

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



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

A.I. 035

Manizales, doce (12) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento de Derecho.
Radicado: 17-001-33-33-003-2021-00060-02
Demandante: María Luisa Taborda García
Demandado: La Nación - Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de
Administración Judicial.

ASUNTO

El Tribunal decide sobre el impedimento manifestado por el Juez Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, doctor Juan Guillermo Ángel Trejos, que igualmente comprende a todos los Jueces Administrativos del Circuito de Manizales.

ANTECEDENTES

La señora María Luisa Taborda García, mediante apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, pretende que se declare la nulidad de: (i) la Resolución No. DESAJMAR 20-305 del 8 de julio de 2020, por medio de la cual negó el reconocimiento y pago de la Bonificación Judicial, creada por el Decreto 383 de 2013¹, como factor salarial para liquidar salario, prestaciones y demás emolumentos que percibe; y (ii) los Actos administrativos fictos o presuntos negativos de los recursos de reposición y apelación, los cuales fueron interpuestos y sustentados el 16 de julio de 2020 contra la referida Resolución.

El 15 de marzo de 2021 el Juez Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, Juan Guillermo Ángel Trejos, manifestó su impedimento para conocer del asunto fundado en la causal establecida en el numeral 1 del artículo 141 del CGP, aplicable por remisión que hace el artículo 130 del CPACA, toda vez que le asiste un interés directo en el resultado del proceso, dado que en su calidad de juez, devenga la bonificación judicial y en consecuencia le asisten los mismos intereses perseguidos en la demanda.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

El régimen de impedimentos se fundamenta en la necesidad de preservar la integridad moral del funcionario que reconoce la existencia de situaciones de hecho que pueden comprometer

¹ Modificado por el decreto 1269 de 2015

su criterio en la decisión y, de otra parte, constituyen una garantía de imparcialidad y transparencia de la justicia en los juicios que emite en los casos de su conocimiento.

Estudio normativo.

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

Artículo 141. Son causales de recusación las siguientes:

[...]

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

[...].

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

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

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

Se configura la causal de impedimento.

Realizadas las anteriores precisiones, el Tribunal declarará fundado el impedimento presentado por el Juez Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, doctor Juan Guillermo Ángel Trejos, que a su vez comprende a todos los Jueces Administrativos del Circuito de Manizales, teniendo en cuenta que le asiste un interés en las resultados del proceso en la medida que tienen el mismo interés salarial perseguido por la parte demandante.

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

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

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

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

RESUELVE

Primero: Declarar fundado el impedimento manifestado por el Juez Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, doctor Juan Guillermo Ángel Trejos, que comprende a todos los jueces Administrativos del circuito de Manizales, para conocer de la presente demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuso

María Luisa Taborda García en contra de La Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

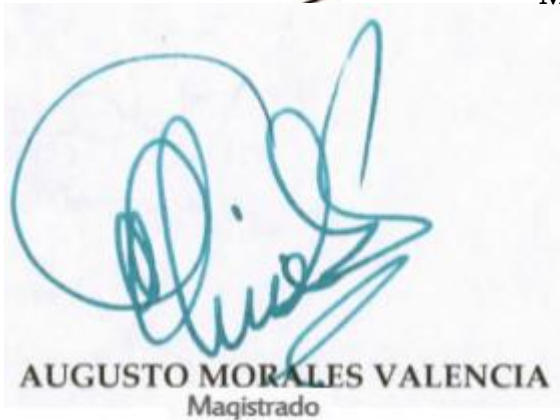
Segundo: Por la Secretaría de la Corporación, se **ordena** remitir el expediente a la oficina judicial para que sea radicado en el Juzgado Administrativo Transitorio de Manizales².

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 09 de 2022.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

² Creado mediante Acuerdo No. PCSJA22-11918 de 2 de febrero de 2022

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, once (11) de febrero de dos mil veintidós (2022).

RADICADO	17-001-23-33-000-2022-00013-00
MEDIO DE CONTROL	CONTROVERSIA CONTRACTUAL
ACCIONANTE	LUIS GUILLERMO DÁVILA VINUEZA
ACCIONADO	ASOCIACIÓN AEROPUERTO DEL CAFÉ

Procede el despacho Uno del Tribunal Administrativo de Caldas a estudiar si están dados los requisitos de la demanda para proceder a su admisión.

En primer momento, observa el despacho que el señor Luis Guillermo Dávila Vinueza presentó la demanda en nombre propio, manifestando su calidad de abogado, pero no se aportó documento alguno que acredite la misma.

Por otra parte, de conformidad con el numeral 1° del 161 del CPACA, modificado por el artículo 34 de la Ley 2080 de 2021, deberá demostrar el agotamiento del requisito de procedibilidad relativo a la conciliación prejudicial.

Al tenor del numeral 2 del artículo 162 del CPACA, en concordancia con el artículo 141 del mismo cuerpo normativo, tendrá que plantear con precisión las pretensiones del medio de control de controversia contractual, toda vez que se hace alusión a seis pretensiones principales, cada una con sus propias pretensiones subsidiarias. Y se advierte que entre ellas se busca se declare que el demandante presentó una oferta de prestación de servicio a la demandada en la cual se estableció que el pago de sus honorarios tendría dos componentes, uno fijo, determinado por la atención de un proceso arbitral, y otro representado en una cuota de éxito que se estableció en el 10%; pero a la par solicita que se declare que entre las partes se celebró un contrato de prestación de servicios en el cual quedó establecida esa misma forma de pago, que asegura fue incumplido por la entidad accionada.

Según el numeral 5 del artículo 162 *ibídem*, tendrá que aportar todas las pruebas que relaciona en el cuerpo de la demanda, especialmente el contrato de prestación de servicios celebrado entre las partes, ya que en el expediente digital solamente reposa el libelo petitorio, más no los anexos y pruebas que allí se anuncian.

Según lo determinado en el numeral 4 del artículo 166 del CPACA, deberá aportar el documento que dé cuenta de la existencia y representación de la demandada.

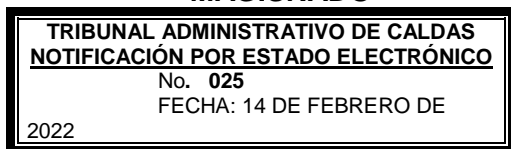
Al tenor de lo indicado por el numeral 8 del artículo 162 *ibídem*, deberá acreditar el envío de la corrección de la demanda a la Asociación Aeropuerto del Café.

De acuerdo a lo expuesto, y por un término de 10 días¹ contados a partir de la notificación del presente auto, so pena de rechazo, se ordenará a la parte demandante corregir la demanda en los siguientes aspectos: acreditar el derecho de postulación; demostrar el agotamiento del requisito de procedibilidad relativo a la conciliación prejudicial; plantear con precisión las pretensiones del medio de control de controversia contractual; aportar todas las pruebas y anexos que relaciona en el cuerpo de la demanda; aportar el certificado de existencia y representación de la demandada; y acreditar el envío de la corrección de la demanda a la Asociación Aeropuerto del Café.

Por último, recuérdese que, para efectos del proceso, el único correo electrónico autorizado para la recepción de memoriales es el sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
MAGISTRADO**



Firmado Por:

**Carlos Manuel Zapata Jaimes
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional**

¹ Artículo 170 del CPACA.

**Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
División 1 De Sistemas De Ingeniería
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

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:

2e958e08452ec95d74adc617e33bae4e3243502d750fa2c8a67f17f5e79cb4ed

Documento generado en 11/02/2022 11:15:31 AM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



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

A.I. 036

Manizales, once (11) de febrero de dos mil veintidós (2022).

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento de Derecho.
Radicado: 17-001-33-39-008-2021-00215-02
Demandante: José Elixander Bustamante Hoyos
Demandado: La Nación - Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de
Administración Judicial.

ASUNTO

El Tribunal decide sobre el impedimento manifestado por la Juez Octava Administrativo del Circuito de Manizales, doctora Liliana del Rocío Ojeda Insuasty, que igualmente comprende a todos los Jueces Administrativos del Circuito de Manizales.

ANTECEDENTES

José Elixander Bustamante Hoyos, mediante apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, pretende que se declare la nulidad de: (i) la Resolución No. DESAJMAR 21-292 del 23 de junio de 2021; y (ii) a título de restablecimiento del derecho *“cancelar al demandante el mayor valor de la diferencia entre el valor a reliquidar y lo pagado a título de salario, bonificación por servicio, prima de vacaciones, prima de servicios, prima de navidad, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, y demás emolumentos prestacionales desde el momento en que el demandante es Juez de la República de Colombia, hasta que permaneció vinculado a la rama Judicial en dicho cargo”*; lo anterior teniendo en cuenta que ese porcentaje se canceló a título de prima especial y no como salario..

El 14 de octubre de 2021 la Juez Octava Administrativo del Circuito de Manizales, manifestó su impedimento para conocer del asunto fundado en la causal establecida en el numeral 1 del artículo 141 del CGP, aplicable por remisión que hace el artículo 130 del CPACA, toda vez que le asiste un interés directo en el resultado del proceso, dado que en su calidad de juez, tiene pleito pendiente por las mismas razones jurídica y en consecuencia le asisten los mismos intereses perseguidos en la demanda.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

Estudio normativo.

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

Artículo 141. Son causales de recusación las siguientes:

[...]

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

[...].

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

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

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

Se configura la causal de impedimento.

Realizadas las anteriores precisiones, el Tribunal declarará fundado el impedimento presentado por la Juez Octava Administrativo del Circuito de Manizales, que a su vez comprende a todos los Jueces Administrativos del Circuito de Manizales, teniendo en cuenta que le asiste un interés en las resultados del proceso en la medida que tienen el mismo interés salarial perseguido por la parte demande.

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

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

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

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

RESUELVE

Primero: Declarar fundado el impedimento manifestado por la Juez Octava Administrativa del Circuito de Manizales, doctora Liliana del Rocío Ojeda Insuasty, que comprende a todos los jueces Administrativos del circuito de Manizales, para conocer de la presente demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuso José Elixander Bustamante Hoyos en contra de La Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

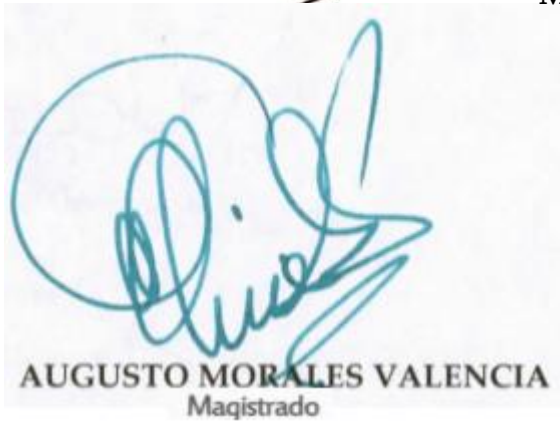
Segundo: Por la Secretaría de esta Corporación, remitir el proceso a la Oficina Judicial de Manizales, para que se adjudique al Juzgado Administrativo Transitorio de Manizales, conforme el Acuerdo PCSJA21-11764 de 2021.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 09 de 2022.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, once (11) de febrero de dos mil veintidós (2022)

RADICADO	17001-23-33-000-2016-00773-00
MEDIO DE CONTROL	EJECUTIVO
DEMANDANTE	LUZ AMPARO VILLEGAS DURÁN
DEMANDADA	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES

Procede la Sala a dar trámite a memorial suscrito por el apoderado de la parte ejecutante mediante el cual solicitó terminar el proceso, abstenerse de librar mandamiento de pago y archivar el expediente por extinción de la obligación.

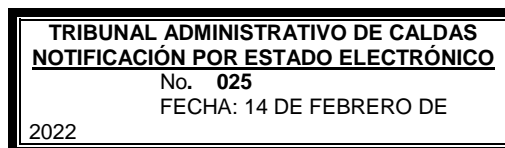
De lo anterior, entiende el despacho que la parte ejecutante está desistiendo de las pretensiones de la demanda.

Por lo expuesto, se ordena que por la Secretaría de la Corporación se dé traslado a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, por el término de tres (3) días, de la solicitud presentada por la parte ejecutante, en aras de que se pronuncie al respecto.

Vencido el traslado, devuélvase el expediente al despacho para decidir lo pertinente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
MAGISTRADO**



17-001-23-33-000-2016-00773-00 ejecutivo

Carlos Manuel Zapata Jaimes
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
División 1 De Sistemas De Ingeniería
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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:
c2a973116690c016af4ebabb6f5ab4edeeb65d8dc4522b37d7e17e5cb2405542
Documento generado en 11/02/2022 11:17:08 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

SALA 2ª. ORAL DE DECISIÓN

Magistrada Ponente: Patricia Varela Cifuentes

Manizales, once (11) de febrero de dos mil veintidós (2022).

Radicación:	17001-23-33-000-2016-00820-00
Clase:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	Oliverio de Jesús Tapasco Reyes
Demandado:	UGPP
Providencia:	Sentencia No. 14

La Sala 2ª. de Decisión Oral del Tribunal Contencioso Administrativo de Caldas, de conformidad con lo previsto en los artículos 179 y 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), procede a dictar sentencia, dentro del proceso de **Nulidad y restablecimiento del derecho** promovido por el señor **Oliverio de Jesús Tapasco Reyes** contra la **Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social– UGPP**.

Al no encontrarse irregularidad alguna que pueda dar lugar a la nulidad de lo actuado, se procede a proferir la sentencia que finalice la instancia.

I. Antecedentes

1. Pretensiones.

Solicita el apoderado de la parte demandante que por esta Corporación se hagan los siguientes pronunciamientos:

“[...] se ordene la nulidad de la Resolución Nro. RDP 019973 del 24 de mayo de 2016, proferida por la U.G.P.P., la cual denegó la pensión de gracia al señor OLIVERIO DE JESÚS TAPASCO REYES, resolución que incurrió en falsa motivación al aplicar equivocadamente las leyes 114 de 1913; 116 de 1928; 37 de 1933; Ley 100 de 1993 y demás normas y jurisprudencia concordantes. Así mismo que se declare la nulidad de la Resolución Nro. RDP 035808 del 26 de septiembre de 2016, la cual resolvió el recurso de apelación confirmando la decisión contenida en el primer acto administrativo.”

Que se ordene a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFICALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – U.G.P.P., a título de restablecimiento del derecho se le reconozca la pensión de gracia a mi mandante, señor OLIVERIO DE JESÚS TAPASCO REYES, por cumplir cada uno de los requisitos establecidos en la Ley 114 de 1913.

*Que se ordene a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFICALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – U.G.P.P., para que se haga el **pago efectivo y con retroactividad** de las mesadas dejadas de percibir desde el 4 DE JULIO DE 2009, fecha de status y hasta que se haga el pago efectivo conforme a la sentencia.*

[...]

Condenar al pago de los intereses moratorios a la entidad demandada.

Condenar en costas a la entidad demandada.

[...]"

2. Hechos.

Se afirma en la demanda que el señor Oliverio de Jesús Tapasco Reyes, el día 2 de febrero de 2016, solicitó a la UGPP la pensión gracia por haber cumplido los requisitos de ley, es decir, 50 años de edad el 4 de julio de 2009 y 20 años de servicio en el magisterio, con nombramiento antes del 31 de diciembre de 1980 por entidad territorial (departamento de Caldas).

La UGPP respondió la solicitud mediante la Resolución Nro. RDP 019973 del 24 de mayo de 2016, negando el reconocimiento de la pensión gracia; ante dicha negativa, el demandante presentó recurso de apelación y éste fue resuelto desfavorablemente por medio de la Resolución No. RDP 035808 del 26 de septiembre de 2016.

Se aduce en la demanda que el señor Tapasco Reyes fue nombrado por el departamento de Caldas a nivel departamental como profesor experto agrícola en educación fundamental, en el centro educativo Portachuelo.

3. Normas violadas y concepto de violación.

Considera vulnerados:

Constitución Política de Colombia, artículos 1, 2, 13, 25, 29, 48, 53 y 58.
Ley 10 de 1993.

Ley 797 de 2003

Ley 114 de 1913.

Ley 37 de 1933.

Sentencias C-111 de 2006; C-1035 de 2008; T-701 de 2008.

Estima que el demandante reúne los requisitos para acceder a la pensión gracia toda vez que fue vinculado por el departamento de Caldas en el año 1976 como experto agrícola en el área de la educación. Agrega que, incluso si se tratara de educación no formal, ese tiempo de servicios debe tenerse en cuenta de acuerdo con la ley y la jurisprudencia. Además, que los 20 años de servicio pueden ser continuos o discontinuos, siempre que exista vinculación antes del 31 de diciembre de 1980 en entidad territorial.

Señala que la actividad docente se puede ejercer en establecimientos oficiales y no oficiales, en los distintos niveles educativos, de conformidad con el artículo 2 del Decreto 2277 de 1979.

4. Contestación de la demanda.

Aduce que la pensión gracia de los docentes fue concebida por una norma especial y fue complementada por otras normas de igual naturaleza, inicialmente para profesores de escuelas primarias oficiales, ampliándose posteriormente a normales y después a docentes de secundaria del orden territorial, departamental, municipal o distrital, la cual se reconocía por Cajanal, hoy asumida por la UGPP una vez se cumplen los requisitos establecidos en la ley.

Considera que el tiempo de servicios prestado por el demandante al departamento de Caldas como Experto Agrícola Equipo de Educación Funcional debe ser desestimado porque corresponden a educación no formal, la cual no se encuentra dentro de los parámetros normativos aplicables al efecto.

Propone como excepciones las que denominó: “Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido”, “Buena fe”, “Prescripción” y “La genérica”.(fls. 182-188, C. 1)

5. Alegatos de conclusión.

5.1. Parte demandante: Se remite a la sentencia de unificación SUJ-11-S2 del 21 de junio de 2018, en la cual el Consejo de Estado precisa que los docentes territoriales y/o nacionalizados no se convierten en docentes nacionales por el sólo hecho de que en el

acto de nombramiento intervenga, además del representante de la entidad territorial, el delegado permanente del Ministerio de Educación Nacional como miembro de la Junta Administradora del respectivo Fondo Educativo Regional, así este último certifique la vacancia del cargo junto con la responsabilidad presupuestal; o arguyendo que los recursos destinados para su sostenimiento tienen su origen o fuente en la Nación. En dicha providencia se indica igualmente, que la calidad de docente territorial se prueba con la copia de los actos administrativos donde conste el vínculo, en donde además se pueda establecer con suficiente claridad que la plaza a ocupar sea de aquellas que el legislador ha previsto como territoriales, o en su defecto, también se puede acreditar con la certificación de la autoridad nominadora que dé cuenta de manera inequívoca que el tipo de vinculación al cual se encuentra sometido el docente oficial es de carácter territorial.

Insiste en que el tiempo prestado por el actor como experto agrícola lo fue en calidad de docente en plaza departamental y por lo tanto el mismo le debe ser computado para efectos del reconocimiento de la pensión gracia. (fls. 247-248, C. 1)

5.2. Parte demandada: Indica que mediante la Resolución No. RDP 019973 del 24 de mayo de 2016, la UGPP negó el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación gracia comoquiera que, dentro del cuaderno administrativo, no se encontró demostrada la prestación de servicio durante 20 años a la docencia oficial de carácter departamental, distrital, municipal o nacionalizada. Decisión confirmada con la Resolución No. RDP 035808 del 26 de septiembre de 2016, al estimar además, que el cargo ocupado por el demandante antes del año 2004, fue de naturaleza administrativa y no docente. Agrega a lo anterior que, consultada la base de datos del FMPSM, se encuentra que la vinculación como docente del demandante, fue a partir del 18 de marzo de 2004, razón por la cual el tiempo anterior a dicha fecha no se debe considerar para acreditar el requisito pensional.

Alude al Certificado No. 0181 expedido por la Profesional Especializada de la Jefatura de Gestión y Talento Humano de la Gobernación de Caldas, en el cual se discriminan los tiempos laborados por el aquí demandante desde el año 1976 al año 1994, precisando que los mismos fueron prestados en calidad de administrativo y no de docente, pues se desempeñó como experto agrícola equipo funcional de educación, programa de alfabetización funcional, plaza departamental.

Finalmente, solicita se nieguen las pretensiones de la parte demandante y se ratifique la legalidad de los actos acusados. (fls. 243-245, C. 1)

II. Consideraciones

Pretende la parte demandante mediante la acción de **nulidad y restablecimiento del derecho**, que por esta Corporación se declare la nulidad de la Resolución Nro. RDP 019973 del 24 de mayo de 2016 proferida por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales – UGPP, mediante la cual se negó la pensión de jubilación gracia solicitada por el demandante, consagrada en la Ley 114 de 1913. Y de la Resolución Nro. RDP 035808 del 26 de septiembre de 2016, expedida por la misma entidad, mediante la cual se resolvió el recurso de apelación confirmando la decisión contenida en el primer acto administrativo.

La parte demandada se opone a tal pretensión, al considerar que el demandante no cumple con los requisitos legales para acceder a dicha prestación, comoquiera que no acredita 20 años de servicio como docente en educación formal.

1. Problemas jurídicos a resolver.

Los problemas jurídicos se contraen a establecer lo siguiente:

1.1. ¿El demandante reúne la totalidad de los requisitos para acceder a la pensión gracia?

1.2. ¿El tiempo de servicio prestado al departamento de Caldas por el demandante en calidad de Experto Agrícola en Educación Fundamental puede ser tenido en cuenta para efectos del reconocimiento de la pensión gracia?

Para resolver lo anterior, la Sala abordará los siguientes ítems: i) marco jurídico aplicable, ii) las pruebas allegadas al proceso y iii) la solución al caso concreto.

2. Las normas que rigen el reconocimiento de la pensión gracia.

La Ley 114 de 1913 dispuso reconocer a los maestros de escuelas primarias oficiales que hayan servido en el magisterio por un término no inferior a veinte años, y que reunieran todos los requisitos exigidos por la ley, el derecho a una pensión de Jubilación Gracia vitalicia, consagrada en el artículo 4:

“Artículo 4. Para gozar de la gracia de la pensión será preciso que el interesado compruebe:

1. Que en los empleos que ha desempeñado se ha conducido con honradez y consagración.

2. (Derogado por la ley 45 de 1913)

3. Que no ha recibido ni recibe actualmente otra pensión o recompensa de carácter nacional. Por consiguiente, lo dispuesto en este inciso no obsta para que un Maestro pueda recibir a un mismo tiempo sendas pensiones como tal, concedidas por la Nación y por un Departamento.

4. Que observe buena conducta.

5. (Derogado artículo 8 ley 45 de 1913)

6. Que ha cumplido cincuenta años, o que se halla en incapacidad por enfermedad u otra causa, de ganar lo necesario para su sostenimiento.”
(Subrayado de la Sala).

En principio, la Ley 114 de 1913 otorgó a los maestros de escuelas primarias oficiales que cumplieran los requisitos establecidos en el artículo 4º, una pensión por servicios prestados a los departamentos y a los municipios, siempre que se comprobara “*que no reciben actualmente otra pensión o recompensa de carácter nacional*”.

Luego, la ley 116 de 1.928 extendió el aludido beneficio a los empleados y profesores de las Escuelas Normales y a los Inspectores de Instrucción Pública. Se autorizó en el artículo 6º de esta ley para completar el tiempo requerido, sumar los servicios prestados en diversas épocas, tanto en la enseñanza primaria como en la normalista, asimilando para tales efectos la inspección de instrucción pública a la enseñanza primaria.

La Ley 37 de 1933 en el artículo 3º determinó que las pensiones de jubilación de los maestros de escuela, rebajadas por decreto legislativo, quedarían nuevamente en la cuantía señalada por las leyes e hizo extensivas estas pensiones a los maestros que hayan completado los años de servicios consagrados por la ley, en establecimientos de enseñanza secundaria.

La interpretación correcta que se le debe dar a la frase “hubieran completado” consignada en esta norma, ha sido objeto de varios pronunciamientos, tanto por los Tribunales como por el Consejo de Estado.

En efecto, en sentencia de 11 de marzo de 1.999¹, se precisó:

“... Una interpretación jurídica que indague no solamente por el sentido de las palabras, sino también por el significado del texto en su conjunto, teniendo en cuenta la conexión y posición del instituto jurídico en comento en el complejo normativo y las raíces u origen de los preceptos en su delimitado contexto, permite establecer, sin hesitación alguna, que cuando el legislador de 1933 utilizó el vocablo “completado”, pretendió no solamente señalar que para acceder a la prestación en comento se podría integrar el lapso correspondiente al desempeño de maestro en establecimientos de enseñanza secundaria (que igualmente exigía dotes especiales de constancia, abnegación y desinterés) al de escuelas primarias oficiales y al de escuelas normales, sino, inclusive, consumir todo el tiempo de servicios en aquella o, en escuelas normales. En este sentido

¹ Consejero Ponente: Silvio Escudero Castro, Exp. 38287-2399-01.

se ha pronunciado en múltiples oportunidades la Sala...

“...en el fallo de 16 de junio de 1995, proferido dentro del expediente No.9538, se dijo: La correcta interpretación de la Ley 37 de 1.933 no es la restrictiva que hizo la Caja, en el sentido literal de añadir o sumar un tiempo a otro; el artículo 3° de dicha ley quiso conceder también a los maestros de secundaria en el orden municipal o departamental, con 20 años de servicio, la pensión gracia acordada para los de primaria, como lo hizo la Ley 116 de 1928 para los normalistas e inspectores en los mismos niveles”.(Gaceta Jurisprudencial, abril de 1.999, pág.61).

Por su parte, la Ley 91 de 1989, artículo 15, numeral 2, literal a), reiteró la vigencia del derecho a la pensión Gracia sólo para los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1.980 y siempre que reunieran la totalidad de los requisitos legales. En efecto, la jurisprudencia ha señalado²:

“...Lo anterior permite precisar: i) la vigencia del derecho a la pensión gracia para aquellos docentes territoriales o nacionalizados vinculados antes del 31 de diciembre de 1980, siempre y cuando reúnan la totalidad de requisitos consagrados en la Ley para tal efecto; ii) la inexistencia de derecho alguno al respecto para los docentes nacionales; iii) la conclusión de dicho beneficio para los docentes territoriales o nacionalizados vinculados por primera vez a partir del 31 de diciembre de 1980; como también, iv) que la excepción que en cuanto a la pensión gracia permite la compatibilidad en el pago de dos pensiones de carácter nacional -pensión gracia y pensión ordinaria de jubilación- en virtud de la Ley 91 de 1989, es limitada a aquellos docentes departamentales y municipales que a la fecha señalada en tal disposición, quedaron comprendidos en el proceso de nacionalización iniciado con la Ley 43 de 1975, quienes deberán reunir en todo caso los demás requisitos contemplados en la Ley 114 de 1913 para hacer efectivo dicho beneficio”. (Subraya la sala)

Lo anterior permite establecer que, para el disfrute de la pensión Gracia, se deben reunir íntegramente los requisitos legales mencionados.

Ahora bien, sobre los servicios prestados en educación no formal para efectos de acreditar el tiempo exigido por la norma, este Tribunal consideró en su momento lo siguiente:

“... los tiempos en Educación no formal, son útiles para acceder a la pensión gracia, así lo manifestó este Tribunal³ en sentencia del 23 de julio de 1999, confirmada por el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección B, en sentencia del 18 de mayo del 2000, M.P. Alejandro Ordoñez Maldonado, en la cual indicó:

“[...] La Sala Comparte los planteamientos expuestos por el Tribunal Administrativo de Caldas, los cuales le sirvieron de fundamento para acceder a las súplicas de la demanda, de una parte porque siguiendo el criterio Jurisprudencial expuesto en la sentencia proferida por la Sala Plena de esta Corporación antes transcrita, el tiempo servido como profesor de primaria en los

² Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo / Sección segunda C.P. **GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN** / dieciocho (18) de febrero de dos mil diez (2010). / Rad. **2006-07030-01(2093-08)**

³ Tribunal de lo Contencioso Administrativo – sentencia del 23 de julio de 1999, M.P. Astrid Arboleda Fernández. Sentencia 037 Rad. 970211051.

municipios de Marmato y Riosucio en el Departamento de Caldas, son idóneos para acceder a la prestación y tiempo que sirvió como Director Equipo Educación no formal, también en los municipios de Riosucio y Supía del Departamento de Caldas, son útiles para acceder a la pensión gracia. En efecto, por virtud del parágrafo del artículo 42 de la ley 115 de 1994, o ley general de educación, el tiempo laborado en educación de adultos o enseñanza no formal, es válido para ascenso en el escalafón docente, siempre y cuando reúna los requisitos del decreto ley 2277 de 1979⁴...

Sin embargo, en reciente pronunciamiento del Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección B, se advirtió que para obtener el reconocimiento de la pensión de gracia, se requiere necesariamente **“haber prestado los servicios como docente en planteles departamentales, distritales o municipales por un término no menor de veinte (20) años y que estuviere vinculado antes del 31 de diciembre de 1980; haber cumplido cincuenta años de edad; y haberse desempeñado con honradez, consagración y buena conducta.”**⁵

Y frente al caso concreto que allí fue materia de debate, señaló la Alta Corporación:

“En el asunto sub examine existe controversia sobre el tipo de vinculación con el que la demandante laboró para el municipio de Manizales durante el interregno del 27 de julio de 1977 al 31 de diciembre de 1997, pues la demandada indica que de las certificaciones allegadas al expediente, contrario a lo determinado por el a quo, no es dable afirmar que aquel fue de naturaleza municipal.

Al respecto, se observa que el Tribunal de primera instancia accedió a las pretensiones, con fundamento en la certificación AGM-P-J-46 de 8 de febrero de 2007, en la que se consigna que la demandante laboró como maestra de primaria, adscrita a la secretaría de educación de Manizales, razón por la que concluyó que acreditaba un tiempo de servicios como docente municipal de 20 años, 5 meses y 4 días.

No obstante lo anterior, pese a que el a quo relacionó como medios probatorios las constancias expedidas por el líder de proyecto de la unidad de gestión humana de la alcaldía de Manizales, no tuvo en cuenta su contenido, toda vez que en ellas se indica que la demandante «[...] cumplió funciones de enseñanza de modistería, corte y confección en el programa de desarrollo social a la comunidad». De igual modo, que dictaba «[...] clases de corte y costura en el sector o comunidad que le sea asignada» y programaba y coordinaba «[...] capacitación en diferentes áreas en los sectores o comunas asignadas», entre otras tareas.

Asimismo, se advierte que en la sentencia apelada se omitió la valoración probatoria de la certificación AGM-PJ-82 de 14 de agosto de 2001, en la que se consigna que la accionante prestó sus servicios en la educación no formal; y la expedida el 5 de mayo de 1997 por el secretario de la comisión seccional del servicio civil del Departamento Administrativo de la Función Pública, que especifica que la actora el 2 de mayo de 1997 había sido inscrita en el registro público de empleados de carrera administrativa en el cargo de auxiliar I, código 5323, grado 6 de la aludida alcaldía.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo – sentencia 18 de mayo del 2000, M.P. Alejandro Ordoñez Maldonado.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”. Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cueter. Cuatro (4) de octubre de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 17001-23-33-000-2013-00572-01(2629-15)

Por otra parte, reposa en el plenario documento que da cuenta de que la demandante no se encuentra afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo que se demuestra también con las certificaciones emanadas de la alcaldía de Manizales, toda vez que en ellas se indica que los aportes a pensión de la actora se efectuaron al fondo de prestaciones sociales de ese ente territorial.

