

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, veintiséis (26) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

Procede el Despacho Primero del Tribunal Administrativo a decidir sobre la admisión de la demanda que en ejercicio del medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** regulado en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, presentó **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** contra **JOSÉ AGUIRRE MONTOYA**.

ANTECEDENTES

Pretende Colpensiones con la demanda se declare la nulidad de la Resolución nro. SUB 274271 del 20 de octubre de 2018, que reconoció una pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del señor Jesús Helí Aguirre Cardona a su padre, señor José Aguirre Montoya, al afirmar que no se cumplen con los requisitos de ley para ser beneficiario de esta prestación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, ante la existencia de una compañera permanente que acreditó un mejor derecho. Y como consecuencia de ello, a título de restablecimiento del derecho, se ordene al señor Aguirre Montoya reintegrar los valores recibidos por concepto de mesadas, aportes en salud y retroactivo pensional.

Mediante auto del 28 de octubre de 2021, se ordenó corregir la demanda para que la parte actora aportara prueba que diera cuenta de la calidad de servidor público del señor Jesús Helí Aguirre Cardona; allegara prueba que permitiera determinar cuál fue el último lugar de prestación de servicios del causante de la prestación, señor Jesús Helí Aguirre Cardona; y determinara la cuantía de conformidad con el artículo 157 del CPACA, es decir, por los 3 últimos años, al tratarse de un asunto pensional.

Dentro del término legal para corregir la demanda, la parte demandante presentó memorial de subsanación.

CONSIDERACIONES

En el escrito de corrección presentado por la parte actora, específicamente en lo relacionado con la cuantía, se procedió a modificar la misma de conformidad con lo establecido en el artículo 157 de la Ley 1437 de 2011.

Al respecto explicó que, como la demanda fue presentada en septiembre de 2021, se tendrían en cuenta las mesadas causadas y pagadas entre septiembre de 2018 a esa fecha, lo que arrojaba como resultado una cuantía de treinta y seis millones ochocientos setenta y cuatro mil trescientos treinta y seis pesos (\$36.874.336).

El artículo 157 de la Ley 1437 de 2011 consagró la competencia por razón de la cuantía de la siguiente manera:

Para efectos de competencia, cuando sea del caso, la cuantía se determinará por el valor de la multa impuesta o de los perjuicios causados, según la estimación razonada hecha por el actor en la demanda, sin que en ello pueda considerarse la estimación de los perjuicios morales, salvo que estos últimos sean los únicos que se reclamen. En asuntos de carácter tributario, la cuantía se establecerá por el valor de la suma discutida por concepto de impuestos, tasas, contribuciones y sanciones.

Para los efectos aquí contemplados, cuando en la demanda se acumulen varias pretensiones, la cuantía se determinará por el valor de la pretensión mayor.

En las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho no podrá prescindirse de la estimación razonada de la cuantía, so pretexto de renunciar al restablecimiento.

La cuantía se determinará por el valor de las pretensiones al tiempo de la demanda, sin tomar en cuenta los frutos, intereses, multas o perjuicios reclamados como accesorios, que se causen con posterioridad a la presentación de aquella.

Cuando se reclame el pago de prestaciones periódicas de término indefinido, como pensiones, la cuantía se determinará por el valor de lo que se pretenda por tal concepto desde cuando se causaron y hasta la presentación de la demanda, sin pasar de tres (3) años.

El artículo 155 de la Ley 1437 de 2011, frente a la competencia de los jueces administrativos, determinó:

ARTÍCULO 155. COMPETENCIA DE LOS JUECES ADMINISTRATIVOS EN PRIMERA INSTANCIA. *Los jueces administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos:*

(...)

2. De los de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, que no provengan de un contrato de trabajo, en los cuales se controviertan actos administrativos de cualquier autoridad, cuando la cuantía no exceda de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

El salario mínimo para el año 2021 quedó establecido en \$908.526; y, según la norma anterior, los jueces administrativos conocen del medio de control de nulidad y restablecimiento de carácter laboral cuando la cuantía sea inferior a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes, para este año \$45.426.300.

Al verificar que la cuantía del proceso asciende a la suma de \$36.874.336, procederá el despacho a declarar la falta de competencia de este Tribunal para conocer de la presente controversia, y ordenará remitir el expediente a la Oficina Judicial de esta ciudad para que este sea repartido entre los juzgados administrativos como un asunto de su competencia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas,

RESUELVE

1. DECLÁRESE la falta de competencia para avocar el conocimiento de la presente demanda que en ejercicio del medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** presentó **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** contra **JOSÉ AGUIRRE MONTOYA**.

2. ENVIAR el expediente a la Oficina Judicial de esta ciudad para que sea repartido entre los Juzgados Administrativos del Circuito de Manizales como un asunto de su competencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
MAGISTRADO**

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS	
<u>NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO</u>	
No.	215
FECHA: 29 DE NOVIEMBRE DE	
2021	

Firmado Por:

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

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

Código de verificación:

ffbedc11c9768da0593c4cac487f6158b91db8ea088ace422428a8365821ef6b

Documento generado en 26/11/2021 10:53:51 AM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, veintiséis (26) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

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

Ingresó a despacho el proceso de la referencia para continuar con el trámite de ley.

ANTECEDENTES

Mediante sentencia proferida el 12 de octubre de 2017, el Tribunal Administrativo de Caldas ordenó la reliquidación de la pensión de vejez de la señora Villegas Durán con un monto del 75% aplicado al promedio de los factores salariales devengados en el último año de servicios como eran: salario básico, gastos de representación, prima de vacaciones, bonificación por servicios, gastos de representación bonificación por servicios, prima de servicios, gastos de representación prima de servicios y prima de navidad.

Mediante auto del 23 de septiembre de 2021, se ordenó librar mandamiento de pago por los siguientes conceptos:

1. Por la obligación de hacer referente a *RELIQUIDAR la pensión de vejez de la señora LUZ AMPARO VILLEGAS DURÁN en un valor de \$6.725.957, a partir del 15 de enero de 2015.*

2. Por la obligación de pagar sumas de dinero, así:

a) Por las sumas correspondientes a la diferencia entre la mesada pensional reconocida y pagada a la señora Villegas Durán y la mesada pensional correspondiente

al valor señalado en el numeral 1, por cada una de las mesadas pensionales causadas entre el 15 de enero de 2015 y la fecha de ejecutoria de la sentencia del 27 de octubre de 2017, lo que da un valor de \$49.229.632.

*b) Por la actualización monetaria (indexación) de los valores ordenados en el punto anterior, computada entre la fecha de causación de cada mesada pensional y la fecha de ejecutoria de la sentencia, en atención a la formula $R = Rh * (\text{Índice Final} / \text{Índice Inicial})^1$, lo que da un valor de \$2.944.216.*

c) Por las sumas correspondiente a la diferencia entre la mesada pensional reconocida y pagada a la señora Villegas Durán y la mesada pensional correspondiente al valor señalado en el numeral 1, por cada una de las mesadas pensionales causadas a partir de la fecha de ejecutoria de la sentencia del 27 de octubre de 2017, y la fecha de pago total de la obligación, pero por ahora, según lo indicado, la fecha de presentación de la demanda (2 de agosto de 2021), lo que da un valor de \$76.454.549.

La mentada providencia se abstuvo de librar mandamiento de pago por la suma de \$376.368 correspondiente a las costas causadas en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, ya que no se adeudaba valor alguno por este concepto. Y también negó la medida cautelar peticionada, dado que la información suministrada por la parte ejecutante no permitía determinar si los recursos depositados en las cuentas bancarias a nombre de Colpensiones ostentaban o no la calidad de inembargables.

Luego de notificado el mandamiento de pago, la UGPP presentó memorial mediante el cual se pronunció sobre la mencionada providencia, y propuso contra la misma las excepciones de “prescripción”, “buena fe de Colpensiones” y “genérica”.

CONSIDERACIONES

¹ Donde:

“R” es valor final.

“Rh” es valor histórico.

“índice final” es el I.P.C. consolidado a la fecha de ejecutoria de la sentencia.

“índice inicial” es el I.P.C. correspondiente al mes de causación para cada mesada individualmente considerada.

El artículo 182A de la Ley 2080 de 2021, que adicionó el CPACA, estableció la posibilidad de proferir sentencia anticipada en los asuntos de conocimiento de esta jurisdicción en los siguientes casos:

Sentencia anticipada. Se podrá dictar sentencia anticipada:

1. Antes de la audiencia inicial:

a) Cuando se trate de asuntos de puro derecho;

b) Cuando no haya que practicar pruebas;

c) Cuando solo se solicite tener como pruebas las documentales aportadas con la demanda y la contestación, y sobre ellas no se hubiese formulado tacha o desconocimiento;

d) Cuando las pruebas solicitadas por las partes sean impertinentes, inconducentes o inútiles.

El juez o magistrado ponente, mediante auto, se pronunciará sobre las pruebas cuando a ello haya lugar, dando aplicación a lo dispuesto en el artículo 173 del Código General del Proceso y fijará el litigio u objeto de controversia.

Cumplido lo anterior, se correrá traslado para alegar en la forma prevista en el inciso final del artículo 181 de este código y la sentencia se expedirá por escrito.

No obstante estar cumplidos los presupuestos para proferir sentencia anticipada con base en este numeral, si el juez o magistrado ponente considera necesario realizar la audiencia inicial podrá hacerlo, para lo cual se aplicará lo dispuesto en los artículos 179 y 180 de este código.

2. En cualquier estado del proceso, cuando las partes o sus apoderados de común acuerdo lo soliciten, sea por iniciativa propia o por sugerencia del juez. Si la solicitud se presenta en el transcurso de una audiencia, se dará traslado para alegar dentro de ella. Si se hace por escrito, las partes podrán allegar con la petición sus alegatos de conclusión, de lo cual se dará traslado por diez (10) días comunes al Ministerio Público y demás intervinientes. El juzgador rechazará la solicitud cuando advierta fraude o colusión.

Si en el proceso intervienen litisconsortes necesarios, la petición deberá realizarse conjuntamente con estos. Con la aceptación de esta petición por parte del juez, se

entenderán desistidos los recursos que hubieren formulado los peticionarios contra decisiones interlocutorias que estén pendientes de tramitar o resolver.

3. En cualquier estado del proceso, cuando el juzgador encuentre probada la cosa juzgada, la caducidad, la transacción, la conciliación, la falta manifiesta de legitimación en la causa y la prescripción extintiva.

4. En caso de allanamiento o transacción de conformidad con el artículo 176 de este código.

PARÁGRAFO. *En la providencia que corra traslado para alegar, se indicará la razón por la cual dictará sentencia anticipada. Si se trata de la causal del numeral 3 de este artículo, precisará sobre cuál o cuáles de las excepciones se pronunciará.*

Surtido el traslado mencionado se proferirá sentencia oral o escrita, según se considere. No obstante, escuchados los alegatos, se podrá reconsiderar la decisión de proferir sentencia anticipada. En este caso continuará el trámite del proceso.

Con fundamento en la anterior norma, para el despacho están dadas en este caso las condiciones para dictar sentencia anticipada, por lo que procederá, en primer momento, a emitir pronunciamiento sobre la fijación del litigio, para de esta manera determinar con claridad el decreto de pruebas.

Fijación del litigio

Teoría del caso de cada una de las partes:

Parte demandante: sostuvo que mediante sentencia del 12 de octubre de 2017, el Tribunal Administrativo de Caldas accedió al reajuste de la pensión de la demandante teniendo en cuenta un monto conformado por el 75% de los factores salariales percibidos en el último año de prestación de servicios como eran: el salario básico, gastos de representación, prima de vacaciones, bonificación por servicios, gastos de representación bonificación por servicios, prima de servicios, gastos de representación prima de servicios, y prima de navidad.

Luego de ejecutoriada la sentencia, y transcurrido el término de ley para dar cumplimiento a la misma, pese a los requerimientos efectuados por la parte

actora, Colpensiones no cumplió con las obligaciones que se impusieron en el fallo.

Como la providencia contiene una obligación clara, expresa y exigible a cargo de Colpensiones y a favor de la señora Villegas Durán, es procedente ejecutarla por las obligaciones de hacer y dar contenidas en la sentencia del 12 de octubre de 2017.

Parte demandada: en relación con el mandamiento de pago librado por la Sala de Decisión, propuso la excepción de prescripción frente a cualquier derecho que eventualmente se hubiere causado a favor de la demandante, conforme a los Decretos 3135 de 1968, Decreto 1948 de 1969 y los artículos 151 y 488 en materia laboral.

También planteó la excepción de buena fe, al afirmar que la entidad ha atendido de manera diligente las reclamaciones sobre crédito laborales presentados por la parte actora.

Así mismo, hizo alusión a la improcedencia de decretar la medida cautelar, en atención a que la misma recae sobre dineros inembargables.

Finalmente, indicó que debe tenerse en cuenta la prescripción trienal de las costas procesales.

En atención a lo anterior, se fijará el litigio a partir de los siguientes interrogantes:

1. ¿Se ha presentado la prescripción de los derechos reconocidos en la sentencia judicial que constituye título ejecutivo en el presente asunto?

En caso negativo:

2. ¿Existió un cumplimiento total o parcial por parte de Colpensiones a favor de la parte ejecutante, respecto de la condena impuesta en la sentencia judicial base de cobro ejecutivo?

3. ¿Hay lugar a ordenar seguir adelante con la ejecución, por qué tipo de obligaciones y por qué monto?

Lo anteriores problemas jurídicos se plantean sin perjuicio de que, al momento de proyectar el fallo, se estime conveniente agregar otros puntos de análisis.

Pruebas

Parte demandante: hasta donde la ley lo permita téngase como prueba documental la allegada con la demanda, visible en el archivo #02 del expediente digital.

La parte demandante realizó la siguiente petición de pruebas:

Documental

- Pidió exhortar al Tribunal Administrativo para que allegue en su totalidad copia íntegra y completa del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho identificado con el radicado 17-001-23-33-000-2016-00773, en el cual figura como demandante la señora Luz Amparo Villegas Durán, y como demandado Colpensiones.

Esta prueba será negada por innecesaria, toda vez que previo a admitirse la demanda se requirió a la Secretaría de la corporación para que anexara al presente proceso, de manera escaneada, el cartulario mencionado, el cual reposa en el archivo #06 del expediente digital.

- Pidió exhortar a la Universidad de Caldas para que allegue certificado del último sueldo o salarios devengados en el último año de servicio por la señora Luz Amparo Villegas Durán, así como todos los factores salariales de dicha anualidad.

Esta prueba será negada por innecesaria, ya que en el expediente reposa el mencionado certificado.

Parte demandada: la parte demandada no aportó pruebas con la contestación de la demanda y tampoco solicitó se decretara alguna.

Allegó los antecedentes administrativos, mismo que reposan en el archivo #12 del expediente digital. Estos serán valorados de conformidad con la ley al momento de dictar sentencia.

De oficio: de conformidad con lo establecido en el artículo 213 del CPACA, el despacho considera necesario decretar de oficio la siguiente prueba documental.

Luego de pronunciarse sobre el mandamiento de pago, Colpensiones allegó copia de la Resolución nro. 277276 del 21 de octubre de 2021, mediante la cual resolvió un trámite de prestaciones económicas en el régimen de prima media con prestación definida (cumplimiento de sentencia), correspondiente a la señora Luz Amparo Villegas Durán.

Por lo anterior, por ser pertinente, conducente y necesaria, se decreta como prueba documental de oficio, que se allegue copia de la Resolución nro. 277276 del 21 de octubre de 2021, mediante el cual se le dio cumplimiento a la sentencia emitida por este Tribunal el 12 de octubre de 2017. Pero, por economía procesal, no se ordenará oficiar a Colpensiones para que envíe la resolución, sino que se tendrá como respuesta el documento que ya reposa en el expediente digital en el archivo #14.

Al tenor del artículo 182A de la Ley 2080 de 2021, el despacho considera que en este caso es posible dictar sentencia anticipada, ya que no hay pruebas por practicar.

En tal sentido, de la prueba documental decretada de oficio se le correrá traslado a la parte demandante por el término de tres (3) días, contados a partir de la notificación de este auto, para que ejerza su derecho de contradicción; para lo cual la Secretaría, al momento de notificar esta providencia, enviará el link pertinente para tener acceso a la Resolución nro. 277276 del 21 de octubre de 2021, visible en el archivo #14.

En caso de que la parte actora no presentó tacha u objeción frente a la prueba documental en el término de traslado, la misma se entenderá debidamente practicada; y, en consecuencia, se correrá entonces traslado a las partes y al Ministerio Público, por el término de diez (10) días, para presentar alegatos de conclusión.

Se reconoce personería para actuar en nombre y representación de Colpensiones a la sociedad Conciliatus S.A.S, identificada con NIT 900.720.288-8, quien actúa en el presente proceso a través del abogado José Octavio Zuluaga Rodríguez, portador de la tarjeta profesional nro. 986.60 del CSJ, en los términos y con las facultades señaladas en la Escritura Pública nro. 3367 del 2 de septiembre de 2019, y según el certificado de existencia y representación de esta sociedad (fols. 2 a 29 archivo #11).

Se allegó memorial mediante el cual el doctor José Octavio Zuluaga Rodríguez sustituye el poder a él otorgado a la doctora Nancy Yanet Restrepo Hernández. Al evidenciar que el escrito contiene los requisitos de ley, se reconoce personería a la doctora Restrepo Hernández, portadora de la tarjeta profesional nro. 199.361 del CSJ, para actuar como apoderada sustituta de la entidad, de conformidad con las mismas facultades plasmadas en el poder principal (fol. 30 archivo #11).

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas,

RESUELVE

PRIMERO: TENER POR CONTESTADA la demanda por Colpensiones.

SEGUNDO: FIJAR EL LITIGIO en los siguientes términos:

1. ¿Se ha presentado la prescripción de los derechos reconocidos en la sentencia judicial que constituye título ejecutivo en el presente asunto?

En caso negativo:

2. ¿Existió un cumplimiento total o parcial por parte de Colpensiones a favor de la parte ejecutante, respecto de la condena impuesta en la sentencia judicial base de cobro ejecutivo?

3. ¿Hay lugar a ordenar seguir adelante con la ejecución, por qué tipo de obligaciones y por qué monto?

Lo anterior, sin perjuicio de que, al momento de proyectar el fallo, se estime conveniente agregar otros puntos de análisis.

TERCERO: PRUEBAS

Parte demandante: hasta donde la ley lo permite, téngase como prueba los documentos visibles en el archivo #2 del expediente digital.

NEGAR POR INNECESARIA la prueba documental solicitada por la parte demandante.

Parte demandada: la parte demandada no aportó pruebas ni solicitó la práctica de ninguna. Pero allegó los antecedentes administrativos que reposan en el archivo #12 del expediente digital, mismo que serán valorados de conformidad con la ley al momento de dictar sentencia.

De oficio: DECRETAR de oficio prueba documental relacionada con que se aporte la Resolución nro. 277276 del 21 de octubre de 2021, mediante el cual se le dio cumplimiento a la sentencia emitida por este Tribunal el 12 de octubre de 2017. Pero, por economía procesal, no se ordena oficiar a Colpensiones para que envíe la resolución, sino que se tiene como respuesta el documento que ya reposa en el expediente digital, archivo #14.

CUARTO: CÓRRASE TRASLADO a la parte demandante por el término de tres (3) días, contados a partir de la notificación de este auto, de la Resolución nro. 277276 del 21 de octubre de 2021 para que ejerza su derecho de contradicción; para lo cual la Secretaría, al momento de notificar esta providencia, enviará el link para tener acceso al documento mencionado.

En caso de que la parte actora no presentó tacha u objeción frente a la prueba en el término de traslado, la misma se entenderá debidamente practicada; y, en

consecuencia, **CÓRRASE** traslado a las partes y al Ministerio Público, por el término de diez (10) días, para presentar alegatos de conclusión.

QUINTO: Surtido lo anterior, regrese el expediente a despacho para proferir la sentencia anticipada.

SEXTO: Se reconoce personería para actuar en nombre y representación de Colpensiones a la sociedad Conciliatus S.A.S, quien actúa en el presente proceso a través del abogado José Octavio Zuluaga Rodríguez, portador de la tarjeta profesional nro. 986.60 del CSJ, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

Se reconoce personería a la doctora Nancy Yanet Restrepo Hernández, portadora de la tarjeta profesional nro. 199.361 del CSJ, para actuar como apoderada sustituta de la entidad, según lo plasmado en la parte motiva.

SÉPTIMO: SE ADVIERTE a las partes que todo memorial debe ser allegado únicamente al correo dispuesto para tal fin, este es, sgtadminclld@notificacionesrj.gov.co. Cualquier documento enviado a otra dirección de correo electrónico se tendrá por no presentado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
MAGISTRADO**

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS	
<u>NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO</u>	
No.	215
FECHA: 29 DE NOVIEMBRE DE	
2021	

Firmado Por:

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

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

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

Código de verificación:

**a0dc8150e2bd2f87855e08bef51f0d5941ba03ae78b672e3193d6eedb6b
0b7b6**

Documento generado en 26/11/2021 10:51:03 AM

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



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.: 193

Asunto: Sentencia de segunda instancia
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 17-001-33-39-008-2018-00375-02
Demandante: María Gladys Medina de Tabares
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional –
Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del
Magisterio – Departamento de Caldas

**Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n°
67 del 26 de noviembre de 2021**

Manizales, veintiséis (26) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, corresponde a esta Sala de Decisión desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 23 de noviembre de 2020, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las súplicas de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora María Gladys Medina de Tabares contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG²) – y el Departamento de Caldas.

DEMANDA

En ejercicio de este medio de control (fls. 1 a 37, C.1), se solicitó lo siguiente:

Pretensiones

1. Que se declare la nulidad absoluta de la Resolución n° 7857 - 6 del 13 de octubre de 2017, en cuanto negó el reconocimiento y pago del reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme lo establece el numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989 y la Ley 71 de 1988.

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, FOMAG.

2. Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la entidad demandada a reconocer y pagar:
 - De acuerdo con la Ley 91 de 1989: la aplicación y devolución de los descuentos de aportes al sistema de salud, a la mesada pensional en el porcentaje del 5%, incluyendo las mesadas adicionales, ordenando cesar el descuento del 12% como actualmente se realiza; y se reintegre las sumas de dinero superiores al 5% de dichas mesadas pensionales, sin que se continúe efectuando dicho descuento.
 - Respecto de la Ley 71 de 1988: Al reajuste anual de la mesada pensional en el porcentaje que cada año se incrementa para el salario mínimo legal mensual, de forma retroactiva al año en que consolidó su derecho pensional y de manera constante para las mesadas subsiguientes y futuras.
 - Las diferencias resultantes entre mesada pensional y los reajustes solicitados, cancelados de manera indexada, con los ajustes de valor y los intereses corrientes y moratorios a que haya lugar, y conforme al 192 del CPACA, y al pago de condena en costas.
3. Como pretensión subsidiaria, solicitó el reintegro de los dineros de las mesadas adicionales de junio y diciembre, equivalente al aporte en salud del 12%, de forma indexada y con la inclusión de los ajustes de valor, intereses moratorios; y ordenar a la Fiduciaria la Previsora no continuar el descuento de las mesadas adicionales con destino al sistema de salud.
4. Que se condene en costas a la parte accionada.

Hechos

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

1. La accionante se vinculó a la docencia oficial con anterioridad al 27 de junio de 2003, al cumplir los requisitos de edad y tiempo de servicio le fue reconocida pensión de jubilación mediante Resolución n° 1692 del 17 de abril de 2008, expedida por la Secretaria de Educación del Departamento de Caldas, actuando en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

2. El FOMAG por intermedio de la entidad fiduciaria encargada de su administración, ha venido descontando al accionante el equivalente al 12% de cada mesada pensional, incluyendo las mesadas adicionales de junio y diciembre, como aportes dirigidos a la prestación del servicio de salud.
3. En el acto administrativo de reconocimiento pensional se consagró expresamente que esta sería reajustada anualmente conforme al artículo 1° de la Ley 71 de 1988, no obstante, la mesada ha venido siendo incrementada con base a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, es decir, en el mismo porcentaje certificado por el DANE para el Índice de Precios al Consumidor del año inmediatamente anterior.³
4. Mediante petición radicada bajo el SAC 2017PQR14916 del 28 de septiembre de 2017, se solicitó ante el FOMAG la aplicación del numeral 5° del artículo 8° de la Ley 91 de 1989, respecto a los descuentos de las mesadas pensionales realizados a título de aportes al sistema de salud, indicando que este debe corresponder al 5% del valor de cada mesada, exigiendo en consecuencia la devolución de los valores pagados en exceso.

Igualmente se solicitó la aplicación del artículo 1° de la Ley 71 de 1988, como fórmula tendiente al reajuste oficioso de sus mesadas pensionales, en contraprestación a los incrementos indebidamente aplicados conforme al IPC (artículo 14 de la Ley 100 de 1993).

En caso de determinarse que el Régimen General de Pensiones le resulte aplicable a la demandante, a título de pretensión subsidiaria se solicitó el cese de los descuentos en salud realizados en las mesadas adicionales de junio y diciembre, ordenando el reintegro de los valores cobrados por dicho concepto.

5. Mediante la Resolución n° 7857 - 6 del 13 de octubre de 2017, la Secretaria de Educación del Departamento de Caldas actuando en representación de la Nación – Ministerio de Educación – FOMAG, resolvió negativamente los deprecados reajustes pensionales, guardando silencio respecto a la pretensión subsidiaria.
6. Se acudió a la administración de justicia en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento de derecho, con la finalidad de obtener el reajuste de las mesadas pensionales del demandante, conforme a los incrementos fijados por el gobierno para el salario mínimo legal en Colombia, e igualmente el descuento de los aportes en salud conforme

³ En adelante IPC

al régimen exceptuado aplicable a los pensionados por el FOMAG en la Ley 91 de 1989.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte actora estimó como violadas las siguientes disposiciones: el preámbulo, los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29, 48, 53, 90, 121, 125 y 209 de la Constitución Política; artículos 137 de la Ley 1437 de 2011; 1º de la Ley 71 de 1978; 15.2.a de la Ley 91 de 1989; 115 de Ley 115 de 1994; 279 de la Ley 100 de 1993; 1º de la Ley 238 de 1995; 4 de la Ley 700 de 2001; 9º de la Ley 797 de 2003; 81 de la Ley 812 de 2003; 160 de la Ley 1151 del 2007; Ley 33 de 1985; y parágrafos transitorios 1 y 2 del Acto Legislativo 01 de 2005.

Consideró que en el régimen jurídico del personal docente, los profesores vinculados antes de la expedición de la Ley 812 de 2003 se encuentran exceptuados de la Ley 100 de 1993, y los principios de favorabilidad e irrenunciabilidad.

Respecto de los aportes en salud cuestionó que se le han descontado a la parte demandante en exceso, al haberse vinculado con anterioridad a la referida ley 812 de 2013, y reconocer la pensión de jubilación conforme a la Ley 33 de 1985, por lo que el monto de descuento debe ser del 5% según la Ley 91 de 1989, misma que es aplicable a las mesadas adicionales, y no el 12% para los que se rigen por la Ley 100 de 1993.

Sobre el incremento anual de la pensión indicó que no le es aplicable el aumento estipulado en el artículo 14 de la disposición precitada con base en el IPC, sino el incremento indicado en la Ley 71 de 1988 con el salario mínimo legal mensual vigente, toda vez que obtuvo dicha prestación antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG

Dentro del término otorgado, la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG contestó la demanda (fls. 60 a 74, C.1), para oponerse a las pretensiones de la misma, aduciendo que no tiene obligación alguna de incluir factores salariales distintos a los cotizados para obtener la pensión de jubilación, pues ello comportaría el desconocimiento de la normativa vigente aplicable al reconocimiento y pago de pensiones para educadores.

Pese a que lo expuesto anteriormente por la entidad accionada no corresponde al tema debatido, la Sala observa que a lo largo de la

contestación presentada, sí hace alusión específica al reajuste pensional solicitado.

En efecto, manifestó que reajustar la pensión de jubilación en los términos solicitados por la parte actora equivaldría a desconocer la normatividad vigente relacionada con el tema, a la cual se ajusta el acto atacado.

Propuso las excepciones que denominó: ***“FALTA DE INTEGRACIÓN DEL CONTRADICTORIO – LITIS CONSORCIO NECESARIO”***, ***“VINCULACIÓN DE LITISCONSORTE”*** e ***“INEPTITUD SUSTANCIAL DE LA DEMANDA POR FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DE LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL”***, alegando que la entidad no ostenta potestad nominadora ni administra el personal docente y administrativo de los planteles educativos y, por tanto, no expide actos de reconocimiento de prestaciones sociales, lo cual es función de las secretarías de educación de cada entidad territorial; ***“INEXISTENCIA DEL DEMANDADO –FALTA DE RELACIÓN CON EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO, CONEXO O DERIVADO DEL ACTO ADMINISTRATIVO EXPEDIDO POR LA ENTIDAD TERRITORIAL CERTIFICADA. FALTA DE COMPETENCIA DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN PARA EXPEDIR EL ACTO ADMINISTRATIVO Y RECONOCER EL DERECHO RECLAMADO”***, aduciendo que no existe relación de causalidad o vínculo entre la Nación – Ministerio de Educación Nacional y el derecho solicitado por el docente; ***“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DEMANDADA POR INEXISTENCIA DE CAUSA JURÍDICA”***, teniendo en cuenta que el ajuste de la pensión de jubilación es el establecido en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, y no el previsto en la Ley 71 de 1988; además, la Ley 812 de 2003, integró a los docentes al régimen pensional de prima media, con lo cual se deriva la derogación tácita de la normatividad anterior; ***“CADUCIDAD DE LA ACCIÓN NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO”***, en el entendimiento que la demanda se presentó transcurridos los cuatros meses desde la expedición del acto administrativo que denegó el derecho; ***“PRESCRIPCIÓN”***, sobre aquellos derechos económicos reclamados que superen el lapso de tres años desde que la obligación se hizo exigible hasta la presentación de la demanda; ***“BUENA FE”*** con la que ha actuado la demandada, siempre con estricto apego a la ley aplicable; y ***“GENÉRICA”***, en el evento que en el curso del proceso se hallare como probada cualquier otra excepción.

Departamento de Caldas.

Presentó escrito de contestación de manera extemporánea.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El 23 de noviembre de 2020, el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia (Expediente Digital, archivo 09, del Cuaderno 01), a través de la cual: **i)** declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación demandada por inexistencia de causa jurídica; **ii)** negó las pretensiones de la demanda; y **iii)** condenó en costas. Lo anterior, con fundamento en lo siguiente.

Precisó inicialmente que de las normas contenidas en la Ley 100 de 1993 y 238 de 1995, se puede concluir que, si bien los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio se encuentran exceptuados de la aplicación de las normas del Sistema de Seguridad Social, lo cierto es que en lo que respecta al reajuste de sus pensiones se sigue la disposición del art. 14 de la Ley 100 de 1993 en virtud a lo dispuesto por la Ley 238 de 1995.

Hizo referencia al incremento anual de las pensiones previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, conforme al cual se aplica la variación del IPC.

Indicó que conforme al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al FOMAG se encuentran exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social contenidos en dicha ley.

Precisó que el artículo 1 de la Ley 238 de 1995 adicionó un párrafo al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, en el sentido de precisar que las excepciones en la aplicación del Sistema Integral de Seguridad Social no implicarían negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 para aquellos pensionados.

Manifestó que el artículo 289 de la Ley 100 de 1993 derogó expresamente el aumento anual de la pensión que establecía la Ley 71 de 1989.

Trajo a colación pronunciamiento del Consejo de Estado (2010-00007-00(3294-14)), en el cual explicó las razones por las cuales no es aplicable el incremento previsto en la Ley 71 de 1988 para efectos de determinar el porcentaje de incremento de las pensiones de jubilación.

En ese entendimiento, sostuvo que no le asiste razón a la parte actora en cuanto a la aplicación de la Ley 71 de 1988 para el aumento anual de su pensión de jubilación.

Finalmente precisó que con la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 no se vulnera el principio de favorabilidad previsto en el artículo 53 de la Constitución Política, por cuanto la citada norma es clara en establecer

que el incremento pensional es aplicable aún para aquellos sectores exceptuados de la Ley 100.

RECURSO DE APELACIÓN

Mediante memorial obrante en el expediente digital, archivo 11, cuaderno 1, la parte demandante recurrió la sentencia de primera instancia, solicitando revocar la providencia y acceder a las pretensiones de la demanda, con fundamento en lo siguiente.

Recalcó que el juzgado incurrió en una grave violación del debido proceso materializando los principios de congruencia, contradicción e igualdad al traer como referente jurisprudencial aplicables sentencias que no corresponden a idénticos hechos, fundamentos de derecho y pretensiones.

Expuso que el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 que hace referencia al incremento de la pensión con base en el IPC, se estudió en la sentencia C-387 de 1994, la cual no hace referencia al régimen exceptuado de los docentes ni se pronunció sobre la Ley 71 de 1988 que señala el aumento con base en el salario mínimo. Agregó que el Consejo de Estado en sentencia del 17 de agosto de 2017, señaló que la Ley 71 de 1988 no era aplicable a los pensionados antes de la Ley 100 de 1993.

Aclaró que la Ley 238 de 1995 adicionó un párrafo al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, de los regímenes exceptuados, donde previó que sí se aplicaría el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, pero en lo que les fuera beneficioso.

Indicó que el Acto Legislativo 01 de 2005 mantuvo el régimen del magisterio como exceptuado para los docentes vinculados antes del 26 de junio de 2003, por lo que se les aplica las leyes 33 de 1985 y 91 de 1989 y no puede aplicarse el incremento anual de la pensión establecido en la Ley 100 de 1993 sino el dispuesto por el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, según el salario mínimo.

Afirmó que el objeto real del proceso era determinar la fórmula más equitativa de incremento pensional para el régimen exceptuado del magisterio.

Con relación a los descuentos de para salud de las mesadas pensionales, incluidas las adicionales de junio y diciembre, resaltó que la Corte Constitucional, en sentencias T-348 de 1997, C-956 de 2001 y C-980 de 2002 precisó que el descuento para aportes de salud de los docentes es del 5%.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante. Guardó silencio.

Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG. Guardó silencio.

Departamento de Caldas, guardó silencio.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no emitió concepto en el presente asunto.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Reparto. Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 18 de marzo de 2021, y allegado el 28 de abril de 2021 al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (Expediente digital, archivo 02, del cuaderno 2).

Admisión y alegatos. Por auto del 29 de abril de 2021 se admitió el recurso de apelación y se corrió traslado para alegatos, derecho del cual no hicieron uso las partes. El Ministerio Público no emitió concepto en esta oportunidad.

Paso a Despacho para sentencia. El 08 de junio de 2021 el proceso ingresó a Despacho para sentencia, la que se dicta en seguida, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA. Se precisa que por tratarse de un asunto que versa sobre un caso similar a los ya decididos por esta Corporación, y en procura de la celeridad y agilidad para dar solución a dichos temas, se profiere este fallo sin tener en cuenta el orden de ingreso del proceso a Despacho para tal efecto, tal como se autoriza por el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, en armonía con lo previsto por el artículo 115 de la Ley 1395 de 2010.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, en los estrictos términos en que aquel fue presentado.

Problema jurídico

El asunto jurídico a resolver en el sub examine se centra en dilucidar los siguientes interrogantes:

1. *¿Tiene derecho la parte demandante al reconocimiento y pago del reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme lo establece la Ley 71 de 1988, teniendo en cuenta la variación del salario mínimo legal mensual vigente?*
2. *¿Se debe reembolsar a la parte actora algún porcentaje, por concepto de descuentos por los aportes de salud, descontados de la pensión de jubilación de manera mensual y de las mesadas adicionales de junio y diciembre?*

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** hechos probados; **ii)** Sistema General de Seguridad Social; **iii)** ajuste de pensiones en el Sistema General de Seguridad Social para los afiliados al sector público y régimen general de pensiones; **iv)** aplicación del régimen en salud para los afiliados al sector público y al fondo de prestaciones sociales del magisterio y al sistema general de seguridad social en salud; y **v)** descuento de salud sobre las mesadas adicionales.

Hechos debidamente acreditados

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

1. Por Resolución nº 1692 del 17 de abril de 2018, la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en nombre y representación del Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, reconoció pensión de jubilación a favor de la parte accionante.

El FOMAG ha descontado al accionante el equivalente al 12% de la mesada pensional como aportes dirigidos a la prestación del servicio de salud.

2. La parte actora radicó ante la entidad accionada una petición relacionada a los descuentos de las mesadas pensionales a título de aportes de salud, refiriendo que dichos aportes corresponden a un 5% y no a un 12%, exigiendo la devolución de los valores pagados en exceso, de igual manera se solicitó la aplicación del artículo 1º de la Ley 71 de 1988.
3. Con Resolución nº 7857-6 del 13 de octubre de 2017, la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en nombre y representación del Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, negó el reajuste de la pensión de jubilación con base en el incremento del salario mínimo y devolución de los aportes al servicio de salud.

Como fundamento de la negativa se manifestó que la aplicación del IPC como fórmula de incremento periódico de las mesadas pensionales no entraña *per se* violación de derecho constitucional alguno, máxime

cuando la mesada ha sido reconocida en monto superior al salario mínimo, lo que significa que el IPC le permite mantener su poder adquisitivo.

Sistema General de Seguridad Social

El artículo 48 de la Constitución Política concibe la seguridad social como un servicio público obligatorio que debe prestarse bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Así mismo, lo consagra como un derecho irrenunciable de garantía universal para todos los administrados; y precisa que la ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante.

A su vez, el artículo 53 de la misma Carta Política establece que el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

El Sistema de Seguridad Social Integral previsto en la Ley 100 de 1993 tuvo como objeto garantizar los derechos de las personas y comunidad, en aras de mejorar la calidad de vida y la dignidad humana, a través de las instituciones públicas y privadas prestadoras de los servicios, como un servicio esencial prestado bajo los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación.

El artículo 11 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 797 de 2003, prevé su campo de aplicación, así:

El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando y respetando, adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una Pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de Prima Media y del sector privado en general.

Lo anterior será sin perjuicio del derecho de denuncia que le asiste a las partes y que el tribunal de arbitramento dirima las diferencias entre las partes.

Ajuste de pensiones en el Sistema General de Seguridad Social para los afiliados al sector público y Régimen General de Pensiones

El artículo 1 de la Ley 4ª de 1976⁴ determinó que las pensiones de los sectores público, oficial, semioficial y privado, así como los afiliados al Instituto Seguro Social, a excepción de las pensiones por incapacidad permanente parcial, se reajustarían de oficio, cada año, teniendo en cuenta la elevación del salario mínimo mensual legal más alto, con una suma fija igual a la mitad de la diferencia entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, más una suma equivalente a la mitad del porcentaje que represente el incremento entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, esto último aplicado a la correspondiente pensión.

Luego, el artículo 1 de la Ley 71 de 1988⁵ precisó que las pensiones referidas en el artículo 1 de la Ley 4ª de 1976, la de incapacidad permanente parcial y las compartidas, serían reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que fuera incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.

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

ARTICULO 1o. Reajuste pensional. *Las pensiones de jubilación, invalidez, vejez, incapacidad permanente parcial, compartidas y de sobrevivientes, de los sectores público, privado y del Instituto de Seguros Sociales, se reajustarán de oficio y en forma simultánea con el salario mínimo legal, en el mismo porcentaje en que éste sea incrementado por el Gobierno Nacional.*

Del recuento normativo citado, se concluye que por mandato constitucional es deber del Estado garantizar el reajuste periódico de las pensiones, inicialmente desde la Ley 4ª de 1976 y la Ley 71 de 1988 con un ajuste a los beneficiarios de los regímenes del sector público, oficial y privado, teniendo en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente más alto.

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

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

⁴ “Por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones”.

⁵ “Por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones”.

porcentual del Índice (sic) de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incrementa dicho salario por el Gobierno.

Dicha normativa fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-387 de 1994, donde señaló que el incremento por el IPC o por el salario mínimo cumple el objetivo del reajuste periódico de las pensiones, y es facultad del legislador determinar el mismo:

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

(...)

Las instituciones del salario mínimo y de la pensión mínima, se enmarcan dentro de aquellas políticas destinadas a lograr una justicia social, pues son medidas especiales de protección a quienes por su condición económica se encuentran en situación de debilidad manifiesta. Busca así el legislador menguar la desigualdad y de esta manera cumplir con el propósito señalado por el constituyente en el artículo 13 de la Carta, que ordena al Estado promover las condiciones requeridas para que la igualdad sea real y efectiva, mediante la adopción de medidas en favor de grupos discriminados o marginados, como también proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica o física se encuentran en situación de debilidad manifiesta.

(...)

Ahora bien: que el índice de precios al consumidor aumenta en proporción superior al porcentaje en que se incrementa el salario mínimo, es un argumento que esgrime el demandante, pero que no se ajusta a la realidad, pues como se demostrará en seguida, estos valores no han sido constantes, y no podían serlo, por que (sic) su comportamiento depende de una serie de circunstancias económicas y políticas que resultan

variables, y en consecuencia, no es posible determinar con certeza el porcentaje en que cada uno de esos dos factores aumentará.

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

<i>año</i>	<i>inflación</i>	<i>salario mínimo</i>
1983	16.64	22%
1984	18.28	22%
1985	22.45	20%
1986	20.95	24%
1987	24.02	22%
1988	28.12	25%
1989	26.12	27%
1990	32.36	26%
1991	26.82	26.07%
1992	25.13	26.04%
1993	22.6	21.09% "

Obsérvese que en los años 1983, 1984, 1986, 1989 y 1992 el salario mínimo se incrementó en cuantía superior al índice (sic) de inflación, y en los demás años, sucedió lo contrario, esto es, que la inflación fue mayor que el porcentaje en que subió el salario mínimo.

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

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

En este sentido, el Máximo Tribunal Constitucional alude a la determinación de incrementar las pensiones en el salario mínimo sólo para los pensionados que devengan la pensión mínima, en aras de salvaguardar los derechos constitucionales de los pensionados que se encuentran en debilidad manifiesta frente a los demás ciudadanos; y que el aumento en el IPC para

los demás pensionados, se ajusta a factores y circunstancias económicas y políticas.

Bajo el tema en cuestión referente al reajuste de las mesadas en aplicación de la Ley 100 de 1993, la Sección Segunda el Consejo de Estado, en providencia del 17 de agosto del 2017⁶, al pronunciarse dentro de la acción pública de nulidad contra el artículo 40 del Decreto 692 de 1994, expuso que el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 derogó el dispuesto por la Ley 71 de 1988, y que esto es aplicable a las pensiones causadas con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993:

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

«[...] A partir del 1.º de enero de 1989 y hasta la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, todas las pensiones que fueron reconocidas en el país, tanto en el sector público como en el privado, se reajustaron anualmente conforme a la formula prevista en la Ley 71 de 1988, esto es, en el mismo porcentaje en que se incrementó por el Gobierno el salario mínimo legal mensual. Con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigencia, las pensiones reconocidas antes y después de dicha ley, se vienen reajustando en la forma prevista por su artículo 14 y teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 142 y 143 ibídem, lo que significa que el referido reajuste se produce anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior, más la mesada adicional y el reajuste equivalente a la elevación en la cotización para salud, a favor de los pensionados con anterioridad al 1º de enero de 1994.[...]»

En esas condiciones, no le asiste razón a la parte demandante cuando estima que al hacer extensivo el porcentaje de reajuste de la mesada pensional que se decreta para quienes se pensionan con posterioridad al 1.º de abril de 1994 a aquellos que ya tenían la prestación reconocida para

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 17 de agosto de 2017. Radicación número: 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14).

ese momento, la norma demandada hace una inclusión no prevista en la ley que reglamenta y desconoce los derechos adquiridos de estos últimos, pues se reitera, la protección de los derechos adquiridos en materia pensional no comprende la proporción del incremento de la mesada.

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

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

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

Referente a los motivos que alega el libelista de aplicar el artículo 1 de la Ley 71 de 1989 al ajuste de la mesada pensional en armonía con el principio de favorabilidad, es pertinente traer a colación el pronunciamiento expuesto por la Máxima Corporación Constitucional en sentencia C-435 de 2017, proferida en el marco de la acción pública de constitucionalidad en la que se demandó la nulidad parcial del artículo 14 de la Ley 100 de 1993, y en la que precisó lo siguiente en relación con el reajuste de pensiones según la variación porcentual del IPC:

*Así, para decirlo de otra forma, pero con sus propias palabras, el actor entiende que el principio de favorabilidad también resulta aplicable a los pensionados “porque son trabajadores en receso [...] y, porque también, uno de los principios fundamentales del trabajo es la **garantía de la seguridad social**” y es precisamente a partir de esa consideración que concluye que “[e]n caso de duda en la medición del **poder adquisitivo constante de las pensiones**, porque no hay ley que establezca como se mide [...] debe aplicarse el método **más favorable al pensionado**”. Lo anterior, hasta el punto de que en su demanda no sólo solicita declarar inexequible el apartado demandado, según el cual las pensiones “se*

reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior”, sino que incluso le pide a la Corte señalar que lo más favorable para el pensionado es “la medición del poder adquisitivo constante de las pensiones por el método de medición de la equivalencia de las pensiones en relación con el Salario Mínimo Legal Vigente”⁷, como si este fuese expresamente el mandato constitucional.

(...)

Lo anterior pues, como también se ha explicado en la jurisprudencia constitucional, sin perjuicio de que toda pensión “tiene como objetivo primordial proteger a las personas de la tercera edad, quienes por sus condiciones físicas, ya sea por razón de la edad o por enfermedad, se encuentran imposibilitados para obtener otra clase de recursos para su propia subsistencia y la de su familia”, las personas cuya pensión no supera el valor del salario mínimo legal mensual vigente o que reciben una pensión mínima, como también se la ha denominado, “se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás”. De tal forma que ellas también requieren de un incremento periódico mínimo que, precisamente, garantice también los fines del salario mínimo, como son “satisfacer no sólo sus propias necesidades sino también las de su familia, en el orden material, social, cultural, educativo”⁸.

(...)

Siendo así, se tiene que en la norma demandada el legislador específicamente dispuso que el criterio o parámetro de actualización fuera el IPC en tanto que, como claramente explicó el DANE en su intervención, éste precisamente “es una estadística que mide la variación porcentual de los precios de un conjunto representativo de los bienes y servicios de consumo de los hogares del país”. Pero, simultáneamente, el legislador distinguió entre las pensiones superiores e inferiores al salario mínimo legal mensual vigente (SMLMV), estableciendo que únicamente éstas últimas se incrementaran en el mismo porcentaje que ese salario, “con el fin de que dicho ingreso conserve su poder adquisitivo y así pueda el beneficiario satisfacer sus necesidades básicas y llevar una vida digna”⁹.

⁷ Cita de cita: Folio 19 (negrillas en el texto original).

⁸ Cita de cita: Ibídem.

⁹ Cita de cita: Sentencia C-387 de 1994 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).

Lo anterior pues, como también se ha explicado en la jurisprudencia constitucional, sin perjuicio de que toda pensión “tiene como objetivo primordial proteger a las personas de la tercera edad, quienes por sus condiciones físicas, ya sea por razón de la edad o por enfermedad, se encuentran imposibilitados para obtener otra clase de recursos para su propia subsistencia y la de su familia”, las personas cuya pensión no supera el valor del salario mínimo legal mensual vigente o que reciben una pensión mínima, como también se la ha denominado, “se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás”. De tal forma que ellas también requieren de un incremento periódico mínimo que, precisamente, garantice también los fines del salario mínimo, como son “satisfacer no sólo sus propias necesidades sino también las de su familia, en el orden material, social, cultural, educativo”¹⁰.

(...)

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

(...)

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

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

¹⁰ Cita de cita: *Ibidem*.

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

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

Este artículo fue adicionado por la Ley 238 de 1995¹¹, que dispuso la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 a los regímenes exceptuados previstos en dicha disposición, o sea, el incremento de las pensiones conforme al IPC:

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

“Párrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados”.

De esta manera, el incremento de las pensiones de los docentes pensionados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 no se rige por el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, toda vez que el factor de incremento anual de las pensiones no forma parte del régimen pensional por el cual se rigen los docentes, como son la edad, el monto, el ingreso base de liquidación y la tasa, y como lo señaló el Consejo de Estado¹². Además, el reajuste de la mesada pensional no es un derecho adquirido, por lo que el legislador está habilitado para modificar las normas que consagran la proporción del aumento anual. Es del caso agregar que la norma que pretende la parte demandante que se aplique al incremento de su mesada, el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, fue derogado por la Ley 100 de 1993.

¹¹ “Por la cual se adiciona el artículo 279 de la Ley 100 de 1993”.

¹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 17 de agosto de 2017. Radicación número: 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14).

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

En consecuencia, conforme a los pronunciamientos jurisprudenciales citados, se tiene que la Constitución Política facultó al Legislador bajo su autonomía de fijar el reajuste periódico de las pensiones, teniendo en cuenta el IPC, parámetro que se adoptó obedeciendo a las satisfacciones de las necesidades del orden familiar, material, social, cultural y educativo, y con el fin de garantizar los fines del salario mínimo, en aras actualizar el monto de las pensiones y de contrarrestar el fenómeno de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

Sobre los descuentos por los aportes de salud en la pensión de jubilación de manera mensual y de las mesadas adicionales de junio y diciembre

El artículo 157 de la Ley 100 de 1993 establece que son afiliados al SGSS en salud todos los residentes en Colombia que se encuentren afiliados al régimen contributivo o al subsidiado y los vinculados temporalmente. Al régimen contributivo pertenecen los afiliados con capacidad de pago, como cotizantes están los pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sobreviviente, tanto del sector público como del privado.

Por su parte, el artículo 143 ibídem, previó para los pensionados antes del 1 de abril de 1994, el reajuste mensual equivalente a la elevación en la cotización para salud que resulte de la aplicación de dicha norma, así mismo dispuso, la cotización para salud a cargo de los pensionados, quienes podrían cancelarla mediante una cotización complementaria durante su período de vinculación laboral.

A su vez, el artículo 280 de la Ley 100 de 1993, dispuso sobre la obligatoriedad y sin excepciones de aportar para los fondos de solidaridad en los regímenes de salud y pensiones, a partir del 1 de abril de 1994 en las instituciones, regímenes y con respecto también a las personas que por cualquier circunstancia gocen de excepciones totales o parciales previstas en esta Ley.

Aplicación del régimen en salud para los afiliados al sector público y al fondo de prestaciones sociales del magisterio y al sistema general de seguridad social en salud

La Ley 4 de 1966, determinó para los afiliados a los Caja Nacional de Previsión Social, el deber de cotizar el porcentaje del 5%, a favor de la entidad de previsión, sobre la mesada pensional.

Lo anterior es reiterado por el Decreto 3135 de 1968¹³, en cuyo artículo 37, se dispone: "*Prestaciones para pensionados. A los pensionados por invalidez, jubilación y retiro por vejez se les prestará por la entidad que les pague la pensión, asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria. Para este efecto el pensionado cotizará mensualmente un cinco por ciento (5%) de su pensión*".

Posteriormente la Ley 91 de 1989¹⁴, por el cual se creó el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en su artículo 8 numeral 2, señaló como objetivos de dicho fondo, garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales, y fue constituido entre otros: "...El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados."

El artículo 15 de la citada disposición, determinó el régimen aplicable para el personal docente dependiente de la vinculación así:

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

(Ver art. 6 Ley 60 de 1993)

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

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

Por su parte, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003¹⁵, estableció el régimen prestacional de los docentes nacionales y nacionalizados vinculados antes de la vigencia de esta ley, es el señalado en las normas establecidas con anterioridad a la misma y los vinculados a partir de la entrada en vigencia de la citada norma, afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del

¹³ "por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales"

¹⁴ https://www.mineducacion.gov.co/1621/articles-85852_archivo_pdf.pdf

¹⁵

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

Magisterio tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres, norma declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-369-04.

Adicionalmente precisó en el inciso tercero y cuarto de dicha normativa, en cuanto a los servicios de salud para los afiliados a dicho Fondo, **prestados conforme lo estipula la Ley 91 de 1989 y el valor de las cotizaciones por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores.**

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

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

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

Dicha preceptiva fue modificada por el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007, que dispuso:

“Artículo 204. Monto y distribución de las cotizaciones. La cotización al Régimen Contributivo de Salud será, a partir del primero (1°) de enero del año 2007, del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para

contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado. Las cotizaciones que hoy tienen para salud los regímenes especiales y de excepción se incrementarán en cero punto cinco por ciento (0,5%), a cargo del empleador, que será destinado a la subcuenta de solidaridad para completar el uno punto cinco a los que hace referencia el presente artículo. El cero punto cinco por ciento (0,5%) adicional reemplaza en parte el incremento del punto en pensiones aprobado en la Ley 797 de 2003, el cual sólo será incrementado por el Gobierno Nacional en cero punto cinco por ciento (0,5%).

Y finalmente, por virtud de la Ley 1250 de 2008¹², por medio del artículo 1 adicionó el 204 de la Ley 100 de 1993, en el sentido de que la cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional.

De las normas señaladas se evidencia que el objetivo del Legislador fue efectuar aportes para salud tanto en los regímenes especiales como del Sistema General de Seguridad Social, incluidos los pensionados, afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En lo atinente al porcentaje de la cotización para los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio se dispuso inicialmente con la Ley 91 de 1989, una cotización del 5% y posteriormente con la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, se habilitó un valor total de la cotización correspondiente a la suma de aportes que para salud y pensiones establezca las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

En consecuencia se deriva que las cotizaciones que se deducen de la mesada pensional de los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio equivalen al mismo porcentaje que se debe descontar al Régimen General de Seguridad Social.

Por su parte, la Máxima Corporación Constitucional en sentencia T-835 de 2014, sobre la obligatoriedad en la cotización a los pensionados al Sistema General de Salud, tanto para regímenes especiales, como la pensión gracia, y el ordinario dispuso:

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

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

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

Respecto del monto de las cotizaciones que deben realizar los docentes pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por concepto de salud, respecto del porcentaje del Régimen General de Pensiones, la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado, en sentencia del 10 de mayo de 2018¹⁶, precisó:

“ 3. Por otro lado, la Ley 91 de 1989, fijó como otro de los objetivos del Fondo Nacional de prestaciones sociales del Magisterio: Garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales, para contratará con entidades de acuerdo con instrucciones que imparta el Consejo Directivo del Fondo. Entonces, a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales el Magisterio tiene a cargo las prestaciones sociales de los afiliados al Magisterio, entre estas, (i) la pensión ordinaria y (ii) garantizar la prestación la prestación de los servicios médico asistenciales. Lo que indica que los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterios, por disposición de la ley, tienen un régimen especial de seguridad social en salud.

(…)

Del análisis de la normatividad referida [artículos 2 de la Ley 4 de 1966 y 8.5 de la Ley 91 de 1989 que tratan del descuento del 5% para el Fondo incluidas las mesadas adicionales], se evidencia que el legislador, se sentó para todos los afiliados a la Caja Nacional forzosos y voluntarios e incluidos los pensionados la obligación de cotizar para salud, deber que también opera para los afiliados al Fondo de

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION SEGUNDA -SUBSECCIÓN B- Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS- Bogotá, D.C., diez (10) de mayo de dos mil dieciocho (2018) -Radicación número: 68001-23-31-000-2010-00624-01 (0340-14)

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

(...)

6.2. Afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

<i>Ley 91 de 1989 artículo 8-5</i>	5%
<i>Ley 812 de 2003, 17, artículo 81</i>	<i>El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.</i>

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

(...)

*La jurisprudencia de la Corte Constitucional, y **teniendo en cuenta que los docentes gozan de un sistema de salud, especial**, señaló:*

*“22. Ahora bien, bajo el entendido que **los docentes gozan de un***

sistema de salud diferente al señalado en la Ley 100 de 1993, corresponde al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio prestarle los servicios de salud a que tienen derecho y a la Caja Nacional de Previsión Social hoy UGPP, efectuar los aportes correspondientes al Sistema General de Seguridad Social en Salud al Fondo de Seguridad y Garantía - FOSYGA como lo determina el artículo 14 del Decreto 1703 de 2002, “Por el cual se adoptan medidas para promover y controlar la afiliación y el pago de aportes en el Sistema General de Seguridad Social en Salud”, según el cual:

“Artículo 14. Régimen de excepción. Para efecto de evitar el pago doble de cobertura y la desviación de recursos, las personas que se encuentren excepcionadas por ley para pertenecer al Sistema General de Seguridad Social en Salud, de conformidad con lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, no podrán utilizar simultáneamente los servicios del Régimen de Excepción y del Sistema General de Seguridad Social en Salud como cotizantes o beneficiarios.

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

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

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

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

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

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

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

...

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

De las normas anotadas y los postulados jurisprudenciales esgrimidos, se colige que los pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al ser beneficiarios del régimen especial en pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, no los exonera de realizar los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, por disposición expresa de la Ley 812 de 2003.

Descuento de salud sobre las mesadas adicionales

El Sistema General de Seguridad Social en Salud no establece descuento alguno sobre las mesadas adicionales, sin embargo, la Ley 91 de 1989 que parte del régimen especial de los docentes afiliados al FNPSM, sí lo permite de manera expresa en el numeral 5º del artículo 8º; luego entonces, aun cuando la Ley 812 de 2003 extendió el régimen de cotización en materia de salud a los pensionados afiliados al FNPSM, ello, sólo conllevó a que se incrementara el porcentaje de cotización de los docentes, del 5% al 12%, más no tiene virtualidad de derogar expresa ni tácitamente lo previsto en el régimen especial en punto de la posibilidad de hacer los descuentos de salud sobre las mesadas adicionales.

De igual manera, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en providencia de tutela del 14 de septiembre de 2017¹⁸, denegó la solicitud sobre la devolución de aportes de salud sobre las mesadas adicionales de los pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, basado en los siguientes argumentos:

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

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

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION SEGUNDA - SUBSECCIÓN A- Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ- Bogotá, D.C., catorce (14) de septiembre de dos mil diecisiete (2017) -Radicación número: 11001-03-15-000-2017-01998-00(AC). <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2108186>

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

En suma, concluye esta Sala de decisión que en la providencia cuestionada no se evidencia ninguna causal de procedencia de la acción de tutela, pues como se demostró, no fue producto de un actuar caprichoso del Colegiado demandado, sino de la conjunción en la apreciación de las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica y la interpretación legal de las normas aplicables al caso concreto.”

En ese orden de ideas, considera la Sala que los descuentos por concepto de salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre fueron previstas en la Ley 91 de 1989, para los afiliados del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y, a pesar de no mencionarse taxativamente en la Ley 812 de 2003, no significa que hubiese cesado la obligación de cotizar sobre dichas mesadas, pues en atención al principio de solidaridad que erige el Sistema de Seguridad Social, y en aras de preservar la contribución al sistema para lograr la sostenibilidad, eficacia y financiación del mismo, es procedente realizar los descuentos sobre la mesadas adicionales recibidas por los pensionados afiliados a dicho Fondo.

Considera la Sala, que no le asiste razón a la impugnante indicar que la parte actora, por ingresar con anterioridad al 27 de junio de 2003; y en aplicación a la Ley 91 de 1989 se debe descontar por concepto de cotización a salud el 5% sobre las mesadas pensionales, incluidas las mesadas adicionales.

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

Conclusión

Considera la Sala que no se encuentra demostrada la vulneración de los derechos invocados por la parte actora, dado que, conforme a los presupuestos normativos y jurisprudenciales antes citados, se observa que no le asiste razón a la parte accionante al indicar que el reajuste de las mesadas pensionales se debe realizar conforme al artículo 1 de la Ley 71 de 1989, esto es, conforme al salario mínimo, norma derogada por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

Así mismo se tiene que los descuentos por concepto de salud aplicados a los pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio sobre la mesada ordinaria y adicionales de los meses de junio y diciembre deben

hacerse aplicando los porcentajes previstos por las normas anteriormente señaladas.

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

Costas

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, esta Sala de Decisión se abstendrá de condenar en costas en esta instancia, como quiera que no observa que la demanda hubiere sido presentada con manifiesta carencia de fundamento legal, como lo exige la norma.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

Primero. CONFÍRMASE la sentencia del veintitrés (23) de noviembre de 2020, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora María Gladys Medina de Tabares contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Segundo. ABSTIÉNESE de condenar en costas en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

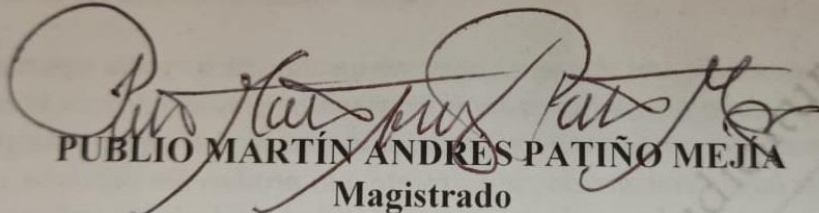
Tercero. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

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

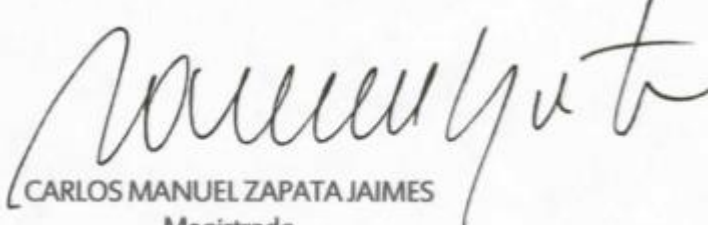
Notifíquese y cúmplase



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

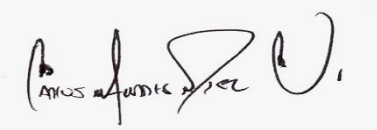


PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO
No. 215
FECHA: 29/11/2021



CARLOS ANDRÉS DÍEZ VARGAS
SECRETARIO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.:194

Asunto: Sentencia de segunda instancia
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 17-001-33-39-008-2018-00390-00
Demandante: José Libardo Cardona Candamil
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional –
Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del
Magisterio – Departamento de Caldas.

**Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n°
67 del 26 de noviembre de 2021**

Manizales, veintiséis (26) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, corresponde a esta Sala de Decisión desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del veinticuatro (24) de agosto de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las súplicas de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor José Libardo Cardona Candamil contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG²) y el Departamento de Caldas

DEMANDA

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 24 de agosto de 2018 (fls. 2 a 32, C.1), se solicitó lo siguiente:

Pretensiones

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, FOMAG.

