

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES

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

Radicado: 1700133330042017-00373-00
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante: María Dolly Serna de Salazar o Serna Agudelo
Accionado: UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN
PENSIONAL PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN
SOCIAL – UGPP
Sentencia: No. 221

1. ASUNTO

Se profiere sentencia de primera instancia, dentro del proceso de la referencia.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones:

- Declarar la nulidad del acto ficto originado con la petición del 14 de marzo de 2017, a través del cual se negó el reconocimiento y pago de la pensión gracia a la demandante, MARÍA DOLLY SERNA SALAZAR.
- Ordenar a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIÓN PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -U.G.P.P que a título de restablecimiento del derecho, reconozca la pensión gracia a la que tiene derecho la demandante, MARÍA DOLLY SERNA SALAZAR, por cumplir con los requisitos establecidos en la Ley 114 de 1913.
- Ordenar a la UGPP que indexe las sumas debidas.
- Ordenar a la UGPP que cancele los intereses moratorios.
- Condenar a la demandada al pago de costas.

2.2. Supuestos fácticos:

El 14 de marzo de 2017, la señora MARIA DOLLY SERNA DE SALAZAR, solicitó a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -U.G.P.P-, el reconocimiento de la pensión gracia a la que tiene derecho, por reunir los requisitos de ley, es decir, tener más de 50 años de edad, más de 20 años de servicio en el Magisterio y haber sido nombrada con anterioridad al 31 de diciembre de 1980 por el Departamento de Caldas como Profesora Vocacional, sin obtener respuesta al momento de interponer la presente demanda.

2.3. Normas violadas y concepto de violación:

- Artículo 4 de la Ley 4 de 1966
- Art. 4º y ss de la Ley 114 de 1913.
- Ley 37 de 1933.
- Ley 91 de 1989.
- Art. 10 de la Ley 43 de 1975.
- Artículos 1, 2, 13, 25, 29, 48, 53 y 58 de la Constitución Política.
- Ley 100 de 1993
- Ley 797 de 2003.

Afirma que de la información laboral se puede determinar con claridad sobre las funciones de PROFESORA VOCACIONAL en entidad territorial; que de conformidad con las normas citadas, la demandada desconoce flagrantemente su contenido al negar a la accionante el reconocimiento y pago de la pensión gracia a la cual tiene derecho por reunir los requisitos exigidos en la norma, convirtiéndose en una dilación injustificada, ya que la ley 114 de 1913 creó la pensión gracia para los maestros de las escuelas primarias oficiales que hayan servido en el magisterio por un término no menor de 20 años, y los requisitos es que no haya recibido ni reciba actualmente otra pensión o recompensa de carácter nacional; por lo tanto, no obsta que un maestro pueda recibir a un mismo tiempo sendas pensiones como tal, concedidas por la Nación o por un Departamento.

Trae antecedente jurisprudencial del Consejo de Estado, por medio del cual se revocó fallo de primera instancia del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, donde se planteó un caso igual.

2.4. Contestación de la demanda:

Como argumentos de defensa, la UGPP expuso que la entidad obró de acuerdo a la Ley, por tanto no deben prosperar las pretensiones de la señora MARÍA DOLLY SERNA DE SALAZAR.

Igualmente propuso la excepción de **INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION Y COBRO DE LO NO DEBIDO**, con el argumento de que el acto administrativo no viola ninguna norma constitucional sino que se ajusta plenamente al régimen jurídico que le era aplicable, diferenciando el aprendizaje formal del no formal, para concluir que el tiempo de servicio prestado al Departamento de Caldas por la accionante como Profesora Vocacional no corresponde al cargo de docente y que, en la base de datos del FOMAG no se halla registro alguno relacionado con esta que permita evidenciar que prestó sus servicios como docente Nacionalizado Departamental, municipal o distrital.

Igualmente propuso las excepciones de **BUENA FE**, principio evidenciado en todas las actuaciones de la UGPP, que al negar la solicitud de la accionante no se hizo de manera arbitraria, amañada, ni muchos menos vulnerando normatividad alguna de la que pudiera inferirse mala fe, pues dichos actos fueron emanados de conformidad con preceptos legales y la **GENÉRICA**, solicita se declare de oficio todo hecho a favor de la UGPP que constituya excepción frente a la pretensión de la accionante.

2.5. Traslado de excepciones

De las excepciones propuestas se corrió traslado a la parte demandante quien se pronunció reiterando las pretensiones y oponiéndose a que prosperen los referidos medios exceptivos.

3. CONSIDERACIONES

3.1. El Fondo del Asunto:

Se pretende en esta oportunidad la nulidad de la actuación administrativa que le negó a la parte demandante el reconocimiento y pago de la **PENSION GRACIA** bajo los preceptos de la Ley 114 de 1913.

3.2. Problema Jurídico:

*Conforme a los requisitos contenidos en la Ley 114 de 1913 ¿Tiene derecho la señora **MARIA DOLLY SERNA SALAZAR** a que se reconozca y pague la pensión gracia contenida en dicha normativa y demás reglas concordantes?*

Problema jurídico asociado:

¿Operó el fenómeno de la prescripción en el presente caso?

3.3. Premisas normativas y jurisprudenciales:

El Consejo de Estado en sentencia del 16 de octubre de 2020, se pronunció en un caso similar al que ahora convoca la atención del Juzgado de la siguiente manera:

“

La pensión gracia fue establecida por el artículo 1º de la Ley 114 de 1913 en favor de los maestros de las escuelas primarias oficiales, que hubiesen servido en el magisterio por un término no menor de 20 años.

Posteriormente, la Ley 116 de 1928 extendió el beneficio de la pensión gracia a los empleados docentes, profesores de las escuelas normales y a los inspectores de instrucción pública, autorizando a los docentes, según el artículo 6, a completar el tiempo requerido para acceder a la pensión, sumando los servicios prestados en diversas épocas, tanto en la enseñanza primaria como en la normalista, al asimilar para tales efectos la inspección de instrucción pública a la enseñanza primaria.

Por su parte, la Ley 37 de 1933, según el artículo 3, amplió el beneficio de la pensión gracia a los maestros de escuela que hubieren completado el tiempo de servicios señalado por la ley en establecimientos de enseñanza secundaria.

Así mismo, el literal a) del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, limitó la vigencia temporal del derecho al reconocimiento de la pensión gracia para los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980, siempre que reunieran la totalidad de los requisitos legales, al señalar textualmente la norma que:

“(…) Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieran desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la nación”.

La disposición transcrita fue objeto de análisis por la Sala Plena del Consejo de Estado en la sentencia S-699 de 29 de agosto de 1997¹, en el cual se fijaron algunos lineamientos sobre la pensión gracia, así:

“(…) La disposición transcrita se refiere de manera exclusiva a aquellos docentes departamentales o regionales y municipales que quedaron comprendidos en el mencionado proceso de nacionalización. A ellos, por habérseles sometido repentinamente a este cambio de tratamiento, se les dio la oportunidad de que se les reconociera la referida pensión, siempre que reunieran la totalidad de los requisitos y que hubiesen estado vinculados de conformidad con las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933, con el aditamento de su compatibilidad (...) También, que dentro del grupo de beneficiarios de la pensión gracia no quedan incluidos los docentes nacionales sino, exclusivamente, los nacionalizados que, como dice la Ley 91 de 1989, además de haber estado vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 “tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia (...) siempre y cuando cumplan con la totalidad de requisitos”. Y por último, que sin la ley 91 de 1989, en especial la norma contenida en el literal A, numeral 2, de su artículo 15, dichos servidores no podrían beneficiarse del reconocimiento de tal pensión, pues habiéndose nacionalizado la educación primaria y secundaria oficiales, dicha prestación, en realidad, no tendría el carácter de graciosa que inicialmente le asignó la ley”.

¹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia S-699 de 29 de agosto de 1997. M.P. Nicolás Pájaro Peñaranda, Actor: Wilberto Therán Mogollón.

La tesis anterior, fue reiterada por esta Corporación en la sentencia SUJ-11-S2 de 21 de junio de 2018² al señalar que “el numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 es de carácter transitorio, para no desconocer los derechos adquiridos en relación con la pensión gracia, en tratándose de los docentes nacionalizados”, concluyéndose, además que:

“para el reconocimiento y pago de la pensión gracia es indispensable acreditar el cumplimiento de la totalidad de los requisitos establecidos en la normativa que la regula, entre los que se encuentran, 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”.

Conforme lo antes expuesto, se precisa que la pensión gracia de jubilación se reconoce a aquellos docentes que hubiesen laborado de manera continua o discontinua antes del 31 de diciembre de 1980 y cumplan 20 años de servicios en establecimientos educativos del orden departamental, distrital o municipal³, cuya vinculación es de carácter territorial o nacionalizado, sin que sea posible acumular tiempos del orden nacional.

Acerca de la sentencia de unificación SUJ-11-S2 de 21 de junio de 2018 proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado

Debido a la disparidad de criterios que se plantearon en esta Sección del Consejo de Estado, con relación a si los docentes en cuyo nombramiento intervenía además del representante legal del ente territorial, un delegado del Ministerio de Educación Nacional del respectivo Fondo Educativo Regional, ostentaban el carácter de nacionales o nacionalizados, se señala que el 21 de junio de 2018⁴, se dictó la sentencia SUJ-11-S2 en la que se unificó el asunto.

En dicha providencia, esta Sección explicó que no es viable inferir que los docentes territoriales y/o nacionalizados se convierten en educadores nacionales cuando en el acto de su vinculación intervienen el representante legal de la entidad territorial y el delegado permanente del Ministerio de Educación Nacional como miembro de la Junta Administradora del respectivo Fondo Educativo Regional.

Lo anterior, según se indicó, en tanto lo relevante frente al reconocimiento de la pensión gracia, es la acreditación de la plaza a ocupar, esto es, que sea de carácter territorial o nacionalizada, máxime si se tiene en cuenta que, en lo que concierne a los educadores territoriales, el pago de sus acreencias provenía directamente de las rentas endógenas de la respectiva localidad, o de las exógenas —situado fiscal— cuando se sufragaban los gastos a través de los Fondos Educativos Regionales; y en lo que tiene que ver con los educadores nacionalizados, las erogaciones que estos generaban se enmarcan en los recursos del situado fiscal, hoy Sistema General de Participaciones.

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia SUJ2-011-S2 de 21 de junio de 2018. radicado 25000-23-42-000-2013-04683-01 (3805-2014). M.P. Carmelo Perdomo Cuéter, Actor: Gladys Amanda Hernández Triana.

³ En este sentido se pronunció el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 9 de abril de 2014, radicado 25000-23-25-000-2012-00520-01(1914-13). M.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia SUJ2-011-S2 de 21 de junio de 2018. radicado 25000-23-42-000-2013-04683-01 (3805-2014). M.P. Carmelo Perdomo Cuéter, Actor: Gladys Amanda Hernández Triana.

Al respecto, se señaló en la sentencia SUJ-11-S2 de 21 de junio de 2018:

“3.5. Conclusiones preliminares: reglas de unificación.

i) Los recursos del **situado fiscal** que otrora transfería o cedía la Nación a las entidades territoriales, en vigencia de la Carta de 1886 y hasta cuando permanecieron en vigor en la Constitución de 1991, no obstante, su origen o fuente nacional, una vez se incorporaban a los presupuestos locales pasaban a ser de propiedad exclusiva de los referidos entes en calidad de rentas exógenas.

ii) Los entes territoriales son los titulares directos o propietarios de los recursos que les gira la Nación, provenientes del **sistema general de participaciones**, por asignación directa del artículo 356 de la Carta Política de 1991.

iii) La financiación de los gastos que generaban los **fondos educativos regionales** no solo dependía de los recursos que giraba la Nación a las entidades territoriales por concepto del **situado fiscal**, sino que también correspondía a los entes locales destinar parte de su presupuesto para atender al sostenimiento de los referidos fondos educativos (artículos 29 del Decreto 3157 de 1968; y 60, inciso 2º de la Ley 24 de 1988).

iv) Así como los **fondos educativos regionales** atendían los gastos que generaban los servicios educativos de los docentes nacionales y nacionalizados⁵, resulta factible colegir de manera razonada que lo propio acontecía con algunas de las erogaciones salariales originadas por el servicio que prestaban los educadores territoriales, ya que los recursos destinados para tal fin provenían tanto de la Nación —**situado fiscal**— como de las entidades territoriales, y además, en uno y otro caso, el universo de esos recursos le pertenecía de forma exclusiva a los entes locales dado que ingresaban a sus presupuestos en calidad de rentas exógenas y endógenas.

v) Por tanto, no es dable inferir que los docentes territoriales y/o nacionalizados se convierten en educadores nacionales (i) cuando en el acto de su vinculación interviene, además del representante legal 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 disponibilidad presupuestal⁶; y (ii) por el argumento de que los recursos destinados para su sostenimiento tienen su origen o fuente en la Nación.

vi) **Prueba de 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.

vii) **Origen de los recursos de la entidad nominadora.** Lo esencialmente relevante, frente al reconocimiento de la pensión gracia, es la acreditación de la plaza a ocupar, esto es, que sea de carácter territorial o nacionalizada, pues conforme a los lineamientos fijados por la Sala en esta providencia, en lo que respecta a los educadores territoriales, el pago de sus acreencias provenía directamente de las rentas endógenas de la respectiva localidad, o de las exógenas —**situado fiscal**— cuando se sufragaban los gastos a través de los **fondos**

⁵ Al respecto se puede consultar el Decreto 3157 (artículo 34) de 1968, la Ley 43 (artículo 6) de 1975, el Decreto 102 de 1976, la Ley 24 (artículo 54) de 1988, y el Decreto 1706 (artículo 10) de 1989.

⁶ Artículo 73 (numerales 8 y 15) del Decreto 525 de 1990.

educativos regionales; y en lo que tiene que ver con los educadores nacionalizados, las erogaciones que estos generaban se enmarcan en los recursos del **situado fiscal**, hoy **sistema general de participaciones**.

En los anteriores términos ha de entenderse rectificadada cualquier decisión que en sentido disímil haya adoptado alguna de las salas de subsección en el pretérito”....”

La educación no formal como parte del servicio público educativo:

En la contestación a la demanda sostiene la entidad que la señora MARÍA DOLLY SERNA SALAZAR no es beneficiaria de la pensión gracia, toda vez que el servicio prestado fue a la EDUCACIÓN NO FORMAL.

Revisados los Decretos 2277 de 1979 y 3011 de 1997 vigentes para el momento de la vinculación de la demandante, permiten afirmar que las tareas propias desempeñadas por un educador NO FORMAL, sí implican el ejercicio de la actividad docente, toda vez que éstas se relacionan con el proceso de instrucción formal sujeto a las normas del sistema educativo y a las directrices impartidas por el Ministerio de Educación Nacional. Para mayor ilustración se transcribe el artículo 2 del Decreto 2277 de 1979 y los artículos 1 y 5 del Decreto 3011 de 1997 los cuales en su tenor literal se leen así:

Decreto 2277 de 1979:

“Artículo 2º.- Profesión docente. Las personas que ejercen la profesión docente se denominan genéricamente educadores.

Se entiende por profesión docente el ejercicio de la enseñanza en planteles oficiales y no oficiales de educación en los distintos niveles de que trata este Decreto. Igualmente incluye esta definición a los docentes que ejercen funciones de dirección y coordinación de los planteles educativos, de supervisión e inspección escolar, de programación y capacitación educativa, de conserjería y orientación de educandos, de educación especial, de alfabetización de adultos y demás actividades de educación formal autorizadas por el Ministerio de Educación Nacional, en los términos que determine el reglamento ejecutivo.

Decreto 3011 de 1997:

“Artículo 1º. La educación de adultos, ya sea formal, no formal o informal hace parte del servicio público educativo, y se regirá por lo dispuesto en la Ley 115 de 1994, sus decretos reglamentarios, en especial los Decretos 1860 de 1994, 114 de 1996 y las normas que los modifiquen o sustituyan y lo previsto de manera especial, en el presente decreto.

Se regirá igualmente por las disposiciones que para el efecto dicten las entidades territoriales según sus competencias.”

“Artículo 5º. La educación de adultos ofrecerá programas de:

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia SUJ2-011-S2 de 21 de junio de 2018. radicado 25000-23-42-000-2013-04683-01 (3805-2014). M.P. Carmelo Perdomo Cuéter, Actor: Gladys Amanda Hernández Triana.

1. **Alfabetización.**
 2. *Educación básica.*
 3. *Educación media.*
 4. **Educación no formal.**
 5. *Educación informal.”*
- (Subrayas y negrillas del Despacho)



Al respecto, las normas en cita le permiten arribar a la conclusión de que la educación no formal, dispuesta por el Gobierno Nacional, implica el ejercicio de la actividad docente en estricta observancia de los contenidos curriculares diseñados por el Ministerio de Educación Nacional, de acuerdo a las necesidades y el entorno de la comunidad educativas del país, así lo ha manifestado el Consejo de Estado en diferentes pronunciamientos:

“La educación para adultos, ya sea formal, no formal o informal hace parte del servicio público educativo, por lo que los educadores oficiales que prestan allí sus servicios en sus diferentes niveles o modalidades (alfabetización, educación básica, educación media. etc., incluyendo los cargos relativos a funciones distintas a la estrictamente educativa, según voces del inciso segundo del artículo 2º del comentado Decreto 2277 de 1979) están cobijados enteramente por el Estatuto Docente.

Como la actividad desempeñada por el actor encaja dentro de la normativa mencionada (docente de electricidad, responsable de la formación técnica de jóvenes y adultos en el área formal `bachillerato nocturno` y no formal – fl. 45), es claro para la Sala que los tiempos servidos en el Instituto de Educación Integral Para Jóvenes y Adultos “Alfonso López Pumarejo” son útiles y se pueden computar para efectos del reconocimiento de la pensión gracia.

La pensión gracia, establecida por virtud de la Ley 114 de 1913, comenzó siendo una prerrogativa gratuita que reconocía la Nación a cierto grupo de docentes del sector público: los maestros de educación primaria de carácter regional o local; grupo que luego, cuando se expidieron las leyes 116 de 1928 y 37 de 1933, se amplió a los empleados y profesores de las escuelas normales, a los inspectores de instrucción pública y a los maestros de enseñanza secundaria. Y se dice que constituye privilegio gratuito porque la Nación hace el pago sin que el docente hubiese aportado para ella.

En este caso, está probado que el demandante laboró por espacio de 30 años, 11 meses y 18 días en la entidad territorial “Instituto de Educación Integral para Jóvenes y Adultos `Alfonso López Pumarejo`”, tiempo comprendido entre el 1 de febrero de 1969 y 18 de enero de 2000, (fl. 113).

En este orden de ideas, se encuentra acreditado que el actor laboró por más de veinte años como docente en una entidad territorial, requisito, que junto con la edad (50 años – 14 de agosto de 1999 – fl. 35), le dan derecho al reconocimiento de la pensión gracia. En tales condiciones la providencia apelada que denegó las pretensiones de la demanda deberá ser revocada.”⁸

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda- Subsección "A", C.P. Jaime Moreno García, primero (1) de febrero de dos mil siete (2007), Radicación número: 76001-23-31-000-2001-03755-01(8533-05).

El Tribunal Administrativo de Caldas también se pronunció sobre el tema⁹:

“...Quiere significar la norma transcrita, que la educación para adultos, ya sea formal, no formal o informal hace parte del servicio público educativo, por lo que los educadores oficiales que prestan allí sus servicios en sus diferentes niveles o modalidades (alfabetización, educación básica, educación media, etc, incluyendo los cargos relativos a funciones distintas a la estrictamente educativa, según voces del inciso segundo del artículo 2º del comentado Decreto 2277 de 1979) están cobijados enteramente por el Estatuto Docente¹⁰.

Ahora bien, dicho tiempo de servicio debe computarse aun cuando el docente lo hubiese prestado en una institución educativa no formal, de acuerdo con el Decreto 3011 de 1997 atrás citado. Vale la pena traer a colación reciente jurisprudencia del H, Consejo de Estado del año 2013 en la cual en caso similar al aquí tratado explicó:

Descendiendo al caso en examen, y de acuerdo con la certificación expedida por el Jefe de Personal del Instituto Tecnológico Metropolitano, en dicho ente educativo se imparte educación formal, lo que desvirtúa el argumento expuesto en la resolución que negó el reconocimiento pensional del actor, al sustentar su decisión en que el docente laboró en una institución educativa de educación no formal.

De otra parte debe señalarse que así el Instituto fuera de educación no formal, los tiempos servidos por los docentes allí debe contabilizarse para efectos del reconocimiento de la pensión graciosa en los términos del Decreto 3011 de 1997, el cual ya fue transcrito¹¹...

De las normas y pronunciamientos jurisprudenciales citados, es claro para el Juzgado que el tiempo de servicio prestado en la educación no formal sirve para acreditarlo como requisito para hacerse acreedor a la Pensión Gracia.

3.4. Hechos relevantes probados en el presente asunto:

- **Edad:** Teniendo en cuenta que para lograr el reconocimiento pensional, se requiere del cumplimiento de 50 años de edad, tal como lo consagra la Ley 114 de 1913, en este asunto se tiene acreditado que la señora María Dolly Serna de Salazar nació el **26 de enero de 1936** -de conformidad con la copia cédula de ciudadanía (Exp. Digital 02C2Fls 21)-; es decir, cumplió los 50 años el **1 de enero de 1986**.
- **Buena conducta:** Exigencia que conforme lo ha precisado el Consejo de Estado, hace referencia al desempeño del docente con honradez y consagración, se tiene que en la actuación administrativa aportada por la entidad demandada, obra declaración juramentada de la accionante en la que así lo manifestó, circunstancia que no fue desvirtuada dentro del trámite procesal.

⁹Tribunal Administrativo de Caldas, M.P. Carlos Mario Arango Hoyos, diez (10) de abril del año dos mil catorce (2014), Rad. 17001-33-31-012-2011-00530-01

¹⁰Ver sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección A, C.P. Dr. Jaime Moreno García, Radicación número: 76001-23-31-000-2001-03755-01(8533-05. ACTOR: EDUARDO GUTIERREZ NUÑEZ. Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL.

