022.

REPÚBLICA DE COLOMBIA

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

Manizales, trece (13) enero de dos mil veintidós (2022)

RADICADO	17001-33-39-007-2018-00649-02
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	MERY DEL SOCORRO HERNÁNDEZ RENDÓN
DEMANDADO	NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y EL DEPARTAMENTO DE CALDAS

Procede la Sala Primera de Decisión el 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 Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales el día 29 de enero de 2020, dentro del proceso de la referencia.

PRETENSIONES

1. Declarar la nulidad total de la Resolución 7448-6 del 27 de agosto de 2018, expedida por el Departamento de Caldas, en representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
2. Declarar la nulidad parcial de la parte resolutive de la Resolución 1020 del 30 de noviembre de 2014, que reconoció sustitución de la pensión ordinaria de jubilación a la señora Mery del Socorro Hernández Rendón, donde se haga la aclaración en el numeral que ordena descuentos obligatorios a salud equivalentes al 12% y/o 12.5% en las mesadas adicionales de julio y diciembre.
3. Declarar la nulidad parcial de la parte resolutive de la Resolución 008 del 4 de febrero de 2004, que reconoció la pensión de jubilación al señor Pedro Luis Mafla García, y que posteriormente le fuera sustituida a la señora Hernández Rendón mediante Resolución 1020 del 30 de noviembre de 2004, donde se aclare el numeral que ordena descuentos obligatorios por aportes a salud en las mesadas adicionales de junio y diciembre.

4. Condenar a las demandadas responsables de los perjuicios causados a la demandante con ocasión de los descuentos por aportes a salud realizados sobre las mesadas adicionales de la pensión y la devolución de cualquier otro porcentaje de cotización a salud que se haya cobrado fuera de lo legal.
5. Condenar a las demandadas a que el pago de los valores resultantes de la condena impuesta se ajuste a lo preceptuado en los artículos 187, 192 y 195 del CPACA, para lo cual deberán indexarse los valores conforme a la fórmula de reajuste con el IPC establecida según el artículo 192 del CPACA.
6. Condenar a los demandados a pagar conforme el artículo 88 de la Ley 1564 de 2012, las prestaciones periódicas que se lleguen a causar entre la presentación de la demanda y el cumplimiento de la sentencia definitiva.
7. Condenar a los demandados a pagar los gastos procesales, agencias en derecho y costas.
8. Condenar a los demandados, a título de restablecimiento del derecho, al pago de los perjuicios causados a la demandante, conforme tabla consignada en el escrito de la demanda y visible a folio 48 del archivo 01 del expediente escaneado de primera instancia.

HECHOS

- A la señora Hernández Rendón le fue sustituida la pensión de jubilación en calidad de cónyuge supérstite del señor Pedro Luis Mafla García por parte de la Secretaría de Educación, en nombre y representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
- Que en el acto administrativo de sustitución, en la parte resolutive, se ordenó efectuar descuentos a salud correspondientes al 5%, o el 12%, o el 12.5% a favor del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
- Que el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la Fiduprevisora, viene pagando la pensión, pero descuenta sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre los aportes a salud.
- Que la demandante radicó solicitud ante la Secretaria de Educación mediante la cual pidió el cese de los aportes sobre las mesadas adicionales, al igual que la devolución de los saldos descontados.

➤ Que dicha petición se resolvió a través de la Resolución 7448-6 del 27 de agosto de 2018, que negó la devolución y cese de aportes de salud sobre las mesadas adicionales.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Artículo 15 de Ley 91 de 1989; artículo 37 del Decreto 3135 de 1968; ordinal 38 del artículo 90 del Decreto 1848 de 1969; Decreto 1045 de 1978; artículo 50, 142 y 279 de la Ley 100 de 1993; artículo 81 inciso 4 de la Ley 812 de 2003; artículos 1, 4 y 5 del Decreto 3752 de 2003; Ley 42 de 1982; artículo 5 de la Ley 43 de 1984; Ley 797 de 2003; Decreto 1073 de 2002; Ley 1250 de 2007.

Como concepto de violación, con apoyo en las normas vulneradas y pronunciamientos jurisprudenciales del Consejo de Estado, la Corte Constitucional y del Tribunal Administrativo del Quindío, precisó que es indebido el cobro de los aportes a salud sobre las mesadas adicionales que recibe la demandante, ya que se trata de docentes pensionados por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad que no aplica las normas que se consideran vulneradas, o lo hace de manera indebida, lo que contraria su verdadero alcance y los lineamientos jurisprudenciales.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

MINISTERIO DE EDUCACION - FONDO DE PRESTACIONES DE SOCIALES DEL MAGISTERIO: no contestó la demanda.

DEPARTAMENTO DE CALDAS: se opuso a la totalidad de las pretensiones; y respecto a los hechos manifestó que son ciertos los concernientes al reconocimiento pensional y a los descuentos efectuados por concepto de salud.

Como fundamentos normativos citó el artículo 81 de la Ley 812 de 2003; 143 y 204 de la Ley 100 de 1993; Ley 797 de 2003; y la Ley 1150 de 2008; las cuales le sirven para asegurar que los descuentos a salud de la pensión ordinaria se realizan de conformidad con la ley, lo cual ha corroborado la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Propuso los siguientes medios exceptivos:

- **Falta de legitimación en la causa por pasiva:** aseguró que la demanda no se debió dirigir contra el Departamento de Caldas sino contra el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales

del Magisterio, quien es el encargado de todo lo relacionado con el reconocimiento, liquidación y pago de pensiones de los docentes y directivos docentes del nivel nacional, ya que las Secretarías de Educación territoriales solo realizan trámites y procedimientos para el reconocimiento de estas prestaciones, sin que le asiste responsabilidad en cuanto a las pretensiones de la demanda.

- **Buena fe:** en caso de declararse algún tipo de obligación a cargo del departamento, debe tenerse en cuenta que existen circunstancias eximentes de responsabilidad, como quiera que, de acuerdo al trámite establecido en la ley, la entidad siempre ha obrado con cumplimiento de la normativa que rige el asunto.
- **Prescripción:** en caso de acceder a las súplicas pidió aplicar la prescripción trienal, de conformidad con lo establecido en el Decreto 1848 de 1969 y el Decreto 3135 de 1968.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia del 29 de enero de 2020, el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales negó pretensiones, tras plantearse como problemas jurídicos determinar qué tasa de cotización para salud debía aplicársele a los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio; y si la cotización como aportes en salud debía causarse además sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre.

En primer momento, analizó el régimen jurídico aplicable al reconocimiento de la pensión de jubilación de los docentes oficiales; y, seguidamente, estudió el Sistema General de Seguridad Social y las normas relativas al incremento de la pensión y al pago de aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud de los docentes.

Con base en lo anterior, concluyó que de conformidad con el numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989, a los pensionados para efectos de los servicios de salud les correspondía un aporte del 5% de cada mesada pensional, incluidas las mesadas adicionales, monto que varió con la expedición de la Ley 812 de 2003 pero solo en relación con el porcentaje, ya que el descuento en las mesadas adicionales se mantuvo.

Que el inciso 4 del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, consagró que el valor total de la tasa de cotización para los docentes afiliados al fondo corresponde a la suma de aportes que para salud y pensiones se establezcan en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003; y que según el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 1° de la Ley 1250 de 2008,

la tasa es del 12% del ingreso o salario base de cotización, que no podrá ser inferior al salario mínimo.

En cuanto a la aplicación del artículo 1° del Decreto 1073 de 2002, respecto a las mesadas adicionales de junio y diciembre, consideró que esa norma no tenía nada que ver con el régimen de los docentes; y además que era claro que solamente en lo que respecta a la cotización a salud los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales se gobiernan por la Ley 100 de 1993, sin que eso signifique alteración de su régimen especial.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte actora apeló la sentencia mediante memorial que reposa de folios 129 a 156 del archivo 01 del expediente escaneado de primera instancia.

Precisó que los fundamentos jurídicos citados por el juez 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 lo que mantendría el régimen prestacional del 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 esta 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 nacionalizados antes del 31 de diciembre de 1989, incluso a los educadores del orden nacional deben respetárseles normas aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978.

Una vez analizado el contenido de los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, explicó que el único que hace referencia al asunto en cuestión es el 3135 del 1968, respecto al descuento en salud del 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 advertir que no contemplaban el descuento de los aportes a salud sobre las mesadas adicionales, y precisó que no se pueden 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%, no operan sobre la mesadas adicionales.

Concluyó respecto de la decisión proferida por el *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 para ello recurrió a la cronología de normas, e insistió en la aplicación de la disposiciones anteriores a 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, ya que la demanda inicialmente se presentó como acción de grupo.

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.

Frente a la prescripción, sostuvo que se deben reconocer los descuentos para salud sobre las mesadas adicionales desde la fecha de causación de la pensión, y también deberá realizarse un análisis de dichos descuentos, esto es, si se cobraron sobre las máximas legales permitidas.

Hizo mención, además, a que se vulneró el principio de inescindibilidad de la norma, lo que afectó 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, y acceder a todas y cada una de las pretensiones, ordenando la devolución de aportes en salud frente a las mesadas adicionales.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN SEGUNDA INSTANCIA

Conforme a la constancia secretarial visible en el archivo #05 del expediente digital de segunda instancia, las partes no presentaron alegatos de conclusión.

CONSIDERACIONES

Como no se observa ninguna irregularidad que dé lugar a declarar la nulidad de lo actuado, se procederá a fallar de fondo la *litis*.

Problemas jurídicos

1. ¿Conforme a la normativa correspondiente, tiene obligación la demandante de aportar al Sistema de Seguridad en Salud sobre las mesadas pensionales adicionales de junio y diciembre?

En caso negativo se deberá analizar:

2. ¿Tiene derecho la parte demandante al reembolso por concepto de descuentos por los aportes de salud practicados a la pensión de jubilación de manera mensual y de las mesadas adicionales de junio y diciembre?

Lo probado

- Con Resolución nro. 00008 del 4 de febrero de 2004 se reconoció una pensión de jubilación al docente Pedro Luis Mafla García. En el ordinal cuarto de la parte resolutive, se consignó que se le realizarían descuentos del 12% del valor de cada mesada pensional, de conformidad con la Ley 91 de 1989 y Ley 812 de 2003 (fols. 54 y 55 archivo 01 expediente escaneado).

- Que mediante la Resolución nro. 001020 del 30 de noviembre de 2004, se reconoció a la señora Mery del Socorro Hernández Rendón, en su calidad de cónyuge, la pensión de jubilación que en vida disfrutaba el señor Pedro Luis Mafla García (fols. 22 y 23 archivo 01

expediente escaneado).

- A través de petición radicada el día 2 de agosto de 2018, la demandante solicitó 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 ordenara el cese de dichos pagos; así mismo, se ordenara el cese del descuento y devolución del 0.5% del valor de la pensión correspondiente a los aportes en salud efectuados anualmente (fols. 22 y 23 archivo 01 expediente escaneado).
- Mediante Resolución nro. 7448-6 del 27 de agosto de 2018, se resolvió la anterior solicitud de manera negativa (fols. 24 a 27 archivo 01 expediente escaneado).
- La Fiduprevisora certificó mediante extracto de pago del 27 de noviembre de 2018, un descuento a salud en la mesada adicional de noviembre (fol. 30 archivo 01 expediente escaneado).

Solución al primer problema jurídico

¿Conforme a la normativa correspondiente, tiene obligación la demandante de aportar al Sistema de Seguridad en Salud sobre las mesadas pensionales adicionales de junio y diciembre?

Tesis: La Sala defenderá la tesis que, conforme a la normativa y jurisprudencia de unificación, 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 deben 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 Sistema General de Seguridad Social 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 1961, 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 Decreto 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.mineduccion.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, que 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.secretariasenado.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 que 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 artículo 1° de la Ley 1250 de 2008, que 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 las sentencia C-1000 de 2007, la Corte reiteró la posición de la obligación de cotizar al Sistema, señalada en la C-548 de 1998 y sobre los aportes que deben efectuar los pensionados señaló:

(...)

frente al deber que tienen los pensionados de cotizar en materia de salud, la Corte ha estimado que (i) es un desarrollo natural de los preceptos constitucionales que la ley ordene brindar asistencia médica a los pensionados y que prevea que éstos paguen una cotización para tal efecto, ya que la seguridad social no es gratuita sino que se financia, en parte, con los mismos aportes de los beneficiarios, de conformidad con los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad; y (ii) no viola la constitución que el legislador establezca que los pensionados deben cotizar en mataría 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. (...).

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 otro de los objetivos del Fondo Nacional de prestaciones sociales del Magisterio: Garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales, para contratará con entidades de acuerdo con instrucciones que imparta el Consejo Directivo del Fondo. Entonces, a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales el Magisterio tiene a cargo las prestaciones sociales de los afiliados al Magisterio, entre estas, (i) la pensión ordinaria y (ii) garantizar la prestación la prestación de los servicios médico asistenciales. Lo que indica que los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterios, por disposición de la ley, tienen un régimen especial de seguridad social en salud.

(...)

Del análisis de la normatividad referida [artículos 2 de la Ley 4 de 1966 y 8.5 de la Ley 91 de 1989 que tratan del descuento del 5% para el Fondo incluidas las mesadas adicionales], se evidencia que el legislador, 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 Magisterios

Ley 91 de 1989 artículo 8-5	5%
-----------------------------	----

⁵ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda -Subsección B, 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.