Así las cosas, esta Sala concluye que no se encuentra demostrado que la accionante se haya desempeñado como docente municipal de primaria, puesto que no se hace referencia al centro educativo en el cual desempeñó tal función, lo cual desconoce el requisito según el cual el maestro debe haber prestado sus servicios en planteles departamentales, distritales o municipales, por el contrario, se evidencia que esta cumplió sus labores, si bien adscrita a la alcaldía de Manizales, en programas de desarrollo social a la comunidad, los cuales se llevaban a cabo en el sector o comunidad que se le asignara, es decir, no hizo parte de una institución educativa oficial, razón por la que no está vinculada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Además de lo anterior, esta Sala ha dicho que «[...] si aceptáramos de manera plana, que la simple dependencia laboral con una entidad del orden territorial cual fuere su orden⁶, y el ejercicio de la docencia son suficientes para el reconocimiento de la pensión gracia, sería menoscabar su **definición filosófica**, según la cual, solo los educadores que tuvieron ingresos inferiores, que históricamente fueron **los de primaria** que en principio dependían de las entidades territoriales⁷, tenían derecho a ella y que posteriormente se extendió al **nivel secundario**»⁸.

Por consiguiente, el hecho de que se haya comprobado que la actora prestó sus servicios como profesora, en virtud de un nombramiento efectuado por el municipio de Manizales (vinculación de carácter territorial), no implica per se que esa circunstancia la acredite para acceder al reconocimiento de la prestación social deprecada, puesto que para ello debía satisfacer, además, la condición de haber desarrollado sus funciones como docente en el nivel de básica primaria o secundaria en planteles departamentales, distritales o municipales, lo que se echa de menos en este asunto, por lo cual no es dable acceder a las pretensiones de la demanda.”/Resaltado de la Sala/

De esta forma procede la Sala a verificar las pruebas recaudadas en el proceso, y conforme a ellas, el cumplimiento de los requisitos legales por parte del demandante, señor Oliverio de Jesús Tapasco Reyes, para hacerse acreedor a la pensión gracia.

3. Pruebas allegadas a la actuación.

- Certificado No. 472 del 13 de octubre de 2015, expedido por el Departamento de Caldas, en el cual se da cuenta de las siguientes vinculaciones entre el demandante y el ente territorial:

Desde el 06/01/1976 al 31/12/1976, como Experto agrícola, con aportes a Cajanal.

⁶ Centralizada o descentralizada.

⁷ Después se hizo extensiva a los docentes de básica secundaria y de escuelas normales, inspectores y directivos docentes, pero guardando el mismo referente de vinculación y de remuneración. Leyes 116 de 1928 y 37 de 1937.

⁸ Sentencia de 26 de abril de 2018, expediente: 05001-23-33-000-2014-00343-01 (3532-16), C. P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

Desde el 01/01/1979 al 23/11/1992, como Experto agrícola, con aportes a Cajanal hasta el 31 de agosto de 1979 y al departamento de Caldas de esa fecha en adelante.

Desde el 01/01/1993 al 28 de febrero de 1994, como Experto agrícola, con aportes al departamento de Caldas. (fl. 34, C. 1)

- Certificado No. 0599 del 5 de octubre de 2015, expedido por la Profesional Especializada del Grupo de Gestión Administrativa del departamento de Caldas, en el cual se precisa que el cargo de “*Experto Agrícola Equipo de Educación Funcional*” fue ejercido en diferentes municipios del departamento de Caldas, así:

Municipio de Riosucio, entre el 06/01/1976 y el 31/12/1976.

Municipio de Samaná, entre el 01/01/1979 y el 31/01/1980.

Municipio de Belalcázar, entre el 01/02/1980 y el 31/12/1982.

Municipio de Supía, entre el 01/01/1983 y el 31/12/1985.

Municipio de Risaralda, entre el 01/01/1986 y el 30/04/1988.

Municipio de Supía, entre el 01/05/1988 y el 23/11/1992.

Municipio de Supía, entre el 01/01/1993 y el 28/02/1994. (fl. 45-49, C. 1)

- Obra igualmente en el expediente: i) Decreto No. 002 de 1976, por medio del cual el gobernador del departamento de Caldas en aquella época, nombra al señor Oliverio de Jesús Tapasco Reyes como experto agrícola dentro del programa de alfabetización en el municipio de Ríosucio, Caldas. También se observa el acta de posesión correspondiente. (fls. 51 a 53, C. 1); ii) Acta de posesión del demandante en el cargo de Experto Agropecuario Equipo Educación Fundamental, que data del 6 de febrero de 1979, en virtud de nombramiento efectuado por dicha entidad territorial mediante Decreto 0098 del 1° de ese mismo mes y año. (fl. 230, C. 1); iii) Acta de posesión del demandante en el cargo de Experto Agrícola (Unidad Recursos Humanos), que data del 31 de diciembre de 1992, en virtud de nombramiento efectuado por dicha entidad territorial mediante Resolución 013410 de la misma fecha. (fl. 230 Vlt, C. 1)
- Resolución No. 00259 del 15 de marzo de 2004, mediante la cual el Gobernador del departamento de Caldas nombra en provisionalidad al señor Oliverio de Jesús Tapasco Reyes para desempeñar el cargo de docente en la Institución Educativa Portachuelo del municipio de Ríosucio, Caldas. (fls. 213 a 214, C. 1)

- Complementa la anterior información, la certificación expedida por la Secretaría de Educación de Caldas en nombre del FNPSM, en donde se hace constar que el demandante estuvo afiliado a dicho Fondo desde el 18 de marzo de 2004 hasta el 4 de julio de 2014, fecha esta última en que se produjo el retiro de servicio. (fls. 26 a 27, C. 1)
- Copia de la cédula de ciudadanía del demandante y Registro Civil de Nacimiento, con base en los cuales se puede establecer que nació el día 4 de julio de 1949. (fls. 94 a 95, C. 1)
- Declaración extrajuicio por medio de la cual el demandante manifiesta no hallarse disfrutando de algún derecho pensional. (fl. 50, C. 1)
- Declaración de desempeño del cargo con honradez, consagración, idoneidad y buena conducta, suscrita por el demandante. (fl. 75, C. 1)
- Actos administrativos cuya nulidad se deprecia. (fls. 78 – 80; 90 - 92, C. 1)

4. Solución al caso concreto

De conformidad con el marco legal y jurisprudencial expuesto en precedencia, y de cara al material probatorio que obra en el expediente, esta Sala de Decisión ha podido establecer que el señor Oliverio de Jesús Tapasco Reyes no cumple a cabalidad con los requisitos establecidos en la ley 114 de 1913 para acceder a la pensión gracia, y esto es así, pues de los certificados laborales examinados no se desprende que los servicios prestados en favor del Departamento en calidad de Experto agrícola y/o agropecuario obedezcan a una vinculación como docente en el nivel de básica primaria o secundaria, adscrito a un plantel educativo oficial dentro de estos mismos niveles.

Así las cosas, aunque el demandante haya cumplido sus labores en virtud del nombramiento y posesión efectuado por una entidad territorial como lo es el departamento de Caldas, en programas de educación o alfabetización, ello no lo ubica en la hipótesis contemplada por la norma para hacerse merecedor de la pensión gracia, concebida ella como una medida para restablecer el equilibrio salarial de los profesores del nivel territorial frente a aquellos del nivel nacional, antes de que se produjese el proceso de nacionalización de la educación, esto es, en favor de aquellos nombrados hasta el 31 de diciembre de 1980 en calidad de docentes de primaria, secundaria o normalistas, en planteles educativos oficiales del nivel municipal, departamental o distrital.

Unido a lo anterior debe tenerse en cuenta que, no aparece acreditado que el demandante haya estado afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo menos desde el año 1989 cuando el mismo fue creado, lo cual ciertamente obedece al hecho de no haber ocupado el cargo de Experto Agrícola en calidad de docente **adscrito a una institución educativa oficial en los niveles ya mencionados**. Ello se corrobora, además, con los propios actos de nombramiento y posesión en donde en parte alguna se adscribe su cargo a un centro o plantel educativo oficial, como sí sucede con el nombramiento efectuado en el año 2004, en donde claramente se indica que se le nombra como docente en el Centro Educativo Portachuelo del municipio de Riosucio, en la vacante de Luis Alfonso Herrera Ríos, a quien se le aceptó renuncia mediante Decreto 1029 del 19 de noviembre de 2002. Huelga decir que el servicio prestado en virtud del nombramiento del año 2004 y que se extendió hasta el año 2014, es insuficiente para acreditar los 20 años de servicio en las condiciones ya anotadas.

En ese orden de ideas, el tiempo laborado como Experto Agrícola entre el año 1976 y 1994 no resulta válido para acreditar el requisito de tiempo de servicio exigido en aras de acceder a la pensión gracia de jubilación, atendiendo la finalidad específica para la cual fue creada dicha prestación vitalicia.

Luego entonces, conforme lo ha dicho por el Consejo de Estado, para acceder a la pensión gracia no resulta suficiente acreditar el ejercicio docente con nombramiento de entidad territorial antes del 31 de diciembre de 1980; se requiere, además, que ese servicio se haya prestado en una institución educativa municipal, departamental o distrital, en los niveles de primaria, secundaria o normalista en tanto y comoquiera que, de esa circunstancia en concreto derivó en su momento la necesidad de crear ese derecho en cabeza de estos empleados públicos.

Este aspecto incluso fue ratificado en la sentencia de unificación veintiuno (21) de junio de dos mil dieciocho (2018) Expediente: 25000-23-42-000-2013-04683-01 (3805-2014) CE- SUJ-SII-11-2018 al señalar, entre otras conclusiones, que *“para acreditar la calidad de docente territorial, se requiere copia de los actos administrativos donde conste el vínculo, en los que además se pueda establecer con suficiente claridad que la plaza a ocupar sea de aquellas que el legislador ha previsto como territoriales, o en su defecto, también se puede acreditar con la respectiva certificación de la autoridad nominadora que dé cuenta de manera inequívoca que el tipo de vinculación al cual se encuentra sometido el docente oficial es de carácter territorial”*.

En tales circunstancias y sin necesidad de consideraciones adicionales, se declarará probada la excepción de “inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido” propuesta por la UGPP y se negaran las pretensiones de la parte demandante.

5. De las costas en primera instancia.

Se condenará en costas a la parte demandante, las cuales se liquidarán conforme a los artículos 365 y subsiguientes del Código General del Proceso. Se fijan las agencias en derecho equivalentes al 1% de las pretensiones de la demanda a cargo de la parte demandante en atención a que la demandada debió concurrir a través de apoderado quien actuó en todas las etapas del proceso.

Con fundamento en lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

III. Falla.

Primero: Se declara probada la excepción de “inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido” propuesta por la UGPP.

Segundo: Se niegan las pretensiones de la parte demandante.

Tercero: Se condena en costas a la parte demandante, las cuales se liquidarán conforme a los artículos 365 y subsiguientes del Código General del Proceso. Se fijan las agencias en derecho equivalentes al 1% de las pretensiones de la demanda a cargo de la parte demandante.

Cuarto: Notifíquese conforme lo dispone el CPACA.

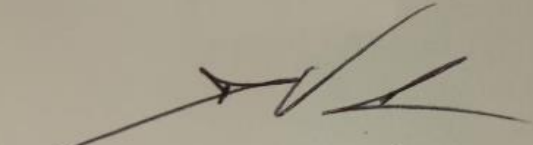
Quinto: En firme la sentencia, archívese el expediente previa anotación en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

Notifíquese y Cúmplase

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

Patricia Valencia

Magistrada Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
DESPACHO 002
MAGISTRADA SUSTANCIADORA: PATRICIA VARELA
CIFUENTES

Manizales, once (11) de febrero de dos mil veintidós (2022).

Radicación: 17 001 23 33 000 2017 00730 00
Clase: Nulidad y restablecimiento del derecho.
Demandante: Néstor Camelo Cubides
Demandado: Procuraduría General de la Nación
Asunto: Resuelve Impedimento

Pasa esta Sala a resolver el impedimento presentado por el Procurador 28 Judicial II Administrativo de Manizales, doctor Alejandro Restrepo Carvajal en el presente asunto.

I. Asunto

De conformidad con lo previsto en el artículo 133 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, procede esta Sala a decidir sobre la declaración de impedimento formulada por el agente del Ministerio Público, Procurador 28 Judicial II Administrativo de Manizales doctor Alejandro Restrepo Carvajal, para intervenir como agente del Ministerio Público en el proceso de la referencia, tal como consta en el documento 29 del expediente digital.

Para resolver, basten las siguientes

II. Consideraciones:

El Procurador Judicial, dr Alejandro Restrepo Carvajal manifiesta impedimento para intervenir como agente del Ministerio Público en el presente asunto toda vez que, la parte demandante pretende se inaplique por ilegal la resolución No. 040 del 20 de enero de 2015, por medio de la cual la Procuraduría General de la Nación convocó al concurso de Procuradores Judiciales I y II, así como la nulidad de la resolución que publicó la lista de elegibles, y con pretensiones de

nulidad de los Decretos mediante los cuales se desvinculó al demandante del cargo que ejercía; solicitando además el reintegro del demandante al cargo de Procurador 106 Judicial Penal de Manizales.

Dice el Señor Procurador Judicial que, mediante la resolución No. 345 del 8 de julio de 2016, expedida por el Procurador General de la Nación, se conformó la lista de elegibles de la Convocatoria No. 006-2015 para Procuradores Judiciales II, adscritos a la Procuraduría Delegada para la Conciliación Administrativa; y que, por medio del Decreto No. 3330 del 8 de agosto de 2016 expedido por el Procurador General de la Nación, fue nombrado en el cargo de Procurador Judicial II Código 3PJ, Grado EC, por ser integrante de la citada lista de elegibles, tomando posesión del cargo el día 7 de septiembre de 2016. Y, luego de aprobar el período de prueba, fue inscrito en el registro de carrera de la Procuraduría General de la Nación y actualmente desempeñando el cargo de Procurador 28 Judicial II Administrativo de Manizales, con derechos de carrera administrativa.

Por su parte, el artículo 141 del Código General del Proceso¹, establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 141. CAUSALES DE RECUSACIÓN. Son causales de recusación las siguientes:

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

Efectivamente en el asunto de la referencia una de las pretensiones del demandante es la inaplicación de la resolución 040 de 20 de enero de 2015, resolución mediante la cual la Procuraduría General de la Nación convocó al concurso de méritos para proveer en propiedad cargos de Procuradores Judiciales I y II; así como la nulidad de la resolución 357 mediante la cual se publicó la lista de elegibles, entre otras pretensiones.

Baste de lo expuesto evidenciar que, se discute en el asunto de la referencia la inaplicación de la resolución número 040 de 20 de enero de 2015, mediante la cual se da apertura y se reglamenta la convocatoria del proceso de selección

¹ Antes, numeral 2 del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil.

para proveer los cargos de carrera de procuradores judiciales de la Entidad, y es precisamente con ocasión a esa convocatoria por la que el ahora Procurador 28 Judicial II Administrativo de Manizales, doctor Alejandro Restrepo Carvajal, hizo parte de la lista de elegibles para dicho cargo, siendo posteriormente nombrado y ejerciendo en tal calidad; de manera que, la situación planteada por él en el impedimento presentado, se ajusta al contenido del numeral 1 del artículo 141 del Código General del Proceso, y por lo mismo, constituye impedimento para intervenir como agente del Ministerio Público en el proceso.

Sin que sea menester efectuar consideraciones adicionales, se procederá aceptar el impedimento manifestado por el Procurador 28 Judicial II Administrativo de Manizales, doctor Alejandro Restrepo Carvajal y, en consecuencia, se le separa del conocimiento del presente asunto.

III. Resuelve:

Primero: Admitir el impedimento expresado por el Procurador 28 Judicial II Administrativo de Manizales, doctor **Alejandro Restrepo Carvajal**, para conocer del presente asunto.

En su lugar, **designar** al dr Julio César Rodas Monsalve, Procurador 29 Judicial II Administrativo de Manizales adscrito a este Tribunal para que siga conociendo de este proceso.

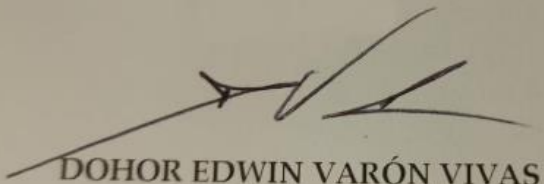
Segundo: Por Secretaría, remítase copia de la presente decisión mediante correo electrónico al Procurador 28 Judicial II Administrativo de Manizales, doctor Alejandro Restrepo Carvajal y al doctor Julio César Rodas Monsalve Procurador 29 Judicial II Administrativo de Manizales.

Tercero: Una vez ejecutoriada esta providencia, continúese con el trámite procesal correspondiente.

Notifíquese

Pateir Varón

Magistrada Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Manizales, once(11) de febrero de dos mil veintidós (2022).

Asunto:	Auto decide excepciones
Medio de Control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	Henry Alberto Botero Marín
Demandado:	Municipio de Manizales
Radicación:	17001-23-33-000-2017-00097-00
Acto Judicial:	Aut Int : 16

Asunto

Procede la Sala unitaria decidir las excepciones previas propuestas por la demandada en el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho interpuesto por Henry Albeiro Botero Marín, demandante, contra el Municipio de Manizales, según lo establecido en los artículos 100, 101 y 102 del CGP, en concordancia con el artículo 175 del CPACA, modificado por la Ley 2080 de 2021.

Antecedentes

El Municipio de Manizales contestó la demanda de manera oportuna como se evidencia en la constancia secretarial visible (Exp Esc.01). Se formuló excepciones, de las cuales se corrió traslado como se observa en el mismo documento.

Consideraciones

El artículo 175 del CPACA, modificado por el artículo 38 de la Ley 2080 de 2021, dispone:

“Artículo 38. 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. 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”.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

del CPC, 172 del CCA, se debe declarar que el derecho y la acción caducaron al tenor de lo establecido en el art. 193 de la Ley 1437 de 2011 y que, en consecuencia, los actos administrativos demandados. ***“Legalidad de la Actuación Administrativa”*** Las resoluciones cuya nulidad se pretende son actos administrativos de Cumplimiento a una orden Judicial los cuales pretenden corregir los errores de forma debido al concepto equivocado y del procedimiento como se liquida el trabajo suplementario-horas extras, así como la forma como se hace la reliquidación de los dineros saldados por prestaciones sociales. Por lo tanto, lo que se presentó fue errores de cálculo numérico por el concepto equivocado en la forma y procedimiento como se liquida en trabajo suplementario, horas extras, así como la forma como se hace la reliquidación de los dineros saldados por prestaciones sociales, y omisión de la indexación.

“Falta de prueba para soportar las pretensiones de la parte actora” Al no desvirtuar la carga de la prueba que le compete, ha de decirse que la actuación de la administración se encuentra ajustada a derecho. ***“Sobre la aplicación de los principios generales del Derecho en Nuestra Legislación, y más especialmente sobre los principios prohibitivos del abuso del derecho y del principio de que nadie puede beneficiarse de su propia culpa.*** El accionante al no haber interpuesto en término el incidente de Liquidación de la sentencia, contribuyó con el resultado del error de la administración. ***“Genérica”***.

Pronunciamiento frente a las excepciones, Prescripción y caducidad del medio de control.

En lo que respecta a los medios exceptivos Prescripción y Caducidad del medio de control, considera el Despacho que los argumentos que sustentan el primero debe resolverse después de determinar si se tiene derecho a la prestación demandada; lo cual debe ser resuelto al decidir el fondo de la controversia y no en esta etapa procesal.

Ahora bien, en cuanto a la excepción de caducidad del medio de control, al respecto debe decirse que en todos los casos debe atenderse al término de caducidad que prevé el artículo 164 numeral 2 literal d) de la Ley 1437/11:

“ARTÍCULO 164. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA. La demanda deberá ser presentada

(...)

2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:

d) Cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda deberá presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, salvo las excepciones establecidas en otras disposiciones legales;”

Se encuentra que en el caso de la referencia no se configuró la caducidad, tal como se advierte del siguiente cuadro:

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

RADICAD O	ACTO DEMANDA DO	FECHA DE NOTIFICACIÓ N	SOLICITUD DE CONCILIACIÓN PREJUDICIAL	CONSTANCIA PROCURADUR ÍA GENERAL DE LA NACIÓN	PRESENTACIÓ N DE LA DEMANDA
2017-0097	Resolución N° 439 del 18 de marzo de 2016	15 de julio de 2016(Exp. Esc, 01 Pags Pdf 38- 42)	10 de noviembre de 2016(Exp. Esc, 01 Pags Pdf 46)	09/02/2017 (Exp. Esc, 01 Pags Pdf 47)	09 de febrero de 2017 (Exp. Esc. 01 Pags Pdf 1)

De conformidad con el análisis encuentra la Sala Unitaria que no ha operado el fenómeno de caducidad, pues no ha transcurrido el tiempo indicado en la norma mencionada para acudir ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, debiéndose negar la excepción propuesta.

En lo que respecta a los demás medios exceptivos formulados, además de que no aparecen enlistados en el numeral 6 del artículo 180 del CPACA ni en el artículo 100 del Código General del Proceso – CGP, guardan relación directa con la cuestión litigiosa, por lo que su análisis también habrá de realizarse con el fondo de la controversia.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas,

RESUELVE

Primero. ORDENAR resolver la excepción de “*Prescripción*” propuesta por el Municipio de Manizales en el fondo de asunto, conforme a lo expuesto en este acto.

Segundo. DECLARAR NO PROBADA, la excepción de *Caducidad* formulada por el Municipio de Manizales.

Tercero: Ejecutoriado este acto judicial, pase el expediente a Despacho del Magistrado ponente de esta decisión para la continuación del trámite.

Notifíquese y cúmplase

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala 2ª. Oral de Decisión

Magistrada Ponente: Patricia Varela Cifuentes

Manizales, once (11) de febrero de dos mil veintidós (2022).

Radicado.	17-001-33-39-007-2018-00197-02
Clase:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante:	María Francisca Calvo Villada
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Providencia:	Sentencia No. 13

Asunto

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, el 12 de diciembre de 2019, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. Antecedentes.

1. Pretensiones.

La parte demandante, mediante apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, solicita lo siguiente:

1. Declarar la nulidad de la Resolución n°0943-6 del 10 de febrero de 2016 por medio de la cual se negó el reconocimiento y pago del reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme a lo establecido en la Ley 71 de 1988.
2. Que se declare que la parte demandante tiene derecho a que la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, le reconozca y pague el reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme a la Ley 71 de 1988.
3. Que se condene a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a que reconozca y pague la diferencia entre lo pagado y lo que se ha debido pagar desde el año siguiente al inicio de disfrute de la pensión.

4. Que se ordene el cumplimiento de la sentencia en los términos del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.
5. Que se condene en costas a la parte demandada.

2. Hechos.

Se relataron los que a continuación se resumen:

La parte demandante es pensionada por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. El reajuste periódico de las mesadas pensionales fue ordenado en armonía con lo dispuesto en la Ley 71 de 1988 y Ley 238 de 1995. Sin embargo, la entidad demandada viene realizando los ajustes anuales de incremento salarial tomando como punto de referencia lo establecido en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 según porcentaje de incremento del IPC del año inmediatamente anterior. La demandada negó la solicitud efectuada por la parte actora para que le fuera reconocido el reajuste periódico de la pensión de conformidad con los incrementos anuales fijados por el Gobierno Nacional para el SMLMV en aplicación de la Ley 71 de 1988.

3. Normas violadas

Como disposiciones violadas se citaron las siguientes:

Artículos 48, 53 y 58 de la Constitución Política; Artículo 1° de la Ley 71 de 1988; Artículos 5, 9 y 15 de la Ley 91 de 1989; Artículos 14 y 279 de la Ley 100 de 1993; la Ley 238 de 1995 y el Decreto 2831 de 2005.

Se aduce en la demanda, que el reajuste de las mesadas pensionales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio está regulado por la Ley 71 de 1988; ello, en virtud de la exclusión del régimen de la Ley 100 de 1993, artículo 279. Sin embargo, indica, el FOMAG desde la expedición de la Ley 238 de 1995 reajusta las pensiones de los afiliados aplicando el artículo 14 de la Ley 100, incurriendo desde el año 1996 en violación a dichas normas y a los artículos 53 y 58 de la Constitución, desconociendo además que se trata de un derecho adquirido. Realiza la comparación entre los porcentajes del incremento del salario mínimo legal mensual y del IPC entre los años 1995 y 2016 para concluir que es más favorable el incremento conforme a la primera variable.

4. Contestación de la demanda.

4.1. La Nación - Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

La Nación - Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de apoderado judicial, dio contestación a la demanda de la referencia oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones y condenas de la demanda.

Propone las siguientes excepciones de mérito: *“Ineptitud sustancial de la demanda por falta de legitimación en la causa por pasiva”* por cuanto dicho ente ministerial no presta el servicio educativo, ni administra plantas de personal docente y por ende no funge como empleador de éstos. *“Inexistencia del demandado – falta de relación con el reconocimiento del derecho, conexo o derivado del acto administrativo expedido por la entidad territorial certificada. Falta de competencia del Ministerio de Educación para expedir el acto administrativo y reconocer el derecho reclamado”*. *“inexistencia de la obligación demandada por inexistencia de causa jurídica”* pues considera que el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 fue declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-435 de 2017; además, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, integró los docentes oficiales al régimen pensional de prima media, lo cual se traduce en una derogación tácita de la norma anterior, siendo aplicable el reajuste del IPC. *“Cobro de lo no debido”, “Prescripción”, “Caducidad” y “Buena fe”*. (fls. 47-63, C. 1)

5. Sentencia de Primera Instancia

El Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 12 de diciembre de 2019, resolvió lo siguiente:

“[...]”

TERCERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, por lo expuesto.

CUARTO: SIN CONDENAS EN COSTAS [...]”

Hizo referencia al régimen jurídico aplicable al reconocimiento de la pensión de jubilación de los docentes oficiales, destacando el contenido y alcance de la Ley 91 de 1989. Se remite a los artículos 14 y 279 parágrafo 4^o de la Ley 100 de 1993, en virtud de los cuales se regula la forma en que debe hacerse el reajuste de las pensiones, todo lo cual se aplica incluso a los pensionados bajo los regímenes de excepción, a quienes por tanto dicho reajuste también se realiza con base en la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor (IPC) certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior.

Resalta que con el artículo 289 de la Ley 100 de 1993, fueron derogadas aquellas disposiciones contrarias a la misma, entendiéndose así que el artículo 1^o de la Ley 71 de

¹ Adicionado por el artículo 1^o de la Ley 238 de 1995

1989 quedó derogado de manera tácita. De igual forma citó una providencia del Consejo de Estado emitida dentro de la acción pública de nulidad contra el artículo 40 del Decreto 692 de 1994, reglamentario de la Ley 100, en donde expone las razones por las cuales no resulta aplicable el artículo 1° de la Ley 71 de 1989 para efectos de determinar el incremento anual de la pensión. (fls. 83 vlto - 95, C. 1)

6. Recurso de Apelación

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte demandante presentó en término el recurso de apelación contra la misma, al estimar que el a quo desconoció principios y derechos constitucionales al resolver como lo hizo.

El demandante da a entender que el derecho al reajuste de la pensión hace parte del régimen pensional especial que se aplica a los docentes afiliados al FNPSM con anterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003; y que al igual que los demás aspectos de dicho régimen, el reajuste con base en el incremento del SMLMV debe ser tenido en cuenta en este caso.

Estima que al entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones – ley 100 de 1993 -, las pensiones del régimen docente quedaron amparadas por los regímenes de excepción establecidos en el artículo 279 de la norma en cita, siéndoles aplicable el artículo 14 de aquella, previo cumplimiento del requisito de favorabilidad previsto en el artículo 1° de la Ley 238 de 1995. Luego, de no encontrarse beneficio alguno en la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 en el caso de las pensiones de los docentes afiliados al FNPSM, la fórmula de incremento de las mesadas allí contemplada, no debe ser aplicada frente a éstos por resultar ilegal. (fls. 97 – 107, C. 1)

7. Alegatos de conclusión segunda instancia.

Las partes guardaron silencio en esta etapa del proceso.

II. Consideraciones

A efectos de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante a través de apoderado judicial, la Sala procederá a abordar los siguientes ítems: i) Planteamiento del problema jurídico, ii) Acervo probatorio allegado al proceso y iii) Marco legal aplicable y análisis del caso concreto.

1. Problema jurídico.

- 1.1. ¿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?

2. Acervo probatorio.

En el expediente se encuentra acreditado que la señora María Francisca Calvo Villada obtuvo la pensión de jubilación mediante la Resolución No. 362 del 13 de marzo de 2000 por parte del FNPSM (fls. 26-27, C. 1) y mediante la Resolución No. 0943-6 del 10 de febrero de 2016, le fue negada la solicitud de reajuste anual de la pensión con base en el incremento del SMLMV, consagrado en el artículo 1° de la Ley 71 de 1988. (fls. 30-31, C. 1)

3. Marco legal aplicable y análisis del caso concreto.

3.1. 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 al que acceden los trabajadores que acreditan los requisitos previstos en la ley para ese efecto.

A su vez, el artículo 53 de la Constitución Política, 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 1993², tuvo como objeto garantizar la protección del trabajador, entre otros, frente al riesgo de vejez, en aras de proveerle una buena calidad de vida al final de su historia laboral. Para ello, dispuso la creación de instituciones públicas y privadas encargadas de la administración de los recursos y del reconocimiento de la prestación vitalicia, bajo los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación.

Por su parte, el artículo 11 ibídem, modificado por el artículo 1 de la Ley 797 de 2003, prevé su campo de aplicación, así:

*“El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente ley, **se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional**, conservando y respetando,*

² http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/lev_0100_1993.html#1

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”.

Ahora bien, el artículo 1° de la Ley 4 de 1976³, 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 incremento del salario mínimo mensual legal más alto, con una suma fija igual a la mitad de la diferencia entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, más una suma equivalente a la mitad del porcentaje que representara el incremento entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, esto último aplicado a la correspondiente pensión.

Luego, el artículo 1 de la Ley 71 de 1988⁴ precisó que las pensiones referidas en el artículo 1 de la Ley 4 de 1976, la de incapacidad permanente parcial y las compartidas, serían reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que fuere incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.

La citada norma fue reglamentada por el Decreto 1160 de 1989, el cual precisó respecto al ajuste de las pensiones en el artículo 1°, lo siguiente:

“Reajuste pensonal. 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 para los beneficiarios de los regímenes del sector público, oficial y privado, teniendo en cuenta el incremento porcentual del salario mínimo legal mensual vigente más alto.