¹¹ CONSEJERO PONENTE: GERARDO ARENAS MONSALVE. Expediente: 05001233100020080079401. Referencia: 1255-2012. Actor: JHON JAIRO RIOS SOSA. Demandado CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL EN LIQUIDACION -CAJANAL-. AUTORIDADES NACIONALES. Bogotá, D.C., siete (7) de marzo de dos mil trece (2013).

➤ **Vinculación laboral:**

- ✓ La accionante fue vinculada en la Secretaría de Educación Departamental como Profesora Catedrática, el 1 de marzo de 1973, con lo que se acredita el primero de los requisitos relacionado con la vinculación anterior al 31 de diciembre de 1980.
- ✓ La aludida docente fue trasladada de Profesora Catedrática a Profesora de Nivel B en Enseñanza Vocacional mediante Decreto No. 355 del 30 de abril de 1975 (folios 39-40, exp. digital 01C1), tal y como se corrobora con el precitado Decreto y la correspondiente acta de Posesión obrante a folio 41 ibidem.
- ✓ Que el tiempo laborado por la accionante en el sector público Departamental o Distrital en el cargo de Profesora Catedrática desde el 1/03/1973 hasta el 28/05/1975 y el de PROFESORA NIVEL B DE ENSEÑANZA VOCACIONAL del 26/05/1975 al 31/12/1993 se encuentra acreditado con los certificados de Información Laboral formato 1 del 18/10/2016 y el Certificado No. 0661, expedidos por el Departamento de Caldas (Exp. Digital fl. 25 Archivo 01C1Fls1A113), el cual corresponde a 20 años, 9 meses; es decir, superior a 20 años de servicio, certificados que indican que la vinculación perteneció al “*Sector Público Departamental o Distrital*”¹².
- ✓ **El 14 de marzo de 2017**, la demandante radicó solicitud de reconocimiento y pago de la Pensión Gracia a la cual considera, tiene derecho, la que fue resuelta mediante el acto ficto negativo que aquí se demanda.

En este orden de ideas, se concluye que la actora cumple con los requisitos exigidos por la norma, esto es, la edad de 50 años; se vinculó como docente antes del 31 de diciembre de 1980, laboró más de 20 años de servicios como docente del sector PÚBLICO DEPARTAMENTAL en el Departamento de Caldas, en los cargos de PROFESORA CATEDRÁTICA y PROFESORA NIVEL B DE ENSEÑANZA VOCACIONAL.

Incluso frente a la vinculación laboral, huelga resaltar que para conservar el derecho a la pensión no era necesario que la vinculación docente estuviera vigente al 31 de diciembre de 1980 puesto que la exigencia de la ley fue que hubiese tenido vinculación territorial antes de la mencionada fecha. Así lo precisó la Sección Segunda, Subsección “A”, en sentencia del 18 de febrero de 2010, con ponencia del Consejero GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN, expediente con radicado número 25000-23-25-000-2006-

¹² Conforme lo enunció el Consejo de Estado en sentencia de unificación, “*en lo que respecta a los docentes territoriales, por una parte, que el pago de sus acreencias provenía directamente de las rentas endógenas de la respectiva localidad, o de las exógenas —situado fiscal— cuando se sufragaban los gastos a través de los fondos educativos regionales; y por otra, en lo que tiene que ver con los educadores nacionalizados, las erogaciones que estos generaban se enmarcan en los recursos del situado fiscal, hoy sistema general de participaciones*”.

07030-01 (2093-08)¹³.

En este punto se recuerda lo dicho por la citada Alta Corporación "...La pensión gracia, establecida por virtud de la Ley 114 de 1913, comenzó siendo una prerrogativa gratuita que reconocía la Nación a cierto grupo de docentes del sector público: los maestros de educación primaria de carácter regional o local; grupo que luego, cuando se expidieron las leyes 116 de 1928 y 37 de 1933, se amplió a los empleados y profesores de las escuelas normales, a los inspectores de instrucción pública y a los maestros de enseñanza secundaria..." Agregando que "... la educación para adultos, ya sea formal, no formal o informal hace parte del servicio público educativo, por lo que los educadores oficiales que prestan allí sus servicios en sus diferentes niveles o modalidades (alfabetización, educación básica, educación media, etc, incluyendo los cargos relativos a funciones distintas a la estrictamente educativa, según voces del inciso segundo del artículo 2º del comentado Decreto 2277 de 1979) están cobijados enteramente por el Estatuto Docente..."¹⁴

En ese orden, la demandante acreditó en debida forma los requisitos necesarios para acceder a la prestación reclamada a través del presente medio de control y por consiguiente, se accederá a las súplicas de la demanda, declarando la nulidad del acto administrativo ficto demandado, originado con la petición del 14 de marzo de 2017 ya que debió reconocerse la Pensión Gracia de acuerdo con lo previsto en las Leyes 114 de 1913 y demás normas concordantes.¹⁵

Se ordenará a la UGPP para que proceda al reconocimiento de la Pensión Gracia a la demandante quien cumplió los requisitos el día **1 de agosto de 1993**, la cual, conforme al artículo 5º del Decreto 1743 de 1966¹⁶ reglamentario de la Ley 4ª de 1966 habrá de liquidarse con el promedio del 75% de los salarios devengados durante el año anterior a la adquisición del status pensional, es decir, entre el **primero (1) de agosto de 1992 y el 1 de agosto de 1993**, entendiéndose por salario¹⁷ la totalidad de los ingresos que recibe el trabajador por sus servicios.

¹³ Precisé:

"-La pensión gracia dejó de tener vigencia para los docentes territoriales o nacionalizados vinculados por primera vez a partir del 31 de diciembre de 1980.

- Atendiendo el artículo 6º de la Ley 116 de 1928 pueden sumarse para la pensión gracia años de servicio prestados en diversas épocas.

- La interrupción del vínculo laboral de un docente no es una causa de pérdida de la expectativa frente a la pensión gracia amparada por la Ley 91 de 1989.

- Quienes siendo territoriales o nacionalizados antes del 31 de diciembre de 1980 interrumpieron la prestación de sus servicios renuncia o por cualquier otra causa y posteriormente ingresaron al servicio educativo con una expectativa respecto de este beneficio, deben completar el tiempo de servicios exigido para tal efecto bajo vinculación de carácter territorial o nacionalizado para conservar el derecho".

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, C.P. Jaime Moreno García, primero (1) de febrero de dos mil siete (2007), Radicación número: 76001-23-31-000-2001-03755-01(8533-05).

¹⁵ Se puede consultar sentencia Tribunal Administrativo de Caldas, M.P. Carlos Manuel Zapata Jaimes, rad. 17001-33-33-004-2014-00535-02

¹⁶ "ARTÍCULO 5o. <Artículo modificado por el artículo 1 del Decreto 2025 de 1966. El nuevo texto es el siguiente:> **A partir del veintitrés de abril (23) de 1966 inclusive, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o unas entidades de Derecho Público, serán liquidadas y pagadas tomando como base el setenta y cinco (75%) del promedio mensual de salarios devengados durante el último año de servicios...**"

¹⁷ El término "salario" ha sido definido por el Diccionario de la Real Academia como el "Estipendio o recompensa que los amos dan a los criados por razón de su servicio o trabajo. Por Ext. Estipendio con que se retribuyen servicios personales". A su vez el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, tomo VI de G. Cabanellas, L. Alcalá -Zamora, respecto del concepto de salario dice: "El salario es la compensación que recibe el obrero o empleado a cambio de ceder al patrono todos sus derechos sobre el trabajo realizado. Comprende la totalidad de los beneficios que el trabajador obtiene por sus servicios u obras, no sólo la parte que recibe en metálico o especie, como retribución inmediata y directa de su labor; sino también las indemnizaciones por espera, por impedimento o interrupciones del trabajo, aportaciones patronales, por los seguros y bienestar, beneficios a los herederos y conceptos semejantes. (...)".

3.5. De la prescripción de mesadas:

El Consejo de Estado sobre este aspecto ha precisado¹⁸:

“El Decreto N° 3135 de 1968¹¹ dispuso en su artículo 41 lo siguiente:

“ARTÍCULO 41. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este decreto prescribirán en tres años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.”

El Decreto N° 1848 de 1969¹² por su parte expresó al respecto:

“ARTÍCULO 102.- Prescripción de acciones.

1. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.”

De las normas reseñadas, la Sala concluye lo siguiente:

1. Las acciones que emanan de los derechos laborales y prestacionales, prescriben en 3 años contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles.

2. El simple reclamo escrito de la titular, interrumpe la prescripción por una sola vez y por un lapso igual.

Ahora bien, la jurisprudencia de la Corporación ha expuesto al respecto varios pronunciamientos relacionados con la prescripción de las mesadas pensionales, dentro de los cuales se citarán los siguientes, que tratan de un caso similar al que se estudia:

“....

De lo anterior se concluye, que el término de prescripción empieza a correr a partir de la fecha en que el derecho se haya hecho exigible, y que la interrupción se presenta en un lapso igual contados desde presentación de la reclamación administrativa.

Es decir, que luego de presentada la petición de un derecho, el interesado cuenta con 3 años para demandar el reconocimiento del derecho, en caso de que la entidad requerida sea renuente a dar respuesta a la misma, so pena de activarse el fenómeno prescriptivo, y de esta manera evitar la pérdida del derecho a las prestaciones periódicas que se llegaren a ver afectadas por el transcurso del tiempo...”

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, dos (2) de febrero de dos mil diecisiete (2017), Radicación No. 150012333000201300718 01 (1218-2015).

La demandante obtuvo el derecho al reconocimiento pensional al cumplimiento de los 50 años de edad el **1 de agosto de 1993** y con las pruebas allegadas se corrobora que realizó petición de reconocimiento de la Pensión Gracia el **14 de marzo de 2017**, resuelta mediante el acto ficto negativo demandado, interrumpiendo con ella la prescripción de las mesadas pensionales. La demanda fue presentada el 21 de julio de 2017. En ese sentido, las mesadas causadas con anterioridad al 14 de marzo de 2014 ya se encuentran prescritas.¹⁹

Por lo tanto, a título de Restablecimiento del Derecho, se ordenará a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTION PENSIONAL Y PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL**, reconocer y pagar a la señora **MARIA DOLLY SERNA DE SALAZAR o SERNA AGUDELO**, la Pensión Gracia a partir del **1 de agosto de 1993 (cumplimiento de los 20 años de servicios)** con efectos fiscales a partir del **14 de marzo de 2014** por prescripción trienal, en cuantía del 75% de los factores salariales devengados durante el año anterior a la adquisición del status pensional.

Las anteriores sumas deberán pagarse dentro de los términos fijados por el artículo 192 del C.P.C.A. y debidamente INDEXADAS o ajustadas según el índice de precios al consumidor para lo cual tendrá en cuenta la fórmula siguiente:

$$R = \frac{R_h \text{ índice final}}{\text{índice inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh) que es lo dejado de percibir por la demandante, desde la fecha a partir de la cual se le debe reconocer la Pensión Gracia, hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de la sentencia, por el índice inicial vigente para la fecha en que debió hacerse el pago.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes empezando por la primera mesada pensional que se debió reajustar teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

3.6. Condena en costas:

Partiendo del criterio objetivo que ha venido sustentando el H. Consejo de Estado para la imposición de las costas, se impondrá condena a la parte

¹⁹ Al respecto ver sentencia C-412 de 1997 de la H. Corte Constitucional y art. 94 del C. G. del P.

demandada teniendo en cuenta que no se debe evaluar la conducta de las partes (temeridad o mala fe), sino aspectos objetivos respecto de su causación, tal como lo prevé el Código General del Proceso, con el fin de darle plena aplicación a su artículo 365. Al respecto²⁰ se indicó que:

“...El concepto de las costas del proceso está relacionado con todos los gastos necesarios o útiles dentro de una actuación de esa naturaleza y comprende los denominados gastos o expensas del proceso llamados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo gastos ordinarios del proceso y otros como son los necesarios para traslado de testigos y para la práctica de la prueba pericial, los honorarios de auxiliares de la justicia como peritos y secuestres, transporte de expediente al superior en caso de apelación, pólizas, copias, etc.

Igualmente, el concepto de costas incluye las agencias del derecho que corresponden a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, que el juez reconoce discrecionalmente a favor de la parte vencedora atendiendo a los criterios sentados en los numerales 3° y 4° del artículo 366 del C.G.P, y que no necesariamente deben corresponder al mismo monto de los honorarios pagados por dicha parte a su abogado los cuales deberán ser fijados contractualmente entre éstos conforme a los criterios previstos en el artículo 28 numeral 8° de la ley 1123 de 2007...”

Siendo ello así, y considerando que en el presente asunto las costas se han causado respecto a las agencias en derecho, en tanto la parte demandante tuvo que desplegar su demanda a través de abogado, habrá de condenarse a su pago a la entidad y a favor de la demandante, liquidación que se realizará conforme a las normas del C.G. del P., antes referida.

En razón y mérito de lo expuesto, el JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE MANIZALES, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

4. FALLA

PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN y COBRO DE LO NO DEBIDO y probada parcialmente la de PRESCRIPCIÓN propuestas por la UGPP.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad del acto ficto negativo originado con la petición presentada el 14 de marzo de 2017 por medio del cual la **UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTION PENSIONAL Y PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL** negó el reconocimiento y pago de la Pensión Gracia a la señora **MARÍA DOLLY SERNA DE SALAZAR o MARÍA DOLLY SERNA AGUDELO**.

²⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda - Subsección “A”, C.P. William Hernández Gómez, siete (7) de abril de dos mil dieciséis (2016), Rad. 13001-23-33-000-2013-00022-01.

TERCERO: ORDENAR a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTION PENSIONAL Y PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL**, que a título de restablecimiento del derecho, reconozca y pague a la señora **MARÍA DOLLY SERNA DE SALAZAR o MARÍA DOLLY SERNA AGUDELO**, la Pensión Gracia a la que tiene derecho, a partir del **1 de agosto de 1993**, con efectos fiscales a partir del **14 de marzo de 2014**, por haber operado el fenómeno de la prescripción; en cuantía del 75% del promedio de todos los factores devengados en el último año en que adquirió el status.

CUARTO: ORDENAR a la **UGGPP** que actualice las sumas que resulten de la condena anterior, en la forma que se indica en la parte motiva de esta providencia y devengarán intereses en cuanto se den los supuestos de hecho previstos en la normatividad precitada.

QUINTO: A la sentencia se le dará cumplimiento en los términos previstos en el artículo 192 del CPACA.

SEXTO: CONDENAR en costas a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTION PENSIONAL Y PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL**, y a favor de la demandante, las cuales serán liquidadas por Secretaría conforme al C.G.P.

SEPTIMO: EXPEDIR copias de la sentencia una vez en firme (Art. 114 del C.G del Proceso).

OCTAVO: LIQUIDAR los gastos del proceso; DEVOLVER los remanentes si los hubiere y ARCHIVAR las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el programa Justicia Siglo XXI, una vez en firme esta decisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

Maria Isabel Grisales Gomez
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
004
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:

ab315aae4e84cfc1214f1c165c9b076842871120a9c46cbde109ce6fe19d441
0

Documento generado en 08/11/2021 03:11:58 PM

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



REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES

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

Expediente	17001-33-33-004-2017-00498-00
Demandante	AMPARO DEL SOCORRO GOMEZ
Demandado	NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL Y OTROS
Medio de Control	REPARACION DIRECTA

El apoderado de la parte demandante ha solicitado que por parte de este Juzgado se provoque el conflicto de competencia al Juzgado Treinta y Siete Administrativo del Circuito de Bogotá, para que avoque dicho Despacho Judicial, el conocimiento del proceso de la referencia.

Vista la solicitud anterior y teniendo en cuenta los diferentes requerimientos que la Secretaria del Juzgado ha efectuado con el fin de que se arrime a esta actuación información relativa al proceso de REPARACIÓN DIRECTA instaurado por la señora MARCELA OSPINA GOMEZ Y OTROS, se dispondrá solicitar una vez más al JUZGADO TREINTA Y SIETE ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, se comparta a este Despacho Judicial el link del proceso que ellos tramitan a fin de resolver la solicitud que hace la parte demandante o bien una acumulación de procesos, teniendo en cuentas las normas procesales contenidas en los artículos 148 y s.s. del C. G. del Proceso.

Por la Secretaria del Juzgado, remítase correo electrónico al Juzgado Treinta y Siete Administrativo en Bogotá, para que nos compartan el link en el plazo de cinco (5) días, con copia al correo de la parte demandante para que colabore con el Juzgado en la consecución de la información, pues conforme se observa en la constancia secretarial que antecede, se han hecho gestiones ante el Despacho Judicial en Bogotá sin que hasta el momento se hubiere atendido la solicitud de este Juzgado.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Firmado Por:

Maria Isabel Grisales Gomez

**Juez Circuito
Juzgado Administrativo
004
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:

**273710de7f45d67fe43cb40197937f2dc2831c8a189e98f3d7bc067b74aba
8b6**

Documento generado en 08/11/2021 03:05:24 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES

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

Radicado: 170013333004-2018-00206-00
Medio de Control: NULIDAD y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: ORLINDA GARCÍA CASTAÑO
Demandados: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL –
FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL
MAGISTERIO
Sentencia No.: 218

1. ASUNTO

Procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia, dentro del medio de control de NULIDAD y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO interpuesto por la señora ORLINDA GARCÍA CASTAÑO.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones:

- Declarar la nulidad de la resolución No. 5406-6 del 18 de julio de 2017 y el oficio No. P.S.397 del 16 de marzo de 2018 expedidos por la Secretaria de Educación Departamental de Caldas en nombre y representación del Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por medio de los cuales negó la corrección del régimen pensional y el ajuste de dicha prestación a la demandante conforme al régimen de excepción del Magisterio y el marco legal establecido en las Leyes 33 y 62 de 1985.
- Ordenar a la NACIÓN, MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO proceda a corregir la prestación otorgada a la demandante mediante la Resolución No. 2717-6 del 31 de marzo de 2015, en su condición de docente oficial bajo el marco legal establecido en las Leyes 33 y 62 de 1985, de la siguiente manera:
- A reconocer y pagar a la señora ORLINDA GARCÍA CASTAÑO, la pensión vitalicia de jubilación a partir del 22 de octubre de 2012 -fecha de adquisición status-, en cuantía equivalente al 75% del salario básico con todos

los factores salariales devengados durante el año inmediatamente anterior al cumplimiento del status, como son: asignación básica, auxilio de transporte, subsidio de alimentación, prima de navidad y prima de vacaciones docentes.

- A reliquidar y pagar a la señora ORLINDA GARCÍA CASTAÑO, la pensión vitalicia de jubilación a partir del 31 de julio de 2015 -fecha del retiro del servicio-, en cuantía equivalente al 75% del salario básico con todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios, como son: asignación básica, bonificación mensual, prima de vacaciones docentes, auxilio de transporte, subsidio de alimentación, prima de navidad y prima de servicios.
- Condenar a la NACIÓN, MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a pagar a la señora ORLINDA GARCÍA CASTAÑO, todas las mesadas pensionales dejadas de cancelar desde la fecha de constitución del derecho hasta que se haga efectivo el pago, incluidas las primas consagradas en la ley y los aumentos anuales automáticos contenidos en la Ley 71 de 1988, con la actualización del índice de precios al consumidor, conforme al art. 187 del CPACA.
- Que se ordene a la demandada al pago de intereses moratorios, a partir de la ejecutoria de la sentencia, art. 192 numeral 4 y artículo 195 del CPACA.
- Condenar a la entidad demandada a que cumpla el fallo en el término previsto en los artículos 189, 192, 194 y 195 del CPACA.
- Condenar en costas a la demandada de conformidad con el artículo 188 del CPACA y el C.G.P.

2.2. Hechos relevantes:

- Que la demandante laboró más de 20 años como docente oficial; adquirió su status de pensionada el 22 de octubre de 2012 –fecha para la cual ya acreditaba más de 20 años de servicio, conforme a los requisitos establecidos en el artículo 1 de la ley 33 de 1985.
- Se retiró del servicio en forma definitiva a partir del 31 de julio de 2015, según Resolución No. 6309-6 del 8 de julio de 2014.
- La primera vinculación de la demandante con la Secretaría de Educación Departamental de Caldas – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio inició el 18 de octubre de 1978 hasta el 2 de agosto de 1995. Posteriormente se vinculó por órdenes de prestación de servicios entre el 1 de marzo de 2000 y el 30 de diciembre de 2003 y finalmente, ingresó en provisionalidad del 3 de marzo de 2004 hasta el 31 de julio de 2015.

- Que, a pesar de lo anterior, la Secretaría de Educación Departamental, a través de la Resolución No. 2717-6 del 31 de marzo de 2015, reconoció pensión de vejez a la señora ORLINDA GARCÍA CASTAÑO, en aplicación del régimen de prima media contenido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, condicionando su disfrute a la fecha de retiro del servicio docente.
- Que la entidad demandada está obligada a corregir el error ya que la pensión de vejez fue reconocida por fuera del marco legal en tanto la prestación de la cual es beneficiaria la accionante se regula por las Leyes 91/89, 33 y 62 de 1985.
- Que el 5 de junio de 2017 radicó petición ante la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas tendiente a obtener el reconocimiento correcto de la prestación de la señora ORLINDA GARCÍA CASTAÑO, en virtud del régimen de excepción del Magisterio, la cual fue resuelta de manera desfavorable mediante la Resolución No. 5406-6 del 18 de julio de 2017 puesto que, en sentir de la entidad, los únicos docentes destinatarios de la aplicación de dichas normas son aquellos nombrados antes de la expedición de la Ley 812 de 2003 y en este caso, la última vinculación de la accionante es el 3 de marzo de 2004, esto es, en vigencia del artículo 81 de la Ley 812 de 2003.
- El 12 de marzo de 2018 se radicó nueva petición en la entidad territorial, adjuntando el tiempo laborado por la demandante bajo la modalidad de docente por Órdenes de Prestación de servicios entre el 1 de marzo de 2000 y el 30 de diciembre de 2003 para que se realizara un nuevo estudio de ajuste prestacional, solicitud que fue resuelta en forma negativa mediante el Oficio P.S 397 del 16 de marzo de 2018 ratificando la respuesta ya dada por coincidir con el mismo objeto.
- Que, agotada la vía gubernativa queda la acción judicial como único medio para defender los derechos de la accionante.