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 Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio 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 Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ello solo 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 3 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)

1. Los descuentos a salud de las mesadas pensionales de los docentes pensionados

35. *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 2º 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.*

36. *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».*

37. *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 esta manera queda*

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.

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

38. 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.

39. 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.

40. 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:

(...)

41. 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

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.

²¹ «Por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y se dictan otras disposiciones»

corresponde a la «suma de aportes para salud y pensiones establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003».

42. 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.

43. 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 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%.

44. 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 inexecutable 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.

²² «Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.»

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 60 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.»

45. *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.*

46. *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.*

47. *Para llegar a tal conclusión, se remitió al criterio hermenéutico fijado en la sentencia C-126 de 2000, que declaró exequible el 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.*

48. *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.*

49. *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*

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.

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.»

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.

50. 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.

51. 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.

52. 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 812 de 2003, así como los señalados por el numeral 4 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989.

53. 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.

(...)

54. REGLA DE UNIFICACIÓN

86. 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 198 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.

Los argumentos esbozados por la parte demandante se contraen a indicar que, a esta 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 el causante de la pensión, y por consiguiente la demandante, es beneficiario 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 archivo #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.

Es por lo expuesto que **LA SALA PRIMERA DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

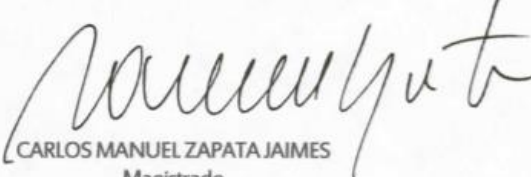
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 29 de enero de 2020 por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por **MERY DEL SOCORRO HERNÁNDEZ RENDÓN** contra la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO DE PRESTACIONES 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

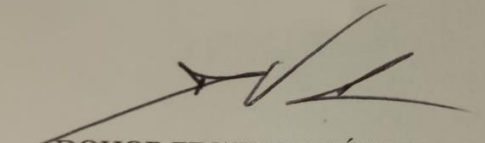
Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Virtual celebrada el .13 de enero de 2021 conforme Acta nro. 002 de la misma fecha.



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. 004 del 14 de
enero de 2022.

REPÚBLICA DE COLOMBIA

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

Manizales, trece (13) de enero de dos mil veintidós (2022)

PROCESO No.	17-001-33-39-008-2018-00211-02
CLASE	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	CENELIA HERNÁNDEZ
ACCIONADO	NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, DEPARTAMENTO DE CALDAS

Procede la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas a dictar sentencia de segunda instancia, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el fallo que negó a pretensiones, proferido por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales el día 02 de marzo de 2020, dentro del proceso de la referencia.

PRETENSIONES

1. Solicitó se declare la nulidad de la Resolución nro. 9343-6 del 10 de febrero de 2016 por medio del cual se negó el reajuste y pago retroactivo de la mesada pensional de la demandante conforme a los incrementos anuales fijados por el Gobierno Nacional para el salario mínimo legal mensual vigente desde su reconocimiento.
2. Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, solicitó se reconozca el reajuste y pago del retroactivo de las mesadas pensionales de la accionante en los términos establecidos en el artículo 1º de la Ley 71 de 1988.
3. Pidió que las condenas solicitadas sean canceladas debidamente indexadas acorde con el artículo 16 de la Ley 446 de 1998.
4. Que se condene a la parte demandada al pago de los intereses señalados en el artículo 192 del CPACA.

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

HECHOS

- A la señora Cenelia Hernández le fue reconocida una pensión de jubilación a través de la Resolución nro. 0626 del 25 de febrero de 2010.
- Presentó solicitud el 27 de enero de 2016 ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, con la finalidad de obtener el reajuste periódico de su pensión conforme a los ajustes fijados por el Gobierno Nacional para el salario mínimo legal en aplicación a la Ley 71 de 1988.
- Mediante la Resolución nro.9343-6 del 10 de febrero de 2016 la Secretaría de Educación del departamento de Caldas negó el ajuste deprecado.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

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

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

Tras transcribir apartes de la sentencia C-387 de 1994, adujo que la fórmula de incremento pensional del IPC no supone perjuicio alguno para quienes se encuentran dentro del sistema de seguridad social en pensiones, tal como se estableció en la providencia señalada, situación que no puede predicarse respecto a quienes se les viene aplicando el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 por extensión, por cuanto esto significa una pérdida en el *quantum* de sus mesadas pensionales.

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

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

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

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Ministerio de Educación - Fondo de Prestaciones de Sociales del Magisterio: manifestó que en el presente asunto no resulta aplicable la indemnización establecida, que los actos administrativos demandados gozan de plena legalidad, es decir que los descuentos del 12% efectuados en salud a las mesadas adicionales, al igual que el incremento pensional establecido en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 el cual debe ser el del IPC, agrega que la Ley 91 de 1989 y la Ley 812 de 2003, indican que el descuento que se debe hacer a los docentes en la pensión ordinaria equivale al 12%, por lo que los descuentos de la mesadas adicionales de junio y diciembre se ajustan a la normatividad vigente.

Agregó que la Ley 100 de 1993 en su artículo 279, dispuso que el sistema general de seguridad social en salud, no se aplicaría entre otros, a los afiliados al F.N.P.S.M, exceptuando a aquellos que se vinculen con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, por lo que las mesadas pensionales cualquiera sea su naturaleza deben ser reajustadas cada año de manera oficiosa según la variación del IPC.

Como excepciones de fondo propuso las que denominó:

“inexistencia de la obligación” y cobro de lo no debido”.

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

Propuso los siguientes medios exceptivos:

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

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

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

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 02 de marzo de 2020, negó las pretensiones de la demandante.

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

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

razón al obtener el aumento anual de la pensión; además, que no se vulneró el principio de favorabilidad previsto en el artículo 53 de la Constitución Política; con la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

RECURSO DE APELACIÓN

Mediante memorial que reposa en PDF número 19 del expediente digitalizado de primera instancia la parte actora apeló la sentencia de primera instancia.

Respecto al incremento anual de la pensión conforme al salario mínimo mensual vigente: critica la indebida aplicación del precedente jurisprudencial interpretada por el Juez *a quo*, *en* cuanto a la sentencia proferida por el Consejo de Estado del año 2015, cuya causa petendi es el incremento pensional conforme al salario mínimo dentro del régimen del servidor público.

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

Refirió a los alcances de la Ley 238 de 1995 en el sentido que, no pretendió modificar el sistema pensional de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio; toda vez, que la disposición busca recuperar el poder adquisitivo de las pensiones y en el caso de los docentes se mantuviera, aplicando el régimen especial.

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

Afirmó que, por disposición normativa contenida en el acto legislativo 01 de 2005, los docentes afiliados hasta la expedición de la Ley 812 de 2003, se encontraban bajo la

disposición contenida en la Ley 33 de 1985; y conservando los beneficios del exceptuado del artículo 279 de la Ley 100 de 1993.

Adujo que, al no encontrarse los beneficios otorgados en el régimen general de pensiones, resulta ilegal para las pensiones otorgadas dentro del régimen exceptuado docente, la aplicación de la fórmula del artículo 14 de la Ley 100 de 1993; por tanto, se debe declarar la nulidad del acto demandado otorgando un incremento pensional conforme al artículo 1 de la Ley 71 de 1988, mismo que no figura dentro de las derogatorias expresas del artículo 289.

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

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Conforme a la constancia secretarial visible en PDF 05 del expediente digital de segunda instancia la parte actora, la demandada y el Ministerio Público no se pronunciaron.

CONSIDERACIONES

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

Problema jurídico

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

Lo probado

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

➤ Que mediante la Resolución nro. 0626 del 25 de febrero de 2010 se reconoció la pensión de jubilación, por parte del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a favor de la señora Cenelia Hernández por haber adquirido el status pensional el 2009/11/29 (PDF 04

del expediente digitalizado de primera instancia)

- Que se presentó petición radicada el 27 de enero de 2016 elevada ante la Nación – Ministerio de Educación Nacional –Fondo de Prestación Social del Magisterio; por la cual solicitó se reajuste la pensión de jubilación, tomando como base el porcentaje del incremento del salario mínimo legal mensual vigente del año inmediatamente anterior, cuando sea superior al IPC. De igual forma se solicitó se diera aplicación al porcentaje del 5% para los descuentos a salud (Ibidem)
- Que mediante la Resolución nro. 9343-6 del 10 de febrero de 2016, se negó el reajuste periódico de la pensión de jubilación con base en el incremento del salario mínimo mensual legal vigente a la docente Cenia Hernández (Ibidem)

PROBLEMA JURÍDICO

Fundamento jurídico

Régimen general de seguridad social

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

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

El Sistema de Seguridad Social Integral previsto en la Ley 100 de 1993¹, tuvo como objeto garantizar los derechos de las personas y comunidad, en aras de mejorar la calidad de vida, y la dignidad humana, a través de las instituciones públicas y privadas prestadora de los servicios, como un servicio esencial bajo los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“ARTÍCULO 14. REAJUSTE DE PENSIONES. Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario por el Gobierno.

La norma fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-387 de 1994⁴, donde señaló:

“Para la Corte es evidente que ese tratamiento distinto ante situaciones iguales, a la luz de los cánones constitucionales, tiene una justificación clara y razonable, cual es la de dar especial protección a aquellos pensionados que por devengar una pensión mínima se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás. En consecuencia, ha decidido el legislador que el valor de la pensión para esas personas se reajuste en un porcentaje igual al del salario mínimo legal mensual, con el fin de que dicho ingreso conserve su poder adquisitivo y así pueda el beneficiario satisfacer sus necesidades básicas y llevar una vida digna.

[...]

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

⁴ Corte Constitucional sentencia C- 387 de 1994; MP. Dr. Carlos Gaviria Díaz, 1 de septiembre de 1994; REF.: expediente No. D-529. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/c-387-94.htm>

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

[...]

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

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

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

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

Así las cosas, no le asiste razón al demandante, pues no es posible afirmar con certeza cuál de los dos sistemas podría resultar más benéfico para el pensionado, ya que ello dependerá del comportamiento que presente cada uno de esos factores a través del tiempo, de manera que habrá ocasiones en que el índice de precios al consumidor sea superior al porcentaje en que se incrementa el salario mínimo, y en otras, éste sea inferior a aquél, o pueden existir casos en que los dos sean iguales.

De otra parte, estima la Corte pertinente agregar que la Constitución al consagrar el derecho al reajuste periódico de las pensiones (art. 53 inc. 2o.), no señala la proporción en que éstas deben incrementarse, como tampoco la oportunidad o frecuencia en que debe llevarse a cabo, quedando en manos del legislador la regulación de estos aspectos, como en efecto lo hace la norma parcialmente impugnada”.

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

De otro lado, la Ley 238 de 1995⁵, dispuso la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 a los regímenes exceptuados previstos en dicha disposición; al respecto señaló:

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

*“Parágrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los **beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados**”.*

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

Bajo el tema en cuestión referente al reajuste de las mesadas en aplicación de la Ley 100 de 1993, la Sección Segunda el Honorable Consejo de Estado⁶ en providencia del 17 de agosto del 2017, en pronunciamiento dentro de la acción pública de nulidad en contra del artículo 40 del Decreto 692 de 1994; expuso que el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 derogó el dispuesto por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988:

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

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

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

«[...] A partir del 1.º de enero de 1989 y hasta la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, todas las pensiones que fueron reconocidas en el país, tanto en el sector público como en el privado, se reajustaron anualmente conforme a la fórmula prevista en la Ley 71 de 1988, esto es, en el mismo porcentaje en que se incrementó por el Gobierno el salario mínimo legal mensual. Con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigencia, las pensiones reconocidas antes y después de dicha ley, se vienen reajustando en la forma prevista por su artículo 14 y teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 142 y 143 ibídem, lo que significa que el referido reajuste se produce anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior, más la mesada adicional y el reajuste equivalente a la elevación en la cotización para salud, a favor de los pensionados con anterioridad al 1º de enero de 1994.[...]»

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

Conclusión: Conforme a las consideraciones expuestas, el porcentaje de reajuste de la mesada pensional no es un derecho adquirido, por lo tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha considerado que el legislador está habilitado para modificar las normas que consagran la proporción en que se realizarán los aumentos de las mesadas pensionales.

De acuerdo con lo anterior, el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 sí es aplicable a quienes les fue reconocida la pensión antes del 1.º de abril de 1994 y no el definido por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, toda vez que esta última quedó derogada por aquella”

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

Referente a los motivos que alega el libelista, de aplicar artículo 1 de la Ley 71 de 1989, en armonía con el principio de favorabilidad al ajuste de la mesada pensional, es pertinente traer a colación los pronunciamientos jurisprudenciales expuestos por la Máxima Corporación Constitucional en sentencia C-435 de 2017, bajo la acción pública de constitucionalidad se demanda la nulidad parcial del artículo 14 de la Ley 100 de 1993; concerniente al reajuste de pensiones, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, así:

“Así, para decirlo de otra forma, pero con sus propias palabras, el actor entiende que el principio de favorabilidad también resulta aplicable a los pensionados “porque son trabajadores en receso [...] y, porque también, uno de los principios fundamentales del trabajo es la garantía de la seguridad social” y es precisamente a partir de esa consideración que concluye que “[e]n caso de duda en la medición del poder adquisitivo constante de las pensiones, porque no hay ley que establezca como se mide [...] debe aplicarse el método más favorable al pensionado”. Lo anterior, hasta el punto de que en su demanda no sólo solicita declarar inexecutable el apartado demandado, según el cual las pensiones “se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior”, sino que incluso le pide a la Corte señalar que lo más favorable para el pensionado es “la medición del poder adquisitivo constante de las pensiones por el método de medición de la equivalencia de las pensiones en relación con el Salario Mínimo Legal Vigente”. como si este fuese expresamente el mandato constitucional.