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

“ARTÍCULO 14. REAJUSTE DE PENSIONES. Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio,

³ Ley 4 de 1989, *“Por la cual se dictan normas sobre materia pensonal de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones.”* <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=1165>

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

el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario por el Gobierno.”-sft-

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

*“Para la Corte es evidente que ese tratamiento distinto ante situaciones iguales, a la luz de los cánones constitucionales, tiene una justificación clara y razonable, cual es la de dar especial protección a aquellos pensionados que por devengar una pensión mínima se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás. **En consecuencia, ha decidido el legislador que el valor de la pensión para esas personas se reajuste en un porcentaje igual al del salario mínimo legal mensual, con el fin de que dicho ingreso conserve su poder adquisitivo y así pueda el beneficiario satisfacer sus necesidades básicas y llevar una vida digna.***

“ ...

“Las instituciones del salario mínimo y de la pensión mínima, se enmarcan dentro de aquellas políticas destinadas a lograr una justicia social, pues son medidas especiales de protección a quienes por su condición económica se encuentran en situación de debilidad manifiesta. Busca así el legislador menguar la desigualdad y de esta manera cumplir con el propósito señalado por el constituyente en el artículo 13 de la Carta, que ordena al Estado promover las 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, porque su comportamiento depende de una serie de circunstancias económicas y políticas que resultan variables, y en consecuencia, no es posible determinar con certeza el porcentaje en que cada uno de esos dos factores aumentará.

“Veamos el comportamiento de la tasa de inflación y el porcentaje de incremento del salario mínimo, durante los últimos diez años:

“Año	Inflación	Salario mínimo
1983	16.64	22%
1984	18.28	22%
1985	22.45	20%
1986	20.95	24%
1987	24.02	22%
1988	28.12	25%
1989	26.12	27%
1990	32.36	26%
1991	26.82	26.07%
1992	25.13	26.04%
1993	22.6	21.09%”

“Obsérvese que en los años 1983, 1984, 1986, 1989 y 1992 el salario mínimo se incrementó en cuantía superior al índice de inflación, y en los demás años,

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

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; y que el aumento en el índice de precios al consumidor para los demás pensionados, se ajusta a factores económicas y políticas.

Sobre este tema, la Sección Segunda del Consejo de Estado⁶, en providencia del 17 de agosto del 2017 proferida 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 lo dispuesto por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, y que esto es aplicable a las pensiones causadas con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993:

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

« [...] A partir del 1º de enero de 1989 y hasta la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, todas las pensiones que fueron reconocidas en el país, tanto en el sector público como en el privado, se reajustaron anualmente conforme a la fórmula prevista en la Ley 71 de 1988, esto es, en el mismo porcentaje en que se incrementó por el Gobierno el salario mínimo legal mensual. Con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigencia, las pensiones reconocidas antes y después de dicha ley, se vienen reajustando en la forma prevista por su artículo 14 y teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 142 y 143 ibídem, lo que significa que el referido reajuste se produce anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior, más la mesada adicional y el reajuste equivalente a la elevación en la cotización para salud, a favor de los pensionados con

⁶ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION SEGUNDA -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>

anterioridad al 1° de enero de 1994. [...]

En esas condiciones, **no le asiste razón a la parte demandante cuando estima que al hacer extensivo el porcentaje de reajuste de la mesada pensional que se decreta para quienes se pensionan con posterioridad al 1.º de abril de 1994 a aquellos que ya tenían la prestación reconocida para ese momento, la norma demandada hace una inclusión no prevista en la ley que reglamenta y desconoce los derechos adquiridos de estos últimos, pues se reitera, la protección de los derechos adquiridos en materia pensional no comprende la proporción del incremento de la mesada.**

Conclusión: **Conforme a las consideraciones expuestas, el porcentaje de reajuste de la mesada pensional no es un derecho adquirido, por lo tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha considerado que el legislador está habilitado para modificar las normas que consagran la proporción en que se realizarán los aumentos de las mesadas pensionales.**

De acuerdo con lo anterior, el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 sí es aplicable a quienes les fue reconocida la pensión antes del 1.º de abril de 1994 y no el definido por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, toda vez que esta última quedó derogada por aquella.”

En consideración al postulado jurisprudencial precitado se extrae que, si bien quienes se pensionaron con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, cuentan con un régimen anterior al del Sistema de Seguridad Social Integral, esto no quiere decir que el incremento de la mesada pensional deba realizarse conforme lo contempla la Ley 71 de 1988, ajustado al salario mínimo, toda vez que con la entrada en vigencia del régimen general de pensiones, **esta norma quedó derogada por aquella**, que dispuso que los ajustes de las mesadas pensionales fueran incrementadas conforme a la variación del índice de precios al consumidor.

Referente al argumento esbozado por la parte demandante, según el cual, se debe dar aplicación en estos casos al artículo 1 de la Ley 71 de 1989, que regula el ajuste de la mesada pensional, es pertinente traer a colación el pronunciamiento expuesto por la Máxima Corporación Constitucional en sentencia C-435 de 2017, bajo la acción pública de constitucionalidad, en donde fue demandada la nulidad parcial del artículo 14 de la Ley 100 de 1993, concerniente al reajuste de pensiones según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, así:

*“Así, para decirlo de otra forma, pero con sus propias palabras, el actor entiende que el principio de favorabilidad también resulta aplicable a los pensionados “porque son trabajadores en receso [...] y, porque también, uno de los principios fundamentales del trabajo es la garantía de la seguridad social” y es precisamente a partir de esa consideración que concluye que “[e]n caso de duda en la medición del poder adquisitivo constante de las pensiones, porque no hay ley que establezca como se mide [...] debe aplicarse el método más favorable al pensionado”. Lo anterior, hasta el punto de que en su demanda **no sólo solicita declarar inexecutable el apartado demandado, según el cual las pensiones “se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior”, sino que incluso le pide a la Corte señalar que lo más favorable para el pensionado es “la medición del poder adquisitivo constante de las pensiones por el método de medición de la equivalencia de las pensiones en relación con el Salario Mínimo Legal Vigente”**[85], como si este fuese expresamente el mandato constitucional.*

(...)

Lo anterior pues, como también se ha explicado en la jurisprudencia constitucional, sin perjuicio de que toda pensión **“tiene como objetivo primordial proteger a las personas de la tercera edad, quienes por sus condiciones físicas, ya sea por razón de la edad o por enfermedad, se encuentran imposibilitados para obtener otra clase de recursos para su propia subsistencia y la de su familia”**, las personas cuya pensión no supera el valor del salario mínimo legal mensual vigente o que reciben una pensión mínima, como también se la ha denominado, “se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás”. **De tal forma que ellas también requieren de un incremento periódico mínimo que, precisamente, garantice también los fines del salario mínimo, como son “satisfacer no sólo sus propias necesidades sino también las de su familia, en el orden material, social, cultural, educativo”**

(...)

Siendo así, se tiene que en la norma demandada el legislador específicamente dispuso que el criterio o parámetro de actualización fuera el IPC en tanto que, como claramente explicó el DANE en su intervención, éste precisamente “es una estadística que mide la variación porcentual de los precios de un conjunto representativo de los bienes y servicios de consumo de los hogares del país”. Pero, simultáneamente, el legislador distinguió entre las pensiones superiores e inferiores al salario mínimo legal mensual vigente (SMLMV), estableciendo que únicamente éstas últimas se incrementarían en el mismo porcentaje que ese salario, “con el fin de que dicho ingreso conserve su poder adquisitivo y así pueda el beneficiario satisfacer sus necesidades básicas y llevar una vida digna”[94].

Lo anterior pues, como también se ha explicado en la jurisprudencia constitucional, sin perjuicio de que toda pensión **“tiene como objetivo primordial proteger a las personas de la tercera edad, quienes por sus condiciones físicas, ya sea por razón de la edad o por enfermedad, se encuentran imposibilitados para obtener otra clase de recursos para su propia subsistencia y la de su familia”**, las personas cuya pensión no supera el valor del salario mínimo legal mensual vigente o que reciben una pensión mínima, como también se la ha denominado, “se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás”. De tal forma que ellas también requieren de un incremento periódico mínimo que, precisamente, garantice también los fines del salario mínimo, como son “satisfacer no sólo sus propias necesidades sino también las de su familia, en el orden material, social, cultural, educativo”[95].

Por lo tanto, **se concluye que además de que la propia Constitución faculta al legislador a decidir, con autonomía política, de qué manera reajustar periódicamente el valor de las pensiones, de tal forma que no hay lugar aquí para la aplicación del principio de favorabilidad en materia laboral del que trata el artículo 53 superior, en todo caso los índices o referencias de actualización a los que acudió el legislador para actualizar las pensiones de forma diferenciada según su valor (IPC y SMLMV) tienen un origen, una explicación y unos propósitos diferentes, al mismo tiempo que se relacionan entre ellos de una forma particular.”**

(...)

Al mismo tiempo que, se reitera, el constituyente impuso al legislador el deber general de actualizar el monto de las pensiones para que fuesen consistentes con el fenómeno de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, pero no impuso un modelo específico de actualización, motivo por el cual el Congreso cuenta con un amplio margen de configuración para fijar las **fórmulas específicas a través de las cuales se materializa este deber genérico, sin que se encuentre obligado a acoger un esquema económico que, a juicio del accionante, resulte más favorable a los intereses de los pensionados entre todos los posibles.”**

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

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

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

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

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

*“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**”.* /Resaltado de la Sala/

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

Lógicamente, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario.

En consecuencia, conforme a los pronunciamientos jurisprudenciales citados, se tiene que la Constitución Política le otorgó al Legislador la autonomía de fijar el reajuste periódico de las pensiones, teniendo en cuenta el índice de precios al consumidor, parámetro que se adoptó obedeciendo a las satisfacciones de las necesidades del orden familiar, material, social, cultural y educativo, y con el fin de garantizar los fines del

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

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

salario mínimo, en aras de actualizar el monto de las pensiones y de contrarrestar el fenómeno de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

En ese orden de ideas, considera la Sala que no se encuentra demostrada la vulneración de los derechos invocados en la parte actora, dado que conforme a los presupuestos normativos y jurisprudenciales antes citados, se observa que **no** le asiste razón al accionante al indicar que el reajuste de las mesadas pensionales se deben realizar conforme al artículo 1 de la Ley 71 de 1989, esto es, conforme al salario mínimo, norma derogada por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, conforme lo ya dicho sin ambages por el Consejo de Estado; derogatoria que aplica por igual a quienes fueron pensionados antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, encuéntrense o no amparados por un régimen exceptuado.

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

4. Costas en segunda instancia.

Con base en el numeral 3 del artículo 365 numeral 1 del CGP, aplicable por virtud del precepto 188 de la Ley 1437 de 2011, no se impondrán costas a cargo de la parte vencida en el proceso, toda vez que no se observan actuaciones adelantadas por la parte accionada en esta instancia.

5. Consideración final.

En razón a que procesos similares al presente ya han sido decididos mediante sentencia por esta Corporación, la Sala ha procedido a dictar fallo dentro de este, por autorizarlo así el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, lo que hace también en aplicación de los principios de economía y celeridad.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

III. Falla

Primero: Se confirma la sentencia proferida proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, el 12 de diciembre de 2019, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda, en el proceso promovido en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, por la señora María Francisca Calvo Villada contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Segundo: Sin condena en costas.

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

Notifíquese y cúmplase

Discutida y aprobada en Sala de Decisión Ordinaria celebrada en la fecha.

Magistrada Ponente

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala 2ª. Oral de Decisión

Magistrada Ponente: Patricia Varela Cifuentes

Manizales, once (11) de febrero de dos mil veintidós (2022).

Radicado.	17-001-33-33-007-2018-00342-02
Clase:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante:	Rubén Darío Toro Correa
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Providencia:	Sentencia No. 12

Asunto

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales el 12 de diciembre de 2019, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. Antecedentes.

1. Pretensiones.

La parte demandante, mediante apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, solicita:

- Se declare la nulidad de la Resolución N° 7750-6 de 11 de octubre de 2017.
- Se declare que la parte actora pertenece al régimen exceptuado previsto en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, que su situación se halla cobijada por el régimen especial previsto para los docentes vinculados antes del 27 de junio de 2003, y por ende, que su pensión de jubilación debe ser reajustada anualmente con base en lo previsto en las Leyes 91 de 1989 y 71 de 1988.
- Se condene a la parte accionada a aplicar el porcentaje previsto en el artículo 8 ordinal 5° de la Ley 91 de 1989 para los descuentos en salud, equivalente al 5%, cesando los actuales aportes del 12%.

- Se disponga el reajuste pensional de manera retroactiva, aplicando lo previsto en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, esto es, con base en el incremento anual del salario mínimo y no el IPC.
- Se reintegren las sumas que han sido descontadas de su mesada pensional, superiores al 5% de las mesadas de julio y diciembre.
- Se paguen a la parte demandante las diferencias resultantes entre la mesada pensional reajustada y la que actualmente recibe.
- Se indexen las sumas reconocidas, y se condene en costas y agencias en derecho a la demandada.
- A título de pretensión subsidiaria, impetra que de llegar a considerarse por el Tribunal que su régimen pensional es el consagrado en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, se ordene reintegrar a favor del accionante lo descontado equivalente al 12% de las mesadas de junio y diciembre, se ordene cesar dichos aportes y se condene en costas a la accionada.

2. Hechos.

Se relataron los que a continuación se resumen:

- Se vinculó a la docencia oficial con anterioridad al 27 de junio de 2003, y al cumplir los requisitos de ley le fue reconocida pensión de jubilación, de la cual le han venido descontando el 12% de cada mesada pensional, incluidas las adicionales de junio y diciembre, con destino al sistema de salud.
- Pese a que en el acto de reconocimiento se dijo que el reajuste anual pensional se daría en virtud de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, dichos incrementos se han hecho conforme lo dispone el mandato 14 de la Ley 100 de 1993.
- Desde la promulgación de la Ley 100 de 1993, los incrementos anuales de las pensiones ordenados en el artículo 53 de la Carta Política vienen dándose con la aplicación del Índice de Precios al Consumidor (IPC), según lo consagrado en el canon 14 de dicho dispositivo legal.
- El 27 de septiembre de 2017 presentó solicitud ante la entidad demandada con el fin de que su pensión fuera incrementada conforme lo dispone el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, igualmente que el descuento con destino al sistema de salud se ajustara al 5% de cada mesada, peticiones negadas a través del acto demandado.

3. Normas violadas

Como disposiciones violadas se citaron las siguientes:

Se invocaron: Constitución Política, arts. 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29, 48, 53, 90, 121, 125 y 209 Ley 33 de 1985; Ley 91/89, art. 15, numeral 2 literal A; Ley 115 de 1994, art. 115; Ley 71/88, art. 1; Ley 100/93, art. 279; Ley 238 de 1995, art. 1; Ley 700 de 2001, art. 4; Ley 797 de 2003, art. 9; Ley 812 de 2003, art. 81; Ley 1151 de 2007, art. 160; Acto Legislativo 01 de 2005; Ley 1437 de 2011, art. 147.

Como juicio de la infracción, argumenta que con la decisión asumida por la demandada se atenta contra su derecho a mantener el poder adquisitivo de la mesada pensional, en la medida que las Leyes 71/88 y 238/95 disponen el ajuste periódico de las pensiones tomando como base el incremento que el gobierno nacional fije para el salario mínimo legal.

Añade que la llamada por pasiva viene ajustando las pensiones atendiendo lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, es decir, el IPC; no obstante, los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio están excluidos del régimen pensional general en virtud del canon 279 de la misma norma, lo que incide en que desde el año 1996, se estén dando incrementos inferiores al aumento del salario mínimo mensual legal vigente.

Respecto a los aportes en salud y el monto que ha de ser descontado, acota que el FNPSM toma como excusa el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 para incrementar el porcentaje de cotización al sistema, sin atender las precisiones que deben hacerse dependiendo de la vinculación al servicio docente. Agrega que con la aplicación de manera indistinta de normas generales y especiales, se ha creado un tercer régimen no previsto por el legislador, en contravía del postulado 53 Superior.

4. Contestación de la demanda.

Las demandadas guardaron silencio.

5. Sentencia de Primera Instancia

El a quo negó las pretensiones de la parte demandante. Para ello analizó el régimen normativo aplicable a los descuentos para salud de las mesadas de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio concluyendo que, la remisión a las normas de la Ley 100 de 1993 se contrae al valor de la tasa de cotización que los

docentes afiliados al fondo deben hacer por concepto de salud. Que de conformidad con el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, la cotización al régimen contributivo de salud es del 12% del ingreso o salario base de cotización.

En cuanto a los descuentos sobre las mesadas adicionales señaló que, si la vinculación del docente es anterior al 27 de junio de 2003 deben realizarse los descuentos sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, pero si el docente pensionado se vinculó después de esta fecha no son procedentes los descuentos. Que la parte demandante se vinculó con el Magisterio antes del 27 de junio de 2003 y por ello resultan procedentes los descuentos que se vienen realizando en las mesadas adicionales.

En cuanto al incremento anual de las pensiones con fundamento en el salario mínimo señaló que éste está dado únicamente para las pensiones que se otorgan con ese rango constitucional. Estima que el reajuste de la pensión con fundamento en el Índice de Precios al Consumidor (IPC) no vulnera los postulados del Estado Social de Derecho ni el principio de favorabilidad previsto en el artículo 53 de la Constitución Política. Expuso que para el caso bajo examine, se debe incrementar la pensión conforme a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993. (fls. 59 Vltto - 71, C. 1)

6. Recurso de Apelación

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte demandante apeló la sentencia de primera instancia al considerar que, el objeto de la demanda era obtener el incremento de la mesada pensional conforme al salario mínimo dentro del régimen exceptuado y determinar la fórmula de incremento más favorable conforme a la posibilidad otorgada por el artículo 1° de la Ley 238 de 1995. A su juicio, la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 a los regímenes exceptuados, se condicionó a que ello implicara un beneficio para el pensionado, situación que no ocurre con las pensiones reconocidas conforme a la Ley 33 de 1985, a las cuales les resulta más beneficioso la aplicación del artículo 1 de la Ley 71 de 1988 en tanto contempla un incremento de acuerdo con el aumento anual del salario mínimo legal mensual vigente; y no de acuerdo al IPC como se prevé en la Ley 100 de 1993.

Respecto de los aportes en salud consideró que, en el caso de los docentes vinculados al servicio estatal antes del 27 de junio de 2003 que se encuentran pensionados por el FNPSM, el descuento de la cotización del 5% para la salud se hace sobre cada mesada pensional incluidas las adicionales; en el caso de docentes vinculados a partir del 27 de junio de 2003 que se encuentran pensionados por el referido fondo, la cotización del 12% para salud se descuenta de la respectiva mesada pensional mensual y no de las mesadas adicionales. Considera que aplicar el 12% de descuento para el sistema de

salud sobre las mesadas adicionales, desconoce el principio de indivisibilidad en la aplicación de los regímenes pensionales; es decir, que el tomar elementos de uno y otro régimen – de la Ley 812 de 2003 y de la Ley 91 de 1989 – para resolver un mismo aspecto – descuentos en salud respecto de la pensión de afiliados al FNPSM – implica la creación de un tercer régimen. (fls. 80-91, C. 1)

7. Alegatos de conclusión segunda instancia.

Las partes guardaron silencio.

II. Consideraciones

Atendiendo a lo planteado por la parte apelante y a lo expuesto en el fallo de primer grado, los problemas jurídicos a resolver en el presente asunto se contraen a la dilucidación de los siguientes interrogantes:

- *¿Le asiste derecho a la parte demandante al reajuste periódico de la pensión de jubilación con base en el incremento del salario mínimo mensual legal vigente, según lo establece la Ley 71 de 1988?*
- *¿Qué porcentaje debe aplicarse sobre la mesada pensional de la parte actora, para realizar el descuento con destino al sistema de salud?*
- *¿Tiene derecho la parte actora a que no se le realicen los descuentos con destino al sistema de salud sobre las mesadas adicionales de su pensión ordinaria de jubilación?*

1. Ajuste periódico de las pensiones.

El artículo 53 de la Carta Política establece un mandato dirigido a la protección de los ingresos de los pensionados, a través del mantenimiento del poder adquisitivo de las mesadas pensionales:

“ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad

y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

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

Este cometido constitucional encuentra desarrollo en diversos instrumentos de índole legal, incluso, se encuentra previsto en diferentes disposiciones anteriores a la Carta Política de 1991. Verbigracia, el canon 1 de la Ley 4ª de 1976¹ disponía:

“Artículo 1º. - Las pensiones de jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, y en el sector privado, así como las que paga el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales a excepción de las pensiones por incapacidad permanente parcial, se reajustarán de oficio, cada año, en la siguiente forma:

Cuando se eleve el salario mínimo mensual legal más alto, se procederá como sigue: con una suma fija igual a la mitad de la diferencia entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, más una suma equivalente a la mitad del porcentaje que represente el incremento entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, esto último aplicado a la correspondiente pensión”.

Posteriormente, los parámetros para la actualización del valor de las pensiones fueron modificados por el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, por cuyo ministerio:

“ARTICULO 1o. *Las pensiones a que se refiere el artículo 1o. de la Ley 4a. de 1976, las de incapacidad permanente parcial y las compartidas, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que sea incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.*

PARAGRAFO. *Este reajuste tendrá vigencia simultánea a la que se fija para el salario mínimo” /Destaca la Sala/.*

En análogos términos, el Decreto 1160 de 1989 reiteró el mandato de reajuste pensional tomando como parámetro el incremento del salario mínimo decretado por el Gobierno Nacional:

“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

¹ “Por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones”.

simultánea con el salario mínimo legal, en el mismo porcentaje en que éste sea incrementado por el Gobierno Nacional”.

Con la promulgación de la Ley 100 de 1993, se introdujo un cambio en el parámetro de aumento periódico de las mesadas pensionales, dependiendo del valor de la misma, pues una es la regla aplicable cuando la pensión es equivalente al valor del salario mínimo mensual legal vigente, y otra cuando es superior a dicho guarismo. Al respecto, el artículo 14 de dicho esquema disposicional prevé:

“Artículo 14. 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.” /Resaltado del Tribunal/.

La norma en mención fue objeto de estudio de constitucionalidad, cuyo resultado fue la exequibilidad, declarada mediante la Sentencia C-387 de 1994², de la cual la Sala destaca en lo pertinente, lo siguiente:

“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.

(...) Así las cosas, no le asiste razón al demandante, pues no es posible afirmar con certeza cuál de los dos sistemas podría resultar más benéfico para el pensionado, ya que ello dependerá del comportamiento que presente cada uno de esos factores a través del tiempo, de manera que habrá ocasiones en que el índice de precios al consumidor sea superior al porcentaje en que se incremente el salario mínimo, y en otras, éste sea inferior a aquél, o pueden existir casos en que los dos sean iguales.

De otra parte, estima la Corte pertinente agregar que la Constitución al consagrar el derecho al reajuste periódico de las pensiones (art. 53 inc. 2o.), no señala la proporción en que éstas deben incrementarse, como tampoco la oportunidad o frecuencia en que debe llevarse a cabo, quedando en manos del legislador la regulación de estos aspectos, como en efecto lo hace la norma parcialmente impugnada” /Destacado del Tribunal/.

² MP. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

Por su parte, el Consejo de Estado³ se pronunció sobre la vigencia del artículo 1 de la Ley 71 de 1988 y el alcance de la fórmula del incremento pensional consagrado en la Ley 100 de 1993:

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

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

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” /Subrayas fuera del texto/.

Por otra parte, uno de los argumentos en los que insiste la parte actora en su recurso de apelación se entrelaza con el principio de favorabilidad en materia pensional, que a su juicio, legitima la aplicación del incremento pensional con el aumento del salario mínimo legal mensual vigente, previsto en la Ley 71 de 1988. En punto a este raciocinio, la Corte Constitucional se pronunció en la Sentencia C-425 de 2017⁴ esbozando:

“ (...) 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,

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, M.P. William Hernández Gómez, 17 de agosto de dos mil diecisiete (2017) Rad. 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14).

⁴ M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior”, sino que incluso le pide a la Corte señalar que lo más favorable para el pensionado es “la medición del poder adquisitivo constante de las pensiones por el método de medición de la equivalencia de las pensiones en relación con el Salario Mínimo Legal Vigente”[85], como si este fuese expresamente el mandato constitucional

(...) 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 de las 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” /Resaltados del Tribunal/.

Finalmente, es claro que los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM) se hallan excluidos del régimen pensional general previsto en la Ley 100 de 1993 en virtud del expreso mandato del artículo 279 de esa norma⁵, no obstante, este mandato legal debe leerse en armonía con el canon 1 parágrafo 4 de la Ley 238 de 2005, que reza:

“ARTÍCULO 1o. Adiciónese al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, con el siguiente parágrafo: (...)

“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”./Resaltado de la Sala/

Recogiendo los elementos presentes en el marco normativo y jurisprudencial reproducido en las líneas que anteceden, los cuestionamientos vertidos por la parte demandante contra el fallo de primer grado, y con ellas las súplicas de la demanda, no encuentran eco de prosperidad, por diversas razones.

⁵ “(…) 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. (...)” /Subrayado de la Sala/.

De un lado, la jurisprudencia constitucional justifica el establecimiento de un marco diferencial de protección a las personas que devengan pensiones cuyo valor es equivalente a un (1) salario mínimo mensual, respecto a aquellos pensionados que devengan una mesada superior, como medida positiva encaminada a lograr el mandato de igualdad real y efectiva (art. 13 C.P.). En todo caso, la Corte deja en claro que el salario mínimo y el I.P.C. responden a factores y realidades diferentes, no siempre predecibles, por lo que no puede realizarse un juicio de comparación puro y simple entre ambos.

Adicional a ello, es de suma importancia resaltar que el canon 53 de la Carta, al paso que consagra el mandato de incremento periódico de las pensiones de tal forma que mantengan su poder adquisitivo, no sujeta este postulado a un método específico, dejando en manos del legislador la materialización de este cometido, lo cual precisamente ocurre con el artículo 14 de la Ley 100/93, expedido en uso de la libertad de configuración que sobre el particular le asiste al Congreso de la República.

Justamente, al referirse a dicho texto legal, tanto la Corte Constitucional como el supremo órgano de lo contencioso administrativo son contestes en aludir que el artículo 1 de la Ley 71 de 1988 ha de entenderse derogado por el canon 14 de la Ley 100/93, incluso, respecto a quienes obtuvieron su derecho pensional con anterioridad a aquella disposición, todo ello bajo el entendido de que el porcentaje de incremento o reajuste pensional anual no constituye un derecho adquirido.

Bajo esta óptica, ha de concluirse que si bien los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 cuentan con un régimen pensional especial y diferente al general consagrado en la Ley 100 de 1993, de ello no se sigue que al amparo de este régimen puedan acudir a la Ley 71/88 para obtener un incremento pensional anual diferente al vigente, pues este aspecto no integra el régimen pensional propiamente dicho.

Ante este panorama, tampoco resulta de recibo el argumento relacionado con el principio de favorabilidad, pues existe una disposición expresa sobre la forma en la que proceden los aumentos pensionales, y la existencia de aumentos pensionales con base en el salario mínimo únicamente se justifica en el caso de las pensiones cuyo monto equivale a este salario.

Así las cosas, abordados los pormenores del caso, resulta evidente que la pensión reconocida por el FNPSM a favor del señor Rubén Darío Toro Correa supera el valor del salario mínimo legal mensual vigente /fl. 40 cdno. 1/, por lo que la entidad demandada, al negar el incremento pretendido al tenor del artículo 1 de la Ley 71 de

1988 se ajustó plenamente al ordenamiento jurídico, lo que derivaba en una decisión negativa frente a las pretensiones de la demanda, como en efecto ocurrió.

2. Descuentos con destino al sistema de salud.

El principio de solidaridad constituye uno de los pilares del Sistema General de Seguridad Social tanto en salud como en pensiones, y de él se derivan algunas obligaciones de los afiliados, como lo es contribuir a su financiación a través de aportes (art. 48 C.P.). En el mismo sentido se encuentra concebido el servicio de salud en el canon 49 constitucional, soportado en la solidaridad como elemento medular de su prestación.

En relación con los pensionados, la Ley 100 de 1993 los cataloga como afiliados con capacidad de pago, por lo que se encuentran en el régimen contributivo del sistema de salud (art. 175, lit. A, num. 1), incluso, el canon 143 de ese esquema disposicional establece que quienes hayan obtenido el reconocimiento pensional antes de la entrada en vigencia de la norma, tendrían derecho al reajuste mensual según la tasa de cotización en salud, además, instituye que la obligación de cotizar en salud se halla en cabeza de los pensionados en su totalidad.

Al pronunciarse sobre la obligación de los pensionados de cotizar con destino al sistema de salud, la Corte Constitucional⁶ expresó:

“(...) Entonces, incluso los regímenes de excepción tienen el deber de cotizar al Sistema General de Seguridad Social, para la prestación de los servicios médico asistenciales, situación que no varió con la expedición de la Ley 100 de 1993. Esto encuentra respaldo en el principio de solidaridad que caracteriza este sistema. Así en las sentencias C-1000 de 2007, la Corte reiteró la posición de la obligación de cotizar al Sistema, señalada en la C-548 de 1998 y sobre los aportes que deben efectuar los pensionados señaló:

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

En conclusión todo pensionado debe contribuir a la sostenibilidad y eficiencia del sistema General de Salud, no sólo para recibir los distintos beneficios, sino para financiar el sistema en su conjunto, colaborando con sus aportes a la prestación de la asistencia médica de todas las personas que pertenecen al régimen subsidiado, en desarrollo del principio de solidaridad consagrado en la Constitución. (...) /Resalta el Tribunal/”.

⁶ Sentencia T-835 de 2014.

En cuanto al monto sobre el cual se deben realizar los aportes en salud, las normas anteriores a la Ley 100 de 1993 contenían porcentajes que regularmente equivalían al 5%, como ocurría en el caso de la Ley 4ª de 1966 para el caso de los pensionados de la extinta Caja Nacional de Previsión Social – CAJANAL. En el mismo sentido, el Decreto 3135 de 1968 dispuso:

"A los pensionados por invalidez, jubilación y retiro por vejez se les prestará por la entidad que les pague la pensión, asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria. Para este efecto el pensionado cotizará mensualmente un cinco por ciento (5%) de su pensión".

En el caso de los educadores, la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que tiene como uno de sus objetivos garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales de los profesores, y en el artículo 8 de la citada ley se establece que esta cuenta se halla constituida, entre otros, por *'El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados'*.

Sin embargo, el porcentaje fue modificado con posterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003, que introdujo modificaciones sustanciales al régimen pensional docente.

En el artículo 81 de esta norma prescribe:

"ARTÍCULO 81. *El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.*

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

Los servicios de salud para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán prestados de conformidad con la Ley 91 de 1989, las prestaciones correspondientes a riesgos profesionales serán las que hoy tiene establecido el Fondo para tales efectos.