1. Que se declare la nulidad absoluta de la Resolución n° 8302-6 del 30 de octubre de 2017, en cuanto negó el reconocimiento y pago del reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme lo establece el numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989 y la Ley 71 de 1988.
2. Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la entidad demandada a reconocer y pagar:
 - De acuerdo con la Ley 91 de 1989: la aplicación y devolución de los descuentos de aportes al sistema de salud, a la mesada pensional en el porcentaje del 5%, incluyendo las mesadas adicionales, ordenando cesar el descuento del 12% como actualmente se realiza; y se reintegre las sumas de dinero superiores al 5% de dichas mesadas pensionales, sin que se continúe efectuando dicho descuento.
 - Respecto de la Ley 71 de 1988: Al reajuste anual de la mesada pensional en el porcentaje que cada año se incrementa para el salario mínimo legal mensual, de forma retroactiva al año en que consolidó su derecho pensional y de manera constante para las mesadas subsiguientes y futuras.
 - Las diferencias resultantes entre mesada pensional y los reajustes solicitados, cancelados de manera indexada, con los ajustes de valor y los intereses corrientes y moratorios a que haya lugar, y conforme al 192 del CPACA, y al pago de condena en costas.
3. Como pretensión subsidiaria, solicitó el reintegro de los dineros de las mesadas adicionales de junio y diciembre, equivalente al aporte en salud del 12%, de forma indexada y con la inclusión de los ajustes de valor, intereses moratorios; y ordenar a la Fiduciaria la Previsora no continuar el descuento de las mesadas adicionales con destino al sistema de salud.
4. Que se condene en costas a la parte accionada.

Hechos

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

1. La parte demandante se vinculó a la docencia oficial con anterioridad al 27 de junio de 2003, al cumplir los requisitos de edad y tiempo de servicio le fue reconocida pensión de jubilación mediante Resolución n°

4050 del 25 de septiembre de 2007, expedida por la Secretaria de Educación del Departamento de Caldas, actuando en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

2. El FOMAG por intermedio de la entidad fiduciaria encargada de su administración, ha venido descontando al accionante el equivalente al 12% de cada mesada pensional, incluyendo las mesadas adicionales de junio y diciembre, como aportes dirigidos a la prestación del servicio de salud.
3. En el acto administrativo de reconocimiento pensional se consagró expresamente que esta sería reajustada anualmente conforme al artículo 1° de la Ley 71 de 1988, no obstante, la mesada ha venido siendo incrementada con base a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, es decir, en el mismo porcentaje certificado por el DANE para el Índice de Precios al Consumidor del año inmediatamente anterior.³
4. Mediante petición radicada bajo el SAC 2017PQR15510 del 04 de octubre de 2017, se solicitó ante el FOMAG la aplicación del numeral 5° del artículo 8° de la Ley 91 de 1989, respecto a los descuentos de las mesadas pensionales realizados a título de aportes al sistema de salud, indicando que este debe corresponder al 5% del valor de cada mesada, exigiendo en consecuencia la devolución de los valores pagados en exceso.

Igualmente se solicitó la aplicación del artículo 1° de la Ley 71 de 1988, como fórmula tendiente al reajuste oficioso de sus mesadas pensionales, en contraprestación a los incrementos indebidamente aplicados conforme al IPC (artículo 14 de la Ley 100 de 1993).

En caso de determinarse que el Régimen General de Pensiones le resulte aplicable a la demandante, a título de pretensión subsidiaria se solicitó el cese de los descuentos en salud realizados en las mesadas adicionales de junio y diciembre, ordenando el reintegro de los valores cobrados por dicho concepto.

5. Mediante la Resolución n° 8302-6 del 30 de octubre de 2017, la Secretaria de Educación del Departamento de Caldas actuando en representación de la Nación – Ministerio de Educación – FOMAG, resolvió negativamente los deprecados reajustes pensionales, guardando silencio respecto a la pretensión subsidiaria.

³ En adelante IPC

6. Se acudió a la administración de justicia en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento de derecho, con la finalidad de obtener el reajuste de las mesadas pensionales del demandante, conforme a los incrementos fijados por el gobierno para el salario mínimo legal en Colombia, e igualmente el descuento de los aportes en salud conforme al régimen exceptuado aplicable a los pensionados por el FOMAG en la Ley 91 de 1989.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte actora estimó como violadas las siguientes disposiciones: el preámbulo, los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29, 48, 53, 90, 121, 125 y 209 de la Constitución Política; artículos 137 de la Ley 1437 de 2011; 1º de la Ley 71 de 1978; 15.2.a de la Ley 91 de 1989; 115 de Ley 115 de 1994; 279 de la Ley 100 de 1993; 1º de la Ley 238 de 1995; 4 de la Ley 700 de 2001; 9º de la Ley 797 de 2003; 81 de la Ley 812 de 2003; 160 de la Ley 1151 del 2007; Ley 33 de 1985; y parágrafos transitorios 1 y 2 del Acto Legislativo 01 de 2005.

Consideró que en el régimen jurídico del personal docente, los profesores vinculados antes de la expedición de la Ley 812 de 2003 se encuentran exceptuados de la Ley 100 de 1993, y los principios de favorabilidad e irrenunciabilidad.

Respecto de los aportes en salud cuestionó que se le han descontado a la parte demandante en exceso, al haberse vinculado con anterioridad a la referida ley 812 de 2013, y reconocer la pensión de jubilación conforme a la Ley 33 de 1985, por lo que el monto de descuento debe ser del 5% según la Ley 91 de 1989, misma que es aplicable a las mesadas adicionales, y no el 12% para los que se rigen por la Ley 100 de 1993.

Sobre el incremento anual de la pensión indicó que no le es aplicable el aumento estipulado en el artículo 14 de la disposición precitada con base en el IPC, sino el incremento indicado en la Ley 71 de 1988 con el salario mínimo legal mensual vigente, toda vez que obtuvo dicha prestación antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Dentro del término otorgado, la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, no contestó la demanda.

Departamento de Caldas

El Departamento de Caldas presentó contestación a la demanda (fls. 58 a 60 C.1), indicando que su función es recibir y radicar las solicitudes de los docentes que pertenezcan a la entidad territorial.

Expresó que el pensionado tiene la obligación de cancelar un aporte en salud del 12% de conformidad con lo dispuesto en la ley 91 de 1989, Ley 812 de 2003 y Ley 100 de 1993.

Refirió que en materia de incremento de la mesada pensional se debe aplicar lo previsto en el artículo 14 de la ley 100 de 1993.

Propuso las excepciones que denominó: *"FALTA DE LEGITIMIDAD EN LA CAUSA POR PASIVA"*, expresando que la entidad encargada del reconocimiento,, liquidación y pago de pensiones es el Ministerio de Educación Nacional; *"BUENA FE"* en cuanto el Departamento de Caldas ha actuado con diligencia y cumpliendo los términos estipulados en la ley; *CADUCIDAD DE LA ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO"* *"INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION CON FUNDAMENTO EN LA LEY"* indicando que la ley 812 de 2003 en su artículo 81 inciso 4 solo habla del monto de la tasa sobre la que se realiza el descuento no sobre las mesadas a las que se le aplica, por lo que continua vigente el contenido de la Ley 91 de 1989; y *"PRESCRIPCIÓN"* sobre aquellos derechos económicos reclamados que superen el lapso de tres años desde que la obligación se hizo exigible hasta la presentación de la demanda.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El 03 de marzo de 2020, el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia (fls. 95 a 101, C.1), a través de la cual: **i)** declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva; **ii)** negó las pretensiones de la demanda; y **iii)** sin costas. Lo anterior, con fundamento en lo siguiente.

Precisó inicialmente que de las normas contenidas en la Ley 100 de 1993 y 238 de 1995, se puede concluir que, si bien los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio se encuentran exceptuados de la aplicación de las normas del Sistema de Seguridad Social, lo cierto es que en lo que respecta al reajuste de sus pensiones se sigue la disposición del art. 14 de la Ley 100 de 1993 en virtud a lo dispuesto por la Ley 238 de 1995.

Hizo referencia al incremento anual de las pensiones previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, conforme al cual se aplica la variación del IPC.

Indicó que conforme al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al FOMAG se encuentran exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social contenidos en dicha ley.

Precisó que el artículo 1 de la Ley 238 de 1995 adicionó un párrafo al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, en el sentido de precisar que las excepciones en la aplicación del Sistema Integral de Seguridad Social no implicarían negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 para aquellos pensionados.

Manifestó que el artículo 289 de la Ley 100 de 1993 derogó expresamente el aumento anual de la pensión que establecía la Ley 71 de 1989.

Trajo a colación pronunciamiento del Consejo de Estado (2010-00007-00(3294-14)), en el cual explicó las razones por las cuales no es aplicable el incremento previsto en la Ley 71 de 1988 para efectos de determinar el porcentaje de incremento de las pensiones de jubilación.

En ese entendimiento, sostuvo que no le asiste razón a la parte actora en cuanto a la aplicación de la Ley 71 de 1988 para el aumento anual de su pensión de jubilación.

Finalmente precisó que con la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 no se vulnera el principio de favorabilidad previsto en el artículo 53 de la Constitución Política, por cuanto la citada norma es clara en establecer que el incremento pensional es aplicable aún para aquellos sectores exceptuados de la Ley 100.

RECURSO DE APELACIÓN

Mediante memorial obrante en el Expediente digital, archivo 09, del cuaderno 1, la parte demandante recurrió la sentencia de primera instancia, solicitando revocar la providencia y acceder a las pretensiones de la demanda, con fundamento en lo siguiente.

Recalcó que el juzgado incurrió en una grave violación del debido proceso materializando los principios de congruencia, contradicción e igualdad al

traer como referente jurisprudencial aplicables sentencias que no corresponden a idénticos hechos, fundamentos de derecho y pretensiones.

Expuso que el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 que hace referencia al incremento de la pensión con base en el IPC, se estudió en la sentencia C-387 de 1994, la cual no hace referencia al régimen exceptuado de los docentes ni se pronunció sobre la Ley 71 de 1988 que señala el aumento con base en el salario mínimo. Agregó que el Consejo de Estado en sentencia del 17 de agosto de 2017, señaló que la Ley 71 de 1988 no era aplicable a los pensionados antes de la Ley 100 de 1993.

Aclaró que la Ley 238 de 1995 adicionó un párrafo al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, de los regímenes exceptuados, donde previó que sí se aplicaría el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, pero en lo que les fuera beneficioso.

Indicó que el Acto Legislativo 01 de 2005 mantuvo el régimen del magisterio como exceptuado para los docentes vinculados antes del 26 de junio de 2003, por lo que se les aplica las leyes 33 de 1985 y 91 de 1989 y no puede aplicarse el incremento anual de la pensión establecido en la Ley 100 de 1993 sino el dispuesto por el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, según el salario mínimo.

Afirmó que el objeto real del proceso era determinar la fórmula más equitativa de incremento pensional para el régimen exceptuado del magisterio.

Con relación a los descuentos de para salud de las mesadas pensionales, incluidas las adicionales de junio y diciembre, resaltó que la Corte Constitucional, en sentencias T-348 de 1997, C-956 de 2001 y C-980 de 2002 precisó que el descuento para aportes de salud de los docentes es del 5%.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandada. Guardó silencio.

La Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG. Guardó silencio.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no emitió concepto en el presente asunto.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Reparto. Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 15 de marzo de 2021, y allegado el 28 de abril del 2021 al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (Expediente digital, archivo 02, cuaderno 2).

Admisión y alegatos. Por auto del 29 de abril de 2021 se admitió el recurso de apelación y se corrió traslado para alegatos (Expediente digital, archivo 2, cuaderno 2), derecho del cual solo hizo uso la parte demandante (Expediente digital, archivo 05, cuaderno 2). El Ministerio Público no rindió concepto en esta oportunidad.

Paso a Despacho para sentencia. El 08 de junio de 2021 el proceso ingresó a Despacho para sentencia (Expediente digital. Archivo 04, cuaderno 2), la que se dicta en seguida, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA. Se precisa que por tratarse de un asunto que versa sobre un caso similar a los ya decididos por esta Corporación, y en procura de la celeridad y agilidad para dar solución a dichos temas, se profiere este fallo sin tener en cuenta el orden de ingreso del proceso a Despacho para tal efecto, tal como se autoriza por el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, en armonía con lo previsto por el artículo 115 de la Ley 1395 de 2010.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, en los estrictos términos en que aquel fue presentado.

Problema jurídico

Problema jurídico

El asunto jurídico a resolver en el sub examine se centra en dilucidar los siguientes interrogantes:

1. *¿Tiene derecho la parte demandante al reconocimiento y pago del reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme lo establece la Ley 71 de 1988, teniendo en cuenta la variación del salario mínimo legal mensual vigente?*

2. *¿Se debe reembolsar a la parte actora algún porcentaje, por concepto de descuentos por los aportes de salud, descontados de la pensión de jubilación de manera mensual y de las mesadas adicionales de junio y diciembre?*

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** hechos probados; **ii)** Sistema General de Seguridad Social; **iii)** ajuste de pensiones en el Sistema General de Seguridad Social para los afiliados al sector público y régimen general de pensiones; **iv)** aplicación del régimen en salud para los afiliados al sector público y al fondo de prestaciones sociales del magisterio y al sistema general de seguridad social en salud; y **v)** descuento de salud sobre las mesadas adicionales.

Hechos debidamente acreditados

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

1. Por Resolución nº 4050 del 25 de septiembre de 2007, la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en nombre y representación del Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, reconoció pensión Post – Mortem 20 años a favor de la parte accionante.

El FOMAG ha descontado al accionante el equivalente al 12% de la mesada pensional como aportes dirigidos a la prestación del servicio de salud.

2. La parte actora radicó ante la entidad accionada una petición relacionada a los descuentos de las mesadas pensionales a título de aportes de salud, refiriendo que dichos aportes corresponden a un 5% y no a un 12%, exigiendo la devolución de los valores pagados en exceso, de igual manera se solicitó la aplicación del artículo 1º de la Ley 71 de 1988.
3. Con Resolución nº 8302-6 del 30 de octubre de 2017, la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en nombre y representación del Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, negó el reajuste de la pensión de jubilación con base en el incremento del salario mínimo y devolución de los aportes al servicio de salud.

Como fundamento de la negativa se manifestó que la aplicación del IPC como fórmula de incremento periódico de las mesadas pensionales no entraña *per se* violación de derecho constitucional alguno, máxime cuando la mesada ha sido reconocida en monto superior al salario

mínimo, lo que significa que el IPC le permite mantener su poder adquisitivo.

Sistema General de Seguridad Social

El artículo 48 de la Constitución Política concibe la seguridad social como un servicio público obligatorio que debe prestarse bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Así mismo, lo consagra como un derecho irrenunciable de garantía universal para todos los administrados; y precisa que la ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante.

A su vez, el artículo 53 de la misma Carta Política establece que el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

El Sistema de Seguridad Social Integral previsto en la Ley 100 de 1993 tuvo como objeto garantizar los derechos de las personas y comunidad, en aras de mejorar la calidad de vida y la dignidad humana, a través de las instituciones públicas y privadas prestadoras de los servicios, como un servicio esencial prestado bajo los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación.

El artículo 11 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 797 de 2003, prevé su campo de aplicación, así:

El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando y respetando, adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una Pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de Prima Media y del sector privado en general.

Lo anterior será sin perjuicio del derecho de denuncia que le asiste a las partes y que el tribunal de arbitramento dirima las diferencias entre las partes.

Ajuste de pensiones en el Sistema General de Seguridad Social para los afiliados al sector público y Régimen General de Pensiones

El artículo 1 de la Ley 4ª de 1976⁴ determinó que las pensiones de los sectores público, oficial, semioficial y privado, así como los afiliados al Instituto Seguro Social, a excepción de las pensiones por incapacidad permanente parcial, se reajustarían de oficio, cada año, teniendo en cuenta la elevación del salario mínimo mensual legal más alto, con una suma fija igual a la mitad de la diferencia entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, más una suma equivalente a la mitad del porcentaje que represente el incremento entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, esto último aplicado a la correspondiente pensión.

Luego, el artículo 1 de la Ley 71 de 1988⁵ precisó que las pensiones referidas en el artículo 1 de la Ley 4ª de 1976, la de incapacidad permanente parcial y las compartidas, serían reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que fuera incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.

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

ARTICULO 1o. Reajuste pensional. *Las pensiones de jubilación, invalidez, vejez, incapacidad permanente parcial, compartidas y de sobrevivientes, de los sectores público, privado y del Instituto de Seguros Sociales, se reajustarán de oficio y en forma simultánea con el salario mínimo legal, en el mismo porcentaje en que éste sea incrementado por el Gobierno Nacional.*

Del recuento normativo citado, se concluye que por mandato constitucional es deber del Estado garantizar el reajuste periódico de las pensiones, inicialmente desde la Ley 4ª de 1976 y la Ley 71 de 1988 con un ajuste a los beneficiarios de los regímenes del sector público, oficial y privado, teniendo en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente más alto.

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

ARTÍCULO 14. REAJUSTE DE PENSIONES. *Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice (sic) de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. No*

⁴ “Por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones”.

⁵ “Por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones”.

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

Dicha normativa fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-387 de 1994, donde señaló que el incremento por el IPC o por el salario mínimo cumple el objetivo del reajuste periódico de las pensiones, y es facultad del legislador determinar el mismo:

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

(...)

Las instituciones del salario mínimo y de la pensión mínima, se enmarcan dentro de aquellas políticas destinadas a lograr una justicia social, pues son medidas especiales de protección a quienes por su condición económica se encuentran en situación de debilidad manifiesta. Busca así el legislador menguar la desigualdad y de esta manera cumplir con el propósito señalado por el constituyente en el artículo 13 de la Carta, que ordena al Estado promover las condiciones requeridas para que la igualdad sea real y efectiva, mediante la adopción de medidas en favor de grupos discriminados o marginados, como también proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica o física se encuentran en situación de debilidad manifiesta.

(...)

Ahora bien: que el índice de precios al consumidor aumenta en proporción superior al porcentaje en que se incrementa el salario mínimo, es un argumento que esgrime el demandante, pero que no se ajusta a la realidad, pues como se demostrará en seguida, estos valores no han sido constantes, y no podían serlo, por que (sic) su comportamiento depende de una serie de circunstancias económicas y políticas que resultan variables, y en consecuencia, no es posible determinar con certeza el porcentaje en que cada uno de esos dos factores aumentará.

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

<i>año</i>	<i>inflación</i>	<i>salario mínimo</i>
1983	16.64	22%
1984	18.28	22%
1985	22.45	20%
1986	20.95	24%
1987	24.02	22%
1988	28.12	25%
1989	26.12	27%
1990	32.36	26%
1991	26.82	26.07%
1992	25.13	26.04%
1993	22.6	21.09% "

Obsérvese que en los años 1983, 1984, 1986, 1989 y 1992 el salario mínimo se incrementó en cuantía superior al índice (sic) de inflación, y en los demás años, sucedió lo contrario, esto es, que la inflación fue mayor que el porcentaje en que subió el salario mínimo.

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

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

En este sentido, el Máximo Tribunal Constitucional alude a la determinación de incrementar las pensiones en el salario mínimo sólo para los pensionados que devengan la pensión mínima, en aras de salvaguardar los derechos constitucionales de los pensionados que se encuentran en debilidad manifiesta frente a los demás ciudadanos; y que el aumento en el IPC para los demás pensionados, se ajusta a factores y circunstancias económicas y políticas.

Bajo el tema en cuestión referente al reajuste de las mesadas en aplicación de la Ley 100 de 1993, la Sección Segunda el Consejo de Estado, en providencia

del 17 de agosto del 2017⁶, al pronunciarse dentro de la acción pública de nulidad contra el artículo 40 del Decreto 692 de 1994, expuso que el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 derogó el dispuesto por la Ley 71 de 1988, y que esto es aplicable a las pensiones causadas con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993:

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

«[...] A partir del 1.º de enero de 1989 y hasta la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, todas las pensiones que fueron reconocidas en el país, tanto en el sector público como en el privado, se reajustaron anualmente conforme a la formula prevista en la Ley 71 de 1988, esto es, en el mismo porcentaje en que se incrementó por el Gobierno el salario mínimo legal mensual. Con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigencia, las pensiones reconocidas antes y después de dicha ley, se vienen reajustando en la forma prevista por su artículo 14 y teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 142 y 143 ibídem, lo que significa que el referido reajuste se produce anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior, más la mesada adicional y el reajuste equivalente a la elevación en la cotización para salud, a favor de los pensionados con anterioridad al 1º de enero de 1994.[...]»

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

Conclusión: *Conforme a las consideraciones expuestas, el porcentaje de reajuste de la mesada pensional no es un derecho adquirido, por lo tanto la*

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 17 de agosto de 2017. Radicación número: 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14).

jurisprudencia de la Corte Constitucional ha considerado que el legislador está habilitado para modificar las normas que consagran la proporción en que se realizarán los aumentos de las mesadas pensionales.

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

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

Referente a los motivos que alega el libelista de aplicar el artículo 1 de la Ley 71 de 1989 al ajuste de la mesada pensional en armonía con el principio de favorabilidad, es pertinente traer a colación el pronunciamiento expuesto por la Máxima Corporación Constitucional en sentencia C-435 de 2017, proferida en el marco de la acción pública de constitucionalidad en la que se demandó la nulidad parcial del artículo 14 de la Ley 100 de 1993, y en la que precisó lo siguiente en relación con el reajuste de pensiones según la variación porcentual del IPC:

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

*el Salario Mínimo Legal Vigente*⁷, como si este fuese expresamente el mandato constitucional.

(...)

Lo anterior pues, como también se ha explicado en la jurisprudencia constitucional, sin perjuicio de que toda pensión “tiene como objetivo primordial proteger a las personas de la tercera edad, quienes por sus condiciones físicas, ya sea por razón de la edad o por enfermedad, se encuentran imposibilitados para obtener otra clase de recursos para su propia subsistencia y la de su familia”, las personas cuya pensión no supera el valor del salario mínimo legal mensual vigente o que reciben una pensión mínima, como también se la ha denominado, “se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás”. De tal forma que ellas también requieren de un incremento periódico mínimo que, precisamente, garantice también los fines del salario mínimo, como son “satisfacer no sólo sus propias necesidades sino también las de su familia, en el orden material, social, cultural, educativo”⁸.

(...)

Siendo así, se tiene que en la norma demandada el legislador específicamente dispuso que el criterio o parámetro de actualización fuera el IPC en tanto que, como claramente explicó el DANE en su intervención, éste precisamente “es una estadística que mide la variación porcentual de los precios de un conjunto representativo de los bienes y servicios de consumo de los hogares del país”. Pero, simultáneamente, el legislador distinguió entre las pensiones superiores e inferiores al salario mínimo legal mensual vigente (SMLMV), estableciendo que únicamente éstas últimas se incrementaran en el mismo porcentaje que ese salario, “con el fin de que dicho ingreso conserve su poder adquisitivo y así pueda el beneficiario satisfacer sus necesidades básicas y llevar una vida digna”⁹.

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

⁷ Cita de cita: Folio 19 (negritas en el texto original).

⁸ Cita de cita: Ibídem.

⁹ Cita de cita: Sentencia C-387 de 1994 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).

garantice también los fines del salarió mínimo, como son “satisfacer no sólo sus propias necesidades sino también las de su familia, en el orden material, social, cultural, educativo”¹⁰.

(...)

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

(...)

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

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

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

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

¹⁰ Cita de cita: Ibídem.

Este artículo fue adicionado por la Ley 238 de 1995¹¹, que dispuso la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 a los regímenes exceptuados previstos en dicha disposición, o sea, el incremento de las pensiones conforme al IPC:

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

"Párrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados".

De esta manera, el incremento de las pensiones de los docentes pensionados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 no se rige por el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, toda vez que el factor de incremento anual de las pensiones no forma parte del régimen pensional por el cual se rigen los docentes, como son la edad, el monto, el ingreso base de liquidación y la tasa, y como lo señaló el Consejo de Estado¹². Además, el reajuste de la mesada pensional no es un derecho adquirido, por lo que el legislador está habilitado para modificar las normas que consagran la proporción del aumento anual. Es del caso agregar que la norma que pretende la parte demandante que se aplique al incremento de su mesada, el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, fue derogado por la Ley 100 de 1993.

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

En consecuencia, conforme a los pronunciamientos jurisprudenciales citados, se tiene que la Constitución Política facultó al Legislador bajo su autonomía de fijar el reajuste periódico de las pensiones, teniendo en cuenta el IPC, parámetro que se adoptó obedeciendo a las satisfacciones de las necesidades del orden familiar, material, social, cultural y educativo, y con el fin de garantizar los fines del salario mínimo, en aras actualizar el monto de las pensiones y de contrarrestar el fenómeno de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

Sobre los descuentos por los aportes de salud en la pensión de jubilación de manera mensual y de las mesadas adicionales de junio y diciembre

¹¹ "Por la cual se adiciona el artículo 279 de la Ley 100 de 1993".

¹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 17 de agosto de 2017. Radicación número: 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14).

El artículo 157 de la Ley 100 de 1993 establece que son afiliados al SGSS en salud todos los residentes en Colombia que se encuentren afiliados al régimen contributivo o al subsidiado y los vinculados temporalmente. Al régimen contributivo pertenecen los afiliados con capacidad de pago, como cotizantes están los pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sobreviviente, tanto del sector público como del privado.

Por su parte, el artículo 143 ibídem, previó para los pensionados antes del 1 de abril de 1994, el reajuste mensual equivalente a la elevación en la cotización para salud que resulte de la aplicación de dicha norma, así mismo dispuso, la cotización para salud a cargo de los pensionados, quienes podrían cancelarla mediante una cotización complementaria durante su período de vinculación laboral.

A su vez, el artículo 280 de la Ley 100 de 1993, dispuso sobre la obligatoriedad y sin excepciones de aportar para los fondos de solidaridad en los regímenes de salud y pensiones, a partir del 1 de abril de 1994 en las instituciones, regímenes y con respecto también a las personas que por cualquier circunstancia gocen de excepciones totales o parciales previstas en esta Ley.

Aplicación del régimen en salud para los afiliados al sector público y al fondo de prestaciones sociales del magisterio y al sistema general de seguridad social en salud

La Ley 4 de 1966, determinó para los afiliados a los Caja Nacional de Previsión Social, el deber de cotizar el porcentaje del 5%, a favor de la entidad de previsión, sobre la mesada pensional.

Lo anterior es reiterado por el Decretos 3135 de 1968¹³, en cuyo artículo 37, se dispone: *"Prestaciones para pensionados. A los pensionados por invalidez, jubilación y retiro por vejez se les prestará por la entidad que les pague la pensión, asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria. Para este efecto el pensionado cotizará mensualmente un cinco por ciento (5%) de su pensión".*

Posteriormente la Ley 91 de 1989¹⁴, por el cual se creó el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en su artículo 8 numeral 2, señaló como objetivos de dicho fondo, garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales, y fue constituido entre otros: "...El 5% de cada mesada pensional

¹³ "por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales"

¹⁴ https://www.mineducacion.gov.co/1621/articles-85852_archivo_pdf.pdf

que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.”

El artículo 15 de la citada disposición, determinó el régimen aplicable para el personal docente dependiente de la vinculación así:

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

(Ver art. 6 Ley 60 de 1993)

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

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

Por su parte, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003¹⁵, estableció el régimen prestacional de los docentes nacionales y nacionalizados vinculados antes de la vigencia de esta ley, es el señalado en las normas establecidas con anterioridad a la misma y **los vinculados a partir de la entrada en vigencia** de la citada norma, afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres, norma declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-369-04.

Adicionalmente precisó en el inciso tercero y cuarto de dicha normativa, en cuanto a los servicios de salud para los afiliados a dicho Fondo, **prestados conforme lo estipula la Ley 91 de 1989 y el valor de las cotizaciones por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones**

¹⁵

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

establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores.

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

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

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

Dicha preceptiva fue modificada por el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007, que dispuso:

*“**Artículo 204. Monto y distribución de las cotizaciones.** La cotización al Régimen Contributivo de Salud será, a partir del primero (1°) de enero del año 2007, **del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado.** Las cotizaciones que hoy tienen para salud los regímenes especiales y de excepción se incrementarán en cero punto cinco por ciento (0,5%), a cargo del empleador, que será destinado a la subcuenta de solidaridad para completar el uno punto cinco a los que hace referencia el presente artículo. El cero punto cinco por ciento (0,5%) adicional reemplaza en parte el incremento del punto en pensiones aprobado en la Ley 797 de 2003, el cual sólo será incrementado por el Gobierno Nacional en cero punto cinco por ciento (0,5%).*

Y finalmente, por virtud de la Ley 1250 de 2008¹², por medio del artículo 1 adicionó el 204 de la Ley 100 de 1993, en el sentido de que la cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional.

De las normas señaladas se evidencia que el objetivo del Legislador fue efectuar aportes para salud tanto en los regímenes especiales como del Sistema General de Seguridad Social, incluidos los pensionados, afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En lo atinente al porcentaje de la cotización para los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio se dispuso inicialmente con la Ley 91 de 1989, una cotización del 5% y posteriormente con la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, se habilitó un valor total de la cotización correspondiente a la suma de aportes que para salud y pensiones establezca las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

En consecuencia se deriva que las cotizaciones que se deducen de la mesada pensional de los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio equivalen al mismo porcentaje que se debe descontar al Régimen General de Seguridad Social.

Por su parte, la Máxima Corporación Constitucional en sentencia T-835 de 2014, sobre la obligatoriedad en la cotización a los pensionados al Sistema General de Salud, tanto para regímenes especiales, como la pensión gracia, y el ordinario dispuso:

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

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

solidaridad y universalidad; y (ii) no viola la constitución que el legislador establezca que los pensionados deben cotizar en materia de salud.”

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

Respecto del monto de las cotizaciones que deben realizar los docentes pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por concepto de salud, respecto del porcentaje del Régimen General de Pensiones, la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado, en sentencia del 10 de mayo de 2018¹⁶, precisó:

“ 3. Por otro lado, la Ley 91 de 1989, fijó como otro de los objetivos del Fondo Nacional de prestaciones sociales del Magisterio: Garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales, para contratará con entidades de acuerdo con instrucciones que imparta el Consejo Directivo del Fondo. Entonces, a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales el Magisterio tiene a cargo las prestaciones sociales de los afiliados al Magisterio, entre estas, (i) la pensión ordinaria y (ii) garantizar la prestación la prestación de los servicios médico asistenciales. Lo que indica que los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterios, por disposición de la ley, tienen un régimen especial de seguridad social en salud.

(...)

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

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION SEGUNDA -SUBSECCIÓN B- Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS- Bogotá, D.C., diez (10) de mayo de dos mil dieciocho (2018) -Radicación número: 68001-23-31-000-2010-00624-01 (0340-14)

161 Ley 100 de 1993). Lo propio hizo el artículo 8º de la Ley 91 de 1989, respecto del personal afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que incluye también a los pensionados. (Pensión ordinaria)

(...)

6.2. Afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Ley 91 de 1989 artículo 8-5	5%
Ley 812 de 2003, 17, artículo 81	El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.

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

(...)

La jurisprudencia de la Corte Constitucional, y teniendo en cuenta que los docentes gozan de un sistema de salud, especial, señaló:

“22. Ahora bien, bajo el entendido que los docentes gozan de un sistema de salud diferente al señalado en la Ley 100 de 1993, corresponde al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio prestarle

los servicios de salud a que tienen derecho y a la Caja Nacional de Previsión Social hoy UGPP, **efectuar los aportes correspondientes al Sistema General de Seguridad Social en Salud** al Fondo de Seguridad y Garantía - FOSYGA como lo determina el artículo 14 del Decreto 1703 de 2002, “Por el cual se adoptan medidas para promover y controlar la afiliación y el pago de aportes en el Sistema General de Seguridad Social en Salud”, según el cual:

“Artículo 14. Régimen de excepción. Para efecto de evitar el pago doble de cobertura y la desviación de recursos, las personas que se encuentren excepcionadas por ley para pertenecer al Sistema General de Seguridad Social en Salud, de conformidad con lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, no podrán utilizar simultáneamente los servicios del Régimen de Excepción y del Sistema General de Seguridad Social en Salud como cotizantes o beneficiarios.

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

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

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

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

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

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

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

...

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

De las normas anotadas y los postulados jurisprudenciales esgrimidos, se colige que los pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al ser beneficiarios del régimen especial en pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, no los exonera de realizar los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, por disposición expresa de la Ley 812 de 2003.

Descuento de salud sobre las mesadas adicionales

El Sistema General de Seguridad Social en Salud no establece descuento alguno sobre las mesadas adicionales, sin embargo, la Ley 91 de 1989 que parte del régimen especial de los docentes afiliados al FNPSM, sí lo permite de manera expresa en el numeral 5º del artículo 8º; luego entonces, aun cuando la Ley 812 de 2003 extendió el régimen de cotización en materia de salud a los pensionados afiliados al FNPSM, ello, sólo conllevó a que se incrementara el porcentaje de cotización de los docentes, del 5% al 12%, más no tiene virtualidad de derogar expresa ni tácitamente lo previsto en el régimen especial en punto de la posibilidad de hacer los descuentos de salud sobre las mesadas adicionales.

De igual manera, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en providencia de tutela del 14 de septiembre de 2017¹⁸, denegó la solicitud sobre la devolución de aportes de salud sobre las mesadas adicionales de los pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, basado en los siguientes argumentos:

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

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

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION SEGUNDA - SUBSECCIÓN A- Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ- Bogotá, D.C., catorce (14) de septiembre de dos mil diecisiete (2017) -Radicación número: 11001-03-15-000-2017-01998-00(AC). <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2108186>

contempló dichos descuentos sobre las mesadas adicionales, inclusive.

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

En suma, concluye esta Sala de decisión que en la providencia cuestionada no se evidencia ninguna causal de procedencia de la acción de tutela, pues como se demostró, no fue producto de un actuar caprichoso del Colegiado demandado, sino de la conjunción en la apreciación de las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica y la interpretación legal de las normas aplicables al caso concreto.”

En ese orden de ideas, considera la Sala que los descuentos por concepto de salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre fueron previstas en la Ley 91 de 1989, para los afiliados del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y, a pesar de no mencionarse taxativamente en la Ley 812 de 2003, no significa que hubiese cesado la obligación de cotizar sobre dichas mesadas, pues en atención al principio de solidaridad que erige el Sistema de Seguridad Social, y en aras de preservar la contribución al sistema para lograr la sostenibilidad, eficacia y financiación del mismo, es procedente realizar los descuentos sobre la mesadas adicionales recibidas por los pensionados afiliados a dicho Fondo.

Considera la Sala, que no le asiste razón a la impugnante indicar que la parte actora, por ingresar con anterioridad al 27 de junio de 2003; y en aplicación a la Ley 91 de 1989 se debe descontar por concepto de cotización a salud el 5% sobre las mesadas pensionales, incluidas las mesadas adicionales.

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

Conclusión

Considera la Sala que no se encuentra demostrada la vulneración de los derechos invocados por la parte actora, dado que, conforme a los presupuestos normativos y jurisprudenciales antes citados, se observa que no le asiste razón a la parte accionante al indicar que el reajuste de las mesadas pensionales se debe realizar conforme al artículo 1 de la Ley 71 de

1989, esto es, conforme al salario mínimo, norma derogada por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

Así mismo se tiene que los descuentos por concepto de salud aplicados a los pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio sobre la mesada ordinaria y adicionales de los meses de junio y diciembre deben hacerse aplicando los porcentajes previstos por las normas anteriormente señaladas.

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

Costas

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, esta Sala de Decisión se abstendrá de condenar en costas en esta instancia, como quiera que no observa que la demanda hubiere sido presentada con manifiesta carencia de fundamento legal, como lo exige la norma.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

Primero. CONFÍRMASE la sentencia del veinticuatro (24) de agosto de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor José Libardo Cardona Candamil contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el Departamento de Caldas.

Segundo. ABSTIÉNESE de condenar en costas en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

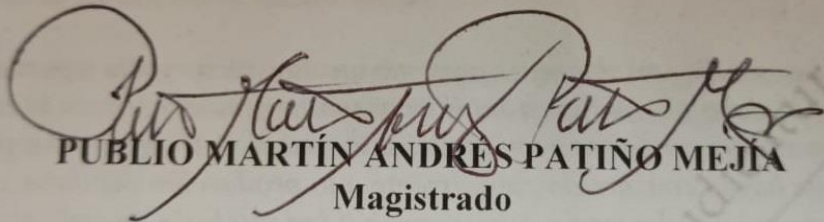
Tercero. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

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

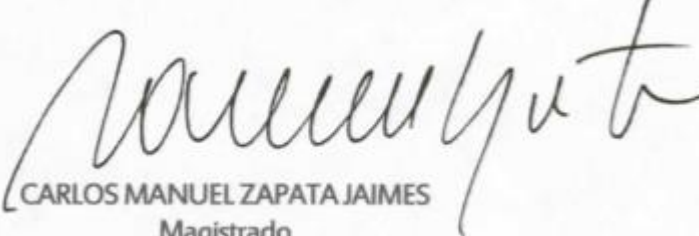
Notifíquese y cúmplase



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

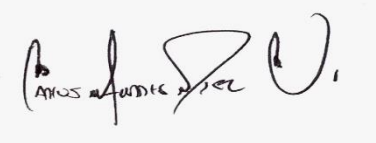


PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO
No. 215
FECHA: 29/11/2021



CARLOS ANDRÉS DÍEZ VARGAS
SECRETARIO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.: 195

Asunto: Sentencia de segunda instancia
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 17-001-33-39-008-2018-00561-02
Demandante: José Alejandro Tamayo Quirama
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional –
Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del
Magisterio – Departamento de Caldas

**Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n°
67 del 26 de noviembre de 2021**

Manizales, veintiséis (26) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, corresponde a esta Sala de Decisión desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 28 de agosto de 2020, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las súplicas de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor José Alejandro Tamayo Quirama contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG²) – y el Departamento de Caldas.

DEMANDA

En ejercicio de este medio de control (fls. 3 a 33, C.1), se solicitó lo siguiente:

Pretensiones

1. Que se declare la nulidad absoluta de la Resolución n° 9038-6 del 23 de noviembre de 2017, en cuanto negó el reconocimiento y pago del reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme lo establece el numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989 y la Ley 71 de 1988.

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, FOMAG.

2. Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la entidad demandada a reconocer y pagar:
 - De acuerdo con la Ley 91 de 1989: la aplicación y devolución de los descuentos de aportes al sistema de salud, a la mesada pensional en el porcentaje del 5%, incluyendo las mesadas adicionales, ordenando cesar el descuento del 12% como actualmente se realiza; y se reintegre las sumas de dinero superiores al 5% de dichas mesadas pensionales, sin que se continúe efectuando dicho descuento.
 - Respecto de la Ley 71 de 1988: Al reajuste anual de la mesada pensional en el porcentaje que cada año se incrementa para el salario mínimo legal mensual, de forma retroactiva al año en que consolidó su derecho pensional y de manera constante para las mesadas subsiguientes y futuras.
 - Las diferencias resultantes entre mesada pensional y los reajustes solicitados, cancelados de manera indexada, con los ajustes de valor y los intereses corrientes y moratorios a que haya lugar, y conforme al 192 del CPACA, y al pago de condena en costas.
3. Como pretensión subsidiaria, solicitó el reintegro de los dineros de las mesadas adicionales de junio y diciembre, equivalente al aporte en salud del 12%, de forma indexada y con la inclusión de los ajustes de valor, intereses moratorios; y ordenar a la Fiduciaria la Previsora no continuar el descuento de las mesadas adicionales con destino al sistema de salud.
4. Que se condene en costas a la parte accionada.

Hechos

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

1. La cónyuge de la parte actora se vinculó a la docencia oficial con anterioridad al 27 de junio de 2003, al cumplir los requisitos de edad y tiempo de servicio le fue reconocida pensión de jubilación mediante Resolución n° 464 del 29 de diciembre de 2003, expedida por la Secretaria de Educación del Departamento de Caldas, actuando en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

2. El FOMAG por intermedio de la entidad fiduciaria encargada de su administración, ha venido descontando al accionante el equivalente al 12% de cada mesada pensional, incluyendo las mesadas adicionales de junio y diciembre, como aportes dirigidos a la prestación del servicio de salud.
3. En el acto administrativo de reconocimiento pensional se consagró expresamente que esta sería reajustada anualmente conforme al artículo 1° de la Ley 71 de 1988, no obstante, la mesada ha venido siendo incrementada con base a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, es decir, en el mismo porcentaje certificado por el DANE para el Índice de Precios al Consumidor del año inmediatamente anterior.³
4. Mediante petición radicada bajo el SAC 2017PQR16761 del 30 de octubre de 2017, se solicitó ante el FOMAG la aplicación del numeral 5° del artículo 8° de la Ley 91 de 1989, respecto a los descuentos de las mesadas pensionales realizados a título de aportes al sistema de salud, indicando que este debe corresponder al 5% del valor de cada mesada, exigiendo en consecuencia la devolución de los valores pagados en exceso.

Igualmente se solicitó la aplicación del artículo 1° de la Ley 71 de 1988, como fórmula tendiente al reajuste oficioso de sus mesadas pensionales, en contraprestación a los incrementos indebidamente aplicados conforme al IPC (artículo 14 de la Ley 100 de 1993).

En caso de determinarse que el Régimen General de Pensiones le resulte aplicable a la demandante, a título de pretensión subsidiaria se solicitó el cese de los descuentos en salud realizados en las mesadas adicionales de junio y diciembre, ordenando el reintegro de los valores cobrados por dicho concepto.

5. Mediante la Resolución n° 9038-6 del 23 de noviembre de 2017, la Secretaria de Educación del Departamento de Caldas actuando en representación de la Nación – Ministerio de Educación – FOMAG, resolvió negativamente los deprecados reajustes pensionales, guardando silencio respecto a la pretensión subsidiaria.
6. Se acudió a la administración de justicia en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento de derecho, con la finalidad de obtener el reajuste de las mesadas pensionales del demandante, conforme a los incrementos fijados por el gobierno para el salario mínimo legal en Colombia, e igualmente el descuento de los aportes en salud conforme

³ En adelante IPC

al régimen exceptuado aplicable a los pensionados por el FOMAG en la Ley 91 de 1989.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte actora estimó como violadas las siguientes disposiciones: el preámbulo, los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29, 48, 53, 90, 121, 125 y 209 de la Constitución Política; artículos 137 de la Ley 1437 de 2011; 1º de la Ley 71 de 1978; 15.2.a de la Ley 91 de 1989; 115 de Ley 115 de 1994; 279 de la Ley 100 de 1993; 1º de la Ley 238 de 1995; 4 de la Ley 700 de 2001; 9º de la Ley 797 de 2003; 81 de la Ley 812 de 2003; 160 de la Ley 1151 del 2007; Ley 33 de 1985; y parágrafos transitorios 1 y 2 del Acto Legislativo 01 de 2005.

Consideró que en el régimen jurídico del personal docente, los profesores vinculados antes de la expedición de la Ley 812 de 2003 se encuentran exceptuados de la Ley 100 de 1993, y los principios de favorabilidad e irrenunciabilidad.

Respecto de los aportes en salud cuestionó que se le han descontado a la parte demandante en exceso, al haberse vinculado con anterioridad a la referida ley 812 de 2013, y reconocer la pensión de jubilación conforme a la Ley 33 de 1985, por lo que el monto de descuento debe ser del 5% según la Ley 91 de 1989, misma que es aplicable a las mesadas adicionales, y no el 12% para los que se rigen por la Ley 100 de 1993.

Sobre el incremento anual de la pensión indicó que no le es aplicable el aumento estipulado en el artículo 14 de la disposición precitada con base en el IPC, sino el incremento indicado en la Ley 71 de 1988 con el salario mínimo legal mensual vigente, toda vez que obtuvo dicha prestación antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG

Dentro del término otorgado, la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG contestó la demanda (fls. 71 a 75, C.1), para oponerse a las pretensiones de la misma, toda vez que lo hecho por la demandada se encuentra amparado por la presunción de legalidad contenida en el artículo 88 de la Ley 1437 de 2011 y de la misma manera se encuentra ajustado a derecho.

Manifestó que el régimen pensional de todos los docentes vinculados al servicio público educativo oficial sería el establecido con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 812 de 2003, es decir, la Ley 91 de 1980, misma

que estipula que en dicho descuento deben estar incluidas las mesadas adicionales.

Propuso las excepciones que denominó: ***“COBRO DE LO NO DEBIDO”*** con fundamento en que los descuentos aplicados con destino a la cotización al sistema de salud se efectuaron de conformidad con la normatividad legal vigente aplicable al docente; ***“PRESCRIPCIÓN”*** sobre aquellos derechos económicos reclamados que superen el lapso de tres años desde que la obligación se hizo exigible hasta la presentación de la demanda; ***“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION”*** Señalando que la retención de aportes se ha efectuado de conformidad con la ley.

Departamento de Caldas

El Departamento de Caldas presentó contestación a la demanda (fls. 60 a 81, C.1), indicando que su función es recibir y radicar las solicitudes de los docentes que pertenezcan a la entidad territorial.

Expresó que el pensionado tiene la obligación de cancelar un aporte en salud del 12% de conformidad con lo dispuesto en la ley 91 de 1989, Ley 812 de 2003 y Ley 100 de 1993.

Refirió que en materia de incremento de la mesada pensional se debe aplicar lo previsto en el artículo 14 de la ley 100 de 1993.

Propuso las excepciones que denominó: ***“FALTA DE LEGITIMIDAD EN LA CAUSA POR PASIVA”***, expresando que la entidad encargada del reconocimiento,, liquidación y pago de pensiones es el Ministerio de Educación Nacional; ***“BUENA FE”*** en cuanto el Departamento de Caldas ha actuado con diligencia y cumpliendo los términos estipulados en la ley y y ***“PRESCRIPCIÓN”*** sobre aquellos derechos económicos reclamados que superen el lapso de tres años desde que la obligación se hizo exigible hasta la presentación de la demanda.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El 28 de agosto de 2020, el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia (Expediente Digital, archivo 07, del Cuaderno 01), a través de la cual: **i)** declaró probada la excepción de cobro de lo no debido, prescripción e inexistencia de la obligación propuestas por la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el Departamento de Caldas; **ii)** negó las pretensiones de la demanda; y **iii)** condenó en costas. Lo anterior, con fundamento en lo siguiente.

Precisó inicialmente que de las normas contenidas en la Ley 100 de 1993 y 238 de 1995, se puede concluir que, si bien los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio se encuentran exceptuados de la aplicación de las normas del Sistema de Seguridad Social, lo cierto es que en lo que respecta al reajuste de sus pensiones se sigue la disposición del art. 14 de la Ley 100 de 1993 en virtud a lo dispuesto por la Ley 238 de 1995.

Hizo referencia al incremento anual de las pensiones previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, conforme al cual se aplica la variación del IPC.

Indicó que conforme al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al FOMAG se encuentran exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social contenidos en dicha ley.

Precisó que el artículo 1 de la Ley 238 de 1995 adicionó un párrafo al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, en el sentido de precisar que las excepciones en la aplicación del Sistema Integral de Seguridad Social no implicarían negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 para aquellos pensionados.

Manifestó que el artículo 289 de la Ley 100 de 1993 derogó expresamente el aumento anual de la pensión que establecía la Ley 71 de 1989.

Trajo a colación pronunciamiento del Consejo de Estado (2010-00007-00(3294-14)), en el cual explicó las razones por las cuales no es aplicable el incremento previsto en la Ley 71 de 1988 para efectos de determinar el porcentaje de incremento de las pensiones de jubilación.

En ese entendimiento, sostuvo que no le asiste razón a la parte actora en cuanto a la aplicación de la Ley 71 de 1988 para el aumento anual de su pensión de jubilación.

Finalmente precisó que con la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 no se vulnera el principio de favorabilidad previsto en el artículo 53 de la Constitución Política, por cuanto la citada norma es clara en establecer que el incremento pensional es aplicable aún para aquellos sectores exceptuados de la Ley 100.

RECURSO DE APELACIÓN

Mediante memorial obrante en el expediente digital, archivo 09, cuaderno 1, la parte demandante recurrió la sentencia de primera instancia, solicitando

revocar la providencia y acceder a las pretensiones de la demanda, con fundamento en lo siguiente.

Recalcó que el juzgado incurrió en una grave violación del debido proceso materializando los principios de congruencia, contradicción e igualdad al traer como referente jurisprudencial aplicables sentencias que no corresponden a idénticos hechos, fundamentos de derecho y pretensiones.

Expuso que el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 que hace referencia al incremento de la pensión con base en el IPC, se estudió en la sentencia C-387 de 1994, la cual no hace referencia al régimen exceptuado de los docentes ni se pronunció sobre la Ley 71 de 1988 que señala el aumento con base en el salario mínimo. Agregó que el Consejo de Estado en sentencia del 17 de agosto de 2017, señaló que la Ley 71 de 1988 no era aplicable a los pensionados antes de la Ley 100 de 1993.

Aclaró que la Ley 238 de 1995 adicionó un párrafo al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, de los regímenes exceptuados, donde previó que sí se aplicaría el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, pero en lo que les fuera beneficioso.

Indicó que el Acto Legislativo 01 de 2005 mantuvo el régimen del magisterio como exceptuado para los docentes vinculados antes del 26 de junio de 2003, por lo que se les aplica las leyes 33 de 1985 y 91 de 1989 y no puede aplicarse el incremento anual de la pensión establecido en la Ley 100 de 1993 sino el dispuesto por el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, según el salario mínimo.

Afirmó que el objeto real del proceso era determinar la fórmula más equitativa de incremento pensional para el régimen exceptuado del magisterio.

Con relación a los descuentos de para salud de las mesadas pensionales, incluidas las adicionales de junio y diciembre, resaltó que la Corte Constitucional, en sentencias T-348 de 1997, C-956 de 2001 y C-980 de 2002 precisó que el descuento para aportes de salud de los docentes es del 5%.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante. Guardó silencio.

Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG. Guardó silencio.

Departamento de Caldas, guardó silencio.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no emitió concepto en el presente asunto.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Reparto. Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 18 de marzo de 2021, y allegado el 28 de abril de 2021 al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (Expediente digital, archivo 02, del cuaderno 2).

Admisión y alegatos. Por auto del 29 de abril de 2021 se admitió el recurso de apelación y se corrió traslado para alegatos, derecho del cual no hicieron uso las partes. El Ministerio Público no emitió concepto en esta oportunidad.

Paso a Despacho para sentencia. El 08 de junio de 2021 el proceso ingresó a Despacho para sentencia, la que se dicta en seguida, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA. Se precisa que por tratarse de un asunto que versa sobre un caso similar a los ya decididos por esta Corporación, y en procura de la celeridad y agilidad para dar solución a dichos temas, se profiere este fallo sin tener en cuenta el orden de ingreso del proceso a Despacho para tal efecto, tal como se autoriza por el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, en armonía con lo previsto por el artículo 115 de la Ley 1395 de 2010.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, en los estrictos términos en que aquel fue presentado.

Problema jurídico

El asunto jurídico a resolver en el sub examine se centra en dilucidar los siguientes interrogantes:

1. *¿Tiene derecho la parte demandante al reconocimiento y pago del reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme lo establece la Ley 71 de 1988, teniendo en cuenta la variación del salario mínimo legal mensual vigente?*
2. *¿Se debe reembolsar a la parte actora algún porcentaje, por concepto de descuentos por los aportes de salud, descontados de la pensión de jubilación de manera mensual y de las mesadas adicionales de junio y diciembre?*

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** hechos probados; **ii)** Sistema General de Seguridad Social; **iii)** ajuste de pensiones en el Sistema General de Seguridad Social para los afiliados al sector público y régimen general de pensiones; **iv)** aplicación del régimen en salud para los afiliados al sector público y al fondo de prestaciones sociales del magisterio y al sistema general de seguridad social en salud; y **v)** descuento de salud sobre las mesadas adicionales.

Hechos debidamente acreditados

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

1. Por Resolución nº 00464 del 29 de diciembre de 2003, la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en nombre y representación del Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, reconoció pensión post-mortem a favor de la parte accionante.

El FOMAG ha descontado al accionante el equivalente al 12% de la mesada pensional como aportes dirigidos a la prestación del servicio de salud.

2. La parte actora radicó ante la entidad accionada una petición relacionada a los descuentos de las mesadas pensionales a título de aportes de salud, refiriendo que dichos aportes corresponden a un 5% y no a un 12%, exigiendo la devolución de los valores pagados en exceso, de igual manera se solicitó la aplicación del artículo 1º de la Ley 71 de 1988.
3. Con Resolución nº 9038-6 del 23 de noviembre de 2017, la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en nombre y representación del Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, negó el reajuste de la pensión de jubilación con base en el incremento del salario mínimo y devolución de los aportes al servicio de salud.

Como fundamento de la negativa se manifestó que la aplicación del IPC como fórmula de incremento periódico de las mesadas pensionales no entraña *per se* violación de derecho constitucional alguno, máxime cuando la mesada ha sido reconocida en monto superior al salario mínimo, lo que significa que el IPC le permite mantener su poder adquisitivo.

Sistema General de Seguridad Social

El artículo 48 de la Constitución Política concibe la seguridad social como un servicio público obligatorio que debe prestarse bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Así mismo, lo consagra como un derecho irrenunciable de garantía universal para todos los administrados; y precisa que la ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante.

A su vez, el artículo 53 de la misma Carta Política establece que el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

El Sistema de Seguridad Social Integral previsto en la Ley 100 de 1993 tuvo como objeto garantizar los derechos de las personas y comunidad, en aras de mejorar la calidad de vida y la dignidad humana, a través de las instituciones públicas y privadas prestadoras de los servicios, como un servicio esencial prestado bajo los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación.

El artículo 11 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 797 de 2003, prevé su campo de aplicación, así:

El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando y respetando, adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una Pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de Prima Media y del sector privado en general.

Lo anterior será sin perjuicio del derecho de denuncia que le asiste a las partes y que el tribunal de arbitramento dirima las diferencias entre las partes.

Ajuste de pensiones en el Sistema General de Seguridad Social para los afiliados al sector público y Régimen General de Pensiones

El artículo 1 de la Ley 4ª de 1976⁴ determinó que las pensiones de los sectores público, oficial, semioficial y privado, así como los afiliados al

⁴ “Por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones”.

Instituto Seguro Social, a excepción de las pensiones por incapacidad permanente parcial, se reajustarían de oficio, cada año, teniendo en cuenta la elevación del salario mínimo mensual legal más alto, con una suma fija igual a la mitad de la diferencia entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, más una suma equivalente a la mitad del porcentaje que represente el incremento entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, esto último aplicado a la correspondiente pensión.

Luego, el artículo 1 de la Ley 71 de 1988⁵ precisó que las pensiones referidas en el artículo 1 de la Ley 4ª de 1976, la de incapacidad permanente parcial y las compartidas, serían reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que fuera incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.

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

ARTICULO 1o. Reajuste pensional. *Las pensiones de jubilación, invalidez, vejez, incapacidad permanente parcial, compartidas y de sobrevivientes, de los sectores público, privado y del Instituto de Seguros Sociales, se reajustarán de oficio y en forma simultánea con el salario mínimo legal, en el mismo porcentaje en que éste sea incrementado por el Gobierno Nacional.*

Del recuento normativo citado, se concluye que por mandato constitucional es deber del Estado garantizar el reajuste periódico de las pensiones, inicialmente desde la Ley 4ª de 1976 y la Ley 71 de 1988 con un ajuste a los beneficiarios de los regímenes del sector público, oficial y privado, teniendo en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente más alto.

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

ARTÍCULO 14. REAJUSTE DE PENSIONES. *Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice (sic) de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente,*

⁵ "Por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones".

serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incrementa dicho salario por el Gobierno.

Dicha normativa fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-387 de 1994, donde señaló que el incremento por el IPC o por el salario mínimo cumple el objetivo del reajuste periódico de las pensiones, y es facultad del legislador determinar el mismo:

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

(...)

Las instituciones del salario mínimo y de la pensión mínima, se enmarcan dentro de aquellas políticas destinadas a lograr una justicia social, pues son medidas especiales de protección a quienes por su condición económica se encuentran en situación de debilidad manifiesta. Busca así el legislador menguar la desigualdad y de esta manera cumplir con el propósito señalado por el constituyente en el artículo 13 de la Carta, que ordena al Estado promover las condiciones requeridas para que la igualdad sea real y efectiva, mediante la adopción de medidas en favor de grupos discriminados o marginados, como también proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica o física se encuentran en situación de debilidad manifiesta.

(...)

Ahora bien: que el índice de precios al consumidor aumenta en proporción superior al porcentaje en que se incrementa el salario mínimo, es un argumento que esgrime el demandante, pero que no se ajusta a la realidad, pues como se demostrará en seguida, estos valores no han sido constantes, y no podían serlo, por que (sic) su comportamiento depende de una serie de circunstancias económicas y políticas que resultan variables, y en consecuencia, no es posible determinar con certeza el porcentaje en que cada uno de esos dos factores aumentará.

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

<i>año</i>	<i>inflación</i>	<i>salario mínimo</i>
1983	16.64	22%
1984	18.28	22%
1985	22.45	20%
1986	20.95	24%
1987	24.02	22%
1988	28.12	25%
1989	26.12	27%
1990	32.36	26%
1991	26.82	26.07%
1992	25.13	26.04%
1993	22.6	21.09%”

Obsérvese que en los años 1983, 1984, 1986, 1989 y 1992 el salario mínimo se incrementó en cuantía superior al índice (sic) de inflación, y en los demás años, sucedió lo contrario, esto es, que la inflación fue mayor que el porcentaje en que subió el salario mínimo.

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

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

En este sentido, el Máximo Tribunal Constitucional alude a la determinación de incrementar las pensiones en el salario mínimo sólo para los pensionados que devengan la pensión mínima, en aras de salvaguardar los derechos constitucionales de los pensionados que se encuentran en debilidad manifiesta frente a los demás ciudadanos; y que el aumento en el IPC para los demás pensionados, se ajusta a factores y circunstancias económicas y políticas.

Bajo el tema en cuestión referente al reajuste de las mesadas en aplicación de la Ley 100 de 1993, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en providencia del 17 de agosto del 2017⁶, al pronunciarse dentro de la acción pública de nulidad contra el artículo 40 del Decreto 692 de 1994, expuso que el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 derogó el dispuesto por la Ley 71 de 1988, y que esto es aplicable a las pensiones causadas con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993:

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

«[...] A partir del 1.º de enero de 1989 y hasta la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, todas las pensiones que fueron reconocidas en el país, tanto en el sector público como en el privado, se reajustaron anualmente conforme a la formula prevista en la Ley 71 de 1988, esto es, en el mismo porcentaje en que se incrementó por el Gobierno el salario mínimo legal mensual. Con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigencia, las pensiones reconocidas antes y después de dicha ley, se vienen reajustando en la forma prevista por su artículo 14 y teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 142 y 143 ibídem, lo que significa que el referido reajuste se produce anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior, más la mesada adicional y el reajuste equivalente a la elevación en la cotización para salud, a favor de los pensionados con anterioridad al 1º de enero de 1994.[...]»

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

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 17 de agosto de 2017. Radicación número: 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14).

pensional no comprende la proporción del incremento de la mesada.

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

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

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

Referente a los motivos que alega el libelista de aplicar el artículo 1 de la Ley 71 de 1989 al ajuste de la mesada pensional en armonía con el principio de favorabilidad, es pertinente traer a colación el pronunciamiento expuesto por la Máxima Corporación Constitucional en sentencia C-435 de 2017, proferida en el marco de la acción pública de constitucionalidad en la que se demandó la nulidad parcial del artículo 14 de la Ley 100 de 1993, y en la que precisó lo siguiente en relación con el reajuste de pensiones según la variación porcentual del IPC:

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

pide a la Corte señalar que lo más favorable para el pensionado es “la medición del poder adquisitivo constante de las pensiones por el método de medición de la equivalencia de las pensiones en relación con el Salario Mínimo Legal Vigente”⁷, como si este fuese expresamente el mandato constitucional.

(...)

Lo anterior pues, como también se ha explicado en la jurisprudencia constitucional, sin perjuicio de que toda pensión “tiene como objetivo primordial proteger a las personas de la tercera edad, quienes por sus condiciones físicas, ya sea por razón de la edad o por enfermedad, se encuentran imposibilitados para obtener otra clase de recursos para su propia subsistencia y la de su familia”, las personas cuya pensión no supera el valor del salario mínimo legal mensual vigente o que reciben una pensión mínima, como también se la ha denominado, “se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás”. De tal forma que ellas también requieren de un incremento periódico mínimo que, precisamente, garantice también los fines del salario mínimo, como son “satisfacer no sólo sus propias necesidades sino también las de su familia, en el orden material, social, cultural, educativo”⁸.

(...)

Siendo así, se tiene que en la norma demandada el legislador específicamente dispuso que el criterio o parámetro de actualización fuera el IPC en tanto que, como claramente explicó el DANE en su intervención, éste precisamente “es una estadística que mide la variación porcentual de los precios de un conjunto representativo de los bienes y servicios de consumo de los hogares del país”. Pero, simultáneamente, el legislador distinguió entre las pensiones superiores e inferiores al salario mínimo legal mensual vigente (SMLMV), estableciendo que únicamente éstas últimas se incrementaran en el mismo porcentaje que ese salario, “con el fin de que dicho ingreso conserve su poder adquisitivo y así pueda el beneficiario satisfacer sus necesidades básicas y llevar una vida digna”⁹.

Lo anterior pues, como también se ha explicado en la jurisprudencia constitucional, sin perjuicio de que toda pensión “tiene como objetivo primordial proteger a las personas de la tercera edad, quienes por sus condiciones físicas, ya sea por razón de la edad o por enfermedad, se

⁷ Cita de cita: Folio 19 (negritas en el texto original).

⁸ Cita de cita: Ibídem.

⁹ Cita de cita: Sentencia C-387 de 1994 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).

encuentran imposibilitados para obtener otra clase de recursos para su propia subsistencia y la de su familia”, las personas cuya pensión no supera el valor del salario mínimo legal mensual vigente o que reciben una pensión mínima, como también se la ha denominado, “se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás”. De tal forma que ellas también requieren de un incremento periódico mínimo que, precisamente, garantice también los fines del salario mínimo, como son “satisfacer no sólo sus propias necesidades sino también las de su familia, en el orden material, social, cultural, educativo”¹⁰.