2.3. Normas violadas y concepto de la violación:

Artículos 1, 2, 4, 5, 13, 25, 29, 48, 53, 58 y 243 de la Constitución Política.

Ley 812 de 2003, artículo 81

Artículo 15 de la Ley 91 de 1989

Artículo 1º Ley 33 de 1985

Artículo 279 Ley 100 de 1993

Ley 43 de 1945

Decreto 196 de 1995 – Reglamentario de la ley 60/93

Acto Legislativo 01 de 2005 –Artículo 1, Parágrafo transitorio

Afirma que la entidad demandada va contra los anteriores postulados normativos al asumir que la demandante se rige por la Ley 812 de 2003, lo cual contraría la realidad, en tanto inició su labor como educadora el 18 de

octubre de 1978, por lo que las normas que le son aplicables son las especiales para el régimen docente y que para el efecto, debe incluirse el tiempo de servicio obtenido bajo la modalidad de Órdenes de Prestación de Servicios, de acuerdo a la sentencia de constitucionalidad C-517 de 1993.

2.4. Contestación de la demanda:

La Nación, Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, afirmó que con excepción de la fecha de nacimiento de la accionante, no le constan los hechos de la demanda; se opuso a todas las pretensiones afirmando que no tiene obligación alguna de incluir factores salariales distintos a los cotizados y hacerlo, equivaldría a desconocer la normatividad aplicable.

Propuso las excepciones de Falta de integración del contradictorio – Litisconsorcio necesario, ineptitud sustancial de la demanda por falta de legitimación en la causa por pasiva; inexistencia del demandado por falta de relación con el reconocimiento del derecho, conexo o derivado del acto administrativo expedido por la entidad territorial certificada; inexistencia de la obligación demandada por inexistencia de causa jurídica, prescripción y buena fe.

2.5. Alegatos de conclusión:

La **Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado** presentó memorial para que sean negada la liquidación o reliquidación de la pensión de jubilación de la accionante sobre los cuales no se realizó cotización conforme a la sentencia de unificación SUJ-014 –CE-22-2019 del 25 de abril de 2019.

Solicitó se profiera sentencia anticipada al no evidenciar pruebas para decretar y enfatizó en la aplicación de la precitada sentencia de unificación.

La entidad demandada, en relación con el régimen de pensión de jubilación, indicó que para la expedición de actos administrativos que traten temas de reconocimiento pensional o prestacional, debe sujetarse a lo determinado por la Ley, siendo entonces aplicable la Ley 91 de 1989 a los docentes nacionalizados que se vincularon hasta el 31 de diciembre de 1989.

Por su parte, los nacionales que se vincularon a partir del 1 de enero de 1990, se regularían por los Decretos 3135 de 1968 , 1848 de 1969 y 1045 de 1978, y quienes se vincularan con posterioridad junio de 2003, se registrarán por la Ley 812 de 2003.

Precisó que el reconocimiento de tiempos de servicio surgidos con ocasión de órdenes de prestación de servicios suscritos con el Departamento de Caldas, no otorgan la calidad de empleado público, como lo ha referido la jurisprudencia del Consejo de Estado y por lo tanto, no es posible reconocer el estatus de empleado

público a la demandante con tiempos anteriores al 3 de marzo de 2004, fecha para la cual ingresó al servicio docente en calidad de empleado público adscrito a la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, lo cual hace inaplicable la Ley 33 de 1985 y no le asiste derecho a la accionante para acceder a las pretensiones incoadas en el escrito de la demanda.

La parte demandante ratificó los fundamentos de hecho y de derecho formulados en la demanda y solicitó acceder a las pretensiones de su libelo introductor, haciendo especial hincapié en que deben tenerse en cuenta los tiempos laborados con anterioridad al 2004 bajo la modalidad de contratos u órdenes de prestación de servicios para el reconocimiento de su pensión de jubilación, pues aunque su vinculación fue precaria, laboró en jornada completa con iguales características a las de un maestro vinculado en propiedad, con la desventaja de no haber contado con las mínimas condiciones de seguridad social, lo que no puede ir en detrimento de sus intereses.

El Ministerio Público no emitió ningún concepto.

3. CONSIDERACIONES

3.1. Cuestión Previa:

Habiéndose integrado el contradictorio y vencido el término que tenía la pasiva de la litis para contestar la demanda, el Juzgado dispuso aplicar el Decreto 806 de 2020, anunciando mediante providencia del 18 de septiembre de 2020, el de proferir sentencia anticipada y corriendo en consecuencia, traslado a las partes para alegar de conclusión.

Se observa que no obstante la decisión anterior, el Ministerio de Educación Nacional había planteado unas excepciones, una de ellas con el carácter de previa, al tenor del art. 100 del CGP como lo es la FALTA DE INTEGRACIÓN DEL CONTRADICTORIO – LITISCONSORCIO NECESARIO y otras no, como lo son:

- FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA DEL MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL.
- INEXISTENCIA DEL DEMANDADO-FALTA DE RELACION CON EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO, CONEXO O DERIVADO DEL ACTO ADMINISTRATIVO EXPEDIDO POR LA ENTIDAD TERRITORIAL CERTIFICADA,
- FALTA DE COMPETENCIA DEL MINISTERIO DE EDUCACION PARA EXPEDIR EL ACTO ADMINISTRATIVO Y RECONOCER EL DERECHO RECLAMADO.
- INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION DEMANDADA POR INEXISTENCIA DE CAUSA JURÍDICA.
- PRESCRIPCIÓN
- BUENA FE
- GENÉRICA

Observado lo anterior y para atender precisamente la finalidad del Decreto 806 de 2020, como lo es el de “agilizar el trámite de los procesos judiciales que se adelantan en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo”, se resolverán en esta misma providencia. Al respecto:

- FALTA DE INTREGRACIÓN DEL CONTRADICTORIO – LITISCONSORIO NECESARIO

Arguye el ente demandado que debe vincularse al Municipio de Manizales, al tenor de lo regulado en el art. 1 de la Ley 60/93, en atención a la distribución de los recursos conforme a los artículos 356 y 357 de la C. P.

En relación con la Fiduprevisora, argumentó que, debía acudir a la controversia por la existencia del contrato de fiducia mercantil No. 83 de 1990 suscrito con el Ministerio de Educación, en virtud del cual se le transfiere el derecho de dominio de los recursos destinados al pago de prestaciones sociales.

La figura del litisconsorcio necesario se encuentra regulada por el art. 61 del C.G.P. el cual refiere que, cuando el negocio jurídico verse sobre relaciones o actos jurídicos con respecto de los cuales su naturaleza o por disposición legal haya de resolverse de forma uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujeto de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, el Juez dentro del auto que admite la demanda ordenará notificar y dar traslado de esta a quienes falten por integrar el contradictorio.

De acuerdo a lo anterior, es claro que ni el ente territorial –que por demás no es del orden municipal sino departamental en este caso- ni la Fiduprevisora son litisconsortes del Ministerio de Educación Nacional, pues no existe entre ellas una unidad inescindible que le impida al Despacho proferir una sentencia sin la comparecencia de la entidad territorial, en tanto ya se ha advertido que en estos asuntos actúa como colaboradora de la entidad del orden nacional y en cuanto a la segunda, se encarga de la administración de los recursos del FOMAG sin que tenga aptitud jurídica para garantizar los derechos prestacionales de la docente accionante. En conclusión, se declarará no prospera esta excepción.

- FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA:

Al respecto se considera el Despacho que la misma se declarará como no probada, con fundamento en los siguientes aspectos:

- El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado por la Ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, sin personería jurídica; por tanto, judicialmente actúa a través de

la Nación y ésta a su vez está representada por el Ministro de Educación (ver artículo 159 del CPACA).

- De conformidad con lo dispuesto por el art. 9° de la Ley 91 de 1989, las prestaciones sociales pagadas por el Fondo, serán reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, función que delegará en las entidades Territoriales.

- La función delegada (art.9° Ley 489 de 1989), se enmarca en el reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes y en virtud de lo dispuesto por el citado Art. 56 de la Ley 962 de 2005, y de los artículos 2, 3, 4 y 5 del Decreto 2831 de 2005, la entidad territorial dentro de ese procedimiento, únicamente expide los actos de reconocimiento de las cesantías en nombre y representación de la Nación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

- Acorde a lo dispuesto por el art. 56 de la Ley 962 de 2005, las Prestaciones sociales de los docentes, las pagará el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

- Porque tanto el Tribunal Administrativo de Caldas¹ y el H. Consejo de Estado² han definido que quien tiene la competencia para dirimir derechos prestacionales de docentes es el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y no las entidades territoriales, pues estas actúan como colaboradoras de la entidad nacional. a lo que se ha agregado que: “...las consecuencias económicas que se deriven de los actos administrativos proferidos en virtud de la desconcentración administrativa dada en las secretarías de educación territoriales de los entes certificados, radican única y exclusivamente en la Nación – Ministerio de Educación Nacional Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio...”. A lo que reitera³:

“...La entidad encargada del reconocimiento de las cesantía parciales o definitivas de los docentes afiliados al Fomag.⁴

El Consejo de Estado⁵ ha señalado que la entidad encargada del reconocimiento y pago de las prestaciones de los docentes es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En efecto, el artículo 5° de la Ley 91 del 29 de diciembre de 1989 indica:

“(...) El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tendrá los siguientes objetivos:

1.- Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado (...)”

¹Audiencia inicial realizada el siete (7) de marzo de dos mil trece (2013), dentro de los procesos que en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho impetraron en contra de la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, las señoras Margarita de Jesús Carvajal Uribe y Martha Lucia Hernández Clavijo, radicados Nos. 2012-00012 y 2012-00080, respectivamente.

² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, radicado 170012333000020130065401.

³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, M.P William Hernández Gómez, 26 de abril de 2018, Rad. 68-001-23-33-000-2015-00739-01.

⁴ Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 14 de febrero de 2013, C.P: Gerardo Arenas Monsalve, número interno 1048 de 2012.

La citada norma señaló que quedarían automáticamente afiliados al Fondo los docentes nacionales o nacionalizados vinculados a la fecha de promulgación de la citada ley, esto es, el 29 de diciembre de 1989 y, así mismo, el personal vinculado con posterioridad, siempre que cumplieran los requisitos de afiliación de naturaleza formal o normativa y económica. Esto debido al proceso de nacionalización de la educación oficial llevado a cabo mediante la Ley 43 de 1975.

Por su parte, respecto al manejo de los recursos que integran el Fomag, el artículo 3.º de la Ley 91 de 1989, reguló que para tal efecto el Gobierno Nacional suscribirá un contrato de fiducia mercantil con una entidad fiduciaria de naturaleza estatal o de economía mixta la cual se encargaría de ello. Textualmente, señaló:

“(…)El Gobierno Nacional suscribirá el correspondiente contrato de fiducia mercantil, que contendrá las estipulaciones necesarias para e debido cumplimiento de la presente Ley y fijará la Comisión que, en desarrollo del mismo, deberá cancelarse a la sociedad fiduciaria, la cual será una suma fija, o variable determinada con los costos administrativos que se generen. La celebración del contrato podrá ser delegada en el Ministro de Educación Nacional (…).”

Con posterioridad, el presidente de la República mediante Decreto 1775 de 3 de agosto de 1990, artículos 5º, a 8º, reglamentó el funcionamiento del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la siguiente manera:

“(…) Art. 5º: Recepción de solicitudes. Las solicitudes relacionadas con el reconocimiento y pago de prestaciones económicas del Magisterio, serán radicadas en la oficina de prestaciones sociales de cada Fondo Educativo Regional.

La documentación sólo será radicada si llena los requisitos establecidos en las normas reglamentarias.

Artículo 6º. Estudio de solicitudes. Una vez radicada la solicitud, la oficina de prestaciones sociales de cada Fondo Educativo Regional, procederá a realizar el estudio de la documentación.

Artículo 7º. Liquidación. Realizando el estudio de la documentación, se procederá a efectuar la liquidación respectiva con el visto bueno de la entidad fiduciaria.

Artículo 8º. Reconocimiento. Efectuada la liquidación, el delegado permanente del Ministerio ante el Fondo Educativo Regional, expedirá la resolución de reconocimiento (…).”

No obstante lo anterior, el Congreso de la República mediante el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, señaló que las prestaciones sociales pagaderas a los docentes oficiales serían reconocidas y pagadas por el Fomag, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre dicho fondo, el cual en todo caso debía ser elaborado por el Secretario de Educación de la entidad territorial, certificada correspondiente a la que se encuentre vinculado al docente. Textualmente, señaló:

“(…) Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial (…).”

Por lo tanto, al Fondo le está dada la función de aprobar el acto administrativo por el cual se reconoce y ordena el pago de la prestación solicitada por el docente, pero ello se realiza a

través de la Secretaría de Educación del ente territorial respectivo donde se suscribe el acto administrativo en nombre de aquel. Esto, en virtud de los artículos 5.º A 8.º del Decreto 1775 de 1990 y 5 del Decreto 2831 de 2005.”



Las razones anteriores llevan a concluir que en el presente asunto, la llamada a responder por el reconocimiento y pago de las prestaciones de los docentes regulados por la Ley 91 de 1989, es el Ministerio más no la entidad territorial.

Respecto de los demás medios exceptivos, estos quedarán subsumidos dentro del análisis que haga el Juzgado sobre el fondo de la controversia.

3.2. El fondo del asunto:

Solicita la demandante se declare la nulidad parcial de los actos demandados, por medio de los cuales se **negó el cambio de régimen pensional y la reliquidación de su pensión de jubilación** conforme al régimen excepcional de docentes.

3.3. Problema Jurídico:

En primer lugar, debe determinar el Juzgado,

¿Cual es el régimen pensional aplicable a la demandante de acuerdo a los tiempos de servicios acreditados?

¿Pueden tenerse en cuenta las Órdenes de Prestación de Servicios para efectos de pensión?

¿En qué fecha adquirió el status de pensionada la accionante?

Conforme al régimen que le sea aplicable, *¿Tiene derecho a que se reliquide la pensión ordinaria de jubilación con la totalidad de los factores salariales devengados tanto en el año anterior al que adquirió el status de pensionada como en el último año previo a su retiro del servicio definitivo como docente?*

Y, en caso de tener derecho a la reliquidación, ¿cuáles factores salariales se deben incluir en ellas?

3.4. Argumento central:

3.4.1. Régimen pensional aplicable:

Para resolver la primera pregunta planteada por el Juzgado como problema jurídico, es del caso establecer el marco normativo regulador de la liquidación

de la pensión vitalicia de jubilación docente, para lo cual se hace inicialmente referencia al artículo 81 de la Ley 812 de 2003⁶, que reguló dos eventos:

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

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

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

Antes de la Ley 812 de 2003, la norma que regía el régimen pensional de los docentes era la Ley 91 de 1989 “*Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*”, que unificó el porcentaje de la pensión y también equiparó el régimen al de los pensionados del sector público nacional. Señaló a propósito, en su artículo 15, lo siguiente:

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

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

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

2. Pensiones:

(...)

⁶ “Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario”.

B. Para los docentes vinculados a partir del 1° de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1° de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional.

(...) (Negritas fuera de texto)

En el presente asunto, la demandante acreditó los siguientes tiempos de servicios con los cuales fue reconocida la pensión de vejez mediante resolución No. 2717-6 del 31 de marzo de 2015:

18/10/78	12/03/85	Escuela Rural Confines- Samaná
13/05/85	26/05/91	Escuela Rural La Palma, Samaná
27/05/91	07/03/94	Escuela Rural Circasia, Samaná
08/03/94	02/08/95	Escuela Rural El Brasil, Samaná
03/03/04	31/07/15	Escuela Rural Mixta La Manuelita

La parte demandante reclama el reconocimiento pensional conforme lo dispone la Ley 33 de 1985, incluyendo como tiempo de servicios, no solo los prestados como docente en propiedad, sino también unos tiempos laborados a través de contratos de prestación de servicios.

El Consejo de Estado ha precisado sobre este punto que⁷:

“...existe una clara línea jurisprudencial de esta Corporación⁸ en la que ha considerado que la vinculación de docentes bajo la modalidad de prestación de servicios, no desvirtúa el carácter personal de su labor ni mucho menos es ajena al elemento subordinación existente con el servicio público de educación, en razón a que al igual que los docentes empleados públicos (i) se someten permanentemente a las directrices, inspección y vigilancia de las diferentes autoridades educativas, por lo que carecen de autonomía en el ejercicio de sus funciones, (ii) cumplen órdenes por parte de sus superiores jerárquicos y (iii) desarrollan sus funciones durante una jornada laboral de acuerdo con el calendario académico de los establecimientos educativos estatales en los que trabajen, motivo por el cual en virtud de los principios de primacía de la realidad sobre las formalidades e igualdad, los docentes contratistas merecen una protección especial por parte del Estado.

Ahora, estima la Sala que el pronunciamiento que se efectúe en el proceso ordinario de reconocimiento de la pensión de jubilación con inclusión de tiempos laborados a través de contratos de prestación de servicios encierra puede darse en dos escenarios con connotaciones diferentes:

(i) la primera es que en caso de que persiga la declaración de existencia de contrato con realidad con todas sus connotaciones laborales y prestacionales debe darse previamente el agotamiento de la vía administrativa y convocar como demandada a la entidad territorial

⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, C. P. Gabriel Valbuena Hernández, seis (6) de febrero de dos mil veinte (2020), Radicación número: 54001-23-33-000-2014-00363-01(2960-15).

⁸ Ver sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia del consejero dr. Carmelo Perdomo Cuéter, de 25 de agosto de 2016, dentro del proceso radicado 23001233300020130026001(00882015).

con la cual se suscribieron los contratos, a efectos de garantizar el derecho al debido proceso de la entidad responsable y así mismo el total cumplimiento de la sentencia.

(ii) La segunda se presenta en los casos en que únicamente se persigue el cómputo de los periodos laborados a través de contratos de prestación de servicios para el reconocimiento de la pensión de jubilación, escenario en el que es posible que el proceso ordinario se adelante únicamente con la comparecencia de la entidad de previsión. Esto por cuanto el Decreto 1848 de 1969 «Por el cual se reglamenta el Decreto 3135⁹» permite la acumulación de tiempos de servicio con la posibilidad de exigir la cuota parte de las otras entidades oficiales, al indicar que la pensión de jubilación correspondiente se reconocerá y pagará al empleado oficial por la entidad de previsión social a la cual estuvo afiliado al tiempo de cumplir el tiempo de servicios requerido por la ley y que en los casos de acumulación de tiempo de servicios la entidad o empresa a cuyo cargo esté el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, tiene derecho a repetir contra las entidades y empresas oficiales obligadas al reembolso de la cantidad proporcional que les corresponda, a prorrata del tiempo de servicios en cada una de aquellas.

Igualmente es de anotar que esta corporación ha reconocido tiempos laborados a través de contratos de prestación de servicios para reconocimientos de la pensión gracia dentro de un mismo proceso judicial, tal como lo ha señalado la Subsección B^o, Sección Segunda, al señalar:

«[...] conforme a los precedentes que sobre la materia ha debatido recientemente esta corporación, se han validado esos períodos para que sean computados con el ejercido en propiedad, en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, dado que esa situación particular desentraña una verdadera relación de trabajo sobre la apariencia que haya querido ocultarla, y porque los maestros vinculados bajo esa modalidad de contratación cumplen similares funciones a los de planta que están sujetos a un específico régimen legal y reglamentario y, además, porque deben acreditar iguales condiciones de formación y experiencia¹¹.»

Adicionalmente, en materia de aportes pensionales, en la sentencia de unificación de la Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia del consejero dr. Carmelo Perdomo Cuéter, de 25 de agosto de 2016, dentro del proceso radicado 23001233300020130026001 (00882015) se indicó que, las reclamaciones «de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, están exceptuadas no solo de la prescripción

⁹ «ARTÍCULO 75.- Efectividad de la pensión.

1. La pensión de jubilación correspondiente se reconocerá y pagará al empleado oficial por la entidad de previsión social a la cual estuvo afiliado al tiempo de cumplir el tiempo de servicios requerido por la ley, si para entonces se hubiere retirado del servicio oficial sin tener la edad exigida para tal fin, o por la entidad de previsión a que esté afiliado al tiempo del retiro, si entonces cumple los requisitos de tiempo de servicios y edad señalados para el goce de la pensión.

2. Si el empleado oficial no estuviere afiliado a ninguna entidad de previsión social al tiempo de retirarse del servicio oficial, el reconocimiento y pago se hará directamente por la última entidad o empresa oficial empleadora.

3. En los casos de acumulación de tiempo de servicios a que se refiere el artículo 72 de este Decreto, la entidad o empresa a cuyo cargo esté el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, tiene derecho a repetir contra las entidades y empresas oficiales obligadas al reembolso de la cantidad proporcional que les corresponda, a prorrata del tiempo de servicios en cada una de aquellas. En este caso, se procederá con sujeción al procedimiento señalado al efecto en el Decreto 2921 de 1948 y, si transcurrido el término de quince (15) días del traslado a que se refiere el artículo 3o. del citado decreto la entidad obligada a la cuota pensional no ha contestado, o lo ha hecho oponiéndose sin fundamento legal, se entenderá que acepta el proyecto y se procederá a expedir la resolución definitiva de reconocimiento de la pensión.

El expresado término comenzará a correr desde la fecha en que la entidad correspondiente reciba el proyecto de reconocimiento de la pensión.» (Negrilla de la Sala).

¹⁰ Consejo de Estado, Subsección B, Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter, Bogotá, D. C., Bogotá, D. C., veintitrés (23) de febrero de dos mil diecisiete (2017), Radicación número: 15001-23-31-000-2012-00276-01(2922-15).