El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. *La distribución del*

monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones” /Subraya el Tribunal/.

En atención a la remisión normativa de que trata el canon citado, la Ley 100 de 1993, artículo 204, consagra el monto de las cotizaciones con destino al sistema de salud a cargo de los afiliados, así:

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

Debe anotarse que esta preceptiva fue objeto de dos modificaciones relacionadas con el valor o monto de las cotizaciones al sistema de salud, de la siguiente manera:

(i) Mediante la Ley 1122 de 2007, artículo 10, la cotización al régimen contributivo en salud a partir del 1º de enero de 2007 pasó a ser ‘del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado’.

(ii) Luego, la Ley 1250 de 2008 adicionó el canon 204 de la Ley 100/93 al prescribir que ‘La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional’.

De igual manera, el deber de cotizar al sistema de salud en cabeza de los pensionados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM), así como el monto de los aportes, fue objeto de pronunciamiento por el Consejo de Estado⁷ como pasa a verse a continuación:

“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

⁷ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda -Subsección B- Consejero ponente: César Palomino Cortés-, diez (10) de mayo de dos mil dieciocho (2018) -Radicación número: 68001-23-31-000-2010-00624-01(0340-14)

subsistema de seguridad social en salud, una de las obligaciones de los afiliados es justamente efectuar las cotizaciones. (Artículo 161 Ley 100 de 1993). Lo propio hizo el artículo 8º de la Ley 91 de 1989, respecto del personal afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que incluye también a los pensionados. (Pensión ordinaria) (...)

6.2. Afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Ley 91 de 1989 artículo 8-5	5%
Ley 812 de 2003, 8, artículo 81	El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.

Así las cosas, la cotización para salud del sistema general de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, es el mismo porcentaje del régimen general (...) /Subrayado del Tribunal/.

A voces de las normas parcialmente reproducidas, el ordenamiento constitucional atribuye a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social – *entre ellos los pensionados*- el deber de materializar el principio de solidaridad a través de los aportes o cotizaciones destinados a generar su viabilidad financiera. Así mismo, aun cuando la Ley 91 de 1989 originalmente previó un porcentaje del 5% como monto de la cotización, este asciende en la actualidad al 12%, en virtud de la modificación introducida por la Ley 812 de 2003, que remite a los mandatos de orden pensional general.

Finalmente, en lo que atañe a los descuentos sobre mesadas adicionales, estos están previstos en la Ley 91/89, según la cual el FNPSM se halla constituido, entre otros recursos, por *'El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados'*, disposición que goza de plena vigencia en la medida que no ha sido objeto de derogatoria, bien sea tácita o expresa.

En este sentido, aun cuando la Ley 100 de 1993 no contempla la realización de descuentos sobre las mesadas adicionales, la Ley 91 de 1989 –*régimen especial para los docentes afiliados al FNPSM*- sí contiene dicha obligación, por lo que la extensión del régimen de cotizaciones de la Ley 100/93 a los profesores ha de entenderse exclusivamente ceñida al aumento del monto de la cotización (del 5% al 12%), y no

⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-529 de 23 de junio de 2010

conlleve la derogatoria del canon 8 de la Ley 91/89, en cuanto prescribe que tales mesadas serán objeto de aportes con destino al sistema de salud.

Finalmente, el Tribunal trae a colación los planteamientos esbozados por el Consejo de Estado⁹ al abordar las pretensiones de devolución de aportes realizados sobre las mesadas adicionales de un pensionado afiliado al FNPSM:

“(…) A partir de lo anterior, esta Sala advierte, en síntesis, que el tribunal, señaló que aunque la Ley 812 de 2003 gobierna el monto de las cotizaciones a salud de los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es necesario remitirse a la Ley 91 de 1989, en lo que toca con la posibilidad de efectuar dichos descuentos sobre las mesadas adicionales.

En ese sentido, consideró viable el descuento por salud sobre la mesada catorce percibida por la accionante, por cuanto, aunque las Leyes 42 de 1982 y 43 de 1984, prohibían descuento alguno sobre las mesadas adicionales, en su criterio, estas normas fueron derogadas tácitamente por la Ley 91 de 1989, por haber sido expedida de forma posterior, la cual, contempló dichos descuentos sobre las mesadas adicionales, inclusive.

En esta perspectiva, advierte la Sala que el análisis normativo efectuado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca es razonable, toda vez que se sustentó en la vigencia de las normas relevantes al asunto puesto en consideración, por lo que no es posible colegir que la providencia judicial cuestionada constituya un error sustantivo.” /Subraya el Tribunal/.

Por modo, aun cuando los descuentos sobre las mesadas adicionales no se encuentren previstos de manera explícita en la Ley 812 de 2003, la Sala es del criterio que dicha obligación no ha cesado, pues en atención al principio de solidaridad que informa todo el Sistema de Seguridad Social, los descuentos por este concepto se avienen al ordenamiento jurídico.

En conclusión, el acto demandado se ajusta a la legalidad en tanto dispone realizar los descuentos previstos expresamente en la Ley 91 de 1989 sobre las mesadas adicionales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, obligación que les asiste a los educadores por disposición de la norma en mención, y que no ha de entenderse suprimida, cesada o derogada por el hecho de que la Ley 812 de 2003 no haya reproducido de manera expresa dicho contenido.

Por ende, se confirmará la sentencia de primer grado.

3. Costas.

No se impondrá condena en costas en esta instancia pues no se observa que las mismas se hayan causado en esta instancia.

⁹ Sentencia de 14 de septiembre de 2017.

4. Consideración final.

En razón a que procesos similares al presente ya han sido decididos mediante sentencia por esta Corporación, la Sala ha procedido a dictar fallo dentro de este, por autorizarlo así el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, lo que hace también en aplicación de los principios de economía y celeridad.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

III. Falla

Primero: Se confirma la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales el 12 de diciembre de 2019, mediante la cual se negaron las pretensiones de la parte demandante en el proceso promovido en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho por el señor Rubén Darío Toro Correa contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Segundo: Sin condena en costas en esta instancia.

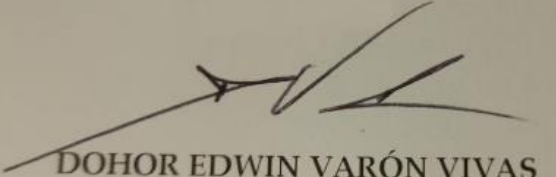
Tercero: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

Notifíquese y cúmplase

Discutida y aprobada en Sala de Decisión Ordinaria celebrada en la fecha.



Magistrada Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCER DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 030

Manizales, once (11) de febrero de dos mil veintidós (2022)

Proceso No. 17001-33-39-005-2018-00421-00
Clase: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante: María Amparo Gallego De Los Ríos
Accionado: Nación - Ministerio De Educación – Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio

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

I. Antecedentes

1. La Demanda

1.1. Pretensiones

Se declare la nulidad de la Resolución 8037-6 del 18 de octubre de 2017 emitida por la Secretaria de Educación del departamento de Caldas en representación del FNPSM. En consecuencia se ordene a las demandadas: aplicar el descuento para aportes al sistema de salud en cuantía del 5%; reintegrar el monto los porcentajes descontados en exceso y reajustar las mesadas anuales con base en el artículo 1º de la ley 71 de 1988, es decir en porcentaje igual al aumento del salario mínimo legal mensual y de manera retroactiva al año en que se consolidó el derecho; se ordene la indexación de los valores a reintegrar, al pago de los intereses y costas del proceso.

Subsidiariamente solicitó se ordene el reintegro de los valores descontados de las mesadas de junio y diciembre correspondientes al 12% de la mesada pensional de manera retroactiva, indexada y con intereses y se ordene cesar los descuentos de las mesadas de junio y diciembre con destino al sistema de salud.

1.2. Sustento fáctico relevante

En síntesis expresa que, en el acto administrativo de reconocimiento de la pensión de jubilación, las demandadas dispusieron efectuar descuentos con destino al sistema de salud, equivalentes al 12%, los cuales vienen siendo descontados no solo de las mesadas ordinarias,

sino de las adicionales (de junio y diciembre, esta última que se cancela en noviembre de cada año); que además se consagró que la pensión sería reajustada anualmente conforme al artículo 1º de la ley 71 de 1988, no obstante la mesada se ha venido incrementando de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

Que solicitó al FNPSM la aplicación de descuentos sólo del 5% y la devolución de los aportes pagados en exceso, así como el reajuste conforme a la ley 71 de 1988, petición que fue negada a través de la Resolución demandada.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

Invocó como normas vulneradas entre otras, la Ley 71/88; Ley 91/89; Ley 100/93; Ley 812/03; Ley 797/03; Ley 1151/07. Consideró que, los docentes afiliados al FNPSM no se hallan obligados a pagar los aportes en salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre (también llamadas mesadas 13 y 14); además el FNPSM en ocasiones inaplica las normas en mención mientras que en otros casos las aplica de manera indebida, contrariando su verdadero alcance y la hermenéutica jurisprudencial.

Añade que, se aplica indebidamente el artículo 81 de la Ley 812 de 2013 en lo referente a la tasa de cotización para servicios de salud, pues debe ser del 5% conforme el artículo 8 de la ley 91 de 1989 que es norma especial. En virtud del principio de inescindibilidad de la ley, no se pueden aplicar concomitantemente dos regímenes y por ello se equivoca la demandada a la aplicar a los docentes la ley 100 de 1993.

2. Pronunciamiento de los sujetos procesales

La Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales Del Magisterio: señaló frente a los hechos que son ciertos, sin embargo, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda. Efectuó un recuento normativo de la Ley 91 de 1989, y Ley 812 de 2003 y demás normas concordantes para explicar el cambio normativo que se presentó con relación al monto de los aportes en salud a cargo de los docentes pensionados, y la obligación de la entidad que representa de aplicar en su integridad las normas pertinentes al caso.

Propuso las excepciones denominadas: *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN O COBRO DE LO NO DEBIDO”*: expresó que la entidad que representa reconoció la pensión de jubilación de la demandante y ha efectuado los ajustes anuales y descuentos en salud correspondientes de conformidad con las normas vigentes y aplicables al caso concreto, por lo que sus derechos laborales se encuentran satisfechos y en consecuencia el acto demandado no vulnera las disposiciones alegadas. - *“PRESCRIPCIÓN”*: Expresó que a pesar de que su representada no vulneró ni desconoció mandatos legales, no obstante en caso de existir una remota posibilidad de que el despacho condene a su representada, solicitó se declare la prescripción de las mesadas causadas con tres años de anterioridad a la presentación de la demanda de acuerdo con lo establecido en el art. 102 del Decreto 1848 del 04 de noviembre de 1969. - *“RECONOCIMIENTO OFICIOSO GENÉRICA”*: solicitó que se declare oficiosamente por el Juez cualquier excepción que resulte probada dentro del proceso.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* negó las pretensiones de la parte demandante; para ello señaló que, no le asiste razón a la parte demandante en cuanto a la aplicación del art. 8° de la ley 91 de 1989 en lo relacionado con el porcentaje de descuento de aportes en salud sobre la mesada (del 5%), , encontrándose vigente para tales efectos la aplicación del art. 81 de la ley 812 de 2003, que indica que el descuento por aportes en salud sobre la mesada de los docentes es el 12%.

Que la finalidad de dicha modificación normativa fue mantener el poder adquisitivo del dinero, resaltándose en todo caso que la disposición anterior no constituye un derecho adquirido para los docentes que se hubieren vinculado con anterioridad a la vigencia de la ley 812, encontrándose facultado el legislador para modificar los parámetros de liquidación de los aportes en seguridad social, velando en todo caso por la sostenibilidad financiera de dicho sistema.

Frente a la pretensión subsidiaria alusiva a que se devuelvan los aportes en salud descontados de las mesadas adicionales de junio y diciembre y no se sigan efectuando dichos descuentos, señaló que tampoco es procedente bajo el entendido que la norma prohíbe el descuento de créditos, emolumentos, aportes y demás conceptos no relacionados con los aportes en seguridad social, entendiéndose de ante mano que estos últimos no se descuentan por capricho o mera liberalidad sino como parte de la obligatoriedad del pensionado de aportar al sistema para la prestación de su servicio de salud y demás prestaciones asistenciales que brinda el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Que además no se advierte la vulneración al principio de favorabilidad dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política con la aplicación de la ley 100 de 1993 respecto de los aportes en salud de los docentes pensionados, pues, la norma es clara en establecer que deben descontarse los aportes en salud en un porcentaje del 12%, norma aplicable aún para aquellos sectores exceptuados y enunciados en el artículo 279 de la misma ley , sin que haya lugar a realizar una interpretación diferente a lo dispuesto en la norma, reiterando que con la expedición de la ley 100 de 1993 , quedó derogado de forma tácita el artículo 8 de la Ley 91 de 1989.

4. Recurso de apelación

La **parte actora** solicitó revocar la sentencia y acceder a sus pretensiones; precisó inicialmente sobre la *indebida aplicación del precedente jurisprudencial*, por parte del *a quo*, toda vez que no corresponde a idénticos hechos, fundamentos de derecho y pretensiones en relación con el convocado; por tanto la providencia carece de los presupuestos procesales previstos en los artículos 162, 187 de la Ley 1437 de 2011, como quiera que “... *el objeto real del litigio fue determinar la fórmula aplicable para el incremento del debate corresponde al incremento de la pensión de jubilación de los docentes dentro del régimen exceptuado del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 1° 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 1° de la Ley 238 de 1995*”.

Se refirió a los alcances de la Ley 238 de 1995, en el sentido que no pretendió modificar el sistema actualizado pensional de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio; toda vez, que la disposición busca recuperar el poder adquisitivo de las pensiones y en el caso de los docentes se mantuviera, aplicando el régimen especial.

Aludió a los reajustes prestacionales aplicados a los miembros de la Fuerza Pública, afiliados a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional; y con apoyo en los pronunciamientos jurisprudenciales, de la Sección Segunda del Consejo de Estado, precisó, que este sector, como los docentes del Magisterio, son exceptuados de la Ley 100 de 1993; pero en caso, de ser el régimen general más beneficioso se le puede aplicar la Ley 238 de 1995, bajo el principio de favorabilidad.

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

Solicitó que, al no encontrarse los beneficios otorgados en el régimen general de pensiones, resulta ilegal para las pensiones otorgadas dentro del régimen exceptuado docente, la aplicación de la fórmula del artículo 14 de la Ley 100 de 1993; por tanto, se debe declarar la nulidad del acto demandado otorgando un incremento pensional conforme al artículo 1 de la Ley 71 de 1988, mismo que no figura dentro de las derogatorias expresas del artículo 289.

Respecto de los aportes en salud citó apartes de las sentencias T-348 de 1997; C-956 de 2001 y C-980 de 2002, según las cuales en caso de los docentes vinculados al servicio estatal antes del 27 de junio de 2003 que se encuentran pensionados por el FNPSM el descuento de la cotización del 5% para la salud se hace sobre cada mesada pensional incluida las adicionales; en el caso de docentes vinculados a partir del 27 de junio de 2003 que se encuentra en pensionados por el referido fondo, la cotización del 12% para salud se descuenta de la respectiva mesada pensional mensual y no de las mesadas adicionales.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia y procedencia

Conforme al artículo 153 del CPACA¹, es competente el Tribunal para resolver el recurso de apelación. Además, es procedente por cuanto: *“Son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales y de los Jueces”*, en virtud de lo dispuesto por el artículo 243 Ibidem.

2. Problema jurídico

Al analizar la sentencia de instancia y el escrito de impugnación, el asunto jurídico a resolver se centra en dilucidar si: *¿Le asiste derecho a la parte actora a que se aplique el descuento para aportes*

¹ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

al sistema de salud en cuantía del 5%; cesar el descuento actual del 12% y a que se reintegre el monto los porcentajes descontados en exceso?

3. Tesis del Tribunal

A la parte demandante no le asiste derecho a que se aplique el descuento para aportes al sistema de salud en cuantía del 5%; cesar el descuento actual del 12% y a que se reintegre el monto los porcentajes descontados en exceso, toda vez que, aun cuando la Ley 91 de 1989 originalmente previó un porcentaje del 5% como monto de la cotización, este asciende en la actualidad al 12%, en virtud de la modificación introducida por la Ley 812 de 2003, que remite a los mandatos de orden pensional general.

Además, los descuentos sobre mesadas adicionales se hallan previstos en la Ley 91/89, según la cual el FNPSM se halla constituido, entre otros recursos, por *'El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados'*, disposición que goza de plena vigencia en la medida que no ha sido objeto de derogatoria.

Para fundamentar lo anterior se abordarán los siguientes aspectos: i) el fundamento jurídico sobre los descuentos con destino al sistema de salud; ii) los hechos probados y el análisis del caso concreto.

4. Descuentos con destino al sistema de salud

El principio de solidaridad constituye uno de los pilares del Sistema General de Seguridad Social tanto en salud como en pensiones, y de él se derivan algunas obligaciones de los afiliados, como lo es contribuir a su financiación a través de aportes (art. 48 C.P.). En el mismo sentido se encuentra concebido el servicio de salud en el canon 49 constitucional, soportado en la solidaridad como elemento medular de su prestación.

En relación con los pensionados, la Ley 100 de 1993 los cataloga como afiliados con capacidad de pago, por lo que se encuentran en el régimen contributivo del sistema de salud (art. 175, lit. A, núm. 1), incluso, el canon 143 de ese esquema disposicional establece que quienes hayan obtenido el reconocimiento pensional antes de la entrada en vigor de la norma, tendrían derecho al reajuste mensual según la tasa de cotización en salud, además, instituye que la obligación de cotizar en salud se halla en cabeza de los pensionados en su totalidad.

Al pronunciarse sobre la obligación de los pensionados de cotizar con destino al sistema de salud, la Corte Constitucional² expresó:

"(...) Entonces, incluso los regímenes de excepción tienen el deber de cotizar al Sistema General de Seguridad Social, para la prestación de los servicios médico asistenciales, situación que no varió con la expedición de la Ley 100 de 1993. Esto encuentra respaldo en el principio de solidaridad que caracteriza este sistema. Así en la sentencia C-1000 de 2007, la Corte reiteró la

² Sentencia T-835 de 2014.

posición de la obligación de cotizar al Sistema, señalada en la C-548 de 1998 y sobre los aportes que deben efectuar los pensionados señaló:

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

En conclusión, todo pensionado debe contribuir a la sostenibilidad y eficiencia del sistema General de Salud, no sólo para recibir los distintos beneficios, sino para financiar el sistema en su conjunto, colaborando con sus aportes a la prestación de la asistencia médica de todas las personas que pertenecen al régimen subsidiado, en desarrollo del principio de solidaridad consagrado en la Constitución.... (Resalta el Tribunal).

En cuanto al monto sobre el cual se deben realizar los aportes en salud, las normas anteriores a la Ley 100 de 1993 contenían porcentajes que regularmente equivalían al 5%, como ocurría en el caso de la Ley 4ª de 1966 para el caso de los pensionados de la extinta Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal. En el mismo sentido, el Decreto 3135 de 1968 dispuso: “A los pensionados por invalidez, jubilación y retiro por vejez se les prestará por la entidad que les pague la pensión, asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria. Para este efecto el pensionado cotizará mensualmente un cinco por ciento (5%) de su pensión”.

En el caso de los educadores, la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FNPSM, que tiene como uno de sus objetivos garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales de los profesores, y en el artículo 8 de la citada ley se establece que esta cuenta se haya constituida, entre otros, por ‘El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados’.

Sin embargo, el porcentaje fue modificado con posterioridad con la expedición de la Ley 812 de 2003, que introdujo modificaciones sustanciales al régimen pensional docente. En el artículo 81 esta norma prescribe:

“ARTÍCULO 81. RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES. *El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.*

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

Los servicios de salud para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán prestados de conformidad con la Ley 91 de 1989, las prestaciones

correspondientes a riesgos profesionales serán las que hoy tiene establecido el Fondo para tales efectos.

El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. *La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones” (Subraya el Tribunal).*

En atención a la remisión normativa de que trata el canon citado, la Ley 100 de 1993 consagra el monto de las cotizaciones con destino al sistema de salud a cargo de los afiliados en el artículo 204, por cuyo ministerio: *“(…) La cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al sistema general de seguridad social en salud según las normas del presente régimen, será máximo del 12% del salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. Dos terceras partes de la cotización estarán a cargo del empleador y una tercera parte a cargo del trabajador. Un punto de la cotización será trasladado al fondo de solidaridad y garantía para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado” (Se resalta).*

Debe anotarse que esta preceptiva fue objeto de dos modificaciones relacionadas con el valor o monto de las cotizaciones al sistema de salud, de la siguiente manera:

(i) Mediante la Ley 1122 de 2007, artículo 10, la cotización al régimen contributivo en salud a partir del 1º de enero de 2007 pasó a ser *‘del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado’.*

(ii) Luego, la Ley 1250 de 2008 adicionó el canon 204 de la Ley 100/93 al prescribir que *‘La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional’.*

De igual manera, el deber de cotizar al sistema de salud en cabeza de los pensionados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FNPSM, así como el monto de los aportes, fue objeto de pronunciamiento por el Consejo de Estado³, que en reciente oportunidad puntualizó:

“Del análisis de la normatividad referida [artículos 2 de la Ley 4 de 1966 y 8.5 de la Ley 91 de 1989 que tratan del descuento del 5% para el Fondo incluidas las mesadas adicionales], se evidencia que el legislador, sentó para todos los afiliados a la Caja Nacional forzosos y voluntarios e incluidos los pensionados la obligación de cotizar para salud, deber que también opera para los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales. Actualmente, con el sistema de seguridad social integral previsto en la Ley 100 de 1993, del cual hace parte el subsistema

³ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda -Subsección B- Consejero ponente: César Palomino Cortés-, 10 de mayo de 2018 -Radicación: 68001-23-31-000-2010-00624-01(0340-14)

de seguridad social en salud, una de las obligaciones de los afiliados es justamente efectuar las cotizaciones. (Artículo 161 Ley 100 de 1993). Lo propio hizo el artículo 8º de la Ley 91 de 1989, respecto del personal afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que incluye también a los pensionados. (Pensión ordinaria)

(...)

6.2. Afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Ley 91 de 1989 artículo 8-5	5%
Ley 812 de 2003, Artículo 4, artículo 81	El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.

Así las cosas, la cotización para salud del sistema general de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, es el mismo porcentaje del régimen general (...)". (Se subraya)

A voces de las normas parcialmente reproducidas, el ordenamiento constitucional atribuye a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social – *entre ellos los pensionados*- el deber de materializar el principio de solidaridad a través de los aportes destinados a generar su viabilidad financiera. Así mismo, aun cuando la Ley 91 de 1989 originalmente previó un porcentaje del 5% como monto de la cotización, este asciende en la actualidad al 12%, en virtud de la modificación introducida por la Ley 812 de 2003, que remite a los mandatos de orden pensional general.

Finalmente, en lo que atañe a los descuentos sobre mesadas adicionales, estos se hallan previstos en la Ley 91/89, según la cual el FNPSM se halla constituido, entre otros recursos, por 'El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo *incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados*', disposición que goza de plena vigencia en la medida que no ha sido objeto de derogatoria, bien sea tácita o expresa.

En este sentido, aun cuando la Ley 100 de 1993 no contempla la realización de descuentos sobre las mesadas adicionales, la Ley 91 de 1989 –*régimen especial para los docentes afiliados al FNPSM*- sí contiene dicha obligación, por lo que la extensión del régimen de cotizaciones de la Ley 100/93 a los profesores ha de entenderse exclusivamente ceñida al aumento del monto de la cotización (del 5% al 12%), y no conlleva la derogatoria del canon 8 de la Ley 91/89, en cuanto prescribe que tales mesadas serán objeto de aportes con destino al sistema de salud.

⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-529 de 23 de junio de 2010.

Finalmente, el Tribunal trae a colación los planteamientos esbozados por el Consejo de Estado⁵ al abordar las pretensiones de devolución de aportes realizados sobre las mesadas adicionales de un pensionado afiliado al FNPSM:

“(…) A partir de lo anterior, esta Sala advierte, en síntesis, que el tribunal, señaló que aunque la Ley 812 de 2003 gobierna el monto de las cotizaciones a salud de los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es necesario remitirse a la Ley 91 de 1989, en lo que toca con la posibilidad de efectuar dichos descuentos sobre las mesadas adicionales.

En ese sentido, consideró viable el descuento por salud sobre la mesada catorce percibida por la accionante, por cuanto, aunque las Leyes 42 de 1982 y 43 de 1984, prohibían descuento alguno sobre las mesadas adicionales, en su criterio, estas normas fueron derogadas tácitamente por la Ley 91 de 1989, por haber sido expedida de forma posterior, la cual, contempló dichos descuentos sobre las mesadas adicionales, inclusive.

En esta perspectiva, advierte la Sala que el análisis normativo efectuado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca es razonable, toda vez que se sustentó en la vigencia de las normas relevantes al asunto puesto en consideración, por lo que no es posible colegir que la providencia judicial cuestionada constituya un error sustantivo.” (Se subraya).

Por modo, aun cuando los descuentos sobre las mesadas adicionales no se encuentren previstos de manera explícita en la Ley 812 de 2003, la Sala es del criterio que dicha obligación no ha cesado, pues en atención al principio de solidaridad que informa todo el Sistema de Seguridad Social, los descuentos por este concepto se avienen al ordenamiento jurídico.

5. Análisis del caso concreto

Se encuentra acreditado que, mediante Resolución 1114 del 21 de noviembre de 2002 se reconoció la pensión de jubilación, por parte de la Secretaria de Educación del departamento de Caldas en nombre y representación del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a favor de la demandante, a partir del 10 de mayo de 2003. (Fl. 32-33 C. 1)

Mediante Resolución 6077 de 16 de septiembre de 2014 se reconoció y ordenó el pago de una reliquidación la pensión de jubilación, de la Secretaria de Educación del departamento de Caldas en nombre y representación del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, precisando que se descontará de cada mesada pensional de acuerdo a la vigencia normativa los aportes a la seguridad social así: el 5% conforme a la Ley 91 de 1.989, en aplicación de la Ley 812 de 2.003; el 12%, conforme a la Ley 1122 de 2.007 el 12.5% y el 12% a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1250 del 2008. (Fl. 32-33 C. 1)

La demandante mediante escrito radicado el 4 de octubre de 2017 ante la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestación Social del Magisterio, solicitó se realicen los descuentos de salud en porcentaje del 5% de la mesada pensional sobre las mesadas

⁵ Sentencia de 14 de septiembre de 2017.

ordinarias y adicionales conforme a la Ley 71 de 1989 y la devolución de los cobros en exceso. (Fl. 23-28 C. 1)

A través de la Resolución 8037-6 del 18 de octubre de 2017, la demandada denegó el ajuste deprecado. (Fl. 36-37 C. 1)

De acuerdo con lo expuesto, es claro que, el acto administrativo demandado se ajusta a la legalidad, en tanto dispone realizar los descuentos previstos expresamente en la Ley 91 de 1989 sobre las mesadas pensionales, incluidas las adicionales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, obligación que les asiste a los educadores por disposición de la norma en mención, y que no ha de entenderse suprimida, cesada o derogada por el hecho de que la Ley 812 de 2003 no haya reproducido de manera expresa dicho contenido.

6. Conclusión

De conformidad con la normativa y la jurisprudencia citada y con fundamento en los hechos debidamente acreditados, estima esta Sala de Decisión que a la parte demandante no le asiste derecho a que se aplique el descuento para aportes al sistema de salud en cuantía del 5%; cesar el descuento actual del 12% y a que se reintegre el monto los porcentajes descontados en exceso y en tal sentido, se confirmará la sentencia dictada en primera instancia.

Por lo anterior, se confirmará la sentencia de primera instancia.

7. Costas en esta instancia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, en concordancia con los numerales 3 y 8 del artículo 365 del Código General del Proceso – CGP, este Tribunal se abstendrá de condenar en costas por estimar que no se causaron en el curso de esta instancia. Además que no se advierte una manifiesta carencia de fundamento legal de las pretensiones de la parte demandante.

Por lo discurrido, la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia del 16 de diciembre de 2020 emanada del Juzgado Quinto Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por María Amparo Gallego De Los Ríos dentro del contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido contra la Nación-Ministerio De Educación-FNPSM.

SEGUNDO: ABSTIÉNESE de condenar en costas en esta instancia.

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

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

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 09 de 2022.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Sentencia No. 031

Manizales, once (11) de febrero de dos mil veintidós (2022).

Radicado: 17001-33-33-003-2019-00116-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Beymer Pantevis Álvarez
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional

Se decide el recurso de apelación formulado por la demandada contra la sentencia que accedió a las pretensiones de la parte actora

I. ANTECEDENTES

1. La Demanda

1.1. Pretensiones

La parte demandante solicita en síntesis, se declare la nulidad del Oficio 20183111595031: MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1-10 del 24 de agosto del 2018, suscrito por el Teniente Coronel Oficial Sección Ejecución Presupuestal DIPER del Ejército Nacional, a través del cual se negó el reconocimiento y pago del subsidio familiar consagrado en el artículo 11 del Decreto 1794 del 2000 y en consecuencia se condene a la demandada a que reconozca y pague la suma adeudada al desconocer el derecho que ostenta el demandante al acreditar oportunamente el derecho al reconocimiento y pago del subsidio familiar, establecido en la referida norma, desde la fecha en la que el demandante acreditó legalmente el derecho y hasta su inclusión en nómina, resultado de aplicar el 4% del salario básico mensual más el 100% de la prima de antigüedad.

1.2. Sustento fáctico relevante

Se relata que, el demandante ingresó a prestar el servicio militar en calidad de soldado regular y, posteriormente fue dado de alta en el Ejército Nacional como soldado profesional.

Que en varias oportunidades acudió a la oficina de recursos humanos de la unidad en que era orgánico para entregar la documentación para que se le reconociera y pagara el subsidio familiar, al convivir desde 2009 con su actual esposa, y que le manifestaron que no recibían la documentación toda vez que desde septiembre de 2009 hasta julio de 2014 no existía

norma que regulara el subsidio familiar para los soldados.

Que el 1º de julio de 2014 el gobierno reglamentó el subsidio familiar para soldados profesionales mediante el Decreto 1161 de 2014, pero en un valor menor al señalado en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.

Que a través de escritura publica del 8 de julio de 2014 se declaró la unión marital de hecho con la señora Alba Nery Gómez, con quien convivía desde 2008.

El 16 de enero del 2018 solicitó el reconocimiento y pago del subsidio familiar de conformidad con el artículo 11 del Decreto 1794 del 2000, lo cual fue negado a través del oficio demandado. Que en contra del anterior acto interpuso el recurso de reposición en subsidio apelación, frente a los cuales la demandada guardó silencio.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

Invocó como vulnerados los artículos 13, 25, 29, 53 y 58 de la Constitución, artículos 206 al 215 del Código de Procedimiento Administrativo y de los Contencioso Administrativo, artículo 10 de la Ley 4 de 1992, Decreto 1793 del 2000, artículo 11 del Decreto 1794 del 2000.