(...)

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

(...)

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

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

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

¹⁰ Cita de cita: *Ibidem*.

de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.

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

Este artículo fue adicionado por la Ley 238 de 1995¹¹, que dispuso la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 a los regímenes exceptuados previstos en dicha disposición, o sea, el incremento de las pensiones conforme al IPC:

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

"Párrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados".

De esta manera, el incremento de las pensiones de los docentes pensionados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 no se rige por el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, toda vez que el factor de incremento anual de las pensiones no forma parte del régimen pensional por el cual se rigen los docentes, como son la edad, el monto, el ingreso base de liquidación y la tasa, y como lo señaló el Consejo de Estado¹². Además, el reajuste de la mesada pensional no es un derecho adquirido, por lo que el legislador está habilitado para modificar las normas que consagran la proporción del aumento anual. Es del caso agregar que la norma que pretende la parte demandante que se aplique al incremento de su mesada, el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, fue derogado por la Ley 100 de 1993.

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

En consecuencia, conforme a los pronunciamientos jurisprudenciales citados, se tiene que la Constitución Política facultó al Legislador bajo su

¹¹ "Por la cual se adiciona el artículo 279 de la Ley 100 de 1993".

¹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 17 de agosto de 2017. Radicación número: 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14).

autonomía de fijar el reajuste periódico de las pensiones, teniendo en cuenta el IPC, parámetro que se adoptó obedeciendo a las satisfacciones de las necesidades del orden familiar, material, social, cultural y educativo, y con el fin de garantizar los fines del salario mínimo, en aras actualizar el monto de las pensiones y de contrarrestar el fenómeno de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

Sobre los descuentos por los aportes de salud en la pensión de jubilación de manera mensual y de las mesadas adicionales de junio y diciembre

El artículo 157 de la Ley 100 de 1993 establece que son afiliados al SGSS en salud todos los residentes en Colombia que se encuentren afiliados al régimen contributivo o al subsidiado y los vinculados temporalmente. Al régimen contributivo pertenecen los afiliados con capacidad de pago, como cotizantes están los pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sobreviviente, tanto del sector público como del privado.

Por su parte, el artículo 143 ibídem, previó para los pensionados antes del 1 de abril de 1994, el reajuste mensual equivalente a la elevación en la cotización para salud que resulte de la aplicación de dicha norma, así mismo dispuso, la cotización para salud a cargo de los pensionados, quienes podrían cancelarla mediante una cotización complementaria durante su período de vinculación laboral.

A su vez, el artículo 280 de la Ley 100 de 1993, dispuso sobre la obligatoriedad y sin excepciones de aportar para los fondos de solidaridad en los regímenes de salud y pensiones, a partir del 1 de abril de 1994 en las instituciones, regímenes y con respecto también a las personas que por cualquier circunstancia gocen de excepciones totales o parciales previstas en esta Ley.

Aplicación del régimen en salud para los afiliados al sector público y al fondo de prestaciones sociales del magisterio y al sistema general de seguridad social en salud

La Ley 4 de 1966, determinó para los afiliados a los Caja Nacional de Previsión Social, el deber de cotizar el porcentaje del 5%, a favor de la entidad de previsión, sobre la mesada pensional.

Lo anterior es reiterado por el Decretos 3135 de 1968¹³, en cuyo artículo 37, se dispone: *"Prestaciones para pensionados. A los pensionados por invalidez, jubilación y retiro por vejez se les prestará por la entidad que les pague la pensión,*

¹³ "por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales"

asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria. Para este efecto el pensionado cotizará mensualmente un cinco por ciento (5%) de su pensión".

Posteriormente la Ley 91 de 1989¹⁴, por el cual se creó el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en su artículo 8 numeral 2, señaló como objetivos de dicho fondo, garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales, y fue constituido entre otros: "...El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados."

El artículo 15 de la citada disposición, determinó el régimen aplicable para el personal docente dependiente de la vinculación así:

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

(Ver art. 6 Ley 60 de 1993)

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

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

Por su parte, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003¹⁵, estableció el régimen prestacional de los docentes nacionales y nacionalizados vinculados antes de la vigencia de esta ley, es el señalado en las normas establecidas con anterioridad a la misma y **los vinculados a partir de la entrada en vigencia** de la citada norma, afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres, norma declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-369-04.

¹⁴ https://www.mineducacion.gov.co/1621/articles-85852_archivo_pdf.pdf

¹⁵

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

Adicionalmente precisó en el inciso tercero y cuarto de dicha normativa, en cuanto a los servicios de salud para los afiliados a dicho Fondo, **prestados conforme lo estipula la Ley 91 de 1989 y el valor de las cotizaciones por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores.**

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

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

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

Dicha preceptiva fue modificada por el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007, que dispuso:

*“**Artículo 204. Monto y distribución de las cotizaciones.** La cotización al Régimen Contributivo de Salud será, a partir del primero (1°) de enero del año 2007, del **12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo.** La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado. Las cotizaciones que hoy tienen para salud los regímenes especiales y de excepción se incrementarán en cero punto cinco por ciento (0,5%), a cargo del empleador, que será destinado a la subcuenta de solidaridad para completar el uno punto cinco a los que hace referencia el*

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

Y finalmente, por virtud de la Ley 1250 de 2008¹², por medio del artículo 1 adicionó el 204 de la Ley 100 de 1993, en el sentido de que la cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional.

De las normas señaladas se evidencia que el objetivo del Legislador fue efectuar aportes para salud tanto en los regímenes especiales como del Sistema General de Seguridad Social, incluidos los pensionados, afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En lo atinente al porcentaje de la cotización para los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio se dispuso inicialmente con la Ley 91 de 1989, una cotización del 5% y posteriormente con la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, se habilitó un valor total de la cotización correspondiente a la suma de aportes que para salud y pensiones establezca las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

En consecuencia se deriva que las cotizaciones que se deducen de la mesada pensional de los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio equivalen al mismo porcentaje que se debe descontar al Régimen General de Seguridad Social.

Por su parte, la Máxima Corporación Constitucional en sentencia T-835 de 2014, sobre la obligatoriedad en la cotización a los pensionados al Sistema General de Salud, tanto para regímenes especiales, como la pensión gracia, y el ordinario dispuso:

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

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

aportes de los beneficiarios, de conformidad con los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad; y (ii) no viola la constitución que el legislador establezca que los pensionados deben cotizar en materia de salud."

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

Respecto del monto de las cotizaciones que deben realizar los docentes pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por concepto de salud, respecto del porcentaje del Régimen General de Pensiones, la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado, en sentencia del 10 de mayo de 2018¹⁶, precisó:

" 3. Por otro lado, la Ley 91 de 1989, fijó como otro de los objetivos del Fondo Nacional de prestaciones sociales del Magisterio: Garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales, para contratará con entidades de acuerdo con instrucciones que imparta el Consejo Directivo del Fondo. Entonces, a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales el Magisterio tiene a cargo las prestaciones sociales de los afiliados al Magisterio, entre estas, (i) la pensión ordinaria y (ii) garantizar la prestación la prestación de los servicios médico asistenciales. Lo que indica que los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterios, por disposición de la ley, tienen un régimen especial de seguridad social en salud.

(...)

Del análisis de la normatividad referida [artículos 2 de la Ley 4 de 1966 y 8.5 de la Ley 91 de 1989 que tratan del descuento del 5% para el Fondo incluidas las mesadas adicionales], se evidencia que el legislador, se sentó para todos los afiliados a la Caja Nacional forzosos y voluntarios e incluidos los pensionados la obligación de cotizar para salud, deber que también opera para los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales. Actualmente, con el sistema de seguridad social integral previsto en la Ley 100 de 1993, del cual hace parte el subsistema de seguridad social en salud, una de las obligaciones de los afiliados es justamente efectuar las cotizaciones. (Artículo 161 Ley 100 de 1993). Lo propio hizo el artículo 8º de la Ley 91 de 1989,

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION SEGUNDA -SUBSECCIÓN B- Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS- Bogotá, D.C., diez (10) de mayo de dos mil dieciocho (2018) -Radicación número: 68001-23-31-000-2010-00624-01 (0340-14)

respecto del personal afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que incluye también a los pensionados. (Pensión ordinaria)

(...)

6.2. Afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterios

<i>Ley 91 de 1989 artículo 8-5</i>	<i>5%</i>
<i>Ley 812 de 2003, 17, artículo 81</i>	<i>El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.</i>

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

(...)

La jurisprudencia de la Corte Constitucional, y teniendo en cuenta que los docentes gozan de un sistema de salud, especial, señaló:

“22. Ahora bien, bajo el entendido que los docentes gozan de un sistema de salud diferente al señalado en la Ley 100 de 1993, corresponde al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio prestarle los servicios de salud a que tienen derecho y a la Caja Nacional de Previsión Social hoy UGPP, efectuar los aportes correspondientes al Sistema General de Seguridad Social en Salud al Fondo de

Seguridad y Garantía - FOSYGA como lo determina el artículo 14 del Decreto 1703 de 2002, “Por el cual se adoptan medidas para promover y controlar la afiliación y el pago de aportes en el Sistema General de Seguridad Social en Salud”, según el cual:

“Artículo 14. Régimen de excepción. Para efecto de evitar el pago doble de cobertura y la desviación de recursos, las personas que se encuentren excepcionadas por ley para pertenecer al Sistema General de Seguridad Social en Salud, de conformidad con lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, no podrán utilizar simultáneamente los servicios del Régimen de Excepción y del Sistema General de Seguridad Social en Salud como cotizantes o beneficiarios.

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

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

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

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

privado afiliados al Instituto de Seguros Sociales.

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

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

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

...

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

De las normas anotadas y los postulados jurisprudenciales esgrimidos, se colige que los pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al ser beneficiarios del régimen especial en pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, no los exonera de realizar los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, por disposición expresa de la Ley 812 de 2003.

Descuento de salud sobre las mesadas adicionales

El Sistema General de Seguridad Social en Salud no establece descuento alguno sobre las mesadas adicionales, sin embargo, la Ley 91 de 1989 que parte del régimen especial de los docentes afiliados al FNPSM, sí lo permite de manera expresa en el numeral 5º del artículo 8º; luego entonces, aun cuando la Ley 812 de 2003 extendió el régimen de cotización en materia de salud a los pensionados afiliados al FNPSM, ello, sólo conllevó a que se incrementara el porcentaje de cotización de los docentes, del 5% al 12%, más no tiene virtualidad de derogar expresa ni tácitamente lo previsto en el régimen especial en punto de la posibilidad de hacer los descuentos de salud sobre las mesadas adicionales.

De igual manera, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en providencia de tutela del 14 de septiembre de 2017¹⁸, denegó la solicitud sobre la devolución de aportes de salud sobre las mesadas adicionales de los pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, basado en los siguientes argumentos:

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

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

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

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION SEGUNDA - SUBSECCIÓN A- Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ- Bogotá, D.C., catorce (14) de septiembre de dos mil diecisiete (2017) -Radicación número: 11001-03-15-000-2017-01998-00(AC). <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2108186>

En suma, concluye esta Sala de decisión que en la providencia cuestionada no se evidencia ninguna causal de procedencia de la acción de tutela, pues como se demostró, no fue producto de un actuar caprichoso del Colegiado demandado, sino de la conjunción en la apreciación de las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica y la interpretación legal de las normas aplicables al caso concreto.”

En ese orden de ideas, considera la Sala que los descuentos por concepto de salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre fueron previstas en la Ley 91 de 1989, para los afiliados del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y, a pesar de no mencionarse taxativamente en la Ley 812 de 2003, no significa que hubiese cesado la obligación de cotizar sobre dichas mesadas, pues en atención al principio de solidaridad que erige el Sistema de Seguridad Social, y en aras de preservar la contribución al sistema para lograr la sostenibilidad, eficacia y financiación del mismo, es procedente realizar los descuentos sobre la mesadas adicionales recibidas por los pensionados afiliados a dicho Fondo.

Considera la Sala, que no le asiste razón a la impugnante indicar que la parte actora, por ingresar con anterioridad al 27 de junio de 2003; y en aplicación a la Ley 91 de 1989 se debe descontar por concepto de cotización a salud el 5% sobre las mesadas pensionales, incluidas las mesadas adicionales.

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

Conclusión

Considera la Sala que no se encuentra demostrada la vulneración de los derechos invocados por la parte actora, dado que, conforme a los presupuestos normativos y jurisprudenciales antes citados, se observa que no le asiste razón a la parte accionante al indicar que el reajuste de las mesadas pensionales se debe realizar conforme al artículo 1 de la Ley 71 de 1989, esto es, conforme al salario mínimo, norma derogada por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

Así mismo se tiene que los descuentos por concepto de salud aplicados a los pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio sobre la mesada ordinaria y adicionales de los meses de junio y diciembre deben hacerse aplicando los porcentajes previstos por las normas anteriormente señaladas.

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

Costas

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, esta Sala de Decisión se abstendrá de condenar en costas en esta instancia, como quiera que no observa que la demanda hubiere sido presentada con manifiesta carencia de fundamento legal, como lo exige la norma.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

Primero. CONFÍRMASE la sentencia del veintiocho (28) de agosto de 2020, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor José Alejandro Tamayo Quirama contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el Departamento de Caldas.

Segundo. ABSTIÉNESE de condenar en costas en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

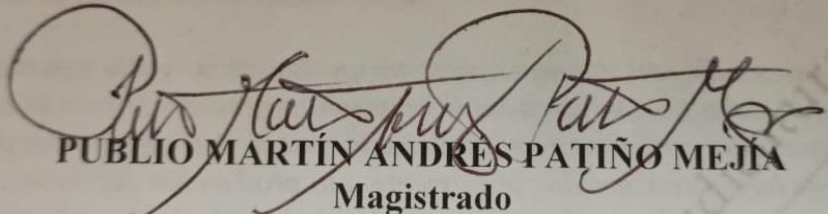
Tercero. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

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

Notifíquese y cúmplase



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO
No. 215
FECHA: 29/11/2021



CARLOS ANDRÉS DÍEZ VARGAS
SECRETARIO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.: 196

Asunto: Sentencia de segunda instancia
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 17-001-33-39-008-2018-00562-02
Demandante: Aura Emilia Vasco Giraldo
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional –
Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del
Magisterio – Departamento de Caldas

**Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n°
67 del 26 de noviembre de 2021**

Manizales, veintiséis (26) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, corresponde a esta Sala de Decisión desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 25 de agosto de 2020, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las súplicas de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Aura Emilia Vasco Giraldo contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG²) – Departamento de Caldas.

DEMANDA

En ejercicio de este medio de control (fls. 1 a 33, C.1), se solicitó lo siguiente:

Pretensiones

1. Que se declare la nulidad absoluta de la Resolución n° 8680 - 6 del 09 de noviembre de 2017, en cuanto negó el reconocimiento y pago del reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme lo establece el numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989 y la Ley 71 de 1988.

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, FOMAG.

2. Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la entidad demandada a reconocer y pagar:
 - De acuerdo con la Ley 91 de 1989: la aplicación y devolución de los descuentos de aportes al sistema de salud, a la mesada pensional en el porcentaje del 5%, incluyendo las mesadas adicionales, ordenando cesar el descuento del 12% como actualmente se realiza; y se reintegre las sumas de dinero superiores al 5% de dichas mesadas pensionales, sin que se continúe efectuando dicho descuento.
 - Respecto de la Ley 71 de 1988: Al reajuste anual de la mesada pensional en el porcentaje que cada año se incrementa para el salario mínimo legal mensual, de forma retroactiva al año en que consolidó su derecho pensional y de manera constante para las mesadas subsiguientes y futuras.
 - Las diferencias resultantes entre mesada pensional y los reajustes solicitados, cancelados de manera indexada, con los ajustes de valor y los intereses corrientes y moratorios a que haya lugar, y conforme al 192 del CPACA, y al pago de condena en costas.
3. Como pretensión subsidiaria, solicitó el reintegro de los dineros de las mesadas adicionales de junio y diciembre, equivalente al aporte en salud del 12%, de forma indexada y con la inclusión de los ajustes de valor, intereses moratorios; y ordenar a la Fiduciaria la Previsora no continuar el descuento de las mesadas adicionales con destino al sistema de salud.
4. Que se condene en costas a la parte accionada.

Hechos

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

1. la accionante se vinculó a la docencia oficial con anterioridad al 27 de junio de 2003, al cumplir los requisitos de edad y tiempo de servicio le fue reconocida pensión de jubilación mediante Resolución n° 1093 del 09 de diciembre de 2004, expedida por la Secretaria de Educación del Departamento de Caldas, actuando en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

2. El FOMAG por intermedio de la entidad fiduciaria encargada de su administración, ha venido descontando al accionante el equivalente al 12% de cada mesada pensional, incluyendo las mesadas adicionales de junio y diciembre, como aportes dirigidos a la prestación del servicio de salud.
3. En el acto administrativo de reconocimiento pensional se consagró expresamente que esta sería reajustada anualmente conforme al artículo 1° de la Ley 71 de 1988, no obstante, la mesada ha venido siendo incrementada con base a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, es decir, en el mismo porcentaje certificado por el DANE para el Índice de Precios al Consumidor del año inmediatamente anterior.³
4. Mediante petición radicada bajo el SAC 2017PQR16760 del 30 de octubre de 2017, se solicitó ante el FOMAG la aplicación del numeral 5° del artículo 8° de la Ley 91 de 1989, respecto a los descuentos de las mesadas pensionales realizados a título de aportes al sistema de salud, indicando que este debe corresponder al 5% del valor de cada mesada, exigiendo en consecuencia la devolución de los valores pagados en exceso.

Igualmente se solicitó la aplicación del artículo 1° de la Ley 71 de 1988, como fórmula tendiente al reajuste oficioso de sus mesadas pensionales, en contraprestación a los incrementos indebidamente aplicados conforme al IPC (artículo 14 de la Ley 100 de 1993).

En caso de determinarse que el Régimen General de Pensiones le resulte aplicable a la demandante, a título de pretensión subsidiaria se solicitó el cese de los descuentos en salud realizados en las mesadas adicionales de junio y diciembre, ordenando el reintegro de los valores cobrados por dicho concepto.

5. Mediante la Resolución n° 8680 - 6 del 09 de noviembre de 2017, la Secretaria de Educación del Departamento de Caldas actuando en representación de la Nación – Ministerio de Educación – FOMAG, resolvió negativamente los deprecados reajustes pensionales, guardando silencio respecto a la pretensión subsidiaria.
6. Se acudió a la administración de justicia en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento de derecho, con la finalidad de obtener el reajuste de las mesadas pensionales del demandante, conforme a los incrementos fijados por el gobierno para el salario mínimo legal en Colombia, e igualmente el descuento de los aportes en salud conforme

³ En adelante IPC

al régimen exceptuado aplicable a los pensionados por el FOMAG en la Ley 91 de 1989.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte actora estimó como violadas las siguientes disposiciones: el preámbulo, los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29, 48, 53, 90, 121, 125 y 209 de la Constitución Política; artículos 137 de la Ley 1437 de 2011; 1º de la Ley 71 de 1978; 15.2.a de la Ley 91 de 1989; 115 de Ley 115 de 1994; 279 de la Ley 100 de 1993; 1º de la Ley 238 de 1995; 4 de la Ley 700 de 2001; 9º de la Ley 797 de 2003; 81 de la Ley 812 de 2003; 160 de la Ley 1151 del 2007; Ley 33 de 1985; y parágrafos transitorios 1 y 2 del Acto Legislativo 01 de 2005.

Consideró que en el régimen jurídico del personal docente, los profesores vinculados antes de la expedición de la Ley 812 de 2003 se encuentran exceptuados de la Ley 100 de 1993, y los principios de favorabilidad e irrenunciabilidad.

Respecto de los aportes en salud cuestionó que se le han descontado a la parte demandante en exceso, al haberse vinculado con anterioridad a la referida ley 812 de 2013, y reconocer la pensión de jubilación conforme a la Ley 33 de 1985, por lo que el monto de descuento debe ser del 5% según la Ley 91 de 1989, misma que es aplicable a las mesadas adicionales, y no el 12% para los que se rigen por la Ley 100 de 1993.

Sobre el incremento anual de la pensión indicó que no le es aplicable el aumento estipulado en el artículo 14 de la disposición precitada con base en el IPC, sino el incremento indicado en la Ley 71 de 1988 con el salario mínimo legal mensual vigente, toda vez que obtuvo dicha prestación antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG

Dentro del término otorgado, la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG contestó la demanda (fls. 72 a 79, C.1), para oponerse a las pretensiones de la misma, aduciendo que no tiene obligación alguna de incluir factores salariales distintos a los cotizados para obtener la pensión de jubilación, pues ello comportaría el desconocimiento de la normativa vigente aplicable al reconocimiento y pago de pensiones para educadores.

Pese a que lo expuesto anteriormente por la entidad accionada no corresponde al tema debatido, la Sala observa que a lo largo de la

contestación presentada, sí hace alusión específica al reajuste pensional solicitado.

En efecto, manifestó que reajustar la pensión de jubilación en los términos solicitados por la parte actora equivaldría a desconocer la normatividad vigente relacionada con el tema, a la cual se ajusta el acto atacado.

Propuso las excepciones que denominó: ***“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN O COBRO DE LO NO DEBIDO”***, teniendo en cuenta que el ajuste de la pensión de jubilación es el establecido en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, y no el previsto en la Ley 71 de 1988; además, la Ley 812 de 2003, integró a los docentes al régimen pensional de prima media, con lo cual se deriva la derogación tácita de la normatividad anterior; ***“PRESCRIPCIÓN DE MESADAS***, sobre aquellos derechos económicos reclamados que superen el lapso de tres años desde que la obligación se hizo exigible hasta la presentación de la demanda; y ***“GENÉRICA”***, en el evento que en el curso del proceso se hallare como probada cualquier otra excepción.

Departamento de Caldas.

El Departamento de Caldas presentó contestación a la demanda (fls. 54 a 56 C.1), indicando que su función es recibir y radicar las solicitudes de los docentes que pertenezcan a la entidad territorial.

Expresó que el pensionado tiene la obligación de cancelar un aporte en salud del 12% de conformidad con lo dispuesto en la ley 91 de 1989, Ley 812 de 2003 y Ley 100 de 1993.

Refirió que en materia de incremento de la mesada pensional se debe aplicar lo previsto en el artículo 14 de la ley 100 de 1993.

Propuso las excepciones que denominó: ***“FALTA DE LEGITIMIDAD EN LA CAUSA POR PASIVA”***, expresando que la entidad encargada del reconocimiento,, liquidación y pago de pensiones es el Ministerio de Educación Nacional; ***“BUENA FE”*** en cuanto el Departamento de Caldas ha actuado con diligencia y cumpliendo los términos estipulados en la ley; y ***“PRESCRIPCIÓN”*** sobre aquellos derechos económicos reclamados que superen el lapso de tres años desde que la obligación se hizo exigible hasta la presentación de la demanda.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El 25 de agosto de 2020, el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia (Expediente Digital, archivo 05, del Cuaderno 01),

a través de la cual: **i)** declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación o cobro de lo no debido propuesta por la Nación – Ministerio de Educación Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el Departamento de Caldas; **ii)** negó las pretensiones de la demanda; y **iii)** condenó en costas. Lo anterior, con fundamento en lo siguiente.

Precisó inicialmente que de las normas contenidas en la Ley 100 de 1993 y 238 de 1995, se puede concluir que, si bien los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio se encuentran exceptuados de la aplicación de las normas del Sistema de Seguridad Social, lo cierto es que en lo que respecta al reajuste de sus pensiones se sigue la disposición del art. 14 de la Ley 100 de 1993 en virtud a lo dispuesto por la Ley 238 de 1995.

Hizo referencia al incremento anual de las pensiones previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, conforme al cual se aplica la variación del IPC.

Indicó que conforme al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al FOMAG se encuentran exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social contenidos en dicha ley.

Precisó que el artículo 1 de la Ley 238 de 1995 adicionó un parágrafo al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, en el sentido de precisar que las excepciones en la aplicación del Sistema Integral de Seguridad Social no implicarían negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 para aquellos pensionados.

Manifestó que el artículo 289 de la Ley 100 de 1993 derogó expresamente el aumento anual de la pensión que establecía la Ley 71 de 1989.

Trajo a colación pronunciamiento del Consejo de Estado (2010-00007-00(3294-14)), en el cual explicó las razones por las cuales no es aplicable el incremento previsto en la Ley 71 de 1988 para efectos de determinar el porcentaje de incremento de las pensiones de jubilación.

En ese entendimiento, sostuvo que no le asiste razón a la parte actora en cuanto a la aplicación de la Ley 71 de 1988 para el aumento anual de su pensión de jubilación.

Finalmente precisó que con la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 no se vulnera el principio de favorabilidad previsto en el artículo 53 de la Constitución Política, por cuanto la citada norma es clara en establecer que el incremento pensional es aplicable aún para aquellos sectores exceptuados de la Ley 100.

RECURSO DE APELACIÓN

Mediante memorial obrante en el expediente digital, archivo 07, cuaderno 1, la parte demandante recurrió la sentencia de primera instancia, solicitando revocar la providencia y acceder a las pretensiones de la demanda, con fundamento en lo siguiente.

Recalcó que el juzgado incurrió en una grave violación del debido proceso materializando los principios de congruencia, contradicción e igualdad al traer como referente jurisprudencial aplicables sentencias que no corresponden a idénticos hechos, fundamentos de derecho y pretensiones.

Expuso que el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 que hace referencia al incremento de la pensión con base en el IPC, se estudió en la sentencia C-387 de 1994, la cual no hace referencia al régimen exceptuado de los docentes ni se pronunció sobre la Ley 71 de 1988 que señala el aumento con base en el salario mínimo. Agregó que el Consejo de Estado en sentencia del 17 de agosto de 2017, señaló que la Ley 71 de 1988 no era aplicable a los pensionados antes de la Ley 100 de 1993.

Aclaró que la Ley 238 de 1995 adicionó un párrafo al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, de los regímenes exceptuados, donde previó que sí se aplicaría el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, pero en lo que les fuera beneficioso.

Indicó que el Acto Legislativo 01 de 2005 mantuvo el régimen del magisterio como exceptuado para los docentes vinculados antes del 26 de junio de 2003, por lo que se les aplica las leyes 33 de 1985 y 91 de 1989 y no puede aplicarse el incremento anual de la pensión establecido en la Ley 100 de 1993 sino el dispuesto por el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, según el salario mínimo.

Afirmó que el objeto real del proceso era determinar la fórmula más equitativa de incremento pensional para el régimen exceptuado del magisterio.

Con relación a los descuentos de para salud de las mesadas pensionales, incluidas las adicionales de junio y diciembre, resaltó que la Corte Constitucional, en sentencias T-348 de 1997, C-956 de 2001 y C-980 de 2002 precisó que el descuento para aportes de salud de los docentes es del 5%.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante. Guardó silencio.

Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG. Guardó silencio.

Departamento de Caldas, guardó silencio.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no emitió concepto en el presente asunto.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Reparto. Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 17 de marzo de 2021, y allegado el 28 de abril del 2021 al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (Expediente digital, archivo 02, cuaderno 2).

Admisión y alegatos. Por auto del 29 de abril de 2021 se admitió el recurso de apelación y se corrió traslado para alegatos (Expediente digital, archivo 2, cuaderno 2), derecho del cual solo hizo uso la parte demandante (Expediente digital, archivo 05, cuaderno 2). El Ministerio Público no rindió concepto en esta oportunidad.

Paso a Despacho para sentencia. El 08 de junio de 2021 el proceso ingresó a Despacho para sentencia (Expediente digital. Archivo 06, cuaderno 2), la que se dicta en seguida, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA. Se precisa que por tratarse de un asunto que versa sobre un caso similar a los ya decididos por esta Corporación, y en procura de la celeridad y agilidad para dar solución a dichos temas, se profiere este fallo sin tener en cuenta el orden de ingreso del proceso a Despacho para tal efecto, tal como se autoriza por el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, en armonía con lo previsto por el artículo 115 de la Ley 1395 de 2010.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, en los estrictos términos en que aquel fue presentado.

Problema jurídico

El asunto jurídico a resolver en el sub examine se centra en dilucidar los siguientes interrogantes:

1. *¿Tiene derecho la parte demandante al reconocimiento y pago del reajuste*

periódico de las mesadas pensionales conforme lo establece la Ley 71 de 1988, teniendo en cuenta la variación del salario mínimo legal mensual vigente?

2. *¿Se debe reembolsar a la parte actora algún porcentaje, por concepto de descuentos por los aportes de salud, descontados de la pensión de jubilación de manera mensual y de las mesadas adicionales de junio y diciembre?*

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** hechos probados; **ii)** Sistema General de Seguridad Social; **iii)** ajuste de pensiones en el Sistema General de Seguridad Social para los afiliados al sector público y régimen general de pensiones; **iv)** aplicación del régimen en salud para los afiliados al sector público y al fondo de prestaciones sociales del magisterio y al sistema general de seguridad social en salud; y **v)** descuento de salud sobre las mesadas adicionales.

Hechos debidamente acreditados

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

1. Por Resolución de fecha 09 de diciembre de 2004 (fls. 43 y 44, C.1), la Secretaría de Educación del Municipio de Manizales en nombre y representación del Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, reconoció pensión de jubilación a favor de la parte accionante, en cuantía de \$1.097.816, efectiva a partir del 02 de octubre de 2004.

El FOMAG ha descontado al accionante el equivalente al 12% de la mesada pensional como aportes dirigidos a la prestación del servicio de salud.

2. La parte actora radicó ante la entidad accionada solicitud tendiente a que se reajustara su pensión de jubilación, tomando como base el porcentaje del incremento del salario mínimo legal mensual vigente del año inmediatamente anterior, en los eventos en que fuera superior al IPC (fls. 35 a 39, C.1).
3. Con Resolución n° 8680- 0 del 09 de noviembre de 2017 (fls. 45 a 46, C.1), la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en nombre y representación del Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, negó el reajuste de la pensión de jubilación con base en el incremento del salario mínimo.
4. Como fundamento de la negativa se manifestó que la aplicación del IPC como fórmula de incremento periódico de las mesadas pensionales no entraña per se violación de derecho constitucional alguno, máxime

cuando la mesada ha sido reconocida en monto superior al salario mínimo, lo que significa que el IPC le permite mantener su poder adquisitivo.

Sistema General de Seguridad Social

El artículo 48 de la Constitución Política concibe la seguridad social como un servicio público obligatorio que debe prestarse bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Así mismo, lo consagra como un derecho irrenunciable de garantía universal para todos los administrados; y precisa que la ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante.

A su vez, el artículo 53 de la misma Carta Política establece que el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

El Sistema de Seguridad Social Integral previsto en la Ley 100 de 1993 tuvo como objeto garantizar los derechos de las personas y comunidad, en aras de mejorar la calidad de vida y la dignidad humana, a través de las instituciones públicas y privadas prestadoras de los servicios, como un servicio esencial prestado bajo los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación.

El artículo 11 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 797 de 2003, prevé su campo de aplicación, así:

El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando y respetando, adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una Pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de Prima Media y del sector privado en general.

Lo anterior será sin perjuicio del derecho de denuncia que le asiste a las partes y que el tribunal de arbitramento dirima las diferencias entre las partes.

Ajuste de pensiones en el Sistema General de Seguridad Social para los afiliados al sector público y Régimen General de Pensiones

El artículo 1 de la Ley 4ª de 1976⁴ determinó que las pensiones de los sectores público, oficial, semioficial y privado, así como los afiliados al Instituto Seguro Social, a excepción de las pensiones por incapacidad permanente parcial, se reajustarían de oficio, cada año, teniendo en cuenta la elevación del salario mínimo mensual legal más alto, con una suma fija igual a la mitad de la diferencia entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, más una suma equivalente a la mitad del porcentaje que represente el incremento entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, esto último aplicado a la correspondiente pensión.

Luego, el artículo 1 de la Ley 71 de 1988⁵ precisó que las pensiones referidas en el artículo 1 de la Ley 4ª de 1976, la de incapacidad permanente parcial y las compartidas, serían reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que fuera incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.

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

ARTICULO 1o. Reajuste pensional. *Las pensiones de jubilación, invalidez, vejez, incapacidad permanente parcial, compartidas y de sobrevivientes, de los sectores público, privado y del Instituto de Seguros Sociales, se reajustarán de oficio y en forma simultánea con el salario mínimo legal, en el mismo porcentaje en que éste sea incrementado por el Gobierno Nacional.*

Del recuento normativo citado, se concluye que por mandato constitucional es deber del Estado garantizar el reajuste periódico de las pensiones, inicialmente desde la Ley 4ª de 1976 y la Ley 71 de 1988 con un ajuste a los beneficiarios de los regímenes del sector público, oficial y privado, teniendo en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente más alto.

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

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

⁴ “Por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones”.

⁵ “Por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones”.

porcentual del Índice (sic) de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incrementa dicho salario por el Gobierno.

Dicha normativa fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-387 de 1994, donde señaló que el incremento por el IPC o por el salario mínimo cumple el objetivo del reajuste periódico de las pensiones, y es facultad del legislador determinar el mismo:

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

(...)

Las instituciones del salario mínimo y de la pensión mínima, se enmarcan dentro de aquellas políticas destinadas a lograr una justicia social, pues son medidas especiales de protección a quienes por su condición económica se encuentran en situación de debilidad manifiesta. Busca así el legislador menguar la desigualdad y de esta manera cumplir con el propósito señalado por el constituyente en el artículo 13 de la Carta, que ordena al Estado promover las condiciones requeridas para que la igualdad sea real y efectiva, mediante la adopción de medidas en favor de grupos discriminados o marginados, como también proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica o física se encuentran en situación de debilidad manifiesta.

(...)

Ahora bien: que el índice de precios al consumidor aumenta en proporción superior al porcentaje en que se incrementa el salario mínimo, es un argumento que esgrime el demandante, pero que no se ajusta a la realidad, pues como se demostrará en seguida, estos valores no han sido constantes, y no podían serlo, por que (sic) su comportamiento depende de una serie de circunstancias económicas y políticas que resultan

variables, y en consecuencia, no es posible determinar con certeza el porcentaje en que cada uno de esos dos factores aumentará.

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

<i>año</i>	<i>inflación</i>	<i>salario mínimo</i>
1983	16.64	22%
1984	18.28	22%
1985	22.45	20%
1986	20.95	24%
1987	24.02	22%
1988	28.12	25%
1989	26.12	27%
1990	32.36	26%
1991	26.82	26.07%
1992	25.13	26.04%
1993	22.6	21.09% "

Obsérvese que en los años 1983, 1984, 1986, 1989 y 1992 el salario mínimo se incrementó en cuantía superior al índice (sic) de inflación, y en los demás años, sucedió lo contrario, esto es, que la inflación fue mayor que el porcentaje en que subió el salario mínimo.

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

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

En este sentido, el Máximo Tribunal Constitucional alude a la determinación de incrementar las pensiones en el salario mínimo sólo para los pensionados que devengan la pensión mínima, en aras de salvaguardar los derechos constitucionales de los pensionados que se encuentran en debilidad manifiesta frente a los demás ciudadanos; y que el aumento en el IPC para

los demás pensionados, se ajusta a factores y circunstancias económicas y políticas.

Bajo el tema en cuestión referente al reajuste de las mesadas en aplicación de la Ley 100 de 1993, la Sección Segunda el Consejo de Estado, en providencia del 17 de agosto del 2017⁶, al pronunciarse dentro de la acción pública de nulidad contra el artículo 40 del Decreto 692 de 1994, expuso que el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 derogó el dispuesto por la Ley 71 de 1988, y que esto es aplicable a las pensiones causadas con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993:

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

«[...] A partir del 1.º de enero de 1989 y hasta la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, todas las pensiones que fueron reconocidas en el país, tanto en el sector público como en el privado, se reajustaron anualmente conforme a la formula prevista en la Ley 71 de 1988, esto es, en el mismo porcentaje en que se incrementó por el Gobierno el salario mínimo legal mensual. Con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigencia, las pensiones reconocidas antes y después de dicha ley, se vienen reajustando en la forma prevista por su artículo 14 y teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 142 y 143 ibídem, lo que significa que el referido reajuste se produce anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior, más la mesada adicional y el reajuste equivalente a la elevación en la cotización para salud, a favor de los pensionados con anterioridad al 1º de enero de 1994.[...]»

En esas condiciones, no le asiste razón a la parte demandante cuando estima que al hacer extensivo el porcentaje de reajuste de la mesada pensional que se decreta para quienes se pensionan con posterioridad al 1.º de abril de 1994 a aquellos que ya tenían la prestación reconocida para

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 17 de agosto de 2017. Radicación número: 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14).

ese momento, la norma demandada hace una inclusión no prevista en la ley que reglamenta y desconoce los derechos adquiridos de estos últimos, pues se reitera, la protección de los derechos adquiridos en materia pensional no comprende la proporción del incremento de la mesada.

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

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

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

Referente a los motivos que alega el libelista de aplicar el artículo 1 de la Ley 71 de 1989 al ajuste de la mesada pensional en armonía con el principio de favorabilidad, es pertinente traer a colación el pronunciamiento expuesto por la Máxima Corporación Constitucional en sentencia C-435 de 2017, proferida en el marco de la acción pública de constitucionalidad en la que se demandó la nulidad parcial del artículo 14 de la Ley 100 de 1993, y en la que precisó lo siguiente en relación con el reajuste de pensiones según la variación porcentual del IPC:

*Así, para decirlo de otra forma, pero con sus propias palabras, el actor entiende que el principio de favorabilidad también resulta aplicable a los pensionados “porque son trabajadores en receso [...] y, porque también, uno de los principios fundamentales del trabajo es la **garantía de la seguridad social**” y es precisamente a partir de esa consideración que concluye que “[e]n caso de duda en la medición del **poder adquisitivo constante de las pensiones**, porque no hay ley que establezca como se mide [...] debe aplicarse el método **más favorable al pensionado**”. Lo anterior, hasta el punto de que en su demanda no sólo solicita declarar inexequible el apartado demandado, según el cual las pensiones “se*

reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior”, sino que incluso le pide a la Corte señalar que lo más favorable para el pensionado es “la medición del poder adquisitivo constante de las pensiones por el método de medición de la equivalencia de las pensiones en relación con el Salario Mínimo Legal Vigente”⁷, como si este fuese expresamente el mandato constitucional.

(...)

Lo anterior pues, como también se ha explicado en la jurisprudencia constitucional, sin perjuicio de que toda pensión “tiene como objetivo primordial proteger a las personas de la tercera edad, quienes por sus condiciones físicas, ya sea por razón de la edad o por enfermedad, se encuentran imposibilitados para obtener otra clase de recursos para su propia subsistencia y la de su familia”, las personas cuya pensión no supera el valor del salario mínimo legal mensual vigente o que reciben una pensión mínima, como también se la ha denominado, “se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás”. De tal forma que ellas también requieren de un incremento periódico mínimo que, precisamente, garantice también los fines del salario mínimo, como son “satisfacer no sólo sus propias necesidades sino también las de su familia, en el orden material, social, cultural, educativo”⁸.

(...)

Siendo así, se tiene que en la norma demandada el legislador específicamente dispuso que el criterio o parámetro de actualización fuera el IPC en tanto que, como claramente explicó el DANE en su intervención, éste precisamente “es una estadística que mide la variación porcentual de los precios de un conjunto representativo de los bienes y servicios de consumo de los hogares del país”. Pero, simultáneamente, el legislador distinguió entre las pensiones superiores e inferiores al salario mínimo legal mensual vigente (SMLMV), estableciendo que únicamente éstas últimas se incrementarían en el mismo porcentaje que ese salario, “con el fin de que dicho ingreso conserve su poder adquisitivo y así pueda el beneficiario satisfacer sus necesidades básicas y llevar una vida digna”⁹.

⁷ Cita de cita: Folio 19 (negrillas en el texto original).

⁸ Cita de cita: Ibídem.

⁹ Cita de cita: Sentencia C-387 de 1994 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).

Lo anterior pues, como también se ha explicado en la jurisprudencia constitucional, sin perjuicio de que toda pensión “tiene como objetivo primordial proteger a las personas de la tercera edad, quienes por sus condiciones físicas, ya sea por razón de la edad o por enfermedad, se encuentran imposibilitados para obtener otra clase de recursos para su propia subsistencia y la de su familia”, las personas cuya pensión no supera el valor del salario mínimo legal mensual vigente o que reciben una pensión mínima, como también se la ha denominado, “se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás”. De tal forma que ellas también requieren de un incremento periódico mínimo que, precisamente, garantice también los fines del salario mínimo, como son “satisfacer no sólo sus propias necesidades sino también las de su familia, en el orden material, social, cultural, educativo”¹⁰.

(...)

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

(...)

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

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

¹⁰ Cita de cita: *Ibidem*.

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

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

Este artículo fue adicionado por la Ley 238 de 1995¹¹, que dispuso la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 a los regímenes exceptuados previstos en dicha disposición, o sea, el incremento de las pensiones conforme al IPC:

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

“Párrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados”.

De esta manera, el incremento de las pensiones de los docentes pensionados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 no se rige por el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, toda vez que el factor de incremento anual de las pensiones no forma parte del régimen pensional por el cual se rigen los docentes, como son la edad, el monto, el ingreso base de liquidación y la tasa, y como lo señaló el Consejo de Estado¹². Además, el reajuste de la mesada pensional no es un derecho adquirido, por lo que el legislador está habilitado para modificar las normas que consagran la proporción del aumento anual. Es del caso agregar que la norma que pretende la parte demandante que se aplique al incremento de su mesada, el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, fue derogado por la Ley 100 de 1993.

¹¹ “Por la cual se adiciona el artículo 279 de la Ley 100 de 1993”.

¹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 17 de agosto de 2017. Radicación número: 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14).

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

En consecuencia, conforme a los pronunciamientos jurisprudenciales citados, se tiene que la Constitución Política facultó al Legislador bajo su autonomía de fijar el reajuste periódico de las pensiones, teniendo en cuenta el IPC, parámetro que se adoptó obedeciendo a las satisfacciones de las necesidades del orden familiar, material, social, cultural y educativo, y con el fin de garantizar los fines del salario mínimo, en aras actualizar el monto de las pensiones y de contrarrestar el fenómeno de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

Sobre los descuentos por los aportes de salud en la pensión de jubilación de manera mensual y de las mesadas adicionales de junio y diciembre

El artículo 157 de la Ley 100 de 1993 establece que son afiliados al SGSS en salud todos los residentes en Colombia que se encuentren afiliados al régimen contributivo o al subsidiado y los vinculados temporalmente. Al régimen contributivo pertenecen los afiliados con capacidad de pago, como cotizantes están los pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sobreviviente, tanto del sector público como del privado.

Por su parte, el artículo 143 ibídem, previó para los pensionados antes del 1 de abril de 1994, el reajuste mensual equivalente a la elevación en la cotización para salud que resulte de la aplicación de dicha norma, así mismo dispuso, la cotización para salud a cargo de los pensionados, quienes podrían cancelarla mediante una cotización complementaria durante su período de vinculación laboral.

A su vez, el artículo 280 de la Ley 100 de 1993, dispuso sobre la obligatoriedad y sin excepciones de aportar para los fondos de solidaridad en los regímenes de salud y pensiones, a partir del 1 de abril de 1994 en las instituciones, regímenes y con respecto también a las personas que por cualquier circunstancia gocen de excepciones totales o parciales previstas en esta Ley.

Aplicación del régimen en salud para los afiliados al sector público y al fondo de prestaciones sociales del magisterio y al sistema general de seguridad social en salud

La Ley 4 de 1966, determinó para los afiliados a los Caja Nacional de Previsión Social, el deber de cotizar el porcentaje del 5%, a favor de la entidad de previsión, sobre la mesada pensional.

Lo anterior es reiterado por el Decreto 3135 de 1968¹³, en cuyo artículo 37, se dispone: "*Prestaciones para pensionados. A los pensionados por invalidez, jubilación y retiro por vejez se les prestará por la entidad que les pague la pensión, asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria. Para este efecto el pensionado cotizará mensualmente un cinco por ciento (5%) de su pensión*".

Posteriormente la Ley 91 de 1989¹⁴, por el cual se creó el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en su artículo 8 numeral 2, señaló como objetivos de dicho fondo, garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales, y fue constituido entre otros: "...El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados."

El artículo 15 de la citada disposición, determinó el régimen aplicable para el personal docente dependiente de la vinculación así:

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

(Ver art. 6 Ley 60 de 1993)

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

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

Por su parte, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003¹⁵, estableció el régimen prestacional de los docentes nacionales y nacionalizados vinculados antes de la vigencia de esta ley, es el señalado en las normas establecidas con anterioridad a la misma y los vinculados a partir de la entrada en vigencia de la citada norma, afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del

¹³ "por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales"

¹⁴ https://www.mineducacion.gov.co/1621/articles-85852_archivo_pdf.pdf

¹⁵

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

Magisterio tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres, norma declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-369-04.

Adicionalmente precisó en el inciso tercero y cuarto de dicha normativa, en cuanto a los servicios de salud para los afiliados a dicho Fondo, **prestados conforme lo estipula la Ley 91 de 1989 y el valor de las cotizaciones por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores.**

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

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

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

Dicha preceptiva fue modificada por el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007, que dispuso:

“Artículo 204. Monto y distribución de las cotizaciones. La cotización al Régimen Contributivo de Salud será, a partir del primero (1°) de enero del año 2007, del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para

contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado. Las cotizaciones que hoy tienen para salud los regímenes especiales y de excepción se incrementarán en cero punto cinco por ciento (0,5%), a cargo del empleador, que será destinado a la subcuenta de solidaridad para completar el uno punto cinco a los que hace referencia el presente artículo. El cero punto cinco por ciento (0,5%) adicional reemplaza en parte el incremento del punto en pensiones aprobado en la Ley 797 de 2003, el cual sólo será incrementado por el Gobierno Nacional en cero punto cinco por ciento (0,5%).

Y finalmente, por virtud de la Ley 1250 de 2008¹², por medio del artículo 1 adicionó el 204 de la Ley 100 de 1993, en el sentido de que la cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional.

De las normas señaladas se evidencia que el objetivo del Legislador fue efectuar aportes para salud tanto en los regímenes especiales como del Sistema General de Seguridad Social, incluidos los pensionados, afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En lo atinente al porcentaje de la cotización para los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio se dispuso inicialmente con la Ley 91 de 1989, una cotización del 5% y posteriormente con la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, se habilitó un valor total de la cotización correspondiente a la suma de aportes que para salud y pensiones establezca las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

En consecuencia se deriva que las cotizaciones que se deducen de la mesada pensional de los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio equivalen al mismo porcentaje que se debe descontar al Régimen General de Seguridad Social.

Por su parte, la Máxima Corporación Constitucional en sentencia T-835 de 2014, sobre la obligatoriedad en la cotización a los pensionados al Sistema General de Salud, tanto para regímenes especiales, como la pensión gracia, y el ordinario dispuso:

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

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

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

Respecto del monto de las cotizaciones que deben realizar los docentes pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por concepto de salud, respecto del porcentaje del Régimen General de Pensiones, la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado, en sentencia del 10 de mayo de 2018¹⁶, precisó:

“ 3. Por otro lado, la Ley 91 de 1989, fijó como otro de los objetivos del Fondo Nacional de prestaciones sociales del Magisterio: Garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales, para contratará con entidades de acuerdo con instrucciones que imparta el Consejo Directivo del Fondo. Entonces, a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales el Magisterio tiene a cargo las prestaciones sociales de los afiliados al Magisterio, entre estas, (i) la pensión ordinaria y (ii) garantizar la prestación la prestación de los servicios médico asistenciales. Lo que indica que los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterios, por disposición de la ley, tienen un régimen especial de seguridad social en salud.

(…)

Del análisis de la normatividad referida [artículos 2 de la Ley 4 de 1966 y 8.5 de la Ley 91 de 1989 que tratan del descuento del 5% para el Fondo incluidas las mesadas adicionales], se evidencia que el legislador, se sentó para todos los afiliados a la Caja Nacional forzosos y voluntarios e incluidos los pensionados la obligación de cotizar para salud, deber que también opera para los afiliados al Fondo de

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION SEGUNDA -SUBSECCIÓN B- Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS- Bogotá, D.C., diez (10) de mayo de dos mil dieciocho (2018) -Radicación número: 68001-23-31-000-2010-00624-01 (0340-14)

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

(...)

6.2. Afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

<i>Ley 91 de 1989 artículo 8-5</i>	5%
<i>Ley 812 de 2003, 17, artículo 81</i>	<i>El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.</i>

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

(...)

*La jurisprudencia de la Corte Constitucional, y **teniendo en cuenta que los docentes gozan de un sistema de salud, especial**, señaló:*

*“22. Ahora bien, bajo el entendido que **los docentes gozan de un***

sistema de salud diferente al señalado en la Ley 100 de 1993, corresponde al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio prestarle los servicios de salud a que tienen derecho y a la Caja Nacional de Previsión Social hoy UGPP, efectuar los aportes correspondientes al Sistema General de Seguridad Social en Salud al Fondo de Seguridad y Garantía - FOSYGA como lo determina el artículo 14 del Decreto 1703 de 2002, “Por el cual se adoptan medidas para promover y controlar la afiliación y el pago de aportes en el Sistema General de Seguridad Social en Salud”, según el cual:

“Artículo 14. Régimen de excepción. Para efecto de evitar el pago doble de cobertura y la desviación de recursos, las personas que se encuentren excepcionadas por ley para pertenecer al Sistema General de Seguridad Social en Salud, de conformidad con lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, no podrán utilizar simultáneamente los servicios del Régimen de Excepción y del Sistema General de Seguridad Social en Salud como cotizantes o beneficiarios.

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

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

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

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

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

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

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

...

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

De las normas anotadas y los postulados jurisprudenciales esgrimidos, se colige que los pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al ser beneficiarios del régimen especial en pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, no los exonera de realizar los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, por disposición expresa de la Ley 812 de 2003.

Descuento de salud sobre las mesadas adicionales

El Sistema General de Seguridad Social en Salud no establece descuento alguno sobre las mesadas adicionales, sin embargo, la Ley 91 de 1989 que parte del régimen especial de los docentes afiliados al FNPSM, sí lo permite de manera expresa en el numeral 5º del artículo 8º; luego entonces, aun cuando la Ley 812 de 2003 extendió el régimen de cotización en materia de salud a los pensionados afiliados al FNPSM, ello, sólo conllevó a que se incrementara el porcentaje de cotización de los docentes, del 5% al 12%, más no tiene virtualidad de derogar expresa ni tácitamente lo previsto en el régimen especial en punto de la posibilidad de hacer los descuentos de salud sobre las mesadas adicionales.

De igual manera, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en providencia de tutela del 14 de septiembre de 2017¹⁸, denegó la solicitud sobre la devolución de aportes de salud sobre las mesadas adicionales de los pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, basado en los siguientes argumentos:

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

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

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION SEGUNDA - SUBSECCIÓN A- Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ- Bogotá, D.C., catorce (14) de septiembre de dos mil diecisiete (2017) -Radicación número: 11001-03-15-000-2017-01998-00(AC). <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2108186>

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

En suma, concluye esta Sala de decisión que en la providencia cuestionada no se evidencia ninguna causal de procedencia de la acción de tutela, pues como se demostró, no fue producto de un actuar caprichoso del Colegiado demandado, sino de la conjunción en la apreciación de las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica y la interpretación legal de las normas aplicables al caso concreto.”

En ese orden de ideas, considera la Sala que los descuentos por concepto de salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre fueron previstas en la Ley 91 de 1989, para los afiliados del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y, a pesar de no mencionarse taxativamente en la Ley 812 de 2003, no significa que hubiese cesado la obligación de cotizar sobre dichas mesadas, pues en atención al principio de solidaridad que erige el Sistema de Seguridad Social, y en aras de preservar la contribución al sistema para lograr la sostenibilidad, eficacia y financiación del mismo, es procedente realizar los descuentos sobre la mesadas adicionales recibidas por los pensionados afiliados a dicho Fondo.

Considera la Sala, que no le asiste razón a la impugnante indicar que la parte actora, por ingresar con anterioridad al 27 de junio de 2003; y en aplicación a la Ley 91 de 1989 se debe descontar por concepto de cotización a salud el 5% sobre las mesadas pensionales, incluidas las mesadas adicionales.

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

Conclusión

Considera la Sala que no se encuentra demostrada la vulneración de los derechos invocados por la parte actora, dado que, conforme a los presupuestos normativos y jurisprudenciales antes citados, se observa que no le asiste razón a la parte accionante al indicar que el reajuste de las mesadas pensionales se debe realizar conforme al artículo 1 de la Ley 71 de 1989, esto es, conforme al salario mínimo, norma derogada por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

Así mismo se tiene que los descuentos por concepto de salud aplicados a los pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio sobre la mesada ordinaria y adicionales de los meses de junio y diciembre deben

hacerse aplicando los porcentajes previstos por las normas anteriormente señaladas.

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

Costas

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, esta Sala de Decisión se abstendrá de condenar en costas en esta instancia, como quiera que no observa que la demanda hubiere sido presentada con manifiesta carencia de fundamento legal, como lo exige la norma.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

Primero. CONFÍRMASE la sentencia del veinticinco (25) de agosto de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Aura Emilia Vasco Giraldo contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Segundo. ABSTIÉNESE de condenar en costas en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

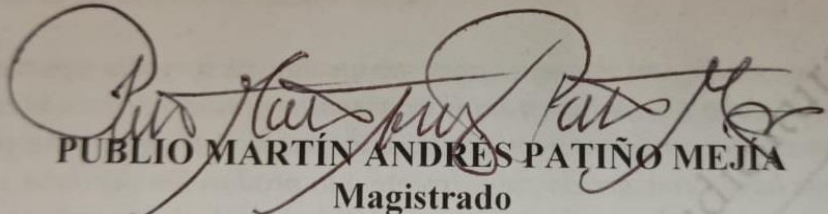
Tercero. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

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

Notifíquese y cúmplase



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO
No. 215
FECHA: 29/11/2021



CARLOS ANDRÉS DÍEZ VARGAS
SECRETARIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADO PONENTE CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES**

Manizales, veintiséis (26) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

RADICADO	17001-23-33-000-2021-00026-00
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	MARÍA SILVIA OCAMPO BALLESTEROS
DEMANDADO	LA DIRECCIÓN TERRITORIAL DE SALUD DE CALDAS

Ingresó a despacho el proceso de la referencia para continuar con el trámite de ley. Pero, previamente, es necesario realizar el siguiente pronunciamiento.

Luego de notificarse el auto admisorio de la demanda, la Dirección Territorial de Salud de Caldas presentó contestación al libelo petitorio dentro del plazo establecido en el artículo 175 del CPACA, según la constancia secretarial visible en el archivo #13 del expediente digital.

Cuando se revisó la contestación para determinar la siguiente etapa procesal, se evidenció que el poder que se adjuntó a esta no reunía los requisitos establecidos en el artículo 74 del CGP, ya que había sido otorgado mediante escrito firmado de manera manuscrita, pero sin realizar la diligencia de presentación personal por parte del poderdante.

Al advertirse que el poder aportado no permitía reconocerle personería a la doctora Sandra Carolina Hoyos Guzmán, mediante auto del 8 de noviembre del año en curso, se le concedió a la accionada un plazo de cinco (5) días para que corrigiera el poder y lo aportara de conformidad con lo establecido en la ley; es decir, o mediante mensaje de datos con las formalidades que para ese caso se establecían en el Decreto 806 de 2020; o a través de documento escrito con firma manuscrita pero con presentación personal, al tenor del artículo 74 del CGP.

Dentro del plazo mencionado, se recibió memorial por parte de la Dirección Territorial de Salud de Caldas que contenía la respuesta al requerimiento realizado por el despacho. Sin embargo, se observa que en relación con el poder lo que hizo la entidad fue aportar nuevamente el que ya había adjuntado a la contestación de la demanda, es decir, el otorgado con firma manuscrita y sin presentación personal; con la única diferencia que este tiene un sello de la entidad que indica “despachado” el día 11 de noviembre del año en curso, y en el encabezado se plasmó el correo electrónico sgtadminclld@notificacionesrj.gov.co.

De acuerdo a lo anterior, es claro que el poder no fue subsanado de conformidad con lo indicado en la providencia del 8 de noviembre de 2021, pues como se aportó con firma manuscrita se debió realizar la diligencia de presentación personal por parte del poderdante, exigencia que como se explicó está contenida en el artículo 74 del CGP, y no desapareció a raíz de la expedición del Decreto 806 de 2020.

Esto trae como consecuencia que a la abogada Sandra Carolina Hoyos Guzmán no se le pueda reconocer personería; lo que de contera significa que la demanda se debe tener por no contestada.

Al dejar claro lo anterior, para continuar con el trámite del proceso, como la demanda se tiene por no contestada, no hay lugar a emitir pronunciamiento sobre alguna excepción previa o mixta, de conformidad con lo establecido en el artículo 38 de la Ley 2080 de 2020, que modificó el artículo 175 de la Ley 1437 de 2011. Y el despacho tampoco observa alguna que deba ser declarada de oficio.

En consecuencia, de conformidad con el artículo 180 de la Ley 1437 2011, modificado por el artículo 40 de la Ley 2080 de 2020, **SE CONVOCA A AUDIENCIA INICIAL** para el día **DIECIOCHO (18) DE ENERO DE DOS MIL VEINTIDOS (2022) A LAS DIEZ DE LA MAÑANA (10:00 a.m.)**.

La audiencia se realizará a través de medios digitales, para lo cual se enviará, un día antes de la diligencia, la respectiva invitación al correo electrónico de las partes, los apoderados y al Ministerio Público que fueron informados en el

proceso, quienes deberán conectarse desde un equipo con micrófono y cámara de video.

ADVIÉRTESE sobre la obligatoriedad de la asistencia y las implicaciones procesales y pecuniarias previstas en el artículo 180 del CPACA.

SE EXHORTA, en atención a la posibilidad de conciliación consagrada en el artículo 180 del CPACA, modificado por el artículo 40 de la Ley 2080 de 2021, para que realicen los trámites al interior de la entidad a efectos de convocar al Comité de Conciliación con la finalidad de establecer una posible fórmula de arreglo.

Se advierte a las partes y demás intervinientes que en caso que requieran allegar sustituciones o renunciaciones de poderes, el acta del comité de conciliación u otros documentos para que sean tenidos en cuenta en la audiencia, se sirvan remitirlos **a más tardar el día anterior a la celebración de la diligencia únicamente al correo sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co. Cualquier documento enviado a dirección distinta, se tendrá por no presentado.**

Se recomienda a las partes y a los demás intervinientes que antes de ingresar a la plataforma verifiquen la conexión a internet, así como el correcto funcionamiento de la cámara y el micrófono del dispositivo a través del cual accederán a la audiencia. De igual forma, se recomienda que la conexión se haga a través de un computador y 10 minutos antes de la hora fijada para llevar a cabo la diligencia.

Se les solicita a las partes que en caso de tener alguna dificultad lo comuniquen con antelación al despacho a fin de tomar las decisiones que sean oportunas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
MAGISTRADO**

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS	
NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO	
No.	215
FECHA:	29 DE NOVIEMBRE DE
2021	

Firmado Por:

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

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

Código de verificación:

652d98abbb85936c725b6e45c47a72488758c0d01b9bca898d4273307cdda529

Documento generado en 26/11/2021 10:52:46 AM

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

17-001-33-33-001-2013-00662-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, veintiséis (26) de NOVIEMBRE de dos mil veintiuno (2021)

S. 130

La Sala de 4ª Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Caldas, conformada por los Magistrados AUGUSTO MORALES VALENCIA, quien la preside, AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN y PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJIA, procede a dictar sentencia de segundo grado por vía del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia emanada del Juzgado 6º Administrativo de Manizales, con la cual accedió a las pretensiones de la parte actora, dentro del proceso de **REPARACIÓN DIRECTA** promovido por la señora **MAYRA SURAY MONTOYA JIMENEZ** contra la **NACIÓN -MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL** y la clínica **MEDICORPUS CENTRO DE ORTOPEDIA Y CIRUGIA PLASTICA LTDA.**

ANTECEDENTES

Pretende la parte actora se declare administrativamente responsable a la **NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL** y a la **CLINICA MEDICORPUS CENTRO DE ORTOPEDIA LTDA** por los agravios y las posteriores consecuencias padecidas por la señora **MAYDA SURAY MONTOYA JIMENEZ**, y a su hija menor **NICOL JULIANA FLÓREZ MONTOYA**, como consecuencia de la falla en el servicio médico durante un procedimiento quirúrgico realizado en la clínica demandada.

En consecuencia, pretende se condene a las entidades llamadas por pasiva a pagar a favor de la señora MAYDA SURAY MONTOYA JIMENEZ, por concepto de perjuicios morales la suma de 100 s.m.l.m.v., y por daño a la vida en relación 400 s.m.l.m.v., mientras que para la menor NICOL FLÓREZ MONTOYA pide se condene a la parte demandada por perjuicios morales en la suma de 100 s.m.l.m.v.

Igualmente, pide que se indexen las sumas reconocidas y se condene en costas y agencias en derecho a la parte demandada.

CAUSA PETENDI

Expone en síntesis lo siguiente:

✚ La señora MAYRA SURAY MONTOYA JIMENEZ es madre de NICOL FLÓREZ MONTOYA, quien nació el 16 de septiembre de 2001, siendo beneficiaria del sistema de salud de las fuerzas militares. Fue diagnosticada con un *‘quiste simple parauterino derecho’*, continúa, por lo que fue intervenida quirúrgicamente el día 23 de agosto de 2011 en la CLÍNICA CLINILASER.

✚ Anota que antes de practicarle la cirugía, la CLÍNICA CLINILASER LTDA le hizo firmar un documento con espacios en blanco, denominado “CARTA DE RIESGOS Y BENEFICIOS Y AUTORIZACIONES DE TRATAMIENTO - CONSENTIMIENTO INFORMADO Y VOLUNTAD JURIDICA DEL PACIENTE”, mismo que también fue suscrito por el médico FRANCISCO AHUMADA. La paciente fue dada de alta el 25 de agosto de 2011.