¹¹ En el mismo sentido se puede consultar: Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, subsección B, sentencias (i) del 1º de diciembre de 2016, radicación 70001-23-33-000-2013-00065-01 (1908-2014); (ii) del 1º de diciembre de 2016, radicación 15001-23-31-000-2010-01554-01 (3333-2015); y (iii) del 23 de febrero de 2017, radicación 7000123-33-000-2013-00205-01(3183-2014). M.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

extintiva sino de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA)³⁰, y por ende, pueden ser solicitados y demandados en cualquier momento, puesto que la Administración no puede sustraerse al pago de los respectivos aportes al sistema de seguridad social en pensiones, cuando ello puede repercutir en el derecho de acceso a una pensión en condiciones dignas y acorde con la realidad laboral, prerrogativa que posee quien ha servido al Estado mediante una relación de trabajo». Igualmente señaló:

«Consecuentemente, tampoco es exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito previo para demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que al estar involucrados en este tipo de controversias (contrato realidad) derechos laborales irrenunciables (cotizaciones que repercuten en el derecho a obtener una pensión), que a su vez comportan el carácter de ciertos e indiscutibles, no son conciliables (condición que prevé el numeral 1 del artículo 161 del CPACA para requerir tal trámite³¹), en armonía con el principio constitucional de prevalencia del derecho sustancial»

Establecido lo anterior y como en este caso nos encontramos en el segundo de los escenarios propuestos, donde se persigue el cómputo de los tiempos laborales únicamente para efectos pensionales, estima la Sala como válido que dicha pretensión se trámite de manera conjunta dentro del proceso de reconocimiento de pensión docente, toda vez su declaración solo tendrá incidencia en cuanto a los aportes pensionales frente a los cuales no opera la prescripción, ni la caducidad, y por cuanto la entidad o empresa a cuyo cargo esté el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación tiene derecho a repetir contra las entidades y empresas oficiales obligadas al reembolso de la cantidad proporcional que les corresponda.

Lo anterior no obsta para señalar que debe cumplirse con la carga probatoria que encierra el contrato de prestación de servicios docente, a efectos de establecer con claridad el periodo de inicio y terminación de cada contrato, su objeto, la entidad con la cual se celebró el contrato y la entidad a la cual se efectuaron los aportes pensionales, para efectos de determinar la posibilidad de perseguir la cuota parte pensional y la entidad de previsión o ente responsable de ella...”

Como se deriva del pronunciamiento jurisprudencial anterior, la naturaleza de la función docente cumplida por la demandante a través de las órdenes de prestación de servicios, desentraña una verdadera relación de trabajo similar a los maestros que están sujetos a un específico régimen legal y reglamentario, por lo que, se puede validar el tiempo laborado por la demandante para que, sea contabilizado con el ejercido en propiedad a efectos del reconocimiento pensional pretendido.

Se recuerda que a la señora ORLINDA GARCÍA CASTAÑO le fue reconocida pensión ordinaria de vejez mediante la resolución 2717-6 del 31 de marzo de 2015, supeditado su pago al retiro definitivo del servicio, conforme a la Ley 100 de 1993.

En dicho acto administrativo se dice que la última vinculación de la docente lo fue en vigencia de la Ley 812 de 2003, por lo que resultaba aplicable la citada Ley 100 de 1993; esto es, se tuvo como fecha de ingreso la del 03/03/2004. La fecha en la que se reconoció el status de pensionada a la accionante fue **el 22 de octubre de 2014** y el retiro definitivo del servicio se produjo el **31 de julio de 2015**.

La pensión de vejez de la accionante, fue reconocida conforme al promedio de los salarios percibidos durante los 10 últimos años, calculada en un salario

mínimo mensual legal vigente por corresponder a un valor inferior a éste.

14

Ahora, para efectos de resolver una de las pretensiones de la demanda, se observa que el tiempo de servicios acreditado por la demandante se contrae al que seguidamente se resume:

TIPO DE VINCULACIÓN	PERÍODO		INSTITUCIÓN EDUCATIVA	Total días 360 X año
Propiedad Nacionalizado –FPSM-	18/10/78	12/03/85	Escuela Rural Confines- Samaná	2304 2366
	13/05/85	26/05/91	Escuela Rural La Palma, Samaná	2233 2204
	27/05/91	07/03/94	Escuela Rural Circasia, Samaná	1000 1015
	08/03/94	02/08/95	Escuela Rural El Brasil, Samaná	504 513

Total días: $6041/365 = 16.55 = 16$ años, 6 meses

	03/03/2004	31/07/2015	FL.209 PDF1	4.166
--	------------	------------	-------------	-------

Total 11 años, 5 meses

Adicionalmente se observa que fueron aportadas a la actuación resoluciones a través de las cuales la Secretaría de Educación Departamental hacía reconocimientos a personal Docente y Administrativo en vacantes temporales y definitivas en centros educativos del ente territorial, reconociendo **honorarios**, entre otros, a la ahora demandante de la siguiente manera:

PERÍODO		INSTITUCION EDUCATIVA	Resolución No.	Tiempo de servicio
18/05/00	25/06/2000	Escuela Yarumalito	No. 01876 del 14 de julio de 2000	38 días
17/07/00	31/08/00	Escuela Yarumalito	No. 0644 del 14 de septiembre de 2000	44 días
1/09/00	30/09/00	Escuela Yarumalito	No. 02978 del 12 de octubre de 2000	30 días
1/10/00	31/10/00	Escuela Yarumalito	No. 3343 del 16 de noviembre de 2000	30 días
1/11/00	17/12/00	Escuela Yarumalito	No. 03807 del 6 de diciembre de 2000	47 días
29/01/01	28/02/01	Escuela Yarumalito	No. 00495 del 15 de marzo de 2001	32 días
1/03/01	8/04/01	Escuela Yarumalito	No. 00706 del 11 de abril de 2001	38 días
16/04/01	30/04/01	Escuela Yarumalito	No. 01062 del 16 de mayo de 2001	15 días
1/05/01	31/05/01	Escuela Yarumalito	No. 01550 del 20 de junio de 2001	30 días
1/06/01 16/07/01	17/06/01 31/08/01	Escuela Yarumalito	No. 2435 del 24 de septiembre de 2001 No. 02046 del 17 de agosto de 2001	62 días
1/09/01	30/09/01	Escuela Yarumalito	No. 02695 del 19 de octubre de 2001	30 días
1/10/01	31/10/01	Escuela Yarumalito	No. 02909 del 6 de	30 días

			noviembre de 2001	
1/11/01	9/12/01	Escuela Yarumalito	No. 03274 del 17 de diciembre de 2001	39 días
4/02/02	24/03/02	Escuela Yarumalito	No. 0890 del 22 de abril de 2002	50 días
1/04/02	30/04/02	Escuela Yarumalito	No. 01312 del 28 de mayo de 2002	30 días
1/05/02	31/05/02	Escuela Yarumalito	No. 01577 del 21 de junio de 2002	30 días
1/06/02	30/06/02	Escuela Yarumalito	No. 01745 del 9 de julio de 2002	30 días
22/07/02	31/08/02	Escuela Yarumalito	No. 02814 del 18 de septiembre de 2002	39 días
1/10/02	31/10/02	Escuela Yarumalito	No. 03439 del 13 de noviembre de 2002	30 días
1/11/02	30/11/02	Escuela Yarumalito	No.03864 del 19 de diciembre de 2002	30 días
1/12/02	15/12/02	Escuela Yarumalito	No. 3938 del 24 de diciembre de 2002	15 días
01/10/03	30/10/03		No. 03501 del 10 de noviembre de 2002	30 días
01/11/03	30/11/03		No. 03950 del 15 de diciembre de 2003	30 días
27/01/03	31/03/03		No. 01252 del 30 de abril de 2003	64 días
1/04/03	30/04/03		No. 01823 del 13 de junio de 2003	30 días
01/12/03	30/12/03		No. 04107 del 31 de diciembre de 2003	30 días

Total: 903 días

Total: Dos años, cinco meses, 1 día

Con lo hasta ahora expuesto, se concluye que el régimen aplicable a la señora ORLINDA GARCÍA CASTAÑO, es el previsto en la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 de ese mismo año, toda vez que prestó sus servicios como docente desde el 18 de octubre de 1978, es decir, con anterioridad a dicha legislación, adquiriendo su status de pensionada para el 22 de octubre de 2012, pues nació el 22 de octubre de 1957, cuando ya tenía acreditado los 20 años de servicios.

Lo anterior, atendiendo también la reciente decisión del Tribunal Contencioso Administrativo de Caldas en actuación similar¹² en la que reitera los planteamientos unificados del Consejo de Estado frente al tema y en la que se refiere lo siguiente:

“Así lo precisó igualmente el Consejo de Estado en reciente sentencia de unificación del 25 de abril de 2019¹³, en la que indicó que *“El régimen pensional para los servidores públicos del orden nacional a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, era el previsto en la Ley 33 de 1985. Por lo tanto, el régimen aplicable a los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados¹⁴, y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, por remisión de la misma Ley 91 de 1989, es el previsto en la citada*

¹² Radicado Nro. 17001-33-33-001-2018-00524-02, M.P: Augusto Ramón Chávez Marín, Nulidad y Restablecimiento del derecho, sentencia del 21 de enero de 2021.

¹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Dr. César Palomino Cortés. Sentencia de unificación del 25 de abril de 2019. Radicado número: 68001-23-33-000-2015-00569-01(0935-2017).

¹⁴ Cita de cita: Se fijó el 1 de enero de 1981, tal y consta en los antecedentes históricos de la norma, por ser el momento de la nacionalización de la educación a la luz de la Ley 43 de 1975.

Ley 33 de 1985¹⁵.

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

3.4.2. Ingreso base de liquidación pensional y factores que deben considerarse:

En lo que respecta a los factores salariales que deben considerarse como Ingreso Base de Liquidación, en sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, la Sala Plena del H. Consejo de Estado estudió la pretensión de reliquidación de una pensión reconocida por Cajanal a una beneficiaria del régimen de transición previsto en el art. 36 de la Ley 100 de 1993, a quien le aplicaba por remisión la Ley 33 de 1985, decisión en la cual fijó dos subreglas aplicables al grupo de beneficiarios del régimen de transición para la liquidación del IBL, a saber:

“La primera subregla es que para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es:

- *Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.*
- *Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.*

95. La Sala Plena considera importante precisar que la regla establecida en esta providencia, así como la primera subregla, no cobija a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues fueron exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y su régimen pensional está previsto en la Ley 91 de 1989¹⁶. Por esta razón, estos servidores no están cobijados por el régimen de transición.

96. La segunda subregla es que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones. ...”

¹⁵ Cita de cita: “Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público”.

¹⁶ Ley 100 de 1993. “Artículo 279. **EXCEPCIONES.** El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica [...] 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 [...]”.

A diferencia de lo ocurrido con la primera subregla, el Consejo de Estado no precisó si esta segunda subregla, cobijaba o no la situación pensional de los docentes afiliados al Fomag, lo que podría suscitar dudas, no sobre si la misma constituye precedente, pues, se insiste, esta sentencia no es vinculante para la resolución sub examine debido a que no existe similitud de supuestos fácticos y jurídicos; sino que surgía discusión sobre si debía hacerse extensiva la interpretación que allí se hace de la Ley 33/85 para determinar la fórmula de liquidación de las pensiones reconocidas a quienes gozan del régimen prestacional previsto en la Ley 91/89 y les aplica, por remisión del Art. 15 ibidem, la Ley 33/85.

El Juzgado venía considerando que los argumentos y subargumentos de la segunda subregla que aparecen en los numerales 96 y s.s. de la sentencia de unificación, se desligaban de la conclusión de la subregla primera de la que expresamente se excluye a los docentes afiliados al FOMAG, no guardando relación con las particularidades del régimen especial de que gozan los docentes oficiales, permitiendo de esa manera continuar con la tesis del reconocimiento de una pensión con inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio; sumado a que en pronunciamientos posteriores a la sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2018, el Consejo de Estado había ratificado que era por virtud de la Ley 91 de 1989 y no de la Ley 100 de 1993 que a los docentes se les aplica la Ley 33 de 1985¹⁷.

Posteriormente, la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, unificó las reglas sobre el IBL en la pensión de jubilación y vejez de los docentes también en sentencia de unificación en la que estableció las siguientes reglas¹⁸:

“Reglas de unificación sobre el IBL en pensión de jubilación y vejez de los docentes

1. De todo lo expuesto se extraen las siguientes reglas de unificación de la jurisprudencia en materia de régimen pensional de los docentes:

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

*a. **En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del***

¹⁷Consejo de Estado, Sección Quinta, C.P. Rocio Araujo Oñate, Rad. 11001-03-15-000-2018-03012, 27 de septiembre de 2018.

¹⁸Consejo de Estado, Consejo de Estado, sentencia de Unificación SUJ-014 -CE-S2 -2019 del 25 de abril de 2019, C.P. César Palomino Cortés. Expediente: 680012333000201500569-01, N° Interno: 0935-2017.

orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.

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

A lo anterior se suma que, el Tribunal Administrativo de Caldas¹⁹ en diferentes pronunciamientos revocó a este Despacho algunas sentencias en las cuales se había accedido al reajuste pensional en primera instancia, para en su lugar ordenar la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, algunos al status, otros al retiro, bajo el argumento de que las pensiones de jubilación reguladas por la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, debían liquidarse incluyendo todos los factores por los cuales se hubiere cotizado previstos en la última norma, la cual dispone:

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

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.

Con fundamento en los referidos pronunciamientos de unificación y del Tribunal Administrativo de Caldas, esta célula judicial modificó el criterio que venía adoptando en estos temas de reliquidación de las pensiones de jubilación de los docentes, para en su lugar, acogerse a la postura planteada por dichas Corporaciones en el sentido que sólo pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional, aquellos factores consagrados legalmente y sobre los que se haya realizado el aporte o cotización.

Por lo anterior, concluye el Despacho que para la resolución del tercer

¹⁹ Ver sentencias del 1 de abril de 2019, rad. 17001-33-33-004-2017-0017, M.P. Publio Martín Andrés Patiño Mejía; 8 de abril de 2019, rad. 17001-33-33-004-2017-0181, M.P. Publio Martín Andrés Patiño Mejía.

problema jurídico planteado; de conformidad con la regla fijada por el Consejo de Estado para el IBL de las pensiones de jubilación de los docentes vinculados antes de la Ley 812 de 2003, los factores que se deben incluir son sólo aquellos sobre los cuales se hubieran efectuado aportes que no son otros que los enlistados en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985.

A continuación, se relacionan los factores pedidos durante el último año de haberse adquirido el estatus -conforme al régimen aplicable- y el último año de servicios así como los que consagra la Ley 62 de 1985, que se resumen en el siguiente cuadro:

Factores devengados último año al momento de adquirir el status y el último año de su retiro definitivo del servicio	Factores consagrados en la Ley 62 de 1985	Factores incluidos en la base pensional
<p><u>Al momento Status:</u> Asignación Básica Auxilio de Transporte Subsidio de Alimentación Prima de Navidad Prima de vacaciones docentes</p> <p><u>Al momento del retiro:</u> Asignación Básico Bonificación Mensual Auxilio de Transporte Subsidio de Alimentación Prima de navidad Prima de servicios</p>	<p>Asignación Básica Gastos de Representación Primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; Dominicales y feriados; Horas extras Bonificación por servicios prestados; Trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.</p>	<p>Se calculó el IBL sobre los últimos 10 años de cotización que por el 69% del promedio obtenido, y el valor obtenido tuvo que ser ajustado al salario mínimo legal mensual vigente puesto que era inferior a dicho monto.</p>

Con base en lo anterior y para la resolución de los interrogantes planteados en el tercer problema jurídico, encontramos que si hay lugar a las reliquidaciones pensionales reclamadas, para lo cual, además, el Despacho realiza un paralelo de ambas liquidaciones para establecer el valor que le resulta más favorable a la demandante y de allí adoptar la decisión final:

	2012	2015	Resol.2717-6
Asignación básica	1.053.537	1.185.837	883.046

Bonificación Mensual	0	11.858	0
Total	1.053.537	1.197.695	883.046
Tasa de remplazo	75%	75%	69%
Valor a pagar	790.153	898.271	609.302

Se ordenará entonces lo siguiente:

Se tendrá como base de liquidación el 75% de lo devengado durante el **AÑO ANTERIOR A LA ADQUISICIÓN DE SU STATUS DE PENSIONADA**, esto es, desde el 22 de octubre de 2011 al 22 de octubre de 2012, incluyendo los factores devengados por la accionante y que estén consagrados en la precitada Ley 62 de 1985.

Teniendo en cuenta el cuadro comparativo anterior, se observa que se debe ordenar los reajustes pretendidos, previo reconocimiento de la pensión por el régimen correspondiente, incluyendo para el año retiro la Bonificación Mensual, pues si bien no esté expresamente contemplada en la Ley 62 de 1985, fue creada por los Decretos 1566 de 2014, 1272 de 2015, 123 de 2016 y 983 de 2017 para los servidores públicos docentes y “*constituye factor salarial para todos los efectos legales*”.

3.4.3. Conclusión:

Visto lo expuesto, se concluye que se debe acceder a las pretensiones de la demanda, por lo que a título de restablecimiento del derecho, se **CONDENARÁ** a la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** a reconocer la pensión de jubilación de la demandante bajo el marco legal de la Ley 33 de 1985, esto es, a partir del **22 de octubre de 2012** año status, con la inclusión de los factores salariales explicados en apartes previos de esta providencia. Adicionalmente el reajuste de la pensión a partir del **31 de julio de 2015**, retiro, con la inclusión de la bonificación.

Las sumas de dinero mencionadas tendrán que actualizarse teniendo en cuenta la siguiente fórmula:

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

Donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh) que es lo dejado de percibir por el actor, desde el año de adquisición del status (22 de octubre de 2012) y desde el año del retiro 31 de julio de 2015, hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de la sentencia, por el índice inicial vigente para la fecha en que debieron hacerse los respectivos pagos.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes empezando por la primera mesada pensional que se debió reajustar

teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

3.4.4. Prescripción

El Consejo de Estado sobre este aspecto ha precisado²⁰:

“El Decreto N° 3135 de 1968¹¹ dispuso en su artículo 41 lo siguiente:

“ARTÍCULO 41. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este decreto prescribirán en tres años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.”

El Decreto N° 1848 de 1969¹² por su parte expresó al respecto:

“ARTÍCULO 102.- Prescripción de acciones.

- 1. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.*
- 2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.”*

De las normas reseñadas, la Sala concluye lo siguiente:

- 1. Las acciones que emanan de los derechos laborales y prestacionales, prescriben en 3 años contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles.*
- 2. El simple reclamo escrito de la titular, interrumpe la prescripción por una sola vez y por un lapso igual.*

Ahora bien, la jurisprudencia de la Corporación ha expuesto al respecto varios pronunciamientos relacionados con la prescripción de las mesadas pensionales, dentro de los cuales se citarán los siguientes, que tratan de un caso similar al que se estudia:

“....

De lo anterior se concluye, que el término de prescripción empieza a correr a partir de la fecha en que el derecho se haya hecho exigible, y que la interrupción se presenta en un lapso igual contados desde presentación de la reclamación administrativa.

Es decir, que luego de presentada la petición de un derecho, el interesado cuenta con 3 años para demandar el reconocimiento del derecho, en caso de que la entidad requerida sea renuente a dar respuesta a la misma, so pena de activarse el fenómeno prescriptivo, y de esta manera evitar la pérdida del derecho a las prestaciones periódicas que se llegaren a ver afectadas por el transcurso del tiempo...”

²⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, dos (2) de febrero de dos mil diecisiete (2017), Radicación No. 150012333000201300718 01 (1218-2015).

En el presente caso, a simple vista podría considerarse que la contabilización del término de prescripción debería realizarse en forma separada para la reliquidación con la fecha de adquisición del status y otra, con la fecha de reliquidación a partir del retiro definitivo del servicio.

Sin embargo, encontramos que si bien la fecha en la que según el régimen aplicable, la accionante adquirió su status de pensionada el 22 de octubre de 2012 (20 años de servicio y 55 años de edad²¹); la pensión sólo fue reconocida hasta el 31 de marzo de 2015 mediante Resolución 2717-6 del 31 de marzo de 2015, supeditada a la fecha de su retiro definitivo del servicio, conforme a la ley 812 de 2003.

De otro lado, la reclamación administrativa para ambos casos, sólo se presentó hasta el 5 de junio de 2017, por lo que no operó la figura de la prescripción en tanto la demanda además fue presentada para el 4 de agosto de 2018.

3.5. Condena en costas:

Partiendo del criterio objetivo que ha venido sustentando el H. Consejo de Estado para la imposición de las costas, se impondrá condena a la parte demandada teniendo en cuenta que no se debe evaluar la conducta de las partes (temeridad o mala fe), sino aspectos objetivos respecto de su causación, tal como lo prevé el Código General del Proceso, con el fin de darle plena aplicación a su artículo 365. Al respecto²² se indicó que:

“...El concepto de las costas del proceso está relacionado con todos los gastos necesarios o útiles dentro de una actuación de esa naturaleza y comprende los denominados gastos o expensas del proceso llamados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo gastos ordinarios del proceso y otros como son los necesarios para traslado de testigos y para la práctica de la prueba pericial, los honorarios de auxiliares de la justicia como peritos y secuestres, transporte de expediente al superior en caso de apelación, pólizas, copias, etc.

Igualmente, el concepto de costas incluye las agencias del derecho que corresponden a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, que el juez reconoce discrecionalmente a favor de la parte vencedora atendiendo a los criterios sentados en los numerales 3º y 4º del artículo 366 del C.G.P, y que no necesariamente deben corresponder al mismo monto de los honorarios pagados por dicha parte a su abogado los cuales deberán ser fijados contractualmente entre éstos conforme a los criterios previstos en el artículo 28 numeral 8º de la ley 1123 de 2007...”

²² Consejo de Estado, Sección Segunda - Subsección “A”, C.P. William Hernández Gómez, siete (7) de abril de dos mil dieciséis (201), Rad. 13001-23-33-000-2013-00022-01.

Siendo ello así, y considerando que en el presente asunto las costas se han causado respecto a las agencias en derecho, en tanto la parte demandante tuvo que desplegar su demanda a través de abogado, habrá de condenarse a su pago a la entidad y a favor de la demandante, liquidación que se realizará conforme a las normas del C.G. del P., antes referida.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

4. FALLA

PRIMERO: DECLARAR infundadas las excepciones de **FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA** y **FALTA DE INTREGRACIÓN DEL CONTRADICTORIO** propuestas por la parte demandada.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad de la **resolución No. 5406-6 del 18/07/2017** y el **Oficio PS 397 del 16 de marzo de 2018** por medio de los cuales se negó la corrección del régimen pensional contenido en la resolución No. 2717-6 del 31 de marzo de 2015 y a su vez negó el ajuste de dicha prestación conforme al régimen de la Ley 33 de 1985 a la señora **ORLINDA GARCÍA CASTAÑO**.