Expuso que, el demandante acreditó los requisitos exigidos en la norma para efectos de que se le reconociera el subsidio familiar establecido en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, no obstante, por un vacío normativo y fallas en el trámite administrativo para el reconocimiento y pago del subsidio familiar, se dejó de reconocer tal derecho. Aseveró que los soldados profesionales están siendo objeto de discriminación por parte de las entidades demandadas, en el entendido que se les deja de reconocer derechos de rango constitucional y legal que les resultan aplicables. Por esta razón, están percibiendo una asignación salarial inferior a la que en realidad les corresponde por ley.

Citó los artículos 1, 2 y 10 de la Ley 4 de 1992, y se refirió a los principios de favorabilidad en materia laboral y confianza legítima para manifestar que al no serle reconocido el subsidio familiar, en los términos del artículo 11 del Decreto 1794 del 2000, sino de conformidad con el Decreto 1161 del 2014, que resulta menos beneficioso para el actor, constituye un deterioro en sus condiciones prestacionales y laborales.

Que además, se vulneró el principio de confianza legítima por parte del gobierno nacional, al expedir el Decreto 3770 de 2009, sin tener facultades extraordinarias dadas por el Congreso. En tal sentido no se podía realizar ninguna modificación al citado artículo 11 del Decreto 1794 del 2000, por cuanto en el instante en el que el Gobierno Nacional derogó el artículo 11 del referido decreto, ya habían transcurrido 6 meses de plazo para realizarlo, es decir carecía de facultades legales para modificarlo. Así lo dejó claro el Consejo de Estado en una sentencia del 8 de junio del 2017, a través del cual declaró la nulidad del Decreto 3770 de 2009.

2. Pronunciamiento de los sujetos procesales

La Nación – Ministerio de Educación se opuso a las pretensiones de la parte demandante y en cuanto a los hechos señaló que, no se tiene prueba dentro del expediente de que el demandante para el 2014 en que inicio su convivencia en unión marital, hubiese solicitado el reconocimiento respectivo a la Institución, aportando los documentos necesarios para probar la existencia de las condiciones para el acceso al subsidio solicitado.

Además manifestó que, actualmente el actor es beneficiario del subsidio de familiar, en el que se le reconoce el 25% mediante orden administrativa del 30 de octubre del 2014, en un (i) 20% correspondiente a la unión marital de hecho con la señora Alba Nery Gómez (ii) 3% correspondiente al menor hijo José Alejandro Pantevis Gómez, (iii) 2% correspondiente al menor hijo Martin Pantevis Gómez, de conformidad con el Decreto 1161 del 2014.

Con fundamento en dichos argumentos formuló las excepciones tituladas: “PAGO DE LA OBLIGACIÓN”, “PRESCRIPCIÓN TRIENAL”, “INEXISTENCIA DEL DERECHO” y “FALTA DE FUNDAMENTO DE LA DEMANDA”.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró infundadas las excepciones propuestas por la demandada, y declaró la nulidad del acto administrativo demandado y ordenó a la accionada que reajuste, liquide y pague el subsidio familiar al señor Beymer Pantevis Álvarez, en la forma prevista en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, esto es, en el 4% de su salario básico mensual más el 100% de la prima de antigüedad desde el 8 de julio del 2009 en adelante.

Dispuso además que la entidad debía descontar los valores que por concepto de subsidio familiar previsto en el Decreto 1161 de 2014 le fueron reconocidos al demandante. Así mismo ordenó el reajuste y pago de las diferencias por las prestaciones y emolumentos que haya devengado el actor y que se calculan tomando como base el subsidio familiar y que resulten afectados con el reajuste dispuesto en el ordinal anterior.

Para fundamentar lo anterior señaló que, la declaratoria de nulidad con efectos *ex tunc* del Decreto 3770 de 2009 revivió las disposiciones normativas contenidas en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000. Siendo esto así, las situaciones jurídicas no consolidadas vuelven al estado en que se encontraban antes de la expedición del acto derogado.

Que en el caso concreto, entre la fecha en que comenzó a regir el Decreto 3770 del 30 de septiembre del 2009 y el día en el cual se declaró la nulidad del mismo por parte del Consejo de Estado, 8 de junio del 2017, no existía norma que regulara a favor de los soldados profesionales el reconocimiento y pago del subsidio familiar, por tal motivo es lógico que el demandante no solicitara en este lapso de tiempo el reconocimiento de este emolumento.

Así pues, solo con la expedición del Decreto 1161 del 1 de julio del 2014, el demandante se hizo beneficiario del referido subsidio familiar para lo cual, le fue reconocido en (i) 20% correspondiente a la unión marital de hecho con la señora Alba Nery Gómez (ii) 3% correspondiente al menor hijo José Alejandro Pantevis Gómez, (iii) 2% correspondiente al menor hijo Martin Pantevis Gómez, de conformidad con el Decreto 1161 del 2014.

Que teniendo en cuenta la Escritura Pública número 481 del 8 de julio del 2014, en donde se hace constar que el señor Beymer Pantevis Álvarez y la señora Alba Nery Gómez ostentan una unión marital de hecho desde 2009 y como quiera que no se indicó una fecha exacta respecto del inicio de la unión de hecho entre las referidas personas, *“este fallador tomará como referencia el día en que se expidió la mentada escritura pública, 4 años atrás, esto es, 8 de julio del 2009”*.

Que por tanto, a la luz de la sentencia a través de la cual se dejó claro que el Decreto 1794 de 2000 volvió a surtir todos los efectos jurídicos con la declaración de nulidad del Decreto 3770 del 2009, por lo que se dilucida que, el demandante consolidó su derecho a percibir el subsidio familiar a la luz del Decreto 1794 del 2000, desde el 8 de julio de 2009 y en adelante.

4. Recurso de apelación

La **demandada** solicitó revocar la sentencia y en su lugar negar las pretensiones por cuanto, el actor solo puso en conocimiento a la entidad la modificación de su estado civil hasta después del 08 de julio de 2014, fecha en la que se declaró la existencia de la unión marital de hecho por escritura pública; lo cual generó la orden administrativa de 30 de octubre de 2014, a partir de la cual se le ha cancelado por concepto del derecho reclamado: 20% producto de la unión marital de hecho y 3% en relación al hijo número uno y 2% al hijo número dos frutos de dicha unión.

Afirmó que, no resulta lógico ni razonable trasladar a la entidad, la carga del reconocimiento de dicho factor de oficio, porque esto implicaría incluso una intrusión en la privacidad de los militares.

Señala que, el acto administrativo atacado, goza de presunción de legalidad hasta tanto no se demuestre que se encuentre viciado de alguna de las causales de nulidad, de conformidad con el artículo 88 de la Ley 1437 de 2011; que de igual forma se encuentra establecido que a la fecha de expedición del acto se actuó conforme a las normas aplicables al demandante respecto al derecho reclamado, esto es el Decreto 1161 de 24 de junio de 2014.

I. CONSIDERACIONES

1. Competencia y procedencia

Conforme al artículo 153 del CPACA¹, es competente el Tribunal para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante. Además es procedente, por cuanto: *“Son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales y de los Jueces”*, en virtud a lo dispuesto por el artículo 243 Ibidem.

2. Problema jurídico

¹ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación, se centra en establecer: *¿El demandante tiene derecho a que se le reconozca el subsidio familiar de conformidad con el artículo 11 del Decreto 1794 del 2000?*

3. Tesis del Tribunal:

El demandante no tiene derecho a que se le reconozca el subsidio familiar de conformidad con el artículo 11 del Decreto 1794 del 2000, por cuanto consolidó su derecho en vigencia del Decreto 1161 de 2014, cuando informó a la entidad demandada sobre su cambio de estado civil.

Para fundamentar lo anterior, se hará referencia al marco jurídico sobre el tema, para descender al análisis del caso concreto, atendiendo los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

3.1. Marco jurídico - Reconocimiento de la sanción por mora

El presidente de la República en ejercicio de las facultades otorgadas por la Ley 4ª de 1992², estableció el régimen salarial y prestacional de los soldados profesionales de las fuerzas militares a través del Decreto 1794 de 2000³, cuyo artículo 11 disponía que *“A partir de la vigencia del presente decreto, el soldado profesional de las Fuerzas Militares casado o con unión marital de hecho vigente, tendrá derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al cuatro por ciento (4%) de su salario básico mensual más la prima de antigüedad. Para los efectos previstos en este artículo, el soldado profesional deberá reportar el cambio de estado civil a partir de su inicio al Comando de la Fuerza de conformidad con la reglamentación vigente”* (se desataca), derogado con el Decreto 3770 de 2009, que fue declarado nulo con efectos *“ex tunc”* por el Consejo de Estado, mediante sentencia de 8 de junio de 2017⁴.

Posteriormente, se emitió el Decreto 1161 de 24 de junio de 2014⁵, que preceptúa:

Artículo 1. Subsidio Familiar para soldados profesionales e infantes de marina profesionales. Créase, a partir del 1º de julio del 2014, para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales de las Fuerzas Militares en servicio activo, que no perciben el subsidio familiar regulado en los decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, un subsidio familiar que se liquidará y reconocerá mensualmente sobre su asignación básica, así:

[...]

Parágrafo 3. Los soldados profesionales e infantes de marina profesionales de las Fuerzas Militares que estén percibiendo el subsidio familiar previsto en los decretos 1794 de 2000 y

² «Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política».

³ «Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares».

⁴ Sección segunda, subsección B, M. P. César Palomino Cortés, exp: 11001-03-25-000-2010-00065-00 (0686-2010).

⁵ «Por el cual se crea el subsidio familiar para soldados profesionales e infantes de marina profesionales y se dictan otras disposiciones»

3770 de 2009, no tendrán derecho a percibir el subsidio familiar que se crea en el presente decreto.

Artículo 5. *A partir de julio del 2014, se tendrá en cuenta como partida computable para liquidar la asignación de retiro y pensión de invalidez del personal de Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares, el setenta por ciento (70%) del valor que se devengue en actividad por concepto de subsidio familiar, establecido en el artículo primero del presente decreto; el cual será sumado en forma directa, al valor que corresponda por concepto de asignación de retiro o pensión de invalidez, liquidado conforme a las disposiciones normativas contenidas en el Decreto 4433 de 2004 o normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan. (Se resalta)*

Así, el subsidio familiar, en los términos del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, se les concede a los soldados e infantes de marina vinculados a la institución hasta el 1º de julio de 2014, que cumplan los presupuestos de: i) ser soldado profesional casado o con unión marital de hecho y ii) haber reportado el cambio de estado civil “... a partir de su inicio”, de conformidad con la reglamentación vigente.

Por su parte, el Decreto 1161 de 2014 rige para dicho personal que se vincule a partir de esa misma fecha, con la condición de que no reciban ese emolumento conforme al referido Decreto 1794 de 2000.

3.2. Hechos acreditados

De las pruebas obrantes en el expediente, se logra establecer que:

-. El señor Beymer Pantevis Álvarez, ingresó a prestar servicio militar en el Ejército Nacional desde el 23 de noviembre del 2000 hasta el 5 de octubre de 2002, como alumno soldado profesional del 28 de febrero al 15 de abril del 2003, y como soldado profesional desde el 15 de abril del 2003. (Fl. 34 Archivo: NuevoDocumento 2019-02-20 19.39.02)

-. Mediante escritura pública 481 del 8 de julio del 2014 de la Notaria Única de Aguadas - Caldas, se indicó que, el señor Beymer Pantevis Álvarez y la señora Alba Nery Gómez, “han acordado declarar la existencia de la unión marital de hecho, la cual se encuentra vigente, toda vez que han convivido bajo el mismo techo desde hace CINCO (5) años y hasta la fecha en forma ininterrumpida”. (Fls. 28-30 Archivo: NuevoDocumento 2019-02-20 19.39.02)

- Mediante orden administrativa del 30 de octubre del 2014, con novedad fiscal del 14 de agosto de 2014 al demandante se reconoció el subsidio familiar de conformidad con el Decreto 1161 del 2014, discriminado así: i) 20% correspondiente a la unión marital de hecho constituida con la señora Alba Nery Gómez, ii) 3% correspondiente al hijo José Alejandro Pantevis Gómez, iii) 2% correspondiente al hijo Martin Pantevis Gómez. (Según se indica en el acto administrativo demandado, Fls. 16-19 Archivo: NuevoDocumento 2019-02-20 19.39.02)

-. El 16 de enero del 2018, el demandante solicitó al Ejército Nacional el reconocimiento y pago del subsidio familiar consagrado en el artículo 11 del Decreto 1794 del 2000. (Fls. 20-23 Archivo: NuevoDocumento 2019-02-20 19.39.02)

-. Con Oficio 20183111595031: MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPERDIPER-1-10 del 24 de agosto del 2018, suscrito por el Teniente Coronel Oficial Sección Ejecución Presupuestal DIPER del Ejército Nacional, se negó al demandante el reconocimiento y pago del subsidio familiar consagrado en el artículo 11 del Decreto 1794 del 2000 (Fls. 16-19 Archivo: NuevoDocumento 2019-02-20 19.39.02)

-. En contra de la anterior decisión el actor interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, frente al cual la demandada guardó silencio.

3.3. Caso concreto

En ese orden de ideas, de acuerdo a la evolución normativa y jurisprudencial antes descrita, se impone la aplicación ultractiva del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 para aquellos soldados e infantes de marina vinculados a la institución hasta el 1º de julio de 2014, y que cumplan los presupuestos de: i) ser soldado profesional casado o con unión marital de hecho vigente y ii) *“reportar el cambio de estado civil a partir de su inicio al Comando de la Fuerza de conformidad con la reglamentación vigente”*.

Conforme al material probatorio relacionado previamente, se tiene acreditado que mediante escritura pública 481 del **8 de julio del 2014**, el señor Beymer Pantevis Álvarez y la señora Alba Nery Gómez, acordaron declarar la existencia de la unión marital de hecho, afirmando que han convivido bajo el mismo techo desde hace cinco (5) años y hasta la fecha en forma ininterrumpida, cumpliendo así uno de los requisitos previstos en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, es decir, el de *“ser soldado profesional casado o con unión marital de hecho vigente”*.

Ahora, sobre la exigencia de *“reportar el cambio de estado civil a partir de su inicio al Comando de la Fuerza de conformidad con la reglamentación vigente”*, no se encuentra acreditada la fecha en que el accionante cumplió este requisito; de las pruebas solo se puede inferir que ello ocurrió con posterioridad a la fecha de la escritura pública en comento, esto es, el 8 de julio del 2014, cuando ya se encontraba en vigencia el artículo 11 del Decreto 1161 del 2014, el cual entró a regir el 1º de julio de 2014.

En virtud de lo anterior se concluye que, el demandante no acreditó que haya informado el cambio de su estado civil a partir de su inicio al Comando de la Fuerza, en vigencia de la norma que pretende le sea aplicada, sino que puso en conocimiento de la entidad accionada ese suceso cuando ya había empezado a regir el Decreto 1161 de 2014, por lo que el subsidio familiar debió reconocerse en los términos previstos en esta norma, como lo hizo la entidad accionada.

En este punto, es necesario precisar que no comparte la Sala la decisión del juez de primera instancia de acceder al reajuste del subsidio familiar en los términos previstos en el Decreto

1794 de 2000, por estimar que para acceder a ese derecho únicamente era necesario el cumplimiento del requisito de estar casado o con unión marital de hecho vigente, pues se insiste en que el reconocimiento de tal emolumento estaba supeditado al reporte de la mutación del estado civil antes de la entrada en vigor del Decreto 1161 de 2014.

En un asunto similar, el Consejo de Estado precisó que:

*Por lo anterior, no se configura el defecto sustantivo alegado, en la medida en que los magistrados accionados realizaron una interpretación adecuada de las disposiciones invocadas por el actor y la que se avenía a su situación (Decretos 1794 de 2000 y 1161 de 2014, en su orden) y tuvieron en cuenta los efectos de la sentencia de 8 de junio de 2017, «ex tunc», que implican que las cosas vuelvan a su estado anterior, **distinto es que hayan advertido el incumplimiento del requisito estipulado en el numeral 11 del Decreto 1794 de 2000, que exigía que «[...] el soldado profesional deberá reportar el cambio de estado civil a partir de su inicio al Comando de la Fuerza de conformidad con la reglamentación vigente», lo que el actor no acreditó haber realizado, omisión que constituye una desatención de la carga de la prueba.***

Por otro lado, esta subsección, en un asunto de similares contornos se pronunció en los siguientes términos⁶:

*De conformidad con lo expuesto, contrario a lo argumentado por el tutelante, en la providencia acusada se observa que el juez de segunda instancia efectuó un estudio del caso puesto a su consideración supeditado a la normatividad y la jurisprudencia aplicables al asunto, las cuales coinciden con las alegadas como desconocidas, cuyo estudio arrojó que, en principio el actor dada su fecha de ingreso al servicio y condición de **unión marital de hecho vigente** tendría derecho al reconocimiento de su pedimento; no obstante, dadas las particularidades fácticas del asunto, esto es, **NO informar en su momento la última de las condiciones a la institución como lo exigía el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000**, conllevó a adoptar la decisión que hoy se cuestiona, lo cual obedece a la autonomía e independencia en la interpretación de la cual están investidos los jueces de la República.*

En vista de lo anterior, lo que existe es una inconformidad con el resultado de la valoración efectuada por el juez natural que no es atacable vía tutela, en la medida en que aquella visión de los hechos presentada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca cuenta con soporte y está debidamente razonada y justificada, por lo que, se reitera, este mecanismo no puede convertirse en una tercera instancia.

3.4. Conclusión

De conformidad con lo expuesto, si bien es cierto que el demandante cumplía la exigencia de encontrarse en servicio activo y tener una unión marital de hecho vigente, también lo es que, no ocurrió igual con el segundo de los requisitos enunciados en la norma para su

⁶ Sentencia de tutela de 24 de mayo de 2021, expediente 11001-03-15-000-2021-01970-00.

otorgamiento, esto es, «[...] reportar el cambio de estado civil a partir de su inicio», razón por la cual no había lugar a acceder a las pretensiones deprecadas.

En consecuencia, al prosperar los argumentos expuestos por el apelante, se revocará la sentencia apelada y en su lugar se declara fundada la excepción de “inexistencia del derecho” y se **negarán** las pretensiones formuladas por el demandante.

4. Costas

Conforme al artículo 188 del CPACA, modificado por la Ley 2080 de 2021, no se impondrá condena en costas en atención a que, si bien no prosperaron las pretensiones de la parte demandante, no es posible afirmar que la demanda se presentó con manifiesta carencia de fundamento legal.

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

III. RESUELVE:

PRIMERO: Revocar la sentencia del 25 de julio de 2021 proferida por el Juzgado Tercero Administrativo de Manizales en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por: Beymer Pantevis Álvarez contra la Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional.

SEGUNDO: En su lugar, **Se declara** fundada la excepción de “inexistencia del derecho” propuestas por la Nación Ministerio de Defensa-Ejercito Nacional. Por lo tanto, **se niegan** las pretensiones formuladas por el demandante.


TERCERO: Sin condena en costas en ambas instancias.

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

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 09 de 2022.

NOTIFICAR


DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente


AUGUSTO MORALES VALENCIA


AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA SEGUNDA DE ORALIDAD
MAGISTRADA PONENTE: PATRICIA VARELA CIFUENTES

Manizales, once (11) de febrero de dos mil veintidós (22)

Radicación: 1055-202117-001-33-39-008-2019-00190-00

Acción: PROTECCIÓN DE DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS

Demandante: LUZ MARY SOSSA MURILLO Y OTROS

Demandada: MUNICIPIO DE MANIZALES Y OTRO

Procede la Sala Segunda de Decisión a resolver el impedimento formulado por el Magistrado Carlos Manuel Zapata Jaimes para conocer del proceso de la referencia.

Fundamento legal: Invoca el Artículo 141 numeral 1 del Código General del Proceso que consagra como causal de impedimento: *“Tener el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, interés directo o indirecto en el proceso.”*.

Fundamento fáctico: Manifiesta que *“soy propietario de una casa ubicada en la Unidad Inmobiliaria Cerrada Portal de los Cerezos, quien a través de su representante legal se encuentra como demandante en este trámite judicial; el segundo, porque la señora Odilia Agudelo, con la que tengo parentesco en primer grado de afinidad (suegra), es propietaria de un bus afiliado a la empresa SOCOBUSES, lo que la hace accionista de esta sociedad anónima, y esta empresa figura como demandada”*.

CONSIDERACIONES

1. Régimen de impedimentos

El régimen de impedimentos se fundamenta en la necesidad de preservar la integridad moral del funcionario que reconoce la existencia de situaciones de hecho que pueden comprometer su criterio en la decisión y, de otra parte, constituyen una

garantía de imparcialidad y transparencia de la justicia en los juicios que emite en los casos de su conocimiento.

El artículo 130 del CPACA prevé como tales para los magistrados y jueces Administrativos, entre otras, las previstas en el artículo 141 del Código General del Proceso. A su vez, el numeral 1 de la norma en cita que fundamentó el impedimento que aquí se resuelve, regula: “(...) *Son causales de recusación las siguientes: “Tener el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, interés directo o indirecto en el proceso.”*”.

Además, en materia de impedimentos y recusaciones, rige el principio de taxatividad, según el cual solo integra motivo de excusa o de recusación aquel que de manera expresa se señala en la ley, lo que hace exclusión de la analogía, además que a los jueces de está vedado separarse por su propia voluntad de sus funciones jurisdiccionales y a los sujetos procesales no les está permitido escoger a su arbitrio la persona del juez, de manera que las causas que dan lugar a separar del conocimiento de un determinado asunto a un funcionario judicial no pueden deducirse por similitud ni ser objeto de interpretaciones subjetivas, en tanto se trata de reglas de garantía de la independencia judicial y de vigencia del principio de imparcialidad del juez.

2. Independencia e imparcialidad del funcionario judicial

La jurisprudencia de la Corte Constitucional, como por ejemplo en la sentencia C-600 de 2011, ha puntualizado que los atributos de independencia e imparcialidad del funcionario judicial forman parte del debido proceso, y por ende, el régimen de impedimentos y recusaciones tiene fundamento constitucional en el artículo 29 de la Constitución, en cuanto proveen a la salvaguarda de tal garantía.

La imparcialidad e independencia judicial, como objetivos superiores, deben ser valoradas desde la óptica de los demás órganos del poder público incluyendo la propia administración de justicia, de los grupos privados y, fundamentalmente, de quienes integran la litis, pues sólo así se logra garantizar que las actuaciones judiciales estén ajustadas a los principios de equidad, rectitud, honestidad y moralidad sobre los cuales descansa el ejercicio de la función pública (C.P. art. 209).

La Corte en la sentencia C-365 de 2000 explicó claramente la diferencia entre los atributos de independencia e imparcialidad, en los siguientes términos: “(...) *la independencia, como su nombre lo indica, hace alusión a que los funcionarios encargados de administrar justicia no se vean sometidos a presiones, (...) a insinuaciones, recomendaciones,*

exigencias, determinaciones o consejos por parte de otros órganos del poder, inclusive de la misma rama judicial, sin perjuicio del ejercicio legítimo por parte de otras autoridades judiciales de sus competencias constitucionales y legales".

Sobre la imparcialidad, ha señalado que ésta *"se predica del derecho de igualdad de todas las personas ante la ley (Art. 13 C.P.), garantía de la cual deben gozar todos los ciudadanos frente a quien administra justicia. Se trata de un asunto no sólo de índole moral y ética, en el que la honestidad y la honorabilidad del juez son presupuestos necesarios para que la sociedad confíe en los encargados de definir la responsabilidad de las personas y la vigencia de sus derechos, sino también de responsabilidad judicial"*.

Dentro de este contexto, la jurisprudencia constitucional le ha reconocido a la noción de imparcialidad, una doble dimensión: (i) subjetiva relacionada con *"la probidad y la independencia del juez, de manera que éste no se incline intencionadamente para favorecer o perjudicar a alguno de los sujetos procesales, o hacia uno de los aspectos en debate, debiendo declararse impedido, o ser recusado, si se encuentra dentro de cualquiera de las causales previstas al efecto"*; y (ii) objetiva, *"esto es, sin contacto anterior con el thema decidendi, "de modo que se ofrezcan las garantías suficientes, desde un punto de vista funcional y orgánico, para excluir cualquier duda razonable al respecto"*. No se pone con ella en duda la *"rectitud personal de los Jueces que lleven a cabo la instrucción"* sino atender al hecho natural y obvio de que la instrucción del proceso genera en el funcionario que lo adelanta, una afectación de ánimo, por lo cual no es garantista para el inculpado que sea éste mismo quien lo juzgue.

Lo anterior, según la jurisprudencia de la Corte, explica por qué el legislador, en ejercicio de la facultad de configuración normativa, se vio precisado a incorporar en el ordenamiento jurídico las instituciones procesales de impedimentos y recusaciones, con las cuales se pretende mantener la independencia e imparcialidad del funcionario judicial, quien por un acto voluntario o a petición de parte, debe apartarse del proceso que viene conociendo cuando se configura, para su caso específico, alguna de las causales que se encuentran expresamente descritas en la ley.

3. El caso concreto.

En la acción constitucional de la referencia, efectivamente funge como accionante, entre otras, la Unidad Inmobiliaria Cerrada Portal de Los Cerezos, a la vez que obra como accionada conjuntamente con el Municipio de Manizales, la empresa SOCOBUSES SA, y se peticiona la prestación del servicio público colectivo de pasajeros en el sector denominado San Bernardo del Viento.

Por ende, encuentra esta Sala que los hechos expresados por el Magistrado Zapata Jaimes encuadran en la causal 1 del artículo 141 del C.G.P, por lo que se declarará fundado el impedimento.

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas, Sala Segunda de Decisión;

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar configurado el impedimento manifestado por el Magistrado Carlos Manuel Zapata Jaimes para conocer de la ACCIÓN POPULAR promovida por la Unidad Inmobiliaria Cerrada Portal de Los Cerezos y otros en contra del Municipio de Manizales y la empresa SOCOBUSES SA.

SEGUNDO: Por la Secretaría, comunicar a la mayor brevedad, la presente decisión al Despacho del Magistrado Carlos Manuel Zapata Jaimes.

TERCERO: Ejecutoriado este Auto ingrese al Despacho para continuar el trámite

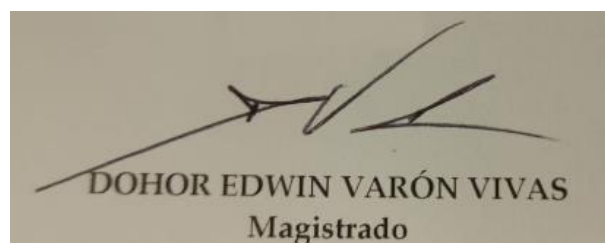
CUARTO: Hacer las anotaciones pertinentes en el programa informativo "Justicia Siglo XII" y repórtese a la oficina judicial de Manizales para **COMPENSACIÓN**.

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

NOTIFÍQUESE



Magistrada Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADA PONENTE: PATRICIA VARELA CIFUENTES

Manizales, once (11) de febrero de dos mil veintidós (2022)

MEDIO DE CONTROL	PROTECCIÓN DE DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS
ACCIONANTES	LUIS GABRIEL ARCILA CALDERÓN, GLORIA INÉS ZAPATA ORTIZ, DORA INÉS CALDERÓN MARTÍNEZ, MARTHA LIGIA OROZCO
ACCIONADOS	MUNICIPIO DE MANIZALES, UNIDAD NACIONAL PARA LA GESTIÓN DEL RIESGO DE DESASTRES, MINISTERIO DE VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL, DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN
VINCULADO	FONDO NACIONAL DE VIVIENDA
RADICACIÓN	17 001 23 33 000 2019 00538
SENTENCIA	No. 11

Se dispone la Sala a dictar sentencia de **primera instancia** dentro del asunto de la referencia.

PRETENSIONES

“(…)

Se adopten las medidas conducentes a superar el riesgo mediante la intervención técnica de las condiciones de amenaza identificado por los accionados en sus respuestas a las peticiones.

Previo el análisis microzonificado, se defina la mitigabilidad del riesgo y las obras que se requiere realizar. De lo contrario se proceda a continuar con las alternativas de reubicación

de la población, con subsidios de vivienda, y dando continuidad al proceso de reasentamiento que se había iniciado en el año 2007, atendiendo a nuestras condiciones socioeconómicas, y nuestras restricciones frente al cierre financiero, a fin que dichos criterios sean atendidos con el respectivo subsidio de vivienda.

Una vez cumplido con nuestro reasentamiento, la administración tome posesión de los lotes desocupados, con el fin de prevenir o evitar nuevas ocupaciones.

(...)"

Como fundamento de las pretensiones, afirman los accionantes que en el mes de septiembre del año 2008 fueron notificados por la Inspección Sexta Urbana de Policía del trámite administrativo para el desalojo de la zona que ocupan en la vía al Guamo, trámite que culminó con la reubicación de algunas familias, en tanto otras aún esperan una solución.

Nuevamente han sido notificados de una orden de desalojo con violación al debido proceso. Agrega que son poseedores de buena fé.

Invocan los derechos colectivos al goce del ambiente sano, el acceso a los servicios públicos y que su prestación sea eficiente y efectiva; el derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente y realización de construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas de manera ordenada y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes.

CONTESTACIÓN DE LAS ACCIONADAS

UNIDAD NACIONAL PARA LA GESTIÓN DEL RIESGO DE DESASTRES:

Afirma no oponerse a las pretensiones de los accionantes pero cuestiona su vinculación al proceso toda vez que son las entidades territoriales las directamente responsables de la protección de los derechos colectivos invocados, conforme a la ley 388 de 1997 y el decreto 1052 de 1998.

Explica que es el alcalde municipal con el Consejo Municipal de Gestión del Riesgo de Desastres quien debe conocer e implementar las medidas de reducción del riesgo en su jurisdicción, en tanto el sistema nacional opera bajo principios de subsidiariedad y concurrencia, de acuerdo con la ley 1523 de 2012, puesto que le corresponde mantener actualizado el inventario de las zonas de riesgo para la localización de asentamientos humanos por ser inundables o sujetas a deslizamientos, y adelantar programas de reubicación. Añade que también le corresponde el control urbanístico para impedir construcciones en zonas de riesgo no mitigable indebidamente ocupadas.

Menciona las competencias de los departamentos en materia de gestión del riesgo de desastres y de las Corporaciones Autónomas Regionales en sostenibilidad ambiental del territorio, prevención del daño ecológico y adaptabilidad al cambio climático; así como la de apoyar a las entidades territoriales en la implementación de procesos de gestión del riesgo en virtud de los principios de solidaridad, coordinación, concurrencia y subsidiariedad positiva.

Formuló la excepción de *falta de legitimación en la causa por pasiva*: La ley 1523 de 2012 señala las competencias en materia de gestión del riesgo son directamente a cargo de los entes territoriales.