✚ Indica que los médicos de la institución que la atendieron omitieron el consentimiento informado del procedimiento quirúrgico a realizar, toda vez que la paciente tenía conocimiento de una cirugía ambulatoria de

extracción de un quiste; sin embargo, la intervención terminó con la extracción de sus trompas de falopio y el ovario derecho, lo que afectó su dignidad humana, entre otras razones, por la imposibilidad de tener hijos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Para brindarle sustento a las pretensiones resarcitorias, la parte accionante se apoya en los cánones 90 de la Carta Política, cláusula general de responsabilidad del Estado, 16 de la Ley 446/98 sobre la reparación integral, y los artículos 14 y 15 de la Ley 23 de 1981, que prescriben la obligación de aplicar el consentimiento informado antes de una intervención quirúrgica, o de procedimientos que puedan afectar física o psicológicamente al paciente.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

LA NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL contestó la demanda con el escrito de folios 74 a 89 del cuaderno principal.

Expone que esa entidad le brindó atención oportuna y necesaria a la paciente MARIA SURAY MONTOYA JIMÉNEZ, y que al no contar con los medios idóneos para llevar a cabo el procedimiento quirúrgico y por la urgencia de la atención, la remitió a CINILASER LTDA, quien sí tenía los equipos médicos y el material apto para practicar la intervención. Refiere que la remisión se hizo incluso sin tener contrato con la clínica, a través de un acto administrativo que soportara el pago, atendiendo la necesidad de una atención urgente.

Fundamentó su defensa en la excepción de 'CULPA EXCLUSIVA Y DETERMINANTE DE UN TERCERO', basada en que la institución no llevó a cabo el procedimiento quirúrgico que dio origen a la demanda, el cual fue

ejecutado por la clínica CLINILASER LTDA, complementando que no se encuentra acreditada la estructuración de un daño, pues no están claras las razones por las cuales a la paciente le fueron extraídas las trompas de Falopio y sus ovarios, con lo que, concluye, que no existe ninguna conducta imputable a esa entidad, por la elemental razón de su falta de participación en el procedimiento quirúrgico.

Por su parte, MEDICORPUS CENTRO DE ORTOPEDIA Y CIRUGIA PLASTICA LTDA (antes CLINILASER LTDA) contestó de forma extemporánea, según consta a folio 280 vuelto del cuaderno principal.

LA SENTENCIA DE PRIMER GRADO

El Juzgado 6° Administrativo de Manizales dictó sentencia accediendo a las pretensiones de la parte actora en los términos que pasan a compendiarse /fls. 280-291 cdno. 1A/.

El juez de primera instancia encontró que CLINILASER LTDA (hoy MEDICORPUS CENTRO DE ORTOPEDIA Y CIRUGIA PLASTICA) le produjo un daño antijurídico a la accionante MARIA SURAY MONTOYA JIMÉNEZ, pues le practicó un procedimiento quirúrgico que derivó en la extracción de sus trompas de Falopio y ovarios, cuando el consentimiento otorgado por ella se limitaba a la resección de un quiste en el útero, contraviniendo el contenido obligacional que alude a dicho consentimiento, tal como se halla consagrado en los artículos 14 y 15 de la Ley 23 de 1981, en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), de la Corte Constitucional (Sentencias T-401 de 1994 y T-850 de 2002) y del Consejo de Estado (Exp. 26.660).

Para el fallador a-quo, la actuación médica resulta cuestionable ante la ausencia de un expreso consentimiento de la accionante, más aún cuando

no existían circunstancias de gravedad e inmediatez que legitimaran actuar al margen de este requisito de ley, pues la vida y la integridad de la paciente MONTOYA JIMENEZ no se encontraban amenazadas.

Con base en lo anterior, imputó el daño a MEDICORPUS CENTRO DE ORTOPEDIA Y CIRUGIA PLASTICA LTDA, por la omisión del deber de obtener un consentimiento y aceptación de la paciente, y exoneró a la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL, habida consideración que ninguna incidencia tuvo en la falla del servicio que apareció acreditada.

A título de reparación, condenó a la clínica accionada al pago de 60 s.m.m.l.v en favor de la accionante MAYDA SURAY MONTOYA por daños morales, y por este mismo concepto a favor de la menor NICOL JULIANA FLOREZ MONTOYA, le fueron reconocidos 30 s.m.m.l.v., mientras que, por valoración de daño a los bienes constitucionalmente protegidos, otorgó la suma de 60 s.m.m.l.v en favor de la señora MONTOYA JIMENEZ.

EL RECURSO DE SEGUNDO GRADO

La clínica MEDICORPUS CENTRO DE ORTOPEDIA Y CIRUGIA PLASTICA LTDA interpuso recurso de apelación contra el fallo de primera instancia, con el escrito visible de folios 293 a 298 del cuaderno 1A.

Cuestiona la argumentación del juez de primer grado, y a manera de contexto, señala que la paciente tenía como diagnóstico inicial una simple sospecha de '*quiste parauterino*', pero al ser intervenida quirúrgicamente se halló un '*ovario derecho endometriósico y salpingooforectomía derecha e izquierda*', lo que implicó que el manejo fuera diferente e incluyera la extracción de las trompas de Falopio y ovarios.

Por ende, dice que dicho procedimiento estuvo ajustado a los principios de la ética médica, más aún cuando está acreditado que no existía otro tipo de tratamiento aplicable a la señora MONTOYA JIMENEZ, por lo que no había una alternativa sobre la cual pudiera versar el consentimiento echado de menos, y que de llegar a actuar como lo pretende el juez de primera instancia, implicaba cerrar la herida quirúrgica, esperar que la paciente despertara e informarle sobre el único tratamiento viable, con los peligros que ello implicaba para su salud.

Aclara que el consentimiento que la paciente brindó antes de la intervención quirúrgica, versaba sobre lo demostrado en los exámenes practicados hasta ese momento, pero los hallazgos intraoperatorios y la imposibilidad de otro tratamiento para la paciente llevaron al médico cirujano a actuar ajustado a los criterios de ética médica y principio de no maleficencia.

Por último, impetra que, en caso de mantenerse la decisión adversa a sus pretensiones, se ajuste la condena a los topes establecidos en la jurisprudencia, además, se revoque la decisión de conceder perjuicios morales a favor de la hija menor de la accionante, pues el operador judicial manifiesta que el supuesto daño se produjo por la vulneración a los derechos fundamentales asociados a la libertad y dignidad humana de la paciente, que son diferentes a los de su hija.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

➤ **NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL /fls. 8-14 cdno. 4/:** reitera que durante el proceso no logró demostrarse que los profesionales y los medios con los cuales se prestó el servicio a la señora MONTOYA JIMÉNEZ no fuesen los idóneos, o que la clínica a la que fue remitida la accionante no estuviese debidamente acreditada por el órgano

ejecutivo para la prestación de los servicios hospitalarios, desligándose así la responsabilidad del EJÉRCITO NACIONAL de la falla del servicio prestado.

Hace hincapié en la ausencia de nexo causal entre el actuar del centro de sanidad de esa institución y la posible falla en el servicio médico prestado por la clínica MEDICORPUS CENTRO DE ORTOPEDIA Y CIRUGIA PLASTICA LTDA, toda vez que pese a no contar el batallón y su centro de sanidad militar con los medios y especialistas necesarios para abordar las necesidades clínicas de la paciente beneficiaria de su subsistema de salud, haciendo uso de sus facultades administrativas, dio oportuno traslado de la señora MONTOYA JIMENEZ a un centro médico que contara con las características requeridas.

➤ **MEDICORPUS CENTRO DE ORTOPEDIA Y CIRUGIA PLASTICA LTDA:**
/fls. 15-17 cdno. 4/: pide que se revoque la sentencia impugnada ante la ausencia de los supuestos facticos que permitan determinar una responsabilidad patrimonial contra esa I.P.S., reiterando que la accionante brindó su consentimiento libre e informado para el diagnóstico inicial, que cambió una vez puesto en marcha el procedimiento quirúrgico, por lo que el galeno no tuvo oportunidad de refrendar dicho consentimiento, más aún si se tiene en cuenta que la paciente se encontraba sedada, con lo cual se configuró un estado de necesidad, no porque su vida corriera grave peligro, sino porque el tratamiento aplicado finalmente era el único posible.

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

Pretende la parte demandante se declare administrativa y patrimonialmente responsable a la clínica MEDICORPUS CENTRO DE

ORTOPEDIA Y CIRUGIA PLASTICA LTDA, por los daños ocasionados por el procedimiento quirúrgico practicado a la accionante MAYDA SURAY MONTOYA JIMENEZ, por lo que, impetra, se condene a la parte demandada al pago de los perjuicios a que hubiere lugar.

PROBLEMAS JURÍDICOS

Atendiendo a la postura erigida por la apelante y lo que fue materia de decisión por el Juez *A quo*, el fondo del asunto se contrae a la dilucidación de los siguientes problemas jurídicos:

- *¿LE ASISTE RESPONSABILIDAD A ENTIDAD HOSPITALARIA DEMANDADA POR LOS SUPUESTOS DAÑOS CAUSADOS A LA SEÑORA MAYDA SURAY MONTOYA JIMÉNEZ, CON OCASIÓN DE LA PRÁCTICA DE UN PROCEDIMIENTO QUIRÚRGICO SIN CONSENTIMIENTO INFORMADO?*
- *EN CASO DE HALLARSE PATRIMONIALMENTE RESPONSABLE A LA ENTIDAD DEMANDADA, ¿QUÉ PERJUICIOS DEBEN SER INDEMNIZADOS EN EL SUB LITE?*

(I)

RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD APLICABLE

El artículo 90 de la Constitución Política de 1991 dispone:

“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de

un agente suyo, aquél deberá repetir
contra éste.” /Resalta la Sala/.

Ante este postulado constitucional y la diversidad de supuestos fácticos en los cuales el Estado puede irrogar daños a los particulares, por vía jurisprudencial se han decantado varios títulos de imputación que responden a las características propias de los contextos en los que se produce el hecho dañoso, así como a la dificultad probatoria que se deriva del carácter de algunas actividades.

En materia de responsabilidad estatal por actividades relacionadas con la prestación del servicio médico, los recientes pronunciamientos del máximo órgano de esta jurisdicción ratifican, a modo de regla general, que este tipo de casos ha de estudiarse bajo el tamiz de la falla probada del servicio, con las implicaciones o cargas probatorias que de ella se derivan. Y se indica que se establece una regla general, por cuanto esta formulación no representa una imposición para el funcionario judicial, quien atendiendo a los pormenores de cada caso, puede optar por otro parámetro para desarrollar el juicio de imputación (principio *iura novit curia*).

En sentencia de 7 de mayo de 2021, la Sección Tercera del Consejo de Estado aludió a esta regla, así como a la evolución jurisprudencial que representó la superación de la teoría de la falla presunta como régimen general en situaciones de responsabilidad médica, y al dinamismo probatorio que se deriva de esta específica tipología de casos (M.P. María Adriana Marín, Exp. 73001-23-31-000-2010-00704-01(51564):

“La jurisprudencia del Consejo de Estado ha considerado que, por regla general, el título de imputación aplicable en asuntos médico-sanitarios es

el de la falla probada el servicio. Como consecuencia, le corresponde a la parte demandante demostrar el desconocimiento de la *lex artis* aplicable al caso concreto, en otros términos, la desatención a las obligaciones que emanan del conocimiento científico:

Este aspecto que no ha sido pacífico en la jurisprudencia, comoquiera que paralelamente a la postura que en una época propendió por cimentar la responsabilidad estatal en estos casos sobre la falla presunta del servicio, ha tenido acogida, igualmente, la posición -por lo demás prohiada por la Sala en sus más recientes fallos- de acuerdo con la cual el título jurídico de imputación a tener en cuenta en los supuestos en comento es el de la falla del servicio probada.

Así pues, de la aceptación -durante un significativo período de tiempo- de la aplicabilidad de la tesis de la falla del servicio presunta a este tipo de casos por entender más beneficioso para la Administración de Justicia que en lugar de someter al paciente a la demostración de las fallas en los servicios y técnicas científicas prestadas por especialistas, se impusiese a éstos -por encontrarse en las mejores condiciones de conocimiento técnico y real de cuanto hubiere ocurrido- la carga de atender los cuestionamientos que contra sus procedimientos se formulan por los

accionantes¹, posteriormente se pasó al entendimiento de acuerdo con el cual el planteamiento en mención condujo a que en todos los litigios originados en los daños causados con ocasión de la prestación del servicio médico asistencial se exigiese, a las entidades públicas demandadas, la prueba de que dicho servicio hubiere sido prestado debidamente, para posibilitarles la exoneración de responsabilidad, cuando en realidad

“... no todos los hechos y circunstancias relevantes para establecer si las entidades públicas obraron debidamente tienen implicaciones técnicas o científicas. Habrá que valorar, en cada caso, si estas se encuentran presentes o no. Así, habrá situaciones en las que, sin duda, es el paciente quien se encuentra en mejor posición para demostrar ciertos hechos relacionados con la actuación de la entidad respectiva. Allí está, precisamente, la explicación del dinamismo de las cargas, cuya aplicación se hace imposible ante el recurso obligado a la teoría de la falla del servicio presunta, donde simplemente se produce la inversión permanente del deber probatorio”².

¹ Cita del original. “Especialmente a partir de la unificación de criterios en torno al tema, la cual tuvo lugar con la sentencia de 30 de julio de 1992, con ponencia del Magistrado Daniel Suárez Hernández, referida, junto con toda la evolución hasta entonces evidenciada en relación con este tipo de asuntos, en: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 24 de agosto de 1992, rad. 6754”.

² Cita del original. Sección Tercera, sentencia del 7 de diciembre de 2004, exp. 14.421.

Con fundamento en dicha consideración, se determinó que la demostración de la falla en la prestación del servicio médico asistencial corre por cuenta de la parte demandante” /Cursivas del texto original, resaltados de la Sala/.

En el mismo fallo, la alta corporación reconoce que en el ámbito de la responsabilidad médica, las dificultades probatorias se incrementan, debido al carácter técnico y científico que tienen los hechos que sirven de base a las pretensiones de reparación, ante lo cual el ordenamiento jurídico otorga libertad probatoria para adelantar el estudio de imputación, sin que ello implique que la responsabilidad ha de presumirse en estos casos:

“(…) Lo anterior no impide que la Sala reconozca, como lo ha hecho en oportunidades anteriores, la dificultad probatoria en punto al nexo causal que suelen tener los demandantes en este tipo de casos, dado el especialísimo carácter técnico inherente a los procedimientos médico asistenciales, por ello, esta Subsección ha sostenido:

Ahora bien, no pueden perderse de vista las dificultades que caracterizan la actividad probatoria en procesos como el que mediante el presente pronunciamiento se decide, habida cuenta de que la actividad médica entraña conocimientos técnicos y científicos de difícil constatación que, en determinados supuestos, le impiden al juez tener plena certeza sobre el nexo de causalidad existente entre un específico procedimiento médico y el resultado que al mismo se le pretende imputar. No obstante, la dificultad que conlleva el análisis de las pruebas en materia médica no faculta al juez para presumir la existencia del aludido nexo causal.

*Empero, también se ha sostenido y así se reitera que, en aplicación del principio de libertad probatoria, el juez de la causa puede recurrir a cualquier medio demostrativo que le resulte útil para formar su convencimiento en relación con la existencia y las particularidades de los presupuestos fácticos relevantes para resolver de fondo la litis, mecanismos acreditativos entre los cuales el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil consagra el indicio como uno de los que válidamente puede apreciar el operador judicial con el propósito de formar su íntima convicción (...)*³.

En este orden de ideas, si bien el régimen aplicable a los eventos en los cuales se discute la responsabilidad patrimonial del Estado por las actividades médico-sanitarias es, de manera general, el de la falla probada del servicio, la especial naturaleza de la actividad en estudio le permite al juez de la causa acudir a diversos medios probatorios (v.gr. prueba indiciaria) para formar su convencimiento acerca de la existencia del nexo de causalidad, sin que por ello se pueda afirmar que dicha relación causal se presume” /Destacados del Tribunal/.

El criterio pregonado, que como se indica, resulta pacífico en la jurisprudencia reciente de esta jurisdicción⁴, permite definir los contornos esenciales del análisis de la responsabilidad por el acto médico, que

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 27 de abril de 2011, exp. 19.192, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁴ Ver también Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, M.P. Marta Nubia Velásquez Rico, 9 de abril de 2021, Radicación número: 68001-23-33-000-2014-00026-01(60265).

pueden sintetizarse en lo siguiente: (i) el régimen de la falla probada como marco general de análisis; (ii) el consecuente deber de la parte actora de acreditar, además del daño, la desatención a la “lex artis”, entendida como los parámetros científicos que rigen la atención médica el caso concreto; (iii) el principio de libertad probatoria que rige el estudio de la responsabilidad, habida cuenta de las connotaciones propias de la ciencia médica; y (iv) el dinamismo en las cargas probatorias según las circunstancias propias de cada caso, sin que ello pueda llegar a derivar en una presunción del nexo de causalidad como elemento de la responsabilidad.

(II)

LA AUSENCIA DE CONSENTIMIENTO INFORMADO

Más allá de una falla en el procedimiento quirúrgico, el escenario que marca atribución de responsabilidad en el caso concreto se ubica en la práctica de una cirugía a la señora MAYDA SURAY MONTOYA JIMENEZ, posterior a la cirugía practicada en el mes de agosto del año 2011, sin el consentimiento informado de la paciente. Los postulados fácticos de la demanda indican que al momento de iniciar el procedimiento quirúrgico, la señora MONTOYA JIMÉNEZ había otorgado su consentimiento expreso e informado para una “*RESECCIÓN DE QUISTE SIMPLE PARAUTERINO*”, sin embargo, finalmente el personal médico terminó extrayendo sus trompas de Falopio y el ovario derecho, procedimiento que, se itera, según la parte actora, no contó con la previa anuencia de la paciente.

El consentimiento informado emerge como garantía de caros principios constitucionales en el contexto de la atención médica, postura pregonada por el Consejo de Estado, en sentencia de 2 de junio de 2021 con ponencia del Magistrado Ramiro Pazos Guerrero dentro del expediente 05001-23-31-000-2007-03296-01:

“(...) Y es que precisamente el consentimiento informado es una obligación legal para los médicos porque, de un lado, busca proteger los derechos fundamentales a la dignidad, autonomía, integridad, al acceso a la información y a la libertad que tiene el paciente de disponer de su propio cuerpo; pero del otro, libera de responsabilidad al profesional de la salud, mientras la intervención se haga de conformidad con la lex artis, comoquiera que los procedimientos médicos implican riesgos de complicaciones que en muchos casos son inevitables o imprevisibles, así los procedimientos se hagan con la diligencia debida. Es por ello que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido reiterativa en que las obligaciones médicas son de medio y no de resultado.”

Y la anuencia del destinatario del tratamiento médico reviste tal importancia, que ha sostenido el alto tribunal que “(...) Las intervenciones o procedimientos realizados sin consentimiento informado constituyen una falla del servicio que genera un daño consistente en la vulneración del derecho a decidir del paciente, por lo que surge responsabilidad extracontractual en cabeza de la entidad que prestó el servicio médico” (Sentencia 27 de marzo de 2014, Exp. 26660. M.P. Danilo Rojas Betancouth). En otros términos, la ausencia del consentimiento configura un daño antijurídico, que se traduce en la inobservancia de las prerrogativas de orden fundamental ligadas a la autonomía del paciente, la posibilidad de acceder a la información y en últimas, de preservar su dignidad humana.

En concordancia con esta posición, la jurisprudencia constitucional ha enfatizado en la importancia consentimiento informado en clave de los derechos fundamentales, en la Sentencia C - 059 de 2018 (M.P. José Fernando Reyes Cuartas) estableció:

“(...) El consentimiento informado es el resultado lógico del ejercicio de los derechos constitucionales a recibir información y a la autonomía (arts. 16 y 20 C.P.). Así lo ha reconocido la Corte Constitucional, que además ha concluido que este derecho adquiere un carácter de principio autónomo y que permite la materialización de otros principios constitucionales tales como el libre desarrollo de la personalidad, la libertad individual y el pluralismo; así mismo, es un elemento indispensable para la protección de los derechos a la salud y a la integridad de las personas (...)”.

Es precisamente bajo la óptica de las libertades y los derechos, que la suscripción de un consentimiento médico resulta trascendental. El derecho a la información concreta y clara que tiene el paciente es sinónimo de un correcto despliegue de su autonomía y una muestra del ejercicio decisorio sobre las alternativas, consecuencias y beneficios de la ejecución de un determinado tratamiento médico o en este caso quirúrgico.

De esta forma, es correcto interpretar el consentimiento, en otra de sus facetas, como la manera en que el paciente puede involucrarse de forma suficiente con el actuar clínico, entendiendo entonces que esa libertad de decisión, se materializa en consentir o en rechazar la práctica de un

tratamiento, garantizando al usuario de esta forma, la primacía de sus derechos y una cuidadosa protección de sus intereses.

Ahora bien, frente a los elementos esenciales del consentimiento, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha estructurado unas pautas que han de reputarse esenciales, sin las cuales estaría el paciente viendo cercenados sus derechos constitucionales. En sentencia de 23 de octubre de 2020 razonó bajo el siguiente temperamento jurídico (Exp. 66001-23-33-000-2015-00376- M.P. Martha Nubia Velásquez Rico):

“(...) Esta Corporación, respecto del tema del consentimiento informado del paciente para la realización de procedimientos médicos, ha definido que: a) El médico tiene el deber de dar a conocer a las personas los procedimientos convenientes para restablecer o mejorar la salud; las ventajas y sus riesgos y las eventualidades que puedan llegar a presentarse en su curso con ocasión de o con posterioridad de la intervención, es decir, de señalar los efectos directos y colaterales del tratamiento sobre una persona y la existencia de medios alternativos; b) esta información debe ser proporcionada de manera clara, completa, explicada e inteligible para el paciente, quien, además, c) debe expresar el consentimiento de manera clara, inequívoca, libre de coacción, es decir, libre de vicios y en uso de sus facultades cognitivas”.

De igual manera, el Consejo de Estado diferencia aquellos casos en que existe una falla médica y además falta el consentimiento del paciente, de las situaciones como la discutida en el sub lite, cuando no se cuestiona el

proceder médico en sí mismo, sino la ausencia de validación del paciente como elemento estructurante del daño, como lo hizo en Sentencia proferida el 27 de marzo de 2014, a la que se aludió líneas atrás:

“(…) Adicionalmente, uno es el caso cuando la falta de consentimiento informado se acompaña de una falla médica y otro es el caso cuando el procedimiento se realizó de acuerdo con la lex artis pero sin el mencionado consentimiento (...) En el primero de los casos, es normal atribuir responsabilidad al cuerpo médico por el daño derivado de la falla médica y además indemnizar el perjuicio moral derivado de la falta de consentimiento informado, pero en el segundo caso, el único daño atribuible puede ser la lesión al ya mencionado derecho a la autodeterminación de la persona y por ende el menoscabo a su dignidad (...)”
/Resaltado de la Sala/.

Finalmente, los pronunciamientos judiciales en este punto tampoco son ajenos a ciertas situaciones en las que resulta en extremo difícil obtener el consentimiento del paciente, bien sea por la urgencia de la atención requerida o por el estado en el que se encuentre el usuario de la atención médica, por lo que concluye el órgano de cierre de esta jurisdicción en el aludido fallo, que “(…) Lo anterior no obsta para que de ser posible en cada caso los familiares del paciente bajo anestesia o inconsciente, puedan, si están presentes brindar las autorizaciones del caso.”
/Destacado del Tribunal/.

CASO CONCRETO

En el cartulario se hallan acreditados los siguientes elementos, pertinentes de acuerdo con los problemas jurídicos planteados:

(i) El 14 de enero de 2011, posterior a una consulta médica que tuvo lugar en el Establecimiento de Sanidad Militar BATALLON PATRIOTAS 5044, la accionante MAYDA SURAY MONTOYA JIMÉNEZ fue remitida a una valoración por especialista en ginecología, con ocasión del pronóstico presuntivo de “QUISTE SIMPLE PARAUTERINO” /fl. 105 cdno. 1/, lo que fue confirmado el 11 de junio de 2011 a través de una ecografía endovaginal /fls. 102 - 104 *ídem*/.

(ii) Posteriormente, la señora MONTOYA JIMENEZ fue valorada por especialista en ginecología y obstetricia de la CLINICA MEDICORPUS CENTRO DE ORTOPEDIA Y CIRUGIA PLASTICA LTDA, quien en el mismo sentido, concluyó la presencia de un “QUISTE SIMPLE PARAUTERINO DE 61 X 34 X 144 MM. DOLOR PÉLVICO CRÓNICO.”, y dispuso como conducta a ejecutar “RESECCIÓN DE QUISTE OVÁRICO” /fls. 106-107 cdno. 1/.

(iii) Una vez autorizado el procedimiento quirúrgico por el EJÉRCITO NACIONAL /fl. 109 cdno. 1/, el 23 de agosto de 2011 la accionante MAYDA SURAY MONTOYA JIMÉNEZ y el galeno FRANCISCO AHUMADA, antes de la cirugía, suscribieron un documento denominado “CARTA DE RIESGOS Y BENEFICIOS Y AUTORIZACION DE TRATAMIENTO - CONSENTIMIENTO INFORMADO Y VOLUNTAD JURIDICA DEL PACIENTE”.

Resulta importante anotar por la Sala que si bien en el formato se indica que este ‘(...) debe ser llenado previo a cualquier procedimiento y constituye un consentimiento informado’, y que ha de “(...) brindar una información completa de los riesgos y beneficios de la conducta por él

decidida después de explicarle todas las posibilidades tratamiento”, dicho documento contiene espacios en blanco, específicamente en las secciones de DIAGNÓSTICO y POSIBILIDADES DE TRATAMIENTO. /fls 14 fte. y vto. cdno. 1/.

(iv) En la descripción quirúrgica que integra la historia clínica de la accionante, la cual obra en el CD de folio 1 del cuaderno N° 4, se especifica que el diagnóstico inicial de la paciente MONTOYA JIMÉNEZ consistía en un *‘QUISTE SIMPLE PARAUTERINO DERECHO’*, mientras que el diagnóstico final determinó que padecía *‘ENDOMETRIOSIS - QUISTES OVÁRICOS BILATERALES’*. Como resultado de esta valoración intraoperatoria, el procedimiento quirúrgico resultó siendo una *salpingectomía derecha e izquierda y resección de ovario derecho y tejido endometriósico* /fls. 8 y 10 cdno. 1/.

(v) El análisis del laboratorio de patología al que fueron enviadas las muestras quirúrgicas de la señora MONTOYA JIMENEZ, arrojó como conclusión *“OVARIO CON CUERPO AMARILLO HEMORRÁGICO// TROMPA UTERINA CON ADHERENCIAS FIBROSAS Y REMANENTES EMBRIONARIOS // TROMPA IZQUIERDA HIDROSALPINX”* /fl. 15 cdno. 1/.

(vi) A la paciente le fue practicada una nueva ecografía endovaginal el 1° de febrero de 2012, la cual arrojó un resultado normal, con la anotación de que no se observó el ovario derecho. /fl. 16 cdno. 1/

(vii) En la declaración juramentada que rindió la accionante ante el fallador de primera instancia, sostuvo que en ningún momento le comunicaron que le serían extraídas las trompas de Falopio y un ovario, y que se vio sorprendida, cuando una vez finalizado el procedimiento quirúrgico, se le dio a conocer cuál había sido la cirugía realizada y los órganos que le habían sido extraídos. /DVD fl. 256 cdno. 1A/

(viii) La Gerente Administrativa y el Coordinador Médico de la CLÍNICA MEDICORPUS rindieron informe escrito bajo la gravedad de juramento, que milita a folios 2 y 3 del cuaderno n° 3, del cual este juez colegiado destaca los siguientes apartados:

‘(...) La paciente fue programada el 23/08/2011 para resección de quiste parauterino derecho conforme a la sospecha clínica del especialista tratante al realizar el examen físico ginecológico y apoyado en el reporte de ecografía realizada el 11/06/2011 que informaba la presencia de dicha patología y con base en cuyo resultado de planea la intervención a realizar.

2. Una vez se ingresa a sala de cirugía y se realiza abordaje de la cavidad pélvica, contrario a lo que reporta la ecografía lo que se encuentra es útero de aspecto macroscópico aumentado de tamaño y levemente endometriósico. Ovario derecho aumentado de tamaño con adherencia firme de trompa, ovario izquierdo con adherencias a cara posterior de útero con múltiples quistes endometriósicos. Por lo anterior, no había quiste alguno que resecar y se decide ante estos nuevos hallazgos: liberar adherencias del lado derecho y realizar salpingoforectomía derecha (resección de ovario y la trompa de Falopio), igualmente se liberan adherencias y se realiza salpingectomía izquierda (resección de la trompa de Falopio). El Comité AD- HOC concluye que la conducta tomada por el especialista tratante se ajustó estrictamente a los hallazgos evidenciados en el intraoperatorio, no existía otra alternativa terapéutica a efectuar para este caso particular por lo que, pese a que no estaba en riesgo la vida de la paciente, se debía tomar una decisión que en ese momento ella no era capaz de tomar dado que se encontraba anestesiada y en aplicación de los principios éticos de Beneficencia y No maleficencia era cuestionable cerrar el abdomen, esperar la recuperación anestésica para preguntar a la paciente y volver a intervenirla posteriormente

exponiéndola a un nuevo riesgo anestésico y operatorio’ /Resaltados del Tribunal/.

De conformidad con lo expuesto, se encuentra demostrado que la señora MAYDA SURAY MONTOYA JIMÉNEZ conocía que inicialmente se le iba a practicar una resección de quiste uterino, conocimiento que esta Sala extracta de la declaración que rindió la accionante ante el juez de primera instancia, toda vez que como se dijo en el recuento probatorio, si bien fue aportado un consentimiento informado, los espacios correspondientes al diagnóstico y a las posibilidades de tratamiento se encuentran en blanco o no fueron diligenciados.

Más allá de este aspecto, también se acreditó que una vez comenzó la intervención, los galenos encontraron una situación distinta a la expresada en el diagnóstico inicial, marcada por un útero de aspecto macroscópico aumentado de tamaño y levemente endometriósico, y ovarios con algunos quistes, lo que determinó alterar el procedimiento inicialmente planeado, para acudir a una extracción de los ovarios y las trompas de Falopio, mismo que se desarrolló con éxito y de manera adecuada, según lo arrojaron los exámenes posteriores.

En este contexto, el debate judicial no busca poner en tela de juicio el desarrollo del procedimiento que finalmente fue ejecutado por la clínica demandada a la paciente MONTOYA JIMÉNEZ, sino la ausencia del consentimiento informado de la accionante, que como lo recogen los pronunciamientos jurisprudenciales en cita, repercute de manera directa en la imposibilidad del ejercicio de las prerrogativas fundamentales como el libre desarrollo de la personalidad, la posibilidad de decidir sobre el propio cuerpo con base en la información suficiente y en últimas, la

dignidad humana, todo lo cual configura un daño antijurídico, como acertadamente lo concluyó el funcionario judicial de primer grado.

Adicionalmente, en el informe escrito rendido por la entidad accionada se evidencia que en ningún momento existió peligro o amenaza para la vida de la paciente, lo que sí hubiera legitimado el proceder de la clínica al no obtener su consentimiento, y si bien acierta la apelante cuando afirma que resulta desproporcionado que se le exija esperar que la paciente despertara de los efectos de la anestesia para pedir su consentimiento con base en los nuevos hallazgos quirúrgicos, no es menos cierto que las reglas normativas y jurisprudenciales sobre la materia comportan alternativas para salvaguardar este derecho de orden superior, como la obtención del consentimiento por vía de un familiar o acompañante, aspecto que tampoco probó la IPS convocada por pasiva.

Así lo consagran los pronunciamientos jurisprudenciales a los que se hizo alusión, en consonancia con el artículo 14 de la Ley 23 de 1981, por cuyo ministerio:

“El médico no intervendrá quirúrgicamente a menores de edad, a personas en estado de inconsciencia o mentalmente incapaces, sin la previa autorización de sus padres, tutores o allegados, a menos que la urgencia del caso exija una intervención inmediata”
/Destaca la Sala/.

En este orden, ante la imposibilidad de dar cumplimiento al deber de brindar una información preliminar sobre los hallazgos y el nuevo diagnóstico a la señora MONTOYA JIMÉNEZ, imperativo resultaba para la IPS solicitar el consentimiento de alguno de los acudientes o familiares presentes, dando entonces ejecución íntegra a las obligaciones que le son

propias de conformidad con los mandatos superiores, y que se itera, tampoco se probó durante este juicio de responsabilidad, configurándose un daño antijurídico a partir de la vulneración de los contenidos esenciales atinentes a la libertad de elección y la autonomía de la paciente.

Los planteamientos que preceden conllevan la confirmación de la providencia apelada.

(III)

LOS PERJUICIOS RECLAMADOS

Finalmente, de manera sucinta expresó la CLÍNICA MEDICORPUS LTDA en su escrito de apelación, que en caso de confirmarse la decisión, habría lugar a modificar el monto de los perjuicios concedidos por considerarlos exagerados '*frente a lo concedido en otros casos*' /fl. 297 cdno. 1A/, al paso que tampoco halla razonable que se haya proferido condena por perjuicios morales a favor de la hija de la accionante.

Sobre el particular, la Sala anota que la apelante no presenta -ni siquiera sugiere- un patrón de comparación que permita sustentar la calificación de exagerada que otorga a la condena proferida de primera instancia por perjuicios morales.

Contrario a ello, resulta menester poner de manifiesto que la reparación por daño moral no atiende al deterioro corporal por alguna secuela física de la accionante, ni el daño a la salud, sino al sufrimiento, tristeza y congoja padecidos por la accionante MAYDA SURAY MONTOYA JIMÉNEZ por el desconocimiento de su derecho como paciente a otorgar el consentimiento informado, lo que derivó en la práctica de una cirugía de extracción de sus ovarios y trompas de Falopio que no contó con su previa anuencia.

En este tipo de casos relativos a la falta de consentimiento informado, el Consejo de Estado indica que en virtud del principio de reparación integral (art. 16 Ley 446/98), es apropiado compensar el menoscabo moral de quien padece la práctica del procedimiento médico en desmedro de su posibilidad de elegir, perjuicios que se extienden a su núcleo familiar cercano, incluidos sus hijos (Sentencia de 22 de junio de 2017, M.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, Exp. 38.874).

En cuanto a los daños a los bienes constitucional y convencionalmente protegidos, ha establecido la jurisprudencia que su objetivo es restablecer plenamente a la víctima en el ejercicio de las diversas facultades que le provee el ordenamiento jurídico. Así lo expresó el Consejo de Estado al definir esta especie de perjuicios, en sentencia proferida el 28 de agosto de 2014, con ponencia del Magistrado Ramiro Pazos Guerrero, en el expediente N° 32.988:

“i) Es un daño inmaterial que proviene de la vulneración o afectación a derechos contenidos en fuentes normativas diversas: sus causas emanan de vulneraciones o afectaciones a bienes o derechos constitucionales y convencionales. Por lo tanto, es una nueva categoría de daño inmaterial.

ii) Se trata de vulneraciones o afectaciones relevantes, las cuales producen un efecto dañoso, negativo y antijurídico a bienes o derechos constitucionales y convencionales.

iii) Es un daño autónomo: no depende de otras categorías de daños, porque no está condicionado a la configuración de otros tradicionalmente

reconocidos, como los perjuicios materiales, el daño a la salud y el daño moral, ni depende del agotamiento previo de otros requisitos, ya que su concreción se realiza mediante presupuestos de configuración propios, que se comprueban o acreditan en cada situación fáctica particular.

iv) La vulneración o afectación relevante puede ser temporal o definitiva: los efectos del daño se manifiestan en el tiempo, de acuerdo al grado de intensidad de la afectación, esto es, el impedimento para la víctima directa e indirecta de gozar y disfrutar plena y legítimamente de sus derechos constitucionales y convencionales, concluye la sentencia (...)”

Adicionalmente, en sentencia alusiva a daño antijurídico por omisión en el deber del consentimiento informado, el Consejo de Estado añadió sobre esta tipología de perjuicio que ‘(...) en casos excepcionales cuya reparación integral, a consideración del juez, no sean suficientes, pertinentes, oportunas o posibles podrá otorgarse una indemnización, única y exclusivamente a la víctima directa, mediante el establecimiento de una medida pecuniaria de hasta 100 SMLMV, si fuere el caso, siempre y cuando la indemnización no haya sido reconocida con fundamento en el daño a la salud. Ese quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño y/o la naturaleza del bien o derecho afectado (...)’ (Sentencia de 27 de agosto de 2020, M.P. Marta Nubia Velásquez Rico, Exp.59.225).

Con fundamento en estas pautas jurisprudenciales, estima el Tribunal que la condena proferida por este concepto en sede de primera instancia se

halla justificada, en la medida que la falta de consentimiento informado de la accionante MAYDA SURAY MONTOYA JIMÉNEZ derivó en la inobservancia de sus prerrogativas constitucionales, específicamente la libertad de decisión que como paciente le asistía, la posibilidad de acceso a la información sobre las posibilidades terapéuticas y la dignidad humana, como se ha sostenido a lo largo de este discurso judicial. Adicionalmente, el valor de la indemnización resulta proporcional al menoscabo y se inserta dentro de la regla jurisprudencial citada.

En razón de lo anterior, se confirmará la sentencia materia de apelación.

COSTAS.

Como quiera que habrá de confirmarse la sentencia, se condenará en costas de ambas instancias a la CLÍNICA MEDICORPUS LTDA en virtud de lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 365 del CGP (Ley 1564/12).

Sin AGENCIAS EN DERECHO en esta instancia por no haberse causado.

Es por lo discurrido que el **Tribunal Administrativo de Caldas, SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia de primera instancia dictada por el juez 6º Administrativo de Manizales, con la cual accedió a las pretensiones de la parte actora, dentro del proceso de **REPARACIÓN DIRECTA** promovido por la señora **MAYRA SURAY MONTOYA JIMENEZ** contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL** y la clínica **MEDICORPUS CENTRO DE ORTOPEDIA Y CIRUGIA PLASTICA LTDA**.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada MEDICORPUS CENTRO DE ORTOPEDIA Y CIRUGIA PLASTICA LTDA. Sin AGENCIAS EN DERECHO en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del C/CA.

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según consta en Acta N° 051 de 2021.

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Maqistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 220

Manizales, veintiséis (26) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

Radicado: 17-001-33-33-005-2016-00063-03
Naturaleza: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Esnelly Grisales de Cardona
Demandados: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP.

Se emite fallo con ocasión al recurso apelación impetrado por la demandante contra la sentencia que negó sus pretensiones.

I. Antecedentes

1. La demanda

1.1. Pretensiones

La parte demandante solicita en síntesis, se declare la nulidad de las Resoluciones: RDP 008690 del 05 de marzo de 2015 por medio de la cual reliquidaron parcialmente la pensión de jubilación por retiro definitivo del servicio, y RDP 021555 del 28 de mayo de 2015, por medio de la cual se confirmó la resolución anterior.

Que a título de restablecimiento del derecho se ordene reliquidar y pagar los ajustes de la pensión sobre al equivalente al 75% del promedio mensual de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios conforme al régimen ordinario aplicable a los empleados del sector oficial según la Ley 33/85, 62/85, 71/88 y las demás normas concordantes.

Que se condene a la UGPP liquidar y pagar la totalidad de las diferencias que se han venido pagando en virtud de la resolución de reconocimiento y la sentencia que ponga fin a este proceso, teniendo en cuenta los factores salariales subsidio de alimentación, auxilio de transporte y prima de navidad. Y se ordene el reconocimiento y pago de los ajustes de valor debidamente indexados con el IPC, los intereses moratorios.

1.2. Sustento fáctico relevante

Señala que, la demandante prestó sus servicios con al Estado, como auxiliar de servicios generales, en la Secretaría de Educación de Manizales, por más de 20 años, por lo que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, ya había cumplido más de 35 años de edad, cumpliendo requisitos para acogerse al régimen de transición. Que Cajanal mediante Resolución 3295 del 09 de febrero de 2004, reconoció y ordenó el pago de pensión de

jubilación, con sustento en la Ley 100/1993, Decreto 1158/94 y el 01/84. Que continuó laborando hasta el 17 de enero de 2005, fecha en la que le fue aceptada su renuncia.

Que el 07 de noviembre de 2014, solicitó ante la UGPP, la revisión de pensión dirigida a la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, misma que fue resuelta mediante Resolución RDP 008690 del 05 de marzo de 2015 y confirmada en Resolución RDP 021555 del 28 de mayo de 2015.

Que el reconocimiento pensional realizado por la accionada a través de la Resolución 3295 del 09 de febrero de 2004 y RDP 008690 del 05 de marzo de 2015, tuvo en cuenta la asignación básica, y la bonificación por servicios, con exclusión de los factores: *“Prima Técnica (sic), Prima de Navidad, Prima de Vacaciones, Prima de Servicios”*, los cuales fueron devengados y certificados por la entidad competente durante el último año de servicios.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

Se invocaron como vulnerados entre otros, los artículos, 2, 6, 25, 53, y 58 de la Constitución; Decreto 1848 de 1969; Decretos 1042 y 1045 de 1978; Artículo 1 y 3 inciso 3 de Ley 33 de 1985; Ley 32 de 1986. Indicó que la ley no señaló de manera taxativa los factores salariales que conforman la base de la liquidación pensional y por ende deben tenerse en cuenta todos los que constituyen salario devengados en el año anterior al estatus pensional.

Trajo a colación la tesis del Consejo de Estado, sección segunda expediente 2006-07509 M.P. Víctor Hernando Alvarado en donde el ponente manifiesta *“De acuerdo con el anterior marco interpretativo y en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están implemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación del servicio...”*.

2. Pronunciamiento de los sujetos procesales

La UGPP se opuso a las pretensiones de la demandante, al paso de señalar como ciertos los hechos referentes a la expedición de los actos administrativos de reconocimiento de la pensión. Como medios exceptivos de fondo planteó:

INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO: La demandante no cumple con los requisitos para la reliquidación de la pensión de jubilación; además que la bonificación por recreación ni la prima de vacaciones no son factor salarial. *PRESCRIPCIÓN*: De conformidad con lo dispuesto en el Decreto 1848 de 1969 reglamentario del Decreto 3135 de 1968 y en los artículos 488 del CST y el 151 del CPT. *“GENÉRICA”*.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró probada la excepción de *INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO* alegada por la demandada y en consecuencia, negó las pretensiones de la demandante.

Precisó que, de acuerdo con lo probado, atendiendo a la nueva tesis del Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, radicación: 52001-23-33-000-2012-00143-01. C.P. César Palomino Cortés, la pensión que fue reconocida a la demandante, no puede ser reliquidada en los términos deprecados, es decir, aplicando una *“tasa de*

reemplazo" del 75% sobre el "ingreso base de liquidación" (IBL) equivalente al promedio de todos los salarios percibidos durante el último año de servicios, por cuanto los actos administrativos demandados dan aplicación al primer inciso de artículo 1º de la Ley 33 de 1985, al paso que reajustaron su prestación vitalicia con base en lo previsto en el inciso 3º de la ley 100 de 1993, esto es, aplicando el IBL resultante de promediar lo cotizado durante los últimos 10 años laborados y en el que sólo se tuvieron como factores salariales los emolumentos contemplados en el Decreto 1158 de 1994.

4. Recurso de apelación

La demandante solicitó revocar la sentencia y en su lugar acceder a sus pretensiones, para ello señaló que, resultaba inviable aplicar retroactivamente la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado el 28 de Agosto de 2018 traída a colación por el Señor juez para negar sus derechos, pues desconoce los derechos laborales adquiridos y desconoce el deber general del Estado de respeto a las garantías Judiciales.

Que no encuentra en ninguna parte del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que el legislador haya plasmado taxativamente la aplicación parcial del régimen de transición allí contenido, mucho menos en el transito legislativo de la citada norma, entonces con gran extrañeza las altas cortes a manera interpretativa descomponen el alcance del citado régimen para acomodarlo como quisieron, y con esto irse en contra de la clase trabajadora del Estado.

Que en el presente asunto debe aplicarse la sentencia de unificación de jurisprudencia proferida por el Consejo de Estado el 4 de Agosto de 2010, ya que con ello se materializa de manera efectiva e integral el derecho a la igualdad que debe garantizarse en toda la nación, por cuanto desde que se profirió la sentencia en mención, la liquidación de las pensiones de los empleados Públicos se ha realizado bajo las premisas que el Consejo de Estado determinó. En efecto, negarse a realizar lo mismo argumentando su decisión en una sentencia con efectos "*inter comunis*" proveniente de una revisión a fallos de tutela accionadas por un trabajador oficial, deslegitima la actividad judicial en Colombia, y pone en riesgo la seguridad jurídica de la nación.

Que la sentencia C-258 que trae a colación el Despacho, declaró inexecutable la expresión "*durante el último año*" contenida en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992 y la exequibilidad del resto del precepto fue condicionada a que se entienda que las reglas sobre IBL aplicables a todos los beneficiarios de ese régimen especial, son las contenidas en los artículos 21 y 36, inciso tercero de la Ley 100 de 1993. Que en el caso de la demandante, se encuentra sometida a un régimen totalmente diferente al que hace alusión la sentencia, pues éste se encuentra cobijado por lo establecido en las Leyes 33 y 62 de 1985, y no por el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, el cual solo es aplicable, a los congresistas y Magistrados de las Altas Cortes, por lo cual su aplicación al presente caso, resulta desafortunada e improcedente.

En cuanto a la sentencia SU 230 de 2015 señaló que, al provenir de una revisión de tutelas, no puede generar otros efectos más que los conocidos como "*inter comunis*" o "*inter pares*".

II. Consideraciones

1. Problema jurídico

Al analizar la sentencia de instancia y el escrito de impugnación, el asunto jurídico a resolver se centra en dilucidar: *¿Cuenta la accionante con derecho a la reliquidación de la pensión de vejez, con la inclusión de los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior a la fecha de retiro del servicio?*

2. Tesis del Tribunal

La demandante no tiene derecho a la reliquidación de la pensión de vejez, con la inclusión de todos los factores salariales y valores devengados en el año inmediatamente anterior a la fecha de retiro del servicio, pues para ello solo pueden ser tenidos en cuenta los factores sobre los cuales se realizaron los aportes a pensión.

Para fundamentar lo anterior se señalarán: i) las situaciones jurídicas relevantes probadas; ii) la aplicación del régimen de transición pensional y iii) la resolución del caso concreto.

3. Situaciones jurídicamente relevantes probadas

- Cajanal mediante Resolución 3295 del 09 de febrero de 2004, reconoció y ordenó el pago de pensión por vejez a la demandante, con sustento en la Ley 100/1993 y Decreto 1158/94, para ello tuvo en cuenta el 75% del promedio de lo devengado en los 8 años y 9 meses anteriores, esto es, del 1 de abril de 1994 al 30 de diciembre de 2002; liquidada sobre la asignación básica y la bonificación por servicios prestados; efectiva a partir del 1 de enero de 2003 sujetando el disfrute de la pensión al retiro definitivo del servicio. (Fls. 18-19 C. 1)
- La demandante nació el 13 de agosto de 1942, se desempeñó como auxiliar de servicios generales para el municipio de Manizales y se retiró del servicio el 16 de enero de 2005. (Fls. 30-33 C. 1)
- Durante el último año de servicios la demandante devengó los siguientes factores: *sueldo, prima de servicios, bonificación por servicios prestados, prima de vacaciones, prima técnica factor no salarial, prima de navidad*. (Fls. 28-29 C.1)
- La demandante 07 de noviembre de 2014, solicitó a la UGPP, la revisión de pensión dirigida a la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios; solicitud que fue resuelta mediante Resolución RDP 008690 del 05 de marzo de 2015 en la que se dispuso la reliquidación de la pensión teniendo en cuenta para ello el 75% del promedio de lo devengado entre el 5 de mayo de 1997 y el 17 de enero de 2005; pero únicamente sobre la *asignación básica y la bonificación por servicios prestados*; efectiva a partir del 18 de enero de 2005. (Fls. 20-23 C. 1)
- Mediante Resolución RDP 021555 de 28 de mayo de 2015, la UGPP resolvió el recurso de apelación confirmando la resolución anterior. (Fls. 25-26 C. 1)

4. Aplicación del régimen de transición pensional

4.1. Desarrollo normativo

La Ley 6ª de 1945, en el artículo 17, previó una pensión de jubilación para los empleados oficiales al alcanzar los 50 años de edad y 20 años de servicios continuos o discontinuos, equivalente a los 2/3 partes del promedio de los sueldos devengados en el último año de servicio, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 17. Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones:

[...]

b) Pensión vitalicia de jubilación, cuando el empleado u obrero haya llegado o llegue a cincuenta (50) años de edad, después de veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo, equivalente a las dos terceras partes del promedio de sueldos o jornales devengados, sin bajar de treinta pesos (\$ 30) ni exceder de doscientos pesos (\$ 200) en cada mes.

La pensión de jubilación excluye el auxilio de cesantía, menos en cuanto a los anticipos, liquidaciones parciales o préstamos que se le hayan hecho lícitamente al trabajador, cuya cuantía se irá deduciendo de la pensión de jubilación en cuotas que no excedan del 20% de cada pensión. [...]”.

La norma en mención fue modificada expresamente por el artículo 3º de la Ley 65 del 20 de diciembre de 1946, en los siguientes términos: “**ARTÍCULO 3º. La pensión mensual vitalicia de jubilación de que trata el inciso b) del artículo 17 de la Ley 6ª de 1945 será equivalente a las dos terceras partes del promedio de los salarios devengados en el último año de servicio**”.

Por su parte, el artículo 4º de la Ley 4ª de 1966, modificó el literal b) del artículo 17 de la Ley 6ª de 1945, de la siguiente manera: “**Artículo 4º. A partir de la vigencia de esta ley, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de Derecho Público se liquidarán y pagarán tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual obtenido en el último año de servicios**”. (Se resalta)

Más adelante, el Decreto-Ley 3135 de 1968 definió que los servidores públicos tendrían derecho a una pensión de jubilación cuando acumularan 20 años de servicio y cumplieran 50 años de edad para las mujeres, o 55 para los varones; prestación que sería liquidada en cuantía equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados en el último año de servicio. Adicionalmente, reconoció un régimen de transición, para aquellas personas que al momento de la entrada en vigor del decreto tuvieran 18 años de servicio, para aplicarles las normas anteriores sobre edad de jubilación, así:

“ARTÍCULO 27. Pensión de jubilación o vejez. El empleado público o trabajador oficial que sirva veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años si es varón o 50 si es mujer, tendrá derecho a que por la respectiva entidad de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia o de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio.

No quedan sujetas a esta regla general las personas que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción y que la ley determine expresamente.

PARÁGRAFO 1º. Para calcular el tiempo de servicio que da derecho a pensión de jubilación o vejez sólo se computarán como jornadas completas de trabajo las de cuatro o más horas. Si las horas de trabajo señaladas para el respectivo empleo o tarea no llegan a ese límite, el cómputo se hará sumando las horas de trabajo real y dividiéndolas por cuatro; el resultado que así se obtenga se tomará como el de días laborados y se adicionará con los de descanso remunerado y de vacaciones, conforme a la ley.

PARÁGRAFO 2º. Para los empleados y trabajadores que a la fecha del presente decreto hayan cumplido diez y ocho años continuos o discontinuos de servicios continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad al presente decreto. [...]”

En el mismo sentido, el Decreto 1848 de 1969, en los artículos 68 y 73 reiteró las exigencias impuestas por la norma anterior y en relación con la liquidación de la mesada precisó:

“ARTÍCULO 73. Cuantía de la pensión. El valor de la pensión mensual vitalicia de jubilación será equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de los salarios y primas de toda especie percibidos en el último año de servicios por el empleado oficial que haya adquirido el status jurídico de jubilado, por reunir los requisitos señalados por la ley para tal fin”.

Ahora, para establecer el ingreso base de liquidación, el artículo 45 del Decreto 1045 del 15 de julio de 1978 decretó:

“ARTÍCULO 45. De los factores de salario por la liquidación de cesantía y pensiones. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieran derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario:

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

Posteriormente, la Ley 33 de 1985 al regular el derecho a la pensión de jubilación, exigió 55 años de edad tanto para hombres como para mujeres, prestación que sería calculada con base en el 75% de lo devengado que sirvió de base para la liquidación de aportes. Igualmente, previo un régimen de transición para aquellos servidores que para el momento de su entrada en vigor tuvieran 15 años de servicios, quienes conservarían la prerrogativa de regirse por la normatividad anterior en relación con las exigencias sobre edad. Así se indicó en el artículo 1º de la ley en cita:

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

No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

En todo caso, a partir de la fecha de vigencia de esta ley, ningún empleado oficial, podrá ser obligado, sin su consentimiento expreso y escrito, a jubilarse antes de la edad de sesenta años (60), salvo las excepciones que, por vía general, establezca el Gobierno.

[...]

PARÁGRAFO 2º. Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley”.

A su vez, la Ley 62 de 1985 concretó que la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del servidor estaría constituida por los siguientes factores: *“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”.

Ahora, es importante precisar el Consejo de Estado ha considerado que con la entrada en vigor de la Ley 33 de 1985 quedó derogado el artículo 27 del Decreto 3135 de 1968, y, por ende, la transición que opera en virtud del parágrafo 2º del artículo 1º de aquella ley, remite a la Ley 6ª de 1945, así lo señaló la sentencia del 19 de abril de 2007:

“No es de recibo el argumento del a quo para negar la prestación pues si bien es cierto los decretos 3135 de 1968 y su Decreto Reglamentario 1848 de 1969, modificaron la edad de jubilación dispuesta en la Ley 6ª de 1945, dichas normas fueron derogadas por la Ley 33 de 1985 por lo que la misma nos devuelve a la Ley 6ª de 1945, como régimen anterior aplicable. Precisamente es el régimen de transición dispuesto en la Ley 33 de 1985 el que permite aplicar el régimen anterior establecido por la Ley 6ª de 1945”.¹

Posteriormente, la Ley 100 de 1993 organizó el Sistema de Seguridad Social Integral como un conjunto de obligaciones del Estado y la sociedad, instituciones y recursos destinados a garantizar la cobertura de las prestaciones de carácter económico, de salud y servicios complementarios, y las demás que se incorporen normativamente en el futuro, con el objeto de garantizar esos derechos irrenunciables de las personas, en condiciones que les permitan tener una calidad de vida acorde con la dignidad humana, a través de la protección de las contingencias que las puedan afectar (art. 1º).

En el artículo 36 de la norma en mención, concibió un régimen de transición que ha sido entendido como un beneficio en favor de las personas que cumplan con unos requisitos para la entrada en vigor de aquella, lo cual les permitirá, regirse por las normas aplicables en el régimen anterior al que se encontraban afiliados, en cuanto a la edad, tiempo de servicios o número de semanas cotizadas y monto de la prestación. Así lo señaló:

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

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

4.2. Transición de la Ley 100 de 1993

Las partes coinciden en afirmar que la demandante era beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993², empero, difieren en la interpretación que se hace de dicha normativa, pues la parte actora aduce que la pensión debe liquidarse según la Ley 33 de 1985³, teniendo como base el promedio de lo devengado

¹ Consejo de Estado, Sección Segunda: Subsección B, sentencia 19 de abril de 2007, Radicación 150012331000199902187-01 (1114-03), este criterio fue reiterado en las providencias de la Subsección B, sentencia del 19 de noviembre de 2009, Radicación 250002325000200401634 01(1028-07).

² Ver escrito de demanda y actos administrativos demandados.

³ Artículo 1º: “El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual

en el último año de servicios, mientras que la demandada sostiene que debe darse aplicación al precedente jurisprudencial fijado por la Corte Constitucional, que tiene al IBL como aspecto no cobijado por el régimen de transición.

Al respecto, el Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo a través de sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018⁴ señaló:

“85. A juicio de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado una lectura del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 permite concluir que en el régimen de transición el IBL que debe tenerse en cuenta para liquidar el monto pensional es el previsto en el inciso 3 de dicha norma.

86. Como se dijo en párrafos anteriores el régimen de transición prorrogó la vigencia de todos los regímenes pensionales anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, otorgando efectos ultractivos a algunos elementos constitutivos de dichos regímenes para aquellas personas que se encontraban afiliadas a los mismos y que estaban próximas a adquirir el derecho pensional. Tales elementos son la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión.

*87. Para establecer el monto de la pensión, el legislador, en este caso de la Ley 100 de 1993, en desarrollo de su libertad de configuración, fijó un elemento, el IBL, que cumpliría con la finalidad no solo de unificar la base de la pensión para todos aquellos que estaban próximos a pensionarse, sino como manifestación de los principios de solidaridad, universalidad y sostenibilidad financiera para garantizar la viabilidad futura del Sistema General de Pensiones; máxime teniendo en cuenta que el periodo de transición abarcaría varias décadas.
(...)*

92. De acuerdo con lo expuesto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo sienta la siguiente regla jurisprudencial:

“El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985”.

93. Para este grupo de beneficiarios del régimen de transición y para efectos de liquidar el IBL como quedó planteado anteriormente, el Consejo de Estado fija las siguientes subreglas:

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

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

...

96. La segunda subregla es que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la

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.”.

⁴ Expediente: 52001-23-33-000-2012-00143-01.

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 “.

De la Sentencia de Unificación se concluye:

(i) El régimen de transición contemplado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se refiere a la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión.

(ii) Dentro del concepto monto, existe un elemento especialmente regulado por el legislador de forma homogénea para todos los beneficiarios del régimen de transición, este es, el ingreso base de liquidación –IBL-, factor que debe atender a lo regulado por el inciso 3° del artículo 36 de la ley 100 de 1993, dependiendo del tiempo que le faltare al interesado, a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, para adquirir el derecho a la prestación.

Así pues, si al 1° de abril de 1994 (empleados nacionales) o al 30 de junio de 1995 (empleados territoriales), la persona beneficiaria del régimen de transición le faltaren 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 le faltaren 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.

(iii) Para lo anterior, deben tenerse en cuenta para la liquidación de la pensión, solamente los factores sobre los cuales se hubieren realizado las cotizaciones respectivas, en tanto, la liquidación pensional debe atender a lo efectivamente cotizado.

4.3. Aplicación en el tiempo de la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018

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

113. El artículo 237, ordinal 1, de la Constitución Política consagra como una de las atribuciones del Consejo de Estado el desempeñar las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo. En este sentido, la jurisprudencia que profiere este órgano de cierre es vinculante para resolver los conflictos cuya competencia está atribuida a esta jurisdicción, por la Constitución y la Ley.

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

115. La Sala Plena de esta Corporación, por regla general, ha dado aplicación al precedente en forma retrospectiva, método al que se acudirá en esta sentencia, disponiendo que las reglas jurisprudenciales que se fijaron en este pronunciamiento se aplican a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en

virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.

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

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

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

5. Caso concreto

Conforme a la posición actual de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, que acoge esta corporación, deben respetarse las condiciones de edad, tiempo de servicio y monto (tasa de reemplazo) de la pensión que consagraba el régimen pensional anterior. Sin embargo, para determinar el IBL, la liquidación debe regirse por lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 21 de la misma norma, dependiendo del tiempo que le faltare al interesado a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones para adquirir el derecho a la prestación.

En el caso concreto se observa que, para la fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones, (30 de Junio de 1995) a la demandante para acceder a su pensión de vejez, le faltaban menos de 10 años para cumplir los 55 años de edad (nació el 13 de agosto de 1942).

Lo anterior significa que la liquidación de su pensión, debía realizarse en los términos previstos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto es, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el Dane.

Ahora, sobre los factores que se deben tener en cuenta, atendiendo lo dispuesto por la Corte Constitucional en sus sentencias de unificación sobre la materia, los únicos que pueden incluirse para determinar el IBL son aquellos devengados durante el tiempo de liquidación referido y que sirvieron de base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones, conforme al Decreto 1158 de 1994, norma que a la letra indica:

“ARTICULO 1o. El artículo 6o del Decreto 691 de 1994, quedará así: “Base de Cotización”. El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:

- a) La asignación básica mensual;
- b) Los gastos de representación;
- c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;
- d) Las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario.
- e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;
- f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;
- g) La bonificación por servicios prestados”.

Además, para que proceda la reliquidación pensional, a la parte demandante le corresponde acreditar que frente a los factores que solicita sean incluidos para establecer el IBL realizó los respectivos aportes y no obstante, la entidad no los tuvo en cuenta al momento de liquidar la pensión.

Se observa que en la Resolución RDP 008690 del 05 de marzo de 2015 la UGPP reliquidó la pensión de vejez de la demandante, para lo cual se tuvo en cuenta el 75% sobre un IBL, conformado por el promedio de los salarios o rentas, sobre los cuales cotizó entre el 5 de mayo de 1997 y el 17 de enero de 2005, incluyendo la asignación básica y la bonificación por servicios prestados. (Fls. 20-23 C. 1) lo cual se acompasa con la disposición que se acaba de reproducir.

Ahora, aunque se certificó que la demandante también percibió: *“Prima de Navidad, Prima de Vacaciones, Prima de Servicios”*, (Fls. 28-29 C.1) estas no se enuncian en la norma como factores salariales para efectos pensionales.

En cuanto a la prima técnica se tiene que, en la constancia SAC-7197 de 20 de agosto de 2014 expedido por la Secretaría de Educación de Manizales, la demandante en el último año de servicios, esto es entre el 5 de mayo de 1997 y el 17 de enero de 2005 devengó la prima técnica, sin embargo se señala expresamente que *no constituye factor salarial*. (Fls. 28-29 C.1)

Además, en el “Formato No. 3 (A)” expedido por el Fondo Educativo Departamental “FED” de Caldas, el 11 de septiembre de 2014, en el cual se *“certifica el salario sobre el cual se cotizó o se debió cotizar”* en la casilla 29 consta que no fueron realizados aportes por concepto de prima técnica (Fls. 32-33).

Por lo tanto, se encuentra acreditado que, la prima técnica devengada por la accionante, no constituía factor salarial y además, sobre ella no fue realizado el pago de aportes o cotizaciones al sistema de pensiones.