[...]

Lo anterior pues, como también se ha explicado en la jurisprudencia constitucional, sin perjuicio de que toda pensión “tiene como objetivo primordial proteger a las personas de la tercera edad, quienes por sus condiciones físicas, ya sea por razón de la edad o por enfermedad, se encuentran imposibilitados para obtener otra clase de recursos para su propia subsistencia y la de su

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

[...]

Siendo así, se tiene que en la norma demandada el legislador específicamente dispuso que el criterio o parámetro de actualización fuera el IPC en tanto que, como claramente explicó el DANE en su intervención, éste precisamente “es una estadística que mide la variación porcentual de los precios de un conjunto representativo de los bienes y servicios de consumo de los hogares del país”. Pero, simultáneamente, el legislador distinguió entre las pensiones superiores e inferiores al salario mínimo legal mensual vigente (SMLMV), estableciendo que únicamente éstas últimas se incrementaran en el mismo porcentaje que ese salario, “con el fin de que dicho ingreso conserve su poder adquisitivo y así pueda el beneficiario satisfacer sus necesidades básicas y llevar una vida digna.

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

Por lo tanto, se concluye que además de que la propia Constitución faculta al legislador a decidir, con autonomía política, de qué manera reajustar periódicamente el valor pensiones, de tal forma que no hay lugar aquí para la aplicación del principio de favorabilidad en materia laboral del que trata el artículo 53 superior, en todo caso los índices o referencias de actualización a los que acudió el legislador para actualizar las pensiones de forma diferenciada según su valor (IPC y SMLMV) tienen un origen, una explicación y unos propósitos diferentes, al mismo tiempo que se relacionan entre ellos de una forma particular.

[...]

Al mismo tiempo que, se reitera, el constituyente impuso al legislador el deber general de actualizar el monto de las pensiones

para que fuesen consistentes con el fenómeno de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, pero no impuso un modelo específico de actualización, motivo por el cual el Congreso cuenta con un amplio margen de configuración para fijar las fórmulas específicas a través de las cuales se materializa este deber genérico, sin que se encuentre obligado a acoger un esquema económico que, a juicio del accionante, resulte más favorable a los intereses de los pensionados entre todos los posibles.”

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

En ese orden de ideas, considera la Sala que no se encuentra demostrado la vulneración de los derechos invocados en la parte actora, dado que, conforme a los presupuestos normativos y jurisprudenciales antes citados, se observa que no le asiste razón al accionante al indicar que el reajuste de las mesadas pensionales se debe realizar conforme al artículo 1 de la Ley 71 de 1989, esto es, conforme al salario mínimo, y no conforme a lo establecido en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

Lo anterior teniendo, en cuenta que la Ley 100 de 1993, reajustó las mesadas de los Regímenes del Sistema General de Pensiones, y en aras de mantener su poder adquisitivo, ordenó el ajuste según la variación porcentual del índice de precios al consumidor; además con la expedición de dicha norma, se entendió derogada la Ley 71 de 1989.

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

COSTAS .

En el presente asunto, no se condena en costas toda vez que no existió actuación alguna por la parte demandada en la segunda instancia.

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

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia dictada 02 de marzo de 2020 por Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por **CENELIA HERNÁNDEZ** en contra de la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y EL DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

SEGUNDO: SIN COSTAS de segunda instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

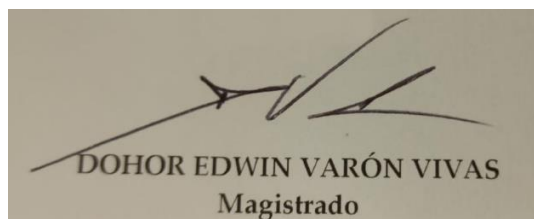
Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Virtual celebrada el 13 de enero de 2022, conforme Acta nro. 002 de la misma fecha.



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. 004 del 14 de
enero de 2022.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala Sexta de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

A.I. 216

Medio de Control: Ejecutivo
Demandante: Carlos Augusto Hoyos Peláez
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa- Policía Nacional
Radicado: 17001-33-39-007-2017-00372-02

Manizales, Enero trece (13) de dos mil veintidós (2022).

1. Asunto

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte ejecutada en contra del embargo de depósitos que tenga la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional en el acto judicial proferido el 24 de octubre de 2019, que rechazó por improcedente la excepción genérica propuesta por la parte ejecutada.¹

2. Antecedentes

El señor Carlos Augusto Hoyos Peláez promovió proceso ejecutivo en contra de la Nación – Ministerio de Defensa- Policía Nacional, en cumplimiento de la sentencia condenatoria proferida en el proceso de reparación directa en primera instancia el 30 de septiembre de 2014 por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito, y modificada en segunda instancia el 17 de septiembre de 2015 por esta Colegiatura.

En la demanda ejecutiva se solicitó como pretensión se libre mandamiento de pago en contra de la Nación- Ministerio de Defensa – Policía Nacional de Colombia, por las siguientes sumas de dinero:

- Por sesenta (60) salarios mínimos legales mensuales vigentes por concepto de daños a la salud.
- Por treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes por concepto de perjuicios morales.
- Sobre las sumas indicadas, solicitó el pago de intereses moratorios a la tasa del DTF, desde la ejecutoria de la sentencia, el 29 de septiembre de

¹ (fs. 12- 14, c1).

2015, hasta cuando se haga efectiva la cancelación de la totalidad de la obligación.

- Así mismo, como medida cautelar solicitó, el embargo y retención de dineros (limitándolos al doble del valor de la ejecución) que la Policía Nacional posee en los bancos de la ciudad en cuenta de ahorro, corriente y/o C.D.T, en Banco de Bogotá, Bancolombia, Banco Davivienda, Banco BBVA, Banco Scotiabank, Colpatria, Banco Agrario, Banco Pichincha, Banco Popular, AV Villas, Banco GNB Sudameris, Banco Citybank, Banco HSBC, Banco de Occidente y Banco Caja Social.

3. Acto judicial recurrido (fs. 12-14, c1)

Mediante auto del 24 de octubre de 2019, el Juzgado Séptimo Administrativo, resolvió decretar la medida cautelar con apoyo en el numeral 10 del artículo 593 del CGP, de la siguiente manera:

(...)

***SEGUNDO: SE DECRETA** el EMBARGO de los depósitos que a cualquier título tenga la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL en el Banco de Bogotá, Bancolombia, Banco Davivienda, Banco BBVA, Banco Scotiabank Colpatria, Banco Agrario, Banco Pichincha, Banco Popular, AV Villas, Banco GNB Sudameris, Banco Citybank, Banco HSBC, Banco de Occidente y Banco Caja Social en la ciudad de Manizales. (...)*

4. Recurso de apelación (fs. 21-22, c1)

Inconforme con la decisión, la parte ejecutada, interpuso recurso de apelación aduciendo que de acuerdo a la circular externa número 002 del 16 de enero de 2015, los bienes de uso público son inembargables, conforme a lo normado en el artículo 63 de la Constitución Política.

Que en virtud del artículo 39 de la Ley 1737 de 2014, se encuentra acreditado que las cuentas de la institución no pueden ser objeto de embargo, puesto que la procedencia de sus recursos es de origen estatal.

Manifestó que una vez verificada la base de datos donde se encuentran registradas las cuentas de cobros radicadas, está registrado el proceso ejecutivo número 170013339007201700372, con turno de pago 567-S-2016 a favor de Carlos Augusto Hoyos Peláez, el cual se encuentra a la espera de liquidación para realizar el pago.

Adujó que el artículo 15 de la Ley 926 de 2005, establece que no es posible alterar los turnos que le corresponden a cada usuario, ya que se vulneraría el derecho al debido proceso y a la igualdad de todos los acreedores que están a la espera de cancelación de sus sentencias judiciales.

Indicó que la Policía Nacional está supeditada al rubro presupuestal que le sea designado por el Ministerio de Hacienda para el pago de sentencias y conciliaciones, así mismo, que al ejecutante le fue asignado un turno para el pago.

5. Consideraciones

5.1. Competencia

El Despacho decide el recurso de apelación interpuesto contra el auto que decretó el embargo de las cuentas de la entidad demandada, de conformidad con los artículos 125, 153 y 243 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y modificado por el artículo 20 de la ley 2080 de 2021.

Conforme al auto del 2 de abril de 2019 del Honorable Consejo de Estado², “... *teniendo en cuenta que el recurso de apelación se resolverá de plano de acuerdo con el artículo 326 del C.G.P.*³⁸, *mediante auto del Consejero sustanciador, de conformidad con las reglas del artículo 35 del C.G.P.*”³

Además, el recurso fue interpuesto antes de la vigencia de las competencias de la Ley 2080 de 2021, y su artículo 86 dispone: “*En estos mismos procesos, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtirse las notificaciones.*”-sft-

5.2. Problema jurídico

¿Es procedente decretar la medida cautelar de embargo de dineros de las cuentas bancarias que de la Nación – Ministerio de Defensa - Policía Nacional en las entidades financieras mencionadas?

5.3. Normativa y jurisprudencia aplicable

² CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO -SECCIÓN TERCERA -SUBSECCIÓN A -Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO -Bogotá, D.C dos (2) de abril de dos mil diecinueve (2019) Radicación número: 68001-23-33-000-2018-00458-01(63506)

³ “*Artículo 35 CGP Atribuciones de las Salas de Decisión y del Magistrado Sustanciador. Corresponde a las salas de decisión dictar las sentencias y los autos que decidan la apelación contra el que rechace el incidente de liquidación de perjuicios de condena impuesta en abstracto o el que rechace la oposición a la diligencia de entrega o resuelva sobre ella. El magistrado sustanciador dictará los demás autos que no correspondan a la sala de decisión.*”

La Ley 1437 de 2011, al regular el proceso ejecutivo, en el artículo 297, dijo lo siguiente:

“Artículo 297. Título Ejecutivo. Para los efectos de este Código, constituyen título ejecutivo:

1. Las sentencias debidamente ejecutoriadas proferidas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, mediante las cuales se condene a una entidad pública al pago de sumas dinerarias (...).”

5.4. Naturaleza del título ejecutivo

El Honorable Consejo de Estado, ha precisado sobre las características del título ejecutivo, en cuanto a su contenido y conformación⁴, conforme a lo previsto en el artículo 422 del Código General del Proceso. Además, de las condiciones sustanciales y formales para la procedencia de su ejecución, al punto ha referido:

“El título ejecutivo puede ser singular, es decir, estar contenido o constituido por un solo documento (por ejemplo, un título valor) o bien puede ser complejo y estar integrado por un conjunto de documentos (por ejemplo, por un contrato y las constancias de cumplimiento o recibo de las obras, servicios o bienes contratados, el reconocimiento del deudor respecto del precio pendiente de pago, el acta de liquidación, etc.).

Esta Subsección, con base en lo dispuesto en el artículo 422 del Código General del Proceso, ha señalado que los títulos ejecutivos, al margen de si son simples o complejos, deben gozar de unas condiciones formales y otras sustanciales; las primeras se refieren a que los documentos donde consta la obligación deben ser auténticos y emanar del deudor o de su causante, de una decisión condenatoria proferida por un juez o un tribunal u otra providencia judicial que tenga fuerza ejecutiva; las segundas se traducen en que las obligaciones a favor del ejecutante o de su causante y a cargo del ejecutado o de su causante deben ser claras, expresas y exigibles.

Sobre los requisitos sustanciales, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha dicho:

*“(...) La obligación es expresa cuando surge manifiesta de la redacción misma del documento, en el cual debe aparecer el crédito - deuda en forma nítida, es decir, que la obligación esté declarada de forma expresa sin que haya lugar a acudir a elucubraciones o suposiciones; **la obligación es clara cuando está determinada de forma fácil e inteligible en el documento o documentos y en sólo un sentido; y la obligación es exigible cuando su cumplimiento no está sujeto a plazo o a condición, es decir, ante la existencia de plazo o condición, la obligación se torna exigible cuando el término para su cumplimiento ya venció o cuando la condición ya acaeció...**”*

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección A, C.P. José Roberto SÁCHICA Méndez, 20 de noviembre de 2020, radicado 25000-23-26-000-2000-00287-02(66172).

<https://jurisprudencia.ramajudicial.gov.co/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2168389>

6. Decreto de Medida cautelar

El Código Procesal Civil estableció la forma de efectivizar las órdenes de pago contenidas en título ejecutivos; en cuanto al cobro de sumas de dinero estipuló en el numeral 10 del artículo 593, como procedente el embargo de sumas de dinero depositadas en establecimientos bancarios y similares. Así mismo, dispuso el procedimiento y los límites sobre el monto en que se debe decretar.

6.1. Medida cautelar – bienes inembargables

El principio de inembargabilidad tiene sustento en la Constitución Política en el artículo 63⁵, que precisa sobre la inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad de los bienes de uso público, y entre otros, los demás bienes que determine la ley.

Sobre el objeto de análisis, el CPACA en el artículo 195, en cuanto al trámite de pago de condenas y conciliaciones, dispuso sujetarse a las siguientes reglas:

(...)