MINISTERIO DE VIVIENDA, CIUDAD Y TERRITORIO: Dijo no constarle ninguno de los hechos del escrito de acción popular y precisó que la responsabilidad en la atención de la población vulnerable con obras de mitigación, reubicación y la prestación de servicios públicos, es del ente territorial. Formuló las siguientes excepciones:

Falta de legitimación en la causa por pasiva: Explica el objeto de la entidad referido a la formulación y dirección de políticas en materia de desarrollo territorial y urbano, y que no existe relación de causalidad porque no tuvo injerencia en la situación fáctica de los demandantes, y no es de su competencia reubicarlos ni proporcionar subsidios de vivienda.

Inexistencia de vulneración de los derechos colectivos por parte del Ministerio: La entidad como ente rector de la política en el marco de sus competencias no es responsable de la estructuración, ni de la ejecución de los proyectos de mitigación del riesgo, reubicación, subsidio de vivienda ni de la prestación de los servicios públicos; tampoco se observa nexo de causalidad o solidaridad alguno que pueda generar responsabilidad a cargo del Ministerio.

En las razones de la defensa pone de presente el decreto 3571 de 2011 que aplica a la entidad y explica la regulación legal de los subsidios de vivienda de interés social. También aborda la normatividad sobre la gestión del riesgo de desastre en la ley 1523 de 2012 para afirmar que las alcaldías municipales con el consejo municipal de gestión del riesgo de desastre deben evaluar las situaciones presentadas y según la disponibilidad de recursos, presentar los proyectos de vivienda nueva urbana para la reubicación de hogares damnificados por desastres.

Cita igualmente las competencias legales de las Corporaciones Autónomas Regionales afirmando que les corresponde adelantar las labores relacionadas con la protección del medio ambiente, encaminadas a la prevención y atención de emergencias y desastres. Añade el régimen normativo de la prestación de servicios públicos domiciliarios enfatizando que es competencia legal del municipio.

MUNICIPIO DE MANIZALES: Menciona los conceptos rendidos por la Unidad de Gestión del Riesgo del Municipio de Manizales, y por las Secretarías de Planeación y de Obras Públicas, de los cuales concluye: se trata de una zona en riesgo por inundación y avenidas torrenciales, el riesgo es no mitigable motivo por el cual no se autoriza ninguna intervención urbanística en el sector; el municipio inició el proceso de desalojo a través de la Secretaría de Gobierno y dio cumplimiento a las órdenes de tutela referidas a la elaboración de un censo y monitoreo de la zona.

Propuso las siguientes excepciones:

Falta de competencia del municipio para la satisfacción de las pretensiones de la presente acción constitucional: Menciona los artículos 6 y 22 de la Constitución Nacional para afirmar que no le corresponde al municipio solucionar los asuntos de asignación de vivienda a los habitantes del sector del Guamo, ni tiene programas de vivienda con subsidio 100% en especie, lo cual le compete a Fonvivienda y al Departamento Administrativo de Seguridad Social, según la ley 1537 de 2012 y el decreto 1077 de 2015.

Improcedencia de la acción popular por existencia de otros medios judiciales para la satisfacción de las pretensiones: Los accionantes interpusieron varias acciones de tutela cuyos fallos ordenaron realizar un censo y monitorear la zona, garantizando el debido proceso en las acciones de desalojo y el acceso a programas de retorno y reubicación.

Improcedencia de la acción popular en atención a la calidad de particulares de los derechos que se discuten: en este caso se reclama el derecho a la vivienda digna de cada uno de los accionantes, los que son de carácter particular, haciendo improcedente esta acción.

Cosa juzgada: Por motivo de la acción de tutela que fue fallada a favor de los ahora accionantes.

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN: Dijo no constarle ninguno de los hechos del escrito de acción popular y se opuso a las pretensiones. Presentó las siguientes excepciones:

Falta de legitimación en la causa por pasiva: Haciendo mención a los artículos 287, 313, 356 y 357 de la Constitución, a las leyes 142 de 1994, 388 de 1997, 715 de 2001, 1523 de 2012 y el decreto 2189 de 2017 afirma que la entidad no tiene dentro de sus funciones la ejecución de obras tendientes a la mitigación de riesgos en los municipios, ni el otorgamiento de subsidios de vivienda, tampoco de efectuar desalojos y reubicar a los residentes de las zonas de alto riesgo, ni prestar los

servicios públicos domiciliarios. Añade que el servidor público solo puede cumplir con las funciones que expresamente se le han asignado y por ende no se puede atribuir a una entidad pública el ejercicio de acciones u omisiones que se encuentran por fuera de las competencias que le señala la Constitución y la ley.

Del sistema nacional de gestión de riesgo de desastres: Alude a la ley 1523 de 2012 para explicar que en el marco de las funciones del Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres, el DNP en coordinación con el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y la Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres, desarrollaron contenidos de apoyo a través de lineamientos estratégicos para incorporar la gestión de riesgo de desastres y la adaptación al cambio climático en los planes de desarrollo territorial.

Inexistencia de vulneración de derechos colectivos por parte del DNP: Menciona los requisitos para la procedencia de la acción popular conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado, para afirmar que la entidad no ha incurrido en acción u omisión generadora de la presunta vulneración de los derechos colectivos invocados ni es responsable de satisfacer las pretensiones de los accionantes, pues escapan a la órbita de sus competencias y funciones.

FONDO NACIONAL DE VIVIENDA: Sólo acepta como cierto el hecho séptimo del escrito de acción popular para afirmar que la competencia para la prestación de los servicios públicos y la reubicación de los habitantes de la vía al Guamo, es del Municipio de Manizales. Añade en el tema de vivienda digna – subsidios de vivienda familiar- es una función de competencia del ente territorial que debe gestionar los proyectos de vivienda tanto técnica, administrativa y financieramente, y si no cuenta con recursos propios, debe buscar dichas fuentes de financiación a nivel nacional o departamental, a través de proyectos. Añade que la entidad no tuvo injerencia alguna en los hechos de esta acción popular y por ende no hay prueba de haber incurrido en violación de derechos colectivos, ni le compete la prestación de los servicios públicos ni la reubicación de familias, todo lo cual es responsabilidad del ente territorial.

Formuló la excepción de *Falta de legitimación en la causa:* No tuvo injerencia en la situación fáctica que describe el actor popular como es la existencia de daño por amenaza y lesión a los derechos e intereses colectivos como consecuencia de la condición de afectados por el riesgo de desastre de los habitantes de la vía al Guamo.

En las razones de la defensa realiza una amplia exposición del régimen legal del subsidio de vivienda para explicar que FONVIVIENDA en su calidad de entidad otorgante de los recursos del subsidio familiar de vivienda, no es la entidad ejecutora de los proyectos, ni de la construcción de las viviendas, y depende de los entes

territoriales garantizar la apropiada focalización de los recursos del subsidio familiar de vivienda, el desarrollo y culminación de los planes de vivienda.

Añade que no existe un programa específico que atienda reubicación de hogares, pero uno de los grupos poblacionales objetivo del Programa de Vivienda Gratuita es el de hogares damnificados o que se encuentren localizados en zonas de alto riesgo. Actualmente se ejecuta el programa VIVIENDA GRATUITA II para el cual no fue seleccionado el municipio de Manizales al no cumplir con los criterios dispuestos, pero se encuentra en desarrollo en la ciudad el proyecto Urbanización San Sebastián Etapa III para 251 soluciones de vivienda, y por ende se hace necesario que el municipio formule proyectos de vivienda cumpliendo las condiciones y requisitos de los distintos programas actuales para atender a las comunidades en predios de alto riesgo.

Alude a las normas que regulan la gestión del riesgo para concluir que corresponde a las alcaldías con los Consejos Municipales de Gestión de Riesgo de Desastres evaluar la situación presentada y de acuerdo con sus posibilidades presupuestales presentar los proyectos de vivienda para la población ubicada en zona de riesgo.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

MUNICIPIO DE MANIZALES: Afirma que se probó en el proceso que no es necesaria la realización de estudios de detalle porque en el municipio de Manizales es clara la clasificación y amenaza de la zona, catalogada como riesgo por inundación y avenida torrencial, ni es riesgo mitigable según los estudios ya elaborados; por ende no hay lugar a ordenes en tal sentido.

Agrega que la acción popular no es el medio para perseguir el derecho a la vivienda, lo cual apoya en pronunciamientos del Consejo de Estado que cita.

MINISTERIO DE VIVINDA, CIUDAD Y TERRITORIO: De nuevo pone de presente las normas que regulan el subsidio de vivienda, reitera los argumentos de la respuesta al escrito de acción popular y solicita desvincular a la entidad.

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN: Insiste en la excepción de falta de legitimación por pasiva y resalta haberse probado en el proceso que en virtud de acción de tutela incoada por los accionantes, el Juzgado Primero Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Manizales en sentencia del 25 de julio de 2019, se profirió un fallo intercomunis que ordenó al municipio de Manizales realizar un censo de las familias de la vía al Guamo, monitorear la situación de riesgo, respetar el debido proceso en el desalojo y promover un programa de vivienda.

UNIDAD NACIONAL DE GESTIÓN DEL RIESGO: Reiteró los argumentos de defensa enfatizando en la excepción propuesta de falta de legitimación en la causa, y explicando de nuevo los alcances del sistema nacional de gestión del riesgo conforme a la ley 1523 de 2012. Cita la sentencia T-696 de 2016 que precisa las competencias de las autoridades municipales en materia de vivienda y gestión del riesgo para insistir en las competencias del ente territorial frente a las pretensiones de los accionantes.

FONDO NACIONAL DE VIVIENDA: Expone nuevamente el régimen legal del subsidio de vivienda y las competencias de la entidad frente al mismo, para solicitar la desvinculación de la entidad del proceso.

-MINISTERIO PÚBLICO: Solicitó al Tribunal acceder parcialmente a las pretensiones de los accionantes, conceder la protección del derecho colectivo a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente e impartir las órdenes necesarias con los plazos prudenciales a que hubiere lugar.

Como fundamento de su posición, explicó la naturaleza, procedencia y finalidad de la acción popular y al contenido de los derechos invocados por los accionantes, seguidamente aludió a los hechos probados en el proceso para afirmar que las viviendas ubicadas en la vía al Guamo se encuentran dentro de las fajas de protección, o sea, en zonas de terreno aledañas a cuerpos de agua que permiten el normal funcionamiento de las dinámicas hidrológicas, geomorfológicas y ecosistémicas propias de tales cuerpos de agua; además es zona clasificada en suelo de desarrollo condicionado y zona de riesgo por inundación, según el Plan de Ordenamiento Territorial.

Seguidamente alude a las competencias de los municipios en el sistema nacional de gestión de riesgo de desastre según la ley 1523 de 2012 y la jurisprudencia, para afirmar que la administración municipal vulnera el derecho colectivo a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente cuando no adopta las medidas adecuadas y necesarias para alcanzar la efectividad del proceso de gestión de riesgo de desastres, en circunstancias en las que la comunidad que reside en determinada zona está sometida a una situación de riesgo extraordinario que puede comprometer derechos y bienes constitucionales como la vida, integridad y la seguridad, máxime que allí residen sujetos de especial protección.

Agrega que la problemática de esta comunidad debe ser abordada a través de medidas estructurales que garanticen soluciones definitivas de vivienda, la inclusión en programas de asistencia social y atención humanitaria, y la posibilidad de postularse para subsidios de vivienda, además de los instrumentos previstos para

la población víctima del desplazamiento forzado, sin perjuicio de las medidas de auto conservación que debe acatar la comunidad de la vía al Guamo.

Concluye que se deben impartir ordenes de monitoreo permanente para evitar la materialización de posibles escenarios de riesgo a la par de las actuaciones administrativas para la recuperación de las ocupaciones ilegales respetando las garantías constitucionales de los habitantes del sector.

CONSIDERACIONES

Problemas jurídicos:

¿Se ha configurado en el presente caso la excepción de cosa juzgada?

¿Deben ejecutarse obras de mitigación de riesgo en el sector ocupado por los accionantes en la vía a la vereda El Guamo, de Manizales?

¿Es procedente el medio de control de protección de derechos e intereses colectivos para solicitar el otorgamiento de subsidios de vivienda para los accionantes?

En caso positivo, ¿A cuál de las accionadas les corresponde ejecutar las acciones para cesar la violación de los derechos invocados?

Para resolver lo anterior, se analizará: i) la naturaleza y requisitos de procedencia de la acción popular; ii) el alcance de los derechos colectivos invocados; iii) los hechos probados y iv) la solución al caso concreto.

La naturaleza y requisitos de procedencia de la acción popular.

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

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

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

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

Este dispositivo superior encuentra desarrollo en la Ley 472 de 1998, que señaló como objetivo, *“regular las acciones populares y las acciones de grupo de que trata el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia. Estas acciones están orientadas a garantizar la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos, así como los de grupo de un número plural de personas”*; en tanto que el precepto 2º dispuso que las acciones populares *“son los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos”*; y que *“se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible”*.

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

A su turno el artículo 144 de la ley 1437 de 2011 en el inciso primero dispone que *“Cualquier persona puede demandar la protección de los derechos e intereses colectivos para lo cual podrá pedir que se adopten las medidas necesarias con el fin de evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los mismos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible”*.

Para ejercitar el presente medio de control es requisito indispensable que el derecho que se aduce sea vulnerado o corra el riesgo de ser violado, y que el mismo sea de carácter colectivo, tal como lo dispone el artículo 88 de la Constitución Política arriba citado.

- i) **El alcance de los derechos colectivos invocados.**

Sobre el contenido del derecho colectivo al acceso a los servicios públicos y que se prestación sea eficiente y oportuna ha explicado el Consejo de Estado¹:

“El derecho de acceso a los servicios públicos en este sentido, está esencialmente constituido por la capacidad que detentan los miembros de una comunidad de convertirse en usuarios o receptores o beneficiarios de aquellas actividades susceptibles de catalogarse como servicios públicos. Esta sola condición, sin embargo, no basta; a esta capacidad debe agregársele el cumplimiento de unos requisitos que deben cumplir los prestadores de estos servicios: eficiencia y oportunidad. Por eficiencia, que como se anotó es un imperativo constitucional de los servicios públicos, debe entenderse la prestación de estos utilizando y disponiendo del mejor modo posible los instrumentos o recursos necesarios para cumplir los fines propuestos; por oportunidad, en cambio, se debe entender la respuesta dentro de un plazo razonable que debe tener un usuario cuando requiera estos servicios, así como la permanencia de la prestación de los mismos. La vulneración de este derecho colectivo entonces se manifiesta cuando se lesione el interés subjetivo de la comunidad a que le presten servicios públicos de manera eficiente y oportuna”.

Y de conformidad con el artículo 5 de la ley 142 de 1994, corresponde a los municipios en relación con los servicios públicos *“Asegurar que se presten a sus habitantes, de manera eficiente, los servicios domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, y telefonía pública básica conmutada, por empresas de servicios públicos de carácter oficial, privado o mixto, o directamente por la administración central del respectivo municipio en los casos previstos en el artículo siguiente.”*

Sobre el derecho colectivo al ambiente sano, precisó la Corte Constitucional en la sentencia T-341 de 2016:

“7.1.1. Desde la promulgación de la Constitución Política de 1991, la protección del ambiente ocupa un lugar significativo en el ordenamiento jurídico colombiano. Desde esta perspectiva, esta Corte ha reconocido el carácter ecológico de la Constitución, el talante fundamental del derecho al ambiente sano y su conexidad con los derechos fundamentales a la vida y a la salud, entre otros[60], que impone deberes correlativos al Estado y a los habitantes del territorio nacional. Al respecto, en la sentencia C-671 de 2001[61], esta Corte señaló que:

¹ Sección Tercera, sentencia de 19 de abril de 2007, Rad. No. 54001-23-31-000-2003-00266-01(AP). C.P.: Alier Eduardo Hernández Enriquez.

la protección del medio ambiente ha adquirido en nuestra Constitución un carácter de objetivo social, que al estar relacionado adicionalmente con la prestación eficiente de los servicios públicos, la salubridad y los recursos naturales como garantía de la supervivencia de las generaciones presentes y futuras, ha sido entendido como una prioridad dentro de los fines del Estado y como un reconocimiento al deber de mejorar la calidad de vida de los ciudadanos. Artículo 366 C.P.

(...)

La defensa del medio ambiente constituye un objetivo de principio dentro de la actual estructura de nuestro Estado Social de Derecho. En cuanto hace parte del entorno vital del hombre, indispensable para su supervivencia y la de las generaciones futuras, el medio ambiente se encuentra al amparo de lo que la jurisprudencia ha denominado “Constitución ecológica”, conformada por el conjunto de disposiciones superiores que fijan los presupuestos a partir de los cuales deben regularse las relaciones de la comunidad con la naturaleza y que, en gran medida, propugnan por su conservación y protección.

(...)”

En lo que respecta al derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente ha precisado el Consejo de Estado²:

“Sobre el particular cabe recordar que existe un conjunto de disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias que imponen claros deberes y obligaciones de protección a las autoridades públicas, respecto de todos y cada uno de los habitantes y residentes de Colombia.

Basta recordar el mandato contenido en el artículo 2º de la Constitución Política, el cual establece que son fines esenciales del Estado servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en el ordenamiento jurídico.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Marco Antonio Velilla Moreno. Bogotá, D.C. veinte (20) de enero de dos mil once (2011). Radicación número: 25000-23-25-000-2005-00357-01(AP).

Se desprende, entonces, un deber general de actuación que obliga a todas las autoridades del Estado, sin importar el nivel, y el cual se encuentra dirigido a impedir que se concreten amenazas o se produzcan vulneraciones a los derechos de la población”.

En cuanto al derecho colectivo a *“La realización de las construcciones, edificaciones y desarrollo urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes”* el Consejo de Estado se ha pronunciado en múltiples ocasiones haciendo mención al mismo pero puntualmente sobre el contenido refirió en sentencia de la Sección Tercera, M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez, Rad. N° 63001-23-31-000-2004-00243-01 (AP), del 21 de febrero de 2007:

“Por urbanismo debe entenderse, según el diccionario de la real academia de la lengua española, lo siguiente: El conjunto de conocimientos relativos a la creación, desarrollo, reforma y progreso de las poblaciones según conviene a las necesidades de la vida humana. Por consiguiente, el núcleo esencial del derecho colectivo comprende los siguientes aspectos: Respeto y acatamiento del principio de función social y ecológica de la propiedad (inciso segundo artículo 58 C.P.). Protección del espacio público procurando adelantar cualquier tipo de construcción o edificación con respeto por el espacio público, el patrimonio público, y la calidad de vida de los demás habitantes. Respetar los derechos ajenos y no abusar del derecho propio (art. 95 numeral 1 C.P.). Atender los procesos de cambio en el uso del suelo, en aras del interés común, procurando su utilización racional en armonía con la función social de la propiedad a la cual le es inherente una función ecológica, buscando el desarrollo sostenible (art. 3° ley 388 de 1997). El acatamiento a la ley orgánica de ordenamiento territorial- aún no expedida por el Congreso de la República - y los planes de ordenamiento territorial que expidan las diferentes entidades territoriales del país (art. 288 C.P.). Planes de ordenamiento territorial que sirven de guía y mapa para que el desarrollo urbano se haga de manera ordenada, coherente, de tal manera que prevalezca el interés general sobre el particular, y se garantice la aplicación de las disposiciones político - administrativas - de organización física- contenidas en los mismos (art. 5° ley 388 de 1997). Cumplimiento de los preceptos normativos sobre usos del suelo; alturas máximas de construcción; cupos mínimos de parqueo; especificaciones técnicas y de seguridad; cesiones obligatorias al distrito; necesidad de obtener licencias de urbanismo y construcción; existencia de conexiones para los servicios públicos domiciliarios, entre otros. Entonces, para la Sala es claro que el derecho señalado en el literal m) del artículo 4° de la ley

472 de 1998, corresponde a la obligación que le impone el legislador a las autoridades públicas y particulares, en general, de acatar plenamente los preceptos jurídicos que rigen la materia urbanística es decir la forma como progresa y se desarrolla una determinada población, en términos de progreso físico y material, asentada en una determinada entidad territorial - bien sea en sus zonas urbanas o rurales- con miras a satisfacer plenamente las necesidades de la población.” –rft-

A la luz del contenido de estos derechos es que deberán analizarse los hechos probados.

ii) Los hechos relevantes probados:

-La Secretaria de Despacho de la Secretaría Jurídica del municipio de Manizales mediante oficio del 5 de junio de 2019, negó a los ocupantes de los predios sobre la vía a El Guamo la formalización de la propiedad a título gratuito, toda vez que las mismas se ubican en franja de protección de corrientes hídricas con amenaza por deslizamiento (fls.37-37 vto)

-Los días 22 de julio, 26 de agosto, 24 de septiembre y 11 de octubre de 2019 personal de la Unidad de Gestión del Riesgo de Manizales realizó monitoreo en la vía a El Guamo encontrando construcciones en guadua y madera sin ningún tipo de cimentación ni columnas, cuyos perímetros estaban anegados por aguas de escorrentía. No se observaron cambios en los taludes. También se observaron basuras taponando las estructuras de conducción de aguas (fls.19-19 vto, 20-20 vto, 21-25).

-El censo realizado por el municipio de Manizales arrojó un total de 192 familias en la zona de la vía a El Guamo verificado en el mes de septiembre de 2019, de las cuales un número de 105 familias han residido allí entre 1 y 40 años atrás; 27 familias no viven en el sector de tiempo completo y 11 familias no viven en el sector, según indicó la comunidad. Las viviendas no cuentan con servicios públicos domiciliarios, solo unas pocas cuentan con contadores. Entre la población censada había 16 adultos mayores, 86 menores de edad y 118 personas en edades entre los 20 y 40 años. Se realizó cruce de información con el Ministerio de Vivienda, encontrando que 21 familias tienen otra propiedad (doc.12)

-El Director de la Unidad de Gestión del Riesgo del Municipio de Manizales en oficio del 28 de octubre de 2019, informó a los ahora accionantes que, de acuerdo con el Plan de Ordenamiento Territorial -POT- de Manizales aprobado por el Acuerdo No.

958 de 2017, las viviendas ubicadas en el margen de la Quebrada El Guamo ocupan predios catalogados como de “desarrollo condicionado” pues se trata de una zona de riesgo medio y alto por deslizamiento e inundación.

Adicionalmente les informa que, según la Estructura Ecológica de Soporte Urbano del POT, también se evidencia que todas las viviendas ubicadas en la vía a El Guamo, están asentadas dentro de las fajas de protección que son zonas o franjas de territorio aledañas a los cuerpos de agua cuyo fin es permitir el normal funcionamiento de las dinámicas hidrológicas, geomorfológicas y ecosistémicas propias de dichos cuerpos de agua, tratándose por ende de un área de restricción ambiental (fls.16-18 vto)

-Por parte de la Directora Técnica de la Unidad de Gestión del Riesgo de la alcaldía de Manizales, se informó al Tribunal que el Fondo Municipal para la Gestión del Riesgo de Desastres ha recaudado desde el año 2012 la suma de \$4.275'235.829 que se han destinado a labores de fortalecimiento de la gestión del riesgo, y a la prevención y atención de emergencias y desastres.

Allegó oficio suscrito por el Secretario de Planeación de la entidad territorial en el que informa que las viviendas ubicadas en el margen de la Quebrada el Guamo, según el Plan de Ordenamiento Territorial de la Ciudad se encuentran en cauces y fajas de protección de corrientes hídricas (suelo de protección ambiental); son áreas en condición de amenaza y riesgo por inundación; presentan parcialmente áreas en condición de amenaza media y alta por deslizamiento, y de riesgo alto por deslizamiento; el área no puede ser objeto de localización de asentamientos urbanos y tiene totalmente restringida la posibilidad de urbanizarse (doc.47)

-En el proceso rindió testimonio la dra. Claudia María Salazar Velásquez, Arquitecta adscrita al municipio de Manizales en calidad de Directora Técnica de la Unidad de Vivienda. De su testimonio se destaca:

Es una ocupación irregular de la franja quebrada de protección de la vía al Guamo según el POT, por un grupo de familias; es riesgo no mitigable expuesto a crecientes torrenciales de la quebrada. La unidad de Gestión del Riesgo municipal ha realizado el censo de esas familias encontrando que han aumentado, muchas de ellas ya tienen vivienda asignada en otros programas del municipio de vivienda gratuita por subsidio de la nación; hay familias que no son de Manizales, otras tienen vivienda en otro sitio de la ciudad.

En el censo de 2020 había cerca de 190 familias, el Gobierno Nacional es el que entrega vivienda gratuita a familias víctimas de desastres, lo cual no cumplen en su

gran mayoría en este caso. El municipio solo es competente para subsidio de mejoramiento de vivienda para propietarios de viviendas afectadas por desastres y que no estén en condiciones de riesgo. También, para lograr mayor cantidad de vivienda acompaña los programas que ejecuta la nación, para este caso para damnificados de la emergencia invernal de 2017 quienes están siendo seleccionadas, 251 que serán asignadas a los apartamentos del barrio San Sebastián. En estos casos el municipio pone a disposición del ente nacional la gestión documental para adelantar el proyecto (normas, licencias,) y suministrar el suelo, porque la selección de las familias la hacen las entidades nacionales.

En la zona no se pueden hacer obras de mitigación porque la norma ambiental no permite viviendas sobre la franja. Para la vía al Guamo no hay programas de reasentamiento porque las familias no cumplen los requisitos legales, o serían muy pocas.

Informó que a la fecha en la vía al Guamo estas familias no han sido desalojadas, se les ha acompañado para que regresen a sus viviendas y se les da la información sobre la oferta de programas de vivienda, les dicen que se postulan a los programas como al semillero de propietarios que es de libre ofrecimiento, se hacen monitoreos permanentes para medir la creciente del río y la estabilidad de laderas, en un acompañamiento permanente a esa población.

Añadió que no hay censo actualizado de asentamientos de alto riesgo pero están en capacitación con el Ministerio de Vivienda para hacerlo, serían cerca de 12.000 familias en zonas de difícil condición de suelo.

iii) La solución al caso concreto:

Antes de proceder al análisis de fondo, es necesario dilucidar si en este caso, como lo alega el municipio de Manizales, se presenta la figura de *cosa juzgada*. Ello, con base en el fallo de tutela proferido por el Juzgado 1° Municipal de Pequeñas Causas Laborales, el día 25 de julio de 2019.

Dicha acción constitucional se promovió por los ocupantes del sector conocido como vía a El Guamo por motivo de la orden de desalojo y demolición de las construcciones que les fue notificada por la Inspección Sexta Urbana de Policía, solicitando la protección de los derechos fundamentales a la vida digna, la integridad personal, la vivienda digna, la confianza legítima, los derechos de los niños y de los adultos mayores, y al debido proceso; en consecuencia, que se ordenara la suspensión de la actuación administrativa hasta tanto les sea otorgado un cupo en un programa de vivienda, o un albergue provisional.

Al decidir la acción de amparo, el Juez constitucional:

-Tuteló los derechos invocados, excepto la confianza legítima y el derecho al debido proceso, y dio un efecto *inter comunis* al fallo.

-Ordenó a la Alcaldía de Manizales que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo: i) actualizar el censo con el concurso con la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, y ii) monitorear la situación de riesgo de los predios, para tomar las acciones urgentes y necesarias antes una eventual inminencia de inundación o riesgo de desastre.

-Ordenó a la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, dentro del mismo plazo, actualizar la caracterización de los hogares ubicados en los predios de la vía al Guamo, y en caso de ser personas desplazadas continuar prestando la atención humanitaria que corresponda.

-Advirtió a la Inspección Sexta Urbana de Policía y a la Alcaldía de Manizales, materializar el desalojo con plena garantía al derecho al debido proceso y anunciando con antelación la fecha del desalojo.

-Ordenó a la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, a la Alcaldía de Manizales (Unidad de Vivienda) y a Fonvivienda, que en un plazo de doce (12) meses contados a partir de la notificación de la sentencia, adelanten y concluyan las acciones necesarias en favor de las familias objeto de desalojo, el acceso efectivo a programas y planes de retorno y reubicación, así como a la estabilización a que tienen derecho. (fls.38-62 vto).

Ahora bien, en los términos del artículo 306 del Código General del Proceso, se presenta cosa juzgada en el siguiente supuesto:

“La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes.

Se entiende que hay identidad jurídica de partes cuando las del segundo proceso son sucesores por causa de muerte de las que figuraron en el primero o causahabientes suyos por acto entre vivos celebrado con posterioridad al registro de la demanda si se trata de derechos sujetos a registro, y al secuestro en los demás casos.

En los procesos en que se emplace a personas indeterminadas para que comparezcan como parte, incluidos los de filiación, la cosa juzgada surtirá efectos en relación con todas las comprendidas en el emplazamiento.

La cosa juzgada no se opone al recurso extraordinario de revisión.”

Para la Sala, el contraste de esta norma con la decisión del juez constitucional, descarta la configuración de la cosa juzgada alegada por la apoderada del municipio de Manizales porque, se trata de dos acciones constitucionales con objeto y por ende, de contenido, muy diverso, en tanto la acción de tutela, es sabido, esta instituida para la protección de derechos fundamentales, en contraste con la acción popular, cuyo objeto es diferente, como ya se explicó. Por ende no se cumple con el requisito de identidad de causa, suficiente para desestimar su configuración.

Ahora bien, los hechos probados de cara a las pretensiones de los accionantes, le permiten afirmar a la Sala que tales hechos no dan cuenta de acciones u omisiones imputables a las accionadas que amenacen o vulneren los derechos colectivos cuya protección solicitan.

En efecto, quedó acreditado que los accionantes ocupan una faja de terreno sobre la quebrada el Guamo de esta ciudad, que se constituye conforme al Plan de Ordenamiento Territorial vigente, en franja de protección de corriente hídrica con amenaza por deslizamiento (zona de protección ambiental) y tiene totalmente restringida la posibilidad de urbanizarse. Esta clasificación impide que se ordene al municipio de Manizales ejecutar las obras de mitigación del riesgo peticionadas, porque al no ser terreno apto para vivienda no puede urbanizarse en modo alguno.

A juicio de la Sala, la autoridad municipal en este caso concreto ha dado cumplimiento a la normatividad que le impone clasificar los suelos, y dentro de éstos, las zonas de riesgo, y fijar en el POT las normas de tratamiento, por lo que no se configura omisión al respecto que sea objeto de reproche.

Y en lo que concierne a la pretensión referida a la reubicación de la población mediante el otorgamiento de subsidios de vivienda, debe enfatizarse, tal como se expuso en líneas anteriores, que la acción popular tiene por esencia la protección y garantía de derechos colectivos, a lo cual escapa cualquier pretensión económica de orden subjetivo. En efecto, el subsidio de vivienda según el artículo 2.1.1.1.1.2. del decreto 1077 de 2015 “por medio del cual se expide el Decreto Reglamentario Único del Sector Vivienda, Ciudad y Territorio”, es “ *un aporte estatal en dinero entregado por la entidad otorgante del mismo, que por regla general se otorga por una sola vez al beneficiario conforme a las condiciones de cada modalidad, sin cargo de restitución, que constituye un complemento del ahorro y/o los recursos que le permitan acceder a una solución de vivienda de interés social o a una vivienda diferente a la de interés social cuando se trate de la modalidad de arrendamiento o arrendamiento con opción de compra, y que puede ser cofinanciado con recursos provenientes de entidades territoriales.*”.