6. Conclusión

La demandante no cuenta con derecho a que la prestación pensional reconocida sea objeto de reliquidación en los términos deprecados en la demanda -con el promedio de todos los emolumentos percibidos durante el último año de servicios-, pues de conformidad con el inciso 3° de del artículo 36 de la ley 100 de 1993, este debe ser liquidado, solamente con los factores que fueron objeto de cotizaciones al sistema pensional y que se encuentren señalados en el Decreto 1158 de 1994, como en efecto se realizó en la RDP 008690 del 05 de marzo de 2015.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala no encuentra fundamento suficiente para revocar la sentencia apelada, por lo que se confirmara la decisión.

7. Costas en esta instancia

No habrá condena en costas por no encontrarse acreditadas, además que la parte demandada no intervino en esta instancia.

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

Falla

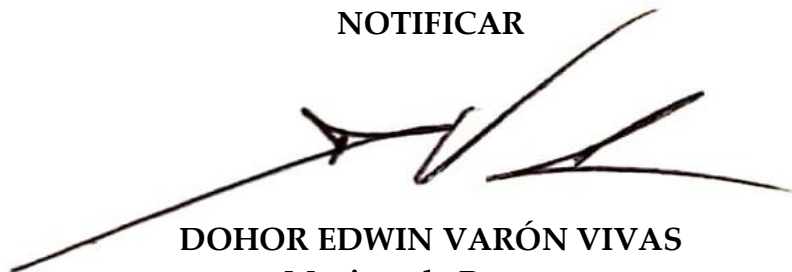
PRIMERO: Se confirma la sentencia proferida el 1º de junio de 2020 por el Juzgado Quinto Administrativo de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Esnelly Grisales de Cardona contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, Devuélvase el expediente al Juzgado de Origen, previas las anotaciones respectivas en el programa Justicia Siglo XXI.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 62 de 2021.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

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

Manizales, 26 de noviembre de 2021

MEDIO DE CONTROL	PROTECCIÓN DE DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS
ACCIONANTE	JOSÉ LEONIDAS MUÑOZ Y OTROS
ACCIONADO	MINISTERIO DE VIVIENDA, CIUDAD Y TERRITORIO – EL FONDO NACIONAL DE VIVIENDA FONVIVIENDA, EL MUNICIPIO DE MANIZALES, LA CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE CALDAS - CONFA, UNIÓN TEMPORAL TIERRA LINDA, FINDETER.
COADYUVANTE	JAVIER ELIAS ARIAS
RADICADO	17 001 23 33 0002017 00414

De conformidad con lo establecido en el artículo 213 inciso segundo de la ley 1437 de 2011, la Sala Segunda de Decisión **DECRETA PRUEBA DE OFICIO:**

DOCUMENTAL:

Por la Secretaría OFÍCIESE al Coordinador de Proyectos de Vivienda de Interés Prioritario para Ahorradores VIPA de la Fiduciaria Bogotá SA y al Gerente de la Financiera de Desarrollo Findeter SA para que en el término de cinco (5) días siguientes al recibo de la comunicación, INFORMEN por escrito al Tribunal:

- i) Qué decisión se tomó frente al desistimiento del proyecto de vivienda VIPA “Tierra Linda de Manizales” por parte de la unión temporal Tierra Linda.

- ii) Si a la unión temporal Tierra Linda se le desembolsaron recursos para la ejecución del proyecto, en caso positivo, entidad que realizó el desembolso, el valor y estado de dichos recursos.
- iii) Si se han adelantado acciones administrativas y/o legales frente a los miembros de la unión temporal Tierra Linda con motivo de la ejecución y/o desistimiento del proyecto Tierra Linda.

A las respuestas deberán anexar los soportes documentales correspondientes.

Aprobado en Sala de Decisión Ordinaria celebrada en la fecha.

NOTIFÍQUESE

Magistrada Ponente

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

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



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN**

**MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 217**

Manizales, veintiséis (26) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

Radicado: 17-001-33-33-002-2017-00550-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: María Feliza Lozano
Demandado: Nación-Ministerio de Educación-Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio - FNPSM

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

I. Antecedentes

1. La Demanda

1.1. Pretensiones

Se solicita en síntesis, se declare la nulidad parcial de la Resolución 444 del 16 de mayo de 2017, en cuanto le reconoció una pensión vitalicia de jubilación y calculó la mesada pensional sin incluir todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio al retiro definitivo.

En consecuencia, condenar a la demandada a que le reconozca y pague una pensión ordinaria de jubilación, a partir del 31 de diciembre de 2016, equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que adquirió el status jurídico de pensionada indicado y/o subsidiariamente los factores salariales percibidos en el último año de servicio al momento del retiro definitivo del servicio, que son los que constituyen la base de liquidación pensional.

Que del valor reconocido se le descuente lo que fue reconocido y cancelado en virtud de la resolución 444 del 16 de mayo de 2017; que sobre el monto inicial de la pensión reconocida, aplique los reajustes de la Ley para cada año; que se ordene el respectivo pago de las mesadas atrasadas, desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en la nómina del pensionado.

1.2. Sustento fáctico relevante

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

demás factores salariales percibidos por la actividad docente durante el último año de servicios anterior al cumplimiento del status jurídico de pensionado.

1.3. Normas violadas y concepto de la violación

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

2. Pronunciamiento de la entidad demandada

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

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

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

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró probada la excepción denominada *“inexistencia de la obligación demandada por inexistencia de causa jurídica”* propuesta por la demandada y no probadas las demás. En consecuencia negó las pretensiones de la demandante.

Para ello señaló que de conformidad con lo establecido en la Ley 812 de 2003 el régimen aplicable a los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo territorial sería el anterior al de la vigencia de la mencionada norma, siendo por ello aplicable lo contenido en la Ley 91 de 1989, la cual estableció que los docentes nacionales y nacionalizados y los que se vincularan con posterioridad al 1º de enero de 1990, les sería aplicable el régimen vigente para los pensionados del sector público nacional, el cual es la Ley 33 de 1985.

En cuanto a los factores salariales, indicó que acogería la sentencia de unificación del Consejo de Estado de 25 de abril de 2019, con base en la cual sólo procede la inclusión de aquellos enlistados en el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, sobre los que se hubiere cotizado al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.

Por lo tanto señaló que, la demandante no tiene derecho a la reliquidación de su pensión con la inclusión de factores adicionales a los ya reconocidos, al no existir prueba que indique qué sobre los factores pretendidos se hubieren efectuado cotizaciones. En cuanto a la bonificación de servicios señaló que, el último año previo al retiro del servicio de la demandante transcurrió entre el 01 de enero y el 31 de diciembre de 2016, y que la bonificación mensual solo fue reconocida hasta el 31 de diciembre de 2015 —aunque fue certificada por parte de la entidad territorial para 2016—, el factor salarial petitionado no puede ser incluido en la liquidación de la prestación vitalicia a que tiene derecho la accionante.

4. Recurso de apelación

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

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

En cuanto a la condena en costas señaló que, no puede apartarse esta jurisdicción de las calidades especiales del demandante, y que el acudir al aparato judicial para invocar la protección de un derecho que considera vulnerado, no implica entonces que su dignidad y su remuneración contrario a lo esperado, resulten lesionadas, con una condena en costas, pues en manera alguna, debe fomentarse una actitud temerosa o infundir miedo para reclamar derechos que en criterio del accionante se estén transgrediendo, dado que esta actitud por parte de la jurisdicción también puede llegar a constituir un obstáculo de acceso a la administración de justicia.

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

II. Consideraciones

1. Problema jurídico

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

2. Tesis del Tribunal

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

Para fundamentar lo anterior se abordarán los siguientes aspectos: i) hechos probados; ii) régimen pensional aplicable; iii) ingreso base de liquidación y factores salariales a incluir en la pensión de jubilación de docentes; y iv) el análisis del caso concreto.

3. Lo probado en el proceso

- Por Resolución 0557 del 24 de octubre de 2007, la Secretaría de Educación de Caldas en nombre y representación del Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, reconoció la pensión de jubilación a favor de la accionante. Mediante Resolución 444 del 16 de mayo de 2017 fue reliquidada la pensión por retiro definitivo del servicio a partir del 31 de diciembre de 2016. Para la liquidación de la prestación se aplicó el 75% del salario promedio mensual devengado durante el último año de servicio, incluyendo además del sueldo, la prima de navidad y de vacaciones. (Fl 19-20 C.1)
- Según Formato Único para la Expedición de Certificado de Salarios del Fomag 10979 de 26 de noviembre de 2018, a la demandante le es aplicable el régimen de pensiones anterior a la vigencia de la Ley 812 del 2003, y en el último año de servicio devengó la bonificación mensual de servicios y la prima de servicio, además de los factores salariales ya reconocidos. (Fl 161 C.1)
- De conformidad con lo anterior se tiene lo siguiente:

Factores Ley 62/85	Factores devengados último año de servicios (fls. 161-161 vto).	Factores tenidos en cuenta en el acto de reliquidación (fls. 19- 20).
Asignación básica	Asignación básica	Sueldo mensual
Gastos de representación	Bonificación mensual	
Primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación	Prima de vacaciones	Prima de vacaciones
Dominicales y feriados, trabajo suplementario realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio	Prima de navidad	Prima de navidad
Horas extras	Prima de servicios	
Bonificación por servicios prestados		

4. Régimen pensional aplicable

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

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

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

En el presente asunto, de conformidad con la Resolución 444 del 16 de mayo de 2017, la demandante se vinculó al servicio público educativo oficial con anterioridad a la Ley 812 de 2003, por lo tanto, le son aplicables en materia pensional las normas que regían con anterioridad.

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

Además, la Ley 60 de 1993² dispuso que el régimen aplicable a los docentes nacionales y nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y a las nuevas vinculaciones, sería el referido en la Ley 91 de 1989. Así mismo, la Ley 115 de 1994³, en la parte final del inciso 1º del artículo 115, remitió al régimen prestacional establecido para los educadores estatales en las Leyes 91 de 1989 y 60 de 1993.

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

4.1. Ingreso base de liquidación pensional

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

Y el artículo 3º ibidem dispuso:

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

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

La Sección Segunda de la Alta Corporación, en sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, consideró que el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los

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

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

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

factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y, por ende, para establecer la cuantía de las pensiones de los servidores públicos debían incluirse todos los factores percibidos de manera habitual, como contraprestación por sus servicios.

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

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

Así, en la mencionada sentencia se precisó que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5. Caso concreto

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

La parte actora en su recurso de apelación no formula oposición frente a la conclusión del a quo en cuanto a la bonificación de servicios, frente a la que se señaló que, el último año previo al retiro del servicio de la demandante transcurrió entre el 01 de enero y el 31 de diciembre de 2016, y que la bonificación mensual solo fue reconocida hasta el 31 de diciembre de 2015 — aunque fue certificada por parte de la entidad territorial para 2016—, el factor salarial petitionado no puede ser incluido en la liquidación de la prestación vitalicia a que tiene derecho la accionante.

Conforme a la regla fijada por el Consejo de Estado en materia de ingreso base de liquidación de las pensiones de jubilación de los docentes vinculados antes de la Ley 812 de 2003, los factores que deben tenerse en cuenta son sólo aquellos sobre los que se hubieran efectuado los aportes, esto es, únicamente los señalados expresamente en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, así: *asignación básica mensual, gastos de representación, primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación cuando fueran factor de salario, dominicales y festivos, horas extras, bonificación por servicios prestados, y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.*

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

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

De otro lado se precisa que, pese a que en la Resolución 444 del 16 de mayo de 2017, se tuvo en cuenta la prima de navidad y de vacaciones, para liquidar la pensión de jubilación de la parte demandante –factores que no está incluido en la Ley 62 de 1985—, dicho acto de

⁷ **ARTÍCULO 1º.** Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los

reconocimiento pensional no puede modificarse en ese aspecto, pues este Juez no tiene competencia, ya que la demanda solo pretende la nulidad por no incluir otros factores salariales.

Llegar a una conclusión diferente implicaría vulnerar el principio de congruencia externa y como lo sostuvo el Consejo de Estado⁸, no sólo desbordar el objeto del litigio fijado sino que afectaría principios y derechos constitucionales como el debido proceso, la confianza legítima y la tutela efectiva de los derechos que pretende quien impugna una decisión administrativa a través de este medio de control.

6. Conclusión

De conformidad con la normativa y la jurisprudencia citada y con fundamento en los hechos debidamente acreditados, a la demandante no le asiste derecho a que su pensión de jubilación se reliquide incluyendo la prima de servicios, como factor salarial devengado en el año anterior a la adquisición del status pensional.

7. Costas

La apelante se opuso a la condena en costas impuestas en primera instancia al referir que, no puede apartarse esta jurisdicción de las calidades especiales del demandante, y que el acudir al aparato judicial para invocar la protección de un derecho que considera vulnerado, no implica entonces que su dignidad y su remuneración contrario a lo esperado, resulten lesionadas, con una condena en costas, pues en manera alguna, debe fomentarse una actitud temerosa o infundir miedo para reclamar derechos que en criterio del accionante se estén transgrediendo, dado que esta actitud por parte de la jurisdicción también puede llegar a constituir un obstáculo de acceso a la administración de justicia.

Al respecto, encuentra la Sala que, la demanda fue interpuesta por la parte demandante conforme a la jurisprudencia vigente del Consejo de Estado para dicha época y que fue solo a partir de la sentencia de unificación SUJ-014- CE -S2-2019 del 25 de Abril de 2019 de la Sección Segunda del Consejo de Estado en que se determinó el ingreso base de liquidación en el régimen pensional de los docentes vinculados al servicio público educativo oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En consecuencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, se revocará la condena en costas impuestas en primera instancia y no se condenará en costas en esta instancia, al no encontrarse causadas.

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

FALLA

PRIMERO: Se revoca el ordinal Cuarto de la sentencia del 26 de septiembre de 2019 proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Manizales, dentro del proceso de

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.

⁸ Así lo precisó en la sentencia de unificación del 29 del 25 de abril de 2019 ya citada.

nulidad y restablecimiento del derecho promovido por **María Feliza Lozano** contra la **Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**. En su lugar: No se condena en costas en primera instancia.

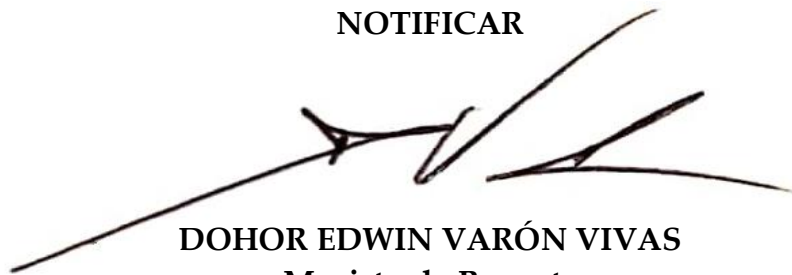
SEGUNDO: Se confirma en todo lo demás las sentencia apelada.

TERCERO: No se impone condena en costas en esta instancia.

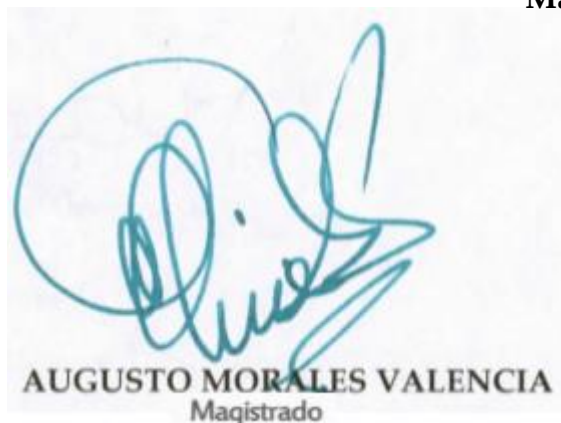
CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa "*Justicia Siglo XXI*".

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 62 de 2021.

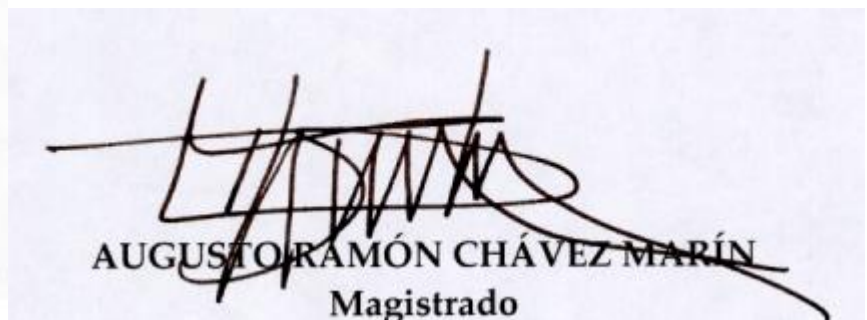
NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

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



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN**

**MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 219**

Manizales, veintiséis (26) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

Radicado:	17-001-33-33-002-2017-00565-02
Naturaleza:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante:	Alba Lucía Gutiérrez de Cadavid
Demandados:	Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF

Se emite fallo con ocasión al recurso apelación impetrado por la demandante contra la sentencia que negó sus pretensiones.

I. Antecedentes

1. La demanda

1.1. Pretensiones

La parte demandante solicita en síntesis, se declare la nulidad de las Resoluciones RDP 038642 del 10 de Octubre de 2017, RDP 041875 del 7 de Noviembre de 2017 y RDP 046647 del 12 de Diciembre de 2017, por medio de la cual se negó la reliquidación de la pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el año anterior al retiro definitivo.

Que a título de restablecimiento del derecho se ordene reliquidar y pagar los ajustes de la pensión de jubilación sobre al equivalente al 75% del promedio mensual de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios: sueldo mensual, prima de antigüedad mensual, subsidio de alimentación mensual, subsidio de transporte mensual, bonificación por servicios prestados, prima de vacaciones, bonificación de recreación, prima de navidad y bonificación devengados entre el 01 de enero al 31 de diciembre de 1993.

Que se condene a la UGPP liquidar y pagar la totalidad de las diferencias que se han venido pagando en virtud de la resolución de reconocimiento y la sentencia que ponga fin a este proceso, teniendo en cuenta los factores salariales subsidio de alimentación, auxilio de transporte y prima de navidad. Y se ordene el reconocimiento y pago de los ajustes de valor debidamente indexados con el IPC, los intereses moratorios.

1.2. Sustento fáctico relevante

Señala que, fue retirada del servicio a partir del 31 de enero de 1993 y empezó a disfrutar de la pensión de jubilación desde el 01 de enero de 1994 con estatus de pensionada desde el 27 de enero de 1991. El reconocimiento indica que se hizo sobre el 75% cuando en realidad le

están liquidando sobre el 61.80% del valor devengado en el último año de servicios incluidos todos los factores salariales. Solicitó la reliquidación de la pensión de jubilación teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios, lo cual fue negado a través de los actos demandados.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

Se invocaron como vulnerados los artículos, 2, 5, 13, 29, 48, 53, y 58 de la Constitución Política; Decreto 1848 de 1969; Decretos 1042 y 1045 de 1978; Artículo 1 y 3 inciso 3 de Ley 33 de 1985; Ley 32 de 1986. Indicó que la ley no señaló de manera taxativa los factores salariales que conforman la base de la liquidación pensional y por ende deben tenerse en cuenta todos los que constituyen salario devengados en el año anterior al estatus pensional. Invoca la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 4 de agosto de 2010 radicado 0112-2009 para afirmar que a la demandante no se le respetaron los derechos adquiridos al no tener en cuenta en la base de liquidación pensional todos los factores devengados.

2. Pronunciamiento de los sujetos procesales

La **UGPP** se opuso a las pretensiones de la demandante, al paso de señalar como ciertos los hechos referentes a la expedición de los actos administrativos de reconocimiento de la pensión. Como medios exceptivos de fondo planteó:

INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO: La demandante no cumple con los requisitos para la reliquidación de la pensión de jubilación; además que la bonificación por recreación ni la prima de vacaciones no son factor salarial. *IRRETROACTIVIDAD:* Al demandante le fue aplicada la normatividad vigente para la época en que adquirió el status de pensionado, por lo tanto, no puede solicitar hoy que le sean aplicadas con retroactividad jurisprudencias que considera más beneficiosas. *PRESCRIPCIÓN:* De conformidad con lo dispuesto en el Decreto 1848 de 1969 reglamentario del Decreto 3135 de 1968 y en los artículos 488 del CST y el 151 del CPT.

El **ICBF** se opuso a las pretensiones de la demandante y argumentó que, no existe una relación entre la UGPP y el Instituto que obligue a éste a pagar lo pretendido en la demanda toda vez que, esta entidad cumplió con sus obligaciones legales durante la relación laboral, particularmente en el último año de servicios, sin que pueda afectarlo un cambio en la interpretación de la norma. Así mismo realizó el pago mensual de los aportes de sus empleados a la entonces Cajanal sin que esta hiciera requerimiento alguno en relación con los factores sobre los cuales liquidó y pagó aportes.

Explicó que, la obligación de la entidad en cuanto a los aportes cesó desde el momento en el cual el trabajador se desvinculó de la entidad, y desde allí empieza a contarse el término de prescripción de cobro a favor del empleador, siendo responsabilidad de la caja de previsión en su momento controlar el correcto cálculo de los aportes.

Con fundamento en lo anterior propuso las excepciones de “*PRINCIPIO DE LEGALIDAD TAXATIVIDAD DE LA LEY 33 DE 1985*”, “*OBLIGATORIEDAD DEL PRECEDENTE JUDICIAL*” E “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN*”.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró probada la excepción de *inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido* alegada por la demandada; en consecuencia, negó las pretensiones de la demandante y la condenó en costas.

Precisó que, de acuerdo con lo probado, atendiendo a la nueva tesis del Consejo de Estado en la sentencia de unificación SUJ-014-CE-S2-2019 del 25 de Abril de 2019, y a que a la demandante le aplica el régimen pensional anterior a la Ley 100 de 1963, esto es la Ley 62 de 1985, la demandante en el último año previo al estatus pensional, percibió la asignación básica, la prima de antigüedad y la bonificación por servicios prestados las cuales si fueron tenidas en cuenta en el acto de reconocimiento de la prestación, no siendo los demás factores peticionados en la demanda y devengados también en el último año procedentes para la liquidación de la base pensional, al no estar enlistados en la citada norma, por lo que habrá de negarse la pretensión de reliquidación para la inclusión de otros factores.

Aclaró respecto a la prima de antigüedad que, se demostró que la demandante devengó en el año de 1993 que fue el último de servicio previo al retiro, prima de antigüedad en monto de \$17.585 mensual, que como se ha indicado es base de la liquidación pensional en el régimen que le aplica. Y revisada la Resolución de reliquidación, allí sólo se enlista la asignación básica mensual y la bonificación por servicios prestados, lo que en principio haría pensar que debe incluirse la prima de antigüedad.

Sin embargo, al hacer la sumatoria del valor de la asignación mensual más la prima de antigüedad devengadas en el año 1993 y multiplicado dicho valor total por 12 meses ello arroja un valor de \$2'128.248 que es la suma tenida en cuenta en la Resolución 005669 del 29 de junio de 1995 por el factor "*ASIGNACIÓN Básica*".

Por ende, sí se incluyó en la reliquidación pensional el monto percibido como prima de antigüedad cuyo monto mensual se sumó al del salario mensual, por lo que no hay lugar a ordenar incluir dicho factor.

En línea de lo dicho se encuentra que los actos administrativos demandados se ajustan a la legalidad en cuanto negaron la reliquidación de la pensión de la demandante sobre el argumento que la ley 62 de 1985 señala de manera taxativa los factores base de liquidación no siendo procedente los demás peticionados por la demandante y no enlistados en la citada norma.

De otro lado en los hechos de la demanda se expresa que no se aplicó la tasa de reemplazo del 75% sino del 61.80%, sin embargo al analizar la resolución por medio de la cual se reconoció la pensión de jubilación a la demandante, así como la de reliquidación, se observa que la tasa de reemplazo aplicada efectivamente correspondió al 75%, es decir, la misma está conforme con la Ley 33.

4. Recurso de apelación

La demandante recurrió la sentencia señalando que, en esta se está aplicando con retroactividad unas normas, jurisprudencia del año 2019, a una pensión mensual vitalicia de jubilación reconocida 26 años atrás, y que se adquirió el status de pensionada desde el 27 de enero de 1991, esto es, es decir, desde hace más de 28 años.

Que la demandante no está en régimen de transición de la Ley 100 de 1993, que es a quien aplicaría la jurisprudencia referida en la sentencia.

Que la entidad demandada ha reconocido que, entre las normas aplicables para la liquidación de la pensión de la demandante, están la Ley 4/66, Decreto 81/76, Decreto 1848/69, Decreto 1045/78, y Decreto 01/84, tal y como consta en las Resoluciones 13658 del 11 de marzo de 1993, 005669 del 29 de junio de 1995, resoluciones que se encuentran debidamente notificadas y ejecutoriadas, y las cuales nunca han sido declarado nulas o inválidas por autoridad competente.

Que si la entidad demandada, en los actos administrativos mencionados ha tenido en cuenta estas normas, específicamente el Decreto 1045 de 1978, deberá proceder a liquidar la pensión de la demandante, con lo allí dispuesto, es decir, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

Que en materia administrativa afirma el Consejo de Estado que las decisiones de la Corte Constitucional no obligan a las demás Cortes de cierre, y afirma que el Consejo de Estado es el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, y la jurisprudencia vinculante para resolver los conflictos cuya competencia le está atribuida a esta jurisdicción es aquella dictada por ese Tribunal de cierre.

Que el Consejo de Estado ha considerado que, conforme a los principios de progresividad, favorabilidad en materia laboral y primacía de la realidad sobre las formalidades, debe entenderse como salario para efectos de la liquidación pensional todo aquello que reciba el empleado como contraprestación directa del servicio, indistintamente de la denominación que adopte. Que si por algún motivo el pagador de la entidad responsable de hacer los descuentos a la demandante, no los hizo, deberá asumir la entidad su responsabilidad, y obviamente en un posible caso de reliquidación deberán descontarse los valores dejados de pagar que correspondían a la demandante.

II. Consideraciones

1. Problema jurídico

Al analizar la sentencia de instancia y el escrito de impugnación, el asunto jurídico a resolver se centra en dilucidar: *¿Cuenta la accionante con derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación, con la inclusión de los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior a la fecha de retiro del servicio?*

2. Tesis del Tribunal

La demandante no tiene derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación, con la inclusión de todos los factores salariales y valores devengados en el año inmediatamente anterior a la fecha de retiro del servicio, pues para ello solo pueden ser tenidos en cuenta los factores sobre los cuales se realizaron los aportes a pensión.

Para fundamentar lo anterior se señalarán: i) las situaciones jurídicas relevantes probadas; ii) la aplicación del régimen de transición pensional y iii) la resolución del caso concreto.

3. Situaciones jurídicamente relevantes probadas

- La demandante nació el 27 de enero de 1941 (Fl. 7 Archivo:003AnexoCDFolio97.pdf) y laboró en la Procuraduría General de la Nación entre el 12 de marzo de 1968 y el 30 de agosto de 1969, y en el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar entre el 1º de octubre de 1970 al 30 de junio de 1991. (Fl 31 C.1)
- Cajanal con la Resolución 13658 del 11 de marzo de 1993 le reconoció la pensión de jubilación efectiva a partir del 1º de Julio de 1991 adquiriendo el estatus jurídico de pensionada el 27 de enero de 1991. Se liquidó sobre los siguientes factores salariales: asignación básica y bonificación por servicios prestados. (Fls. 16-18 Archivo:003AnexoCDFolio97.pdf)

- La demandante se retiró del servicio a partir del 1° de enero de 1994 según consta en la Resolución 0019 de 1993, por ende, el último año de servicios comprendió el 1° al 31 de diciembre de 1993. (Fl. 25 Archivo:003AnexoCDFolio97.pdf)
- Durante el último año de servicios la demandante devengó los siguientes factores: asignación básica, prima de antigüedad, prima de vacaciones, subsidio de alimentación y transporte, bonificación, bonificación por recreación, bonificación por servicios prestados. (Fl. 30 C.1)
- Por motivo del retiro del servicio se reliquidó la pensión de jubilación con la Resolución 005669 del 29 de junio de 1995 teniendo en cuenta la asignación básica y la bonificación por servicios prestados devengados en el último año de servicios previo al retiro (Fls. 34-36 Archivo:003AnexoCDFolio97.pdf)

4. Aplicación del régimen de transición pensional

4.1. Desarrollo normativo

La Ley 6ª de 1945, en el artículo 17, previó una pensión de jubilación para los empleados oficiales al alcanzar los 50 años de edad y 20 años de servicios continuos o discontinuos, equivalente a los 2/3 partes del promedio de los sueldos devengados en el último año de servicio, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 17. Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones:

[...]

b) Pensión vitalicia de jubilación, cuando el empleado u obrero haya llegado o llegue a cincuenta (50) años de edad, después de veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo, equivalente a las dos terceras partes del promedio de sueldos o jornales devengados, sin bajar de treinta pesos (\$ 30) ni exceder de doscientos pesos (\$ 200) en cada mes.

La pensión de jubilación excluye el auxilio de cesantía, menos en cuanto a los anticipos, liquidaciones parciales o préstamos que se le hayan hecho lícitamente al trabajador, cuya cuantía se irá deduciendo de la pensión de jubilación en cuotas que no excedan del 20% de cada pensión. [...].”

La norma en mención fue modificada expresamente por el artículo 3º de la Ley 65 del 20 de diciembre de 1946, en los siguientes términos: *“ARTÍCULO 3º. La pensión mensual vitalicia de jubilación de que trata el inciso b) del artículo 17 de la Ley 6ª de 1945 será equivalente a las dos terceras partes del promedio de los salarios devengados en el último año de servicio”*.

Por su parte, el artículo 4º de la Ley 4ª de 1966, modificó el literal b) del artículo 17 de la Ley 6ª de 1945, de la siguiente manera: *“Artículo 4º. A partir de la vigencia de esta ley, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de Derecho Público se liquidarán y pagarán tomando como base el **setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual obtenido en el último año de servicios**”*. (Se resalta)

Más adelante, el Decreto-Ley 3135 de 1968 definió que los servidores públicos tendrían derecho a una pensión de jubilación cuando acumularan 20 años de servicio y cumplieran 50 años de edad para las mujeres, o 55 para los varones; prestación que sería liquidada en cuantía equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados en el último año de servicio. Adicionalmente, reconoció un régimen de transición, para aquellas personas que al momento de la entrada en vigor del decreto tuvieran 18 años de servicio, para aplicarles las normas anteriores sobre edad de jubilación, así:

*“ARTÍCULO 27. Pensión de jubilación o vejez. El empleado público o trabajador oficial que sirva veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años si es varón o 50 si es mujer, tendrá derecho a que por la respectiva entidad de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia o de jubilación equivalente al **75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio**.*

No quedan sujetas a esta regla general las personas que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción y que la ley determine expresamente.

PARÁGRAFO 1º. Para calcular el tiempo de servicio que da derecho a pensión de jubilación o vejez sólo se computarán como jornadas completas de trabajo las de cuatro o más horas. Si las horas de trabajo señaladas para el respectivo empleo o tarea no llegan a ese límite, el cómputo se hará sumando las horas de trabajo real y dividiéndolas por cuatro; el resultado que así se obtenga se tomará como el de días laborados y se adicionará con los de descanso remunerado y de vacaciones, conforme a la ley.

PARÁGRAFO 2º. Para los empleados y trabajadores que a la fecha del presente decreto hayan cumplido diez y ocho años continuos o discontinuos de servicios continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad al presente decreto. [...]”

En el mismo sentido, el Decreto 1848 de 1969, en los artículos 68 y 73 reiteró las exigencias impuestas por la norma anterior y en relación con la liquidación de la mesada precisó:

*“ARTÍCULO 73. Cuantía de la pensión. El valor de la pensión mensual vitalicia de jubilación será equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de los **salarios y primas de toda especie percibidos en el último año de servicios por el empleado oficial** que haya adquirido el status jurídico de jubilado, por reunir los requisitos señalados por la ley para tal fin”.*

Ahora, para establecer el ingreso base de liquidación, el artículo 45 del Decreto 1045 del 15 de julio de 1978 decretó:

“ARTÍCULO 45. De los factores de salario por la liquidación de cesantía y pensiones. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieran derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario:

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

Posteriormente, la Ley 33 de 1985 al regular el derecho a la pensión de jubilación, exigió 55 años de edad tanto para hombres como para mujeres, prestación que sería calculada con base en el 75% de lo devengado que sirvió de base para la liquidación de aportes. Igualmente, previo un régimen de transición para aquellos servidores que para el momento de su entrada en vigor tuvieran 15 años de servicios, quienes conservarían la prerrogativa de regirse por la normatividad anterior en relación con las exigencias sobre edad. Así se indicó en el artículo 1º de la ley en cita:

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

No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

En todo caso, a partir de la fecha de vigencia de esta ley, ningún empleado oficial, podrá ser obligado, sin su consentimiento expreso y escrito, a jubilarse antes de la edad de sesenta años (60), salvo las excepciones que, por vía general, establezca el Gobierno.

[...]

PARÁGRAFO 2º. Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley”.

A su vez, la Ley 62 de 1985 concretó que la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del servidor estaría constituida por los siguientes factores: *“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”.*

Ahora, es importante precisar el Consejo de Estado ha considerado que con la entrada en vigor de la Ley 33 de 1985 quedó derogado el artículo 27 del Decreto 3135 de 1968, y, por ende, la transición que opera en virtud del parágrafo 2º del artículo 1º de aquella ley, remite a la Ley 6ª de 1945, así lo señaló la sentencia del 19 de abril de 2007:

“No es de recibo el argumento del a quo para negar la prestación pues si bien es cierto los decretos 3135 de 1968 y su Decreto Reglamentario 1848 de 1969, modificaron la edad de jubilación dispuesta en la Ley 6ª de 1945, dichas normas fueron derogadas por la Ley 33 de 1985 por lo que la misma nos devuelve a la Ley 6ª de 1945, como régimen anterior aplicable. Precisamente es el régimen de transición dispuesto en la Ley 33 de 1985 el que permite aplicar el régimen anterior establecido por la Ley 6ª de 1945”.¹

Posteriormente, la Ley 100 de 1993 organizó el Sistema de Seguridad Social Integral como un conjunto de obligaciones del Estado y la sociedad, instituciones y recursos destinados a garantizar la cobertura de las prestaciones de carácter económico, de salud y servicios complementarios, y las demás que se incorporen normativamente en el futuro, con el objeto de garantizar esos derechos irrenunciables de las personas, en condiciones que les permitan tener una calidad de vida acorde con la dignidad humana, a través de la protección de las

¹ Consejo de Estado, Sección Segunda: Subsección B, sentencia 19 de abril de 2007, Radicación 150012331000199902187-01 (1114-03), este criterio fue reiterado en las providencias de la Subsección B, sentencia del 19 de noviembre de 2009, Radicación 250002325000200401634 01(1028-07).

contingencias que las puedan afectar (art. 1º).

En el artículo 36 de la norma en mención, concibió un régimen de transición que ha sido entendido como un beneficio en favor de las personas que cumplan con unos requisitos para la entrada en vigor de aquella, lo cual les permitirá, regirse por las normas aplicables en el régimen anterior al que se encontraban afiliados, en cuanto a la edad, tiempo de servicios o número de semanas cotizadas y monto de la prestación. Así lo señaló:

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

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

4.2. Transición de la Ley 33 de 1985

Frente al régimen aplicable a los beneficiarios de la transición de la Ley 33 de 1985, existen dos tesis diferentes en el Consejo de Estado, ambas expuestas en el trámite de procesos ordinarios decididos por la Sección Segunda, cuya especialidad corresponde a asuntos laborales, y que, por lo tanto, constituyen precedentes vinculantes en la materia.

La primera de las tesis se fundamenta en que, de conformidad con el régimen de transición establecido por la Ley 33 de 1985, si para el 13 de febrero de 1985, fecha en la cual entró en vigencia la mencionada ley, el empleado oficial había reunido 15 años de servicios continuos o discontinuos, se tiene que es destinatario de la pensión de jubilación de conformidad con lo ordenado en la Ley 6ª de 1945, es decir que con el cumplimiento de 50 años de edad y 20 años de servicios, en cuantía equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados en el último año de servicios y con la inclusión de los factores salariales contenidos en el **artículo 45 del Decreto 1045 de 1978**.

Así se precisó, entre otras, en sentencia del Consejo de Estado² del 14 de febrero de 2019, en la que señaló:

“No queda duda, entonces, que la demandante era beneficiaria del régimen de transición previsto por la Ley 33 de 1985, pues para el momento en que esta empezó a regir tenía más de 15 años de servicio, circunstancia que no se afecta por el hecho de que la prestación hubiera sido reconocida en vigencia de la Ley 100 de 1993. Por tanto, su pensión debía regirse por la Ley 6 de 1945 y no por las reglas y subreglas definidas para los beneficiarios del régimen de transición de la mencionada Ley 100 de 1993 en la sentencia del 28 de agosto de 2018 de la Sala Plena del Consejo de Estado³.

Por consiguiente, la liquidación de la mesada debe tener en cuenta los factores salariales que

2 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección “A”. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. Sentencia de 14 de febrero de 2019. Rad.: 25000-23-42-000-2012-01598-01(1559-14)

3 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 28 de agosto de 2018, actor; Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro.

devengó durante el último año de servicios, en los términos del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, dentro del cual no se encuentran los incentivos por desempeño grupal y el factor nacional que reclama la demandante en el recurso de apelación, por cuanto no tienen carácter salarial”.

En la sentencia de 2 de mayo de 2019⁴, proferida por la Subsección “A” de la Sección Segunda de esa Corporación, mediante la cual se confirmó la decisión del *a quo* de reliquidar la pensión de jubilación, con la inclusión de todos los factores salariales expresamente contenidos en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, se señaló:

“[...]Antes del 1 de abril de 1994, fecha en la que entró a regir la Ley 100 de 1993 que estableció el Sistema General de Pensiones, se encontraba vigente la Ley 33 de 1985⁵ cuya eficacia tuvo inicio el 13 de febrero de 1985⁶.

Esta última ley en el artículo 17 dispuso que el empleado oficial que sirva o haya servido 20 años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años, tiene derecho a que la respectiva caja de previsión le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

Pero, hay que tener presente que en el inciso 1 del parágrafo 2, determinó su régimen de transición cuando ordenó que «los empleados oficiales que a la fecha de la presente Ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley».

Esas disposiciones, tal como lo consideró esta Sección⁸, son las contenidas en la Ley 6 de 1945⁹, concretamente en el literal b) de su artículo 17¹⁰, según el cual el derecho a la pensión de jubilación se adquiere con la edad de 50 años y el tiempo de servicio de 20 años continuo o discontinuo. Tal precepto posteriormente fue modificado por el artículo 3 de la Ley 65 de 1946¹¹

4 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, sentencia de 2 de mayo de 2019, C.P. Gabriel Valbuena Hernández, providencia identificada con el número único de radicación 25000-23-42-000-2012-02011-01(0298-14).

5 Ley 33 de 29 de enero de 1985 «Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el sector público».

6 Ley 33 de 1985. Artículo 25. «Esta Ley rige a partir de su sanción y deroga los artículos 27 y 28 del Decreto extraordinario 3135 de 1968 y las demás disposiciones que le sean contrarias». **Esta ley «entró en vigencia a partir del día siguiente de su publicación, esto es, a partir del trece (13) de febrero de 1985** porque a partir esa fecha, (sic) satisfecho el requisito de publicidad, sus disposiciones adquirieron carácter vinculante y obligatorio» tal como la Corte Constitucional lo consideró en la sentencia C-932 de 15 de noviembre de 2006 con ponencia del magistrado Humberto Antonio Sierra Porto.

7 Ley 33 de 1985. Artículo 1. «El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) 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».

8 Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencias de 19 de abril de 2007. Radicación: 1114-03 y de 19 de noviembre de 2009. Radicación: 1028-07 al igual que en la sentencia de 16 de diciembre de 2009. Radicación: 1754-06.

9 Ley 6 de 1945. «Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial del trabajo». Artículo 3. «La pensión mensual vitalicia de jubilación de que trata el inciso b) del artículo 17 de la Ley 6a. de 1945 será equivalente a las dos terceras partes del promedio de los salarios devengados en el último año de servicio».

10 Ley 6 de 1945. Artículo 17. «Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones: [...] b) Pensión vitalicia de jubilación, cuando el empleado u obrero haya llegado o llegue a cincuenta (50) años de edad, después de veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo, equivalente a las dos terceras partes del promedio de sueldos o jornales devengados, sin bajar de treinta pesos (\$ 30) ni exceder de doscientos pesos (\$ 200) en cada mes. [...]».

11 Ley 65 de 1946 «Por la cual se modifican las disposiciones sobre cesantía y jubilación y se dictan otras». Artículo 3. «La pensión mensual vitalicia de jubilación de que trata el inciso b) del artículo 17 de la Ley 6a. de 1945 será equivalente a las dos terceras partes del promedio de los salarios devengados en el último año de servicio». De conformidad con su artículo 10: «Esta Ley regirá desde su sanción», que lo fue el 19 de diciembre de 1946.

que entró a regir el 19 de diciembre de 1946, solo en el sentido de que dicha prestación sería equivalente a las dos terceras partes del promedio de los salarios devengados en el último año de servicio.

Luego, la Ley 4 de 1966¹² en su artículo 4¹³ modificó el literal b) del artículo 17 de la Ley 6 de 1945, en el sentido de que las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de entidades de derecho público se liquidarán y pagarán tomando como base el 75% del promedio mensual obtenido en el último año de servicios.

Por su parte el Decreto 3135 de 1968¹⁴ en el artículo 27¹⁵ ordenó que los servidores públicos tendrían derecho a una pensión de jubilación que sería liquidada en cuantía equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados en el último año de servicio. Y en igual sentido, el Decreto 1848 de 1969¹⁶ en su artículo 73¹⁷ reiteró la cuantía en mención.

*Ahora bien, el Decreto 1045 de 1978¹⁸, cuya vigencia tuvo inicio a partir del 20 de abril de 1978¹⁹, determinó en el artículo 45 que, para efecto del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de **las pensiones** a que tuvieran derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en el acto de liquidación se tendrán en cuenta como factores de salario los siguientes:*

La asignación básica mensual; los gastos de representación y la prima técnica; los dominicales y feriados; las horas extras; los auxilios de alimentación y transporte; la prima de navidad; la bonificación por servicios prestados; la prima de servicios; los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a 180 días en el último año de servicio; los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto Ley 710 de 1978; la prima de vacaciones; el valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio; las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968.

En conclusión, de conformidad con el régimen de transición establecido por la Ley 33 de 1985 en el inciso 1 del párrafo 2 de su artículo 1, si para el 13 de febrero de 1985,

12 Ley 4 de 1966. «Por la cual se provee de nuevos recursos a la Caja Nacional de Previsión Social, se reajustan las pensiones de jubilación e invalidez y se dictan otras disposiciones». En su artículo 14 señala que: «[...] rige desde su sanción» y fue «Dada en Bogotá, D.E., a 23 de abril de 1966».

13 Ley 4 de 1966. Artículo 4. «A partir de la vigencia de esta ley, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de Derecho Público se liquidarán y pagarán tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual obtenido en el último año de servicios».

14 Decreto 3135 de 1968. «Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales».

15 Decreto 3135 de 1968. Artículo 27. «PENSIÓN DE JUBILACIÓN O VEJEZ. El empleado público o trabajador oficial que sirva veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años si es varón o 50 si es mujer, tendrá derecho a que por la respectiva entidad de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia o de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio. [...]». Esta norma fue derogada por el artículo 25 de la Ley 33 de 1985.

16 Decreto 1848 de 1969. «Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968».

17 Decreto 1848 de 1969. Artículo 73. ««ARTICULO 73. CUANTÍA DE LA PENSIÓN. El valor de la pensión mensual vitalicia de jubilación será equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de los salarios y primas de toda especie percibidos en el último año de servicios por el empleado oficial que haya adquirido el status jurídico de jubilado, por reunir los requisitos señalados por la ley para tal fin».

18 Decreto 1045 de 1978. «Por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional». Este decreto fue expedido por el presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias que le fueron conferidas por la Ley 5 de 1978.

19 Decreto 1045 de 1978. Artículo 57. «DE LA VIGENCIA. Las reglas del presente decreto se aplicarán al reconocimiento y pago de las prestaciones desde el 20 de abril de 1978, cualquiera sea la fecha en que se hayan causado. El presente decreto rige a partir de la fecha de su expedición, surte efectos fiscales desde el 20 de abril del presente año y subroga en su totalidad el decreto-ley 777 de 1978».

fecha en la cual cobró vigencia dicha ley, el empleado oficial ha reunido los 15 años de servicios continuos o discontinuos, se tiene que es destinatario de la pensión de jubilación de conformidad con lo ordenado por el literal b) del artículo 17 de la Ley 6 de 1945, es decir con el cumplimiento de 50 años de edad y 20 años de servicios continuos o discontinuos, en cuantía equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados en el último año de servicio, y con los factores salariales contenidos en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

[...] se confirmará la decisión del tribunal, porque la reliquidación de la pensión de jubilación de la demandante se debe gobernar por el régimen de transición de la Ley 33 de 1985 que remite a la Ley 6 de 1945, en el 75% del salario devengado en el último año de servicios y con los factores salariales expresamente contenidos en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 [...].
(Destacado fuera de texto).

Ahora, **la segunda tesis** acogida por la misma Subsección, en sentencia de 27 de junio de 2019²⁰, se consideró que, aun cuando la sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018 se pronunció sobre la forma en la que debe liquidarse el régimen de transición dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la subregla allí contenida respecto de los factores salariales que deben incluirse en el IBL pensional debe ser extendida a los beneficiarios de la Ley 33 de 1985, toda vez que en la misma se hace referencia a la interpretación del artículo 3° de esta última norma, modificada por la Ley 62 de 1985, es decir, a la taxatividad de los factores computables en la liquidación pensional.

Al respecto, en la mencionada sentencia de 27 de junio de 2019, la Sección Segunda consideró lo siguiente:

“[...]El artículo 1.º de la Ley 33 de 1985 reguló que los empleados oficiales acrediten 20 años de servicio continuo o discontinuo y 55 años de edad, tenían derecho al reconocimiento y pago de una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio. El inciso primero de la norma citada dispuso a su tenor lo siguiente: [...]

Por su parte, el artículo 1.º de la Ley 62 de 1985 modificó el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 que reglamentó los factores susceptibles de ser incluidos en el cómputo pensional, en la cual se señaló:

«Artículo 1º. 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. [...]»

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, sentencia de 27 de junio de 2019, C.P. William Hernández Gómez, providencia identificada con número único de radicación 25000-23-42-000-2012-00281-01(1340-15).

De la lectura de estas dos normas se desprende con claridad que las pensiones de aquellas personas que causaron su derecho en vigencia de la Ley 33 de 1985 se liquidarían con base en el 75% del promedio de los factores sobre los cuales se efectuaron aportes a la entidad de previsión que hubiese percibido el trabajador en el último año de servicio y sobre los cuales existía el deber de cancelar según el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1.º de la Ley 62 del mismo año, esto es, sobre: i) la asignación básica; ii) los gastos de representación; iii) las primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; iv) dominicales y feriados; v) horas extras; vi) la bonificación por servicios prestados y; vii) el trabajo suplementario.

De igual forma, el Acto Legislativo 01 de 2005 que modificó el artículo 48 de la Constitución Política reguló en su inciso sexto que, para la liquidación de las pensiones solo se tendría en cuenta aquellos factores sobre los cuales cada persona hubiese efectuado cotizaciones.

Ahora bien, esta Corporación en sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 asumió la posición jurisprudencial según la cual la Ley 33 de 1985 no indicó en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que estos fueron simplemente enunciados, lo que no impedía la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador en el último año de servicio.

Sin embargo, el razonamiento anterior fue superado por la Sala Plena del Consejo de Estado a través de sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2018²¹ cuando fijó como subregla que los factores salariales a incluirse en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los cuales se efectuaron aportes o cotizaciones al sistema de pensiones, al sostener que:

«[...] 101. A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de servicio, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social. La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones “salario” y “factor salarial”, bajo el entendido que “constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios” con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; sin embargo, para esta Sala, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.

102. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo considera que el tomar en cuenta solo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe el Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia.

103. Por el contrario, con esta interpretación (i) se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; (ii) se respeta la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe existir entre lo

²¹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 28 de agosto de 2018. Expediente 2012-00143-01. Demandante: Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro.

aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema. [...]»

De acuerdo con lo anterior, si bien la reciente sentencia a la que se alude se pronunció sobre la forma en que debe aplicarse el régimen de transición regulado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la subregla allí contenida sobre los factores salariales que se deben incluir en el IBL pensional debe ser extendida al caso de las personas beneficiarias de la Ley 33 de 1985 porque, precisamente, hace referencia directa a la forma en que debe interpretarse el artículo 3 ejusdem, modificado por la Ley 62 de 1985, esto es, a la taxatividad de los factores computables en materia pensional [...]

En conclusión: no es procedente la reliquidación de la pensión de jubilación con el promedio de todo lo devengado en el último año de servicios como lo deprecia la parte demandante porque únicamente debían incluirse los factores salariales de asignación básica mensual, y la remuneración por horas extras y dominicales y feriados [...]” (Destacado fuera de texto).

De acuerdo con lo expuesto en precedencia, la Sala observa que, no existe un criterio unificado por la Sección Segunda del Consejo de Estado frente al régimen con el cual se debe liquidar la pensión de jubilación de los beneficiarios de la transición de la Ley 33 de 1985.

5. Caso concreto

Según se indicó en el acápite de hechos acreditados, es claro que la demandante consolidó su derecho pensional antes de la Ley 100 de 1993, dado que ya había cumplido 50 años de edad, pues no se discute que nació el 27 de enero de 1941, además que tenía más de 20 de servicios, dado que tampoco se controvierte que laboró en la Procuraduría General de la Nación entre el 12 de Marzo de 1968 y el 30 de Agosto de 1969, y en el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar entre el 1º de Octubre de 1970 al 30 de Junio de 1991.

A lo anterior se agrega que la demandante, a su vez era beneficiaria del régimen de transición previsto por la Ley 33 de 1985, pues tenía más de 15 años de servicio para su entrada en vigor, es decir, que de acuerdo con el análisis efectuado en precedencia su pensión debía regirse por la Ley 6ª de 1945.

Así las cosas, se tiene que, la demandante adquirió su estatus pensional el 27 de enero de 1991, cuando cumplió 50 años de edad y que se retiró del servicio el 1º de enero de 1994.

El *a quo* en la sentencia cuestionada consideró que, conforme a la Ley 33 y 62 de 1985 y la jurisprudencia del Consejo de Estado, la pensión de la actora debía liquidarse en cuantía equivalente al 75% del promedio mensual de los factores salariales efectivamente cotizados y aportados al sistema de seguridad social en pensión en el último año de servicio de conformidad con los factores señalados en la Ley 62 de 1985.

Al respecto, considera la Sala que, al no existe un criterio unificado por la Sección Segunda del Consejo de Estado frente al régimen con el cual se debe liquidar la pensión de jubilación de los beneficiarios de la transición de la Ley 33 de 1985, el *a quo* acogió una tesis válida y vigente en el órgano de cierre de esta Jurisdicción, razón por la que no es posible predicar un error por desconocimiento del precedente jurisprudencial en el caso en concreto.

Así, en sentencia de 27 de junio de 2019²² el Consejo de Estado consideró que, aun cuando

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, sentencia de 27 de junio de 2019, C.P. William Hernández Gómez, providencia identificada con número único de radicación 25000-23-42-000-2012-00281-01(1340-15).

la sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018 se pronunció sobre la forma en la que debe liquidarse el régimen de transición dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la subregla allí contenida respecto de los factores salariales que deben incluirse en el IBL pensional debe ser extendida a los beneficiarios de la Ley 33 de 1985, toda vez que en la misma se hace referencia a la interpretación del artículo 3° de esta última norma, modificada por la Ley 62 de 1985, es decir, a la taxatividad de los factores computables en la liquidación pensional *“sobre los cuales se efectuaron aportes o cotizaciones al sistema de pensiones”*.

En el caso concreto, se encuentra acreditado que la demandante durante el último año de servicios, solo realizó aportes respecto del sueldo mensual y la bonificación por servicios prestados, de conformidad con la Ley 62 de 1985 (Fl 24 Archivo: 003AnexoCDFolio97.pdf) Ahora, mediante Resolución 005669 del 29 de junio de 1995 Cajanal reliquidó la pensión de la demandante, para lo cual tuvo en cuenta, la asignación básica²³ y la bonificación por servicios prestados devengados en el último año de servicios previo al retiro.

Por lo tanto, los demás factores solicitados por la demandante y que fueron devengados también en el último año no son procedentes para la liquidación de la base pensional, al no haberse realizado aportes a pensión, por lo que debía negarse la pretensión de reliquidación para la inclusión de otros factores.

Adicionalmente, tampoco es procedente ordenar que se realicen los aportes a pensión sobre estos factores para efectos de la reliquidación pensional; ello con fundamento sentencia de unificación SUJ-014-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019 del Consejo de Estado en la que se sentó jurisprudencia sobre el ingreso base de liquidación en el régimen pensional general de la Ley 33 mencionada, y si bien analizó el caso de los docentes vinculados al servicio público educativo oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, señaló que: *“(…)51. En criterio de la Sala, los factores que hacen parte de la base de liquidación y sobre los cuales se deben hacer los aportes en el régimen general de pensiones de la Ley 33 de 1985, son únicamente los señalados de manera expresa en el mencionado artículo 1° de la Ley 62 de 1985. (...)”*

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala no encuentra fundamento suficiente para revocar la sentencia apelada, por lo que se confirmara la decisión.

6. Costas en esta instancia

No habrá condena en costas por no encontrarse acreditadas, además que la parte demandada no intervino en esta instancia.

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

Falla

PRIMERO: Se confirma la sentencia proferida el 18 de octubre de 2019 por el Juzgado Segundo Administrativo de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por **Alba Lucía Gutiérrez de Cadavid contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF**.

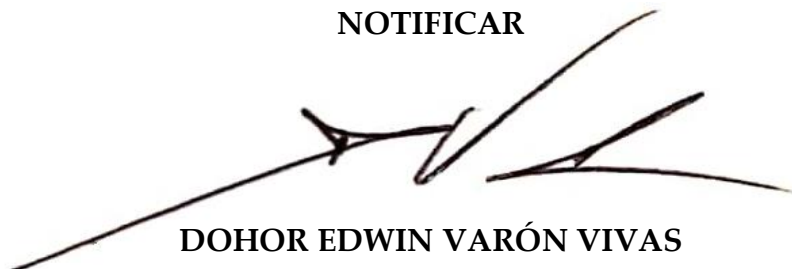
²³ Al hacer la sumatoria del valor de la asignación mensual más la prima de antigüedad devengadas en 1993 y multiplicado dicho valor total por 12 meses ello arroja un valor de \$2'128.248 que es la suma tenida en cuenta en la Resolución 005669 del 29 de Junio de 1995 por el factor "ASIGNACIÓN BÁSICA".

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, Devuélvase el expediente al Juzgado de Origen, previas las anotaciones respectivas en el programa Justicia Siglo XXI.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 62 de 2021.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

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

Manizales, 26 de noviembre de 2021

MEDIO DE CONTROL	PROTECCIÓN DE DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS
ACCIONANTE ACCIONADO	SOLCAR DE J. LONDOÑO NARVÁEZ INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS- EMPRESA DE OBRAS SANITARIAS DE CALDAS EMPOCALDAS
VINCULADOS	LIBERTY SEGUROS S.A. FARO INGENIERÍA S.A.S
COADYUVANTE	JAVIER E. ARIAS
RADICACIÓN	17 001 23 33 000 2017 00788
SENTENCIA No.	95

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

PRETENSIONES

“(…) Se ordene a los demandados, realizar las obras necesarias para que se subsanen los perjuicios que se han causado con su omisión y los daños causados por las obras efectuadas.

Que mientras se realicen las obras tendientes a subsanar las afectaciones antes señaladas, se tomen las medidas necesarias para mitigar y reducir los problemas ya mencionados”

HECHOS

Se dice por el actor popular que sobre la carrera 4° con calle 6° del municipio de Riosucio y que está a cargo del INVÍAS, a principios de 2017 EMPOCALDAS realizó unas obras; pero terminadas las mismas, la vía empezó a hundirse y las casas aledañas a vibrar con el paso de los vehículos, causando incomodidad e inseguridad en sus moradores.

Invocó la protección a los derechos al ambiente sano, a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente y a los desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas.

INTERVENCIÓN DE LAS ACCIONADAS Y VINCULADAS

EMPOCALDAS SA ESP: aceptó los hechos relativos a las comunicaciones que le fueron enviadas y dan cuenta de lo acontecido en la vía, negando los demás. Al respecto precisa que la vía a la cual alude el demandante es del orden nacional a cargo del INVÍAS y por ende la empresa carece de responsabilidad en su reparación y mantenimiento. Informa que se ejecutaron las reparaciones que eran necesarias y que afectaron el sector con ocasión de la obra que ejecutó la entidad. Sin embargo, agrega, el hundimiento en la vía es causado por el tránsito de vehículos pesados. Formuló las siguientes excepciones:

Ausencia de responsabilidad por parte de EMPOCALDAS ante la inexistencia de una acción u omisión que trasgreda los derechos invocados: la empresa no ha incurrido en afectación de los derechos colectivos porque no es de su competencia el mantenimiento y reparación de la vía del orden nacional, afectada por el tráfico pesado a raíz del cierre de la vía Manizales -La Pintada sector puente de Irra. Por ese motivo se dañaron las redes dando lugar a las obras de reparación.

Responsabilidad de los usuarios en el mantenimiento de las instalaciones domiciliarias: a raíz de las obras ejecutadas se detectó que algunas viviendas tienen las acometidas desgastadas, con posibles filtraciones, cuya reparación y mantenimiento está a cargo de los habitantes de las mismas.

Falta de legitimación en la causa por pasiva: la entidad no tiene competencia para reparar y mantener vías de cualquier orden.

Responsabilidad del INVÍAS. La intersección de la carrera 4° con calle 9° de Riosucio está catalogada como vía nacional, por ende es del INVÍAS el deber de mantenimiento y reparación.

INVÍAS: Aceptó los hechos segundo y siguientes de la demanda precisando que sobre la vía nacional Cauyá- La Pintada código 2508, EMPOCALDAS realizó una serie de obras en el alcantarillado de aguas residuales, de las que encontró INVÍAS una mala compactación de la capa asfáltica ocasionando hundimientos, motivo por el cual requirieron por escrito a la citada empresa para que realizara los trabajos de reparación. Afirma que el INVÍAS no es la entidad que dio lugar a los daños pues a través de la resolución No. 04672 del 14 de julio de 2016 concedió a EMPOCALDAS un permiso provisional para la instalación de tubería en el punto indicado, siendo responsabilidad de ésta el diseño, ejecución y estabilidad de la obra sobre la vía nacional intervenida por motivo de dichos trabajos.

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones argumentando que el INVÍAS ha garantizado el adecuado uso de la vía y que el control de la velocidad en la misma corresponde al municipio de Riosucio. Formuló las siguientes excepciones:

Inexistencia de responsabilidad del INVÍAS respecto de lo hechos y pretensiones: Reitera que en el sector EMPOCALDAS realizó trabajos de reparación de alcantarillado que no se compactaron debidamente dando lugar a daño en la vía.

Culpa exclusiva de un tercero: EMPOCALDAS fue autorizado mediante resolución del INVÍAS para realizar las obras y para garantizar las obligaciones allí impuestas allegó las pólizas de cumplimiento y estabilidad de la obra; a su turno el contratista FARO INGENIERÍA S.A.S ejecutor de las mismas constituyó las garantías para la ejecución del contrato y por ende los garantes deben responder por las obligaciones adquiridas.

LIBERTY SEGUROS SA: afirmó que la responsabilidad en la estabilidad de la obra recae en el contratista FARO INGENIERÍA S.A.S y por ende si no hay responsabilidad del INVÍAS, tampoco de la llamada en garantía. Formuló las siguientes excepciones:

Falta de legitimación por pasiva: el INVÍAS no ocasionó el daño en la vía ni en el inmueble del accionante, pues ello es responsabilidad de FARO INGENIERÍA.

Inexistencia de nexo causal: el INVÍAS no ejecutó los trabajos de instalación de tubería en la vía Cauyá -La Pintada, pues lo hizo FARO INGENIERÍA.

Carga de la prueba: el accionante es quien tiene la carga de probar los hechos en que fundamenta la acción. Las pruebas aportadas no son suficientes.

FARO INGENIERÍA S.A.S: No intervino según constancia secretarial a folio 226.

AUDIENCIA DE PACTO DE CUMPLIMIENTO

Se declaró fallida por ausencia de propuesta de pacto por las accionadas.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN E INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

LIBERTY SEGUROS SA: Menciona la prueba documental y testimonial para afirmar que no se demostraron a ciencia cierta los hechos del escrito de acción popular, en tanto sí se demostró la estabilidad de la obra y que en la actualidad se encuentra en buen estado, tratándose de un hecho superado.

EMPOCALDAS SA: Refiere a los hechos del escrito de acción popular y reitera los argumentos de respuesta al mismo insistiendo que la causa del daño en la vía es el tráfico de vehículos pesados. Explica nuevamente las reparaciones ejecutadas por la entidad de las que se demostró su culminación, por lo que se presenta un hecho superado.

INVÍAS: Reiteró las excepciones alegadas en defensa de la entidad y afirma que tanto EMPOCALDAS como el INVÍAS realizaron las intervenciones necesarias para cesar la vulneración a los derechos colectivos, dando lugar hecho superado.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO: El señor Procurador Judicial II solicitó declarar la carencia actual de objeto por hecho superado. Luego de referir a los antecedentes del proceso y a la naturaleza de este medio de control, concluyó a partir de las pruebas practicadas que se presenta carencia actual de objeto por hecho superado porque si bien al momento de presentar la demanda existían circunstancias constitutivas de vulneración a los derechos colectivos invocados, en el año 2018 se intervino la vía para corregir hundimientos y fracturas en la carrera 4° con calle 6° de Riosucio, mejorando las condiciones físicas y de infraestructura vial.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico se contrae a determinar si se presentaron daños en el tramo de la vía de la carrera 4° con calle 6° del municipio de Riosucio que hayan causado vulneración de los derechos colectivos invocados. Para el efecto se determinará: i) el contenido de los derechos cuya protección se invoca; ii) los hechos probados y iii) la solución al caso concreto.