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

Al respecto, es menester, citar el artículo 594 del Código General del Proceso, aplicable a los procesos adelantados en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo por disposición expresa del artículo 306 del CPACA, señala:

“ARTÍCULO 594. BIENES INEMBARGABLES. Además de los bienes inembargables señalados en la Constitución Política o en leyes especiales, no se podrán embargar:

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

(...)”-sft

El parágrafo del citado artículo, en cuanto al procedimiento para aplicar las excepciones a la inembargabilidad señala:

“PARÁGRAFO. Los funcionarios judiciales o administrativos se abstendrán de decretar órdenes de embargo sobre recursos inembargables.

En el evento en que por ley fuere procedente decretar la medida no obstante su carácter de inembargable, deberán invocar en la orden de embargo el fundamento legal para su procedencia.

⁵ <http://www.secretariassenado.gov.co/index.php/constitucion-politica>

Recibida una orden de embargo que afecte recursos de naturaleza inembargable, en la cual no se indicare el fundamento legal para la procedencia de la excepción, el destinatario de la orden de embargo, se podrá abstener de cumplir la orden judicial o administrativa, dada la naturaleza de inembargable de los recursos. En tal evento, la entidad destinataria de la medida, deberá informar al día hábil siguiente a la autoridad que decretó la medida, sobre el hecho del no acatamiento de la medida por cuanto dichos recursos ostentan la calidad de inembargables. La autoridad que decretó la medida deberá pronunciarse dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la fecha de envío de la comunicación, acerca de si procede alguna excepción legal a la regla de inembargabilidad. Si pasados tres (3) días hábiles el destinatario no se recibe oficio alguno, se entenderá revocada la medida cautelar.

En el evento de que la autoridad judicial o administrativa insista en la medida de embargo, la entidad destinataria cumplirá la orden, pero congelando los recursos en una cuenta especial que devengue intereses en las mismas condiciones de la cuenta o producto de la cual se produce el débito por cuenta del embargo. En todo caso, las sumas retenidas solamente se pondrán a disposición del juzgado, cuando cobre ejecutoria la sentencia o la providencia que le ponga fin al proceso que así lo ordene.”-sft

La Corte Constitucional al efectuar un estudio de constitucionalidad al artículo 594 del Código General del Proceso, recordó que la Corporación fijó otras excepciones a la regla de inembargabilidad, las cuales continúan preservando su plena vigencia de conformidad con la sentencia C- 543 de 2013⁶, en la cual señaló:

“Por su parte, la Corte Constitucional, al fijar el contenido y alcance del artículo 63 sobre el tema en discusión, ha sostenido que el principio de inembargabilidad es una garantía que se hace necesario preservar y defender, con el fin de proteger los recursos financieros del Estado, en particular, los destinados a cubrir las necesidades esenciales de la población. Esto, por cuanto si se permitiera el embargo de todos los recursos y bienes públicos (i) el Estado se expondría a una parálisis financiera para realizar el cometido de sus fines esenciales, y (ii) se desconocería el principio de la prevalencia del interés general frente al particular, el artículo 1 y el preámbulo de la Carta Superior.”⁷

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

(i) Satisfacción de créditos u obligaciones de origen laboral con el fin de hacer efectivo el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas⁸.

(ii) Pago de sentencias judiciales para garantizar la seguridad jurídica y la realización de los derechos en ellas contenidos⁹.

⁶ En la misma línea, la Corte Constitucional en sentencia C-1154 de 2008, explicitó la procedencia de cada una de las excepciones por ella establecidas

⁷ Sentencia C-546 de 1992.

⁸ Ibidem

⁹ Sentencia C-354 de 1997

(iii) *Títulos emanados del Estado que reconocen una obligación clara, expresa y exigible.*¹⁰

(iv) *tuvieran como fuente alguna de las actividades a las cuales estaban destinados dichos recursos (educación, salud, agua potable y saneamiento básico)*¹¹”.

Así mismo, la Corte Constitucional¹², ha precisado sobre el punto:

La inembargabilidad reza que tienen esa característica todas las rentas incorporadas en el Presupuesto General de la Nación, así como los bienes y derechos de los órganos que lo conforman. No obstante, la anterior inembargabilidad, los funcionarios competentes deberán adoptar las medidas conducentes al pago de las sentencias en contra de los órganos respectivos, dentro de los plazos establecidos para ello, y respetarán en su integridad los derechos reconocidos a terceros en estas sentencias.

Este principio, consagrado en el artículo 19 del EOP fue declarado constitucional de forma condicionada por la sentencia C-354 de 1997, “bajo el entendido de que los créditos a cargo del Estado, bien sean que consten en sentencias o en otros títulos legalmente válidos, deben ser pagados mediante el procedimiento que indica la norma acusada y que transcurridos 18 meses después de que ellos sean exigibles, es posible adelantar ejecución, con embargo de recursos del presupuesto -en primer lugar los destinados al pago de sentencias o conciliaciones, cuando se trate de esta clase de títulos- y sobre los bienes de las entidades u órganos respectivos.

Es de resaltar que sobre el particular la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia del 6 de noviembre de 2019¹³ y del 29 de enero de 2021¹⁴, ha precisado sobre la vialidad de decretar la medida de embargo, como excepción al principio de inembargabilidad, basado en los lineamientos contenidos en las providencias de la Corte Constitucional. Al respecto señaló:

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

(...)

¹⁰ Sentencia C-103 de 1994

¹¹ C-793 de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño

¹² Corte Constitucional sentencia C-438 del 13 de julio de 2017

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección A M.P., María Adriana Marín, sentencia del 6 de noviembre de 2019, radicado 20001-23-31-000-2004-02073-03(62541)

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección B, C.P. Ramiro Pazos Guerrero, enero 29 de 2021, expediente radicado 47001-23-33-000-2020-00567-01(AC)

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

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

Conforme al avance jurisprudencial precitado, se colige que la Corte Constitucional, precaviendo el principio de inembargabilidad con el fin de preservar los recursos del Estado, adoptó por contemplar las excepciones a dicho principio fundamentado en los valores y derechos constitucionales relacionados al derecho a la dignidad humana y el derecho al trabajo, ha afecto de evitar hacer nugatoria, las medidas cautelares ante las particularidades de cada asunto.

Corolario de lo anterior, sobre el tema en debate, esta Corporación Judicial se ha pronunciado sobre el asunto, en sentencia del 8 de febrero de 2019¹⁵, dentro del proceso ejecutivo, en el cual se ordenó confirmar la decisión del *a quo*, donde se decretó la medida cautelar de embargo de los dineros que la UGPP posea en una de las entidades bancarias, salvo las cuentas del sistema general de participaciones, regalías y recursos de la seguridad social.

Requisitos para decretar la medida cautelar

Al respecto es preciso indicar que la parte ejecutante debe determinar expresamente cuáles son los fundamentos de derecho en que basa la solicitud de medida cautelar, y como se advirtió en el acápite anterior, cuando el debate surge por la falta de cumplimiento en el pago de una obligación contenida en el título ejecutivo, que debe ser cumplida por entidades públicas, sus recursos están sometidos a presupuesto del orden territorial o nacional.

En este sentido, se ilustra en sentencia de la Sección Primera del Consejo de Estado, sobre la carga procesal que le impone al ejecutante en sustentar de manera adecuada la solicitud de medida cautelar a efectos de su decreto, al citar una decisión del Tribunal de Cundinamarca, sobre el punto explica:

¹⁵ Tribunal Administrativo de Caldas, sentencia del 8 de febrero de 2019, proceso ejecutivo, radicado 17-001-33-33-008-2016-00391-02

“En tercer lugar dado que, el actor no ofrece la norma en que debe fundamentarse el juzgador para decretar la medida cautelar solicitada, tal y como lo dispone los mandatos del parágrafo del art. 594 del CGP, por tanto, la parte actora incumplió la carga procesal que le correspondía para que el juzgador procediera a lo solicitado, dado que ni en la solicitud de la medida cautelar ni en el recurso de apelación hizo referencia a la normativa que le permitía al juez proceder conforme a lo solicitado. Tampoco el juez de instancia en la providencia apelada señaló la disposición que le posibilitaba tomar tal decisión.

Y, no puede ser el fundamento normativo de lo pretendido el art. 593-10 del CGP, dado que como se señaló previamente, el parágrafo del art. 594 del mismo estatuto exige al fallador precisar la normatividad en que se ampara para decretar la medida cautelar solicitada.”

EL CASO CONCRETO

El señor Carlos Augusto Hoyos Peláez, el 18 de agosto de 2017 interpuso proceso ejecutivo en contra de la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, a raíz de que dicha entidad, aun no cancela lo ordenado en las sentencias de primera instancia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales y modificada en su numeral segundo por el Honorable Tribunal Administrativo de Caldas.

El ejecutante ha solicitado al Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, librar mandamiento de pago a su favor por concepto de los perjuicios causados a su salud y los daños morales que sufrió, como consecuencia del actuar de la Policía Nacional y así mismo, le sean reconocidos los intereses moratorios que se han causado, dado el incumplimiento de la ejecutada en lo ordenado en la sentencia judicial.

De igual manera, el 24 de octubre de 2019 el Juez de primera instancia decretó el embargo de los depósitos que a cualquier título tenga la Nación en el Banco de Bogotá, Bancolombia, Banco Davivienda, Banco BBVA, Banco Scotiabank, Colpatria, Banco Agrario, Banco Pichincha, Banco Popular, AV Villas, Banco GNB Sudameris, Banco Citybank, Banco HSBC, Banco de Occidente y Banco Caja Social.

En efecto, el recurrente indicó que los recursos de la entidad son de origen estatal y que no pueden ser objeto de embargo al depender del Ministerio de Hacienda de origen inembargable.

Considera la Sala conforme a de los fundamentos esgrimidos por la entidad ejecutada al advertir que la obligación de la parte ejecutada se encuentra con asignación de turno para su pago. No obstante, lo anterior, y según los planteamientos jurídicos abordados ya se han superado los términos con los que cuenta la entidad para el respectivo pago de la obligación contraída en el título valor, y en su defecto puede ejecutarla a través de las medidas cautelares que la norma procesal lo confiere.

En cuanto a lo señalado por la entidad sobre las cuentas que posee de carácter de inembargable, de conformidad con el artículo 594 del CGP, y la sentencia

C- 543 de 2013, el juzgado en el numeral tercero de la parte resolutive del acto judicial controvertido, ordenó que se le informara a los gerentes de las entidades las restricciones respecto a los recursos inembargables, y los mismos representantes debían informar y sustentar cuáles de las cuentas serían inembargables.

Por tanto, al decretar el embargo se avisó que debía indicarse detalladamente por cada cuenta cuáles serían inembargables, debiendo sustentarse lo anterior.

En este sentido se confirmará la orden impartida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, en acto judicial del pasado 24 de octubre de 2019, que decretó la medida cautelar.

En mérito de lo expuesto, la sala unitaria sexta del Honorable Tribunal Administrativo de Caldas,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la providencia proferida el 24 de octubre de 2019, por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales dentro el proceso ejecutivo instaurado por Carlos Augusto Hoyos Peláez en contra de la Nación Ministerio de Defensa – Policía Nacional.

SEGUNDO: EJECUTORIADA esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al despacho de origen, previas las anotaciones pertinentes en el Programa Justicia Siglo XXI.

Notifíquese y Cúmplase



PUBLICO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
<u>NOTIFICACIÓN POR ESTADO</u>
No.
FECHA: 14/01/2022
Secretario



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

A.I. 214

Asunto: Auto decide excepciones
Medio de control: Controversia Contractual
Radicación: 17001-23-33-000-2019-00317-00
Demandante: Procuraduría General de la Nación-
Procuraduría Judicial de Manizales
Demandados: Municipio de Manizales- Centro de Desarrollo
Comunitario Versalles
Llamada en Garantía: Seguros de Estado S.A.

Manizales, Enero trece (13) de dos mil veintidós (2022).

Asunto

Una vez analizado el expediente, se advierte que tanto las entidades accionadas como la llamada en garantía propusieron excepciones previas y mixtas. En aplicación al artículo 175 del CPACA, modificado por el artículo 38 de la Ley 2080 del 2021, se procederá a su resolución antes de celebrar la audiencia inicial conforme lo prevén los artículos 100, 101 y 102 del Código General del Proceso.

Antecedentes

La demanda fue admitida y debidamente notificada a las accionadas municipio de Manizales, y Centro de Desarrollo Comunitario Versalles, quienes contestaron dentro del término oportuno, proponiendo las siguientes excepciones mixtas, a las cuales se les corrió traslado.

- **Alcaldía de Manizales¹:** Propuso las excepciones de caducidad de la acción, inepta demanda, falta de agotamiento de procedibilidad y desistimiento tácito; mismas que fueron sustentadas conforme a los siguientes supuestos fácticos y jurídicos:
 - **Caducidad del medio de control:** Señaló que conforme a los artículos 137, 138 y 141 de la Ley 1437 de 2011, el término para demandar los actos administrativos del proceso de selección y un restablecimiento del derecho es de cuatro meses. Que para el caso *sub judice*, la resolución de adjudicación 1201 del 18 de julio de 2017 producto de la selección abreviada y resolución 1185 del 17 de julio de 2017 del contrato 1708100513, se debieron demandar dentro del término de cuatro meses, situación que no ocurrió. Por tanto, se encuentra vencido. Además, expuso en caso de demandarse bajo el medio de

¹ Expediente digital2019- 317 cuaderno 1. pág. 483-632.

control contractual dentro de los dos años siguientes a la terminación para efectos de liquidación. Sin embargo, no aplica por encontrarse liquidados desde el 28 de diciembre de 2017.