Sobre la improcedencia de la acción popular para reclamar subsidios de vivienda, ha explicado el Consejo de Estado³:

“Ahora bien, en cuanto concierne a la controversia que se plantea en el caso sub-examine, resulta pertinente reiterar que en su jurisprudencia, esta Sección, ha puesto de presente que las acciones populares no son el medio procesal idóneo para resolver controversias en torno a la asignación de subsidios, ni para reclamar su asignación, y ha señalado que la competencia del juez popular se contrae a resolver sobre la violación de los derechos colectivos invocados, sin dirimir, en modo alguno, derechos subjetivos ni reclamaciones económicas.

Este criterio fue consignado, entre otras, en sentencia de 12 de noviembre de 2009 (C.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta)⁷, en la cual esta Sala estableció:

“9.1.- Es claro que mediante la acción popular se busca la protección de derechos e intereses colectivos, es decir que los conflictos jurídicos que versen sobre derechos particulares, subjetivos se resolverán mediante el empleo de los correspondientes mecanismos establecidos para el efecto y aquellos que busquen la protección de los derechos e intereses colectivos se dirimirán mediante el ejercicio de la acción popular. Ahora bien, los jueces que resuelvan los conflictos jurídicos originados en derechos particulares subjetivos, no podrán involucrar en la misma sentencia que los resuelva, la decisión de proteger derechos e intereses colectivos y, a la inversa, el juez de la acción popular, en modo alguno, podrá pronunciarse respecto de pretensiones que resuelven sobre derechos particulares, subjetivos, como lo que ocurre en este caso.

(...)

En orden a lo anterior, para la Sala es evidente que el Tribunal se equivocó a lo ordenado en el numeral 4° de la parte resolutoria del fallo apelado pues se repite, el juez de la acción popular sólo debe pronunciarse sobre la violación de los derechos colectivos invocados, sin dirimir, en modo alguno, derechos subjetivos como las reclamaciones de contenido económico que tengan los particulares.”

Igualmente, en sentencia de 15 de octubre de 2009 (C.P. María Claudia Rojas Lasso)⁸, se dispuso lo siguiente:

³ SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA, Consejera ponente: MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO, 30 de mayo de 2013, Radicación número: 66001-23-31-000-2010-00204-01(AP)

“En ocasiones anteriores la Sala ha dejado claramente definido que la pretensión encaminada a obtener beneficios económicos es ajena al objeto de la acción popular.

(...) La competencia del juez de la acción popular se contrae a determinar si existió o no vulneración a derechos e intereses colectivos para –en su caso– impartir las órdenes necesarias para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, amenaza, vulneración o agravio, o restituir las cosas a su estado anterior, de ser posible”.

Y, más recientemente, se reiteró en sentencia en sentencia de 7 de abril de 2011 (C.P. Marco Antonio Velilla Moreno)⁹ en la cual se sostuvo:

“Sobre el particular, la Sala recuerda que esta Corporación ya se ha pronunciado en reiteradas oportunidades, concluyendo que el juez de la acción popular sólo debe resolver sobre la violación de los derechos colectivos invocados, sin dirimir, en modo alguno, derechos subjetivos como las reclamaciones económicas.

(...)

En este sentido, de acuerdo con el marco teórico descrito anteriormente, se recuerda que las pretensiones encaminadas a obtener el giro de unos subsidios de vivienda de interés social desbordan la órbita de la acción popular.”

Síguese de lo expuesto, que escapa al ámbito propio de la acción popular pronunciarse acerca de la viabilidad o no de la asignación de recursos procedentes del subsidio de vivienda de interés social a un determinado proyecto de vivienda, tanto más teniendo en cuenta los concluyentes términos del parágrafo 4º del artículo 17 del Decreto 975 de 2004, a cuyo tenor “la declaratoria de elegibilidad del proyecto no genera derecho alguno a la asignación de subsidios para su aplicación a las soluciones habitacionales que lo conforman.”

Por lo demás, debe señalarse que también incurre en yerro el apoderado de la actora al considerar que un derecho deviene en colectivo, en atención a la naturaleza plural de los sujetos reclamantes. La Corte Constitucional ha advertido que un derecho individual no se convierte en colectivo por el solo hecho de que se exija simultáneamente con otras personas. Del mismo modo, el derecho de una persona individualmente considerada, no se transforma en colectivo al reclamarse con otras personas; ni un derecho colectivo no deja de ser tal, porque sea reclamado por una sola persona.

En estas condiciones, se confirmará la sentencia apelada, pues según quedó expuesto, la acción popular no es el mecanismo procedente para discutir la reclamación de subsidios de vivienda así estos sean comunes a un grupo, pues su objeto se contrae a hacer cesar la amenaza o violación de los derechos e intereses colectivos”.

Con base en lo expuesto, es claro que no es viable a través de esta sentencia ordenar reconocimiento económico alguno (subsidio) a los accionantes, tal como lo pretenden.

Concluye entonces la Sala que le asiste razón a las accionadas al alegar que no han incurrido en la violación a los derechos colectivos invocados, y por ende se deben negar las pretensiones.

COSTAS:

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

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

FALLA

PRIMERO: NEGAR las pretensiones dentro del presente medio de control de protección de intereses y derechos colectivos promovido por el sr Luis Gabriel Arcila calderón y otros en contra del Municipio de Manizales, la Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres, Ministerio de Vivienda y Desarrollo Territorial, Departamento Nacional de Planeación, vinculado el Fondo Nacional de Vivienda.

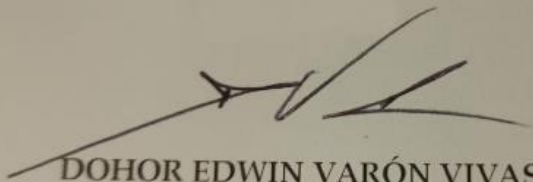
SEGUNDO: Sin costas.

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

NOTIFÍQUESE

Patein Varón

Magistrada Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Sentencia No. 032

Manizales, once (11) de febrero de dos mil veintidós (2022).

Radicado: 17001-23-33-000-2021-00209-00
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Álvaro Arias Torres
Demandado: Nación-Ministerio de Educación-Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio

La Sala procede a dictar sentencia de primera instancia.

I. ANTECEDENTES

1. La Demanda

1.1. Pretensiones

Se solicita en síntesis, se declare la nulidad del acto presunto derivado del silencio administrativo negativo configurado frente a la petición del 15 de diciembre de 2020, en tanto la demandada se abstuvo de resolver la solicitud de reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes, a la edad de 60 años y el cumplimiento de las mil semanas de cotización.

Y que, a título de restablecimiento del derecho, se condene a la demandada a reconocer y pagar la pensión de jubilación por aportes, equivalente al 75% de los salarios y las primas recibidas, anteriores al cumplimiento del estatus jurídico de pensionada, es decir a partir de 07 de junio de 2015, por haber completado las mil semanas de aportes y los 60 años de edad, sin exigir el retiro definitivo del cargo, para proceder a su cancelación.

1.2. Sustento fáctico relevante

Se relata que, el accionante nació el 10 de mayo de 1956, aportó al Instituto de los Seguros Sociales - ISS, y del cual sus semanas de cotización se encuentran en Colpensiones con un total de 1.056,46. Que, una vez surtidos todos los trámites para el nombramiento en propiedad, fue vinculado a la docencia oficial el 25 de agosto de 2008 y hasta la fecha de

presentación de la demanda se desempeña como docente oficial. Que por medio del acto ficto demandado, se le negó la pensión de jubilación por aportes.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

Indicó como vulneradas, la: Ley 71 de 1988 Artículo 7; Ley 91 de 1989, Artículo 15 Numerales 1 y 2. Ley 60 de 1993. Artículo 6; Ley 115 de 1993. Artículo 115; Ley 100 de 1993. Artículo 279; Ley 812 de 2003. Artículo 81; Decreto 3752 de 2003. Art. 1 y 2.

Luego de realizar una relación cronológica de las normas aplicables a los docentes nacionalizados en la pensión ordinaria de jubilación y la pensión por aportes concluyó que, cuando la Ley 812 de 2003, estableció que el régimen aplicable para los docentes que se encontraban vinculadas antes del 26 de junio de 2003, extendió su aplicación a los docentes que lograban acreditar aportes al antiguo Seguro Social, por cuanto se trata de una disposición normativa aplicable claramente a los docentes que estuvieran vinculadas o no al 26 de junio de 2003, que tuvieran la necesidad de acreditar semanas de cotización al sector privado.

2. Pronunciamiento de la entidad demandada

La Nación – Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales – Fomag no contestó la demanda

3. Alegatos de conclusión

La parte demandante reiteró los argumentos expuestos en la demanda y señaló que, es dable concluir que por remisión directa del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, ha de entenderse que la norma aplicable es la Ley 71 de 1988, pues está en concordancia con lo establecido en la Leyes 33 de 1985 y 62 de ese mismo año, las cuales contemplan una pensión equivalente al 75% como ingreso base de liquidación, que debe estar conformado por todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

Que dentro de este contexto, si se observa su actividad como docente oficial, posee más de 1.000 semanas de cotización, cuenta con más de 60 años de edad y los aportes realizados antes del 26 de junio de 2003 se efectuaron a Colpensiones, lo que le otorga derecho a la pensión de jubilación por aportes, de conformidad con la ley 71 de 1988, en compatibilidad con el salario por pertenecer al régimen anterior en cuanto a su pensión de jubilación, al momento de completar su estatus pensional, (1.000 semanas de aportes y 60 años edad), sin exigir el Retiro Definitivo del cargo para hacerla efectiva.

La Nación – Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales guardó silencio.

El **Ministerio Público** señaló que, de conformidad con las pruebas incorporadas al proceso, se advierte que el demandante se vinculó al servicio docente con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, por lo que le es aplicable el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, en concordancia con el artículo 81 de la citada Ley 812. Es por lo anterior que la situación pensional del actor no puede

resolverse bajo el régimen de pensión de jubilación de que trata la Ley 71 de 1988.

Que el acto administrativo ficto acusado no contraviene el ordenamiento jurídico, por cuanto la decisión administrativa de negar el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación conforme a la Ley 71 de 1988, se sujetó a la normatividad en la 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 las pretensiones.

II. CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico

Atendiendo a los fundamentos de la demanda y su contestación, el asunto se centra en establecer: *¿Al demandante en su calidad de docente con acumulación de aportes del sector público y privado, le asiste el derecho a la pensión de jubilación conforme a la Ley 71 de 1988, en cuantía del 75% del promedio de todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del estatus?*

2. Tesis del Tribunal

Debido a la condición especial que detenta la demandante, como docente oficial **vinculado con posterioridad de la Ley 812 de 2003**, (se vinculó el 18 de julio de 2005) le resultaría aplicable por transición la Ley 71 de 1988, esto es, con acumulación de aportes del sector público y privado; sin embargo como quiera que, para el 31 de diciembre de 2014, fecha de expiración del régimen de transición, según lo señala el Acto Legislativo 01 de 2005, no tenía 60 años de edad, no conservó los derechos del régimen de transición.

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

3. Lo probado en el proceso

- El accionante nació el 10 de mayo de 1956, de conformidad con el Registro Civil de nacimiento (Fl. 23 C. 1).
- El accionante estuvo afiliado al ISS del 19 de junio de 1978 hasta el 30 de septiembre de 2004 al servicio de varios empleadores privados; registrando un total de 1.052,46 semanas cotizadas, de conformidad con el Reporte expedido por Colpensiones el 26 de junio de 2014 (Fl. 25-26 C. 1)
- Según Formato Único para la Expedición de Certificado de Salarios del Fomag 3387 de 24 de diciembre de 2020, el demandante se vinculó al servicio docente mediante Decreto 947 de 22 de agosto de 2008, tomando posesión del cargo el **25 de agosto de 2008**, hasta el 30 de septiembre de 2010; con reingreso mediante Resolución 1586 de 12 de abril de 2011, tomando posesión del cargo el 26 de abril de 2011, encontrándose aún en servicio activo (Fl 27-36 C.1).

- De conformidad con la certificación emitida por Colpensiones el 12 de noviembre de 2020 el demandante no figura percibiendo pensión por parte de esa Administradora. (Fl 45 C. 1)
- El demandante el 15 de diciembre de 2020 por correo electrónico solicitó a la demandada el reconocimiento de la pensión de vejez conforme a la Ley 71 de 1988, con el 75% de los salarios y primas percibidas en el año anterior a la adquisición del estatus de pensionada, a partir del 7 de junio de 2015. (Fls. 38-42 C. 1)

4. Régimen pensional aplicable a la demandante

4.1. Fundamento jurídico

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

i) Para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encontraban vinculados antes de la entrada en vigencia de dicha ley al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones que regían con anterioridad.

ii) Para los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la referida ley, deben ser afiliados al FOMAG y tienen los derechos pensionales del régimen de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

La Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de unificación SUJ-014-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019 con el fin de sentar jurisprudencia respecto del ingreso base de liquidación para determinar la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al FNPSM, señaló:

35. Antes de abordar el estudio de los factores que integran el ingreso base de liquidación de las pensiones de jubilación y de vejez de los servidores públicos vinculados al servicio docente, la Sala considera necesario precisar los siguientes aspectos:

✓ Los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, están exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social, por expresa disposición del artículo 279 de la Ley 100 de 1993.

✓ Al estar exceptuados del Sistema, no son beneficiarios del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como tampoco les aplica el artículo 21 de la citada ley, en materia de ingreso base de liquidación del monto de la mesada pensional.

✓ El régimen pensional para estos docentes está previsto en la Ley 91 de 1989, normativa que no establece condiciones ni requisitos especiales para adquirir la pensión de jubilación, ya que como lo dispuso en el literal B del numeral 2 del artículo 15, gozan del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional, es decir, el previsto en la Ley 33 de 1985.

✓ *De acuerdo con la tesis reiterada de la Sección Segunda del Consejo de Estado sobre el régimen de pensiones para los docentes nacionales y nacionalizados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio exceptuados del Sistema General de Pensiones, esta clase de servidores públicos no gozan de un régimen especial de jubilación, pues ni la Ley 91 de 1989, ni la Ley 60 de 1993 así lo establecieron, y tampoco lo hizo la Ley 115 de 1994 que ratificó el régimen de jubilación previsto en la Ley 33 de 1985, como norma aplicable para los docentes nacionales. Además, las pensiones de jubilación de los docentes reconocidas en su tiempo al amparo de la Ley 6 de 1945 o el Decreto 3135 1968, antecesoras de la Ley 33 de 1985, lo fueron bajo disposiciones “generales” de pensiones del sector administrativo, que no tuvieron el carácter de “especiales”.*

✓ *Solo los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, tendrán los derechos 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. (Se resalta).*

Según lo referido, jurisprudencialmente se planteó la importancia de diferenciar cuál es el régimen pensional aplicable a cada docente con observancia de su fecha de vinculación o entrada al servicio público oficial educativo, de suerte que se contemplarían las siguientes opciones:

La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial de cada docente, así:

I) Régimen de pensión ordinaria de jubilación de la Ley 33 de 1985 para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados al servicio público educativo oficial con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.

II) Régimen pensional de prima media para aquellos docentes que se vincularon a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003. A estos docentes, también afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres. (Se resalta).

Como se vislumbra de lo transcrito, la sentencia unificadora solo desarrolló la determinación de los regímenes para los casos de docentes oficiales cuyo tiempo de servicio hubiese sido prestado únicamente en el sector público. No obstante, se abstuvo de plantear el supuesto cuando, por ejemplo, como ocurre en el presente asunto, el docente también tiene acumulados tiempos cotizados en el sector privado y aportados a otra administradora como lo era el entonces ISS.

Para esta clase de eventos, el Consejo de Estado en sentencia del 18 de noviembre de 2020¹ señaló que, la normativa aplicable correspondería a la Ley 71 de 1988 «por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones».

¹ Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: William Hernández Gómez. Rad.: 66001-23-33-000-2016-00082-01(4676-17)

Sobre el alcance de esta pensión, el Consejo de Estado señaló: “(...) la posibilidad de computar el tiempo servido en el sector público con el tiempo cotizado en el ISS, es un régimen pensional aplicable a quienes estuvieron vinculados laboralmente al sector oficial, a empleadores públicos y privados afiliados al I.S.S. o a ambos, y requieren de la suma de todos los aportes hechos, para reunir los requisitos para acceder al derecho de pensión”².

Sin embargo, para establecer si le es aplicable o no la Ley 71 de 1988 que le permite *computar el tiempo servido en el sector público con el tiempo cotizado en el ISS*, es necesario determinar si el demandante a pesar de haberse vinculado con posterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003, es beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; pues de lo contrario, deberá acudir íntegramente a ésta última norma. Al respecto, el citado artículo dispone:

ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. *La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014*, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.*

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

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen.

Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida...

En este sentido el Consejo de Estado³ en sentencia de 19 de junio de 2020 señaló que:

² Sentencia del 9 de junio de 2011 (Exp. 117-2009), con ponencia del Consejero Gerardo Arenas Monsalve.

³ Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Rad.: 76001-23-33-000-2016-01621-01(3327-19)

39. Es de indicarse, que a la aplicación de régimen pensional dispuesto en la Ley 71 de 1988 es viable por beneficio del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que indica:

...

47. También se tiene, que el demandante no es beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, dado que, como ya se analizó, únicamente acreditaba 38 años de edad y un tiempo de servicios de 8 años y 5 meses al momento de la entrada en vigencia de dicha norma; razón por la cual su reconocimiento pensional es improcedente a la luz de la Ley 71 de 1988 y el Decreto 2709 de 1994, como lo establece el a quo.

Por su parte, la Corte Constitucional en sentencia C-786 de 2014⁴ señaló:

En este sentido, la jurisprudencia de esta Corporación ha aclarado que dentro de los regímenes pensionales que regulaban el reconocimiento de la pensión de vejez antes de la ley 100 de 1993 y que quedan cobijados dentro del régimen de transición, se encuentra "(iii) la Ley 71 de 1988, que permitía la acumulación de tiempos laborados en entidades públicas así como las sufragadas al ISS por parte de empleadores privados"⁵.

De acuerdo con el artículo 151 de la Ley 100 en comento, la entrada en vigor en el nivel nacional fue el 1º de abril de 1994 y en el nivel territorial en la fecha que dispusiera la respectiva autoridad y, en todo caso, no más allá del 30 de junio de 1995.

Más adelante, el Acto Legislativo 01 de 2005⁶, en el artículo 1º, parágrafo transitorio 4º, estableció la fecha máxima de vigencia del régimen de transición, así:

"El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014.

Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen".

Así, el régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993 se crea para proteger las expectativas legítimas que tienen los trabajadores afiliados al régimen de prima media con prestación definida a la fecha de su entrada en vigor y que estuvieran próximos a pensionarse. Este grupo está conformado por los servidores del Estado que a la fecha de entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, contaran con **35 años de edad o más si son mujeres, o con 40 si son hombres, o 15 años o más de servicios cotizados.**

⁴ Luis Ernesto Vargas Silva

⁵ Sentencia C-405 de 2011

⁶ Acto Legislativo 01 de 2005 (julio 22) "por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política". // Artículo 2º. "El presente acto legislativo rige a partir de la fecha de su publicación." Fue publicado el 25 de julio de 2005 en el Diario Oficial 45980.

Sin embargo, de acuerdo con el mandato constitucional, el régimen de transición expiró el 31 de julio de 2010. Solo se conservó hasta el 31 de diciembre de 2014, para quienes acrediten 750 semanas cotizadas el 25 de julio de 2005, fecha de entrada en vigor del acto legislativo.

4.2. Caso concreto

4.2.1. Régimen pensional aplicable

De conformidad con el Decreto 947 de 22 de agosto de 2008, por el cual se modificó el Decreto 337 de 27 de junio de 2008 en el que se hizo el nombramiento provisional como docente, se colige que, el demandante se vinculó al servicio público educativo oficial con posterioridad a la Ley 812 de 2003, por lo tanto, le sería aplicable el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres.

El artículo 33 de la Ley 100 de 1993 señala los requisitos para obtener la pensión de vejez, así:

Artículo 33. Requisitos Para Obtener La Pensión De Vejez. Modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

*A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y **sesenta y dos (62) años para el hombre.***

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

*A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. De enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta **llegar a 1.300 semanas en el año 2015. (negritas y subrayas fuera de texto original)***

Sin embargo, en el presente caso, las pretensiones del demandante se dirigen al reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes teniendo en cuenta que cotizó por su servicio en el sector privado del 19 de junio de 1978 hasta el 30 de septiembre de 2004 y como docente oficial desde el 25 de agosto de 2008 hasta la fecha de reclamación de la pensión, esto es el 15 de diciembre de 2020.

Por lo que para establecer si le es aplicable o no la Ley 71 de 1988 que le permite *computar el tiempo servido en el sector público con el tiempo cotizado en el ISS*, es necesario establecer si la demandante es beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Así, el demandante nació el 10 de mayo de 1956, de manera que, en la fecha de entrada en vigor del Sistema General de Pensiones – sea el 1º de abril de 1994 o el 30 de junio de 1995 – tenía más de 35 años, es decir, la edad que le permitía ser destinatario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

Además, para el 25 de julio de 2005, fecha de entrada en vigor del Acto Legislativo 01 de 2005, el demandante acreditó más de 750 semanas de cotización, pues conforme al reporte emitido por Colpensiones, para el 30 de septiembre de 2004 tenía 1.052,46 semanas; por lo tanto, conservó los derechos del régimen de transición.

4.2.2. Cumplimiento de los requisitos de la Ley 71 de 1988

La Ley 71 de 1988 «por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones», señala los requisitos para el reconocimiento pensional, así:

ARTICULO 7o. A partir de la vigencia de la presente Ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer.

El Gobierno Nacional reglamentará los términos y condiciones para el reconocimiento y pago de esta prestación y determinará las cuotas partes que correspondan a las entidades involucradas.

De acuerdo con los certificados de semanas cotizadas y Formato Único para la Expedición de Certificado de Salarios prestó sus servicios así:

Entidad	Tiempo de Prestación		Tiempo Servicios
	Desde	Hasta	
Aportes Colpensiones	19/06/1978	30/09/2004	20 Años, 2 Meses, 16 Días
Secretaria de Educación de Caldas	25/08/2008	30/09/2010	2 Años, 1 Mes, 6 Días
Secretaria de Educación de Caldas	26/04/2011	24/12/2020	9 Años, 1 Mes, 20 Días ⁷
Total Tiempo a la Fecha			31 Años, 5 Meses, 12 Días

Ahora, de las pruebas anteriormente enunciadas se desprende que, el demandante nació el 10 de mayo de 1956, por lo que cumplió 60 años el **10 de mayo de 2016**, esto es, **con posterioridad a la expiración del régimen de transición - 31 de diciembre de 2014**.

Al respecto se reitera que, el Acto Legislativo 01 de 2005, en el artículo 1º, parágrafo transitorio 4º, estableció la fecha máxima de vigencia del régimen de transición, así:

“El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014.

⁷ Certificación de 24 de diciembre de 2020, Encontrándose aún en servicio activo Fl. 29 C. 1.

Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen”.

En cuanto al alcance de la expresión «*hasta el año 2014*», el Consejo de Estado, en concepto del 10 de diciembre de 2013⁸ señaló que concluía el 31 de diciembre de 2014.

De acuerdo con el mandato constitucional, el régimen de transición expiró el 31 de julio de 2010. Solo se conservó hasta el 31 de diciembre de 2014⁹, para quienes acrediten 750 semanas cotizadas el 25 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del mismo acto legislativo.

Así lo ha reiterado el Consejo de Estado en varios pronunciamientos¹⁰:

*“Como se observa, la norma mencionada estableció las siguientes condiciones para que pudiera seguirse aplicando el régimen de transición más allá del 31 de julio de 2010: (i) que el beneficiario hubiera cotizado al menos 750 semanas, o tuviera el tiempo de servicios equivalente, en la fecha de entrada en vigencia del referido acto legislativo (25 de julio de 2005), y (ii) **que adquiriera el derecho a la pensión**, conforme a las normas anteriores a la Ley 100 de 1993 que le sean aplicables, **antes del 31 de diciembre de 2014**”¹¹. (Se resalta)*

En relación con el alcance del párrafo 4º transitorio del artículo 1, precisó además que:

*“Como se observa, este párrafo dispuso la desaparición paulatina del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 a partir del 31 de julio de 2010; de acuerdo con los antecedentes expuestos, no existe discusión respecto a que este párrafo concede una protección adicional a las personas que a la fecha de la expedición del Acto Legislativo 1 de 2005 (25 de julio de 2005), estuvieran en el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y contaran, además, con 750 semanas cotizadas o su equivalente en tiempo de servicios; a **dichas personas se les garantiza por un tiempo adicional (hasta el año 2014) la posibilidad de hacer efectivo el régimen de transición que los acompañaba**”¹². (Negrillas en el texto original).*

4.3. Conclusión

Por lo tanto, como quiera que el actor no acreditó el cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión por aportes de que trata la Ley 71 de 1998, antes de la expiración del

⁸ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 10 de diciembre de 2013, Radicación No. 2194, Expediente 11001 03 06 000 2013 00540 00

⁹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de fecha 10 de diciembre de 2013, Radicación 2194, Expediente 11001-03-06-000-2013-00540-00. Sobre la contabilización de los términos establecidos en el Acto Legislativo 01 de 2015, la Sala concluyó que la expresión “hasta el 2014” debe entenderse “hasta el 31 de diciembre de 2014.”

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, decisión del 13 de agosto de 2019, rad. núm. 11001-03-06-000-2019-00113-00.

¹¹ Así lo precisó la Sala de Consulta y Servicio Civil en el concepto núm. 2194 del 10 de diciembre de 2013.

¹² Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, decisión del 10 de diciembre de 2013 (rad. 11001-03-06-000-2013-00540-00(2194).

régimen de transición de que trata la Ley 100 de 1993 – 31 de diciembre de 2014-, pues cumplió los 60 años de edad del 10 de mayo de 2016, se impone negar sus pretensiones.

5. Costas

Conforme al artículo 188 del CPACA, no se impondrá condena en costas teniendo en cuenta que, no se encuentra acreditada su causación toda vez que, la parte demandada no intervino activamente en el presente trámite.

Con fundamento en lo expuesto, la Sala Tercera de Revisión del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: Se Niegan las pretensiones formuladas por el señor Álvaro Arias Torres contra la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

TERCERO: No se condena en costas en esta instancia.

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


Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 09 de 2022.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

17-001-33-33-001-2021-00325-00

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: **AUGUSTO MORALES VALENCIA**

Manizales, diez (10) de FEBRERO dos mil veintidós (2022)

S.007

La Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, conformada por los Magistrados **AUGUSTO MORALES VALENCIA**, quien la preside, **AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN** y **PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA**, procede a dictar sentencia de primer grado dentro del proceso que en ejercicio de la acción de **CUMPLIMIENTO** promovió la señora **MARIA MERCEDES MÁRQUEZ BOTERO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**.

PRETENSIÓN

Solicita la accionante se ordene el cumplimiento del artículo 24 de la Ley 100 de 1993, y, en consecuencia, se ordene a **COLPENSIONES** iniciar las acciones de cobro previstas en la ley, contra los ex empleadores de la señora **MÁRQUEZ BOTERO**.

HECHOS

Relata la accionante que se encuentra afiliada a **COLPENSIONES**, hallándose haciendo los trámites para recuperar las semanas pendientes y lograr el requisito de las 1.300 semanas exigidas en la ley para obtener su derecho a la pensión. En ese contexto, explica que en septiembre de 2020 solicitó a la demandada la corrección de la historia laboral para la inclusión de algunas semanas; sin embargo, **COLPENSIONES** respondió que las cotizaciones correspondientes a esas semanas no fueron hechas completas por sus ex empleadores, por lo que no aparecen en la historia laboral.

Añadió que el 3 de julio de 2021 solicitó a la demandada que ejerciera la acción de cobro ante sus ex empleadores con el fin de recuperar dichas semanas, y que en varias comunicaciones telefónicas ha evidenciado que tales períodos aún no han sido reportados, lo que perjudica de manera directa su situación pensional.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** se pronunció de manera oportuna, en oposición a las pretensiones de la parte actora (PDF N° 10).

Menciona que la historia laboral de la demandante presentó inconsistencias en los aportes pensionales de algunos empleadores, y que mientras ellos no hagan los aportes completos, los respectivos periodos no se verán reflejados. Por ende, anotó, inició las gestiones para requerir al empleador el pago de los ciclos pendientes. Explicó que frente a la empleadora LILIANA ALZATE DE ESCOBAR cursa el proceso de cobro APP765533, por lo cual no ha incumplido la normativa invocada en la demanda.

Finalmente propuso las excepciones de ‘INEXISTENCIA DE RENUENCIA’, basada en el cumplimiento que la demandada le ha dado al artículo 24 de la Ley 100 de 1993, adelantando la acción de cobro respectiva; ‘VIGENCIA Y CUMPLIMIENTO ESTRICTO DE LAS DISPOSICIONES LEGALES’, por la existencia y ejercicio del mecanismo de recaudo señalado; ‘EXISTENCIA DE OTROS MECANISMOS JUDICIALES PARA LOGRAR EL EFECTIVO CUMPLIMIENTO’, ya que la demandante pudo acudir a la Inspección del Trabajo o la justicia laboral para lograr el pago de los aportes pendientes; y ‘CARENCIA ACTUAL DE OBJETO’, que fundamenta una vez más en la actuación de la entidad con miras a la recuperación de los aportes; ‘BUENA FE’, ya que ha actuado con estricto apego a las normas constitucionales y legales.

**CONSIDERACIONES
DE LA
SALA DE DECISIÓN**

Pretende por manera la parte demandante, se disponga el cumplimiento del artículo 24 de la Ley 100 de 1993, y en consecuencia, se ordene a COLPENSIONES ejercer las acciones tendientes al cobro retroactivo de los aportes pensionales insolutos por sus ex empleadores, con el fin de completar el número de semanas cotizadas requerido para obtener su pensión de vejez.

PROBLEMA JURÍDICO

De acuerdo con la postura de la parte apelante, el litigio se circunscribe a elucidar el siguiente cuestionamiento:

¿Incumple la autoridad demandada el artículo 24 de la Ley 100 de 1993, al no haber iniciado los trámites para el cobro de los aportes pendientes al sistema pensional, a cargo de los ex empleadores de la accionante MARIA MERCEDES MÁRQUEZ BOTERO?

(I)

LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO

El fundamento constitucional de la acción de cumplimiento se encuentra contenido en el artículo 87 de la Carta Política, que a la letra expresa:

“Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido”.