Los derechos invocados:

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, el actor popular invoca el derecho colectivo al ambiente sano sobre el cual precisó la Corte Constitucional en la sentencia T-341 de 2016:

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

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

(...)

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

(...)”

En lo que respecta al derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente ha precisado el Consejo de Estado¹:

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

Basta recordar el mandato contenido en el artículo 2º de la Constitución Política, el cual establece que son fines esenciales del Estado servir a la comunidad,

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Marco Antonio Velilla Moreno. Bogotá, D.C. veinte (20) de enero de dos mil once (2011). Radicación número: 25000-23-25-000-2005-00357-01(AP).

promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en el ordenamiento jurídico.

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

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

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

“Por urbanismo debe entenderse, según el diccionario de la real academia de la lengua española, lo siguiente: El conjunto de conocimientos relativos a la creación, desarrollo, reforma y progreso de las poblaciones según conviene a las necesidades de la vida humana. Por consiguiente, el núcleo esencial del derecho colectivo comprende los siguientes aspectos: Respeto y acatamiento del principio de función social y ecológica de la propiedad (inciso segundo artículo 58 C.P.). Protección del espacio público procurando adelantar cualquier tipo de construcción o edificación con respeto por el espacio público, el patrimonio público, y la calidad de vida de los demás habitantes. Respetar los derechos ajenos y no abusar del derecho propio (art. 95 numeral 1 C.P.). Atender los procesos de cambio en el uso del suelo, en aras del interés común, procurando su utilización racional en armonía con la función social de la propiedad a la cual le es inherente una función ecológica, buscando el desarrollo sostenible (art. 3° ley 388 de 1997). El acatamiento a la ley orgánica de ordenamiento territorial- aún no expedida por el Congreso de la República - y los planes de ordenamiento territorial que expidan las diferentes entidades territoriales del país (art. 288 C.P.). Planes de ordenamiento territorial que sirven de guía y mapa para que el desarrollo urbano se haga de manera ordenada, coherente, de tal manera que prevalezca el interés general sobre el particular, y se garantice la aplicación de las disposiciones

político - administrativas - de organización física- contenidas en los mismos (art. 5° ley 388 de 1997). Cumplimiento de los preceptos normativos sobre usos del suelo; alturas máximas de construcción; cupos mínimos de parqueo; especificaciones técnicas y de seguridad; cesiones obligatorias al distrito; necesidad de obtener licencias de urbanismo y construcción; existencia de conexiones para los servicios públicos domiciliarios, entre otros. Entonces, para la Sala es claro que el derecho señalado en el literal m) del artículo 4° de la ley 472 de 1998, corresponde a la obligación que le impone el legislador a las autoridades públicas y particulares, en general, de acatar plenamente los preceptos jurídicos que rigen la materia urbanística es decir la forma como progresa y se desarrolla una determinada población, en términos de progreso físico y material, asentada en una determinada entidad territorial - bien sea en sus zonas urbanas o rurales- con miras a satisfacer plenamente las necesidades de la población.” –rft-

Los conceptos anteriores de cara a las pretensiones del actor popular le permiten a la Sala afirmar que toda vez que las vías públicas hacen parte del espacio público, existe mayor concordancia de los hechos con el derecho colectivo al uso y goce del espacio público. Este concepto encuentra regulación en el Decreto 1504 de 1998 que reglamenta el manejo de ese espacio público en los Planes de Ordenamiento Territorial, determinando en el artículo 1º, que es deber del Estado “velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular”; y que, continúa el precepto, los municipios deberán dar prelación a la planeación, construcción, mantenimiento y protección del espacio público sobre los demás usos del suelo; mientras que el artículo 2º define ese espacio público como,

“el conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados destinados por naturaleza, usos y afectación a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden los límites de los intereses individuales de los habitantes”;

el cual comprende, entre otros (art. 3º): 1) los bienes de uso público (inmuebles de dominio público cuyo uso pertenece a todos los habitantes del territorio nacional, destinados al uso o disfrute colectivo); 2) los elementos arquitectónicos, espaciales y naturales de los inmuebles de propiedad privada que por su naturaleza, uso o afectación satisfacen necesidades de uso público; 3) las áreas requeridas para conformar el sistema de espacio público según el decreto en estudio.

Este decreto 1504 dispone que el espacio público está integrado por: a) elementos constitutivos (dentro de estos los “naturales” y los “artificiales o contruidos”) y b) complementarios, los que dice el artículo 5º del mismo Decreto 1504.

Son elementos constitutivos artificiales o contruidos, entre otros, las “Áreas integrantes de los sistemas de circulación peatonal y vehicular” las que a su vez comprende, en lo que es del caso, “i) ... calzadas y carriles”. También son elementos constitutivos artificiales las áreas articuladoras del espacio público y de encuentro como parques urbanos, plazas y plazoletas (literal b. ibídem); las áreas para la conservación y preservación de las obras de interés público y los elementos urbanísticos, arquitectónicos, históricos, culturales, entre otros, que pueden ser sectores de ciudad, manzanas, costados de manzanas, inmuebles individuales, monumentos nacionales, murales, esculturas, fuentes ornamentales, también entre otros (literal c. ib.).

Lo expuesto permite concluir que los daños en las vías públicas tienen relación con el derecho al uso y goce del espacio público en tanto tales daños impidan el ejercicio del mismo.

Los hechos probados:

-El director técnico del INVÍAS a través de la resolución No. 04672 del 14 de julio de 2016 concedió permiso provisional a EMPOCALDAS para instalar tubería PVC en el PR 36+508 de la carretera Cauyá -La Pintada en el departamento de Caldas “*para lo cual se autoriza la utilización de la vía nacional*” (fls.140-143)

-Con oficio del 7 de mayo de 2017 el ahora accionante solicitó al INVÍAS una visita técnica a su vivienda ubicada en la carrera 4º con calle 6º en Riosucio -Caldas, debido a las afectaciones que se estaban presentando en las viviendas aledañas por el paso de vehículos (fls.7-10). La misma petición elevó a EMPOCALDAS con oficio del 3 de agosto de 2017 (fls.16-17)

-El 26 de julio de 2017 el director territorial de INVÍAS informó mediante oficio a gerente de EMPOCALDAS, que luego de la visita técnica al sitio indicado por el sr Solcar Londoño, se verificó que el sitio corresponde a obras recientemente ejecutadas por EMPOCALDAS en el municipio de Riosucio sobre la vía nacional en el PR 36+503 intersección de la carrera 4º con calle 6º, observando deterioro prematuro con presencia de hundimiento de la vía. Ello generado, al parecer, por mala compactación del relleno y de la capa asfáltica construida en la colocación de la tubería. Solicitó efectuar las reparaciones. (fls.11-12)

-Con oficio del 17 de agosto de 2017 el gerente de Empocaldas informó al ahora accionante, que se requirió al contratista de la obra, para que realice las reparaciones pertinentes a la mayor brevedad posible (fl.19)

-A través de la resolución No. 0031 del 24 de enero de 2018 el gerente de EMPOCALDAS declaró la situación de emergencia en el municipio de Riosucio - Caldas a raíz que en esa misma fecha en la carrera 4° con calle 9°, carrera 4° con calle 6° y la calle 9° entre carreras 2° y 3° se presentaron hundimientos como consecuencia del tránsito de vehículos de carga pesada, siendo necesario el desvío del “box” que está en la carrera 3° entre calles 5° y 6°, dado que las aguas estaban desestabilizando los terrenos de algunas propiedades del sector, poniendo en riesgo la integridad física de los habitantes y afectando el tránsito vehicular de dicha vía nacional. En el mismo acto autorizó los gastos para corregir la situación (fls.72-74, 67-71)

Testimonios: declararon las siguientes personas:

-Julio Arturo Quiñonez Pérez, Tecnólogo en Sistemas, administrador de la Seccional de Empocaldas de Riosucio – Caldas. De su declaración se destaca:

En la carrera 4° con calle 6° hubo una intervención por Empocaldas para el cambio de tubería del acueducto, hechas las obras se repuso el asfalto de la vía que es nacional (una intersección) y con el paso del tiempo con el tránsito de vehículos se presentó un hundimiento precisamente donde se hizo la reposición del tubo; pudo ser que abrieron muy rápido la vía y no se alcanzó a compactar el material y con el peso de los vehículos se dio ese hundimiento. En el año 2018 se declaró una emergencia y se intervino el sitio volviendo a destapar y a compactar el suelo de manera idónea; actualmente el estado de la vía en ese punto es excelente según visita que realizó hace tres meses.

-Julio Enrique Guevara Jaramillo, Ingeniero Civil, Director Territorial del Invías. De su testimonio se destaca:

En la intersección de la carrera 4° con calle 6° de Riosucio -la carrera 4° hace parte de la vía nacional- se dio autorización a Empocaldas para construir un colector, hicieron la excavación, colocaron la tubería nueva hicieron el lleno y la capa asfáltica. Posteriormente se hundió el asfalto por mala compactación pues esa vía es bastante pesada en el tráfico vehicular; inmediatamente se informó a Empocaldas como ejecutor de las obras, hicieron la nivelación de la vía y corrigieron todos los hundimientos de ese paso nacional. A la fecha los hundimientos están corregidos

totalmente según se evidencia en el monitoreo contante que hace personal del INVÍAS.

Solución al caso concreto:

Se probó que a vía de la carrera 4° con calle 6° del municipio de Riosucio es del orden nacional a cargo del Invías, ente que autorizó a EMPCOCALDAS para realizar una intervención de cambio de redes de acueducto. Concluidas las obras, varios meses después por causa del tráfico de vehículos pesados se presentaron hundimientos probablemente por mala compactación del asfalto. A raíz de ello la empresa de servicios públicos declaró el estado de emergencia y contrató la reparación del daño reponiendo la capa asfáltica, la cual en la actualidad presenta buen estado.

Visto lo anterior y de cara a las pretensiones, concluye la Sala en acuerdo con lo afirmado por las partes y por el Ministerio, que en el presente caso se ha presentado la carencia actual de objeto por hecho superado, toda vez que según la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado²: i) se probó que a la fecha de la presentación de la demanda se vulneraba el derecho colectivo al espacio público por causa del hundimiento del asfalto en la carrera 4° con calle 6° de Riosucio; ii) se probó que en el curso del proceso se ejecutaron las obras por EMPOCALDAS para reponer la capa asfáltica fallada toda vez que dicha empresa fue las ejecutora de las obras iniciales de cambio de acueducto en ese tramo de vía; iii) en la actualidad las obras están concluidas y la vía en ese tramo está en buen estado de funcionamiento, según verificaciones del personal de EMPOCALDAS así como del INVÍAS. Por ende no es posible, por sustracción de materia, proferir orden alguna pues las pretensiones están satisfechas en la actualidad.

COSTAS:

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

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

² Sala Plena, 04 de septiembre de 2018, radicación 2007-00191, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo

FALLA

PRIMERO: DECLARAR configurada la carencia actual de objeto por hecho superado en el medio de control de protección de derechos e intereses colectivos, promovido por el sr Solcar de Jesús Londoño en contra del Instituto Nacional de Vías y de la Empresa de Obras Sanitarias de Caldas EMPOCALDAS SA ESP.

SEGUNDO: Sin costas.

TERCERO: Para los efectos del artículo 80 de la ley 472 de 1998, por la Secretaría del Tribunal, se enviará copia de la demanda, del auto admisorio y del presente fallo a la Defensoría del Pueblo con destino al Registro Público de Acciones Populares y de Grupo.

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

NOTIFÍQUESE

Magistrada Ponente

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA ESPECIAL DE DECISIÓN

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, veintiséis (26) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

A.INTERLOCUTORIO: 279
RADICADO: 17-001-33-33-002-2018-00038-02
NATURALEZA: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: FRANCIA VARGAS ZAPATA
DEMANDADO: COLPENSIONES

Se decide el impedimento presentado por la Magistrada Patricia Varela Cifuentes.

Antecedentes

La Jueza Segunda Administrativa de Manizales el 11 de diciembre de 2019, emitió sentencia de primera instancia, frente a la cual se interpuso recurso de apelación; siendo concedió ante este Tribunal, correspondió su conocimiento por reparto a la Magistrada Patricia Varela Cifuentes.

Mediante oficio, la citada funcionaria se declaró impedida para conocer del asunto, al manifestar que, en su calidad de Jueza Segunda Administrativa de Manizales, expidió la providencia objeto de recurso en el proceso en primera instancia, razón por la cual considera se encuentra inmersa en la causal prevista en el ordinal 2o del artículo 141 del C.G.P.

Consideraciones

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

Estudio normativo.

En cuanto a las causales para manifestar el impedimento, el artículo 130 del CPACA prevé como tales para los magistrados y jueces Administrativos, entre otras, las previstas en el artículo 141 del Código General del Proceso. A su vez, el numeral 2 del artículo 141 del CGP que fundamentó el impedimento que aquí se resuelve, regula: *“Haber conocido del proceso o realizado cualquier actuación en instancia anterior, el juez, su cónyuge, compañero permanente o algunos de sus parientes indicados en el numeral precedente.”*

Por su parte el numeral 3 del artículo 131 del CPACA establece: *“Cuando en un Magistrado concurra alguna de las causales señaladas en el artículo anterior, deberá declararse impedido en escrito dirigido al ponente, o a quien le siga en turno si el impedido es este, expresando los hechos en que se fundamenta tan pronto como advierta su existencia, para que la sala, sección o subsección resuelva de plano sobre la legalidad del impedimento”*.

Se configura la causal de impedimento.

Realizadas las anteriores precisiones, el Tribunal declarará fundado el impedimento presentado por la Magistrada Patricia Varela Cifuentes, teniendo en cuenta que se configura la causal invocada.

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

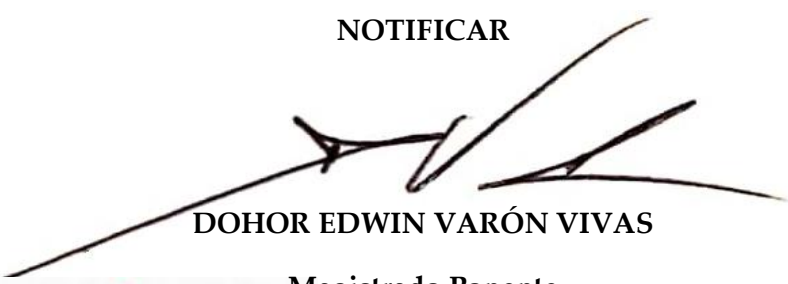
Por lo expuesto, el **Tribunal Administrativo de Caldas**,

Resuelve:

1. **Se declara** fundado el impedimento presentado por la Magistrada Patricia Varela Cifuentes para conocer el presente asunto.
2. **Comunicar** la presente decisión al despacho de la Magistrada Patricia Varela Cifuentes sobre la aceptación del impedimento manifestado, para los efectos que estime pertinentes.
3. En firme la providencia, por la **Secretaría de esta Corporación**, deberá **regresar** el expediente al Despacho del suscrito Magistrado para avocar conocimiento y decidir lo que corresponda; realizar el cambio de ponente en el programa informático Siglo XXI y la respectiva compensación.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Especial de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 62 de 2021.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

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



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA ESPECIAL DE DECISIÓN**

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, veintiséis (26) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

A.INTERLOCUTORIO: 278
RADICADO: 17-001-33-33-002-2018-00438-02
NATURALEZA: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: JOSÉ JAHIR SALAZAR BARCO
DEMANDADO: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FOMAG

Se decide el impedimento presentado por la Magistrada Patricia Varela Cifuentes.

Antecedentes

La Jueza Segunda Administrativa de Manizales el 25 de mayo de 2021, emitió sentencia de primera instancia, frente a la cual se interpuso recurso de apelación; siendo concedió ante este Tribunal, correspondió su conocimiento por reparto a la Magistrada Patricia Varela Cifuentes.

Mediante oficio, la citada funcionaria se declaró impedida para conocer del asunto, al manifestar que, en su calidad de Jueza Segunda Administrativa de Manizales, expidió la providencia objeto de recurso en el proceso en primera instancia, razón por la cual considera se encuentra inmersa en la causal prevista en el ordinal 2o del artículo 141 del C.G.P.

Consideraciones

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

Estudio normativo.

En cuanto a las causales para manifestar el impedimento, el artículo 130 del CPACA prevé como tales para los magistrados y jueces Administrativos, entre otras, las previstas en el artículo 141 del Código General del Proceso. A su vez, el numeral 2 del artículo 141 del CGP que fundamentó el impedimento que aquí se resuelve, regula: *“Haber conocido del proceso o realizado cualquier actuación en instancia anterior, el juez, su cónyuge, compañero permanente o algunos de sus parientes indicados en el numeral precedente.”*

Por su parte el numeral 3 del artículo 131 del CPACA establece: *“Cuando en un Magistrado concurra alguna de las causales señaladas en el artículo anterior, deberá declararse impedido en escrito dirigido al ponente, o a quien le siga en turno si el impedido es este, expresando los hechos en que se fundamenta tan pronto como advierta su existencia, para que la sala, sección o subsección resuelva de plano sobre la legalidad del impedimento”*.

Se configura la causal de impedimento.

Realizadas las anteriores precisiones, el Tribunal declarará fundado el impedimento presentado por la Magistrada Patricia Varela Cifuentes, teniendo en cuenta que se configura la causal invocada.

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

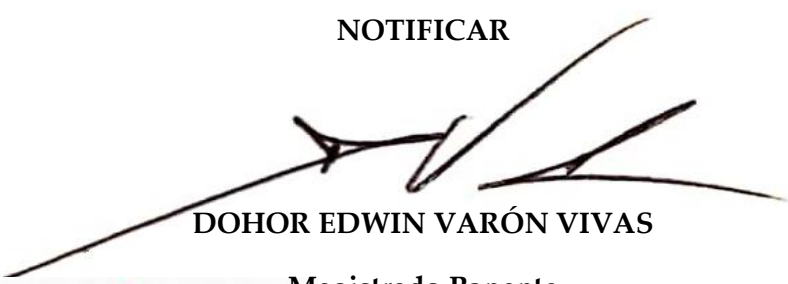
Por lo expuesto, el **Tribunal Administrativo de Caldas**,

Resuelve:

1. **Se declara** fundado el impedimento presentado por la Magistrada Patricia Varela Cifuentes para conocer el presente asunto.
2. **Comunicar** la presente decisión al despacho de la Magistrada Patricia Varela Cifuentes sobre la aceptación del impedimento manifestado, para los efectos que estime pertinentes.
3. En firme la providencia, por la **Secretaría de esta Corporación**, deberá **regresar** el expediente al Despacho del suscrito Magistrado para avocar conocimiento y decidir lo que corresponda; realizar el cambio de ponente en el programa informático Siglo XXI y la respectiva compensación.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Especial de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 62 de 2021.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

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



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA ESPECIAL DE DECISIÓN**

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, veintiséis (26) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

A.INTERLOCUTORIO: 281
RADICADO: 17-001-33-33-002-2018-00440-02
NATURALEZA: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: CARLOS ARTURO RESTREPO JARAMILLO
DEMANDADO: MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FOMAG

Se decide el impedimento presentado por la Magistrada Patricia Varela Cifuentes.

Antecedentes

La Jueza Segunda Administrativa de Manizales el 26 de noviembre de 2019, emitió sentencia de primera instancia, frente a la cual se interpuso recurso de apelación; siendo concedió ante este Tribunal, correspondió su conocimiento por reparto a la Magistrada Patricia Varela Cifuentes.

Mediante oficio, la citada funcionaria se declaró impedida para conocer del asunto, al manifestar que, en su calidad de Jueza Segunda Administrativa de Manizales, expidió la providencia objeto de recurso en el proceso en primera instancia, razón por la cual considera se encuentra inmersa en la causal prevista en el ordinal 2o del artículo 141 del C.G.P.

Consideraciones

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

Estudio normativo.

En cuanto a las causales para manifestar el impedimento, el artículo 130 del CPACA prevé como tales para los magistrados y jueces Administrativos, entre otras, las previstas en el artículo 141 del Código General del Proceso. A su vez, el numeral 2 del artículo 141 del CGP que fundamentó el impedimento que aquí se resuelve, regula: *“Haber conocido del proceso o realizado cualquier actuación en instancia anterior, el juez, su cónyuge, compañero permanente o algunos de sus parientes indicados en el numeral precedente.”*

Por su parte el numeral 3 del artículo 131 del CPACA establece: *“Cuando en un Magistrado concurra alguna de las causales señaladas en el artículo anterior, deberá declararse impedido en escrito dirigido al ponente, o a quien le siga en turno si el impedido es este, expresando los hechos en que se fundamenta tan pronto como advierta su existencia, para que la sala, sección o subsección resuelva de plano sobre la legalidad del impedimento”*.

Se configura la causal de impedimento.

Realizadas las anteriores precisiones, el Tribunal declarará fundado el impedimento presentado por la Magistrada Patricia Varela Cifuentes, teniendo en cuenta que se configura la causal invocada.

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

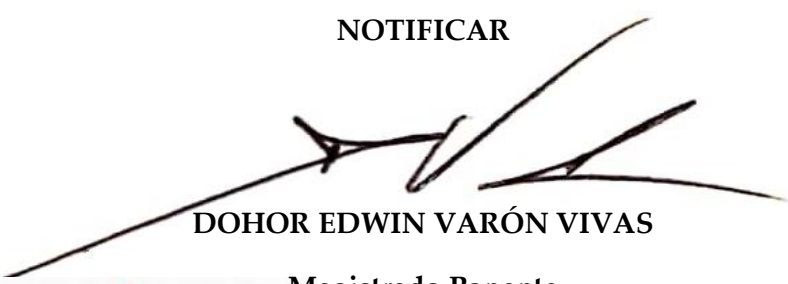
Por lo expuesto, el **Tribunal Administrativo de Caldas**,

Resuelve:

1. **Se declara** fundado el impedimento presentado por la Magistrada Patricia Varela Cifuentes para conocer el presente asunto.
2. **Comunicar** la presente decisión al despacho de la Magistrada Patricia Varela Cifuentes sobre la aceptación del impedimento manifestado, para los efectos que estime pertinentes.
3. En firme la providencia, por la **Secretaría de esta Corporación**, deberá **regresar** el expediente al Despacho del suscrito Magistrado para avocar conocimiento y decidir lo que corresponda; realizar el cambio de ponente en el programa informático Siglo XXI y la respectiva compensación.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Especial de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 62 de 2021.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA ESPECIAL DE DECISIÓN

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, veintiséis (26) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

A.INTERLOCUTORIO: 280
RADICADO: 17-001-33-33-002-2018-00450-02
NATURALEZA: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: LUZ MARINA FLOREZ GRISALES
DEMANDADO: MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FOMAG

Se decide el impedimento presentado por la Magistrada Patricia Varela Cifuentes.

Antecedentes

La Jueza Segunda Administrativa de Manizales el 26 de noviembre de 2019, emitió sentencia de primera instancia, frente a la cual se interpuso recurso de apelación; siendo concedió ante este Tribunal, correspondió su conocimiento por reparto a la Magistrada Patricia Varela Cifuentes.

Mediante oficio, la citada funcionaria se declaró impedida para conocer del asunto, al manifestar que, en su calidad de Jueza Segunda Administrativa de Manizales, expidió la providencia objeto de recurso en el proceso en primera instancia, razón por la cual considera se encuentra inmersa en la causal prevista en el ordinal 2o del artículo 141 del C.G.P.

Consideraciones

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

Estudio normativo.

En cuanto a las causales para manifestar el impedimento, el artículo 130 del CPACA prevé como tales para los magistrados y jueces Administrativos, entre otras, las previstas en el artículo 141 del Código General del Proceso. A su vez, el numeral 2 del artículo 141 del CGP que fundamentó el impedimento que aquí se resuelve, regula: *“Haber conocido del proceso o realizado cualquier actuación en instancia anterior, el juez, su cónyuge, compañero permanente o algunos de sus parientes indicados en el numeral precedente.”*

Por su parte el numeral 3 del artículo 131 del CPACA establece: *“Cuando en un Magistrado concurra alguna de las causales señaladas en el artículo anterior, deberá declararse impedido en escrito dirigido al ponente, o a quien le siga en turno si el impedido es este, expresando los hechos en que se fundamenta tan pronto como advierta su existencia, para que la sala, sección o subsección resuelva de plano sobre la legalidad del impedimento”*.

Se configura la causal de impedimento.

Realizadas las anteriores precisiones, el Tribunal declarará fundado el impedimento presentado por la Magistrada Patricia Varela Cifuentes, teniendo en cuenta que se configura la causal invocada.

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

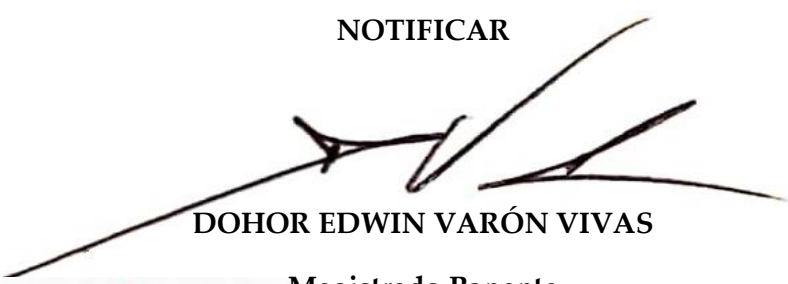
Por lo expuesto, el **Tribunal Administrativo de Caldas,**

Resuelve:

1. **Se declara** fundado el impedimento presentado por la Magistrada Patricia Varela Cifuentes para conocer el presente asunto.
2. **Comunicar** la presente decisión al despacho de la Magistrada Patricia Varela Cifuentes sobre la aceptación del impedimento manifestado, para los efectos que estime pertinentes.
3. En firme la providencia, por la **Secretaría de esta Corporación,** deberá **regresar** el expediente al Despacho del suscrito Magistrado para avocar conocimiento y decidir lo que corresponda; realizar el cambio de ponente en el programa informático Siglo XXI y la respectiva compensación.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Especial de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 62 de 2021.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

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

Manizales, 26 de noviembre de 2021

AI. 326

REF: MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA. DEMANDANTE CÉSAR AUGUSTO RAMÍREZ GÓMEZ. DEMANDADO: DEPARTAMENTO DE CALDAS. RADICACIÓN 17 001 33 39 008 2018 00532

Se dispone la Sala a decidir el recurso de apelación presentado por la parte demandante en contra del Auto del 22 de enero de 2021 de la Jueza Octava Administrativa de Manizales, por medio del cual declaró probada la excepción de caducidad y terminó el proceso.

ANTECEDENTES

En ejercicio del medio de control de reparación directa, el sr César Augusto Ramírez Gómez demandó al Departamento de Caldas, formulando las siguientes pretensiones:

- Declarar al departamento de Caldas administrativamente responsable de los perjuicios materiales e inmateriales, derivados de la ocupación permanente e ilegal de un inmueble de propiedad del demandante, ubicado en Aranzazu, Caldas.
- Como consecuencia de lo anterior, condenar al demandado al pago de los siguientes valores: por daño emergente la suma de \$76'425.000 que corresponde al valor comercial del inmueble y por lucro cesante la suma de \$900.000 mensuales desde el mes de enero de 2005 y hasta que se realice el pago total del daño emergente,

por el canon de arrendamiento inicialmente pactado, como frutos civiles, y que en su oportunidad atendió a la falta de producción de frutos naturales del inmueble ocupado permanentemente.

-El valor de los intereses y de los perjuicios morales.

Como sustento fáctico de las pretensiones, relató que el sr César Augusto Ramírez Gómez es propietario del predio La Diamantina ubicado en el municipio de Aranzazu, que consta de dos hectáreas y se identifica con el folio de matrícula inmobiliaria No. 118-8581.

En el año 2004 suscribió con el Departamento de Caldas el contrato de arrendamiento No. 171120050974 dando en arrendamiento una franja de terreno, porque un talud había destruido parte de la carretera que conduce del municipio de Aranzazu a Salamina.

La duración inicial del contrato fue de tres meses por un valor total de \$2'700.000, el cual fue prorrogado en 52 días más.

El día 17 de noviembre de 2005 se liquidó el contrato con un saldo de \$4'050.000 pagados efectivamente al demandante, pero el departamento de Caldas no cumplió con la restitución del predio, ni ha adelantado ningún trámite de expropiación ni enajenación voluntaria. Mediante derechos de petición del 25 de abril y 28 de agosto de 2008 se solicitó la restitución del bien; pero al contrario, el Departamento a través de comunicación a otro ciudadano manifestó ser propietario de toda la vía que comunica a Aranzazu y Salamina.

De otro lado, la sociedad Madigas Ingenieros SA ESP privó al demandante de una franja de terreno de su propiedad, entraron al mismo, movieron las cercas, hicieron orificios e instalaron tuberías de gas domiciliarios, afirmando tener autorización del Departamento de Caldas. Adelantado proceso declarativo reivindicatorio en contra de la empresa de gas, no prosperó.

La última petición para la entrega del inmueble se presentó al Departamento el día 16 de febrero de 2018, habiendo respondido la entidad que por medio de un derecho de petición no podía resolver el asunto, generándose aún el despojo y perturbación a la posesión.

LA EXCEPCIÓN ALEGADA

El departamento al dar respuesta a la demanda propuso la excepción de caducidad del medio de control. Explicó que el contrato de arrendamiento que se suscribió entre las partes se liquidó mediante acta del mes de noviembre de 2005, sin que el ahora demandante haya dejado salvedad alguna; y cita sentencia del Consejo de Estado sobre el conteo de la caducidad en caso de ocupación de inmuebles.

Al dar respuesta a la excepción, el demandante adujo que el Consejo de Estado en sentencia del 9 de febrero de 2011 analizó el cómputo del término de caducidad tratándose de la ocupación temporal o permanente de inmuebles, cotándose dicho término en el primer caso, a partir del momento en que cesó la ocupación; y en el segundo, a partir del momento en que terminó la obra.

Explica entonces que en este caso, si la ocupación era temporal, la misma se inició después de la liquidación del contrato de arrendamiento y aún no ha cesado, y por ésta razón no ha empezado a correr el término de caducidad de dos años; y si se considera que es ocupación con vocación de permanencia, al tratarse de la realización de una obra pública, ésta no ha concluido por que la vía esta “destapada”, sin señalización ni pavimentación.

LA DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

A través del Auto del 22 de enero de 2021 la Jueza Octava Administrativa del Circuito declaró probada la excepción de caducidad y ordenó dar por terminado el proceso.

Como fundamento de su decisión citó el numeral 2 del artículo 164 de la ley 1437 de 2011 y la sentencia del 9 de febrero de 2011 de la Sección Tercera del Consejo de Estado con radicado No. 54001-23-31-000-2008-00301-01, a partir de la cual afirmó que esa Corporación distingue dos modalidades de ocupación de inmuebles: temporal y permanente, computándose el término de caducidad en la ocupación temporal desde el momento en que cesó la ocupación; y en los casos de ocupación permanente desde el momento en que terminó la obra o se tuvo conocimiento de su terminación, porque la caducidad no puede permanecer suspendida indefinidamente en el tiempo.

Considera que en este caso se está ante una ocupación permanente porque según el accionante, la misma ha persistido con el tiempo, por ende el plazo para demandar se cuenta desde que la obra terminó o se tuvo conocimiento de su terminación.

Explica que como el contrato de arrendamiento terminó el 1° de abril de 2006, a partir del día siguiente a esta fecha empezó a correr el plazo para demandar, porque a partir de esa fecha el demandante conoció el daño cuya indemnización pretende; además que las pruebas no informan de la realización de una obra sino de la habilitación de un paso vehicular para comunicar a los municipios de Aranzazu y Salamina porque la vía utilizada fue destruida por un talud.

Concluye que el plazo para demandar corrió entre el 2 de abril de 2006 y el 2 de abril de 2008, término durante el cual el ahora demandante era consciente de la ocupación, tal como lo manifestó en oficios dirigidos a la Gobernación Caldas.

EL RECURSO

El demandante alega en el memorial de apelación que el juzgado catalogó la ocupación como permanente y desatinó en afirmar que operó la caducidad, por las siguientes razones:

-En la demanda se explicó que la ocupación era temporal, lo cual no analizó la Jueza, quien concluyó que era permanente sin analizar el otro escenario. En este caso la ocupación no ha cesado, es temporal y por ende la caducidad se cuenta desde que cesa la ocupación.

Cuando la Gobernación de Caldas construya la vía que hace tantos años se perdió debiendo rehabilitar, y restituya el bien al demandante, cesaría la ocupación y podría iniciarse el conteo de la caducidad.

-La obra pública derivada del contrato de arrendamiento suscrito entre las partes, no implicó una obra pública con vocación de permanencia, lo cual es esencial en la ocupación permanente.

Cita la sentencia invocada en el Auto recurrido y agrega que cuando el daño es continuado el término de caducidad empieza desde la cesación del mismo.

-No se puede hablar de ocupación ilegítima de un inmueble cuando media un acuerdo de voluntades que autoriza su utilización, y en tal caso, deben tenerse en cuenta las características del negocio primigenio. La entidad hace uso del inmueble sin ninguna autorización desde el día 01 de abril de 2006 cuando terminó el contrato de arrendamiento, de manera temporal, continua y sin vocación de permanencia.

Considera un error en la decisión apelada porque al contabilizar la caducidad desde el 1° de abril de 2006 discurrió que el contrato de arrendamiento fue el que le ocasionó los perjuicios al demandante porque una vez culminado, se debió demandar en reparación directa durante los dos años siguientes. Por el contrario, el demandante desde esa fecha está a la espera que la demandada repare la vía original y le retorne su terreno.

-En la ocupación permanente, la caducidad se cuenta desde la terminación de las obras, pero la obra de reconstrucción de la vía no ha concluido y las obras para rehabilitar el terreno arrendado en un estado cultivable, ni siquiera han iniciado.

CONSIDERACIONES

Tal como se anotó, las pretensiones del demandante apuntan a reclamar judicialmente por los perjuicios materiales e inmateriales, derivados de la presunta ocupación ilegal de un inmueble de su propiedad, ubicado en el municipio de Aranzazu, Caldas.

Por ende, el medio de control procedente es la reparación directa, al tenor del inciso segundo del artículo 140 de la ley 1437 de 2011 según el cual *“el Estado responderá, entre otras, cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma”*.

Y, el término para demandar, es el que regula el artículo 164, numeral 2, literal i, ibídem, que indica: *“Cuando se pretenda la reparación directa, la demanda deberá presentarse dentro del término de dos (2) años, contados a partir del día siguiente al de la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño, o de cuando el demandante tuvo o debió tener conocimiento del mismo si fue en fecha posterior y siempre que pruebe la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia. (...)”*.

Para establecer si en el presente caso la demanda se presentó oportunamente, es necesario establecer las condiciones de la ocupación del predio, según las pruebas aportadas hasta el momento:

-Escritura pública 2004-47 del 3 de marzo de 2004 de la Notaria Única del Círculo de Aranzazu mediante la cual el sr César Augusto Ramírez Gómez adquirió un lote de

terreno denominado La Diamantina en el paraje La Amoladora, en el municipio de Aranzazu junto con otros predios.

-Contrato de arrendamiento celebrado entre el Departamento de Caldas y el sr Ramírez Gómez sobre una franja de terreno de aproximadamente 120 metros ubicado sobre la vía que del municipio de Aranzazu conduce a Salamina y que hace parte de un inmueble de mayor extensión de propiedad del sr Ramírez. En la cláusula tercera se pactó que la destinación del bien era única y exclusivamente para el acondicionamiento de la vía, por un término de tres meses, que luego fue prorrogado por 52 días más para la continuación de las obras.

En el análisis de la conveniencia de esta contratación en documento del 10 de noviembre de 2005, se indicó que la vía que de Aranzazu conduce a Salamina presenta obstrucción, hecho que hace necesario ocupar una franja de terreno de aproximadamente 120 metros ubicada sobre la mencionada vía y que hace parte de un inmueble de mayor extensión. Debido a la ola invernal, la vía se hace intransitable y es muy difícil acceder a la zona generando inconvenientes a la comunidad, por ende para realizar el acondicionamiento de la vía y la rehabilitación del tránsito, se hace necesario arrendar la franja de terreno mencionada.

El plazo fue previsto por tres meses “hasta la finalización completa de las obras”. El rubro presupuestal afectado fue el de “mantenimiento periódico”.

-El contrato anterior venció el día 01 de abril de 2006, según consta en el acta de liquidación firmada en la misma fecha.

-La petición del 25 de abril de 2008 dirigida por el ahora demandante al Secretario de Infraestructura de Caldas manifestando que la obra sobre la vía aún permanece en el estado en que fue proyectada y la franja de terreno utilizada no se la ha restituido. Añade que la obra dejó un talud sin muro de contención, que puede derrumbarse en invierno. La misma petición se reiteró el 28 de agosto de 2008.

-El día 16 de febrero de 2018 en oficio dirigido a la misma dependencia solicitó el pago de los cánones de arrendamiento adeudados, el valor de los perjuicios, los frutos dejados de percibir, y se le restituya la franja de terreno o se le pague el valor comercial. En respuesta del 21 de marzo de 2018 se le indicó por el Secretario de Infraestructura que no era posible resolver la situación planteada.

-En el avalúo comercial No. JNQ0668-18 del 24 de julio de 2018 realizado al predio objeto de reclamación, aparece como destinación actual del mismo “vía vehicular entre Aranzazu y Salamina” y sobre las características se anotó: *“franjas de terreno*

donde se permitió realizar dentro del predio una vía para la circulación de vehículos que transitan y que conduce del municipio de Aranzazu con el municipio de Salamina -sic- sector el Ocal, donde se produjo un talud que destruyó la vía carreteable en el año 2004. (...)” .

Por ende habrá de determinarse cómo se computa el término de caducidad para demandar cuando se trata de la ocupación de inmuebles, a la luz de la jurisprudencia del Consejo de Estado¹:

“En relación con el término de caducidad, cuando se trata de la ocupación temporal o permanente de inmuebles con ocasión de la ejecución de trabajos públicos, la Sala ha sostenido que se requiere **tener claridad** acerca del momento en que se tiene conocimiento de la consolidación de la misma o, en su defecto, de la fecha en la cual culminó la obra en el predio afectado, pues a partir de un momento o del otro, según el caso, debe contabilizarse el término de dos años que prevé la ley para accionar contra la respectiva entidad pública; es decir, el término de caducidad debe empezar a contarse desde el momento en que se conoce la consolidación de las obras que afectaron directamente un inmueble o desde que estas hayan culminado dentro del mismo, aun cuando todavía quede por ejecutar una parte del respectivo proyecto general, es decir, el término no necesariamente empieza a correr desde la terminación de la totalidad del proyecto o de las obras que lo integran, sino que también puede correr desde cuando culmina o se consolida la afectación del predio, bien con la terminación de la obra en el predio o bien con la finalización de la parte de la obra que afecta a ese predio.

Al respecto, la Sala ha manifestado lo siguiente:

“Es claro que una obra pública puede producir perjuicios instantáneos, por ejemplo, el derrumbamiento de un edificio aledaño, como también lo es que puede ser la causa de una cadena de perjuicios prolongada en el tiempo. Vgr. la obra impide el flujo normal de las aguas que pasan por un inmueble o es la causa de las inundaciones periódicas del mismo. En el primer evento (perjuicio instantáneo) el término de caducidad es fácil de detectar: tan pronto se ejecute la obra empezará a correr el término para accionar. Para una mayor certeza la jurisprudencia de la Sala ha señalado como fecha inicial, aquella en la que la obra quedó concluida. En los eventos de perjuicios prolongados en el tiempo, aunque en la práctica es más difícil detectar la fecha inicial porque puede confundirse el

¹ SECCION TERCERA, Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, 25 de agosto de 2016, Radicación número: 73001-23-31-000-2003-01601-01 (35947)

nacimiento del perjuicio con su agravación posterior, no por eso puede aceptarse que mientras se estén produciendo o agravando los daños seguirá viva la acción, porque esta solución sería la aceptación de la no caducidad de las acciones indemnizatorias por trabajos públicos, y contrariaría el mandato expreso de la ley que es enfática en hablar de dos años `contados a partir de la producción del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajos públicos’.

“Como regla general entonces, podrá sostenerse que en las acciones indemnizatorias por daños de ocurrencia prolongada en el tiempo (periódicos o sucesivos) originados en trabajos públicos en los que la ejecución de la obra pública es la causa eficiente de los mismos, no podrá hacerse caso omiso de la época de ejecución de ésta para hablar sólo de la acción a medida que los daños vayan apareciendo, así su ocurrencia sea posterior a los daños (sic) de construida la obra. En otros términos, el legislador al establecer la caducidad en la forma explicada partió de un supuesto que le da certeza y estabilidad a la institución: que en este campo el perjuicio debe concretarse, nacer, a más tardar dentro de los dos años siguientes a la ejecución de los trabajos, así puedan agravarse o continuar su ocurrencia con posterioridad a dicho bienio”

Pero también la Sección, a través de sus Subsecciones, precisó en oportunidades posteriores que:

“... el término de caducidad debe empezar a contarse desde el momento en que las obras que afectaron directamente un inmueble hayan culminado dentro del mismo, aun cuando todavía quede por ejecutar una parte del respectivo proyecto general; esto es, que el término no empieza a correr desde la terminación de la totalidad del proyecto o de las obras que lo integran”.

“... el término de caducidad no se extiende hasta los dos años siguientes a la terminación de la totalidad del proyecto o de las obras que lo integran, pues el mismo debe empezar a contarse desde el momento en que las obras que afectaron directamente un inmueble hayan culminado, aun cuando todavía quede por ejecutar una parte del respectivo proyecto general. El hecho de que los efectos del daño se extiendan indefinidamente después de su consolidación, no puede evitar que el término de caducidad comience a correr, porque, si ello fuera así, en los casos en los cuales los perjuicios tuvieran carácter permanente, como ocurre cuando se construyen unas viviendas en el inmueble de un particular, la acción no caducaría jamás”.

Así pues, el término de caducidad empieza a contarse desde el momento de la terminación de la obra en el predio afectado, a menos que se desconozca la ocurrencia de esa ocupación.

Es así como, para establecer si la acción de reparación directa se ejerció en el término oportuno, en este caso es necesario determinar cuándo los actores tuvieron conocimiento de la existencia del daño, consistente en la afectación de sus bienes inmuebles con la obra pública de ampliación de la avenida Ambalá". - sft

Aplicando estas reglas desarrolladas por la jurisprudencia del Consejo de Estado al presente caso, las pruebas mencionadas en acápite anterior, no permiten en este momento del proceso determinar con precisión y claridad la fecha de culminación de las obras, pues esa fecha es el referente para determinar si la demanda se presentó o no en tiempo. Por ende, es menester avanzar a la etapa de pruebas con el fin de determinar cuándo se terminaron las obras, o si las mismas aún no se han concluido, y así aplicar correctamente el conteo de la caducidad del medio de control, en los términos explicados por el Consejo de Estado.

En consecuencia,

RESUELVE

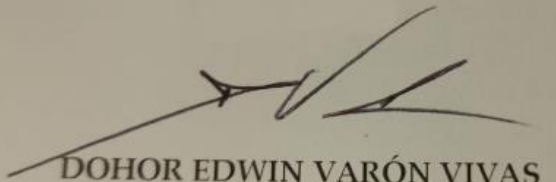
REVOCAR el auto del 22 de enero de 2021 dictado por la Jueza Octava Administrativa del Circuito de Manizales, por medio del cual declaró la caducidad en el medio de control de reparación directa promovido por el sr César Augusto Ramírez Gómez en contra del Departamento de Caldas.

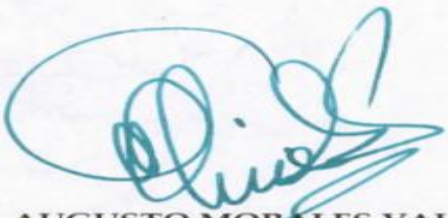
En firme este Auto devuélvase el expediente al Juzgado de origen previas las anotaciones en el programa Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE

Patricia Valencia

Magistrada Ponente


DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado


AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA ESPECIAL DE DECISIÓN

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, veintiséis (26) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

A.INTERLOCUTORIO: 282
RADICADO: 17-001-33-33-002-2018-00552-02
NATURALEZA: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: MARÍA NUBIA TRUJILLO HOYOS
DEMANDADO: MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FOMAG

Se decide el impedimento presentado por la Magistrada Patricia Varela Cifuentes.

Antecedentes

La Jueza Segunda Administrativa de Manizales el 14 de noviembre de 2019, emitió sentencia de primera instancia, frente a la cual se interpuso recurso de apelación; siendo concedió ante este Tribunal, correspondió su conocimiento por reparto a la Magistrada Patricia Varela Cifuentes.

Mediante oficio, la citada funcionaria se declaró impedida para conocer del asunto, al manifestar que, en su calidad de Jueza Segunda Administrativa de Manizales, expidió la providencia objeto de recurso en el proceso en primera instancia, razón por la cual considera se encuentra inmersa en la causal prevista en el ordinal 2o del artículo 141 del C.G.P.

Consideraciones

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

Estudio normativo.

En cuanto a las causales para manifestar el impedimento, el artículo 130 del CPACA prevé como tales para los magistrados y jueces Administrativos, entre otras, las previstas en el artículo 141 del Código General del Proceso. A su vez, el numeral 2 del artículo 141 del CGP que fundamentó el impedimento que aquí se resuelve, regula: *“Haber conocido del proceso o realizado cualquier actuación en instancia anterior, el juez, su cónyuge, compañero permanente o algunos de sus parientes indicados en el numeral precedente.”*

Por su parte el numeral 3 del artículo 131 del CPACA establece: *“Cuando en un Magistrado concurra alguna de las causales señaladas en el artículo anterior, deberá declararse impedido en escrito dirigido al ponente, o a quien le siga en turno si el impedido es este, expresando los hechos en que se fundamenta tan pronto como advierta su existencia, para que la sala, sección o subsección resuelva de plano sobre la legalidad del impedimento”*.

Se configura la causal de impedimento.

Realizadas las anteriores precisiones, el Tribunal declarará fundado el impedimento presentado por la Magistrada Patricia Varela Cifuentes, teniendo en cuenta que se configura la causal invocada.

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

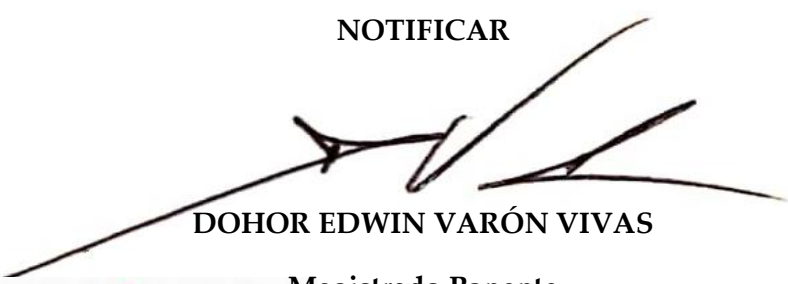
Por lo expuesto, el **Tribunal Administrativo de Caldas,**

Resuelve:

1. **Se declara** fundado el impedimento presentado por la Magistrada Patricia Varela Cifuentes para conocer el presente asunto.
2. **Comunicar** la presente decisión al despacho de la Magistrada Patricia Varela Cifuentes sobre la aceptación del impedimento manifestado, para los efectos que estime pertinentes.
3. En firme la providencia, por la **Secretaría de esta Corporación,** deberá **regresar** el expediente al Despacho del suscrito Magistrado para avocar conocimiento y decidir lo que corresponda; realizar el cambio de ponente en el programa informático Siglo XXI y la respectiva compensación.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Especial de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 62 de 2021.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

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



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA ESPECIAL DE DECISIÓN**

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, veintiséis (26) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

A.INTERLOCUTORIO: 275
RADICADO: 17-001-33-33-002-2018-00576-02
NATURALEZA: POPULAR
DEMANDANTE: JUAN JAIRO MUÑOZ CUERVO Y OTROS
DEMANDADO: NACIÓN-MINISTERIO DE VIVIENDA, CIUDAD Y DESARROLLO

Se decide el impedimento presentado por la Magistrada Patricia Varela Cifuentes.

Antecedentes

La Jueza Segunda Administrativa de Manizales el 15 de marzo de 2021, emitió sentencia de primera instancia, frente a la cual se interpuso recurso de apelación; siendo concedió ante este Tribunal, correspondió su conocimiento por reparto a la Magistrada Patricia Varela Cifuentes.

Mediante oficio, la citada funcionaria se declaró impedida para conocer del asunto, al manifestar que, en su calidad de Jueza Segunda Administrativa de Manizales, expidió la providencia objeto de recurso en el proceso en primera instancia, razón por la cual considera se encuentra inmersa en la causal prevista en el ordinal 2o del artículo 141 del C.G.P.

Consideraciones

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

Estudio normativo.

En cuanto a las causales para manifestar el impedimento, el artículo 130 del CPACA prevé como tales para los magistrados y jueces Administrativos, entre otras, las previstas en el artículo 141 del Código General del Proceso. A su vez, el numeral 2 del artículo 141 del CGP que fundamentó el impedimento que aquí se resuelve, regula: *“Haber conocido del proceso o realizado cualquier actuación en instancia anterior, el juez, su cónyuge, compañero permanente o algunos de sus parientes indicados en el numeral precedente.”*

Por su parte el numeral 3 del artículo 131 del CPACA establece: *“Cuando en un Magistrado concurra alguna de las causales señaladas en el artículo anterior, deberá declararse impedido en escrito dirigido al ponente, o a quien le siga en turno si el impedido es este, expresando los hechos en que se fundamenta tan pronto como advierta su existencia, para que la sala, sección o subsección resuelva de plano sobre la legalidad del impedimento”*.

Se configura la causal de impedimento.

Realizadas las anteriores precisiones, el Tribunal declarará fundado el impedimento presentado por la Magistrada Patricia Varela Cifuentes, teniendo en cuenta que se configura la causal invocada.

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

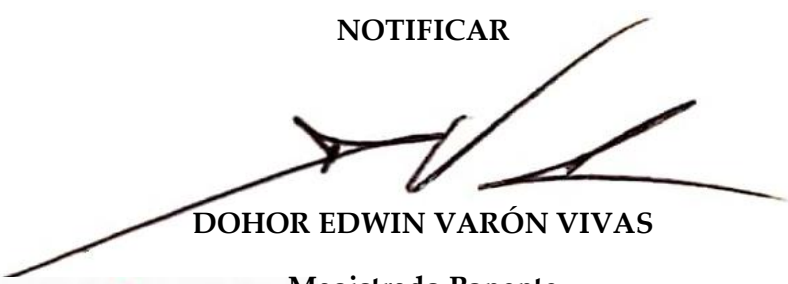
Por lo expuesto, el **Tribunal Administrativo de Caldas,**

Resuelve:

1. **Se declara** fundado el impedimento presentado por la Magistrada Patricia Varela Cifuentes para conocer el presente asunto.
2. **Comunicar** la presente decisión al despacho de la Magistrada Patricia Varela Cifuentes sobre la aceptación del impedimento manifestado, para los efectos que estime pertinentes.
3. En firme la providencia, por la **Secretaría de esta Corporación,** deberá **regresar** el expediente al Despacho del suscrito Magistrado para avocar conocimiento y decidir lo que corresponda; realizar el cambio de ponente en el programa informático Siglo XXI y la respectiva compensación.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Especial de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 62 de 2021.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

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

Manizales, 26 de noviembre de 2021

AI. 327

REF: MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. DEMANDANTE GLORIA INÉS CASTRO DE MARTÍNEZ. DEMANDADA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP. RADICACIÓN 17 001 33 39 006 2019 00066

Se dispone la Sala a decidir el recurso de apelación presentado por la parte demandante en contra del Auto del 5 de febrero de 2021 proferido por la Jueza Sexta Administrativa de Manizales, mediante el cual declaró probada la excepción de *falta de agotamiento de la reclamación administrativa* y dio por terminado el proceso.

ANTECEDENTES

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la sra Gloria Inés Castro de Martínez demandó a la UGPP con las siguientes pretensiones:

-Declarar la nulidad de la resolución No. RDP 033504 del 14 de agosto de 2018 mediante la cual se negó el reconocimiento de la pensión de sobreviviente con ocasión del fallecimiento del sr Álvaro Martínez Valencia.

-Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se declare beneficiaria de la sustitución pensional y el pago del 100% de las mesadas pensionales desde el 5 de mayo de 2018.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó que estuvo casada con el sr Álvaro Valencia Martínez hasta el día 5 de mayo de 2018, fecha del fallecimiento de éste. Solicitado el reconocimiento de la pensión de sobreviviente -sic- que había causado el sr Valencia, le fue negado a través del acto demandado por estar en curso otra reclamación en el mismo sentido por la sra Luz Amparo Hernández Jaramillo.

LA EXCEPCIÓN ALEGADA

La demandada UGPP propuso la que denominó excepción previa de *falta de*

reposición y/o apelación como requisito previo para demandar y no ejercido por la demandante.

LA DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La Jueza Sexta Administrativa de Manizales a través de Auto del 5 de febrero de 2021 declaró probada la excepción de *falta de agotamiento de la reclamación administrativa* por incumplimiento del requisito de procedibilidad y dio por terminado el proceso.

Como sustento de la decisión citó el artículo 162 numeral 2 de la ley 1437 de 2011 sobre los requisitos previos para demandar, y afirmó que la parte demandante no interpuso recurso de apelación contra el acto administrativo definitivo que pretende enjuiciar y que era susceptible de dicho recurso.

EL RECURSO

La parte demandante presentó recurso de reposición y en subsidio de apelación en contra de la decisión anterior.

Explica que en contra de la resolución No, RDP 033504 del 14 de agosto de 2018 -acto demandado- se promovió recurso de reposición y en subsidio de apelación el día 17 de septiembre de 2018, el que fue rechazado por la UGPP con el equivocado argumento de haberse presentado extemporáneamente. Esto, toda vez que la entidad asumió que notificó el acto el día 22 de agosto de 2018, lo cual no es cierto, pues la notificación electrónica solo se dio el día 3 de septiembre de 2018. Adjuntó con el recurso la imagen de pantalla de envío del correo por la UGPP.

Al resolver la reposición la Jueza mantuvo la decisión con el argumento que el recurso presentado de manera extemporánea equivale como si no se hubiese presentado.

CONSIDERACIONES

Debe determinar la Sala si en el presente caso se agotó o no el requisito de procedibilidad para demandar.

Al respecto se tiene que se demanda la resolución No. RDP033504 del 14 de agosto de 2018 por la cual se negó una pensión de sobrevivientes tanto a la ahora demandante como a la sra Luz Amparo Hernández Jaramillo. En el artículo segundo se indicó que en caso de inconformidad procedían los recursos de reposición y apelación por escrito dentro de los 10 días siguientes a la notificación.

Ahora bien, de los anexos de la demanda y del recurso se observa:

-A través de oficio sin fecha se citó por la UGPP a la sra Gloria Inés Castro de Martínez -demandante- para notificarle personalmente la Resolución No. 033504 del 14 de agosto de 2018 -acto demandado-, en caso que no autorizara la notificación electrónica.

-A través de oficio con fecha del 30 de agosto de 2018 se anunció por la UGPP que

el recurso de reposición y/o apelación dentro de los 10 días siguientes a la notificación. Este oficio se dirigía al correo MMMARTINEZ@UNAL.EDU.CP que fue el informado por la sra Martínez para recibir notificaciones.

-Con el recurso que ahora se decide, el apoderado de la demandante aportó la imagen de pantalla en la que consta correo electrónico certificado enviado por la UGPP al correo de la ahora demandante el día 3 de septiembre de 2018 en el que se indica:

“Certificado: NOTIFICACIÓN ELECTRÓNICA RDP033504/2018

(...)

La Dirección de Servicios Integrados de Atención de la UGPP por medio del presente correo le remite en documentos adjuntos, **la notificación** y copia del **Acto Administrativo** o resolución por medio de la cual se **resolvió su solicitud**.

(...)”.

-A través de apoderado la sra Castro de Martínez presentó recurso de reposición y en subsidio de apelación en contra de la resolución RDP033504 del 14 de agosto de 2018. Si bien en el documento digital del expediente administrativo no resulta legible la fecha de presentación, las partes coinciden en afirmar que el mismo se presentó el día 17 de septiembre de 2018 lo cual se corrobora con el aportado nuevamente por la demandante con el recurso que ahora se resuelve, y en el que sí es legible la fecha de radicación del memorial de recurso.

-A través de Auto ADP 006750 del 25 de septiembre de 2018 la UGPP rechazó el recurso de reposición y en subsidio de apelación presentado por la interesada, por presentación extemporánea y se indicó que procedía el recurso de queja.

Como sustento se indicó que la resolución fue notificada el día 22 de agosto de 2018 en tanto el recurso se presentó el día 17 de septiembre de 2018.

-Reposa en el expediente administrativo notificación por aviso de la resolución No. RDP033504 del 14 de agosto de 2018 -acto demandado- con fecha de desfijación el día 17 de septiembre de 2018

-También reposa documento sin fecha dirigido a la ahora demandante informándole que por medio del mismo le notificaban por aviso la resolución RDP33504 del 14 de agosto de 2018 y se anexa copia de la misma.

Ahora bien, la notificación personal de los actos administrativos está regulada en el artículo 67 de la ley 1437 de 2011, una de cuyas modalidades es la que se realiza a través de medios electrónicos:

“NOTIFICACIÓN PERSONAL. Las decisiones que pongan término a una actuación administrativa se notificarán personalmente al interesado, a su representante o apoderado, o a la persona debidamente autorizada por el interesado para notificarse.

En la diligencia de notificación se entregará al interesado copia íntegra, auténtica y gratuita del acto administrativo, con anotación de la fecha y la hora, los recursos que legalmente proceden, las autoridades ante quienes deben interponerse y los plazos para hacerlo.

La notificación personal para dar cumplimiento a todas las diligencias previstas en el inciso anterior también podrá efectuarse mediante una cualquiera de las siguientes modalidades:

1. Por medio electrónico. Procederá siempre y cuando el interesado acepte ser notificado de esta manera.

(...)”

A su turno en el artículo 69 se regula la notificación por aviso, que procede en caso que no pudiese hacerse la notificación personal.

En este caso se estableció que la notificación del acto demandado se surtió de manera personal por correo electrónico enviado el día 3 de septiembre de 2018, según prueba aportada por el recurrente y que echa de menos el Tribunal en el expediente administrativo. De ello se sigue que los 10 días para interponer los recursos corrieron entre los días 4 al 17 de septiembre de 2018, en tanto el recurso, como se indicó, se presentó el día 17 de septiembre de 2017, esto es, oportunamente.

Pese a ello en el Auto de la UGPP que rechazó el recurso por haberse presentado por fuera de término se señaló que la notificación fue el día 22 de agosto de 2018, lo cual es equivocado a la luz de lo probado por la interesada.

De este modo quedó acreditado que la parte demandante sí agotó el requisito previo para demandar previsto en el artículo 161 numeral 2 de la ley 1437 de 2011 referente a haber ejercido el recurso de apelación que procedía contra el acto demandado, y el cual es obligatorio interponer en aras de demandar con posterioridad.

Por lo dicho, en este punto advierte la Sala que no es correcto el argumento de la Jueza de instancia cuando afirma que la parte demandante no interpuso recurso de apelación en contra del acto demandado, pues se itera, conforme al expediente administrativo sí se interpuso el recurso de apelación oportunamente.

Por lo anterior se revocará el auto recurrido.

En consecuencia, la el Tribunal Administrativo de Caldas, Sala Segunda de Decisión,

RESUELVE

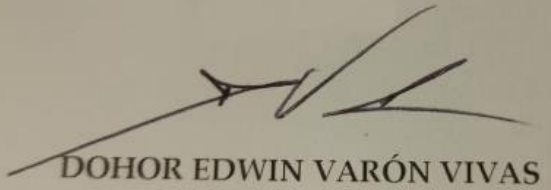
REVOCAR el auto del 5 de febrero de 2021 expedido por la Jueza Sexta Administrativa de Manizales que declaró probada la excepción de falta de agotamiento de la reclamación administrativa y dio por terminado en el proceso, en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la sra Gloria Inés Castro de Martínez en contra de la UGPP.

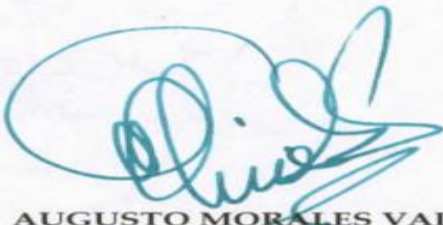
En FIRME este Auto regrese el expediente al Juzgado de origen previas las anotaciones en el sistema justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE

Patricia Varón

Magistrada Ponente


DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado


AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

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

Manizales, 26 de noviembre de 2021

MEDIO DE CONTROL	ACCIÓN POPULAR
ACCIONANTE	RUTH GALEANO OBANDO
ACCIONADAS	AGUAS DE MANIZALES SA ESP – MUNICIPIO DE MANIZALES – CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CALDAS CORPOCALDAS –
RADICACIÓN	17 001 23 33 000 2019 00283
SENTENCIA No.	96

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

PRETENSIONES

“(…)

1. *Realizar el retiro del material suelto dispuesto contra la parte posterior de las viviendas afectadas.*
2. *Proceder al estudio, diseño e implementación de las obras de mitigación del riesgo que permitan la estabilización del talud que amenaza riesgo de desprendimiento sobre los inmuebles que junto a mi vivienda se encuentran ubicados en la parte inferior del mismo, de tal modo que se evite el incremento de la erosión del terreno con la ocurrencia de nuevos eventos lluviosos, así como el hecho que se prevenga el desprendimiento de nuevos bloques de suelo sobre nuestros predios.*
3. *Instruir e implementar en los propietarios de los predios, efectuar la instalación de canales y bajantes, conectando dichas aguas a los sistemas hidráulicos de la zona.*

4. *Realizar monitoreos constantes al sector (...)*
5. *Una vez se terminen las intervenciones, se repare la malla vial afectada con esta emergencia, y después que ella se atienda.*
6. *(...)"*

HECHOS

Se expone en el escrito de acción popular que varias viviendas ubicadas en la calle 19ª No. 29-36 del barrio 20 de Julio de Manizales, colindan con un talud de alta pendiente que se deslizó el día 10 de octubre de 2018 por las fuertes lluvias. Por el Cuerpo Oficial de Bomberos se ordenó la evacuación de varias viviendas, sin embargo al regresar tiempo después sus moradores, encontraron que el material deslizado no se había retirado convirtiéndose en albergue de animales, además, no se habían realizado obras de mitigación.