TERCERO: CONDENAR a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a RECONOCER, LIQUIDAR y PAGAR a la señora **ORLINDA GARCÍA CASTAÑO** la pensión bajo el régimen de la Ley 33 de 1985, desde el 22 de octubre de 2012, con la inclusión de los factores contenidos en la ley 62 de 1985 y la reliquidación de la pensión a partir de la fecha de retiro 31 de julio de 2015, con la inclusión de la Bonificación Mensual conforme se explicó en la parte considerativa.

CUARTO: CONDENAR a la NACIÓN, MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a pagar a la señora **ORLINDA GARCÍA CASTAÑO**, las diferencias de las mesadas pensionales dejadas de cancelar desde la fecha del status y así también conforme el reajuste del año de retiro, con la actualización del índice de precios al consumidor, conforme al art. 187 del CPACA para lo cual aplicará la fórmula contenida en la parte motiva de esta decisión.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS a la demandada y a favor de la demandante.

SEXTO: ORDENAR a la demandada al pago de intereses moratorios, a partir de la ejecutoria de la sentencia, de conformidad con lo dispuesto en el art. 192 numeral 4 y artículo 195 del CPACA.

SÉPTIMO: ORDENAR la liquidación de los gastos del proceso y la devolución de los remanentes si a ello hubiere lugar.

OCTAVO: ARCHIVAR el expediente previa anotación en el aplicativo “Justicia Siglo XXI” una vez se encuentre en firme la sentencia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Firmado Por:

**Maria Isabel Grisales Gomez
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
004
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:

5aa3f021c4c1da9ae5373ff26c4efed93f6e96f37b5c770ae3e91c65f5b202ff

Documento generado en 08/11/2021 03:19:15 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES

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

Radicado: 170013333004-2018-00235-00
Medio de Control: NULIDAD y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: SULMA INÉS SUÁREZ CORRALES
Demandados: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Sentencia No.: 222

1. ASUNTO

Procede el Despacho a proferir sentencia oral de primera instancia, dentro del medio de control de NULIDAD y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO interpuesto por la señora SULMA INÉS SUÁREZ CORRALES.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones:

- Declarar la nulidad del acto ficto surgido con ocasión de la petición del 8 de septiembre de 2017 en lo que tiene que ver con la determinación de la cuantía de la mesada pensional reconocida a la demandante, sin incluir la PRIMA DE SERVICIOS y BONIFICACIÓN POR SERVICIOS prestados reconocidos por mediante sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Caldas.
- Declarar que la demandante tiene derecho a que LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, le reconozca y pague la reliquidación de la reliquidación de su pensión de invalidez a partir del 2 de abril de 2013 equivalente al 100% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que adquirió su status de pensionada.

Que a título de restablecimiento del derecho se ordene a la entidad demandada:

- Condenar a la demandada a que le reconozca y pague una reliquidación de la pensión de invalidez a la demandante, a partir del 2 de abril de 2013, fecha de adquisición del status, incluyendo los factores salariales

devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que adquirió el status jurídico de pensionada.

- Ordenar a la demandada que sobre el monto inicial de la pensión reconocida, aplique los reajustes de la Ley la Constitución y la Ley.
- Ordenar a la accionada realizar el respectivo pago de las mesadas atrasadas, desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en nómina. Que el pago del incremento decretado se siga realizando en las mesadas futuras como reparación integral del daño.
- Condenar a la demandada a que reconozca y pague los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de cada una de las diferencias en las mesadas pensionales decretadas, por tratarse de sumas de tracto sucesivo, tomando como base la variación del IPC.
- Que se ordene a la demandada a que reconozca y pague intereses moratorios a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se cumpla su totalidad la condena.
- Ordenar a la demandada que el cumplimiento del fallo dentro de los 30 días previstos en el art. 192 y ss del CPACA, descontando las sumas reconocidas en la resolución que confirió el derecho a la pensión de jubilación de la accionante.
- Condenar en costas a la demandada de conformidad con el artículo 188 del CPACA y el artículo 365 del C.G.P.

2.2. Hechos relevantes:

- Que mediante Resolución No. 0749 del 9 de septiembre de 2014 se reconoció la pensión de invalidez a la accionante, quien adquirió su status de jubilada el 4 de febrero de 2013.
- Que el Tribunal Contencioso Administrativo de Caldas mediante sentencia del 4 de septiembre de 2014 en segunda instancia, reconoció *la prima de servicios y la bonificación por servicios prestados* a la demandante, a partir del 6 de junio de 2005, como factores salariales.
- Que una vez expedida la sentencia, debieron incluirse dichos factores en la liquidación de la mesada pensional, pues la misma acreció en virtud de la referida providencia, sin embargo, a través de la resolución N° 00171 del 12 de marzo de 2018 le fue ajustada la Pensión de Invalidez se omitieron la Prima de Servicios y la Bonificación por Servicios Prestados reconocidas a través de sentencia.
- Que se agotó reclamación ante la demandada para el reconocimiento de los factores salariales reconocidos en la sentencia sin embargo, resolvió negativamente mediante acto ficto.

- Que la demandada está llamada a reconocer los factores reclamados y a restablecer el derecho de la demandante.



2.3. Normas violadas y concepto de la violación:

Artículo 15 de la Ley 91 de 1989, Artículo 1º Ley 33 de 1985, Ley 62 de 1985 y Decreto 1045 de 1978.

2.4. Contestación de la demanda:

La entidad accionada se opuso a las pretensiones contenidas en la demanda al considerar que existe ausencia de responsabilidad pues no existe un vínculo contractual que justifique el pago de los derechos reclamados pues son del resorte de la entidad territorial respectiva.

Propuso las excepciones de ineptitud sustancial de la demanda por FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA; INEXISTENCIA DEL DEMANDADO ANTE LA FALTA DE RELACIÓN CON EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO CONEXO O DERIVADO DEL ACTO ADMINISTRATIVO; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DEMANDADA POR INEXISTENCIA DE CAUSA JURÍDICA; PRESCRIPCIÓN BUENA FE y LA GENÉRICA.

2.5. Pronunciamiento sobre excepciones:

Dentro del traslado de las excepciones planteadas, la parte demandante se pronuncia sobre cada una de ellas, solicitando no declararlas probadas, reiterando el derecho que le asiste al reajuste pensional.

Sobre la buena fe planteada, dice que dicho principio no aplica bajo ningún criterio jurídico, pues existen parámetros legales incumplidos en el trámite del reconocimiento de la pensión.

2.6. Alegatos de conclusión:

La parte demandante ratificó los fundamentos de hecho y de derecho formulados en la demanda y solicitó acceder a las pretensiones de su libelo introductor o en su defecto, la bonificación por servicios prestados.

La **entidad demandada y la Delegada del Ministerio Público** no hicieron uso de esta oportunidad procesal.

3. CONSIDERACIONES

3.1. El fondo del asunto:

Solicita la demandante se declare la nulidad del acto que le **negó la reliquidación de su pensión de invalidez** en lo que tiene que ver con la no inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados durante

el último año al status de pensionada, incluidos los reconocidos mediante sentencia judicial.

3.2. Problema Jurídico:

*¿Tiene derecho la demandante a que se le reliquide la pensión de invalidez incluyendo la **prima de servicios y la bonificación por servicios prestados** reconocidos por el Tribunal Contencioso Administrativo de Caldas en segunda instancia?*

¿Cuáles son los factores salariales a tener en cuenta en la reliquidación de la pensión de la accionante, como docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio?

3.3. Argumento Central:

3.3.1. Premisas normativas:

Antes de dirimir el fondo de la pretensión, será necesario establecer el marco normativo regulador de la liquidación de la pensión de jubilación y/o de invalidez de un docente.

El contenido del Decreto Ley 3135 de 1968 en su artículo 23 establece el reconocimiento y pago de una prestación pensional por invalidez, a favor de los servidores públicos que experimentaran una pérdida de su capacidad laboral igual o superior al 75%.

“ARTÍCULO 23. Pensión de invalidez. *La invalidez que determine una pérdida de la capacidad laboral no inferior a un 75 por ciento, da derecho a una pensión, pagadera por la respectiva entidad de previsión con base en el último sueldo mensual devengado mientras la invalidez subsista, así:*

a) El cincuenta por ciento cuando la pérdida de la capacidad laboral sea del 75%;

b) Del 75%, cuando la pérdida de la capacidad laboral exceda del 75% y no alcance al 95%;

c) El ciento por ciento (100%) cuando la pérdida de la capacidad laboral sea superior al 95%.

PARÁGRAFO . *La pensión de invalidez excluye la indemnización”.*

En este mismo sentido, el Decreto 1848 de 1969, reglamentario del Decreto Ley 3135 de 1968, en sus artículos 60, 61 y 63 dispuso en relación con el reconocimiento de una prestación pensional por invalidez, lo siguiente:

“Artículo 60°.- Derecho a la pensión. Todo empleado oficial que se halle en situación de invalidez, transitoria o permanente, tiene derecho a gozar de la pensión de invalidez a que se refiere este capítulo. Ver: Artículo Decreto Nacional 3135 de 1968 Artículo 46 Decreto Nacional 1045 de 1978

Artículo 61°.- Definición.

1. Para los efectos de la pensión de invalidez, se considera inválido el empleado oficial que por cualquier causa, no provocada intencionalmente, ni por culpa grave, o violación injustificada y grave de los reglamentos de previsión, a perdido en un porcentaje no inferior al setenta y cinco por ciento (75%) su capacidad para continuar ocupándose en la labor que constituye su actividad habitual o la profesional a que se ha dedicado ordinariamente.

2. En consecuencia, no se considera inválido el empleado oficial que solamente pierde su capacidad de trabajo en un porcentaje inferior al setenta y cinco por ciento (75%). Ver (Artículo 38 Ley 100 de 1993). Artículo 23 Decreto Nacional 3135 de 1968

(...)

Artículo 63°.- Cuantía de la pensión. El valor de la pensión de invalidez se liquidará con base en el último salario devengado por el empleado oficial y será equivalente al grado de incapacidad laboral, conforme a los porcentajes que se establecen a continuación, así:

- a. Cuando la incapacidad sea superior al noventa y cinco por ciento (95%), el valor de la pensión mensual será igual al último salario devengado por el empleado oficial, o al último promedio mensual, si fuere variable.
- c. **Si la incapacidad excediere del setenta y cinco por ciento (75%) sin pasar de noventa y cinco por ciento (95%), la pensión mensual será equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del último salario devengado por el empleado oficial, o del último promedio mensual.**
- d. Si la incapacidad laboral es del setenta y cinco por ciento (75%), dicha pensión será igual al cincuenta por ciento (50%) del último salario devengado por el empleado oficial, o del último promedio mensual, si fuere variable. **Ver Artículo 38 Ley 100 de 1993. Artículo 23 Decreto Nacional 3135 de 1968 Artículo 46 Decreto Nacional 1045 de 1978**

La Ley 4 de 1966, en su artículo 4, estableció que, a partir de su vigencia, las pensiones de jubilación e invalidez, reconocidas a favor de los trabajadores de las entidades de derecho público debían liquidarse teniendo en cuenta **el 75% del promedio mensual obtenido en el último año de servicios.**

“Artículo 4. A partir de la vigencia de esta ley, las pensiones de jubilación e invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de derecho público, se liquidarán y se pagarán tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual obtenido en el último año de servicios.”

6

Así mismo, el Decreto 1743 de 1966, reglamentario de la Ley 4 de 1966, en su artículo 5 precisó que el promedio al que se refería el artículo 4 de la citada Ley 4 de 1966 era el promedio mensual de los salarios **devengados durante el último año de servicios**, previo a la adquisición del estatus pensional.

“Artículo 5. A partir del veintitrés (23) de abril de 1960 inclusive, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de Derecho Público, serán liquidadas y pagadas tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual de salarios devengados durante el último año de servicios, previa la demostración de su retiro definitivo del servicio público.”

- La ley 33 de 1985, enlistó en el artículo 3° los factores que serían considerados para la determinación de la base de aportes, precepto que fue posteriormente modificado por la Ley 62 de 1985, que dispuso en su art. 1° lo siguiente:

“Artículo 1°. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes...”

- Por su parte, con la Ley 91 de 1989 se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y atiende las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentran vinculados; tiene entre sus objetivos el de efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado y, en esta medida, les reconoce a sus afiliados el pago de la pensión, bien sea de jubilación o de **invalidez**; posteriormente los docentes que pertenecían al orden departamental que en virtud del proceso de nacionalización ocurrido como consecuencia de la expedición de la Ley 43 de 1.975, que finalizó en 1.980; se rigen, en cuanto a las prestaciones que se causen hasta la fecha de promulgación de la Ley 91 de 1.989, que lo fue el 29 de diciembre de 1.989, según fuere el caso, por la

Ley 6ª de 1.945 y la Ley 33 de 1.985, normas que deben armonizarse para su aplicación con las disposiciones de la Ley 91 de 1.989.



En el tema de pensiones, la citada Ley 91 de 1989 unificó para los docentes nacionales y nacionalizados el porcentaje de la pensión y equiparó su régimen al de los pensionados del sector público nacional. Señaló a propósito en el artículo 15 ibídem, lo siguiente:

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

2. Pensiones:

B. Para los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1981, nacionales o nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1º de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional [...].

- A su vez, la Ley 60 de 1993 al definir las prestaciones del sector docente dispuso que el régimen aplicable a los actuales docentes nacionales y nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones será el reconocido por la ley 91 de 1989, y las prestaciones en ella reconocidas serán compatibles con pensiones o cualquier otra clase de remuneraciones. Así mismo, la ley 115 de 1994, en la parte final del inciso 1º, artículo 115, remite al régimen prestacional establecido para los educadores estatales en las Leyes 91 de 1989 y 60 de 1993.

Esto indica que las normas a aplicar en el caso estudiado son la Ley 33 de 1985 y la Ley 62 del mismo año, es decir, el régimen general de prestaciones sociales del sector público.

3.3.2. Premisa jurisprudencial:

Ahora bien, en sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, la Sala Plena del H. Consejo de Estado estudió la pretensión de reliquidación de una pensión reconocida por Cajanal a una beneficiaria del régimen de transición previsto en el art. 36 de la Ley 100 de 1993, a quien le aplicaba por remisión la Ley 33 de 1985.

En dicha sentencia, el Consejo de Estado fijó dos subreglas aplicables al grupo de beneficiarios del régimen de transición y para efectos de liquidar el IBL, a saber:

***“La primera subregla** es que para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es:*

- Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.
- Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

95. La Sala Plena considera importante precisar que la regla establecida en esta providencia, así como la primera subregla, no cobija a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues fueron exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y su régimen pensional está previsto en la Ley 91 de 1989¹. Por esta razón, estos servidores no están cobijados por el régimen de transición.

96. **La segunda subregla** es que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones. ...”

A diferencia de lo ocurrido con la primera sub-regla, el Consejo de Estado no precisó si esta segunda sub-regla, cobijaba o no la situación pensional de los docentes afiliados al Fomag, lo que podría suscitar dudas, no sobre si la misma constituye precedente, pues, se insiste, esta sentencia no es vinculante para la resolución sub examine debido a que no existe similitud de supuestos fácticos y jurídicos; sino que surgía discusión sobre si debía hacerse extensiva la interpretación que allí se hace de la Ley 33/85 para determinar la fórmula de liquidación de las pensiones reconocidas a quienes gozan del régimen prestacional previsto en la Ley 91/89 y les aplica, por remisión del Art. 15 ibídem, la Ley 33/85.

El Juzgado venía considerando que los argumentos y sub-argumentos de la segunda sub-regla contenidos en los numerales 96 y s.s. de la sentencia de unificación, se desligaban de la conclusión de la sub-regla primera de la que expresamente se excluye a los docentes afiliados al FOMAG, la cual no guarda relación con las particularidades del régimen especial de que gozan los docentes oficiales, permitiendo de esa manera continuar con la tesis del reconocimiento de una pensión con inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio; sumado a que en pronunciamientos posteriores al fallo de Unificación que se viene citando; el Consejo de Estado había ratificado que a los docentes se les aplica la Ley 33 de 1985² por virtud de la Ley 19 de 1989 y no de la Ley 100 de 1993.

¹ Ley 100 de 1993. “Artículo 279. **EXCEPCIONES.** El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica [...] 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 retire del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida [...]”.

² Consejo de Estado, Sección Quinta, C.P. Rocío Araujo Oñate, Rad. 11001-03-15-000-2018-03012, 27 de septiembre de 2018.

Ahora bien, con posterioridad, la Sección Segunda de esta misma Corporación en decisión de unificación de 2019, unificó las reglas sobre el IBL en la pensión de jubilación y vejez de los docentes y dijo³:

“Reglas de unificación sobre el IBL en pensión de jubilación y vejez de los docentes

1. *De todo lo expuesto se extraen las siguientes reglas de unificación de la jurisprudencia en materia de régimen pensional de los docentes:*

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

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

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

Por su parte el Tribunal Administrativo de Caldas⁴ en diversos pronunciamientos de segunda instancia ha venido revocando las sentencias en las cuales se accedía al reajuste pensional con inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de adquirirse el status o el retiro del pensionado, al considerar que las pensiones de jubilación reguladas por la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, deben liquidarse sobre todos los factores por los cuales se hubiere cotizado siempre y cuando estén previstos en la precitada Ley 62.

Con fundamento en el citado y más reciente pronunciamiento de unificación, el cual resulta de obligatorio acatamiento para esta Operadora Judicial y la posición asumida por el Tribunal Administrativo de Caldas, se modifica el criterio que se tenía adoptado en la reliquidación de las pensiones de jubilación de los docentes y en su lugar, se acoge a la postura planteada por las aludidas Corporaciones.

³Consejo de Estado, Consejo de Estado, sentencia de Unificación SUJ-014 -CE-S2 -2019 del 25 de abril de 2019, C.P. César Palomino Cortés. Expediente: 680012333000201500569-01, N° Interno: 0935-2017.

⁴ Ver sentencias del 1 de abril de 2019, rad. 17001-33-33-004-2017-0017, M.P. Publio Martín Andrés Patiño Mejía; 8 de abril de 2019, rad. 17001-33-33-004-2017-0181, M.P. Publio Martín Andrés Patiño Mejía.

3.3.3. Caso concreto:

Ahora bien, aplicando al sub examine los elementos jurídicos y jurisprudenciales anteriormente consignados, encontramos lo siguiente:

- Mediante la Resolución No. 749 del 9 de septiembre de 2014, se reconoció pensión de invalidez a la demandante, a partir del **2 de marzo de 2013**, incluyendo como factor el sueldo mensual.

- Posteriormente se expide la resolución No. 00171 del 12 de marzo de 2018, mediante la cual se ajusta la Pensión de Invalidez, incluyendo como factores salariales fuera del Sueldo Mensual, la Prima de Navidad, la Prima de Vacaciones y la Bonificación-, el derecho lo reconoce a partir del 28 de febrero de 2014.

- Los factores incluidos en el acto de reconocimiento pensional, los pedidos y los enlistados en la Ley 62 de 1985 y los reconocidos mediante sentencia por el Tribunal Contencioso Administrativo de Caldas, se resumen en el siguiente cuadro:

Factores reconocidos por el Tribunal Contencioso Administrativo de Caldas el 30 de enero de 2014	Factores devengados último año de servicios (status o retiro) Status: 2/04/2013 Invalidez: 4/02/2013	Factores incluidos en la base pensional Resolución 171 del 12 de marzo de 2018 – reliquidación pensión invalidez	Factores consagrados en la Ley 62 de 1985
Fl. 1 al 13- Archivo 02 del Expediente digitalizado	Fl. 32 – Archivo 01 del Expediente digitalizado	Fl. 30 - Archivo 01 del Expediente digitalizado	
Bonificación por servicios prestados Prima de servicios	Asignación Básica Prima de Navidad Prima de Vacaciones Prima de Alimentación	Sueldo mensual Prima de Navidad Prima de Vacaciones Bonificación	Asignación Básica Gastos de Representación Primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; Domingales y feriados; Horas extras bonificación por servicios prestados;

			Trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio
--	--	--	--

Estando la actuación para fallo y con el fin de obtener completa claridad sobre la bonificación reconocida, se ofició a la Secretaría de Educación Municipal para que especificara si la “bonificación” reconocida en la Resolución 171 del 12 de marzo de 2018 correspondía a la “bonificación por servicios prestados” o de la “bonificación mensual” creada a través del Decreto 155 de 2014; la cual indicó que, para la fecha de configuración de la invalidez, la demandante sólo devengó *ASIGNACIÓN BÁSICA, PRIMA DE SERVICIOS y PRIMA DE NAVIDAD*, allegando el correspondiente certificado.

No obstante, se observa que en la resolución 171 del 12 de marzo de 2018, sí se computó como parte del salario base de liquidación la “bonificación” en cuantía de 27.119, la cual considera el Juzgado corresponde a la bonificación creada por el Decreto 1566 del 19 de agosto de 2014, en tanto se atiende al monto allí establecido para un docente en grado 14 del Escalafón Docente.

En ese sentido, la bonificación por servicios prestados y que fuera reconocida por el Tribunal Administrativo de Caldas a partir del 16 de junio de 2005, mediante sentencia judicial del 4 de septiembre de 2014, deberá incluirse en la base pensional, al estar el citado factor salarial enlistado en la Ley 62 de 1985.

Ahora bien, en relación con la PRIMA DE SERVICIOS reconocida también en la precitada providencia (BAJO LOS PARÁMETROS DEL ARTÍCULO 58 DE LA LEY 1042/78), no se accederá, en razón a que no se encuentra enlistada en la Ley 62/85.

Visto lo expuesto, se concluye que se debe acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda, por lo que a título de restablecimiento del derecho, se CONDENARÁ a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a reajustar la pensión de invalidez, a partir de la adquisición del derecho **2 de abril de 2013**, con la inclusión de la Bonificación por Servicios Prestados.