- **Falta de legitimación en la causa por activa:** Expuso conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado proferida el 25 de marzo de 2010, que se configura la excepción dado que el demandante no es parte dentro del contrato que le permita demandar la nulidad, ya que esta potestad solo corresponde a las partes del contrato. Sin embargo, el artículo 141 le confiere al Ministerio Público demandar la intervención en el proceso solo frente a la declaratoria de nulidad absoluta del contrato y no respecto a la nulidad y restablecimiento del derecho.
- **Falta de agotamiento de requisito de procedibilidad:** Resaltó que conforme a los artículos 52 de la Ley 1395 de 2010, 23 de la Ley 640 de 2001, y 613 del CGP, que regulan el trámite sobre los asuntos que son susceptibles de conciliación extrajudicial; expresó que al ser un órgano de control no tiene la condición de entidad pública, y por ello no se encuentra dentro de la excepción del deber agotar el requisito de procedibilidad.
- **Inepta demanda:** Manifestó que esta se configura al no haberse demandado los actos administrativos de adjudicación de la licitación contenido en la resolución 1201 del 18 de julio de 2017 y para el caso de selección abreviada de menor cuantía y a través de la resolución 1185 del 17 de julio de 2017 para el caso de la licitación pública LP-SDS-008-2017. Y, en consecuencia, los actos administrativos mencionados quedarían intactos.
- **Desistimiento tácito:** Explicó que de conformidad con el artículo 178 del CPACA, la parte actora incumplió con la carga procesal de remitir por correo electrónico la demanda, anexos y del auto admisorio de la demanda, conforme a la orden impartida en el auto admisorio de la demanda. Que dicha carga procesal debió haber sido cumplida el 13 de enero de 2020.
- **Centro de Desarrollo Comunitario Versalles²:** Propuso la excepción mixta de falta de legitimación en la causa por pasiva, sustentada conforme a los siguientes supuestos fácticos y jurídicos:
 - **Falta de legitimación en la causa por pasiva en la controversia contractual:** Expresó que respecto a la etapa precontractual no tiene injerencia en cuanto a la planeación que le corresponde a la entidad contratante, en la verificación de los fundamentos legales y fácticos; que exime de responsabilidad al contratista. Y de otro lado, señaló que no hubo reparos en la ejecución de los contratos celebrados, y solo se realizaron ajustes y descuentos conforme quedó consignado en las actas finales de liquidación.

La parte actora³ se pronunció frente al traslado de las excepciones formuladas por al accionadas, precisando los fundamentos de inconformidad sobre las mismas,

² Expediente digital2019- 317 cuaderno 1. pág. 567-600.

³ Expediente digital2019- 317 cuaderno 1. pág. 625.

aludiendo a los principios de función pública y de contratación estatal.

Excepciones previas o mixtas formuladas por la Llamada en garantía Compañía de Seguros del Estado S.A. frente al llamamiento en garantía formulado por el Centro de Desarrollo Comunitario Versalles⁴ y el municipio de Manizales⁵

- **Falta de legitimación en la causa por activa del Centro de Desarrollo Comunitario Versalles para llamar en garantía.**

Explicó que una vez analizadas las carátulas de las pólizas dentro del contrato de seguro se tiene como datos de tomador el Centro de Desarrollo Comunitario Versalles, y el asegurado el Municipio de Manizales, sin que aparezca el llamante como amparo o beneficiario de la misma. Y conforme a las condiciones generales y o particulares de la Póliza contempladas en el numeral 1 y en el numeral 1.4, los amparos se otorgan a la entidad estatal asegurada, eso es al municipio de Manizales, cubriendo los perjuicios directos que resulten ocasionados.

- **Prescripción extintiva de las acciones derivadas del contrato**

Manifestó que conforme al artículo 1081 del Código de Comercio, la prescripción derivada de las acciones del contrato de seguro tuvo su evento el 15 de abril de 2020; y la entidad asegurada fue notificada del llamamiento en garantía el día 16 de diciembre de 2020, esto es, con posterioridad al término de dos años. Por ello, las acciones derivadas del contrato se encuentran prescritas.

El apoderado judicial de la entidad demandada Centro Comunitario Versalles, contestó las excepciones propuestas por Seguros del Estado⁶.

Consideraciones del Tribunal

El artículo 38, de la Ley 2080 de 2021, por el cual se modificó el parágrafo 2 del artículo 175 de la Ley 1437 de 2011, previó el trámite y resolución de las excepciones previas en la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, la disposición prevé:

*“Parágrafo 2º: De las excepciones presentadas se correrá traslado en la forma prevista en el artículo 201. A por el término de tres (3) días. **En este término, la parte demandante podrá pronunciarse sobre las excepciones previas y, si fuere el caso, subsanar los defectos anotados en ellas. En relación con las demás excepciones podrá también solicitar pruebas.***

*Las excepciones previas se formularán y decidirán según lo regulado en los artículos 100, 101 y 102 del Código General del Proceso. Cuando se requiera la práctica de pruebas a que se refiere el inciso segundo del artículo 101 del citado código, e/ juez o magistrado ponente las decretará en el auto que cita a la audiencia inicial, y en el curso de esta las practicarán. **Allí mismo, resolverá las excepciones previas que requirieron pruebas y estén pendientes de decisión.***

⁴ Expediente digital archivo RESPUESTA LLAMAMIENTO CD. Pág. 3

⁵ Expediente digital archivo RESPUESTA LLAMAMIENTO CD. Pág. 9

⁶ Expediente digital archivo RESPUESTA LLAMAMIENTO CD. Pág. 1 – 3.

Antes de la audiencia inicial, en la misma oportunidad para decidir las excepciones previas, se declarará la terminación del proceso cuando se advierta el incumplimiento de requisitos de procedibilidad.

Las excepciones de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta manifiesta de legitimación en la causa y prescripción extintiva, se declararán fundadas mediante sentencia anticipada, en los términos previstos en el número tercero del artículo 182A. rft.

Conforme a lo anterior, se procederá a resolver las excepciones previas propuestas según lo sustentado por las entidades accionadas como se expresó con anterioridad.

Falta de legitimación en la causa por pasiva

Solicitada por el Centro de Desarrollo Comunitario Versalles

En cuanto a la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el Centro de Desarrollo Comunitario Versalles, se cita jurisprudencia del Consejo de Estado, que se refiere a la falta de legitimación en la causa, donde se realiza un paralelo entre la legitimación material y formal, así:

"La legitimación en la causa por pasiva -a diferencia de la capacidad para obrar o legitimación ad procesum- constituye un presupuesto de la sentencia de mérito o de fondo, de tal manera que, en esencia, no es una excepción previa que pueda ser alegada en sede de la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del CPACA, porque no tiene la virtualidad de enervar la continuidad del proceso.(...) el profesor Hernando Morales Molina, puntualizó en relación con la legitimación en la causa que esta titularidad configura una posición de sujeto activo y del sujeto pasivo de la pretensión anterior al proceso y se examina en la sentencia". En otros términos, la legitimación en la causa consiste en la relación que existe entre el sujeto (activo o pasivo) con el objeto jurídico que se debate en el proceso. (...) el a quo se equivocó en resolver, en la audiencia del artículo 180 del CPACA, la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva comoquiera que constituye un presupuesto de la sentencia de mérito cuyo pronunciamiento debió diferir o postergar para la sentencia. (...) el Despacho modificará la decisión apelada para abstenerse de pronunciar frente a la excepción propuesta., toda vez que, se itera, es un presupuesto procesal que se analizará al momento de proferir el fallo que decida la controversia, momento en que se definirá si las partes tienen interés sustancial por activa o pasiva en relación con el objeto del proceso es necesario que se adelante toda la actuación y se valoren las pruebas aportadas y solicitadas por las partes (...)⁷.

Por otra parte, en esta instancia procesal no es posible determinar si existe o no falta de legitimación en la causa, conforme lo ha indicado la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado⁸:

⁷ Consejo de Estado, MP. Hernán Andrade Rincón, sección tercera Subsección A, radicado número: 25000-23-36-000-2015-01157-01 (57440) auto del 18 de abril de 2017.

⁸ Consejo de Estado, MP. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sección Segunda Subsección A, radicado número 05001-23-31-000-2000-02571-01 (1275-08), sentencia del 25 de marzo de 2010.

"(...) esta Corporación ha manifestado en cuanto a la legitimación en la causa, que la misma no es constitutiva de excepción de fondo, sino que se trata de un presupuesto necesario para proferir sentencia de mérito favorable bien a las pretensiones del demandante, bien a las excepciones propuestas por el demandado. Así mismo, ha diferenciado entre la legitimación de hecho y la legitimación material en la causa, siendo la legitimación en la causa de hecho la relación procesal existente entre demandante legitimado en la causa de hecho por activa y demandado legitimado en la causa de hecho por pasiva y nacida con la presentación de la demanda y con la notificación del auto admisorio de la misma quien asumirá la posición de demandado; dicha vertiente de la legitimación procesal se traduce en facultar a los sujetos litigiosos para intervenir en el trámite del plenario y para ejercer sus derechos de defensa y de contradicción, la legitimación material, en cambio, supone la conexión entre las partes y los hechos constitutivos del litigio, ora porque resultaron perjudicadas, ora porque dieron lugar a la producción del daño. En un sujeto procesal que se encuentra legitimado de hecho en la causa no necesariamente concurrirá, al mismo tiempo, legitimación material, pues ésta solamente es predicable de quienes participaron realmente en los hechos que han dado lugar a la instauración de la demanda o, en general, de los titulares de las correspondientes relaciones jurídicas sustanciales: por consiguiente, el análisis sobre la legitimación material en la causa se contrae a dilucidar si existe, o no relación real de la parte demandada o de la demandante con la pretensión que ésta fórmula o la defensa que aquella realiza, pues, la existencia de tal relación constituye condición anterior y necesaria para dictar sentencia de mérito favorable a una o a otra. Rft. ⁵.

Visto lo anterior, considera el Despacho que la demanda pretende la declaratoria de nulidad de los contratos de prestación de servicios números 1708230531 del 23 de agosto de 2017 y 1708100513 del 17 de agosto de 2017, suscritos entre el Municipio de Manizales -Secretaría de Desarrollo Social y el Centro de Desarrollo Comunitario Versailles, cuyo objeto fue la implementación del Centro Vida Rural para la atención integral diurna de adultos mayores del municipio de Manizales, por violación a los principios de contratación estatal. Y en restablecimiento, solicitó se devuelva por el contratista los recursos públicos pagados incluidos intereses y demás rubros.

Frente a los supuestos fácticos y jurídicos, se tiene que existe una relación procesal entre la parte actora y demandada, por el hecho de ser la parte en el proceso. Y además, de existir una conexidad sustancial frente a los hechos de la demanda, dado que fungió como contratista para la celebración de los contratos donde se pretende la nulidad.

En este sentido, esta excepción se niega como previa y se ordena analizar y resolver en el momento de proferir sentencia de fondo.

Legitimación en la causa por activa:

Solicitada por el Municipio de Manizales

El municipio de Manizales, propuso la excepción fundamentada en que la Procuraduría Judicial Administrativa no hizo parte del proceso contractual que le permita solicitar la nulidad del mismo.

Al respecto, en cuanto a las atribuciones del Ministerio Público como sujeto procesal es preciso indicar que el artículo 303 del CPACA, lo facultó para actuar como demandante o sujeto procesal, en defensa del patrimonio público, orden público y de los derechos y garantías fundamentales. Así mismo, en materia de contratación estatal en el numeral tercero de la norma en cita, le confirió poder para pedir la nulidad absoluta en los contratos estatales.

A su vez, el artículo 141 *ibidem*, el cual regula el medio de control de controversia contractual legitima al Ministerio Público que acredita un interés directo solicitar la nulidad absoluta del contrato.

En igual sentido en cuanto a las funciones preventivas y de control de gestión que le competen al órgano de control se encuentran las previstas en el artículo 38 de Decreto Ley 262 de 2000, que le da potestad de instaurar a través de los procuradores judiciales, acciones populares, de tutela, de cumplimiento de nulidad de actos administrativos y nulidad absoluta de los contratos estatales con el fin de asegurar el orden y el patrimonio público.

En efecto, conforme a los preceptos normativos aludidos, considera el Despacho que el Ministerio Público a través de sus delegados se encuentra legitimado por activa para representar los intereses del Estado, a través de los diferentes medios de control; y por ello le asiste el derecho de demandar la nulidad pretendida.

Por lo anterior, se denegará la excepción propuesta de la falta de legitimación en la causa por activa.

Solicitado por la Compañía de Seguros del Estado S.A.

La entidad aseguradora advierte que el Centro de Desarrollo Comunitario no se encuentra legitimado por activa para llamarlo en garantía, toda vez que no aparece en la póliza de seguros suscrita beneficiario de la misma, sino como tomador.

Al respecto cabe resaltar sobre el contrato de seguro, se encuentra regulado en el artículo 10369 y siguientes del Código de Comercio, donde se ha denominado como un contrato consensual, bilateral, oneroso y de ejecución sucesiva; además conforme al artículo 1037 del mismo Estatuto, menciona como partes del referido contrato el asegurador, quien es la persona jurídica que asume los riesgos conforme a lo prevé la ley, y el tomador que obra por cuenta propia o ajena, traslada los riesgos.

Conforme al artículo 1039 *ibidem*, el seguro puede ser contratado por cuenta de un tercero determinado o determinable, en este caso al tomador incumben las obligaciones y al tercero corresponde el derecho a la prestación asegurada.