Invoca la protección de los derechos colectivos a la seguridad y salubridad públicas; el acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública; la seguridad y la prevención de desastres previsibles técnicamente, la realización de construcciones dando prevalencia a la calidad de vida.

CONTESTACIÓN DE LAS ACCIONADAS

AGUAS DE MANIZALES ESP SA: La apoderada dijo no constarle los hechos del escrito de acción popular y precisa que las redes de acueducto y alcantarillado en el Barrio 20 de Julio administradas por la entidad, se encuentran en buen estado de funcionamiento y no son la causa del proceso de inestabilidad en el sector. Añade que no le compete el manejo de aguas lluvias y de escorrentía, ni la prevención y atención de desastres, lo cual es de responsabilidad de las autoridades ambientales y locales. Propuso las excepciones de:

Falta de legitimación en la causa por pasiva: es la prestadora de los servicios de acueducto y alcantarillado domiciliario, y no está dentro de su objeto social el manejo de laderas para la prevención de desastres, lo cual es responsabilidad de las autoridades ambientales en coordinación con los entes territoriales.

Inexistencia de derechos colectivos vulnerados por parte de Aguas de Manizales SA ESP: según el informe técnico del 30 de julio de 2019 realizado por ingenieros de la empresa, la infraestructura que opera en el sector está en buen estado de funcionamiento y no presenta fisuras ni obstrucciones.

Inexistencia de nexo causal: la entidad ha actuado de forma diligente de acuerdo con la ley toda vez que las redes que opera están en buen estado y no son la causa de inestabilidad del talud.

MUNICIPIO DE MANIZALES: Aceptó como ciertos los hechos, excepto el décimo frente a que afirmó que las obras al interior de las viviendas deben ser acometidas por los propietarios. Se opuso a las pretensiones y formuló las excepciones de:

Inexistencia de violación de derechos colectivos, obligaciones de un tercero y pretensiones contrarias a derecho: lo pretendido por la accionante es de responsabilidad de los dueños de los predios.

CORPOCALDAS: Explica que según la visita técnica realizada al lugar de los hechos por personal técnico de la entidad las causas del problema son: pendiente del talud, lluvias de intensidad y duración importante, escurrimiento de agua por el talud por la ausencia de obras de manejo de aguas lluvias, aporte de aguas lluvias provenientes de algunas viviendas de la parte alta y suelo altamente susceptible a erosión y desestabilización.

Añade que se trata de predios privados clasificados en el Plan de Ordenamiento Territorial con amenaza media-alta por remoción de masa, por lo que la intervención urbanística en el sector debe ser vigilada y corregida por el municipio de Manizales. Formuló las excepciones de:

La competencia para la prevención y atención de desastres se encuentra en cabeza de la alcaldía de Manizales, no de las Corporaciones Autónomas Regionales: expone ampliamente el contenido de la ley 1523 de 2012 para afirmar que las gobernaciones y alcaldías tienen la responsabilidad primaria en el funcionamiento del sistema de gestión del riesgo, además que poseen las facultades para la conservación del orden público y la salubridad en caso de ser necesario, lo cual apoya en providencias del Consejo de Estado que cita.

Cumplimiento de las obligaciones legales en materia de gestión del riesgo por parte de Corpocaldas. Corporaciones Autónomas son subsidiarias en materia de gestión del riesgo, de sostenibilidad ambiental. Municipios y gobernaciones tienen responsabilidad primaria. Según la ley 1523 de 2012, artículo 31, el papel de las corporaciones autónomas es de apoyo a las entidades territoriales, principales obligadas y primeras respondientes en materia de gestión de riesgo de desastre. Corpocaldas ha brindado la asesoría técnica solicitada en este caso, según los documentos que aporta como pruebas.

Competencia de las entidades territoriales en materia vial, que abstrae la competencia de Corpocaldas: de acuerdo con las leyes 105 de 1993 y 715 de 2001, Corpocaldas carece de competencia en materia de construcción, reparación y sostenimiento de vías.

Corresponsabilidad de la comunidad en el aporte de soluciones en materia de gestión del riesgo en el caso bajo estudio: es necesario que la misma comunidad afectada instale canales y bajantes en sus viviendas y se conecten en forma eficiente para no continuar con la saturación del suelo por aguas lluvias.

AUDIENCIA DE PACTO DE CUMPLIMIENTO

Se realizó el día 16 de diciembre de 2019 y se declaró fallida ante la no presentación de fórmula de Pacto.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN E INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

CORPOCALDAS: Afirma que según las pruebas, la comunidad del sector tiene total responsabilidad en la problemática del riesgo que se está presentando en el Barrio 20 de Julio, y por ende deben corregir la situación que ellos mismos crearon. Lo anterior porque las viviendas de la parte superior no tienen estructuras para el manejo de aguas lluvias en las cubiertas, vertiendo directamente sobre la ladera favoreciendo la concentración, y posterior escurrimiento e infiltración de aguas al suelo.

Añade que el control urbano corresponde al municipio de Manizales y por ende debe vigilar las construcciones realizadas para que cumplan las normas técnicas, según las normas que cita expresamente. Reitera los argumentos de la respuesta al medio de control respecto a las funciones de la entidad.

AGUAS DE MANIZALES SA ESP: Insiste en los argumentos de respuesta al medio de control, precisando las funciones legales en prevención y atención de desastres a cargo de Corpocaldas y del Municipio. Cita los conceptos 797 de 2008 y 567 de 2011 de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para explicar que la entidad dentro de su estructura tarifaria no incluye el manejo de aguas lluvias, ni su medición, ni efectúa el cobro del mismo, condiciones que debe cumplir para operar dichas aguas, ni contempla ese servicio en el contrato de condiciones uniformes.

Refiere a varios pronunciamientos judiciales en casos similares y concluye del análisis de las pruebas que se probaron las excepciones alegadas por la entidad.

MINISTERIO PÚBLICO: El Señor Procurador solicitó al Tribunal acceder parcialmente a las pretensiones para proteger el derecho a la prevención de desastres. Luego de referir a los antecedentes del proceso analiza las pruebas recaudadas y las competencias legales en materia de gestión del riesgo, a la luz de

la jurisprudencia, y concluye que la administración municipal vulnera el derecho colectivo mencionado. Lo anterior toda vez que están probadas las condiciones de riesgo de deslizamiento en el sector y se requieren medidas de intervención que consisten en la ejecución de obras para el mejoramiento de la estabilidad del terreno y la adecuada gestión del riesgo de deslizamiento. No obstante, agrega, a la comunidad le competen las medidas de autoconservación que estén a su alcance para que contribuyan a la adecuada solución.

CONSIDERACIONES

Problema Jurídico: ¿se encuentran amenazados o vulnerados los derechos colectivos de los habitantes del sector de la calle 19 A con carrera 29 del barrio 20 de Julio?

En caso positivo,

¿Cuál de las accionadas es responsable de dicha vulneración o amenaza?

¿De qué manera se protegen los derechos colectivos vulnerados?

Para resolver los anteriores interrogantes, se abordará: i) el alcance de los derechos invocados; ii) los hechos probados y iii) la solución al caso concreto.

i) El alcance de los derechos invocados:

Dada la estrecha relación de los hechos narrados con el derecho colectivo a la prevención y atención de desastres previsibles técnicamente, la Sala precisará el contenido del mismo conforme lo ha determinado el Consejo de Estado¹:

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

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

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Marco Antonio Velilla Moreno. Bogotá, D.C. veinte (20) de enero de dos mil once (2011). Radicación número: 25000-23-25-000-2005-00357-01(AP).

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

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

Este derecho se desarrolla actualmente con la regulación que al respecto contiene la ley 1523 de 2012 que adopta la política nacional de gestión del riesgo de desastres y se establece el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres. Dicho concepto se define como “ los daños o pérdidas potenciales que pueden presentarse debido a los eventos físicos peligrosos de origen natural, socio-natural tecnológico, biosanitario o humano no intencional, en un período de tiempo específico y que son determinados por la vulnerabilidad de los elementos expuestos; por consiguiente el riesgo de desastres se deriva de la combinación de la amenaza y la vulnerabilidad” en tanto la gestión del riesgo “ Es el proceso social de planeación, ejecución, seguimiento y evaluación de políticas y acciones permanentes para el conocimiento del riesgo y promoción de una mayor conciencia del mismo, impedir o evitar que se genere, reducirlo o controlarlo cuando ya existe y para prepararse y manejar las situaciones de desastre, así como para la posterior recuperación, entiéndase: rehabilitación y reconstrucción. Estas acciones tienen el propósito explícito de contribuir a la seguridad, el bienestar y calidad de vida de las personas y al desarrollo sostenible.”. (art. 4°).

ii) Los hechos probados:

-La visita técnica realizada por Técnico Operativo de Corpocaldas el día 10 de octubre de 2018 al barrio 20 de Julio en la cual se observó material desprendido que cayó a la parte posterior de la vivienda de la ahora accionante, motivo por el cual fue evacuada de su vivienda durante tres meses. El espesor del suelo movilizado no superó los 0.50 M en promedio. El problema se presentó al lado de una pantalla existente. Los materiales fallados corresponden a suelos orgánicos, cenizas volcánicas y parte de escombros dispuestos sobre esta zona de ladera.

Se recomendó: perfilado del talud para eliminar masas del material fallado; construcción de un apuntillamiento a base de anclajes de tipo pasivo de 6.0 M de profundidad dispuestos al tres bolillo, con separaciones horizontales y verticales de

1.5 M. Posteriormente fijar malla eslabonada a los anclajes mediante platina y nudos de cable de acero de alta resistencia; realizar manejo de aguas lluvias y de escorrentía con la construcción de zanja colectora en la corona y en la base de tratamiento propuesto; instalación inmediata de plástico en el escarpe; descope de los árboles en la corona del talud (fls.10-11 vto; 53-54; 70-74 vto)

-El informe técnico realizado el día 30 de julio de 2019 por el Director de Mantenimiento de Infraestructura y la Coordinadora de Gestión de Agua Potable y Alcantarillado, en el cual se indicó:

“Mediante la revisión se verificó que la problemática de la usuaria se debe a la inestabilidad del talud ubicado en la parte trasera del inmueble argumentando que el terreno ha presentado desprendimientos que caen en el patio de la vivienda, tapando el lavadero y cae sobre las tejas del patio.

Es de anotar que sobre el talud de la problemática Aguas de Manizales (...) no posee redes de acueducto ni de alcantarillado. Además las redes de alcantarillado ubicadas sobre la calle 19 en la parte superior de la vivienda se inspeccionaron con la unidad de diagnóstico identificando que se encuentran en concreto de 10” en buen estado y correcto funcionamiento.

(...)” (fls.34-36)

-Informes técnicos del Secretario de Obras Públicas y del Director de la Unidad de Gestión del Riesgo del Municipio de Manizales, de los cuales se desprende:

- La ladera ubicada en la parte posterior de las viviendas de la calle 19 A con carrera 29, es de fuerte pendiente y presentó deslizamiento de tipo transaccional por causa de las lluvias, la consecuente concentración de aguas de escorrentía superficial y sub superficial, y el inadecuado manejo de aguas tanto en la ladera como en algunas viviendas ubicada en la corona y en la base. Las viviendas disponen directamente las aguas a la base del talud.
- El material del deslizamiento se depositó en la parte baja adyacente a las viviendas.
- Según el Plan de Ordenamiento Territorial la ladera está catalogada como de tratamiento geotécnico y está integrada por tres predios privados.
- Las zanjas para el manejo de aguas de escorrentía se encontraron obstruidas y cubiertas de capa de vegetación, y no hay canales colectoras. (fls.45-52 vto).

-En el proceso rindió testimonio el sr Daniel Giraldo Ospina, Ingeniero Civil, Sub Gerente de Operaciones de Aguas de Manizales. De su declaración se destaca:

Conoció de los hechos por los informes técnicos que se generaron en la entidad. Se presentó un desprendimiento de tierra que afectó una vivienda, la empresa realizó la inspección encontrando que no tiene infraestructura en esa ladera, las redes sobre

la calle 19 en la parte alta se verificaron y encontraron en correcto funcionamiento. Esto se determinó a partir de los planos de las redes y el diagnóstico de las mismas.

-También declaró el sr Jorge Hernán Barrios Osorio, Ingeniero Civil, Profesional Especializado de Corpocaldas. De su declaración se destaca:

Realizó visita al lugar de los hechos en octubre de 2018 por petición de los usuarios, encontró desprendimiento superficial de material de la capa vegetal. El desprendimiento afectó tres viviendas porque se depositó en los patios. Las viviendas de arriba y de abajo no tienen manejo de aguas lluvias de los techos según pudo observar, lo que hace que caiga al suelo, se satura y falla, o sea, se desliza. La canalización en los techos es para conducir el agua adecuadamente y conectarla al canal en concreto que hay en el sector, porque no hay red de alcantarillado. Esta canal recibe el agua de una obra (pantalla) que hay en el punto y las conduce al alcantarillado público. Las bajantes en las viviendas deberían llevar las aguas a esa canal.

Refirió que los informes técnicos se enviaron a la Secretaría de Obras Públicas. Las visitas se hicieron en función de la asesoría que le corresponde efectuar a la entidad. Se recomendó cubrir el sitio con plástico como medida inmediata; perfilar el talud, implementar una obra de contención e instalar las bajantes y canales en los techos de las viviendas.

iii) La solución al caso concreto.

En el presente caso encuentra probado la Sala que en el sector del Barrio 20 de Julio de esta ciudad, calle 19 A con carrera 29, existe un talud al interior de los patios de varias viviendas, de fuerte pendiente, que se deslizó en una porción afectando las viviendas de la parte inferior del mismo, lo que ameritó la evacuación preventiva y temporal de sus moradores. Las causas del deslizamiento fueron las lluvias, la consecuente concentración de aguas de escorrentía superficial y sub superficial, y el inadecuado manejo de aguas tanto en la ladera como en algunas viviendas ubicada en la corona y en la base. Según el Plan de Ordenamiento Territorial la ladera está catalogada como de tratamiento geotécnico y con riesgo de amenaza media -alta por remoción de masa.

Este hecho permite afirmar que en efecto, los habitantes de las viviendas tanto de la parte alta como de la parte baja del talud continúan en riesgo puesto que a la fecha no sólo no se han tomado correctivos para evitar un nuevo deslizamiento, el cual puede detonarse por las causas naturales (lluvias) en concurrencia con las causas antrópicas (indebido manejo de aguas lluvias en los inmuebles). De hecho, se probó

que es necesario la realización de una obra civil de contención. Esta situación aún no corregida configura sin lugar a dudas violación al derecho colectivo a la seguridad y prevención de desastres, conclusión que amerita acceder a las pretensiones de la actora popular.

Ahora bien, sobre la entidad responsable de acometer los correctivos que mitiguen el riesgo de deslizamiento, ello es competencia del Municipio de Manizales, de conformidad con las siguientes normas:

- La Ley 715 de 2001 sobre distribución de recursos y competencias que señala textualmente:

“ARTÍCULO 76. COMPETENCIAS DEL MUNICIPIO EN OTROS SECTORES. Además de las establecidas en la Constitución y en otras disposiciones, corresponde a los Municipios, directa o indirectamente, con recursos propios, del Sistema General de Participaciones u otros recursos, promover, financiar o cofinanciar proyectos de interés municipal y en especial ejercer las siguientes competencias:

(...)

76.9. En prevención y atención de desastres

Los municipios con la cofinanciación de la Nación y los departamentos podrán:

76.9.1. Prevenir y atender los desastres en su jurisdicción.

76.9.2. Adecuar las áreas urbanas y rurales en zonas de alto riesgo y reubicación de asentamientos.”

-La ley 1523 de 2012 sobre política nacional del riesgo de desastre que dispone:

“Artículo 14. Los Alcaldes en el Sistema Nacional. Los alcaldes como jefes de la administración local representan al Sistema Nacional en el Distrito y el municipio. El alcalde, como conductor del desarrollo local, es el responsable directo de la implementación de los procesos de gestión del riesgo en el distrito o municipio, incluyendo el conocimiento y la reducción del riesgo y el manejo de desastres en el área de su jurisdicción. (...)”

Por ende corresponderá al municipio de Manizales acometer la obra de contención del talud pese a que el mismo, según informó el municipio y Corpocaldas a través de sus apoderados, corresponde a tres predios privados, pues ello no es óbice para la construcción de la obra porque: i) busca exclusivamente proteger la vida y bienes de todos los moradores vecinos (art. 2 C.P.); ii) fue la entidad territorial la que permitió o toleró la construcción de las viviendas en sitio de riesgo medio-alto, lo que a la postre desencadenó el riesgo que ahora cobra vigencia.

Unida a la omisión en el control urbanístico por parte del municipio, está el descuido en el claro ejercicio de sus competencias como autoridad de policía al no exigir a los propietarios de los inmuebles la instalación de canales y bajantes para la correcta conducción de aguas lluvias, ausencia de elementos que dieron pie a que las aguas caigan libremente de los techos al talud, agravando su inestabilidad.

Por ende corresponderá al municipio adelantar las actuaciones legales pertinentes como autoridad de policía para exigir a los propietarios de las viviendas que carecen de sistemas de conducción de aguas lluvias, la instalación de éstos.

Adicionalmente el MUNICIPIO a través de la Unidad de Riesgo, deberá estar siempre atenta a cualquier manifestación de inestabilidad que presente el talud para que proceda a realizar o ejecutar medidas de prevención hasta tanto se culminen las obras.

Por último y en lo que respecta a la actuación de Aguas de Manizales, no hay lugar a imponerle orden alguna al haber demostrado que las redes que opera en el sector se encuentran en correcto funcionamiento; y en lo que atañe a Corpocaldas, acreditó haber cumplido con prestar la asesoría técnica al municipio mediante la emisión de los conceptos sobre la obra idónea y necesaria a acometer en el talud.

COSTAS:

No habrá lugar a condenar en costas toda vez que no se encuentran causadas en esta instancia, según lo establecido en la sentencia de unificación dentro del proceso radicado 2017-00036 del 06 de agosto de 2019 del Consejo de Estado.

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

FALLA

PRIMERO: Declarar que el MUNICIPIO DE MANIZALES vulnera el derecho colectivo a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente.

SEGUNDO: En consecuencia, **ORDENAR** al Municipio de Manizales a través del sr Alcalde, que dentro de los sesenta (60) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, inicie las gestiones presupuestales y contractuales para la construcción de la obra de mitigación del riesgo sobre el talud ubicado en el Barrio 20 de Julio del sector de la calle 19 A con carrera 29. La obra deberá estar terminada a más tardar al vencimiento de los seis (6) meses siguientes al primer plazo acá indicado.

Así mismo, dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, deberá dar inicio a las actuaciones legales pertinentes como autoridad de policía para exigir a los propietarios de las viviendas que carecen de sistemas de conducción de aguas lluvias, la instalación de éstos.

También **SE ORDENA** al MUNICIPIO DE MANIZALES a través de la Unidad de Gestión del Riesgo, estar siempre atento a cualquier manifestación de inestabilidad que presente el talud para que proceda a realizar o ejecutar medidas de prevención hasta tanto se culminen las obras.

TERCERO: CONFORMAR un comité para la verificación del cumplimiento de esta providencia, el cual estará integrado por la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas a través de su magistrada ponente -quien lo presidirá-; por el Personero Municipal de Manizales y por el Director de Corpocaldas o su delegado, de conformidad con lo establecido por el artículo 34 de la Ley 472 de 1998, quienes se reunirán por convocatoria de quien lo preside ó a petición de cualquiera de sus integrantes, y harán seguimiento a lo ordenado e informarán sobre las acciones que se adopten y ejecuten.

CUARTO: SE ORDENA la publicación de la parte resolutive de la presente sentencia en un diario de amplia circulación nacional a cargo del Municipio de Manizales. Hecho lo anterior deberá enviar constancia de la publicación con destino al expediente.

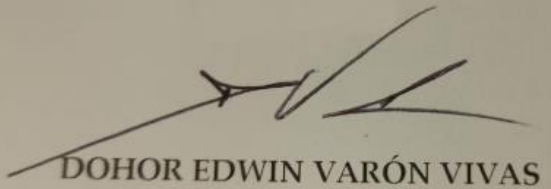
QUINTO: Para los efectos del artículo 80 de la Ley 472 de 1998, por la Secretaría del Tribunal, se enviará copia de la demanda, del auto admisorio y del presente fallo a la Defensoría del Pueblo con destino al Registro Público de Acciones Populares y de Grupo.

SEXTO: EJECUTORIADA esta providencia **ARCHÍVENSE** las diligencias previas las anotaciones respectivas en el sistema SIGLO XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Patricia Valencia

Magistrada Ponente


DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado


AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA ESPECIAL DE DECISIÓN

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, veintiséis (26) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

A.INTERLOCUTORIO: 276
RADICADO: 17-001-33-33-002-2019-00345-02
NATURALEZA: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: OFELIA LÓPEZ DE OSPINA
DEMANDADO: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FOMAG

Se decide el impedimento presentado por la Magistrada Patricia Varela Cifuentes.

Antecedentes

La Jueza Segunda Administrativa de Manizales el 27 de mayo de 2021, emitió sentencia de primera instancia, frente a la cual se interpuso recurso de apelación; siendo concedió ante este Tribunal, correspondió su conocimiento por reparto a la Magistrada Patricia Varela Cifuentes.

Mediante oficio, la citada funcionaria se declaró impedida para conocer del asunto, al manifestar que, en su calidad de Jueza Segunda Administrativa de Manizales, expidió la providencia objeto de recurso en el proceso en primera instancia, razón por la cual considera se encuentra inmersa en la causal prevista en el ordinal 2o del artículo 141 del C.G.P.

Consideraciones

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

Estudio normativo.

En cuanto a las causales para manifestar el impedimento, el artículo 130 del CPACA prevé como tales para los magistrados y jueces Administrativos, entre otras, las previstas en el artículo 141 del Código General del Proceso. A su vez, el numeral 2 del artículo 141 del CGP que fundamentó el impedimento que aquí se resuelve, regula: *“Haber conocido del proceso o realizado cualquier actuación en instancia anterior, el juez, su cónyuge, compañero permanente o algunos de sus parientes indicados en el numeral precedente.”*

Por su parte el numeral 3 del artículo 131 del CPACA establece: *“Cuando en un Magistrado concurra alguna de las causales señaladas en el artículo anterior, deberá declararse impedido en escrito dirigido al ponente, o a quien le siga en turno si el impedido es este, expresando los hechos en que se fundamenta tan pronto como advierta su existencia, para que la sala, sección o subsección resuelva de plano sobre la legalidad del impedimento”*.

Se configura la causal de impedimento.

Realizadas las anteriores precisiones, el Tribunal declarará fundado el impedimento presentado por la Magistrada Patricia Varela Cifuentes, teniendo en cuenta que se configura la causal invocada.

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

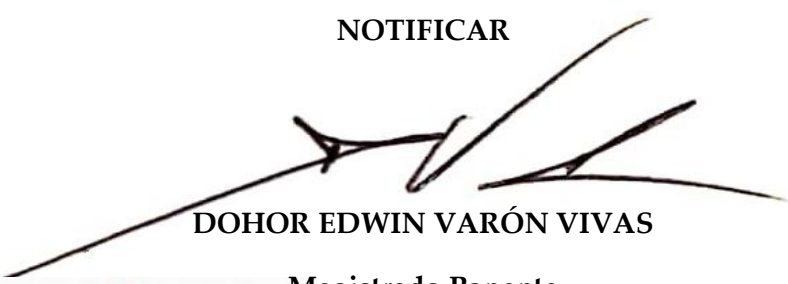
Por lo expuesto, el **Tribunal Administrativo de Caldas**,

Resuelve:

1. **Se declara** fundado el impedimento presentado por la Magistrada Patricia Varela Cifuentes para conocer el presente asunto.
2. **Comunicar** la presente decisión al despacho de la Magistrada Patricia Varela Cifuentes sobre la aceptación del impedimento manifestado, para los efectos que estime pertinentes.
3. En firme la providencia, por la **Secretaría de esta Corporación**, deberá **regresar** el expediente al Despacho del suscrito Magistrado para avocar conocimiento y decidir lo que corresponda; realizar el cambio de ponente en el programa informático Siglo XXI y la respectiva compensación.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Especial de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 62 de 2021.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala 2da Oral de decisión
Magistrada Ponente: Patricia Varela Cifuentes

Manizales, veintiséis (26) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

RADICACIÓN: 17-001-23-33-000-2020-00189-00
CLASE: Controversia Contractual
DEMANDANTE: Inogab Ingeniería y Obras S.A.S.
DEMANDADO: Nación – Ministerio Educación y otros
ASUNTO: Resuelve Impedimento

I. Asunto

De conformidad con lo previsto en el artículo 130 y 131 del CPACA, procede la Sala 2ª. Oral a decidir sobre la declaración de impedimento formulada por el Magistrado PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA, para conocer del proceso en el ejercicio del medio de control de la referencia.

Para resolver, basten las siguientes

II. Consideraciones de la Sala

El Magistrado **Pablo Martín Andrés Patiño Mejía**, manifiesta su impedimento para conocer del presente proceso que en ejercicio del medio de control de controversias contractuales fue interpuesto por **Inogab Ingeniería y Obras S.A.S.**, por cuanto considera, se encuentra incurso en la causal consagrada en el numeral 5 del artículo 141 del Código General del Proceso, al obrar como apoderada de la parte demandante en este proceso la abogada Lina María Hoyos Botero, quien a su vez lo representa judicialmente dentro de una conciliación prejudicial contra la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial, que está para su aprobación en la jurisdicción administrativa.

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

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

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

...

5. Ser alguna de las partes, su representante o apoderado, dependiente o mandatario del juez o administrador de sus negocios.
(...)”.

Así las cosas, la situación planteada por el Magistrado Publio Martín Andrés Patiño Mejía, se ajusta al contenido del artículo 141 del Código General del Proceso, y por lo mismo, constituye impedimento para conocer del proceso.

Sin que sea menester efectuar consideraciones adicionales, se procederá aceptar el impedimento manifestado por el Magistrado Publio Martín Andrés Patiño Mejía y, en consecuencia, se le separa del conocimiento del presente asunto.

Por lo expuesto,

II. Resuelve

ADMITIR el impedimento expresado por el Magistrado **PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA**, para conocer del presente asunto.

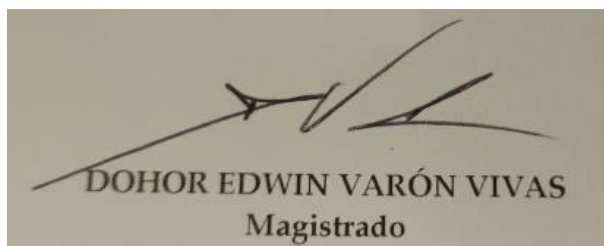
Por Secretaría, remítase copia de la presente decisión al Magistrado Publio Martín Andrés Patiño Mejía. Surtido lo anterior, el proceso quedará a cargo de este Despacho para el trámite procesal correspondiente.

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

Notifíquese



Magistrada Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA ESPECIAL DE DECISIÓN

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, veintiséis (26) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

A.INTERLOCUTORIO: 277
RADICADO: 17-001-33-33-002-2020-00001-02
NATURALEZA: POPULAR
DEMANDANTE: ENRIQUE ARBELÁEZ MUTIS
DEMANDADO: MUNICIPIO DE MANIZALES

Se decide el impedimento presentado por la Magistrada Patricia Varela Cifuentes.

Antecedentes

La Jueza Segunda Administrativa de Manizales el 25 de mayo de 2021, emitió sentencia de primera instancia, frente a la cual se interpuso recurso de apelación; siendo concedió ante este Tribunal, correspondió su conocimiento por reparto a la Magistrada Patricia Varela Cifuentes.

Mediante oficio, la citada funcionaria se declaró impedida para conocer del asunto, al manifestar que, en su calidad de Jueza Segunda Administrativa de Manizales, expidió la providencia objeto de recurso en el proceso en primera instancia, razón por la cual considera se encuentra inmersa en la causal prevista en el ordinal 2o del artículo 141 del C.G.P.

Consideraciones

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

Estudio normativo.

En cuanto a las causales para manifestar el impedimento, el artículo 130 del CPACA prevé como tales para los magistrados y jueces Administrativos, entre otras, las previstas en el artículo 141 del Código General del Proceso. A su vez, el numeral 2 del artículo 141 del CGP que fundamentó el impedimento que aquí se resuelve, regula: *“Haber conocido del proceso o realizado cualquier actuación en instancia anterior, el juez, su cónyuge, compañero permanente o algunos de sus parientes indicados en el numeral precedente.”*

Por su parte el numeral 3 del artículo 131 del CPACA establece: *“Cuando en un Magistrado concurra alguna de las causales señaladas en el artículo anterior, deberá declararse impedido en escrito dirigido al ponente, o a quien le siga en turno si el impedido es este, expresando los hechos en que se fundamenta tan pronto como advierta su existencia, para que la sala, sección o subsección resuelva de plano sobre la legalidad del impedimento”*.

Se configura la causal de impedimento.

Realizadas las anteriores precisiones, el Tribunal declarará fundado el impedimento presentado por la Magistrada Patricia Varela Cifuentes, teniendo en cuenta que se configura la causal invocada.

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

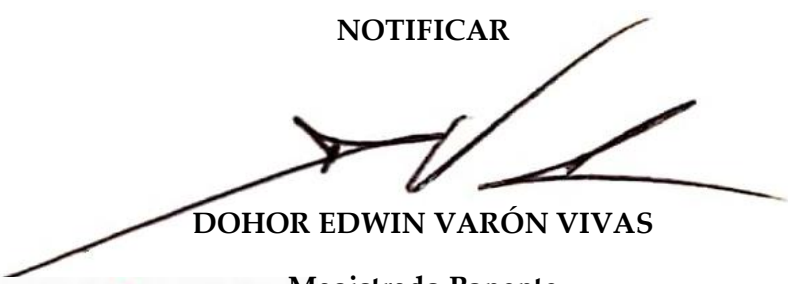
Por lo expuesto, el **Tribunal Administrativo de Caldas,**

Resuelve:

1. **Se declara** fundado el impedimento presentado por la Magistrada Patricia Varela Cifuentes para conocer el presente asunto.
2. **Comunicar** la presente decisión al despacho de la Magistrada Patricia Varela Cifuentes sobre la aceptación del impedimento manifestado, para los efectos que estime pertinentes.
3. En firme la providencia, por la **Secretaría de esta Corporación,** deberá **regresar** el expediente al Despacho del suscrito Magistrado para avocar conocimiento y decidir lo que corresponda; realizar el cambio de ponente en el programa informático Siglo XXI y la respectiva compensación.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Especial de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 62 de 2021.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA ESPECIAL DE DECISIÓN

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, veintiséis (26) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

A.INTERLOCUTORIO: 274
RADICADO: 17-001-33-33-002-2020-00183-02
NATURALEZA: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: ALBEIRO MASSO OSORIO Y OTROS
DEMANDADO: NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL Y OTRO

Se decide el impedimento presentado por la Magistrada Patricia Varela Cifuentes.

Antecedentes

La Jueza Segunda Administrativa de Manizales el 8 de octubre de 2020, emitió providencia donde terminó proceso por caducidad, frente a la cual se interpuso recurso de apelación; siendo concedió ante este Tribunal, correspondió su conocimiento por reparto a la Magistrada Patricia Varela Cifuentes.

Mediante oficio, la citada funcionaria se declaró impedida para conocer del asunto, al manifestar que, en su calidad de Jueza Segunda Administrativa de Manizales, expidió la providencia objeto de recurso en el proceso en primera instancia, razón por la cual considera se encuentra inmersa en la causal prevista en el ordinal 2o del artículo 141 del C.G.P.

Consideraciones

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

Estudio normativo.

En cuanto a las causales para manifestar el impedimento, el artículo 130 del CPACA prevé como tales para los magistrados y jueces Administrativos, entre otras, las previstas en el artículo 141 del Código General del Proceso. A su vez, el numeral 2 del artículo 141 del CGP que fundamentó el impedimento que aquí se resuelve, regula: *“Haber conocido del proceso o realizado cualquier actuación en instancia anterior, el juez, su cónyuge, compañero permanente o algunos de sus parientes indicados en el numeral precedente.”*

Por su parte el numeral 3 del artículo 131 del CPACA establece: *“Cuando en un Magistrado concurra alguna de las causales señaladas en el artículo anterior, deberá declararse impedido en escrito dirigido al ponente, o a quien le siga en turno si el impedido es este, expresando los hechos en que se fundamenta tan pronto como advierta su existencia, para que la sala, sección o subsección resuelva de plano sobre la legalidad del impedimento”*.

Se configura la causal de impedimento.

Realizadas las anteriores precisiones, el Tribunal declarará fundado el impedimento presentado por la Magistrada Patricia Varela Cifuentes, teniendo en cuenta que se configura la causal invocada.

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

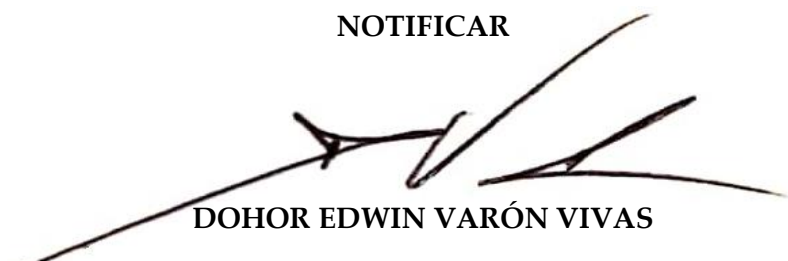
Por lo expuesto, el **Tribunal Administrativo de Caldas**,

Resuelve:

1. **Se declara** fundado el impedimento presentado por la Magistrada Patricia Varela Cifuentes para conocer el presente asunto.
2. **Comunicar** la presente decisión al despacho de la Magistrada Patricia Varela Cifuentes sobre la aceptación del impedimento manifestado, para los efectos que estime pertinentes.
3. En firme la providencia, por la **Secretaría de esta Corporación**, deberá **regresar** el expediente al Despacho del suscrito Magistrado para avocar conocimiento y decidir lo que corresponda; realizar el cambio de ponente en el programa informático Siglo XXI y la respectiva compensación.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Especial de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 62 de 2021.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado Ponente



ANGUSTO MORALES VALENZUELA

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



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

Manizales, veintiséis (26) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

A.I. 273

Radicado: 17-001-23-33-000-2021-00219-00
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Carlos Arturo Reyes Tapasco
Demandado: Instituto de Financiamiento, Promoción y Desarrollo de Caldas – Inficaldas y Departamento de Caldas

1. ASUNTO

Procede el Tribunal a decidir sobre la admisibilidad de la demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó por Carlos Arturo Reyes Tapasco contra Inficaldas y el Departamento de Caldas.

2. ANTECEDENTES

Mediante auto del 20 de septiembre de 2021, se concedió a la parte actora el término de diez (10) días, para que procediera a corregir la demanda, en los siguientes aspectos:

- 1- *“Deberá allegar poder para actuar de conformidad con los artículos 73 y 74 del Código General del Proceso.*
- 2- *Deberá allegar documento que acredite la existencia y representación legal de Inficaldas, ello de conformidad con el artículo 166, ordinal cuarto del CPACA.*
- 3- *Deberá indicar las razones de hecho y de derecho, por las cuales dirige la demanda contra el Departamento de Caldas (Gobernación de Caldas), así como, aportar el acto administrativo expedido por dicho ente territorial -si lo hubiere-; lo anterior, de conformidad con lo establecido en el artículo 162 del CPACA..”*

3. CONSIDERACIONES

El artículo 170 del CPACA, advierte que: « (...) *Se inadmitirá la demanda que carezca de los requisitos señalados en la ley por auto susceptible de reposición, en el que se expondrán sus defectos, para que el demandante los corrija en el plazo de diez (10) días. Si no lo hiciere se rechazará la demanda* (...)». (Negrilla y subrayada fuera del texto).

El artículo 169 del referido código, reitera que la demanda será rechazada: « (...) 2. *Cuando habiendo sido inadmitida no se hubiere corregido la demanda dentro de la oportunidad legalmente establecida* (...)».

En cuanto al poder para actuar, el artículo 73 del CGP, aplicable al proceso contencioso administrativo por remisión del artículo. 306 del CPACA, señala que: “(...) *Derecho de*

postulación. Las personas que hayan de comparecer al proceso deberán hacerlo por conducto de abogado legalmente autorizado, excepto en los casos en que la ley permita su intervención directa. E artículo 74 del CGP además exige que: “En los poderes especiales los asuntos deberán estar determinados y claramente identificados”.

En cuanto a los anexos de la demanda, el artículo 84 del CGP, indicar que, a la demanda debe acompañarse, además del “*poder para iniciar el proceso, cuando se actúe por medio de apoderado*” la “*prueba de la existencia y representación de las partes y de la calidad en la que intervendrán en el proceso...*”.

En igual sentido, el artículo 166 del CPACA impone la obligación de anexar a la demanda: “*4. La prueba de la existencia y representación en el caso de las personas jurídicas de derecho privado. Cuando se trate de personas de derecho público que intervengan en el proceso, la prueba de su existencia y representación, salvo en relación con la Nación, los departamentos y los municipios y las demás entidades creadas por la Constitución y la ley.*

De conformidad con el artículo 90 del CPACA, la no presentación del poder para actuar, con los requisitos pertinentes, así como la no presentación de la prueba de la existencia y representación de la entidad demandada, da lugar a la inadmisión y posterior rechazo de la demanda en caso de ser subsanado.

Adicionalmente, el artículo 162 del CPACA dispone que, toda demanda contendrá: “*3. Los hechos y omisiones que sirvan de fundamento a las pretensiones, debidamente determinados, clasificados y numerados*” y “*4. Los fundamentos de derecho de las pretensiones. Cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación*”.

Así, el legislador ha impuesto una carga procesal a la parte demandante que, en razón de ser el sujeto interesado en que el medio de control inicie el correspondiente trámite, debe cumplir a cabalidad dichos requerimientos, que se hacen con el fin aclarar, corregir o completar aspectos de la demanda y/o sus anexos que se consideren necesarios para darle celeridad y claridad al proceso y evitar fallos inhibitorios. Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado que: «*la carga procesal son conductas, para beneficio del mismo sujeto y cuya omisión trae aparejadas para él consecuencias desfavorables, como la preclusión de una oportunidad o un derecho procesal e inclusive la pérdida del derecho sustancial*»¹.

3.1. Caso Concreto

La Sala encuentra probado que:

- Mediante auto del 20 de septiembre de 2021, se concedió a la parte actora un término de diez (10) días, para que subsanara la demanda y allegara el poder para actuar de conformidad con los artículos 73 y 74 del CGP; los documento que acredite la existencia y representación legal de Inficaldas, e indicara las razones de hecho y de derecho, por las cuales dirige la demanda contra el Departamento de Caldas. Cargas que no fueron atendidas.
- Dicho auto que ordenó la corrección de la demanda, fue notificado mediante anotación en el Estado Electrónico según se observa en el archivo “04NotificaciónAuto” del expediente digital y fue enviado mensaje a los buzones de correo electrónico:

¹ Sentencia C – 279 de 2013.

reyesac55@hotmail.com; sofigoga@hotmail.com, mismos que corresponden a los indicados en el acápite de notificaciones de la demanda.

- Dentro del término previsto para la corrección, esto es, los días comprendidos entre los días 27 de septiembre y el 8 de octubre de 2021, no fue allegado memorial alguno saneando lo requerido. Hecho que se verifica en la constancia secretarial del 12 de octubre hogaño.

Teniendo en cuenta que, dentro del término otorgado, la parte accionante no corrigió la demanda, y que los aspectos que se ordenaron corregir, son de total relevancia y resultan imprescindibles al momento no solo de admitir la demanda, sino de proferir su fallo, es procedente el rechazo de la misma conforme con lo previsto en los artículos 169 numeral 2, y 170 del CPACA.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo De Caldas:

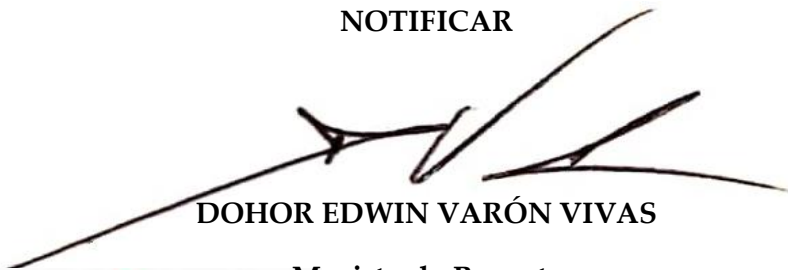
RESUELVE:

Primero: Rechazar la demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instauró Carlos Arturo Reyes Tapasco contra Inficaldas y el Departamento de Caldas, por no haberse subsanado dentro del término legalmente establecido.

Segundo: Ordenar el archivo del presente expediente, previas las anotaciones en el Sistema Siglo XXI.

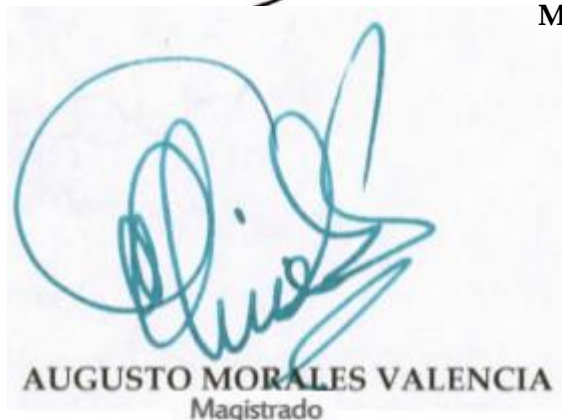
Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 62 de 2021.

NOTIFICAR

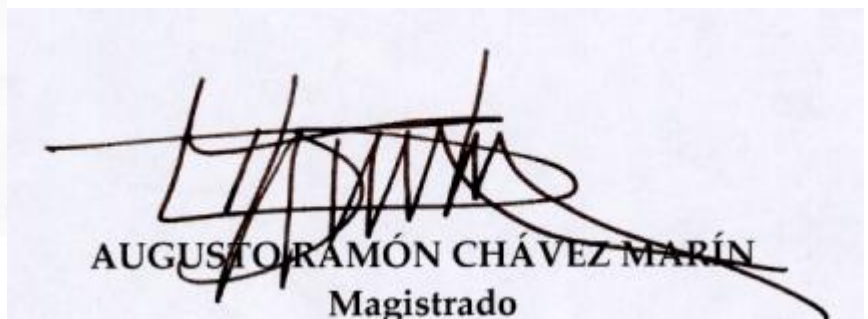


DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 218

Manizales, veintiséis (26) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

Radicado: 17-001-23-33-000-2021-00222-00
Naturaleza: Validez de Actos Administrativos
Demandante: Departamento de Caldas
Demandados: Concejo y Municipio de Pensilvania (Caldas)

Se emite fallo, con ocasión a la solicitud de invalidez del Acuerdo 006 del 24 de mayo de 2021 del municipio de Pensilvania.

I. Antecedentes

1. Solicitud de invalidez

Se expone que, el Concejo de Pensilvania aprobó el Acuerdo 006 del 24 de mayo de 2021 *“Por medio del cual se anexa a la agenda de política pública (sic) de Participación Ciudadana y Planeación Ambiental del Municipio de Pensilvania, el Acuerdo Social por la Defensa del Agua, la vida y el Territorio del 28 de mayo de 2019 y se dictan (sic) otras disposiciones”*.

Que fueron realizados los dos debates reglamentarios para su aprobación en sesiones ordinarias, para un primer debate en comisión el día 18 y segundo debate en plenaria 24 de mayo de 2021 y aprobado el proyecto de Acuerdo, fue sancionado por el Alcalde el 26 de mayo de 2021.

Que el Ejecutivo Municipal de Pensilvania sancionó el Acuerdo 006 del 24 de mayo de 2021, sin tener en cuenta los artículos 103, 259, 339 y 340 de la Constitución Política, los artículos 1 y 5 de la Ley 131 de 1994, el artículo 39, numeral 1 de la Ley 152 de 1994, al no incorporar lo relacionado con el *anexo de la agenda de política pública de participación ciudadana y planeación ambiental*, en el Plan de Desarrollo Municipal; de igual manera y por parte del Concejo Municipal no tuvieron en cuenta lo normado con referencia al Voto Programático inscrito por el candidato a la alcaldía municipal de Pensilvania hoy alcalde, sobre el cumplimiento del pacto o agenda ambiental realizado, y haberlo incorporado en su oportunidad en el correspondiente programa previo a su posesión, dentro las sesiones ordinarias de discusión en la elaboración del Plan de Desarrollo Municipal para el periodo 2020-2023.

Que, es un mandato de obligatorio cumplimiento, y como lo disponen los artículos 103, 259, 313, numeral 2, 315, numeral 6, 339, 340, artículos 1 y 5 de la Ley 131 de 1994, artículos 32 y 39 de la Ley 152 de 1994, los artículos 2.2.2.1.2.6.2 y 2.2.2.1.2.6.2 Decreto 1077 de 2015 que

compila el Decreto 4002 de 2004, el artículo 24, numeral 3 de la Ley 388 de 1997, que el Concejo y el Alcalde Municipal no podían adoptar el *anexo de la agenda de política pública de participación ciudadana y planeación ambiental*, mediante la aprobación del Acuerdo 006 del 24 de mayo de 2021, que es posterior al Plan de Desarrollo.

2. Pronunciamiento del municipio de Pensilvania

Señaló que, no es cierta la conclusión a la que llegó la Gobernación de Caldas respecto a la no inclusión de las estrategias de planeación ambiental en el Plan de Desarrollo de Pensilvania, pues de la simple lectura del Acuerdo se evidencia el compromiso ambiental por parte del Municipio.

Que si bien no se anuncian dentro del Acuerdo las resoluciones expedidas por Corpocaldas, no es menos cierto que, no se está yendo en contra de las mismas y son normas que se direccionan y complementan el Acuerdo al momento de ejecutar una decisión administrativa.

Finalmente señaló que, la solicitud de pronunciamiento de validez no cumple con el requisito de establecer la norma exacta que riñe contra el Acuerdo 006 del 24 de mayo de 2021.

3. Trámite del asunto

La solicitud de pronunciamiento de validez fue admitida a través de proveído del 20 de septiembre de 2021 y se ordenó la notificación a las partes y la fijación en lista por el término de 10 días. Finalmente mediante auto del 20 de octubre del mismo año (archivo “15AutoPruebas”), se dispuso tener como pruebas las aportadas con la demanda.

II. Consideraciones

1. Competencia

Conforme a los artículos 305 de la Constitución Política y 120 del Decreto 1333 de 1986, este tribunal es competente para conocer del estudio de validez del Acuerdo 006 del 06 de julio de 2021.

2. Problema jurídico

El asunto jurídico a resolver se centra en establecer: *¿Es inválido el Acuerdo 006 del 24 de mayo de 2021, “Por medio del cual se anexa a la agenda de políticapública (sic) de Participación Ciudadana y Planeación Ambiental del Municipio de Pensilvania, el Acuerdo Social por la Defensa del Agua, la vida y el Territorio del 28 de mayo de 2019 y sedictan (sic) otras disposiciones”, toda vez que, vulnera las normas relacionadas con la participación ciudadana al no estar conforme al programa de gobierno y con la elaboración y aprobación de los planes de desarrollo.*

3. Tesis del Tribunal

El Acuerdo 006 del 24 de mayo de 2021, es válido teniendo en cuenta que: i) los puntos de la agenda de política pública que allí fueron señalados, coinciden con los descritos en el programa de gobierno que presentó el actual alcalde al inscribirse como candidato y no se evidencia contradicción con el Plan de Desarrollo Territorial aprobado por el Acuerdo 005 de 2020; ii) el hecho de que ni en el programa de gobierno ni en el Plan de Desarrollo Territorial, se hiciera expresa mención al documento: *“Acuerdo Social Por La Defensa Del*

Agua, La Vida Y El Territorio Del 28 De Mayo Del 2019”, no impide que los puntos en él señalados puedan ser adoptados como parte de una agenda de política pública, pues las normas no imponen tal formalidad; lo que se prohíbe es el incumplimiento del programa de gobierno o el desconocimiento o contradicción con el Plan de Desarrollo aprobado.

No es de recibo el argumento del solicitante en cuanto a que, el Acuerdo 006 de 2021 contraviene o modifica irregularmente el POT o que desconoce las decisiones o determinantes suministradas por la autoridad ambiental, pues lo que se dispuso en el referido Acuerdo, fue la fijación de unos puntos sobre los cuales girará la agenda de política pública del municipio, sin que se adoptaran decisiones concretas o específicas que permitan analizar una posible vulneración del POT o de las decisiones de la autoridad ambiental.

Para sustentar lo anterior se hará referencia a: i) los hechos acreditados; ii) el marco jurídico referente al Plan de Desarrollo Territorial y iii) el análisis del caso concreto.

3.1.-Los hechos acreditados

-. Mediante Acuerdo 005 de 25 de mayo de 2020 el Concejo municipal de Pensilvania, adoptó el Plan de Desarrollo Municipal *“Pensilvania somos todos 2020-2023”*, que constituye el *“marco de acción de las políticas públicas, programas, estrategias, proyectos y acciones que la administración municipal pondrá en marcha para mejorar la calidad de vida de los Pensilvenses”*; se señalaron las líneas estrategias, los programas, las metas de resultado, las metas de producto, los proyectos transversales, el plan de obras y los proyectos estratégicos para cada corregimiento (archivo digital “). (archivo digital “12AporteAcuerdo005_2020_PlanDesdarrrolloPensilvania2020-2023 “)

-. El Concejo de Pensilvania mediante Acuerdo 006 del 24 de mayo de 2021, *“Por medio del cual se anexa a la agenda de políticapública (sic) de Participación Ciudadana y Planeación Ambiental del Municipio de Pensilvania, el Acuerdo Social por la Defensa del Agua, la vida y el Territorio del 28 de mayo de 2019 y sedictan (sic) otras disposiciones”*, acordó:

“ARTÍCULO PRIMERO: OBJETO: ANEXAR los numerales 1 ,2, 5, 7, 8, 10 y 11 del documento autenticado ante la Notaría Única de Pensilvania, el 5 de julio de 2019 como lo hace constar el señor Notario Jaime Horacio Aristizábal Hoyos “Acuerdo Social Por La Defensa Del Agus, La Vida Y El Territorio Del 28 De Mayo Del 2019” firmado por el señor Jorge Orlando García Restrepo, actual Alcalde del Municipio de Pensilvania, en la agenda de política pública, de participación ciudadana ambiental y planeación Municipal.

Parágrafo 1. Los numerales 1,2, 5, 7, 8, 10 y 11 del documento “Acuerdo Social Por La Defensa Del Agus, La Vida Y El Territorio Del 28 De Mayo Del 2019” se utilizaran como insumo en las mesas de participación ciudadana de carácter ambiental y de planeación como lo son, el Consejo Territorial de Planeación CTP, Consejo Municipal Ambiental, Concejo Municipal, Esquema De Ordenamiento Territorial, Plan de Ordenación y Manejo de las Cuencas Hidrográficas del Río La Miel y Samaná Sur (POMCA) y en sus respectivos consejo, y todas las mesas de carácter ambiental y ordenadoras del territorio.

Parágrafo 2. Los numerales 1,2, 5, 7, 8, 10 y 11 del documento “Acuerdo Social Por La Defensa Del Agua, La Vida Y El Territorio Del 28 De Mayo Del 2019” son una expresión participativa de un grupo significativo de Campesinos del Municipio. Por ende el contenido del mismo siempre estará sujeto a concertación, siempre y cuando esta se realice en mesas institucionales

oficiales de participación ambiental ciudadana como se describe en el parágrafo 1.

ARTÍCULO SEGUNDO: CONTENIDO DEL DOCUMENTO:

(Título; Introducción; Numerales 1, 2, 5, 7, 8, 10 y 11) Título: ACUERDO SOCIAL POR LA DEFENSA DEL AGUA, LA VIDA Y EL TERRITORIO, DEL 28 DE MAYO DE 2019.

Introducción: El ser humano tiene una dimensión social que conlleva a un interés por el bienestar y el compromiso con la comunidad en la que vive.

La Constitución Política De Colombia, define que somos un estado social de derecho, organizado de forma de republica unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democracia participativa y pluralista.

En este caso podemos afirmar que el derecho colectivo al ambiente sano, el derecho a la participación ciudadana y la autonomía de los territorios, son superiores y prevalecen sobre las expectativas económicas de los particulares llámense empresas privadas o multinacionales.

Numerales:

1. Acompañar, apoyar y respaldar la posición firme y consistente de los Campesinos del Oriente de Caldas, en contra de la proyección y construcción de proyectos hidroeléctricos y mineros en nuestro territorio.

2. Hacer uso de todas las facultades legales, para blindar el Oriente de Caldas y no permitir el desarrollo de más proyecto como la hidroeléctrica el edén, en El Corregimiento de Bolivia y el trasvase del Rio Manso, que han provocado un desastre ambiental, social y económico a nuestros Campesinos.

5. Blindar este acuerdo mediante la inclusión del mismo, en la presentación en el esquema de ordenamiento territorial, al Concejo Municipal, dándole herramientas a nuestro campo donde se priorice que la vocación y el uso del suelo sea para la producción agropecuaria y para el impulso de la economía Campesina y familiar, eliminando la ejecución de proyectos hidroeléctricos, minería de metales preciosos y embotelladoras de agua en nuestro territorio.

7. Destinar y gestionar recursos, para adquirir predios urbanos y rurales que por su ubicación estratégica, requieren especial tratamiento de protección y conservación. Igualmente a destinar recursos fiscales y tributarios para aquellos propietarios de predios que destinen parte de estos para protección ambiental y el recurso hídrico.

8. Desarrollar proyectos y programas, para la defensa, protección y preservación de las semillas nativas y ancestrales y la creación de bancos y familias custodias de semillas.

10. Incorporar en la política pública Municipal desde el Concejo Municipal y alcaldía de Pensilvania la Declaración De Las Naciones Unidas Sobre Los Derechos De Los Campesinos Y Campesinas Y De los Otros Trabajadores Rurales.

11. Frente a los probables impactos negativos para las comunidades de Minería Guayaquil S.A.S. la alcaldía Municipal y el Concejo de Pensilvania con base a la normatividad vigente y como autoridades ambientales, hagan uso del principio de precaución ambiental y en caso de ser necesario el Alcalde solicite suspensión de la obra."

-. El 26 de mayo de 2021 el alcalde del municipio de Pensilvania, sancionó el Acuerdo 006 del 24 de mayo de 2021. (fl. 31 archivo digital "02DemandaAcuerdo_006_24_Mayo_2021")

-. El 12 de agosto de 2021, la el Municipio de Pensilvania remitió el Acuerdo 006 del 24 de mayo de 2021, dirigido al correo jrvalenciamc@gobernaciondecaldas.gov.co. (fl. 36 archivo digital "02DemandaAcuerdo_006_24_Mayo_2021 ")

-. Según el Oficio S.J. 0931 del 10 de septiembre suscrito por la Secretaría Jurídica de la Gobernación de Caldas, fue informado al alcalde de Pensilvania, la remisión del Acuerdo 006 del 24 de mayo de 2021, para que dicho servidor se pronuncie respecto a su validez (Fls. 37 y 38 archivo digital "02DemandaAcuerdo_006_24_Mayo_2021")

3.2. Marco jurídico

3.2.1. Los planes de desarrollo territoriales

Dispone el artículo 342 de la Constitución que: *"La correspondiente ley orgánica reglamentará todo lo relacionado con los procedimientos de elaboración, aprobación y ejecución de los planes de desarrollo y dispondrá de los mecanismos apropiados para su armonización y para la sujeción a ellos de los presupuestos oficiales. Determinará, igualmente, la organización y funciones del Consejo Nacional de Planeación y de los consejos territoriales, así como los procedimientos conforme a los cuales se hará efectiva la participación ciudadana en la discusión de los planes de desarrollo y las modificaciones correspondientes, conforme a lo establecido en la Constitución".*

Siguiendo el mandato del artículo 342 constitucional, fue expedida la ley 152 de 1994, "Ley Orgánica del Plan de Desarrollo". Su propósito, descrito en el artículo 1º, es "establecer los procedimientos y mecanismos para la elaboración, aprobación, ejecución, seguimiento, evaluación y control de los planes de desarrollo" y demás aspectos constitucionales sobre la planificación; y es aplicable a la Nación, a las entidades territoriales y a los organismos públicos de todo orden.

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, hizo referencia a la exposición de motivos del proyecto de la Ley Orgánica del Plan de Desarrollo y, concretamente sobre los planes de desarrollo territoriales señaló:

"En relación con los planes de desarrollo territoriales, se dijo también en la exposición de motivos:

*"Dentro de las modificaciones formuladas por la Carta Política de 1991, en lo referente a lo económico y de la hacienda pública, una de las más importantes y significativas innovaciones es, sin lugar a dudas, la reorganización del régimen de la planeación económica y social que aunque ya desde la reforma de 1968 se elevó a rango constitucional, hasta la fecha no había podido tener una real operancia....**Quiso de otra parte el constituyente, y he aquí lo definitivo para que la planeación pueda ser una realidad, que fuera materia de una ley orgánica especial, todo lo relacionado con la expedición de los procedimientos de elaboración, aprobación y ejecución de los planes de desarrollo, así como los mecanismos apropiados para la armonización y sujeción de los presupuestos oficiales a dichos procedimientos.** Dicha ley orgánica deberá además, determinar la organización y funciones del Consejo Nacional de Planeación y los Consejos Territoriales, así como la forma de asegurar la participación ciudadana en la discusión de los planes de desarrollo.*

(...)

5. La planeación de las entidades territoriales. Teniendo en cuenta que la Constitución también fija orientaciones sobre la planeación en las entidades territoriales, el proyecto se ocupa igualmente del contenido de los planes de desarrollo de tales entidades, teniendo especialmente en cuenta que se trata de planear en el marco de las competencias, recursos y responsabilidades que les ha atribuido la Constitución y la ley, que deben ser armónicos con el Plan nacional, y que deben obedecer a los criterios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad... Igualmente se establecen términos preclusivos para que las distintas autoridades de planeación, incluido el Consejo Territorial de Planeación, cumplan con su labor. Así mismo se reproduce el mecanismo previsto para el caso del Plan Nacional, de su adopción mediante decreto del Gobernador o del Alcalde, en caso de que no se produzca decisión por la respectiva corporación administrativa de elección popular en el lapso de un mes, con el fin de garantizar que, en todo caso, la administración cuente con un plan que oriente y determine el gasto y la gestión pública correspondiente.”¹(Se destaca)

3.2.2. El procedimiento de elaboración del Plan de Desarrollo Territorial

El artículo 39 de la ley 152 reglamenta el procedimiento de elaboración de los planes territoriales y en sus numerales 1, 4, 5 y 6 establece:

“ARTÍCULO 39. Elaboración. (...)

1. El Alcalde o Gobernador elegido impartirá las orientaciones para la elaboración de los planes de desarrollo **conforme al programa de gobierno presentado al inscribirse como candidato.**

(...)

4. Simultáneamente a la presentación del proyecto de plan a consideración del Consejo de Gobierno o el cuerpo que haga sus veces, la respectiva administración territorial convocará a constituirse al Consejo Territorial de Planeación.

5. El proyecto de plan como documento consolidado, será presentado por el Alcalde o Gobernador a consideración de los Consejos Territoriales de Planeación, a más tardar dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha de su posesión...

6. El respectivo Consejo Territorial de Planeación deberá realizar su labor antes de transcurrido un (1) mes contado desde la fecha en que haya presentando ante dicho Consejo el documento consolidado del respectivo plan.

Si transcurriere dicho mes sin que el respectivo Consejo Territorial se hubiere reunido o pronunciado sobre la totalidad o parte del proyecto del plan, considerará surtido el requisito en esa fecha. **Tanto los Consejos Territoriales de Planeación, como los Concejos y Asambleas, verificarán la correspondencia de los planes con los programas de gobierno que hayan sido registrados al momento de la inscripción como candidato por el Alcalde o Gobernador electo.”/Negrilla para destacar/**

Los numerales transcritos contemplan dos elementos indispensables en la configuración de estos planes de desarrollo: (i) el programa de gobierno que el gobernador o alcalde inscribió con su candidatura; y (ii) la participación ciudadana.

3.2.3. El programa de gobierno y la participación ciudadana

Las leyes 131 y 134 de 1994, respectivamente, se ocupan del voto programático y de los mecanismos de participación ciudadana.

¹ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Álvaro Namén Vargas. 15 de agosto de 2013. Rad. 11001-03-06-000-2012-00091-00

De acuerdo con los artículos 1° y 2° de la ley 131 de 1994, el voto programático es un mecanismo de participación por el cual los ciudadanos imponen a los gobernadores y alcaldes, como mandato, el cumplimiento del programa de gobierno presentado para inscribir su candidatura; y su incumplimiento es causal de revocatoria de dicho mandato.

Los artículos 5° y 6° de la citada Ley 131, establecen la obligación a los alcaldes y gobernadores de presentar a las asambleas y a los concejos las modificaciones al plan de desarrollo en curso o el proyecto de plan, que incorporen *"los lineamientos generales del programa político de gobierno inscrito en su calidad de candidatos..."*.

Así las cosas, para que el programa de gobierno se cumpla, la ley 131 en sus artículos 5 y 6 establece la manera como los gobernadores y alcaldes deben actuar una vez posesionados, a fin de presentar a las asambleas y a los concejos las modificaciones necesarias a los planes de desarrollo en curso o para presentar sus proyectos si no existieren planes vigentes, de manera que resulta trascendental e imprescindible que el ente territorial cuente con un plan de desarrollo, no solo como herramienta para garantizar el uso adecuado de los recursos y ordenar la gestión pública, sino como mecanismo que contribuye a la efectividad del voto programático, en tanto a partir de dicho plan los ciudadanos pueden ejercer el control del cumplimiento del programa de gobierno presentado por aquellos al inscribir su candidatura, como quiera que aquel debe corresponder a este.