Las sumas de dinero mencionadas tendrán que actualizarse teniendo en cuenta la siguiente fórmula:

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

Donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh) que es lo dejado de percibir por el actor, desde el año de adquisición del status (2 de abril de 2013), hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de la sentencia, por el índice inicial vigente para la fecha en que debieron hacerse los respectivos pagos.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes empezando por la primera mesada pensional que se debió reajustar teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

3.3.4. Prescripción

El Consejo de Estado sobre este aspecto ha precisado⁵:

“El Decreto N° 3135 de 1968¹¹ dispuso en su artículo 41 lo siguiente:

“ARTÍCULO 41. *Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este decreto prescribirán en tres años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.”*

El Decreto N° 1848 de 1969¹² por su parte expresó al respecto:

“ARTÍCULO 102.- Prescripción de acciones.

1. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.”

De las normas reseñadas, la Sala concluye lo siguiente:

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, dos (2) de febrero de dos mil diecisiete (2017), Radicación No. 150012333000201300718 01 (1218-2015).

1. Las acciones que emanan de los derechos laborales y prestacionales, prescriben en 3 años contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles.

2. El simple reclamo escrito de la titular, interrumpe la prescripción por una sola vez y por un lapso igual.

Ahora bien, la jurisprudencia de la Corporación ha expuesto al respecto varios pronunciamientos relacionados con la prescripción de las mesadas pensionales, dentro de los cuales se citarán los siguientes, que tratan de un caso similar al que se estudia:

“....

De lo anterior se concluye, que el término de prescripción empieza a correr a partir de la fecha en que el derecho se haya hecho exigible, y que la interrupción se presenta en un lapso igual contados desde presentación de la reclamación administrativa.

Es decir, que luego de presentada la petición de un derecho, el interesado cuenta con 3 años para demandar el reconocimiento del derecho, en caso de que la entidad requerida sea renuente a dar respuesta a la misma, so pena de activarse el fenómeno prescriptivo, y de esta manera evitar la pérdida del derecho a las prestaciones periódicas que se llegaren a ver afectadas por el transcurso del tiempo...”

En el presente caso se observa que el derecho se adquiere para el 2 de abril de 2013; adicionalmente se observa que la sentencia judicial que ordena el reconocimiento de la Bonificación por Servicios es proferida para el 4 de septiembre de 2014 y notificada para el 8 de septiembre de ese año. La petición de inclusión de este último factor se da para el 8 de septiembre de 2017 y la demanda se presenta para el 22 de mayo de 2018.

Bajo ese contexto, considera el Juzgado que en este asunto no se presenta la prescripción de mesadas pensionales, pues la solicitud en sede administrativa se hace dentro de los tres años al reconocimiento judicial del factor ahora incluido en la base pensional

3.4. Condena en costas:

Partiendo del criterio objetivo que ha venido sustentando el H. Consejo de Estado para la imposición de las costas, se impondrá condena a la parte demandada teniendo en cuenta que no se debe evaluar la conducta de las partes (temeridad o mala fe), sino aspectos objetivos respecto de su causación, tal como lo prevé el Código General del Proceso, con el fin de darle plena aplicación a su artículo 365. Al respecto⁶ se indicó que:

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda - Subsección "A", C.P. William Hernández Gómez, siete (7) de abril de dos mil dieciséis (201), Rad. 13001-23-33-000-2013-00022-01.

“...El concepto de las costas del proceso está relacionado con todos los gastos necesarios o útiles dentro de una actuación de esa naturaleza y comprende los denominados gastos o expensas del proceso llamados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo gastos ordinarios del proceso y otros como son los necesarios para traslado de testigos y para la práctica de la prueba pericial, los honorarios de auxiliares de la justicia como peritos y secuestres, transporte de expediente al superior en caso de apelación, pólizas, copias, etc.

Igualmente, el concepto de costas incluye las agencias del derecho que corresponden a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, que el juez reconoce discrecionalmente a favor de la parte vencedora atendiendo a los criterios sentados en los numerales 3º y 4º del artículo 366 del C.G.P, y que no necesariamente deben corresponder al mismo monto de los honorarios pagados por dicha parte a su abogado los cuales deberán ser fijados contractualmente entre éstos conforme a los criterios previstos en el artículo 28 numeral 8º de la ley 1123 de 2007...”

Siendo ello así, y considerando que en el presente asunto las costas se han causado respecto a las agencias en derecho, en tanto la parte demandante tuvo que desplegar su demanda a través de abogado, habrá de condenarse parcialmente a su pago a la entidad y a favor de la demandante, liquidación que se realizará conforme a las normas del C.G. del P., antes referida.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

4. FALLA

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS LAS EXCEPCIONES DE FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA; INEXISTENCIA DEL DEMANDADO ANTE LA FALTA DE RELACIÓN CON EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO CONEXO O DERIVADO DEL ACTO ADMINISTRATIVO; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DEMANDADA POR INEXISTENCIA DE CAUSA JURÍDICA, BUENA FE y PRESCRIPCIÓN propuestas por la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad del acto ficto derivado de petición del 8 de septiembre de 2017, que negó a la señora **SULMA INES SUAREZ CORRALES** el reajuste de la pensión de invalidez con la inclusión de factores devengados para el último año antes del status.

TERCERO: CONDENAR a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a RECONOCER, LIQUIDAR y PAGAR a la señora **SULMA INES SUAREZ CORRALES**, el reajuste de la pensión de invalidez, con la inclusión de la Bonificación por Servicios Prestados, como factor salarial

reconocida judicialmente por el Tribunal Administrativo de Caldas, a partir del **2 de abril de 2013**.

15

CUARTO: CONDENAR a la NACIÓN, MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a pagar a la señora SULMA INES SUAREZ CORRALES, las diferencias de las mesadas pensionales dejadas de cancelar desde la fecha del status con la actualización del índice de precios al consumidor, conforme al art. 187 del CPACA para lo cual aplicará la fórmula contenida en la parte motiva de esta decisión.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS de manera parcial a la entidad demandada y a favor de la demandante.

SEXTO: ORDENAR a la demandada al pago de intereses moratorios, a partir de la ejecutoria de la sentencia, de conformidad con lo dispuesto en el art. 192 numeral 4 y artículo 195 del CPACA.

SÉPTIMO: ORDENAR la liquidación de los gastos del proceso y la devolución de los remanentes si a ello hubiere lugar.

OCTAVO: ARCHIVAR el expediente previa anotación en el aplicativo “Justicia Siglo XXI” una vez se encuentre en firme la sentencia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Firmado Por:

**Maria Isabel Grisales Gomez
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
004
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:

7ca64317efa20c48417479e27f07be32a0fb0db200f0a9bd72e0f22f3b3e07b7

Documento generado en 08/11/2021 02:56:44 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES

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

Expediente	17001-33-33-004-2019-00123-00
Demandante	NÉSTOR JAIME LÓPEZ CARDONA
Demandado	UGPP
Medio de Control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

1. ASUNTO

Procede el Despacho a proferir sentencia anticipada de conformidad con el art. 13 del Decreto 806 de 2020, dentro del medio de control de la referencia.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones:

Declarar la nulidad de la parte resolutive del acto administrativo contenido en la resolución No. RDC 2018-01348 del 23 de octubre de 2018 y contra la LIQUIDACIÓN OFICIAL RESOLUCION No. RDO 2017-03842 del 24/11/2017, expediente 20161520058002677, emanada de la UGPP, mediante las cuales se imponen obligaciones a cargo del demandante por la suma de \$69.051.300 por concepto de contribuciones parafiscales de la protección social correspondiente al período comprendido entre enero de 2014 y diciembre de 2014.

Que como consecuencia de lo anterior, ordenar dejar sin efectos jurídicos la mencionada resolución No. RDC 2018 – 01348 del 23/10/2018 y la LIQUIDACIÓN OFICIAL RESOLUCION No. RDO 2017-03842 del 24/11/2017 por adolecer de irregularidades constitutivas de las causales de nulidad establecidas en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011.

Que se ordene a la demandada restablecer el derecho que le corresponde a la demandante, anulando el cobro de la respectiva obligación que constituye una carga parafiscal adicional impuesta en el acto administrativo impugnado. Igualmente que se archive el expediente del procedimiento de fiscalización adelantado en su contra.

2.2. Supuestos fácticos

Que con motivo de la afiliación al sistema integrado de protección social del señor NÉSTOR JAIME LÓPEZ CARDONA, la UGPP realizó un proceso de fiscalización durante los períodos 01/01/2014 al 31/12/2014.

La entidad demandada indicó que el demandante no se afilió y/o reportó la novedad de ingreso como cotizante al régimen contributivo al SGSSS, incumpliendo el deber legal que le impone las normas que regulan la seguridad social a los trabajadores independientes.

Que los requerimientos proferidos por la entidad demandada, fueron debidamente contestados mediante los recursos de Ley interpuestos.

Que la entidad no analizó el material probatorio aportado durante el transcurso de cada respuesta y el respectivo recurso de reconsideración, que daba cuenta que el demandante percibía ingresos producto de los vehículos (camiones) de su propiedad.

Que de conformidad con el artículo 33 de la Ley 1438 de 2011, el Gobierno debe reglamentar el esquema de presunción de ingresos desde el 2011, pero a la fecha se desconoce la reglamentación posterior al año 2011 que haga referencia a la presunción de ingresos, por lo cual la entidad demandada no cuenta con el suficiente argumento legal para obligar a los cotizantes a realizar sus aportes sobre ingresos producto de los vehículos (camiones).

Que ante el panorama normativo frente a la base sobre la que debe cotizar, en tanto no existe un parámetro objetivo para dicha cotización, se puede concluir la libertad del cotizante para determinar la base de sus aportes. Es decir, para el caso que ocupa el demandante no tiene la obligación de cotizar al sistema de seguridad social sobre sus ingresos producto de los vehículos (camiones).

Que la misma autoridad resolvió el recurso de reconsideración interpuesto por el demandante mediante acto administrativo que se demanda y fijo un valor por omisión en afiliación y/o vinculación y pago al sistema de seguridad social en salud por los períodos de enero a diciembre de 2014, una suma correspondiente a \$23.017.100 y una sanción por omisión correspondiente a un valor de \$46.034.200, para un total de \$69.051.300.

Que la entidad continúa erradamente exigiendo la afiliación y pago de los aportes y sanción por omisión al sistema de seguridad social en su subsistema de salud, a pesar que en cada una de las respuestas y en el recurso de reconsideración se indicó a la entidad la no obligación de cotizar al subsistema.

Que para el caso de los aportes de pensión y salud por parte de los rentistas de capital, en el artículo 135 de la Ley 1753 de 2015 no se ha establecido legalmente todos los elementos de la obligación tributaria, por lo que resulta improcedente la cotización y por lo tanto el acto administrativo es nulo.

2.3. Normas violadas y concepto de violación:

Constitución Política de Colombia artículos 1º, 4º, 6º, 13, 25, 29, 95, 209 y 338. Artículo 135 de la Ley 1753 de 2015. Artículo 33 de la Ley 1438 de 2011. Artículo 107 del Estatuto Tributario. Artículo 70 del Decreto 806 de 1998. Artículo 17 de la Ley 100 de 1993.

Como concepto de violación dice que debe tenerse en cuenta el artículo 108 del Estatuto Tributario que se refiere a los trabajadores independientes que lo hace sobre aquellas personas naturales sin vínculo de subordinación, desarrollan una actividad personal que les resulte remunerada con honorarios, comisiones o servicios, por lo cual no es trabajador independiente quien presta servicios no personales, tales como transporte de carga o de pasajeros.

Arguye que el rentista de capital es aquel que percibe ingresos producto de sus rentas (rentas pasivas) y no está obligado al cotizar sobre IBC. El trabajador independiente es aquél que percibe ingresos por desarrollar actividades de manera personal (rentas activas).

Aduce que el artículo 57 de la Ley 100 de 1993 determinó los afiliados al Sistema de Seguridad Social mediante el régimen contributivo, entre ellos *“los trabajadores independientes con capacidad de pago”*; por lo tanto, para los rentistas propietarios de empresas aún no se ha establecido que deban afiliarse y ser contribuyentes al SSGS.

Afirma que el Ministerio de Trabajo mencionó en el Concepto 20042 del 7/02/2014, que la obligación de afiliación es para trabajadores independientes y no para rentistas de capital que efectúan la explotación de un inmueble, sin prestar ningún tipo de servicios a otra persona natural o jurídica.

Agrega que en igual sentido lo consideró la DIAN en el Concepto 52431/14 al decir que los contratos que no impliquen la prestación de un servicio personal no resultan aplicables verificar el Art. 3 del Decreto 1070/2013.

Adiciona el concepto de violación trayendo a colación la sentencia C-155-03 de la Corte Constitucional que ha sido amplia en indicar que *“toda persona está obligada a pagar los tributos que la le imponga, pero la ley no puede exigirlos si ella no atina a decir – en general – quién lo debe hacer y porque”*.

Considera que el fundamento legal para exigir a los rentistas de capital el pago de parafiscales seguirá en entredicho hasta tanto no se aclaren los elementos del tributo, como lo ordena la Constitución, y hasta que no expida una norma que regule íntegramente la materia.

Reitera que los rentistas de capital no son una clase independiente, y tanto el artículo 33 de la Ley 1438 de 2011, como el artículo 135 de la Ley 1753 de 2015, no regulan como tal la obligación tributaria sustancial, ni la sujeción

pasiva de la afiliación de los rentistas de capital a los diferentes subsistemas (salud y pensión).

2.4. Contestación de la demanda:

Se opuso a las pretensiones y al restablecimiento del derecho planteados en la demanda, toda vez que la entidad actuó en ejercicio de sus facultades y funciones establecidas en la Ley, conforme a las disposiciones especiales vigentes y al momento de expedir los actos administrativos objeto de la presenta demanda, lo que se encuentran investidos de la presunción de legalidad que no logra quebrantar la parte actora, ni con los hechos, ni con los fundamentos jurídicos, como tampoco con el material probatorio allegado.

Frente a la condena en costas aduce que no son procedentes conforme a lo establecido en el artículo 188 del CPACA porque el tema de la controversia tiene un carácter de interés público, dado que con el adecuado, completo y oportuno pago de los aportes parafiscales se busca obtener los recursos necesarios para cumplir con el desarrollo de los fines del Estado Social de Derecho previstos en el artículo 2 de la Carta, así como la financiación del Sistema.

Frente al concepto de violación, realiza un análisis del artículo 15 y 157 de la Ley 100 de 1993, que estipulan de manera taxativa los sujetos pasivos que se deben afiliar al sistema general de pensiones, del artículo 6 de la Ley 797 de 2003 que establece la base de cotización de los trabajadores independientes, el Decreto 806 de 1998 en su artículo 26 que indica que las personas con capacidad de pago deberán afiliarse al Régimen Contributivo mediante el pago de cotizaciones, para decir que es obligación de todo ciudadano con capacidad de pago afiliarse al Sistema de Seguridad Social Integral en los subsistemas de Salud y Pensión, del cual no se puede excluir el señor NÉSTOR JAIME LÓPEZ CARDONA.

Agrega que los artículos 1 y 3 del Decreto 510 de 2003 prevén la determinación del IBC, que corresponde a los ingresos efectivamente percibidos por el afiliado durante el período a declarar, con la posibilidad de deducir de las sumas recibidas aquellas expensas que tengan relación de causalidad con su actividad productora y sean necesarias y proporcionadas como lo dispone el artículo 107 del Estatuto Tributario, cuyo valor definitivo en ningún caso podrán ser inferiores a un salario mínimo, ni superior a 25 salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Trae a colación fallos de segunda instancia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que revisten especial similitud con el caso que aquí convoca, los cuales fijan precedente jurisprudencial frente a la obligatoriedad de afiliarse y aportar al sistema por parte de los trabajadores independientes partiendo de su capacidad de pago y compromiso de solidaridad.

2.5. Alegatos de conclusión:

2.5.1. Parte demandante: Hizo uso de esta oportunidad procesal para reafirmar todos los hechos y pretensiones sustentados en el escrito de la demanda, reiterando los argumentos presentados en el concepto de violación.

Advierte que ante el panorama del vacío normativo frente a la base sobre la que debe cotizar, en tanto no existe un parámetro objetivo para dicha cotización, concluye que el cotizante tiene libertad para determinar la base de sus aportes; en ese sentido, reitera, no tiene la obligación de cotizar al Sistema de Seguridad Social sobre sus ingresos producto de los vehículos (camiones).

2.5.2. Parte demandada: Presentó alegaciones para ratificarse en los fundamentos expuestos en la contestación de la demanda dado que no se decretaron y practicaron pruebas diferentes a las aportadas con la demanda y su contestación que permitan pronunciarse sobre elementos nuevos del proceso.

En esta etapa de alegaciones incorpora jurisprudencia del Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo diferente a la de la contestación de la demanda relacionada con el caso concreto

2.5.3. Concepto del Ministerio Público: La señora Procuradora Judicial para Asuntos Administrativos permaneció silente.

3. CONSIDERACIONES

3.1. El fondo del asunto:

Se trata de determinar la legalidad de los actos administrativos contenidos resolución No. RDC 2018 – 01348 del 23/10/2018 y la Liquidación Oficial No. RDO 2017-03842 del 24/11/2017, mediante los cuales le impusieron una sanción a la parte demandante por la omisión en la afiliación y/o vinculación de los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral en el Subsistema de Salud.

3.2. Problema Jurídico:

¿Estaba obligado el demandante a afiliarse al Sistema de Seguridad Social en el Subsistema de Salud, y cotizar en el régimen contributivo, en calidad de rentista de capital con capacidad de pago para el año 2014?

3.3. Marco normativo y jurisprudencial.

3.3.1. Sobre las cotizaciones de los rentistas de capital:

La Ley 100 de 1993 “*Por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones*”, modificado por la Ley 797 de 2003 “*por la cual se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensiones exceptuados y especiales*”, en los artículos 2 y 3, señalan taxativamente que la afiliación al sistema de pensiones es obligatoria para los trabajadores dependientes e independientes:

“**ARTÍCULO 20.** *Se modifican los literales a), e),i), del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y se adiciona dicho artículo con los literales l), m), n), o) y p), todos los cuales quedarán así:*

Artículo 13. Características del Sistema General de Pensiones.

a) La afiliación es obligatoria para todos los trabajadores dependientes e independientes;

(...)” Subrayas y negrillas del despacho.

“**ARTÍCULO 30.** *El artículo 15 de la Ley 100 de 1993, quedará así:*

Artículo 15. Afiliados. Serán afiliados al Sistema General de Pensiones:

1. En forma obligatoria: *Todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos. Así mismo, las personas naturales que presten directamente servicios al Estado o a las entidades o empresas del sector privado, bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, o cualquier otra modalidad de servicios que adopten, **los trabajadores independientes** y los grupos de población que por sus características o condiciones socioeconómicas sean elegidos para ser beneficiarios de subsidios a través del Fondo de Solidaridad Pensional, de acuerdo con las disponibilidades presupuestales.*

(...) Subrayas y negrillas del despacho.

Los artículos 156 y 157 de la Ley 100 de 1993 prevén que todos los colombianos deberán estar afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud ya sea en el régimen contributivo (con capacidad de pago) o subsidiado (sin capacidad de pago) y otros temporalmente como vinculados:

“**ARTÍCULO 156. CARACTERÍSTICAS BÁSICAS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD.** *El Sistema General de Seguridad Social en Salud tendrá las siguientes características:*

a) *El Gobierno Nacional dirigirá, orientará, regulará, controlará y vigilará el servicio público esencial de salud que constituye el Sistema General de Seguridad Social en Salud;*

b) Todos los habitantes en Colombia deberán estar afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, *previo el pago de la cotización reglamentaria o a través del subsidio que se financiará con recursos fiscales, de solidaridad y los ingresos propios de los entes territoriales; (...)*

ARTÍCULO 157. TIPOS DE PARTICIPANTES EN EL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD. *A partir de la sanción de la presente Ley, todo colombiano participará en el servicio esencial de salud que permite el Sistema General de Seguridad Social en Salud. **Unos lo harán en su condición de afiliados al régimen contributivo o subsidiado y otros lo harán en forma temporal como participantes vinculados.***

A. Afiliados al Sistema de Seguridad Social. Existirán dos tipos de afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud:

*1. **Los afiliados al Sistema mediante el régimen contributivo son las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago.** Estas personas deberán afiliarse al Sistema mediante las normas del régimen contributivo de que trata el capítulo I del título III de la presente Ley.*

(...) (Negrilla fuera de texto).

Ahora, si bien, el artículo 26 del Decreto 806 de 1998¹ “por el cual se reglamenta la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud y como servicio de interés general, en todo el territorio nacional”, estableció quiénes son afiliados al régimen contributivo, entre quienes se encuentran los Rentistas de Capital, fue derogado por el Decreto 2353 de 2015, en el artículo 34, esta norma fue compilada en el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud 780 de 2016, en el artículo 2.1.4.1, disposición que a la letra dice en su parte pertinente:

*“Artículo 2.1.4.1 Afiliados al régimen contributivo. **Pertenecerán al Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud:***

1. Como cotizantes:

(...)

*1.4 Los trabajadores independientes, **los rentistas**, los propietarios de las empresas y en general todas las personas residentes en el país, que no tengan vínculo contractual y reglamentario con algún empleador **y cuyos ingresos mensuales sean iguales o superiores a un salario mínimo mensual legal vigente;***

(...) (Subrayas y negrillas del Despacho)

¹ “ARTÍCULO 26. Afiliados al Régimen Contributivo.