Por su parte, el beneficiario es la persona que tiene derecho a recibir la prestación asegurada. Puede ser el mismo tomador o asegurado, o una persona diferente. El beneficiario se determina en la póliza y, de conformidad con el artículo 1142 del Código de Comercio en caso de que no se designe, o la designación se haga ineficaz o quede sin efecto por cualquier causa, tendrán la calidad de tales el cónyuge del

⁹ http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_comercio.html.

asegurado, en la mitad del seguro, y los herederos de éste en la otra mitad¹⁰.

Por su parte, el Consejo de Estado¹¹, ha señalado las obligaciones que le asisten a las partes dentro de un contrato de seguro, en aras de dar cumplimiento al mismo, conforme a las garantías estipuladas. Al respecto expuso:

“Es pertinente recalcar que, en el seguro de cumplimiento constituido para garantizar el contrato estatal y, bajo lo establecido en el artículo 1037 del Código de Comercio, obran como partes, el asegurador –vale decir, la compañía de seguros que expide la respectiva póliza y que asume la obligación de cubrir el riesgo amparado con la misma- y el tomador –en este caso, el contratista del Estado que celebra el contrato de seguro con la aseguradora, pero no es el titular del interés asegurable, sino que toma el seguro a favor de un tercero que es, precisamente, la entidad pública-. Adicionalmente, toda vez que el contratista-tomador- solicita la constitución de la garantía a favor de la entidad estatal contratante, esta interviene en la relación negocial de la garantía única como sujeto asegurada y como beneficiaria del seguro, por ser la titular del interés patrimonial cubierto con el seguro. (...) Tal identificación de las partes resulta de particular relevancia en el examen del presente caso, dada la necesidad de establecer con claridad que, en el contrato de seguro de cumplimiento de contratos estatales –es decir, en la garantía única-, el riesgo que se cubre es aquel originado en el incumplimiento del contratista tomador, que es el llamado por la ley a constituir la aludida garantía, precisamente para avalar o afianzar sus obligaciones contractuales adquiridas con el Estado. (...) En esa medida, si, por el contrario, es el Estado quien por su propio incumplimiento da lugar a la concreción de un riesgo patrimonial en su contra, la garantía del contrato respectivo no le puede ser exigible al asegurador, puesto que la lesión patrimonial no se produjo en las condiciones previstas en la póliza, sino que fue provocada por la conducta y el arbitrio del asegurado afectado”.

En este sentido, se tiene que no solo las partes del contrato de seguro; lo integran el asegurador y el tomador, toda vez que en este intervienen terceros determinados o determinables, cuando el tomador no es titular del interés asegurable, pero toma el seguro a favor de un tercero, quien interviene en dicho contrato en cumplimiento a sus derechos y obligaciones otorgadas por ley, y a efectos de hacer exigible la garantía de riesgo, que se ha contratado en caso de incumplimiento; y de avalar las obligaciones contractuales.

En este sentido, la entidad Centro de Desarrollo Comunitario Versalles se encuentra legitimada por activa para llamar en garantía a la aseguradora Seguros del Estado, pues como se advirtió la entidad funge como tomadora de la póliza de seguro de cumplimiento número 42-44-101102143 del 10 de agosto de 2017, y como asegurado el municipio de Manizales. Por ello, hace parte del contrato de seguro suscrito en la póliza y existe una relación sustancial entre el llamante y llamado, para solicitar su comparecencia.

Por lo anterior se denegará la excepción formulada por la Asegurador Seguros del Estado S.A.

¹⁰<https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/Publicaciones/publicaciones/loadContenidoPublicacion/id/18372/dPrint/1/c/00>

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección A, M.P. Dra. María Adriana Marín, dieciséis (16) de mayo de 2019., rad. 85001-23-31-000-2007-00159-01(40102).
<http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2132039>

Sobre la caducidad

La caducidad representa la extinción de la oportunidad de quien pretende controvertir la existencia de un derecho en sede judicial, cuando ha transcurrido el tiempo para interponer un medio de control previsto en la ley. Dicho fenómeno está concebido para desarrollar el principio de seguridad jurídica bajo los criterios de racionalidad y suficiencia temporal¹², como una sanción como consecuencia del transcurso del tiempo, sumado a la inactividad del interesado en acudir a la administración de justicia.

En la demanda que dio origen al presente proceso, la parte demandante impetró como pretensiones la declaratoria de nulidad de dos contratos de prestación de servicios derivados del proceso de licitación pública así: i) identificado con el número 1708230531 del 23 de agosto de 2017 cuya finalidad es la implementación del centro vida rural para la atención integral diurna de adultos mayores del municipio de Manizales y ii) identificado con el número 1708100513 del 17 de agosto de 2017 cuyo objeto fue la implementación del centro vida la Isla para la atención integral diurna de adultos mayores del municipio de Manizales.

Para los efectos del conteo de la caducidad, como quiera que en el presente asunto los contratos de Prestación de Servicios antes mencionados fueron ejecutados y posteriormente fueron liquidados a través de actas de liquidación bilateral, suscritas el 28 de diciembre de 2017¹³, resulta necesario acudir a lo previsto en el numeral iii del literal j, numeral 2 del artículo 164 del CPACA, que al efecto señala:

“ARTÍCULO 164. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA. La demanda deberá ser presentada

(...)

2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:

j) En las relativas a contratos el término para demandar será de dos (2) años que se contarán a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento. En los siguientes contratos, el término de dos (2) años se contará así: (...)

iii) En los que requieran de liquidación y esta sea efectuada de común acuerdo por las partes, desde el día siguiente al de la firma del acta;

Sobre el particular, la Sección Tercera del Consejo de Estado del 10 de julio de 2019¹⁴, ha precisado los eventos desde el cual se debe realizar el conteo del término de caducidad del medio de control de controversia contractual cuando se ha proferido liquidación bilateral y unilateral del contrato, la cual se cita in extenso:

¹² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B CP. Dr. César Palomino Cortés del 12 de septiembre de 2019. Rad. 25000-23-42-000-2015-01191-01(0043-16).

¹³ Expediente digital2019- 317 cuaderno 1. pág. 95 y página 121

¹⁴ Consejo de Estado, sentencia del 24 de marzo de 2011, MP. Doctor Martín Bermúdez Muñoz. Del 19 de julio de 2019, Radicado 15001-23-33-000-2018- 00197-01 (62505).

“8.- Para efectos del cómputo de caducidad, teniendo en cuenta que se trata de un contrato de tracto sucesivo, sujeto a liquidación y que ésta fue realizada unilateralmente por la administración, el término debe contarse a partir del día siguiente a la ejecutoria de dicho acto, en atención a la regla establecida por el aparte iv) del literal j) del numeral 2) del artículo 164 del CPACA, según la cual en los contratos <>, el término debe contarse << que requieran de liquidación y esta se efectuadas y esta sea efectuadas unilateralmente por la administración<<, el termino debe contarse << desde el día siguiente al de la ejecutoria del acto administrativo que lo apruebe”, regla que no incluye como condición adicional que la liquidación se haya llevado a vano en los primeros seis meses señalados por la ley (cuatro para la bilateral y dos para la unilateral). (...)

10.- Así las cosas, las entidades públicas cuentan con cuatro meses para liquidar bilateralmente (si no se pacta un término distinto), dos meses para liquidar unilateralmente y dos años para ejercer cualquiera de estas competencias como máximo límite temporal (...)

11.- Si el contrato es liquidado dentro de ese máximo límite temporal, la oportunidad para demandar debe contarse a partir del día siguiente a la suscripción del acta de liquidación bilateral o al día siguiente a la ejecutoria del acto administrativo de liquidación unilateral.

12.- Se precisa que si la liquidación se realiza por fuera del máximo legal establecido por la norma antes citada (termino para liquidación bilateral + término de liquidación unilateral + dos años), la liquidación es adoptada sin competencia por la entidad estatal y no tiene la virtualidad de revivir los términos de la acción contractual. En ese caso, la liquidación solo podrá ser cuestionada en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho por el cargo de falta de competencia”.

De las preceptivas normativas y jurisprudenciales, se colige que para determinar el término de caducidad del medio de control de controversia cuando el contrato está sujeto a liquidación, esto es bilateral o unilateral. Para el caso que nos ocupa la liquidación bilateral se debe contar a partir del día siguiente a la suscripción de dicha acta.

En el sub judice, se observa que el término de ejecución de los contratos de prestación de servicios venció el día 17 de diciembre de 2017; entonces tenían hasta el 17 de abril de 2018, para liquidarlo de manera bilateral. Sin embargo, conforme a las actas finales y de liquidación del contrato esta se realizó el 28 de diciembre de 2017.

Luego, si se contabiliza el término de dos (2) años desde el día siguiente a la suscripción del acta de liquidación bilateral esto es el día 17 de diciembre de 2017; la demanda se debió haber interpuesto el 18 de diciembre de 2019, y como esta se instauró el día 18 de julio de 2019, se entiende presentada en el término oportuno.

Por lo anterior, se denegará la excepción propuesta de caducidad.

- Falta de agotamiento de requisito de procedibilidad

Sobre el requisito de procedibilidad para acceder a la jurisdicción Contencioso Administrativa, a través de los diversos medios de control el artículo 161 del CPACA, modificado por el artículo 34 de la Ley 2080 de 2021, en apartes reza:

“Cuando los asuntos sean conciliables, el trámite de la conciliación extrajudicial

constituirá requisito de procedibilidad de toda demanda en que se formulen pretensiones relativas a nulidad con restablecimiento del derecho reparación directa y controversias contractuales (...)

Sin embargo, la anterior preceptiva tiene excepciones respecto a los casos en que no se requiere agotar dicho requisito, referido a cuando se demande un acto administrativo que ocurrió por medios ilegales o fraudulentos.

A su vez, el artículo 613 del CGP, señala que no es necesario agotar el requisito de procedibilidad cuando el que demande sea una entidad pública, en efecto la norma reza:

"Artículo 613. Audiencia de conciliación extrajudicial en los asuntos contencioso administrativos. ... No será necesario agotar el requisito de procedibilidad en los procesos ejecutivos, cualquiera que sea la jurisdicción en la que se adelanten, como tampoco en los demás procesos en los que el demandante pida medidas cautelares de carácter patrimonial o cuando quien demande sea una entidad pública.

En este sentido, no era dable a la entidad demandante agotar dicho requisito de procedibilidad dado que se encuentra de las excepciones para omitir celebrar la audiencia de conciliación.

Por ello, se denegará la excepción propuesta de falta de requisito de procedibilidad.

- Ineptitud sustantiva de la demanda por y por falta de demandar los actos administrativos de adjudicación del contrato.

En cuanto a la sustentación por parte del municipio de Manizales, que la excepción se configura al no haberse demandado los actos administrativos de adjudicación de los contratos de prestación de servicios producto del proceso de licitación pública y de selección abreviada de menor cuantía.

Sobre el particular, el artículo 141 del CPACA, regula las pretensiones que deben ser invocadas bajo el medio de control de controversias contractuales, en apartes reza:

“Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley.

Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso.”

De la norma en cita se colige, que el medio de control se ejerce una vez el contrato estatal ya se ha celebrado. Luego, las pretensiones se encuentran encaminadas a la declaratoria de existencia, nulidad o revisión de los actos contractuales y en

restablecimiento a la indemnización de perjuicios. Y por su parte, ejercer la acción de nulidad y restablecimiento frente a los actos administrativos celebrados antes del contrato.

Corolario de lo anterior, es preciso indicar que el medio de control procedente para atacar actos precontractuales y cuando ya se ha celebrado el contrato estatal, cuando se persigue atacar ambos actos administrativos, con el fin de perseguir el restablecimiento, conforme lo ha señalado la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado que ilustró las siguientes hipótesis:

“La primera hipótesis se refiere a aquellos casos en los cuales el contrato estatal no se ha celebrado aun para la fecha en que, dentro de los 30 días siguientes a la comunicación, notificación o publicación del correspondiente acto administrativo de adjudicación, se demanda ese acto administrativo previo en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, caso en el cual y sin mayor discusión se tiene que el interesado podrá pretender e incluso obtener tanto la declaratoria judicial de nulidad del aludido acto administrativo, como el restablecimiento de sus derechos, cuestión ésta que de ordinario se concreta en el reconocimiento de los perjuicios ocasionados por el acto nulo y la consiguiente condena para repararlos.”

Una segunda hipótesis dice relación con aquellos casos en los cuales hubiere transcurrido el término de 30 días sin que se hubiere celebrado el correspondiente contrato estatal pero igual sin que se hubiere formulado demanda contra el acto administrativo previo dentro de ese mismo término, cuestión que, como resulta apenas natural, da lugar a la configuración de la caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, lo cual priva definitivamente al interesado de la posibilidad de revivir ese plazo y/o de acudir en una nueva oportunidad ante la Jurisdicción en procura de obtener el reconocimiento de los derechos que le habrían sido desconocidos con la expedición del correspondiente acto administrativo.”

Así pues, si con posterioridad al vencimiento del aludido plazo de los 30 días se celebra el correspondiente contrato estatal, mal podría considerarse que quien dejó operar la caducidad administrativa para demandar el acto previo en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pudiere encontrar entonces en la acción contractual una oportunidad nueva para demandar aquello que no cuestionó judicialmente dentro del plazo que la ley le estableció para ese propósito.”