Pretendió entonces el constituyente mediante la acción de cumplimiento, conferir a todas las personas la posibilidad de acudir ante la jurisdicción contenciosa administrativa para lograr la efectividad de las leyes y de los actos administrativos, protegiendo de esta manera el orden jurídico y social del

Estado. De igual modo, el precepto 146 de la Ley 1437/11, haciendo eco de la norma superior consagró que,

“Toda persona podrá acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, previa constitución en renuencia, para hacer efectivo el cumplimiento de cualesquiera normas aplicables con fuerza material de ley o actos administrativos”.

Con todo, el referido mecanismo judicial no está destinado a lograr el reconocimiento de derechos particulares en disputa, sino, como ya se ha dicho, a la protección del ordenamiento jurídico en abstracto a través del cumplimiento de deberes concretos de las autoridades, derivados de normas jurídicas de las estirpes aludidas (leyes o actos administrativos).

De esta forma lo consideró el Supremo Tribunal Constitucional mediante la sentencia C-1194 de 2001¹, expresando al respecto que:

“...De este modo, la acción de cumplimiento está encaminada a la ejecución de deberes que emanan de un mandato, contenido en la ley o en un acto administrativo, imperativo, inobjetable y expreso²-, y no al reconocimiento por parte de la administración de garantías particulares, o el debate, en sede judicial, del contenido y alcance de algunos derechos que el particular espera que se le reconozca³. Tampoco es un

¹ M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

² Las referencias a la jurisprudencia del Consejo de Estado son meramente ilustrativas. No son recogidas a título de "derecho viviente" que le fija el sentido a una norma legal ambigua objeto de control de constitucionalidad. Con los adjetivos mencionados la jurisprudencia del Consejo de Estado ha calificado al mandato que contiene la obligación presuntamente incumplida por parte de la administración. Cfr. la sentencia del proceso ACU 615 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección "A", 10 de marzo de 1999, Consejero Ponente: Flavio Augusto Rodríguez. En esta oportunidad se confirmó el fallo de instancia mediante el que se constató que CODENSA S.A. "está obligada a dar estricto cumplimiento a la Resolución 013 de 1998 acto administrativo de carácter general expedido por el Contralor de la ciudad de Bogotá".

³ Sobre este punto, la jurisprudencia producida por el Consejo de Estado al resolver diferentes acciones de cumplimiento es ilustrativa de la manera como se ha reservado la acción de cumplimiento para asegurar la protección de derechos indiscutibles a los particulares, ordenando a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido. A título de ejemplo pueden citarse las sentencias proferidas en los procesos ACU-120 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque, 22

mecanismo para esclarecer simplemente el sentido que debe dársele a ciertas disposiciones legales⁴, pues a pesar de la legitimidad que asiste a quien promueve todas estas causas, la acción de cumplimiento no resulta ser el medio idóneo para abrir controversias interpretativas lo cual no obsta, claro está, para que con el fin de exigir el cumplimiento de un deber omitido, el contenido y los alcances del mismo sean ineludiblemente interpretado⁵.

Así como el objeto de la acción de cumplimiento no es el reconocimiento de derechos particulares en disputa,

de enero de 1998. En esta oportunidad se afirmó que "para perseguir el pago de las cesantías el actor cuenta con otro instrumento de defensa judicial" distinto a la acción de cumplimiento. En el mismo sentido, también puede consultarse el fallo ACU 126 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección "A", Consejero Ponente: Dolly Pedraza De Arenas, 29 de enero de 1998. En esta oportunidad el Consejo desestimó la acción de cumplimiento planteada por el actor, pues pretendía que se ordenara al Centro de Rehabilitación integral de Boyacá "reconocer y pagar la prima técnica a la que tiene derecho", conflicto que corresponde dirimir a la jurisdicción contencioso administrativa por la vía pertinente. En el mismo sentido, pueden consultarse, también a título ilustrativo, los procesos ACU 558 (sentencia del 20 de febrero de 1998 C.P. Mariela Vega de Herrera), ACU 589 (sentencia del 25 de febrero de 1999 C.P. Juan de Dios Montes Hernández) y ACU 868 (sentencia del 9 de septiembre de 1999 C.P. Olga Inés Navarrete Barrero).

⁴ La jurisprudencia de la Corte Constitucional también ha establecido la necesidad de distinguir entre el objeto de la acción de cumplimiento (la realización de un deber omitido por la administración), y la discusión que puede plantearse alrededor del reconocimiento y garantía de un derecho subjetivo y particular, circunstancia frente a la cual existen otros mecanismos de defensa idóneos. Cfr. sentencia C-193 de 1998 MM.PP. Antonio Barrera Carbonell y Hernando Barrera Vergara. Se estudió aquí la demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 20., 30., 5º., y 9º., todos parcialmente de la Ley 393 de 1997. Como se dijo, uno de los puntos abordados en esta ocasión tiene que ver con la relación de la acción de cumplimiento con los mecanismos ordinarios de defensa jurídica respecto de la ejecución de actos administrativos de carácter particular. Se señaló, entonces, que: "cuando se trata de actos administrativos subjetivos, que crean situaciones jurídicas individuales, concretas y particulares, el cumplimiento efectivo del respectivo acto interesa fundamentalmente a la esfera particular de la persona y no a la que corresponde a la satisfacción de los intereses públicos y sociales. Por ello se justifica constitucionalmente, por considerarse razonable y no afectar el contenido esencial de la norma del artículo 87 constitucional, la previsión del legislador, en el sentido de que en tales casos, el afectado, o sea, a quien se le lesiona directamente su derecho pueda acudir a los mecanismos ordinarios que también éste ha instituido para lograr el cumplimiento de tales actos, porque dentro de la autonomía discrecional de que goza para la configuración de la norma jurídica, no resulta contrario al referido mandato constitucional que el precepto acusado permita la existencia de mecanismos alternativos para el cumplimiento de esta clase de actos, salvo cuando de no asegurarse la efectiva ejecución del acto particular y concreto se pueda derivar para el interesado 'un perjuicio grave e inminente'. En otros términos, no es inconstitucional que el Legislador haya considerado que la acción de cumplimiento no subsume de manera absoluta las acciones que existen en los diferentes ordenamientos procesales para asegurar la ejecución de actos de contenido particular o subjetivo".

⁵ No obstante, quizás por el contexto particular del caso, en varias oportunidades, al abordar diferentes aspectos de acciones de cumplimiento que son objeto de estudio por parte del

tampoco lo es el cumplimiento general de las leyes y actos administrativos. Dicha acción no consagra un derecho a la ejecución general e indiscriminada de todas las normas de rango inferior a la Constitución ni un derecho abstracto al cumplimiento de todo el ordenamiento jurídico. Su objeto fue especificado por el propio constituyente: asegurar el "cumplimiento de un deber omitido" contenido en "una ley o acto administrativo" (artículo 87 C.P.) que la autoridad competente se niega a ejecutar.

Dicho deber no es, entonces, el deber general de cumplir la ley, sino un deber derivado de un mandato específico y determinado. Este puede tener múltiples manifestaciones o modalidades, pero no tiene que consistir en una obligación clara, expresa y exigible porque el artículo 87 no consagró una acción de simple

Consejo de Estado, este Tribunal ha referido a la necesidad de corroborar la existencia de una obligación clara, expresa y exigible como elemento necesario para la prosperidad de la acción consagrada en el artículo 87 de la Constitución. Al respecto, valga citar, de manera puramente ejemplar, las sentencias producidas dentro de los procesos ACU 1039, sentencia del 13 de diciembre de 1999, C.P. Juan Alberto Polo Figueroa (esta sentencia es un buen ejemplo de los fundamentos teóricos que han servido al Consejo de Estado para avanzar en la aplicación del artículo 87 C.P. y la Ley 393 de 1997. Allí se hace alusión a los antecedentes de la acción de cumplimiento a través una referencia específica a la forma como funcionaba el writ of mandamus del derecho anglosajón); ACU 573, C.P. Daniel Suárez Hernández (En dicha oportunidad la Sala Tercera del Consejo de Estado consideró que la administración había incumplido la obligación clara, expresa y exigible contenida en el artículo 17 de la Ley 387 de 1997 afirmando: "La Sala precisa que, la acción de cumplimiento resulta procedente en el caso concreto, por la circunstancia de que el dispositivo legal contenido en el artículo 17, disciplina una conducta - débito prestacional - a cargo de las autoridades públicas o privadas que integran el sistema nacional de salud, conducta que supone desde luego, la ejecución de todas las medidas - acciones específicas y concretas -, tendientes a materializar los fines últimos para los cuales fue creado dicho sistema, para la atención integral de la población desplazada por la violencia"); ACU 634, sentencia del 18 de marzo de 1999, C.P. Juan de Dios Montes Hernández (Se consideró en esta ocasión que el incumplimiento por parte de la Empresa Comercial de Servicio de Aseo Limitada, ECSA, de un acto administrativo proferido por la Superintendencia de Servicios Públicos en el que constaba una obligación clara, expresa y exigible, constituía una circunstancia que bien podía ser objeto de una acción de cumplimiento). Esta forma de calificar la obligación de la administración que hace procedente la acción de cumplimiento tiene un antecedente claro, entre otros, en la jurisprudencia que jurisdicción contencioso administrativa desarrolló a partir del estudio de las acciones de cumplimiento en materia ambiental a las que se refiere la Ley 99 de 1993. El artículo 77 de esta normatividad señala que "el efectivo cumplimiento de las leyes o actos administrativos que tengan relación directa con la protección y defensa del medio ambiente podrá ser demandado por cualquier persona natural o jurídica, a través del procedimiento de ejecución singular regulado en el Código de Procedimiento Civil". Como se dijo la ejecución de una obligación clara, expresa y exigible es, entonces, una de las modalidades mediante las que se puede expresar el deber jurídico que se exige cumplir a la administración.

ejecución, sino una acción de mayor alcance. Para que pueda exigirse su cumplimiento el deber ha de predicarse de una entidad concreta competente, es decir, que existe jurídica y realmente y es destinataria del mandato contenido en la norma legal o administrativa. La entidad no tiene que haber sido la única destinataria del mandato, puesto que las normas generales que regulan una materia pueden tener como destinatarias, por ejemplo, a las autoridades de determinado sector o a todas las entidades de cierto tipo -v.gr. las comisiones de regulación-. De manera tal que el particular, quien actúa en interés propio, en representación de un tercero, o en defensa del interés general, tiene la facultad de exigir, precisamente, la adopción de una decisión, la iniciación o continuación de un procedimiento, la expedición de un acto o la ejecución de una acción material necesaria para que se cumpla el deber omitido, así éste haya sido establecido en una ley que no menciona específicamente a la autoridad renuente...” /Subrayas de la Sala/.

En este orden de argumentación y conforme al marco que determina la Ley 393/97 en relación con el medio de control utilizado, así como a los alcances dados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo sobre el particular, es que se determinan como requisitos esenciales⁶ para la procedencia de ese mecanismo, los siguientes:

- i. Que el deber jurídico cuyo cumplimiento se pida, se encuentre en normas aplicables con fuerza material de ley o en actos administrativos.
- ii. Que se acredite la constitución en renuencia al cumplimiento del deber, ocurrida ya sea por acción u omisión del exigido a cumplir,

⁶ Ver, entre otras, Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez. Sentencia de noviembre 2 de 2000. Radicación número: ACU-1694. Actor: LUZ MARINA ROJAS CASTRO.

o por la ejecución de actos o hechos que permitan deducir su inminente incumplimiento (arts. 8° Ley 393/97 y 161 num. 3 Ley 1437/11).

- iii. Que el mandato sea imperativo, inobjetable y que esté radicado en cabeza de la autoridad pública - entidad competente -, o del particular en ejercicio de funciones públicas -, frente a los cuales se reclame su cumplimiento (art. 5° y 6°).
- iv. Que no exista otro instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento del deber jurídico, a no ser que, de no proceder, se produzca un perjuicio grave e inminente para quien ejercite la acción (art. 9°).

(II)

LA NORMA PRESUNTAMENTE INCUMPLIDA

La parte demandante pretende que se ordene el cumplimiento del artículo 24 de la Ley 100 de 1993, que en su tenor literal establece:

“Corresponde a las entidades administradoras de los diferentes regímenes adelantar las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones del empleador de conformidad con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional. Para tal efecto, la liquidación mediante la cual la administradora determine el valor adeudado, prestará mérito ejecutivo.”

Para la parte demandante, del texto en mención emerge la obligación de la administradora de pensiones de adelantar las gestiones tendientes a lograr la consolidación de su historia laboral, mediante el cobro de los aportes que en su momento no hicieron los empleadores, todo ello con miras a la obtención de su derecho pensional.

El artículo 24 de la Ley de 1993 hace énfasis en uno de los cometidos principales de las entidades administradoras de pensiones en cualquiera de

los regímenes dentro del Sistema General de Seguridad Social, que consiste en adelantar las acciones tendientes al pago de los aportes que no se efectuaron durante la respectiva relación laboral.

La obligación en cita ha sido reiterada incluso por las normas más recientes sobre la materia, verbigracia, puede acudir al canon 178 de la Ley 1619 de 2019, por cuyo ministerio:

“La UGPP será la entidad competente para adelantar las acciones de determinación y cobro de las Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, respecto de los omisos e inexactos, sin que se requieran actuaciones persuasivas previas por parte de las administradoras.

PARÁGRAFO 1o. Las administradoras del Sistema de la Protección Social continuarán adelantando las acciones de cobro de la mora registrada de sus afiliados, para tal efecto las administradoras estarán obligadas a aplicar los estándares de procesos que fije la UGPP. La UGPP conserva la facultad de adelantar el cobro sobre aquellos casos que considere conveniente adelantarlos directamente y de forma preferente, sin que esto implique que las administradoras se eximan de las responsabilidades fijadas legalmente por la omisión en el cobro de los aportes (...) /Resalta el Tribunal/.

El deber legal de las administradoras de pensiones va más allá de la garantía del derecho pensional, pues implica liberar al afiliado y potencial beneficiario de la pensión de asumir los trámites de tipo administrativo relacionados con la financiación de la prestación, carga que se itera, corresponde a la entidad competente para el reconocimiento. Esta intelección responde también a la hermenéutica vertida de tiempo atrás por la Corte Constitucional, que parte de la distinción entre la prerrogativa pensional y los mecanismos de financiación, entendiendo que estos últimos no pueden fungir como una traba u obstáculo que impidan el legítimo disfrute de la pensión por su titular.

También en esta línea de interpretación, el Consejo de Estado ratifica que las administradoras de pensiones tienen la obligación de adelantar las gestiones tendientes al cobro de los aportes pensionales que no efectuaron los empleadores o afiliados durante la vida laboral, carga que no debe asumir quien solicita el reconocimiento pensional.

En auto de 20 de febrero de 2020 dictado en el expediente identificado con el número de radicación 25000-23-42-000-2016-02360-01(2505-18), el Consejo de Estado razonó sobre este particular (M.P. Rafael Francisco Suárez Vargas):

“(…) Para lograr lo anterior, el artículo 22 de la Ley 100 de 1993 establece la obligación del empleador de pagar los aportes al sistema de seguridad social en pensiones y determina que aquel «responderá por la totalidad del aporte aún en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador», y, en caso de que este omita dicha carga, el artículo 24 *ibidem*, creó la acción de cobro coactivo para que las entidades administradoras de pensiones hagan efectivo dicho pago. Al respecto, la norma consagra lo siguiente:

(…) De igual manera, el artículo 53 *ibidem*, establece las funciones de fiscalización que tienen las entidades administradoras de pensiones del régimen de prima media con prestación definida, así:

Artículo 53. Fiscalización e investigación. Las entidades administradoras del régimen solidario de prestación definida tienen amplias facultades de fiscalización e investigación sobre el empleador o agente retenedor de las cotizaciones al régimen, para asegurar el efectivo cumplimiento de la presente Ley. Para tal efecto podrán:

a. Verificar la exactitud de las cotizaciones y aportes u otros informes, cuando lo consideren necesario;

- b. Adelantar las investigaciones que estimen convenientes para verificar la ocurrencia de hechos generadores de obligaciones no declarados;
- c. Citar o requerir a los empleadores o agentes retenedores de las cotizaciones al régimen, o a terceros, para que rindan informes;
- d. Exigir a los empleadores o agentes retenedores de las cotizaciones al régimen, o a terceros, la presentación de documentos o registros de operaciones, cuando unos u otros estén obligados a llevar libros registrados;
- e. Ordenar la exhibición y examen de los libros, comprobantes y documentos del empleador o agente retenedor de las cotizaciones al régimen, y realizar las diligencias necesarias para la correcta y oportuna determinación de las obligaciones.

Conviene resaltar que la función fiscalizadora es de carácter administrativo y se orienta, principalmente, a investigar a quienes evaden el pago de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones. Esta atribución permite recaudar elementos que otorguen certeza para iniciar la acción de cobro coactivo de que trata el artículo 24 antes citado.

En conclusión, la obligación de hacer efectivo el pago de los aportes que no realizó el empleador recae en las entidades administradoras de pensiones, quienes deberán adelantar las respectivas acciones de cobro coactivo” /Resaltado del Tribunal/.

Y en oportunidad más reciente, mediante sentencia datada el 3 de junio de 2021 (M.P. Rafael Francisco Suárez Vargas, Rad. 47001-23-33-000-2016-00444-01(2404-19), el máximo tribunal de lo contencioso administrativo adujo sobre esta obligación:

“(…) Para la Sala someter a la demandante a presentar una reclamación en tal sentido implica dilatar la

posibilidad que tiene de disfrutar de la pensión de jubilación a la que evidentemente tiene derecho conforme se advierte del panorama expuesto y, por contera, se vulneran los principios y derechos constitucionales de aquella.

De esta manera corresponde a Colpensiones ejecutar las actuaciones pertinentes a fin de adelantar el cobro de los ciclos respecto de los cuales no registra pago de aportes por parte del Departamento Administrativo de Salud del Distrito de Santa Marta y no trasladar esa carga a la demandante como lo pretendía con los actos demandados, pues tal y como lo señaló el *a quo* la mora patronal no se puede constituir en un argumento válido para que el fondo de pensiones niegue el reconocimiento de la pensión de jubilación a un afiliado que tiene derecho a tal reconocimiento «inclusive, si la mora derivó del no cobro por parte de un fondo de pensiones anterior en el que estuviere afiliado el cotizante, habida cuenta que, en caso de ser así, el fondo que reconozca la pensión, se encuentra en plena facultad de repetir en contra de aquellas administradora en donde debieren encontrarse los aportes».⁷

La Corte Constitucional tuvo oportunidad de pronunciarse en Sentencia T-362 de 2011,⁸ en una situación fáctica similar en la que recordó que «la regla jurisprudencial en esta materia indica que el trabajador no tiene por qué asumir la mora del empleador en el pago de aportes ni la ineficiencia de

⁷ Aparte que se extrae de la sentencia proferida el 5 de diciembre de 2018 por el Tribunal Administrativo del Magdalena.

⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-362 de 2011, M.P. Mauricio González Cuervo.

la administración en el cobro de los mismos (...) ”

/Apartes destacados de la Sala/.

Recogiendo lo expuesto, para la Sala es diáfano que el texto legal invocado por la parte actora como fundamento de este mecanismo constitucional consagra una regla según la cual, es deber de las administradoras de pensiones proceder al cobro forzoso de aquellos aportes que durante la vida laboral del afiliado no hayan sido objeto de recaudo, bien por el incumplimiento de quien debía efectuarlos, o bien por inercia del respectivo fondo o caja de previsión, sin que pueda trasladarse esta carga al solicitante de la pensión, o que esta situación pueda fungir como argumento válido para hacer nugatorio el reconocimiento y ejercicio del derecho prestacional.

En este contexto y en función de los extremos litigiosos, en el expediente administrativo digital aportado por COLPENSIONES (PDF N° 10) se encuentra documentado lo siguiente:

(i) El 20 de septiembre de 2020, la accionante MARIA MERCEDES MÁRQUEZ BOTERO presentó ante COLPENSIONES solicitud de corrección de la historia laboral, puntualmente frente a 11.29 semanas en las que presentaba inconsistencias (págs. 1-3).

(ii) Mediante Oficio N° BZ2021_6499162-1351879 de 1° de julio de 2021, COLPENSIONES le indicó a la peticionaria que, *‘(...) con el ánimo de recuperar los aportes que solicita por parte del empleador ALZATE DE ESCOBAR LILIANA PATRICIA; acorde a los hallazgos, en ejercicio de las facultades otorgadas por la ley 100 de 1993, se procedió a requerir al empleador mediante proceso de cobro No. APP765533; caso de cobro No.2021_298116’* /Resaltado de la Sala/ (págs. 27-28).

(iii) Posteriormente, con Oficio BZ2020 _9467 448-2129236 de 15 de octubre de 2020, COLPENSIONES informó a la peticionaria sobre las acciones adelantadas, que el Tribunal sintetiza a continuación (págs. 97-100):

EMPLEADOR - PERIODO DE COTIZACIÓN	TIPO DE INCONSISTENCIA	RESPUESTA DE COLPENSIONES
LILIANA ALZATE DE ESCOBAR (enero de 2001)	Pagos insuficientes para cubrir la totalidad del periodo cotizado.	“(…) En razón a lo anterior, de acuerdo a las atribuciones que nos competen y a las leyes vigentes, en curso se encuentra la gestión para requerir al empleador el pago del ciclo pendiente”.
LILIANA ALZATE DE ESCOBAR (mayo de 2001)	No hubo pago por este período	“(…) hemos requerido al empleador el pago o aclaración del ciclo pendiente”.
LILIANA ALZATE DE ESCOBAR (octubre de 2001)	Pagos insuficientes para cubrir la totalidad del periodo cotizado.	“(…) en curso se encuentra la gestión para requerir al empleador el pago del ciclo pendiente”.
ADRIANA GIRALDO ESTRADA (enero de 2008)	Pagos insuficientes para cubrir la totalidad del periodo cotizado.	“(…) en curso se encuentra la gestión para requerir al empleador el pago del ciclo pendiente”.
ADRIANA GIRALDO ESTRADA (diciembre de 2008)	Pagos insuficientes para cubrir la totalidad del periodo cotizado.	“(…) en curso se encuentra la gestión para requerir al empleador el pago del ciclo pendiente”.

ADRIANA GIRALDO ESTRADA (marzo de 2013)	Pagos insuficientes para cubrir la totalidad del periodo cotizado.	“(…) en curso se encuentra la gestión para requerir al empleador el pago del ciclo pendiente”.
ADRIANA GIRALDO ESTRADA (marzo de 2017)	Pagos insuficientes para cubrir la totalidad del periodo cotizado.	“(…) en curso se encuentra la gestión para requerir al empleador el pago del ciclo pendiente”.
ADRIANA GIRALDO ESTRADA (marzo de 2018)	Pagos insuficientes para cubrir la totalidad del periodo cotizado.	“(…) en curso se encuentra la gestión para requerir al empleador el pago del ciclo pendiente”.
ADRIANA GIRALDO ESTRADA (diciembre de 2018)	Pagos insuficientes para cubrir la totalidad del periodo cotizado.	“(…) en curso se encuentra la gestión para requerir al empleador el pago del ciclo pendiente”.

(iv) Nuevamente en el mes de mayo de 2021, la accionante MÁRQUEZ BOTERO solicitó a COLPENSIONES iniciar los trámites para recuperar las semanas de cotización a cargo de su ex empleadora LILIANA ALZATE DE ESCOBAR, y pidió que, de no haberse adelantado dichas diligencias, se procediera a dar cumplimiento a lo previsto en el canon 24 de la Ley 100 de 1993 (págs. 51-52).

(v) Así mismo, COLPENSIONES, a través del Oficio BZ2021_6499162-1351879 fechado el 1° de julio de 2021 volvió a responderle a la accionante que *‘(...) con el ánimo de recuperar los aportes que solicita por parte del empleador ALZATE DE ESCOBAR LILIANA PATRICIA; acorde a los hallazgos, en ejercicio de las facultades otorgadas por la ley 100 de 1993, se procedió a requerir al empleador mediante proceso de cobro No. APP765533; caso de cobro No. 2021_298116’* (págs. 60-61), respuesta que guarda identidad con la brindada ante la misma solicitud presentada en el año 2020.

(vi) Finalmente, es de anotar que en el documento PDF N° 11, la entidad demandada aportó un reporte de semanas cotizadas, mismo que ninguna pertinencia ni fuerza probatoria ostenta en el sub lite, porque corresponde a una persona diferente de la demandante.

Como resultado del análisis judicial, es diáfano que COLPENSIONES no ha dado cabal cumplimiento a la obligación que le compete al tenor del artículo 24 de la Ley 100 de 1993, pues ante las peticiones de corrección de la historia laboral de la señora MARIA MERCEDES MÁRQUEZ BOTERO se ha limitado a contestar que se encuentra en trámite requerimientos ante los ex empleadores que no efectuaron las cotizaciones o que lo hicieron de manera incompleta.

No obstante, más allá de esas afirmaciones que ahora reitera en sede judicial, ninguna prueba o medio de acreditación ha allegado, con el cual pueda demostrarse, más allá de los supuestos requerimientos, que ha iniciado los procedimientos de cobro coactivo que expresamente impone el canon legal en cita, con las serias implicaciones que dicha inercia tiene sobre la consolidación del derecho pensional de la demandante.

Dicho de otra manera, ante el claro deber legal que prevé el artículo 24 de la Ley 100 de 1993, la afirmación de haber efectuado requerimientos a los ex empleadores en mora no basta ni satisface el contenido obligacional varias veces aludido, por el contrario, prolonga las barreras para materializar el derecho pensional que puede asistirle a la demandante, el cual depende de

manera directa de que COLPENSIONES ejerza las facultades de ejecución forzosa que el mismo texto normativo le otorga, más aun cuando pasados más de 1 año y 5 meses desde la primera petición, los procedimientos de cobro coactivo no se han iniciado.

En consecuencia, el Tribunal dispondrá que COLPENSIONES inicie de manera inmediata los trámites de cobro coactivo para consolidar las semanas de cotización faltantes en la historia laboral de la señora MARIA MERCEDES MÁRQUEZ BOTERO, los cuales deberá adelantar en los estrictos plazos del Estatuto Tributario, la Ley 1437 de 2011 y demás normas aplicables.

Se precisa indicar por último, que las manifestaciones hechas por la querellada sobre la existencia de otros medios para satisfacer las pretensiones de la parte actora no son de recibo, pues de un lado, no solo hay sustracción constitucional y legal a un deber claro que se omite, sino que los otros medios no pueden llevar a relevar de la obligación funcional a las entidades, y menos que se congestione la justicia cuando existen remedios procesales extrajudiciales, nada más y nada menos que de índole constitucional, para garantizar también derechos de las personas y las colectividades representados en el cumplimiento del ordenamiento jurídico.

Por lo discurrido es que el **Tribunal Administrativo de Caldas, SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,**

FALLA

DECLÁRASE que la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** ha omitido el deber funcional previsto en el artículo 24 de la Ley 100 de 1993.

En consecuencia,

ORDÉNASE a la entidad accionada que inicie de manera inmediata los trámites de cobro coactivo previstos en dicha norma, para consolidar las semanas de

cotización faltantes en la historia laboral de la señora MARIA MERCEDES MÁRQUEZ BOTERO, los cuales deberá adelantar en los estrictos plazos del Estatuto Tributario, la Ley 1437 de 2011, y demás normas aplicables.

Ejecutoriada esta providencia, **ARCHÍVESE** el expediente, previas las anotaciones del caso en el Programa Justicia Siglo XXI.

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según consta en Acta N° 006 de 2022.

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
DESPACHO 002
MAGISTRADA SUSTANCIADORA: PATRICIA VARELA CIFUENTES

Manizales, 11 de febrero de 2022

MEDIO DE CONTROL: PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES
COLECTIVOS

ACCIONANTES: RUBIAN DE JESÚS VINASCO DUQUE, MARIA NORELY
GRAJALES RENDÓN Y OTROS

ACCIONADOS: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA
PROSPERIDAD SOCIAL – MUNICIPIO DE SUPÍA -
CALDAS.

RADICADO: 17 001 23 33 000 2022 000008

Antes de pronunciarse el Despacho sobre la medida cautelar solicitada, **SE REQUIERE** al dr JUAN CARLOS HERRERA BARRERO, quien se anuncia como apoderado del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, para que corrija el poder allegado otorgado por la dra Lucy Edrey Acevedo Meneses, toda vez que dicho documento debe expedirse conforme al artículo 74 del CGP, esto es, autenticado ante Notario, o según el artículo 5° del decreto 806 de 2020, o sea, otorgado a través de mensaje de datos originado en la poderdante. **PARA EL EFECTO SE LE CONCEDE UN TÉRMINO DE TRES (3) DÍAS** so pena de no considerarse la intervención.

SE ADVIERTE a las partes que toda comunicación que deban hacer llegar a este Despacho, sea enviada en formato PDF al correo institucional tadmin02cld@notificacionesrj.gov.co, para lo cual deberán identificar plenamente el expediente de que se trata, con indicación del número de radicado y las partes, so pena de no tenerse como recibidas.

NOTIFÍQUESE

Firmado Por:

Patricia Varela Cifuentes
Magistrado
Oral 002

Tribunal Administrativo De Manizales - Caldas

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

Código de verificación:

ff583a64f1a53dd1235cf2f4163d27df9430087d3147722341198771d93ad5ee

Documento generado en 11/02/2022 03:13:08 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADA PONENTE: PATRICIA VARELA CIFUENTES

Manizales, once (11) de febrero de dos mil veintidós (2022).

MEDIO DE CONTROL: Reparación de perjuicios causados a un grupo
RADICADO: 17-001-23-33-000-2019-00093-00
DEMANDANTE: María Claudia Villada Marín y Otros
DEMANDADO: Corporación Autónoma Regional de Caldas –
CORPOCALDAS – Municipio de Neira y Otros
AUTO NO. 25

Surtido el traslado de la prueba documental allegada fuera de audiencia, y no habiendo más medios probatorios pendientes de recolectar, se entiende que ha sido practicada y controvertida la misma; por tanto, los documentos se incorporan al expediente y serán valorados de conformidad con la ley al momento de dictar sentencia.

Córrase traslado a las partes y al Ministerio Público por el término común de cinco (05) días para que presenten sus alegatos de conclusión y concepto, respectivamente.

Se advierte a las partes y demás intervinientes, que deben aportarse todos los memoriales a través de mensaje de datos, enviados al correo electrónico tadmin02cld@notificacionesrj.gov.co, siendo éste el único medio oficial para la recepción de documentos; por lo que, cualquier mensaje enviado a otra dirección no será tenido en cuenta.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

Patricia Varela Cifuentes

Magistrado

Oral 002

Tribunal Administrativo De Manizales - Caldas

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

Código de verificación:

a598664b36fd40a33089a3155944728264da64371da7f29bfcdf2c02bbb7bd0f

Documento generado en 11/02/2022 02:09:18 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>