Las personas con capacidad de pago deberán afiliarse al Régimen Contributivo mediante el pago de una cotización o aporte económico previo, el cual será financiado directamente por el afiliado o en concurrencia entre éste y su empleador. Serán afiliados al Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud:

*1. Como cotizantes: (...) d) Los trabajadores independientes, **los rentistas**, los propietarios de las empresas y en general todas las personas naturales residentes en el país, que no tengan vínculo contractual y reglamentario con algún empleador **y cuyos ingresos mensuales sean iguales o superiores a dos salarios mínimos mensuales legales vigentes;** (...)” (Subrayas y negrillas del Despacho)*



De igual forma, el Decreto 1406 de 1999 “*Por el cual se adoptan unas disposiciones reglamentarias de la Ley 100 de 1993, se reglamenta parcialmente el artículo 91 de la Ley 488 de diciembre 24 de 1998, se dictan disposiciones para la puesta en operación del Registro Único de Aportantes al Sistema de Seguridad Social Integral, se establece el régimen de recaudación de aportes que financian dicho Sistema y se dictan otras disposiciones*”, indica en el artículo 1º que se considera aportante el rentista de capital que tenga capacidad de contribuir, mismo que fue compilado por el artículo 3.2.1.1. del Decreto 780 de 2016, así:

“Artículo 3.2.1.1 Definiciones. Para efectos de lo dispuesto en el presente Título, se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

(...) «Aportante» es la persona o entidad que tiene la obligación directa frente a la entidad administradora de cumplir con el pago de los aportes correspondientes a uno o más de los servicios o riesgos que conforman el Sistema y para uno o más afiliados al mismo. Cuando en este Título se utilice la expresión «aportantes», se entenderá que se hace referencia a las personas naturales o jurídicas con trabajadores dependientes, a las entidades promotoras de salud, administradoras de pensiones o riesgos laborales obligadas a realizar aportes correspondientes al Sistema, a los rentistas de capital y demás personas que tengan capacidad de contribuir al financiamiento del SGSSS, y a los trabajadores independientes que se encuentren afiliados al Sistema de Seguridad Social Integral.” (Subrayas y negrillas del Despacho)

Así mismo la Resolución No. 000139 del 2012 “*Por la cual la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, adopta la Clasificación de Actividades Económicas – CIIU revisión 4 adaptada para Colombia*”, en el acápite de Otras Clasificaciones establece:

“OTRAS CLASIFICACIONES

Es necesario anotar que estas “Otras Clasificaciones” no son parte de la CIIU Rev. 4 A.C., son establecidas por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN para propósitos de control, determinación de los impuestos y demás obligaciones tributarias, aduaneras y cambiarias, de su competencia.

(...)

0090 Rentistas de Capital, solo para personas naturales.

Personas naturales o sucesiones ilíquidas cuyos ingresos provienen de intereses, descuentos, beneficios, ganancias, utilidades y en general, todo cuanto represente rendimiento de capital o diferencia entre el valor invertido o aportado, y el valor futuro y/o pagado o abonado al aportante o inversionista.

(...) (Subrayas y negrillas del Despacho)

La Corte Constitucional en la sentencia C-578 de 2009, al estudiar la constitucionalidad de la expresión “trabajador” contenida en los artículos 157 y 204 de la Ley 100 de 1993, resolvió declararse inhibida, pero por las siguientes razones:

“Plantea la actora que la expresión “trabajador” (sin atender su complemento directo “independiente”) contenida tanto en el numeral 1, letra A del artículo 157 de la ley 100 de 1993 como en el párrafo 2º del artículo 204 de la misma ley, excluye a los “rentistas de capital”, aspecto que en su concepto se traduce en una omisión legislativa relativa.

Sin embargo, la mayoría de intervinientes -incluido el Ministerio Público- coinciden en afirmar que contrario a lo expresado por la demandante, de una interpretación sistemática e integral de la Ley 100 de 1993, no es posible concluir que los “rentistas” se encuentran excluidos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, pues en los términos del inciso 1º del artículo 157 de la Ley 100 y de los artículos 1º y 156 de esta Ley “Todos lo habitantes en Colombia deberán estar afiliados al sistema general de seguridad social en salud, previo el pago de la cotización reglamentaria o a través de el subsidio[...]”, de manera tal que ningún colombiano puede eludir esta obligación, a punto que el artículo 154 de la Ley 100, señala que el Estado intervendrá en el servicio público de la seguridad social para asegurar su carácter obligatorio. (...)

Ahora bien, para intervinientes como la CUT, si bien con la expresión “trabajadores independientes” se incurre en un defecto técnico al otorgar a los “independientes con capacidad de pago” la calidad de “trabajadores”, no por ello la norma deviene inconstitucional, en la medida que una comprensión amplia de la expresión permite incluir dentro de tal concepto el de “rentistas” tal como en su momento lo señaló el Decreto 3063 de 1989, en su artículo 15, según el cual es trabajador independiente toda “persona natural que ejerce personal y directamente una profesión, oficio o actividad económica, con o sin trabajadores a su servicio, sin sujeción a contrato de trabajo”, con lo cual se concluye que la expresión trabajadores independientes incluye a todas las personas económicamente activas.

Lo expuesto permite demostrar que para ninguno de los intervinientes la interpretación de las normas acusadas puede ser diferente a aquella que asegure los principios de universalidad y solidaridad, es decir, la obligatoriedad de que los “rentistas” coticen al Sistema General de Seguridad Social en Salud y, en últimas, es este entendimiento de la norma el que debe preferirse a aquel que no se ajuste al precepto constitucional que obliga a que todo colombiano se encuentre afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud sin excepción alguna, aspecto que en definitiva permite concluir que los cargos de la demanda recaen sobre una apreciación limitada del tenor literal del numeral 1 de la Letra A del artículo 157 y el párrafo segundo del artículo 204 de la Ley 100, lo cual ni siquiera atiende el mandato contenido en el inciso primero de la disposición acusada, según el cual “A partir de la sanción de la presente ley, todo colombiano participará en el servicio público esencial de salud que permite el sistema general de seguridad social en salud [...]”.

Esta sentencia admitió la obligatoriedad de los rentistas de capital de cotizar al sistema general de seguridad social en salud en desarrollo de los principios de universalidad y solidaridad que obliga a que todo colombiano con capacidad económica se encuentre afiliado al sistema de salud en el régimen contributivo.

Además, la sentencia antes transcrita sirvió de fundamento para pronunciarse sobre la legalidad de los artículos 2.1.4.1. y 3.2.1.1. del Decreto 780 de 2016 por el cual se expidió el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social. En esta oportunidad, la Sección Cuarta del Consejo de Estado en la sentencia proferida el 1 de agosto de 2019 dentro del proceso radicado con el número 11001-03-27-000-2017-00037-00 (23379) y con ponencia del Consejero Doctor Milton Chaves García, dijo in extenso:

“Artículo 3.2.1.1 Definición. Para efectos de lo dispuesto en el presente Título, se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

(...) El Decreto 780 de 2016 es una norma compilatoria del Ministerio de Salud y de la Protección Social que se encargó de acopiar, unificar y/o actualizar normas reglamentarias preexistentes que rigen en el sector salud y de la protección social.

Por la naturaleza compilatoria de la norma acusada, su contenido material corresponde a los decretos compilados, entre otros, al Decreto 1406 de 1999, que reglamentó la afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud, ya al Decreto 2353 de 2015, que estableció reglas para la afiliación y la autoliquidación de aportes al Sistema de Seguridad Social Integral.

Así, el Decreto 780 de 2016 incluyó en el artículo 2.1.4.1 numeral 1.4, lo dispuesto en el artículo 34 del Decreto 2353 de 2015[11] y en el artículo 3.2.1.1 numeral 1, lo establecido en el artículo 1° del Decreto 1406 de 1999.

Según el actor, las normas parcialmente demandadas vulneran los artículos 2, 95 [9] y 338 de la Constitución Política y 157 literal a) numeral 1) de la Ley 100 de 1993, en lo referente al principio de legalidad de los tributos, dado que es al legislador a quien le corresponde determinar los sujetos pasivos, como elemento esencial del tributo.

1. En relación con el Artículo 2.1.4.1 numeral 1.4 del Decreto 780 de 2016, la actora sostiene que los rentistas de capital y los propietarios de empresas no están obligados por ley a cotizar en el régimen contributivo de salud.

(...)

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-578 de 2000, precisó que una interpretación amplia de la expresión “trabajador independiente” contenida en el numeral 1) del literal a) del artículo 157 de la Ley 100 de 1993 admite la inclusión de los rentistas de capital como obligados a cotizar o aportar al Sistema General de Seguridad Social en Salud, bajo el entendido que son personas económicamente activas que ejercen una actividad económica en forma personal y directa. En lo pertinente, la Corte sostuvo lo siguiente:

(...)

De igual forma, el alcance dado por la expresión “trabajador independiente” prevista en la Ley 100 de 1993 [art. 157] permite cobijar en la misma a los propietarios de empresas, teniendo en cuenta que se trata de personas naturales económicamente activas que desarrollan una actividad de manera personal y directa.

Por su parte, el artículo 157 literal a) numeral 2) de la Ley 100 de 1993 señala que, en general, hacen parte del régimen subsidiado “las personas sin capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización”.

Así, en virtud de los principios de universalidad y solidaridad, todos los habitantes de Colombia deben estar afiliados al Sistema General de Seguridad social en Salud, mediante el régimen contributivo, si tienen capacidad de pago, o el régimen subsidiado, si no la tienen.

En relación con los rentistas de capital, cuya capacidad de pago no se discute en este asunto, la Corte Constitucional, en la citada sentencia C-578 de 2009 agregó lo siguiente :

(...)

Con base en los principios de universalidad y solidaridad previstos en la Ley 100 de 1993, al reglamentar los artículos 154 y 157 de la misma ley, el artículo 26 literal d) del Decreto 806 de 1998 incluyó expresamente a los rentistas d capital y propietarios de empresas como afiliados al régimen contributivo de salud, así:

(...)

Dicha norma fue reproducida en el artículo 34 del Decreto 2353 de 2015 -que derogó el Decreto 806 de 1998-, que, como se advierte, se refirió en forma expresa a los rentistas y propietarios de empresas como cotizantes del régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Conforme lo anterior, bajo los parámetros interpretativos definidos por la corte constitucional en sentencia C-578 de 2009, los rentistas de capital y propietarios de empresas están obligados a cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en desarrollo de los principios de solidaridad y universalidad, pues, todas las personas con capacidad económica deben contribuir con el financiamiento del sistema.

Bajo esas consideraciones, al expedir el Decreto 780 de 2016, la Nación – Ministerio de Salud y de la Protección Social no desconoció el principio de legalidad, ya que por su naturaleza compilatoria, esa norma se limitó a incorporar disposiciones que, como se expuso previamente, imponen a los rentistas de capital y a los propietarios de empresas una obligación tributaria, con base en la ley que los considera como aportantes al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

En consecuencia no hay lugar a anular las expresiones “los rentistas” y “los propietarios de las empresas” del artículo 2.1.4.1 numeral 1.4 del Decreto 780 de 2016, que, en los términos de la Ley 100 de 1993, regula los afiliados al régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

(...)

Frente a la expresión “rentistas de capital” a que se refiere la norma demandada, la Sala concluye que no es nula, por las siguientes razones:

De acuerdo con el artículo 8 de la Ley 100 de 1993, el Sistema de Seguridad Social Integral es el conjunto armónico de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos y está conformado por los regímenes generales establecidos para pensiones, salud, riesgos profesionales y los servicios sociales complementarios que define

esa ley. Así pues, del Sistema de seguridad Social Integral forma parte el sistema de pensiones, entre otros.

El artículo 1° del Decreto 1406 de 1999, por el cual se implementó el Registro Único de Aportantes al Sistema de Seguridad social Integral, incluyó de manera expresa a los rentistas de capital como “aportantes” del Sistema Integral de Seguridad Social:

(...)

El texto de la citada disposición, incorporado en el artículo 3.2.1.1, numeral 1 del Decreto 780 de 2016, no establece de forma expresa, como lo considera el demandante, que los rentistas de capital se encuentren obligados a cotizar al sistema de pensiones.

La norma se limita a definir y dar alcance a la expresión “aportante” en el contexto del Sistema de seguridad Social Integral y se refiere a quien tiene la obligación directa de realizar aportes a uno o más servicios o riesgos que conforman ese sistema general.

En consecuencia, el artículo 3.2.1.1, numeral 1 del Decreto 780 de 2016 al mencionar a los rentistas de capital no excedió la facultad reglamentaria. Además, la inclusión de los rentistas de capital en la definición de aportantes al Sistema de Seguridad Social Integral no viola el principio de unidad de materia, pues el decreto demandado compila normas del sector salud y protección social.

En ese orden, no se estructura el cargo de nulidad invocado por la parte actora en tanto no se probó la falta de competencia del Ministerio de Salud y de la Protección Social para incluir como cotizantes del sistema de salud a los rentistas de capital y propietarios de empresas y definir como aportantes del SSSI a los rentistas de capital. Por lo anterior, se niegan las pretensiones de la demanda (Negrillas y subrayas del Despacho).

De acuerdo a lo anterior y teniendo en cuenta el problema jurídico que nos ocupa en este caso, no hay duda que para el año 2014 sí existía una norma que, para rentistas de capital, estableciera el deber de cotizar al subsistema de salud; esto es el Decreto 1406 de 1999 artículo 1, compilado por el artículo 3.2.1.1. del Decreto 780 de 2016 y jurisprudencialmente la sentencia C-578 de 2009 que fijó parámetros para determinar que los rentistas de capital y propietarios de empresas están obligados a cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud, precedente que sirvió de base para que la Sección Cuarta del Consejo de Estado en el fallo proferido el 1 de agosto de 2019 declarara la legalidad de los artículos 2.1.4.1. y 3.2.1.1. al considerar que la norma no viola el principio de unidad de materia consagrado expresamente en el artículo 158 de la Constitución Política².

3.3.2. Sobre la base gravable.

² “todo proyecto de ley debe referirse a una misma **materia** y serán inadmisibles las disposiciones o modificaciones que no se relacionen con ella”.

El Decreto 510 de 2003 “*Por medio del cual se reglamentan parcialmente los artículos 3º, 5º, 7º, 8º, 9º, 10 y 14 de la Ley 797 de 2003*” en sus artículos 1º y 3º, estableció:

“Artículo 1º. De conformidad con lo previsto por el artículo 15 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 3º de la Ley 797 de 2003, las personas naturales que prestan directamente servicios al Estado o a las entidades o empresas del sector privado bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios o cualquier otra modalidad de servicios que adopten, deberán estar afiliados al Sistema General de Pensiones y su cotización deberá corresponder a los ingresos que efectivamente perciba el afiliado. Para este propósito, él mismo deberá declarar en el formato que para tal efecto establezca la Superintendencia Bancaria, ante la administradora a la cual se afilie, el monto de los ingresos que efectivamente percibe, manifestación que se entenderá hecha bajo la gravedad del juramento.

El afiliado deberá actualizar dicha información, cuando se produzcan cambios significativos en sus ingresos, es decir, en más del 20%, respecto de su declaración inicial y, en todo caso, por lo menos una vez al año dentro de los dos primeras meses.
(...)

Parágrafo. Se entiende por ingresos efectivamente percibidos por el afiliado aquellos que él mismo recibe para su beneficio personal. Para este efecto, podrán deducirse las sumas que el afiliado recibe y que debe erogar para desarrollar su actividad lucrativa en las mismas condiciones previstas por el artículo 107 (25) del Estatuto Tributario.

(...)

Artículo 3º. La base de cotización del Sistema General de Pensiones será como mínimo en todos los casos de un salario mínimo legal mensual vigente, y máximo de 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes, límite este que le es aplicable al Sistema de Seguridad Social en Salud. Este límite se aplicará a las cotizaciones cuyo pago debe efectuarse a partir del mes de marzo.

La base de cotización para el Sistema General de Pensiones deberá ser la misma que la base de la cotización del Sistema General de Seguridad Social en Salud, salvo que el afiliado cotice para el Sistema General de Pensiones sobre una base inferior a la mínima establecida para el Sistema General de Seguridad Social en Salud.” (Negrillas y subrayas del Despacho)

Por otro lado, el artículo 204 de la Ley 100 de 1993 definió:

“ARTÍCULO 204. MONTO Y DISTRIBUCIÓN DE LAS COTIZACIONES.

*<Inciso 1o. modificado por el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:> **La cotización al Régimen Contributivo de Salud será, a partir del primero (1º) de enero del año 2007, del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado. Las cotizaciones que hoy tienen para salud los regímenes especiales y de excepción se incrementarán en cero punto cinco por ciento (0,5%), a cargo del empleador, que será destinado a la subcuenta de solidaridad para completar el uno punto cinco a los que***

hace referencia el presente artículo. El cero punto cinco por ciento (0,5%) adicional reemplaza en parte el incremento del punto en pensiones aprobado en la Ley 797 de 2003, el cual sólo será incrementado por el Gobierno Nacional en cero punto cinco por ciento (0,5%).

(...)

PARÁGRAFO 20. Para efectos de cálculo de la base de cotización de los trabajadores independientes, el Gobierno Nacional reglamentará un sistema de presunciones de ingreso con base en información sobre el nivel de educación, la experiencia laboral, las actividades económicas, la región de operación y el patrimonio de los individuos. Así mismo, la periodicidad de la cotización para estos trabajadores podrá variar dependiendo de la estabilidad y periodicidad de sus ingresos. (Subrayas y negrillas del Despacho)

Y el artículo 33 de la Ley 1438 de 2011 “Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones” dispuso:

“ARTÍCULO 33. PRESUNCIÓN DE CAPACIDAD DE PAGO Y DE INGRESOS. Se presume con capacidad de pago y, en consecuencia, están obligados a afiliarse al Régimen Contributivo o podrán ser afiliados oficiosamente:

33.1 Las personas naturales declarantes del impuesto de renta y complementarios, impuesto a las ventas e impuesto de industria y comercio.

33.2 Quienes tengan certificados de ingresos y retenciones que reflejen el ingreso establecido para pertenecer al Régimen Contributivo.

33.3 Quienes cumplan con otros indicadores que establezca el Gobierno Nacional. Lo anterior, sin perjuicio de poder ser clasificado como elegible al subsidio por medio del Sisbén, de acuerdo con las normas sobre la materia.

El Gobierno Nacional reglamentará un sistema de presunción de ingresos con base en la información sobre las actividades económicas. En caso de existir diferencias entre los valores declarados ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) y los aportes al sistema estos últimos deberán ser ajustados. (Subrayas y negrillas del despacho)

De acuerdo a la anterior norma, si bien, el Gobierno Nacional ordenó la reglamentación sobre el sistema de presunción de ingresos con base en la información sobre las actividades económicas, como lo indica el actor; no puede pasarse por alto que también determinó que se presume que tienen capacidad de pago y están obligados a realizar cotizaciones en el régimen contributivo aquellas personas que declaran renta, y tomó como base los valores declarados ante la DIAN y los ajustes si existieran diferencias con los aportes.

Ahora, el artículo 135 de la Ley 1753 de 2015³ “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país” estableció:

“ARTÍCULO 135. Los trabajadores independientes por cuenta propia y los independientes con contrato diferente a prestación de servicios que perciban ingresos mensuales iguales o superiores a un (1) salario mínimo mensual legal vigente (smmlv), cotizarán mes vencido al Sistema Integral de Seguridad Social sobre un ingreso base de cotización mínimo del cuarenta por ciento (40%) del valor mensualizado de sus ingresos, sin incluir el valor total del Impuesto al Valor Agregado (IVA), cuando a ello haya lugar, según el régimen tributario que corresponda. Para calcular la base mínima de cotización, se podrán deducir las expensas que se generen de la ejecución de la actividad o renta que genere los ingresos, siempre que cumplan los requisitos del artículo 107 del Estatuto Tributario.

En caso de que el ingreso base de cotización así obtenido resulte inferior al determinado por el sistema de presunción de ingresos que determine el Gobierno Nacional, se aplicará este último según la metodología que para tal fin se establezca y tendrá fiscalización preferente por parte de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP). No obstante, el afiliado podrá pagar un menor valor al determinado por dicha presunción siempre y cuando cuente con los documentos que soportan la deducción de expensas, los cuales serán requeridos en los procesos de fiscalización preferente que adelante la UGPP.

En el caso de los contratos de prestación de servicios personales relacionados con las funciones de la entidad contratante y que no impliquen subcontratación alguna o compra de insumos o expensas relacionados directamente con la ejecución del contrato, el ingreso base de cotización será en todos los casos mínimo el 40% de valor mensualizado de cada contrato, sin incluir el valor total el Impuesto al Valor Agregado (IVA), y no aplicará el sistema de presunción de ingresos ni la deducción de expensas. Los contratantes públicos y privados deberán efectuar directamente la retención de la cotización de los contratistas, a partir de la fecha y en la forma que para el efecto establezca el Gobierno Nacional.

Cuando las personas objeto de la aplicación de la presente ley perciban ingresos de forma simultánea provenientes de la ejecución de varias actividades o contratos, las cotizaciones correspondientes serán efectuadas por cada uno de los ingresos percibidos de conformidad con la normatividad aplicable. Lo anterior en concordancia con el artículo 50 de la Ley 797 de 2003.” (Negrillas del Despacho).

En ese estado de las cosas, a juicio del Despacho, sí estaban determinados los elementos esenciales de la obligación, pues la norma es clara al indicar que la base gravable no es otra que los ingresos mensuales propios menos las erogaciones como ya se explicó párrafos atrás.

3.4. Lo probado en el proceso.

³ Derogado por el artículo 336 de la Ley 1955 de 2019. También fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-219 de 2019 por infracción al principio de unidad de materia.

Así, se tienen como hechos probados en el presente asunto los siguientes:

- Que la UGPP a través de REQUERIMIENTO DE INFORMACIÓN No. RQI - M -1356 26/09/2016, solicitó una información y documentos al señor NESTOR JAIME LÓPEZ CARDONA con el fin de determinar la adecuada, completa y oportuna liquidación y pago de las contribuciones parafiscales del Sistema de la Protección Social correspondiente a los períodos 01/01/2014 al 31/12/2014. (Documento contenido en el expediente administrativo digitalizado, archivo RQI-M-1356.pdf (fls. 1 a 2))

“1. Relación de los números de las planillas integradas de liquidación de aportes (PILA) donde conste el pago de los aportes como afiliado cotizante a los subsistemas en Salud y Pensiones de los periodos señalados. Número de planilla, Operador de información, Periodo de pago Fecha de pago, Total pagado.

2. Documento(s) que acrediten su afiliación a los subsistemas en Salud y Pensiones, en calidad de “cotizante”, para los periodos señalados.

3. Copia del acto administrativo que acredite su calidad de pensionado por vejez, en caso de estar en dicha condición y/o acreditar los requisitos que lo eximan de realizar los aportes al subsistema de pensiones.