En consecuencia, la alternativa que le abre la ley para que pueda demandar la nulidad absoluta del contrato estatal con fundamento en, o como consecuencia de, la ilegalidad de los actos administrativos previos, si bien le permite elevar pretensiones para que dichos actos previos también sean judicialmente declarados nulos, lo cierto es que ya no podrá pretender y menos obtener resarcimientos o indemnizaciones de carácter económico o, lo que es lo mismo, el restablecimiento de sus derechos, puesto que en cuanto dicho interesado dejó operar la caducidad en relación con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la oportunidad que tiene en esta nueva etapa para demandar esos mismos actos previos se encuentra limitada, como el propio texto de la ley lo determina, a reclamar la declaratoria de “... ilegalidad de los actos previos solamente como fundamento de [la] nulidad absoluta del contrato”.”

La tercera hipótesis corresponderá a los eventos en los cuales la entidad estatal y el adjudicatario proceden a celebrar el contrato estatal antes de que expire el

término de los 30 días siguientes a la notificación, comunicación o publicación del acto de adjudicación, según fuere el caso, sin que para esa fecha el proponente vencido hubiere ejercido la correspondiente acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del acto previo, situación que si bien determina que el interesado ya no podrá ejercer la mencionada acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la ley expresamente le dejó abierta la opción para ejercer válidamente la acción contractual, dentro de la cual deberá pretender la nulidad del contrato estatal y la declaratoria de ilegalidad de los actos previos¹⁵, pretensión que –según ya se indicó– incluso servirá de fundamento para que prospere aquella de nulidad del contrato, con la anotación de que en estos casos y siempre que la acción contractual se ejerza dentro del mencionado término de 30 días, el interesado también estará legitimado para solicitar el restablecimiento de los derechos que le fueron desconocidos como resultado de la indebida adjudicación, puesto que resultaría ilógico y contrario a los más elementales conceptos de justicia y de equidad, que se asumiere que dicho interesado no pudiese ya formular pretensiones económicas o resarcitorias dentro de la acción contractual que será la única que en este caso tendrá a su disposición, aunque la ejerza dentro del plazo que inicialmente se le fijó para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho cuya desaparición sobrevino por razón de la celebración del correspondiente contrato estatal.

Ahora bien, si en el marco de esta tercera eventualidad se ejerce la correspondiente acción contractual con posterioridad al vencimiento de los mencionados 30 días siguientes a la notificación, comunicación o publicación del acto de adjudicación, según fuere el caso, necesariamente habrá de concluirse de nuevo que en este específico contexto las únicas pretensiones que podrían abrirse paso serán aquellas encaminadas a obtener las correspondientes declaratorias de nulidad del acto administrativo previo de adjudicación y la consiguiente o consecuencial nulidad absoluta del contrato, sin que resulte posible para el Juez de lo Contencioso Administrativo considerar y menos aún estimar las pretensiones económicas resarcitorias del restablecimiento del derecho por la no adjudicación del contrato estatal correspondiente.”

Conforme a las pretensiones formuladas por la parte actora se pretende la nulidad de los contratos de prestación de servicios derivados del proceso de licitación pública y de selección abreviada de menor cuantía, por la presunta vulneración a la moralidad administrativa y principio de planeación. Y solicitó la devolución de los recursos pagados al contratista.

Por tanto, dado que los contratos de prestación de servicios fueron celebrados ejecutados y liquidados, y además, no se pretende la nulidad de los actos de adjudicación por parte del contratista para buscar alguna utilidad, la entidad actora acertó en el medio de control seleccionado para demandar los contratos en mención.

En este sentido no se accederá a la excepción de inepta demanda.

¹⁵ De acuerdo con la sentencia C-712 de 2005 se advirtió que la posibilidad de demandar en forma separada los actos precontractuales cesa a partir de la celebración del contrato respectivo, interpretación en la cual se siguió la jurisprudencia del Consejo de Estado en auto de 13 de diciembre de 2001, expediente 19.777 y que se ha respetado en diversos pronunciamientos de la Sección Tercera de esta Corporación, según se relacionó anteriormente en el cuadro resumen de jurisprudencia.

- **Desistimiento tácito:**

Conforme a los argumentos expuestos por el ente municipal en el incumplimiento del artículo 178 del CPACA, precisó que se incumplió la orden impartida en el auto admisorio de la demanda respecto al envío de la demanda a través del correo electrónico.

Frente este argumento es preciso traer a colación el artículo 178 del CPACA, que regula la figura el desistimiento tácito, el cual reza:

“Artículo 178. Desistimiento tácito

Transcurrido un plazo de treinta (30) días sin que se hubiese realizado el acto necesario para continuar el trámite de la demanda, del incidente o de cualquier otra actuación que se promueva a instancia de parte, el Juez ordenará a la parte interesada mediante auto que lo cumpla dentro de los quince (15) días siguientes.

Vencido este último término sin que el demandante o quien promovió el trámite respectivo haya cumplido la carga o realizado el acto ordenado, quedará sin efectos la demanda o la solicitud, según el caso, y el juez dispondrá la terminación del proceso o de la actuación correspondiente, condenará en costas y perjuicios siempre que como consecuencia de la aplicación de esta disposición haya lugar al levantamiento de medidas cautelares.

El auto que ordena cumplir la carga o realizar el acto y el que tiene por desistida la demanda o la actuación, se notificará por estado.

Decretado el desistimiento tácito, la demanda podrá presentarse por segunda vez, siempre que no haya operado la caducidad.”

En el caso bajo *examine*, se tiene que conforme a la orden dada en el auto admisorio de la demanda fechada el 6 de diciembre de 2019, se ordenó notificar la demanda conforme lo prevé el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 612 del CGP; y se requirió a la parte actora previa la notificación personal de la providencia, la remisión de la copia de la demanda y anexos, so pena de dar aplicación al artículo 178 del CPACA.

En efecto, la secretaría notificó el auto admisorio el día 6 de diciembre de 2019, demanda y anexos, a los demandados y al Ministerio Público, al correo electrónico de notificaciones judiciales para tal efecto. Luego, el municipio de Manizales contestó dentro del término oportuno la demanda, esto es el día 17 de enero de 2020.

Por lo tanto, conforme a la norma precitada el acto necesario para continuar el trámite requerido por el Despacho, de remitir la demanda y anexos a los demandados, se tuvo por surtida en el momento de la contestación de la demanda, dado que la misma fundó los argumentos de contestación y excepciones con base en esta. A su vez, la norma permite ante el incumplimiento de la orden dada, requerir por el término de quince (15) días para que se cumpla lo ordenado, situación que no ocurrió en el trámite dado que el ente municipal ejerció el derecho de contradicción dentro del término oportuno que tenía para ello.

Por ello, se ordenará negar la excepción propuesta.

- **Excepción de prescripción**

Por otra parte, respecto la excepción debe precisarse que, si bien esta tiene el carácter de mixta, y a tenor de lo dispuesto en el artículo 180 del CPAPA, debería igualmente resolverse junto con las previas, lo cierto que, para ello, es necesario pronunciarse sobre el fondo de la controversia, determinando si le asiste razón a la aseguradora seguros del Estado, primero deberá decidirse la situación judicial de las partes para luego analizar la situación sustancial con el llamado en garantía. Por lo que se pospondrá para la sentencia la definición de esta excepción.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión

RESUELVE

Primero. POSPONER la decisión de las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, propuesta por el Centro de Desarrollo Comunitario Versalles, y de prescripción expuesta por la llamada en garantía, que solo serán resueltas al momento de proferir la sentencia.

Segundo. DENEGAR las excepciones de caducidad, falta de legitimación en la causa por activa, falta de agotamiento de requisito de procedibilidad, ineptitud sustantiva de la demanda y solicitud de desistimiento tácito formulado por el Municipio de Manizales.

Tercero. DENEGAR la excepción de falta de legitimación por activa formulada por la Compañía de Seguros del Estado S.A.

Cuarto. Ejecutoriada esta providencia, pase el expediente a Despacho del Magistrado ponente de esta decisión para fijar la fecha de audiencia inicial.

Notifíquese y cúmplase



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
<u>NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO</u>
No. FECHA: 14/01/2022
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
DESPACHO SEXTO**

AI. 215

Asunto: Resuelve Recurso de Reposición
Medio de Control: Reparación Directa
Demandante: Martha Lucero Soto Montoya y otros
Demandado: Nación - Ministerio de Justicia – Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC
Radicado: 17001-33-33-000-2019-00542-00

Manizales, Enero trece (13) de dos mil veintidós (2022)

Asunto

Se encuentra al Despacho, para resolver el recurso de reposición instaurado por la apoderada judicial del Consorcio Fondo Atención en Salud PPL 2019 hoy en liquidación (integrado por Fiduprevisora S.A. y Fiduagraria S.A.) en contra del acto judicial calendarado el 29 de julio de 2021, que dispuso vincular en calidad de litisconsorte necesario al Consorcio Fondo de Atención en Salud para la Población Privada de la Libertad PPL 2017

Fundamentos del recurso de reposición

Expresa la mandataria judicial que el Consorcio Fondo Atención en Salud PPL 2019 hoy en liquidación, en la actualidad no es vocera y administrador de los recursos del Fondo Nacional de Salud de las Personas Privadas de la Libertad, en atención al contrato de Fiducia Mercantil 145 de 2019 celebrado con la USPEC, fue terminado el pasado 30 de junio de 2021, y posteriormente se adjudicó dicho contrato a Fiduciaria Central S.A., a partir del 1 de julio de 2021, como nuevo administrador fiduciario del Fondo Nacional de Salud para las personas privadas de la libertad.

Esbozó conforme a lo anterior, que la entidad se encuentra imposibilitada contractual, legal y materialmente para actuar dentro el proceso, por carecer de legitimación por pasiva, como consecuencia de la terminación del contrato de fiducia mercantil 145 de 2019, y posterior cesación de derechos litigiosos a Fiducentral.

En este sentido, solicitó se acepte el contrato de cesión de derechos litigiosos de los procesos judiciales y administrativos vigentes y futuros suscritos por el Consorcio Fondo Atención en Salud PPL 2019 hoy en liquidación y Fiduciaria Central S.A., con el fin que ésta última se haga parte dentro del proceso bajo la figura de sucesión procesal.

Así mismo, requirió se revoque el numeral primero de la parte resolutive del auto proferido el 29 de julio de 2021 y se ordene vincular a Fiduciaria Central S.A., como actual vocera y administradora del patrimonio autónomo Fondo Nacional de Salud para las Personas Privadas de la Libertad.

CONSIDERACIONES

Frente al recurso de reposición es procedente indicar que este es procedente ante el mismo funcionario judicial que dictó el auto con el fin de modificar, corregir o revocar la decisión.

Sobre la procedencia y oportunidad

Al respecto, el artículo 242 del CPACA, modificado por el artículo 61 de la Ley 2080 de 2021, dispone:

“(...) El recurso de reposición procede contra los autos, salvo norma legal en contrario. En cuanto a su oportunidad y trámite, se aplicará lo dispuesto en el Código General del Proceso.

A su vez, el artículo 318 del CGP, preceptúa:

*“(...) ARTÍCULO 318. PROCEDENCIA Y OPORTUNIDADES. (...) 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.** (...)” (Subraya y negrilla fuera del texto original)*

Una vez revisado el expediente, se observa que el auto que ordenó la vinculación en calidad de litisconsorcio necesario del Consorcio Fondo de Atención en Salud para la Población Privada de la Libertad fue notificada al correo electrónico el 30 de julio de 2021, en la cual se remitió el mensaje de datos enviado por la Secretaría de la Corporación¹.

Conforme a la constancia secretarial visible se tiene que el término se cumplió el 6 de agosto del año hogño, y el recurso se interpuso el 4 de agosto, esto es dentro del término legal y de manera oportuna.

En este sentido, se procede a realizar las siguientes apreciaciones jurídicas.

Fundamentos normativos y jurisprudenciales

Atendiendo que el objeto del debate se centra en determinar si es procedente o no la solicitud de aceptar el contrato de cesión de derechos litigiosos suscrito por la cedente Fiduprevisora S.A., a la cedida Fiduciaria Central S.A., quien a partir del 1 de julio de 2021 es quien actúa como vocero y administrador del patrimonio autónomo Fondo Nacional de Salud de las Personas Privadas de la Libertad en virtud del contrato de fiducia mercantil número 200 de 2021, se hacen las siguientes apreciaciones jurídicas.

¹ Expediente digital 19ConstanciaNotificación

Figura sustancial - Cesión de derechos litigiosos

Sobre el particular, el artículo 1969 del C.C, señala, que:

“Artículo 1969. Cesión de derechos litigiosos Se cede un derecho litigioso cuando el objeto directo de la cesión es el evento incierto de la litis, del que no se hace responsable el cedente.

Se entiende litigioso un derecho, para los efectos de los siguientes artículos, desde que se notifica judicialmente la demanda.”

Por su parte, el inciso tercero del artículo 68 del CGP, dispone:

(...) El adquirente a cualquier título de la cosa del derecho litigioso podrá intervenir como litisconsorte del anterior titular. También podrá sustituirlo en el proceso, siempre que la parte contraria lo acepte expresamente.

A su vez, que el contrato de cesión de derechos litigiosos, se define en el Código Civil, como un contrato aleatorio, a través del cual una de las partes de un proceso judicial – cedente-, transmite a un tercero – cesionario-, en virtud de un contrato, a título oneroso o gratuito, el derecho incierto sobre el cual recae el interés de las partes del proceso.