4. Copia del acto administrativo que acredite su condición de afiliado a un régimen de excepción, en caso de que haya lugar a ello.

5. Actividad económica y tarifa del riesgo laboral que le aplica para el Sistema de Riesgos Laborales.

6. Fotocopia del documento que acredite las fechas de ingreso y salida del país, en caso de haber permanecido fuera del país durante los periodos señalados y documento expedido por el país de residencia en donde se acredite su calidad de residente en el exterior.

7. Relación en medio magnético, en archivo formato Excel, de los ingresos brutos y costos asociados a su actividad productora de renta, debidamente certificados por contador público o revisor fiscal en caso de estar obligado a ello (...).

8. Copia de los documentos que soportan los ingresos brutos y costos asociados a su actividad productora de renta. Las facturas y/o documentos equivalentes deben cumplir con los requisitos indicados en los artículos 617 y 618 del Estatuto Tributario.”

- Adicionalmente la UGPP le informó y solicitó lo siguiente en documento anexo (Documento contenido en el expediente administrativo digitalizado, archivo RQI-M-1356.pdf (fls. 3 a 5):

“La Unidad de Pensiones y Parafiscales realizó el seguimiento al estado de cumplimiento de sus obligaciones con el Sistema General de Seguridad Social en Salud y Pensiones en calidad de “obligado” por registrar ingresos superiores a un salario mínimo mensual legal vigente en su información tributaria del año 2014.

Este seguimiento se realizó a través de acciones persuasivas con el fin de que NESTOR JAIME LOPEZ CARDONA normalizara su situación con la afiliación y vinculación al sistema de salud y de pensiones en calidad de cotizante, para lo cual se le dio un plazo de un mes. Así mismo, se advirtió que de no presentarse un cambio en su afiliación y pago de aportes, seguiría siendo monitoreado y podría ser objeto de fiscalización que puede derivar en sanciones.

La Unidad ha evidenciado a través de la planilla integrada de Liquidación de Aportes-PILA, que no cambió su comportamiento, incumpliendo el deber legal que le imponen las normas que regulan la seguridad social a los trabajadores independientes.

De acuerdo a la información oficial que reposa en la base de datos de la Unidad, El TOTAL INGRESOS NETOS 2014, para el año 2014, fue el valor de \$ 6.449.739.000, y TOTAL COSTOS Y DEDUCCIONES el valor de \$ 121.487.000, como se detalla a continuación:

INGRESOS	VALOR
Ingresos Brutos Operacionales	\$ 6.445.934.000
Ingresos Brutos No Operacionales	\$ 3.805.000
Intereses y Rendimientos	\$ 000
Total Ingresos Brutos	\$ 6.449.739.000
Total Ingresos Netos	\$ 6.449.739.000

COSTOS Y DEDUCCIONES	VALOR
Otros Costos	\$ 000
Total Deduciones	\$ 121.487.000

Por lo anterior, usted estaba obligado a realizar la afiliación y aportes en calidad de cotizante por el año 2014 al subsistema de salud y al Subsistema de Pensiones, salvo que se encuentre excluido de este último.

El no realizar el cambio requerido por La Unidad, lo hace acreedor de la sanción establecida en el numeral 1° del artículo 179 de la Ley 1607 de 2012, modificado por el artículo 50 de la Ley 1739 de 2014, que dispone que el aportante que omita la afiliación y/o vinculación y no pague los aportes al Sistema en la fecha establecida para tal fin, deberá liquidar y pagar una sanción por cada mes o fracción de mes de retardo, la cual se incrementará dependiendo de la etapa del proceso, así:

- *Si el pago de la obligación se realiza entre la notificación del “Requerimiento de Información” y antes de la notificación del “Requerimiento para declarar y/o corregir”, la sanción será del 3% sobre el aporte mensual a cargo.*
- *Si el pago se realiza después de la notificación del “Requerimiento para declarar y/o corregir”, la sanción es del 6% sobre el aporte mensual a cargo.*
- *Si el pago se realiza después de la notificación de la “Liquidación Oficial” la sanción es del 12% sobre el aporte mensual a cargo. Lo anterior sin perjuicio de los intereses moratorios derivados del no pago de los aportes, los cuales se liquidarán a la fecha efectiva en que se realice el pago.”*

- Aparece en el expediente administrativo otro REQUERIMIENTO PARA DECLARAR Y/O CORREGIR No. RCD-2017-00559 29/04/2017, en el cual le propone al señor NÉSTOR JAIME LOPEZ CARDONA “... que se afilie y/o reporte la novedad de ingreso, declare y pague como cotizante al régimen

contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, los aportes correspondientes a los periodos enero a diciembre de 2014, toda vez que La Unidad evidenció que conforme con su declaración del impuesto sobre la renta y complementarios por el año gravable 2014, contó con capacidad de pago que lo obligaba a cotizar a dicho subsistema”. (Documento visible en la carpeta EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO, subcarpeta REQUERIMIENTO DECLARAR _ CORREGIR, archivo RCD-2017-00559.pdf).

- Se encuentra demostrado que el apoderado de la parte demandante dio respuesta al anterior requerimiento mediante oficio del 26 de julio de 2017, advirtiendo que en virtud del artículo 33 de la Ley 1438 de 2011 “...no existe un parámetro objetivo para dicha cotización, se puede concluir la libertad del cotizante para determinar la base de sus aportes. Es decir, el señor Néstor Jaime no tiene la obligación de cotizar a salud sobre los ingresos de los vehículos (camiones)”. Como prueba y anexos incorporó “Certificado de la profesional, contadora pública Floralba Giraldo Buitrago de la declaración de renta del año gravable 2014, costos y gastos del señor Néstor Jaime López Cardona”.
- La UGPP de acuerdo a lo anterior, le adjudicó a la auditora ANA CAROLINA LARA RUBIANO, el presente caso, mediante el cual le realizó un seguimiento al demandante encontrando la siguiente información (documento dispuesto en la carpeta LIQUIDACIÓN OFICIAL del expediente administrativo, en el archivo INFORME AUDITOR LO.pdf):

Al realizar la consulta para la persona natural NESTOR JAIME LOPEZ CARDONA encontró lo siguiente:

Conformación del IBC

VALORES MENSUALIZADOS DE LA RENTA AÑO 2014				
Ingreso mensual de la renta	IBC mensual	Aporte mensual a SALUD	Aporte mensual a PENSION	Aporte PSP 0,00%
537.478.250	15.400.000	1.925.000	-	-

Formulario EMAN No. 210 – Declaración de Renta y Complementarios Personas Naturales y Afiliadas No Obligadas a llevar Contabilidad

INGRESOS			COSTOS Y DEDUCCIONES		
	REGLON	VALOR		REGLON	VALOR
Ingreso como empleado y/o pensiones	33 - 34		Gastos de nómina incluidos los aportes a seguridad social y parafiscales	47	
Honorarios, comisiones y servicios	35		Otros costos y deducciones	50	
Intereses y rendimientos financieros	36		Costos y gastos incurridos en el exterior	51	
Dividendos y participaciones	37		Total costos y deducciones (suma 47 a 51)		
Otros (Ventas, arrendamientos, etc.)	38				
Total ingresos recibidos por concepto de renta (33 + 36 + 37 + 38)					

Formulario DAV No. 119 - Declaración de Renta y Complementarios o de Ingresos y Patrimonio para Personas Jurídicas y Asimiladas, Personas Naturales y Asimiladas (Obligados a llevar Contabilidad)

INGRESOS	REGLÓN	VALOR	COSTOS Y DEDUCCIONES	REGLÓN	VALOR
Ingresos brutos operacionales	42	6.445.934.000	Costo de ventas y producción de servicios	49	6.080.190.000
Intereses brutos no operacionales	43	3.805.000	Otros costos	50	-
Intereses y rendimientos financieros	44	0	Total Costos (49-50)		6.080.190.000
Total Ingresos brutos (42 + 43 + 44)	45	6.449.739.000	Costos de administración	51	33.940.000
			Costos de amortización de rentas	52	-
			Otras deducciones	53	32.487.000
			Total Deducciones (sin renglones 51 + 52 + 53 + 54)		6.204.623.000

INGRESOS	REGLÓN	VALOR
Ingresos brutos operacionales	42	6.445.934.000
Intereses brutos no operacionales	43	3.805.000
Intereses y rendimientos financieros	44	0
Total Ingresos brutos (42 + 43 + 44)	45	6.449.739.000

Teniendo en cuenta lo anterior, el Ingreso Base de Cotización (IBC) sobre el cual se aplicará la tarifa de cotización correspondiente a cada subsistema, será calculado con base en el ingreso bruto mensualizado, de la siguiente manera:

CALCULO DEL IBC -SEGURIDAD SOCIAL	
INGRESOS BRUTOS ANUALES	6.449.739.000
IBC MENSUALIZADO (Ingreso bruto anual dividido en 12 meses)	537.478.250

En el informe de auditora expresó lo siguiente “Se expide el RDOC por salud, dado presenta para la vigencia objeto de fiscalización 60 años y no presenta afiliación previa por lo cual se encuentra excluido”.

Respecto a unos apartes de la respuesta otorgada por el demandante la auditora se refirió “las personas naturales que ejercen una actividad económica que deriven ingresos suficientes para hacer aportes al Sistema de Seguridad Social integral, están obligados a la afiliación y pago de aportes a dicho subsistema”. Además que la norma que refiere el demandante Art. 135 del Decreto 1753 de 2015 “es aplicable en la conformación del IBC para cotizantes en modalidad de independientes, a partir del año 2015...” Que incluso la Ley 100 de 1993 estableció la “obligación de afiliación y pago de aportes, a los diferentes subsistemas, para todos los habitantes del territorio nacional de lo cual no se excluyen los Transportadores en calidad de trabajadores independientes por cuenta propia”.

Advirtió que respecto a los soportes que allegó el actor en la respuesta verificó que “LA CERTIFICACIÓN sobre costos y gastos, firmada por Contador Público, entregada por el obligado, no evidencia prueba documental que permita corroborar la información allí contenida”. Además con respecto “a los costos y/o deducciones, el obligado no allega soportes que permitan verificar el cumplimiento de los criterios del artículo 107 del Estatuto Tributario”.

Por lo tanto en el título “Sanción” dijo: “Procede los cálculos de sanción por inexactitud conforme a lo establecido por la Subdirección de Determinación, adicionalmente, no se evidencian pagos en la base de confirmación de depósitos de tesorería”.

- Entonces dado que el accionante no cumplió con los requerimientos que la UGPP le impuso, a través de la Resolución No. RDO-017-003842 del 24 de noviembre de 2017 profirió liquidación oficial al demandante por omisión en afiliación y pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral en el Subsistema de Salud por el período de enero a diciembre de 2014 por la suma de \$23.017.100 y le impuso sanción por la omisión por un valor de \$46.034.200. (Fls. 33 a 58 del C1 del expediente digitalizado).

- El demandante a través de apoderado interpuso recurso de Reconsideración contra la mencionada liquidación oficial RDO-2017-03842 del 24/11/2017. (fls. 59 a 64 del C1 del expediente digitalizado).
- La UGPP a través de la Resolución No. RDC-2018-01348 del 23 de octubre de 2018 resolvió el recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución No. RDO-03842 del 24/11/2017, confirmando la liquidación de los aportes y la sanción por omisión en todas sus partes. (fls. 8 a 32).
- Además quedó probado que el señor NÉSTOR JAIME LÓPEZ CARDONA realizó aportes para salud y pensión en varios periodos de 2014 (abril, agosto, diciembre, enero y febrero) con un salario base de liquidación de \$616.000.00, según el archivo compromiso en WINRAR “seguridad social 2014” que contiene las planillas en pdf pagadas, expedidas por ASOPAGOS S.A. en la expediente administrativo.

3.5. Caso concreto y conclusión:

Pretende el actor se declare la nulidad de los actos administrativos de liquidación oficial por omisión en la afiliación y pago de los aportes al sistema de seguridad social en salud para el periodo enero a diciembre de 2014 y la sanción impuesta por no declarar.

El actor basó el cuestionamiento de legalidad a los actos demandados, en que no estaba obligado a cotizar porque para los rentistas propietarios aún no se ha establecido que deben afiliarse y ser contribuyentes al S.S.G.S. apoyado en el artículo 33 de la Ley 1438 de 2011, en un concepto del Ministerio de Trabajo No. 20042 del 7/02/2014, en el concepto de la DIAN No. 52431 de 2014 y en la sentencia C-155-03 de la Corte Constitucional.

Por su parte la UGPP indica que los rentistas de capital si están obligados a pagar los aportes en virtud de los artículos 15 y 157 de la Ley 100 de 1993, que estipulan de manera taxativa los sujetos pasivos que se deben afiliar al Sistema General de Pensiones; del artículo 6 de la Ley 797 de 2003 que establece la base de cotización de los trabajadores independientes, además que todas las personas con capacidad de pago deberán afiliarse al Régimen Contributivo.

Ahora, de las pruebas aportadas se observa que en la Liquidación Oficial No. RDO-2017-03842 de 24 de noviembre de 2017, se determinaron los aportes, por los siguientes ingresos recibidos durante el período de fiscalización 2014 de acuerdo al “Formulario DIAN No. 210 – Declaración de Renta y Complementarios Personas Naturales y Asimiladas No Obligadas a llevar Contabilidad”:

“(…)

Para el proceso de fiscalización, los ingresos efectivamente percibidos por EL OBLIGADO fueron tomados de la declaración del impuesto sobre la renta y complementarios presentada por el periodo objeto de

fiscalización, según información suministrada por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN, los cuales corresponden a los ingresos brutos. Por su parte, EL OBLIGADO no entregó documentos o pruebas que permitieran establecer si contaba con costos o gastos relacionados con su actividad generadora de renta que pudieran ser deducidos y considerados en el cálculo del IBC..”

(...)

4.2.1 De los ingresos tenidos en cuenta en la determinación de los ajustes.

Se encontró que durante la vigencia fiscalizada EL OBLIGADO percibió los siguientes ingresos:

INGRESOS	RENGLÓN	VALOR
Ingresos brutos operacionales	42	6.445.934.000
Intereses brutos no operacionales	43	3.805.000
Intereses y rendimientos financieros	44	0
Total Ingresos brutos (42 + 43 + 44)	45	6.449.739.000

Dado que EL OBLIGADO, hasta el momento de proferirse requerimiento para declarar y/o corregir, no entregó documentos o pruebas que permitieran establecer que contaba con costos y/o gastos relacionados con su actividad generadora de renta que pudieran ser deducidos¹² y considerados en el cálculo del ingreso base de cotización, el IBC sobre el cual se aplicó la tarifa de cotización correspondiente a cada subsistema fue calculado con base en el ingreso bruto mensualizado.

Sin embargo, teniendo en cuenta que el IBC de aportes a la Seguridad Social Integral, tanto en salud como en pensiones, no puede ser inferior al salario mínimo ni superior a los 25 salarios mínimos mensuales legales vigentes, el IBC sobre el cual se propusieron los ajustes para cada uno de los periodos objeto de fiscalización corresponde a QUINCE MILLONES CUATROCIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$15.400.000).”

(...)

En concordancia con lo antes señalado, se tiene que el señor Néstor Jaime López Cardona, en la declaración del impuesto de renta presentada ante la DIAN, reporta el total de ingresos percibidos para el año 2014, por lo que se tuvo entonces por probado que efectivamente en el caso concreto el aportante para el periodo fiscalizado percibió un total de \$6.449.739.000, no obstante, era su carga probatoria según el artículo 167 del Código General del proceso, acreditar los documentos de costos y gastos asociados a la misma, pues la sola certificación expedida por el contador público no es prueba suficiente sin los documentos soportes, así lo estipuló el C.E. en sentencia⁴ :

“El Certificado de un Contador Público que certifica, según se transcribió, que los libros de comercio están debidamente registrados en la Cámara de Comercio, que la contabilidad se lleva de acuerdo a lo ordenado por el Código de Comercio y que los datos de la declaración de renta, de ingresos, costos y deducciones, coinciden con los respectivos registros contables. Para la Sala, este

⁴ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION CUARTA Consejero ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS Bogotá, D.C., veintisiete (27) de enero de dos mil once (2011) Radicación número: 41001-23-31-000-2003-00788-01(17222).

certificado, ni sus anexos, son suficientes para desvirtuar la decisión administrativa y establecer la realidad de los ingresos declarados, pues el cuestionamiento oficial requería que la sociedad acreditara fehacientemente, con documentos soportes, el movimiento contable y la realidad de las operaciones de devoluciones y retiros en efectivo que afectaron los ingresos del año gravable. Si bien, conforme con el artículo 777 del Estatuto Tributario, cuando se trata de presentar en la DIAN pruebas contables, son suficientes las certificaciones de los contadores o revisores fiscales, sin perjuicio de la facultad que tiene la Administración para hacer las comprobaciones pertinentes, ha sido criterio de la Sala que para que estos certificados sean válidos como prueba contable deben llevar al convencimiento del hecho que se pretende probar, sujetándose a las normas que regulan el valor probatorio de la contabilidad. Además, de expresar que la contabilidad se lleva de acuerdo con las prescripciones legales o que los libros se encuentran registrados en la Cámara de Comercio; deben informar si las operaciones están respaldadas por comprobantes internos y externos y si reflejan la situación financiera del ente económico. Se ha precisado que tales certificados deben contener algún grado de detalle en cuanto a los libros, cuentas o asientos correspondientes a los hechos que pretenden demostrarse; no pueden versar sobre las simples afirmaciones acerca de las operaciones contables de que dichos funcionarios dan cuenta.”

De acuerdo a lo anterior, se encuentra probado que el demandante percibió esos ingresos durante el año 2014 de acuerdo a la declaración de renta; por lo tanto, se evidencia que la UGPP tomó como base de liquidación el total de esos ingresos netos, sin embargo, tomo como base 25 smmlv equivalentes a \$15.400.000, en virtud que superaba ese tope y sobre este valor extrajo el 12,5% de la cotización en salud, arrojando \$1.950.000 mensual, suma que se multiplica por 12 meses y da \$23.100.000.

Siendo ello así, la decisión de la entidad se ajustó a las disposiciones de orden legal y jurisprudencial desarrolladas a lo largo de esta providencia, quedando claro que el demandante para el año 2014 contaba con capacidad de pago, debiendo realizar las cotizaciones al régimen por mayores ingresos, pues se reitera, no probó con documentos soportes los costos y deducciones.

En ese orden de ideas, no hay duda que el verdadero ingreso base de cotización en el caso del actor, correspondió a los percibidos producto de su actividad económica que se determinan, fundamentalmente, a través de lo declarado ante la DIAN y no lo que aparece reportado en las planillas pagadas a través de ASOPAGOS S.A. que demuestran la base cotización para salud sobre un salario mínimo \$616.000 para el año 2014.

De acuerdo a lo anterior se negarán las pretensiones de la demanda presentada por el señor NESTOR JAIME LOPEZ CARDONA contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP.

3.6. Costas

La norma que regula la condena en costas en la jurisdicción de lo contencioso-administrativo dispone:

Artículo 188. Condena en costas. *Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.*

El Consejo de Estado sobre la interpretación de la norma ha precisado:

“La lectura interpretativa que la Sala otorga a la citada regulación especial gira en torno al significado del vocablo disponer, cuya segunda acepción es entendida por la Real Academia Española como «2. tr. Deliberar, determinar, mandar lo que ha de hacerse».

Ello implica que disponer en la sentencia sobre la condena en costas no presupone su causación per se contra la parte que pierda el litigio y solo, en caso de que estas sean impuestas, se acudirá a las normas generales del procedimiento para su liquidación y ejecución (artículo 366 del CGP).

En tal virtud, a diferencia de lo que acontece en otras jurisdicciones (civil, comercial, de familia y agraria), donde la responsabilidad en materia de costas siempre es objetiva (artículo 365 del CGP), corresponde al juez de lo contencioso-administrativo elaborar un juicio de ponderación subjetiva respecto de la conducta procesal asumida por las partes, previa imposición de la medida, que limitan el arbitrio judicial o discrecionalidad, para dar paso a una aplicación razonable de la norma.

Ese juicio de ponderación supone que el reproche hacia la parte vencida esté revestido de acciones temerarias o dilatorias que dificulten el curso normal de las diferentes etapas del procedimiento, cuando por ejemplo sea manifiesta la carencia de fundamento legal de la demanda, excepción, recurso, oposición o incidente, o a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad; se aduzcan calidades inexistentes; se utilice el proceso, incidente o recurso para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos; se obstruya, por acción u omisión, la práctica de pruebas; se entorpezca el desarrollo normal y expedito del proceso; o se hagan transcripciones o citas deliberadamente inexactas (artículo 79 CGP).

Así las cosas, frente al resultado adverso a los intereses del demandante, se tiene que ejerció de forma legítima el reclamo por la vía judicial del derecho que le asistía de acceder a la pensión gracia, pues con base en el ordenamiento que la rige y los lineamientos jurisprudenciales en la materia, así lo consideró...”⁵

Siendo ello así, y considerando que en el presente asunto las costas se han causado, por lo menos en lo que tiene que ver con las agencias en derecho, en la medida en que la entidad ha actuado a través de apoderado judicial habrá de condenarse a su pago en contra del demandante y en favor de la parte demandada, liquidación que se hará conforme a las normas del C.G. del P., antes referida.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, C.P. Carmelo Perdomo Cuéter, veintisiete (27) de mayo de dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 20001-23-39-000-2014-00335-01(2392-16).

4. FALLA:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda presentada por **NÉSTOR JAIME LOPEZ CADONA** contra la UGPP por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: CONDENAR en costas del proceso a la parte demandante y a favor de la parte demandada, las que serán liquidadas por la Secretaría en la oportunidad de ley.

TERCERO: EJECUTORIADA esta providencia, **LIQUÍDENSE** los gastos del proceso, **DEVUÉLVANSE** los remanentes si los hubiere. **ARCHÍVENSE** las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el programa Justicia XXI.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Firmado Por:

Maria Isabel Grisales Gomez
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
004
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:

45640303a7a35ce9be671f130252923423c2b172cd8af638132983544636
5bad

Documento generado en 08/11/2021 03:00:27 PM

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