En cuanto a la procedencia de la cesión se ha referido que esta presenta cuando alguna de la partes del proceso, dado que cualquiera de ellas es titular del evento incierto de la litis y por ende, la normatividad sustancial y procesal, sin distingo alguno les permite negociar tal condición; no obstante, deber advertirse que en los litigios adelantados en ejercicio de la acción ejecutiva, reparación directa, nulidad y restablecimiento del derecho, entre otros, la cesión de derechos litigiosos que pretendiere efectuar la parte demandada resulta en la práctica imposible, puesto que, encuentra radicada solo en la parte demandante o ejecutante²

Por su parte el Honorable Consejo de Estado, sobre la figura de cesión de derechos litigiosos conforme a las normas procesales que lo regulan ha referido sobre su aplicación, al respecto ha referido³:

*“El artículo 68 del CGP dispone en el inciso tercero que el cesionario, es decir el adquirente del derecho, puede intervenir en el pleito para realizar todas las actuaciones necesarias para acometer la defensa de sus intereses, pero de distintas maneras, según la postura que adopte la contraparte del proceso, ya que si el cesionario pretende ser tenido como parte y su contraparte se manifiesta favorablemente a ello, adquirirá, entonces, tal calidad desplazando en su posición al cedente, lo que genera una verdadera sucesión procesal; mientras que si el accionado guarda silencio al respecto o se opone **expresamente, la normativa señala que “podrá intervenir como litisconsorte del anterior titular”**. Cabe resaltar que para tal efecto, esa tercería es de carácter cuasinecesario, esto es,*

² Tribunal Administrativo del Casanare, MP. Doctora Miryam Esneda Salazar Ramírez del 14 de septiembre de 2017. <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/2196916/14545787/85001233100120030014400.PDF>

³ Consejo de Estado, sección Tercera, CP. Jaime Enrique Rodríguez Navas, del 12 de agosto de 2019.

que las resultas del fallo lo cobijarán aun en el caso de que este no se haga parte en el proceso.

Por último, es preciso aclarar que la contraparte no le corresponde efectuar un pronunciamiento sobre su aceptación, legalidad o conveniencia o no del contrato de cesión, sino que su intervención se debe limitar simplemente a las repercusiones que en el proceso judicial ha de tener el acto de cesión.”

Resolución de recurso de reposición

Conforme a los argumentos propuestos por la apoderada judicial Consorcio Fondo Atención en Salud PPL 2019 hoy en liquidación, está encaminada a que se revoque la decisión de vinculación en calidad de litisconsorcio necesario de la entidad adoptada a través del proveído reprochado y se acepte la cesión de derechos litigiosos celebrada entre Consorcio Fondo Atención en Salud PPL 2019 hoy en liquidación (integrado por Fiduprevisora S.A. y Fiduagraria S.A.) y la Fiduciaria Central S.A.

Sin embargo, observa el Despacho que la inconformidad se basa en que la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios -USPEC, adjudicó licitación pública número USPEC-LP010-2021 a Fiduciaria Central S.A., a partir del 1 de julio de 2021, a Fiduciaria Central S.A., como administrador fiduciario del Fondo Nacional de Salud para las personas privadas de la libertad. Y por ello, manifiesta que carece de legitimación en la causa por pasiva en el proceso de la referencia.

Frente al particular, se tiene que el acto judicial que ordenó la vinculación ya referida se basó la decisión conforme a los supuestos fácticos y jurídicos abordados para la época, esto es cuando el Consorcio celebró el contrato de fiduciario con la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios Uspec, y de tal se desprendían obligaciones contractuales en la atención del servicio de salud para la población carcelaria.

Ahora bien, no existe motivación diferente donde se infiera que dicha obligación no existió aludiendo a las pruebas aportadas al plenario. Y por ende, que permitieran dilucidar la relación contractual que se dio para la orden de vinculación como litisconsorcio necesario.

Además, es diáfano inferir que la solicitud de la recurrente en aceptar la cesión de derechos litigiosos tiene precisamente el fundamento de la vinculación al presente debate.

Ente este sentido, no se repondrá el auto recurrido proferido el pasado 29 de julio de 2021.

De otro lado, en aras de resolver la solicitud de aceptar la cesión de derechos litigiosos suscrito entre la mencionada y la Fiduciaria Central S.A., conforme al contrato de cesión de derechos litigiosos del Patrimonio Autónomo Fondo Nacional de Salud de las Personas Privadas de la Libertad suscrito entre las entidades mencionadas.

Se hace necesario correr traslado a las partes, por el término común de tres (3) días, para que se pronuncien sobre la aceptación de cesión de derechos litigiosos realizada entre Consorcio Fondo Atención en Salud PPL 2019 hoy en liquidación (integrado por Fiduprevisora S.A. y Fiduagraria S.A.) y la Fiduciaria Central S.A.

En mérito de lo expuesto, esta Sala Unitaria,

RESUELVE

PRIMERO: NO REPONER el auto proferido el pasado 29 de julio de 2021, por los argumentos expuestos.

SEGUNDO: DAR TRASLADO, a las partes por el término común de tres (3) días para que se pronuncien sobre la aceptación de derechos litigiosos suscrita por Consorcio Fondo Atención en Salud PPL 2019 hoy en liquidación (integrado por Fiduprevisora S.A. y Fiduagraria S.A.) y la Fiduciaria Central S.A., de acuerdo a los argumentos anteriormente expuestos.

SEGUNDO: Una vez surtido el traslado en mención, se procederá a resolver la solicitud formulada por el Consorcio Fondo Atención en Salud PPL 2019 hoy en liquidación (integrado por Fiduprevisora S.A. y Fiduagraria S.A.).

TERCERO. Se reconoce personería para actuar a la abogada Lucy Ximena Monroy Prada, portadora de la tarjeta profesional número 117.700 del CSJ, en los términos del poder conferido.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, continúese con el trámite procesal, previo a la notificación de la providencia.

Notifíquese y cúmplase



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS <u>NOTIFICACIÓN POR ESTADO</u> No. _____ FECHA: 14/01/2022 SECRETARIO
--

17-001-23-33-000-2021-00167-00

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª UNITARIA DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, trece (13) de ENERO de dos mil veintidós (2022)

A.I. 002

Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 175 parágrafo 2° de la Ley 1437 de 2011, modificado por el canon 38 de la Ley 2080 de 2021, se pronuncia la Sala Unitaria sobre las excepciones formuladas por la **DEFENSORÍA DEL PUEBLO**, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** que promovió en su contra la señora **JAZMIN GÓMEZ AGUDELO**.

ANTECEDENTES

LA DEMANDA

Pretende la accionante se anule la Resolución N° 235 de 5 de enero de 2021, con la cual se declaró insubsistente el nombramiento de la accionante **JAZMÍN GÓMEZ AGUDELO** como defensora regional del pueblo, código 060, cargo de libre nombramiento y remoción, y a título de restablecimiento del derecho, se ordene su reintegro al cargo o a otro de superior jerarquía sin solución de continuidad, así como el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir, sumas que deberán pagarse debidamente indexadas.

LAS EXCEPCIONES

La **DEFENSORÍA DEL PUEBLO** se pronunció de manera oportuna con el documento electrónico N° 31 del expediente digital, en el que formuló como excepciones las de 'LEGALIDAD DEL ACTO DEMANDADO', con la que esgrime que el cargo de Defensora del Pueblo que ocupaba la demandante es de libre nombramiento y remoción, cuya naturaleza implica cierta discrecionalidad en el empleador para desvincular a quien lo ocupe; además, se indica, para que pueda hablarse de una desviación de poder esta debe probarse y no quedarse en apreciaciones

subjetivas como las que hace la actora; y la ‘GENÉRICA’, frente a cualquier otro motivo constitutivo de excepción que llegue a encontrarse probado.

**CONSIDERACIONES
DE LA
SALA UNITARIA**

El artículo 180 numeral 6 de la Ley 1437 de 2011, antes de ser modificado por el texto 40 de la Ley 2080/21, establecía que en la audiencia inicial el juez o Magistrado Ponente de oficio o a petición de parte resolverá sobre las excepciones previas, “(...) y las de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva”.

A raíz de la emergencia sanitaria decretada por el Gobierno Nacional, fue expedido el Decreto 806 de 2020, que introdujo cambios en el trámite de las excepciones en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, disponiendo en su artículo 12:

“De las excepciones presentadas se correrá traslado por el término de tres (3) días en la forma regulada en el artículo 110 del Código General del Proceso, o el que lo sustituya. En este término, la parte demandante podrá pronunciarse sobre ellas y, si fuere el caso, subsanar los defectos anotados en las excepciones previas.

Las excepciones previas se formularán y decidirán según lo regulado en los artículos 100, 101 y 102 del Código General del Proceso. Cuando se requiera la práctica de pruebas a que se refiere el inciso segundo del artículo 101 del citado código, el juzgador las decretará en el auto que cita a la audiencia inicial, y en el curso de esta las practicará. Allí mismo, resolverá las excepciones previas que requirieron pruebas y estén pendientes de decisión.

Las excepciones de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva se tramitarán y decidirán en los términos señalados anteriormente (...) /Resalta la Sala Unitaria/.

Posteriormente, con la Ley 2080 de 2021 fueron reformadas algunas etapas al trámite procesal en lo contencioso administrativo, y en concreto, frente al trámite de las excepciones previas, el dispositivo legal en cita modificó el párrafo 2 del artículo 175 de la Ley 1437 de 2011 en los siguientes términos:

“Modifíquese el párrafo 2 del artículo 175 de la Ley 1437 de 2011, el cual será del siguiente tenor:

Parágrafo 2°. De las excepciones presentadas se correrá traslado en la forma prevista en el artículo 201A por el término de tres (3) días. En este término, la parte demandante podrá pronunciarse sobre las excepciones previas y, si fuere el caso, subsanar los defectos anotados en ellas. En relación con las demás excepciones podrá también solicitar pruebas.

Las excepciones previas se formularán y decidirán según lo regulado en los artículos 100, 101 y 102 del Código General del Proceso. Cuando se requiera la práctica de pruebas a que se refiere el inciso segundo del artículo 101 del citado código, el juez o magistrado ponente las decretará en el auto que cita a la audiencia inicial, y en el curso de esta las practicará. Allí mismo, resolverá las excepciones previas que requirieron pruebas y estén pendientes de decisión (...)” /Resalta el Despacho/.

Justamente, el canon 101 numeral 2 del CGP dispone en lo pertinente que “*El juez decidirá sobre las excepciones previas que no requieran la práctica de pruebas, antes de la audiencia inicial (...)”*, por lo que de acuerdo con las reglas procesales que rigen este juicio subjetivo de anulación, las excepciones previas deben resolverse en este estado del proceso.

En ese orden, la excepción de ‘LEGALIDAD DEL ACTO DEMANDADO’ se refiere a lo que es el mérito del asunto, por lo que su estudio quedará circunscrito al momento de dictar el correspondiente fallo, y respecto a la ‘GENÉRICA’, no halla el Tribunal vicio constitutivo de excepción que deba ser declarado de manera oficiosa en esta etapa del trámite.

Es por o ello que,

RESUELVE

TÉNGASE por contestada oportunamente, por la **DEFENSORÍA DEL PUEBLO**, la demanda de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** que promovió en su contra la señora **JAZMÍN GÓMEZ AGUDELO**.

Respecto a la excepción de 'LEGALIDAD DEL ACTO DEMANDADO', se refiere a lo que es el mérito del asunto, por lo que su estudio quedará circunscrito al momento de dictar el correspondiente fallo.

RECONÓCESE personería a la abogada LILIAN JOHANNA ROZO LEÓN, identificada con la C.C. 52'433.752 y T.P. N° 130.308 del CSJ, como apoderada de la parte demandada, en los términos del poder a ella conferido, que obra en el documento PDF N° 33 del expediente digital.

EJECUTORIADO este proveído, **INGRESE** el expediente a Despacho, para lo de ley.

NOTIFÍQUESE

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Augusto Morales Valencia', enclosed within a blue circular stamp.

AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado Ponente

17001-23-33-000-2021-00320-00

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª UNITARIA DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, trece (13) de ENERO de dos mil veintidós (2022)

A.I. 003

Por reunir los requisitos legales, **ADMÍTESE** la demanda de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** que promueve la **GESTIÓN ENERGÉTICA - GENSA S.A. E.S.P.** contra la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN.**

En consecuencia, para su tramitación se dispone (artículo 171 del C/CA):

1. **NOTIFÍQUESE** personalmente este auto a la entidad demandada, conforme lo dispone el artículo 199 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el canon 48 de la Ley 2080 de 2021.
2. **NOTIFÍQUESE** este proveído por estado a la parte actora.
3. **NOTIFÍQUESE** esta providencia al **Ministerio Público** (art. 171 numeral 2 del C/CA).
4. **PREVÉNGASE** a la parte demandada para que de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 175 de la Ley 1437/11 y dentro del término de traslado de la demanda, allegue todas las pruebas que se encuentren en su poder y que pretenda hacer valer en el proceso.
5. **ADVIÉRTASE** a la accionada que al momento de contestar la demanda deberá efectuar un pronunciamiento expreso y puntual sobre cada uno de los hechos y las pretensiones del libelo demandador, al tenor de lo dispuesto en el artículo 175 num. 2 de la Ley 1437/11.

RECONÓCESE personería a la abogada ANA MARÍA FORERO TREJOS identificada con la C.C. N° 24'346.427 y T.P. 129.385 como apoderada de GENSA S.A, en los términos del poder general a ella conferido (PDF N° 2, fl. 19).

SE PREVIENE a las partes y demás intervinientes en el proceso, para que aporten todos sus memoriales a través de mensaje de datos, que deberá ser enviado al correo electrónico "sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co" único medio oficial para la recepción de documentos. **Por ende, cualquier mensaje enviado a otra dirección, no será tenida en cuenta.**

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado Ponente