La estrecha relación entre el voto programático y los planes de desarrollo territoriales, estructurada desde la Constitución y desarrollada en la ley orgánica de la planeación y en las leyes estatutarias sobre los mecanismos de participación ciudadana, muestra cómo el ejercicio de las competencias de las instituciones propias de la democracia representativa, esto es, el Congreso de la República, las asambleas y los concejos, debe garantizar la efectividad de la democracia participativa en la cual el voto no agota los derechos políticos y de participación de los ciudadanos en los asuntos públicos².

Así, el voto que elige a un gobernador o a un alcalde le impone un mandato, que, a la vez, i) configura la aprobación anticipada de las políticas, los planes, programas y proyectos que deberán conformar el plan de desarrollo de la respectiva entidad territorial en cuanto deben corresponder al programa de gobierno inscrito por el elegido, (ii) define las responsabilidades del elegido y (iii) faculta a los ciudadanos para revocar el mandato conferido si el programa de gobierno es incumplido.

De esta manera, el ejercicio de la función de aprobación del plan de desarrollo asignada a los organismos de representación popular, llevan a estas corporaciones a procesos de coordinación y concertación con las demás autoridades intervinientes y, a asumir un rol de garantes de la voluntad popular, al debatir, proponer modificaciones y finalmente aprobar una propuesta de plan que es, en últimas, el mandato ciudadano. En este evento, incluso, toda modificación que pretenda introducir la asamblea o concejo, debe contar con la aceptación previa y por escrito del gobernador o alcalde, según sea el caso, lo cual resulta razonable en tanto son los responsables directos de cumplir con el mandato a ellos

² Corte Constitucional, sentencia T-358-02: "5. Uno de los principios que conforman el núcleo conceptual de la democracia participativa es, tal y como lo consagró el artículo 2 Superior, "facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan." Y una de las características esenciales del nuevo modelo político inaugurado por la Constitución de 1991, consiste en reconocer que todo ciudadano tiene derecho no sólo a conformar el poder, como sucede en la democracia representativa, sino también a ejercerlo y controlarlo, tal y como fue estipulado en el artículo 40 constitucional."

impuestos por la ciudadanía al momento de ser elegidos, de conformidad con el programa de gobierno que presentaron al inscribir su candidatura.

3.3. Caso concreto

De acuerdo con las pruebas aportadas, la Sala encuentra acreditado que, mediante Acuerdo 005 de 25 de mayo de 2020 el Concejo municipal de Pensilvania, adoptó el Plan de Desarrollo Municipal *“Pensilvania somos todos 2020-2023”*, en el que expresamente se señalaron como valores que rigen la actuación de la Administración municipal, el respeto por el medio ambiente, así: *“Todos los procesos de desarrollo reconocen el medio ambiente como un actor vivo que condiciona y orienta su implementación. Para esta Administración Municipal, la conservación y respeto del medio ambiente es una prioridad”*. (Artículo 11)

Además se señaló como uno de los enfoques de la actividad de la Administración municipal, el respeto del medio ambiente, así: *“Las estrategias, planes y programas propuestos entienden y atienden las particularidades, necesidades, problemáticas y a la vez oportunidades de cada uno de los corregimientos y veredas que conforman el municipio. Esto contribuye a lograr inversiones coherentes y flexibles con las realidades y condiciones de cada uno de los rincones de nuestro territorio, en donde se respeta el medio ambiente como la condición primordial para el desarrollo (...)”*. (Artículo 12)

De conformidad con lo anterior, la protección del medio ambiente fue tenido en cuenta expresamente en el Plan de Desarrollo Territorial, como un valor y como un enfoque de la actividad de la Administración municipal, al punto que incluso se le reconoció como un elemento que condiciona y orienta la implementación de los procesos de desarrollo.

Ahora, del análisis del contenido del Acuerdo 006 de 2021, la Sala observa que, lo allí decidido no constituye una modificación o adición al referido Plan de Desarrollo Territorial, pues lo que allí se decidió fue: *anexar a la agenda de política pública, de participación ciudadana ambiental y planeación Municipal*, los numerales 1, 2, 5, 7, 8, 10 y 11 del documento *“Acuerdo Social Por La Defensa Del Agua, La Vida Y El Territorio Del 28 De Mayo Del 2019”* firmado por el señor Jorge Orlando García Restrepo, actual Alcalde de Pensilvania.

En cuanto al contenido de los *planes de desarrollo territorial*, el artículo 31 de la Ley 152 de 1994 señala que, *“Los planes de desarrollo de las entidades territoriales estarán conformados por una parte estratégica y un plan de inversiones a mediano y corto plazo, en los términos y condiciones que de manera general reglamenten las Asambleas Departamentales y los Concejos Distritales y Municipales o las autoridades administrativas que hicieren sus veces, siguiendo los criterios de formulación, establecidos en la presente Ley”*. La parte estratégica comprende, la identificación y formulación de los diferentes objetivos, programas, indicadores y metas que la nueva administración espera alcanzar durante el período de gobierno³.

En cuanto al concepto de *“agenda de política pública”* Arellano Gault (2010), señala que ello *“no es más que el conjunto de cosas que han de ser llevadas a cabo, que se procurarán, [que] se intentarán, cosas en las que se pondrá empeño”*. También se ha señalado que *“la agenda formal es un proceso decisional contingente y tornadizo que se asemeja a las anarquías organizadas, caracterizadas por preferencias problemáticas, tecnologías no claras y participación fluida (esto es,*

³ Unidad 2. Parte Estratégica. Manual para la formulación de planes de desarrollo de las entidades territoriales. Departamento Nacional de Planeación. https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Desarrollo%20Territorial/Portal%20Territorial/KIT-OT/Unidad-2_Parte_Estrategica_29_12_2015.pdf

diversos grados de motivación y compromiso)” (Aguilar, 1993: 38)⁴. Así, el agendamiento es “el proceso a través del cual ciertos problemas o cuestiones llegan a llamar la atención seria y activa del gobierno como posibles asuntos de política pública”(Elder y Cobb, 1993: 77)⁵ es “un ejercicio de decisión ampliamente discursivo que se da en los distintos escenarios públicos y de interacción entre sociedad y Gobierno, y por medio del cual se lleva a cabo tanto la selección como la definición de los problemas objeto de política pública”⁶.

De acuerdo a lo anterior, no es elemento esencial del plan de desarrollo las agendas de política pública, y la fijación de unos puntos que harán parte de una agenda de política pública del municipio, no implica necesariamente una modificación o adición del Plan de Desarrollo Territorial ya aprobado o que para la adopción de esa agenda, se deba adelantar un nuevo proceso de construcción, concertación y aprobación del Plan de Desarrollo.

Tampoco se evidencia que, dicho Acuerdo 006 de 2021 se contraponga o implique un desconocimiento al programa de gobierno del actual Alcalde del municipio de Pensilvania, el cual se sintetizó en dicho acuerdo, así:

*“(…)entendiéndose que el programa de gobierno elegido en el Municipio de Pensilvania para el periodo 2020-2023, fue el presentado por el señor Jorge Orlando García Restrepo en representación del Grupo Significativo de Ciudadanos Pensilvania Primero y que en lo que respecta al medio ambiente, **tengo como objeto avanzar en el cierre de las brechas sociales en el marco de las actividades productivas sostenibles. De igual manera quiere buscar la protección de los recursos naturales de nuestro municipio**, con el apoyo de la ciudadanía y demás organizaciones sociales, teniendo en cuenta las amplias riquezas con las que cuentan nuestros suelos y que debe ser para garantizar la calidad de vida de los Pensilvenses. **Inciso 1** Acompañar, apoyar y respaldar la posición de los campesinos frente a los proyectos hidroeléctricos y mineros. **Inciso 2** hacer uso de todas las facultades legales para blindar el municipio frente a centrales hidroeléctricas, **Inciso 3** Elaborar, gestionar y apoyar proyectos agropecuarios para el campo, con el fin de beneficiar la economía de los campesinos y habitantes del municipio. **Inciso 4** gestionar y destinar recursos para la adquisición de predios urbanos y rurales destinados a la conservación y protección de recursos hídricos. **Inciso 5** desarrollar programas y proyectos para la defensa, protección y preservación de semillas nativas y ancestrales. **Inciso 6** crear bancos de custodia de semillas. **Inciso 7** Implementar acciones que apunten a dar cumplimiento a la declaración de las Naciones Unidas, sobre los derechos de los campesinos. **Inciso 8** acompañar la veeduría ciudadana de manera permanente en los procesos de explotación de recursos naturales, procurando la garantía de los compromisos establecidos en las empresas y la comunidad. **Inciso 9** mejorar el sistema de recolección de basura y ampliarlo a la mayoría del municipio. **Inciso 10** promover programas de conservación y uso de los recursos naturales con personal responsable de sus instrumentación. **Inciso 11** implementar programas de reforestación protectora, restauración de ecosistemas y conservación de bosques. **Inciso 12** esquema de ordenamiento territorial actualizado y accesible, donde se supervisa su aplicación (permisos y revisión de uso de suelo). **Inciso 13** aprovechar la biodiversidad y sus servicios eco sistémico para diversificar la producción rural, dinamizar la economía y fortalecer las culturas locales, conocimientos propios, procesos*

⁴ Alzate Zuluaga, Mary Luz; Romo Morales, Gerardo La agenda pública en sus teorías y aproximaciones metodológicas. Una clasificación alternativa Revista Enfoques: Ciencia Política y Administración Pública, vol. XV, núm. 26, 2017, pp. 13-35 Universidad Central de Chile Santiago, Chile. Consultado en: <https://www.redalyc.org/pdf/960/96052974002.pdf>

⁵ Ibidem, p. 16.

⁶ Procuraduría General de la Nación. Ciclo de Políticas Públicas. <https://www.procuraduria.gov.co/sip/Ciclo-de-Politicas-Publicas.page>

*asociativos en busca de mejorar los espacios de convivencia y los entornos saludables. **Inciso 14** impulsar programas formales de educación ambiental tanto a nivel escolar como comunitario, que incluya acciones que contribuyen a mejorar y conservar su entorno". (Se resalta)*

Aspectos que en general coinciden con los que finalmente se decidieron incorporar en la agenda de política pública en el Acuerdo 006 de 2021, así:

"ARTÍCULO SEGUNDO: CONTENIDO DEL DOCUMENTO:

(Título; Introducción; Numerales 1, 2, 5, 7, 8, 10 y 11) Título: ACUERDO SOCIAL POR LA DEFENSA DEL AGUA, LA VIDA Y EL TERRITORIO, DEL 28 DE MAYO DE 2019.

(...)

Numerales:

1. Acompañar, apoyar y respaldar la posición firme y consistente de los Campesinos del Oriente de Caldas, en contra de la proyección y construcción de proyectos hidroeléctricos y mineros en nuestro territorio.

2. Hacer uso de todas las facultades legales, para blindar el Oriente de Caldas y no permitir el desarrollo de más proyecto como la hidroeléctrica el edén, en El Corregimiento de Bolivia y el trasvase del Rio Manos, que han provocado un desastre ambiental, social y económico a nuestros Campesinos.

5. Blindar este acuerdo mediante la inclusión del mismo, en la presentación en el esquema de ordenamiento territorial, al Concejo Municipal, dándole herramientas a nuestro campo donde se priorice que la vocación y el uso del suelo sea para la producción agropecuaria y para el impulso de la economía Campesina y familiar, eliminando la ejecución de proyectos hidroeléctricos, minería de metales preciosos y embotelladoras de agua en nuestro territorio.

7. Destinar y gestionar recursos, para adquirir predios urbanos y rurales que por su ubicación estratégica, requieren especial tratamiento de protección y conservación. Igualmente a destinar recursos fiscales y tributarios para aquellos propietarios de predios que destinen parte de estos para protección ambiental y el recurso hídrico.

8. Desarrollar proyectos y programas, para la defensa, protección y preservación de las semillas nativas y ancestrales y la creación de bancos y familias custodias de semillas.

10. Incorporar en la política pública Municipal desde el Concejo Municipal y alcaldía de Pensilvania la Declaración De Las Naciones Unidas Sobre Los Derechos De Los Campesinos Y Campesinas Y De los Otros Trabajadores Rurales.

11. Frente a los probables impactos negativos para las comunidades de Minería Guayaquil S.A.S. la alcaldía Municipal y el Concejo de Pensilvania con base a la normatividad vigente y como autoridades ambientales, hagan uso del principio de precaución ambiental y en caso de ser necesario el Alcalde solicite suspensión de la obra." (Sic)

Por lo anterior es claro que, los puntos de la agenda de política pública que fueron señalados en el Acuerdo 006 de 2021, coinciden con los descritos en el programa de gobierno que presentó el actual alcalde al inscribirse como candidato, por lo tanto, no son de recibo los argumento de la entidad solicitante referentes a que el Alcalde no incorporó el pacto o agenda de política pública en su programa de gobierno, o que en el Concejo no los analizó,

pues se evidencia que expresamente se hizo alusión a ellos.

Ahora, el hecho de que ni en el programa de gobierno ni en el Plan de Desarrollo Territorial aprobado por el Acuerdo 005 de 2020, específicamente en el artículo 12, se hiciera expresa mención al documento: *“Acuerdo Social Por La Defensa Del Agua, La Vida Y El Territorio Del 28 De Mayo Del 2019”*, no impide que los puntos en él señalados puedan ser adoptados como parte de una agenda de política pública, pues las normas no imponen tal formalidad; lo que se prohíbe es el incumplimiento del programa de gobierno que presentó el candidato o el desconocimiento o contradicción con el Plan de Desarrollo aprobado; lo cual como se señaló, no se evidencia en el presente asunto.

Tampoco es de recibo el argumento del solicitante en cuanto a que, el Acuerdo 006 de 2021 contraviene o modifica irregularmente el POT o que desconoce las decisiones o determinantes suministradas por la autoridad ambiental, pues se reitera, lo que se dispuso en el referido Acuerdo, fue la fijación de unos puntos sobre los cuales girará la agenda de política pública del municipio, sin que se adoptaran decisiones concretas o específicas que permitan analizar una posible vulneración del POT o de las decisiones de la autoridad ambiental; las cuales como lo señala el municipio de Pensilvania en su intervención, direccionan y complementan el Acuerdo al momento de ejecutar una decisión administrativa.

De acuerdo con lo expuesto y partiendo de lo establecido en el artículo 249 de la Constitución y el artículo 1 de la Ley 131 de 1994, en tanto se entiende por Voto Programático el mecanismo de participación mediante el cual los ciudadanos que votan para elegir gobernadores y alcaldes, imponen como mandato al elegido el cumplimiento del programa de gobierno que haya presentado como parte integral en la inscripción de su candidatura; resulta diáfano para este cuerpo Colegiado que, el Acuerdo 006 del 24 de mayo de 2021, no vulnera la normativa señalada por la entidad solicitante relacionada con la participación ciudadana o con la elaboración y aprobación de los planes de desarrollo.

3.4. Conclusión

La Sala no encuentra que prosperen los cargos propuestos por la gobernación de Caldas, por cuanto:

i) los puntos de la agenda de política pública que fueron señalados en el Acuerdo 006 de 2021, coinciden con los descritos en el programa de gobierno que presentó el actual alcalde al inscribirse como candidato y no se evidencia contradicción con el Plan de Desarrollo Territorial aprobado por el Acuerdo 005 de 2020.

ii) el hecho de que ni en el programa de gobierno ni en el Plan de Desarrollo Territorial, se hiciera expresa mención al documento: *“Acuerdo Social Por La Defensa Del Agua, La Vida Y El Territorio Del 28 De Mayo Del 2019”*, no impide que los puntos en él señalados puedan ser adoptados como parte de una agenda de política pública, pues las normas no imponen tal formalidad; lo que se prohíbe es el incumplimiento del programa de gobierno o el desconocimiento o contradicción con el Plan de Desarrollo aprobado.

iii) No es de recibo el argumento del solicitante en cuanto a que, el Acuerdo 006 de 2021 contraviene o modifica irregularmente el POT o que desconoce las decisiones o determinantes suministradas por la autoridad ambiental, pues lo que se dispuso en el referido Acuerdo, fue la fijación de unos puntos sobre los cuales girará la agenda de política pública del municipio, sin que se adoptaran decisiones concretas o específicas que permitan

analizar una posible vulneración del POT o de las decisiones de la autoridad ambiental.

Por lo anterior es procedente declarar la validez del Acuerdo 006 de 2021 expedido por el Concejo de Pensilvania.

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

III. FALLA

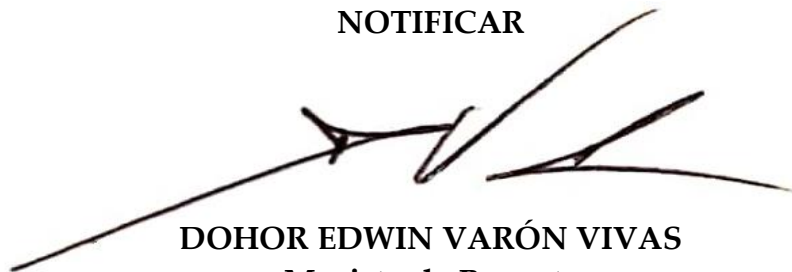
Primero: Declarar válido el Acuerdo 006 del 24 de mayo de 2021 del Concejo de Pensilvania - Caldas *"Por medio del cual se anexa a la agenda de políticapública (sic) de Participación Ciudadana y Planeación Ambiental del Municipio de Pensilvania, el Acuerdo Social por la Defensa del Agua, la vida y el Territorio del 28 de mayo de 2019 y sedictan (sic) otras disposiciones"*, por no prosperar los argumentos propuestos por la Gobernación del Departamento de Caldas.

Segundo: Comuníquese esta determinación al señor Alcalde de Pensilvania, al señor Presidente del Concejo de la misma localidad y al señor Gobernador de Caldas.

Tercero: En firme esta sentencia, **archivar** el expediente previas las anotaciones del caso en el Programa Justicia Siglo XXI.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 62 de 2021.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA UNITARIA DE DECISIÓN

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, veintiséis (26) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

A.I. 271

RADICADO: 17-001-23-33-000-2021-00279-00
NATURALEZA: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO)
DEMANDANTE: CARLOS EDUARDO CÁRDENAS HERRERA Y LUISA FERNANDA CÁRDENAS MEJÍA (MENOR)
DEMANDADO: ASSBASALUD E.S.E.

Procede el Despacho a estudiar la admisibilidad de la demanda que en ejercicio del medio de control nulidad y restablecimiento del derecho, instaura en su nombre Carlos Eduardo Cárdenas Herrera y en representación de su hija Luisa Fernanda Cárdenas Mejía, contra el **Assbasalud E.S.E.**

De conformidad con lo prescrito en el artículo 170 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se concede a la parte demandante un término de diez (10) días, para que subsane la demanda teniendo en cuenta los siguientes aspectos formales:

- 1- Deberá allegar documento que acredite la existencia y representación legal de Assbasalud E.S.E., ello, de conformidad con el artículo 166, ordinal cuarto del CPACA.
- 2- Deberá individualizar concretamente el acto administrativo demandado y que es objeto de las pretensiones del parte demandante, de conformidad con lo establecido en los artículos 162 y 163 del CPACA.
- 3- Deberá remitir copia de la corrección a las partes y al Ministerio Público, de acuerdo con el numeral 5 del artículo 166 del CPACA, en concordancia con el artículo 199 ibidem, modificado por el artículo 612 del Código General del Proceso y, conforme al artículo 3 del Decreto 806 de 2020.

Notificar

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA UNITARIA DE DECISIÓN

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, veintiséis (26) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

A.I. 272

RADICADO: 17-001-23-33-000-2021-00290-00
NATURALEZA: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO)
DEMANDANTE: JUAN DAVID PELÁEZ CASTRO
DEMANDADO: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Procede el Despacho a estudiar la admisibilidad de la demanda que en ejercicio del medio de control nulidad y restablecimiento del derecho, instaura Juan David Peláez Castro, contra **La Procuraduría General de la Nación**.

De conformidad con lo prescrito en el artículo 170 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se concede a la parte demandante un término de diez (10) días, para que subsane la demanda teniendo en cuenta los siguientes aspectos formales:

- 1- Deberá allegar copia de la Resolución No. 11 del 29 de octubre de 2020 Proferida por la Procuraduría Regional de Caldas así como el Audio y Video de la diligencia que se llevó a cabo en la misma fecha y por la misma autoridad, ello, de conformidad con lo establecido en el numeral 1 del artículo 166 del CPACA.
- 2- Deberá remitir copia de la corrección a las partes y al Ministerio Público, de acuerdo con el numeral 5 del artículo 166 del CPACA, en concordancia con el artículo 199 ibidem, modificado por el artículo 612 del Código General del Proceso y, conforme al artículo 3 del Decreto 806 de 2020.

Notificar

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

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

PROCESO No.	17001-33-33-001-2019-00207-02
CLASE	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	JESÚS ADELIO GIRALDO FLÓREZ
ACCIONADO	NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

Procede la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, a dictar sentencia de segunda instancia con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el fallo que negó pretensiones, proferido por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales el 04 de diciembre de 2020, dentro del proceso de la referencia.

PRETENSIONES

Las pretensiones de la parte actora son las siguientes:

➤ Que se declare la existencia del silencio administrativo por medio del cual las demandadas negaron el reconocimiento y pago de la sanción por mora, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contada desde los 70 días hábiles después de radicada la solicitud de las cesantías definitivas, hasta cuando se hizo el pago total de prestación, mediante el ajuste reconocido por parte de la accionada.

A título de restablecimiento del derecho:

➤ Condenar a las demandadas a que reconozcan y paguen al demandado la sanción por mora establecida en las Leyes 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006, una suma equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contado desde los 70 días hábiles después de haber radicado la solicitud de cesantías ante la entidad, y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

- Condenar a las demandadas al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que se efectuó el pago de las cesantías, hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso.
- Condenar a las accionadas al reconocimiento y pago de los intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de la sanción moratoria reconocida en la sentencia.

HECHOS

- La demandante solicitó el reajuste de sus cesantías con la inclusión de la prima de servicios y el reconocimiento de la sanción moratoria.
- Por medio de la Resolución n.º 0000072 del 09 de febrero de 2018 se le reconoció a la parte actora un reajuste a sus cesantías definitivas, sin pronunciamiento sobre la sanción moratoria solicitada.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Indicó como normas transgredidas los artículos 5, 9 y 15 de la Ley 91 de 1989; los artículos 1 y 2 de la Ley 244 de 1995; los artículos 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006; y la Ley 2831 de 2005.

En su concepto de violación señaló que, existen unos términos legales perentorios para el reconocimiento de las cesantías parciales o definitivas, fijándose una sanción en caso de incumplimiento de los mismos, añadiendo que frente a pagos incompletos también son procedentes los intereses moratorios, por cuanto la prestación se reconoció en un monto inferior; y en tal sentido, en este caso, debe reconocerse la sanción moratoria, la cual sería equivalente a un día de salario por cada día de retardo con posterioridad a los 70 días hábiles siguientes a la radicación de la petición inicial, hasta el momento en el cual fue pagada la diferencia insoluta.

Por último, hizo referencia a múltiples providencias proferidas por el Consejo de Estado, las cuales le permiten concluir que, no cabe duda sobre el derecho que le asiste a la parte demandante para que se atiendan de manera favorable las pretensiones de la demanda.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO: conforme a la constancia secretarial del juzgado de conocimiento la parte accionada no contestó la demanda.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales mediante sentencia del 04 de diciembre de 2020, negó las pretensiones de la parte demandante tras plantearse como problema jurídico, si el pago inoportuno de la diferencia o ajuste de las cesantías a los docentes genera la sanción moratoria contenida en la Ley 1071 de 2006.

Tras un recuento jurisprudencial y normativo concluye que, a la parte actora no le asiste derecho al reconocimiento de la sanción moratoria reclamada, toda vez que, esta solo se contempla respecto al reconocimiento y pago tardío de la cesantía, más no así en el pago del reajuste de la misma.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada en primera instancia, la parte accionante presentó recurso de apelación de forma oportuna.

En síntesis, solicitó que la sentencia de primera instancia sea revocada y en su lugar se acceda a pretensiones, esto es, a reconocer la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías.

Afirmó que al haber sido objeto las cesantías reconocidas de un reajuste su pago solo se efectuó de manera total una vez se realizó el pago del reajuste, por ello es procedente el reconocimiento de la sanción establecida en la Ley 1071 de 2006

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante: ratificó los argumentos expuestos en la demanda y en el recurso de apelación.

Ministerio de Educación Nacional - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio: arguye que no es procedente el reconocimiento de la sanción moratoria reclamada toda vez que no se establece la misma para el pago tardío de reajustes de cesantías. Es por ello que solicita se confirme el fallo apelado.

Ministerio Público: conforme a la constancia secretarial obrante en PDF nro. 07 del expediente digital de segunda instancia, el Ministerio Público guardó silencio.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

No observando esta Sala irregularidades procedimentales que conlleven a decretar la nulidad parcial o total de lo actuado en segunda instancia, procederá en consecuencia a proferir sentencia de fondo.

PROBLEMAS JURÍDICOS

En la fijación del litigio se plantearon los siguientes interrogantes:

1. ¿Tiene Derecho la parte actora a que se le reconozca sanción por mora establecida en la Ley 1071 de 2006, al tener la entidad demandada que reconocer reliquidación de las mismas?

En caso de que la respuesta sea positiva deberá resolverse:

2. ¿A qué entidad le corresponde el pago de la sanción moratoria por el pago tardío del reajuste de las cesantías reconocidas a favor de la parte demandante?

3. ¿Cuál es el salario base para liquidar la sanción moratoria?

4. ¿La condena al pago por la cantidad líquida de dinero se debe ajustar tomando como base el índice de precios al consumidor, tal y como lo ordena el inciso final del artículo 187 del CPACA?

LO PROBADO

- Que mediante Resolución nro. 0222 del 03-04-2017 se reconoció cesantías definitivas a la parte demandante.
- Que mediante la Resolución nro. 0000072 del 09 de febrero de 2018 se reconoció y ordenó el actor el pago de un ajuste de las cesantías definitivas, incluyendo en la base para su liquidación la prima de servicios y la bonificación devengada por el actor.
- Conforme a la constancia emitida por la Fiduprevisora los fondos quedaron a disposición del actor el 29 de mayo de 2018.
- Mediante petición del 01 de agosto de 2018, el actor solicitó el reconocimiento del pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006.

Marco Normativo

La Ley 244 de 1995¹ contempló:

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

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

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

La anterior disposición fue modificada por la Ley 1071 de 2006², básicamente para señalar

¹ «Por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones.»

² «Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación.».

nuevos destinatarios de la norma.

Respecto al reconocimiento de sanción moratoria en caso de reliquidación de las cesantías, el Consejo de Estado en providencia del 4 de octubre de 2018 de la Sección Segunda - Subsección B, proceso con radicado interno 3490-15 expuso:

“Al respecto, esta Corporación, en reiteradas ocasiones, ha sostenido que la sanción moratoria por la inoportuna consignación de las cesantías no procede respecto de las diferencias de valor de dicha prestación, en los siguientes términos:

“En el caso analizado, la entidad demandada sí reconoció oportunamente las prestaciones y cesantías definitivas del demandante al momento de su desvinculación³; sin embargo, con ocasión de la expedición de la sentencia C- 1433 de 2000 y del Decreto 2720 de diciembre 27 de 2000, se causó una diferencia en la liquidación de las mismas, pero el pago inoportuno de esa diferencia no puede considerarse mora en la consignación de tal prestación, que tenga la magnitud de generar la sanción a que alude la norma trascrita.”⁴ (Resaltado fuera de texto).

Esta Subsección, en sentencia del 17 de octubre de 2017, dentro del expediente con radicación No. 080012333000201200017101 (2839-14), con ponencia de la doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez, señaló:

“(…) En tal sentido, si bien se causó una diferencia en la liquidación de las cesantías definitivas, la cancelación pago inoportuna de esa diferencia no puede considerarse mora en la pago de tal prestación, que tenga la magnitud de generar la sanción a que alude la norma señalada.

[…]

La Sección Segunda del Consejo de Estado, ha sostenido que la finalidad del legislador con la norma aludida, fue determinar el término perentorio para el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas de los servidores públicos, sin que una diferencia en la liquidación de la prestación social, conlleve a la autoridad judicial a imponer la sanción frente a una circunstancia fáctica que no se encuentra prevista en la ley⁵”. (Subrayado fuera de texto).

³ Cita propia del texto transcrito: Folios 14 a 16.

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 9 de abril de 2014, radicación 13001-23-31-000-2007-00225-01, número interno 1483-13. M.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

⁵ Cita propia del texto transcrito: Al respecto: Subsección A. Sentencia de 9 de abril de 2014. Rad. 13001-23-31-000-2007-00225-01(1483-13). C.P. Luis Rafael Vergara Quintero.; Subsección B. Sentencia de 8 de septiembre de 2017. Rad. 08001233300020140035501. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. En el mismo sentido, sentencias de 17 de agosto de 2017. Rad. 08001233300020140035501; Sentencia de 18 de mayo de 2017. Rad. 66001233300020130021301.

De acuerdo a lo anterior, se puede concluir que el Consejo de Estado ha sido reiterativo en considerar que, el legislador no previó dentro de los supuestos de hecho que generan la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990 o de la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, el pago tardío de reajustes de las cesantías reconocidas, o que por razón de reajuste alguno haya lugar al pago de intereses moratorios, reduciendo en consecuencia su causación al reconocimiento y pago tardío de la liquidación inicial o reconocimiento inicial.

Descendiendo al caso concreto quedó probado dentro de estas resultas, que a favor del actor se reconocieron cesantías definitivas mediante la Resolución n° 0222 del 03-04-2017.

Posteriormente, se reajustó el valor de las cesantías al incluir la prima de servicios en la base para liquidación de las mismas, lo que se hizo mediante la Resolución n° 0000072 del 09 de febrero de 2018, que fue cancelada el 29 de mayo de 2018.

Conforme a los anteriores hechos, es claro para este Tribunal que, no refiriéndose la demanda al pago extemporáneo del acto inicial que otorgó las cesantías definitivas, lo que existe es una solicitud de reajuste de esta prestación, que la administración se resolvió a su favor.

De acuerdo a lo expuesto, la sala concluye que el pago de la diferencia originada en la reliquidación de que fueron objeto las cesantías definitivas reconocidas, no configura el derecho a la sanción moratoria pretendida en la demanda, pues como se señaló anteriormente, ella solo procede frente a la liquidación inicial, ya que frente a reliquidación no está prevista esta causal como generadora de sanción moratoria alguna, tal y como lo consideró la juez de instancia.

En este orden de ideas, al tratarse de una sanción, no puede aplicarse por analogía la estipulada para el pago tardío de las cesantías, para el evento de pago de reajustes que se realicen respecto de la prestación reconocida y pagada a tiempo, puesto que dicha circunstancia no se encuentra expresamente contemplada en la ley.

Es de resaltar que este Tribunal, ya ha emitido pronunciamientos en el mismo sentido en casos análogos, desde las sentencias del 22 de agosto de 2019 proceso radicado 2018-00445, y del 26 de septiembre de 2019 proceso con radicado 2018-00559.

Como no se reconoce el derecho a la sanción moratoria, la sala se inhibirá de resolver los demás problemas jurídicos planteados.

Conclusiones

Al no señalarse en la ley, que el pago de reajustes de cesantías de lugar a pago de intereses moratorios, se confirmará el fallo proferido por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito el 04 de diciembre de 2020 mediante el cual se niegan las pretensiones de la parte actora.

Costas

En el presente asunto, de conformidad con el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, al evidenciarse que la demanda se presentó con manifiesta carencia de fundamento legal, condenará en costas de segunda instancia a la parte demandante, las cuales se liquidarán conforme a los artículos 365 y 366 del C. G. del P.

Señálense como agencias en derecho, a favor de la parte demandada la suma de un salario mínimo legal vigente

Por lo expuesto el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, Sala de Decisión Oral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo proferido por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito el 04 de diciembre de 2020 mediante el cual se niegan las pretensiones incoadas dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** interpuesto por **JESÚS DELIO GIRALDO FLÓREZ** contra **LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**.

SEGUNDO: COSTAS de segunda instancia, a cargo de la parte demandante, las cuales se liquidarán por el Juzgado de primera instancia, conforme al artículo 365 y 366 del C. G. del P.

17001-33-33-001-2019-00207-02 nulidad y restablecimiento del derecho

Sentencia193

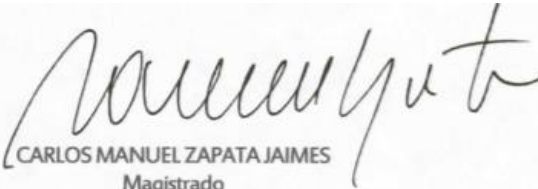
Segunda instancia

Se señalan agencias en derecho igual a un salario mínimo legal vigente a favor de la demandada y a cargo de la demandante.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

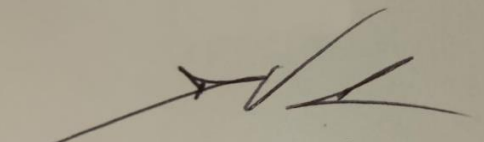
Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Virtual realizada el 25 de noviembre de 2021 conforme Acta nro. 067 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



PATRICIA VARELA CIFUENTES
Magistrada



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
ESTADO ELECTRÓNICO

Notificación por Estado Electrónico No. 215 del 29 de noviembre de 2021.

REPÚBLICA DE COLOMBIA

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

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

RADICADO	17001-33-33-003-2019-00072-02
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	LEONARDO GONZÁLEZ LÓPEZ
ACCIONADO	NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA- CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL ¹

Procede la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas a dictar sentencia de segunda instancia, con ocasión al recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el fallo que negó pretensiones, proferido por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales el día 19 de febrero de 2021.

PRETENSIONES

1. Que se declare la nulidad del acto administrativo ficto o presunto configurado *frente a la petición incoada el 26 de octubre del 2017 a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional-CASUR-, mediante el cual se solicitó el reajuste adicional ordenado por la Ley 6 de 1992 de una asignación de retiro.*
2. Se restablezca el derecho a la demandante con el reconocimiento del reajuste establecido por la Ley 6ª de 1992, artículo 116, y por el Artículo 1 del Decreto 2108 de 1992.
3. Se condene a la parte demandada al pago a favor de la demandante de las diferencias que resulten en cada una de las mesadas pensionales correspondiente a los reajustes establecidos en la Ley 6ª de 1992, artículo 116, y el Decreto 2108, artículo 1, desde su causación hasta la fecha teniendo en cuenta previamente la prescripción trienal y los reajustes que haya dejado de pagar.

¹ En adelante CASUR

4. Se condene a la parte demandada y a favor de la demandante al pago de la indexación o la corrección monetaria sobre cada una de los emolumentos ordenados en la sentencia de esta demanda.

5. Se condene en costas procesales y agencias judiciales a la parte demandada en favor de la demandante.

HECHOS

1. Al señor Leonardo González López le fue reconocida su asignación de retiro a través de la Resolución Nro. 5827 del de 1979, en cuantía equivalente al 70% de partidas legalmente computables para el grado de agente.

2. Al demandante no le realizó el reajuste ordenado en la Ley 6° de 1992, en la correspondiente asignación de retiro reconocida mediante Resolución 00012 de 1981.

3. El día 26 de octubre del 2017 el señor Leonardo González López solicitó a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, el reconocimiento y pago del reajuste a las mesadas pensionales con fundamento en la Ley 6° de 1992 artículo 116 y Decreto No. 2108 del 29 de diciembre de 1992 artículo 1, pero la entidad demandada no contestó la petición configurándose un acto ficto presunto.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Adujo que la Corte Constitucional en reiteradas ocasiones ha determinado que la asignación de retiro se equipara a la pensión, tal como lo planteó en sentencia C-432 de 2004, lo que denota el derecho de la actora a que su prestación periódica sea reajustada, y para este caso específico, de conformidad con lo determinado en el artículo 116 de la Ley 6ª de 1992 y el artículo 1° del Decreto 2108 de 1992.

Resaltó que, aunque el artículo 116 de la Ley 6ª de 1992 fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, esta norma, así como el artículo 1° del Decreto 2108 de 1992, se continuaron aplicando para toda persona pensionada antes del 31 de diciembre de 1988 o con derecho a pensionarse en esta temporalidad, fueran pensiones nacionales o territoriales; reajustes que deben hacerse de oficio por parte de las entidades encargadas del reconocimiento y pago de las pensiones.

Considera que la asignación de retiro debió ser incrementada como lo dispuso el Decreto Reglamentario 2108 de 1992, lo cual, al no haberse realizado por la entidad accionada, genera una diferencia de allí en adelante entre la mesada que le ha sido cancelada y la que debió pagársele con inclusión de dichos incrementos.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

CASUR en la contestación de la demanda se opuso a las pretensiones, al considerar que no ha incurrido en ninguna actuación que genere transgresión de los derechos de la demandante.

Aclaró que la sustitución de la asignación de retiro le fue reconocida a la actora conforme a las normas vigentes para ese momento, en este caso, el Decreto 0609 de 1977, y por ello el reajuste de la asignación mensual debe realizarse conforme a lo allí establecido y no según lo determinado en la Ley 6ª de 1992, en atención a que esta norma se aplica a pensiones del sector público del régimen general, no de un régimen especial como es el de la Policía Nacional.

Propuso las excepciones de:

- **Incorrecta interpretación de las normas que contemplan los regímenes pensionales del sector público y la asignación de retiro:** el reajuste de la asignación de retiro debe realizarse con fundamento en las normas especiales que rigen a los miembros de la Policía Nacional, para el caso del actor, el Decreto 0609 de 1977, y no con fundamento en la Ley 6ª de 1992, que cubre a la generalidad de los servidores públicos que se pensionen antes del año 1989.

- **Imposibilidad de aplicación del artículo 116 de la Ley 6ª de 1992 y su decreto reglamentario (violación al principio de inescindibilidad):** aunque se compare la pensión con la asignación de retiro, no quiere decir que las mismas posean igual naturaleza jurídica, ya que las normas que consagran su reconocimiento difieren de las personas a quienes se deben aplicar pues regulan grupos diferentes; y los destinatarios de la Ley 6ª de 1992 no son los miembros de la Fuerza Pública, ya que el reajuste de la asignación de retiro se hace con fundamento en el principio de oscilación.

- **Inexistencia del derecho:** al demandante no se le transgredió ningún derecho pues para su caso no es aplicable la Ley 6ª de 1992.

- **Cobro de lo no debido:** la entidad demandada no adeuda derecho alguno al demandante por los conceptos reclamados en este proceso.

- **Prescripción:** sin que implique aceptación de los hechos y pretensiones, precisó que el Decreto 0609 de 1977 determinó que las acciones que emanen de los derechos consagrados en esa norma prescriben en 4 años.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia anticipada del 19 de febrero de 2021, negó pretensiones, tras plantearse como problema jurídico si había lugar al reconocimiento del reajuste de la asignación de retiro de conformidad con lo dispuesto en la Ley 6ª de 1992 y el Decreto 2108 de 1992 para los miembros de la Policía Nacional.

En primer momento, analizó el reajuste pensional establecido en el artículo 116 de la Ley 6ª de 1992 y en el artículo 1º del Decreto 2108 de 1992, así como los pronunciamientos que sobre estas normas han emitido la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, de lo cual concluyó, en relación con la aplicabilidad de estas normas a los miembros de la Policía Nacional, que estos están cubiertos por un régimen especial, y por ello cada año se les ha establecido el decreto mediante el cual se realiza el incremento porcentual anual, el cual tiene en cuenta el principio de oscilación.

Infirió, además, que el artículo 116 de la Ley 6ª de 1992 al no establecer de manera taxativa su aplicabilidad a los miembros de la Policía Nacional no podía aplicárseles, máxime que con ello se soslayaría el principio de inescindibilidad de los regímenes; aunado a que el reajuste pensional oscilatorio, propio de las Fuerzas Militares, resultaba más benéfico.

Por lo anterior, negó pretensiones y condenó en costas a la parte actora.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte accionante apeló la sentencia mediante memorial que reposa en el archivo PDF nro. 17 del expediente escaneado de primera instancia.

Replicó, en relación con la sentencia de primera instancia, que tal como lo estableció el artículo 116 de la Ley 6ª de 1992, el Decreto 2108 de ese mismo año y la jurisprudencia,

para tener derecho al reajuste establecido en estas normas se requería cumplir 3 requisitos: Ser pensionado del sector público; tener el derecho pensional antes de 1989 y que los reajustes pensionales presentaran diferencias con los de los salarios

Aclaró que al demandante se le reconoció su asignación de retiro en el año 1977, frente al requisito de ser pensionado del sector público nacional, sostuvo que se debía tener en cuenta que la jurisprudencia sobre el asunto aclaró contundentemente, o mejor, suprimió de la vida jurídica la expresión “del orden nacional”, quedando simplemente que el reajuste cobijaba a todos los pensionados del sector público sin discriminación alguna. Y que la Ley 6ª de 1992 y el Decreto 2108 del mismo año, son normas anteriores a la Ley 100 de 1993, y por ello cuando se refirieron a pensionados del sector público nacional no lo hicieron sobre un régimen general, pues este no existía.

De acuerdo a lo anterior, concluyó que para reconocer el reajuste adicional a las mesadas pensionales del sector público de la Ley 6ª de 1992, como se indicó, se debe observar el cumplimiento de las condiciones indicadas, las cuales acreditó el actor.

Pidió revocar la sentencia, acceder al reconocimiento pensional y no condenar en costas a la parte actora.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN SEGUNDA INSTANCIA

Conforme a la constancia secretarial visible en PDF nro. 05 del expediente digital de segunda instancia las partes y el Ministerio Público no emitieron pronunciamiento alguno.

CONSIDERACIONES

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

Problema jurídico

¿Tiene derecho el señor Leonardo González López a que se reajuste su asignación de retiro de conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la Ley 6ª de 1992, al margen que dicha prestación periódica haya sido otorgada con base en el régimen especial de la Policía Nacional?

Lo probado

- Con Resolución nro. 5827 del 26 de octubre de 1979, y con fundamento en el Decreto 0609 de 1977, se reconoció una asignación de retiro al señor Leonardo González López en su calidad de agente de la Policía Nacional, efectiva a partir del 01 de marzo de 1979 (PDF nro.03 del expediente escaneado de primera instancia)
- El 26 de octubre de 2017 el actor solicitó a la entidad demandada el reconocimiento y reajuste de las mesadas pensionales con fundamento en la Ley 6ª de 1992, artículo 116, y el Decreto 2108 de 1992, artículo 1. (ibidem)

Solución al problema jurídico

¿Tiene derecho el señor Leonardo González López a que se reajuste su asignación de retiro de conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la Ley 6ª de 1992, al margen que dicha prestación periódica haya sido otorgada con base en el régimen especial de la Policía Nacional?

Tesis: La Sala defenderá la tesis de que el actor no tiene derecho a que su asignación de retiro se reajuste con fundamento en el artículo 116 de la Ley 6ª de 1992 y el artículo 1º del Decreto 2102 del mismo año, pues su prestación periódica está cubierta por normas especiales que regulan que el reajuste anual debe ceñirse al principio de oscilación.

Al revisar el acto administrativo de reconocimiento de la asignación de retiro, se evidencia que la norma que sirvió de fundamento para otorgarla fue el Decreto 609 de 1977, por medio del cual se reorganizó la carrera de Agentes de la Policía Nacional, el cual consagró lo siguiente:

Artículo 55. A partir de la vigencia del presente Decreto, al personal de Agentes de la Policía Nacional que se le retire o sea retirado bajo la vigencia del mismo se le liquidarán las prestaciones sociales sobre las siguientes partidas así:

[...]

b) Asignaciones de retiro y pensiones sobre sueldo básico, prima de antigüedad, subsidio familiar para el personal de Agentes casados o viudos con hijos legítimos, del treinta por ciento (30%) de su sueldo básico por su estado de casados o viudos con hijos legítimos, un cinco por ciento (5%) por el primer hijo y un cuatro por ciento (4%) por cada uno de los

demás sin que el total sobre pase del cuarenta y siete por ciento (47%) del sueldo básico, una prima de actividad del quince por ciento (15%) del sueldo básico correspondiente a la doceava parte de la prima de navidad.

[...]

Artículo 58. Asignación de retiro. Los Agentes que sean retirados del servicio activo después de quince (15) años por disposición de la Dirección General de la Policía Nacional, por incapacidad sicológica, por mala conducta comprobada, por haber cumplido la edad de sesenta (60) años, por conducta deficiente o por solicitud propia después de veinte (20) años, tendrá derecho a partir de la fecha en que termine los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Retiro de sueldos se les pague una asignación mensual de retiro equivalente a un cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 55 de este estatuto por los quince (15) primeros años de servicio y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda de los (15), sin que el total sobre pase el ochenta y cinco por ciento (85%).

[...]

Artículo 62. Oscilación de asignaciones de retiro y pensiones. Las asignaciones de retiro y las pensiones de que trata el presente Decreto, se liquidarán tomando en cuenta las variaciones que en tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para un Agente y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 55 de este Decreto. Los Agentes o sus beneficiarios, no podrán acogerse a las normas que regulen ajustes prestaciones en otros sectores de la Administración Pública a menos que así lo disponga expresamente la ley. (Subrayado Sala de Decisión).

Ahora, en relación con la Ley 6ª de 1992 se debe precisar, en similares términos a como lo realizó la *a quo* en la sentencia de primera instancia, que mediante esta norma se regularon aspectos tributarios, pero en uno de sus artículos, específicamente en el 116, se consagró un ajuste pensional para aquellos servidores que pertenecieran a entidades del orden nacional así:

Artículo 116. Para compensar las diferencias de los aumentos de salarios y de las pensiones de jubilación del sector público nacional, efectuados con anterioridad al año 1989, el Gobierno Nacional dispondrá gradualmente el reajuste de dichas pensiones, siempre que se hayan reconocido con anterioridad al 1o de enero de 1989.

Los reajustes ordenados en este artículo comenzarán a regir a partir de la fecha dispuesta en el decreto reglamentario correspondiente y no producirán efecto retroactivo.

La Corte Constitucional al proferir un fallo de constitucionalidad de la norma en mención, la declaró inexecutable mediante la sentencia C-531 de 1995, en la cual se argumentó que la ley era violatoria del principio de unidad de materia consagrado constitucionalmente. Sin embargo, precisó que, en virtud del principio de protección de derechos adquiridos, los efectos de la sentencia no podrían afectar situaciones jurídicas consolidadas durante la vigencia de la norma:

13- La Corte ha señalado que es a ella a quien corresponde fijar los efectos de sus sentencias, a fin de garantizar la integridad y supremacía de la Constitución. En este caso, esta Corporación considera que, en virtud de los principios de buena fe (CP art. 83) y protección de los derechos adquiridos (CP art. 58), la declaración de inexecutable de la parte resolutive de esta sentencia sólo tendrá efectos hacia el futuro y se hará efectiva a partir de la notificación del presente fallo. Esto significa, en particular, que la presente declaratoria de inexecutable no implica que las entidades de previsión social o los organismos encargados del pago de las pensiones puedan dejar de aplicar aquellos incrementos pensionales que fueron ordenados por la norma declarada inexecutable y por el Decreto 2108 de 1992, pero que no habían sido efectivamente realizados al momento de notificarse esta sentencia, por la ineficiencia de esas mismas entidades, o de las instancias judiciales en caso de controversia. En efecto, de un lado, el derecho de estos pensionados al reajuste es ya una situación jurídica consolidada, que goza entonces de protección constitucional (CP art. 58). Mal podría entonces invocarse una decisión de esta Corte, que busca garantizar la integridad de la Constitución, para desconocer un derecho que goza de protección constitucional. De otro lado, en virtud del principio de efectividad de los derechos (CP art. 2º) y eficacia y celeridad de la función pública (CP art. 209), la ineficiencia de las autoridades no puede ser una razón válida para desconocer los derechos de los particulares. Nótese en efecto que tanto el artículo 116 de la Ley 6º de 1992 como el Decreto 2108 de 1992 ordenaban una nivelación oficiosa de aquellas pensiones reconocidas antes de 1989 que presentarían diferencias con los aumentos de salarios, por lo cual sería discriminatorio impedir, con base en esta sentencia de inexecutable, que se haga efectivo el incremento a aquellos pensionados que tengan derecho a ello (...). (Subrayado de la Sala).

La Ley 6ª de 1992 fue reglamentada por el Decreto 2108 de 1992, en el que se ordenó el reajuste extraordinario de las pensiones de jubilación del sector público del orden nacional reconocidas con anterioridad al 1º de enero de 1989, con la finalidad de compensar las diferencias entre el crecimiento de los salarios y el de las mesadas pensionales, así:

Artículo 1. Las pensiones de jubilación del Sector Público del Orden Nacional reconocidas con anterioridad al 1 de enero de 1989 que presenten diferencias con los aumentos de salarios serán reajustadas a partir del 1 de enero de 1993, 1994 y 1995 así:

Porcentaje del reajuste aplicable a partir 1 de enero del año de causación del derecho a la pensión:

	1993	1994	1995
<i>1981 y anteriores 28% distribuidos así:</i>	12.0	12.0	4.0
<i>1982 hasta 1988 14% distribuidos así:</i>	7.0	7.0	--

Artículo 2. Las entidades de previsión social o los organismos o entidades que están encargadas del pago de las pensiones de jubilación tomarán el valor de la pensión mensual a partir de diciembre de 1992 y le aplicarán el porcentaje del incremento señalado para el año de 1993 cuando se cumplan las condiciones establecidas en el artículo 1º.

El 1º de enero de 1994 y 1995 se seguirá el mismo procedimiento con el valor de la pensión mensual a 1º de diciembre de los años 1993 y 1994 respectivamente, tomando como base el porcentaje de la columna correspondiente a dichos años señalada en el artículo anterior.

Estos reajustes pensionales son compatibles con los incrementos decretados por el Gobierno Nacional en desarrollo de la ley 71 de 1988.

El Consejo de Estado² se refirió al campo de aplicación del Decreto 2108 de 1992, para establecer que era procedente para los pensionados tanto nacionales como territoriales.

Ahora, el Consejo de Estado³ declaró nulo el artículo 1º del Decreto 2108 de 1992, como resultado de la declaratoria de inexecutable del artículo 116 de la Ley 6ª de 1992. Al respecto indicó lo siguiente:

2. Como se ve claramente, fue la ley reglamentada la que restringió sus alcances a las pensiones de jubilación del sector público nacional, y en tales condiciones el Gobierno Nacional al expedir el decreto reglamentario, no podía

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 11 de diciembre de 1997, expediente 15723, C.P. Dolly Pedraza de Arenas.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 11 de junio de 1998, expediente nº 11636, C.P. Nicolás Pájaro Peñaranda.

disponer algo diferente, tratando de ampliar su campo de aplicación a las pensiones de los órdenes municipal y departamental, porque ello habría sido violatorio de la competencia reglamentaria establecida en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política.

3. Sin embargo, como la Corte Constitucional declaró la inexecutable del transcrito artículo 116, mediante Sentencia C-531 del 20 de noviembre de 1995, la Sala habrá de declarar la nulidad de la norma acusada que la reglamentó, de acuerdo con su reiterada jurisprudencia, por ser ello una obvia consecuencia de tal determinación .

Caso concreto

De acuerdo a lo anterior, se infiere que el Decreto 609 de 1977, aplicable a la asignación de retiro del señor Leonardo González López, señaló en forma expresa que, los beneficiarios de dicho régimen exceptuado tendrían derecho al ajuste de sus asignaciones de retiro de conformidad con el principio de oscilación establecido en el artículo 62 de dicha normativa sin que puedan *“Acogerse a las normas que regulen ajustes prestaciones en otros sectores de la Administración Pública a menos que así lo disponga expresamente la ley”*.

Y el reajuste pensional ordenado en el artículo 116 la Ley 6ª de 1992, estaba destinado a los pensionados del sector público nacional, sin que se determinara su aplicación a los regímenes especiales existentes para la época.

Por ello, no es de recibo el argumento planteado por la parte actora en el sentido que la no discriminación o excepción expresa de dichos regímenes especiales hace que la misma sea aplicable al caso de las asignaciones de retiro, pues se reitera, esta prestación periódica tiene consagrada de manera expresa su forma de reajustarse, y es con base en el principio de oscilación.

Con respecto al principio de favorabilidad debe advertirse que, es aplicable en dos eventos a saber: I. cuando existiendo dos o más normas aplicables una sea más favorable que la otra, se aplicará la más favorable y II. Cuando existiendo dos o más interpretaciones aplicables una de ellas sea más favorable que la otra, se aplicaría aquella de preferencia, sin embargo estas circunstancias no se observa en el presente caso, ya que del análisis de las normas referenciadas se puede inferir que la que fundamenta las pretensiones, esto es, el artículo 116 de la Ley 6ª de 1992, no resulta aplicable a este caso.

Al respecto, es pertinente traer a colación uno de los pronunciamientos efectuados por el Consejo de Estado sobre el principio de inescindibilidad de la norma en materia laboral, pues el mismo ha sido determinado como una clara restricción en la aplicación de favorabilidades en esta materia. En efecto, dicha corporación ha señalado⁴:

El principio de favorabilidad es una de las expresiones del principio protector. [...] [S]e utiliza en las situaciones en las que se presenta duda sobre cuál es la disposición jurídica aplicable al momento de resolver un asunto concreto. La existencia de este conflicto se da cuando dos o más textos legislativos que se encuentran vigentes al momento de causarse el derecho que se reclama, son aplicables para su solución. En virtud del principio de favorabilidad se debe escoger, en su integridad, el texto normativo que le represente mayor provecho al trabajador, afiliado o beneficiario del Sistema de Seguridad Social, estando proscrita la posibilidad de aplicar parcialmente uno y otro texto para elegir de cada uno lo que resulta más beneficioso, condición que se conoce como el principio de inescindibilidad o conglobamento. Igualmente, puede aplicarse este principio cuando una norma admite más de una interpretación, caso en el cual siempre habrá de escogerse aquella que es más favorable al trabajador. (...) (Subrayado Sala de Decisión)

En tal sentido, resulta evidente que la parte actora pretende que a su reconocimiento de asignación de retiro otorgado bajo un régimen exceptuado como el de la Policía Nacional, con el cumplimiento y reconocimiento de requisitos y derechos diferenciados más favorables, como el tiempo de servicios, el monto de la prestación, entre otros, le sea superpuesto un postulado de reajuste de pensiones diferente al que fue regulado para dicho régimen especial, todo bajo la consideración de que frente a este aspecto la norma general le resulta más beneficiosa, siendo precisamente este tipo de aplicaciones parciales entre las normas de los regímenes exceptuados y el régimen general el que ha sido ampliamente proscrito por la jurisprudencia del Consejo de Estado, pues como se ha dicho, no es factible solicitar la aplicación de los aspectos favorables de uno y otro régimen en forma simultánea, logrando la creación de un tercer régimen aplicable.

Se referencia que, frente a este asunto, existe precedente horizontal, sentencia del 28 de mayo de 2021 proferida por la Sala Tercera de Decisión, dentro del proceso con radicado 17001-33-33-004-2019-00203-02.

⁴ Sección Segunda, Subsección "A", Consejero ponente: William Hernández Gómez, 30 de mayo de 2019, Radicación número: 25000-23-42-000-2013-02235-01(2602-16) CE-SUJ-01619.

Conclusiones

Al señor Leonardo González López a quien le fue reconocida la asignación de retiro por parte de CASUR no le resulta aplicable el reajuste de su asignación de retiro señalado para los pensionados del sector público nacional por el artículo 116 de la Ley 6ª de 1992, pues para su caso el régimen especial de la carrera de agentes de la Policía Nacional, Decreto 609 de 1977, determinó el reajuste de la asignación de retiro bajo otros criterios normativos, los cuales son propios de dicho régimen exceptuado.

Por lo expuesto, la sentencia de primera instancia será confirmada.

Costas

De conformidad con el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, al evidenciarse que la demanda se presentó con manifiesta carencia de fundamento legal, y en atención al criterio objetivo valorativo, como la entidad demandada presentó alegatos de conclusión ante este Tribunal, se condenará en costas de segunda instancia a la parte demandante pero únicamente en el rubro de agencias en derecho.

Señálense como agencias en derecho a favor de la parte demandada, la suma de un salario mínimo legal mensual vigente, de conformidad con los parámetros establecidos por el artículo 5º del Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016.

Por lo discurrido, **LA SALA PRIMERA DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

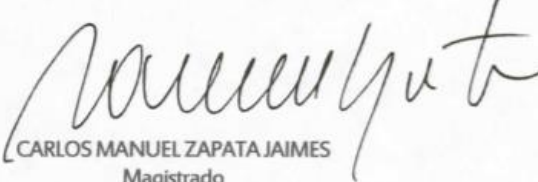
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia anticipada proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales el 19 de febrero de 2021 en el proceso que en ejercicio del medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** instauró **LEONARDO GONZÁLEZ LÓPEZ** contra **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA- CAJA DE RETIRO DE SUELDOS DE LA POLICÍA NACIONAL**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: COSTAS de segunda instancia a cargo de la parte demandante. Se señalan agencias en derecho en una suma igual a un salario mínimo legal mensual vigente a favor de la demandada y a cargo de la parte demandante.

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

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

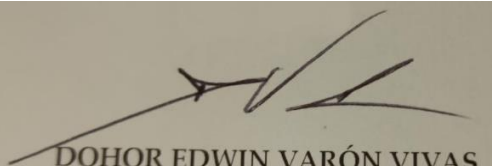
Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Virtual celebrada el 25 de noviembre de 2021, conforme Acta nro.067 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



PATRICIA VARELA CIFUENTES
Magistrada



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
ESTADO ELECTRÓNICO

Notificación por Estado Electrónico No. 215 del 29 de noviembre de 2021.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

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

RADICADO	17001-33-33-004-2017-00164-03
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	LUZ MARINA MARTÍNEZ OCAMPO
DEMANDADO	UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP

Procede la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas a dictar sentencia de segunda instancia con ocasión al recurso de apelación interpuesto por la demandada contra el fallo que accedió a pretensiones, proferido por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales el día 12 de junio de 2019, dentro del proceso de la referencia.

PRETENSIONES

1. Que se declare la nulidad de la Resolución nro. RDP 055167 del 22 de diciembre de 2015, mediante el cual se negó la reliquidación de la pensión de jubilación de la demandante.
2. Que se declare nulidad de la Resolución nro. RDP 012741 del 22 de marzo de 2016, mediante la cual se resolvió un recurso de apelación y se confirmó la Resolución 055167 de 2015.
3. Que se declare la nulidad de la Resolución nro. RDP 039361 del 20 de octubre de 2016, que negó la reliquidación de la pensión de jubilación de la demandante.
4. Que se declare la nulidad de la Resolución nro. RDP 005189 del 13 de febrero de 2017, mediante la cual se resolvió un recurso de apelación interpuesto contra la Resolución nro. 039361 de 2016 y la confirmó íntegramente.
5. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, a título de restablecimiento del derecho, se declare que a la demandante le asiste derecho a que la UGPP le reliquide

su pensión, manteniendo incólumes los factores reconocidos en la Resolución nro. RDP 00800 del 22 de agosto de 2012 pero en sus correctas proporciones y además con la inclusión de la prima de riesgo; pensión que debe pagarse en una cuantía no inferior a \$1.500.446,32 efectiva a partir del 1° de septiembre de 2004, pero con efectos fiscales a partir del día siguiente a la ejecutoria de la sentencia proferida dentro del proceso 2005-01040, es decir, desde el 14 de marzo de 2012.

6. Que se ordene liquidar y pagar a expensas de la UGPP y a favor de la demandante las diferencias de mesadas entre lo que se ha venido pagando y lo que se determine pagar en la sentencia que ordene la reliquidación por la inclusión del factor salarial prima de riesgo, además de los ya incorporados por la entidad al momento de calcular la cuantía de la pensión; diferencias efectivas a partir del 1° de septiembre de 2004, pero con efectos fiscales a partir del 14 de marzo de 2012, calculadas sobre la base de una cuantía inicial no inferior a \$1.152.236,25.

7. Condenar a la UGPP para que sobre las diferencias adeudadas pague las sumas necesarias para hacer los ajustes de valor conforme al IPC o al por mayor, tal como lo autoriza el artículo 48 de la Constitución Política, el inciso final del artículo 187 del CPACA, la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado, el inciso 1° del artículo 193 y demás normas concordantes.

8. Condenar a la UGPP a que si no da cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el artículo 192 del CPACA, pague en favor de la demandante intereses moratorios después de ese término conforme lo ordena el inciso 3 del mismo artículo y el numeral 4 del artículo 195 *ibídem*.

9. Ordenar a la UGPP que dé cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el artículo 192 numeral 2 del CPACA.

10. Que se condene en costas y agencias en derecho a la entidad.

HECHOS

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

➤ La demandante se desempeñó como detective profesional en el Departamento Administrativo de Seguridad – DAS por un tiempo superior a 20 años.

- Que el último año de servicios correspondió dese, el 1° de septiembre de 2003 al 31 de agosto de 2004, lapso en el cual devengó prima de riesgo, rubro que reúne todas las características para considerarse factor salarial.
- Mediante Resolución nro. 8053 del 12 de marzo de 2004 se reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación a la demandante en cuantía de \$684.474,66 efectiva a partir del 1° de marzo de 2003, pero condicionada al retiro del servicio.
- Mediante Resolución nro. 007294 del 20 de febrero de 2006 se reliquidó la pensión de la demandante en cuantía de \$729.011,92, efectiva a partir del 1° de septiembre de 2004.
- Mediante sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas, en el proceso con radicado 2005-01040, se ordenó la reliquidación de la pensión de jubilación de la demandante con la inclusión de los salarios devengados en el último año de servicios, pero se dejó de lado en el cálculo del IBL la prima de riesgo.
- A través de Resolución nro. 00800 del 22 de agosto de 2012 la accionada dio cumplimiento a la sentencia, y reajustó la pensión a una cuantía de \$804.798, a partir del 1° de septiembre de 2004.
- El 1° de agosto de 2013 el Consejo de Estado profirió sentencia de unificación sobre la prima de riesgo, y dejó claro que esta constituye factor salarial para liquidar las pensiones de los empleados públicos beneficiarios del régimen especial del DAS.
- El 7 de septiembre de 2015 se solicitó la reliquidación de la pensión para que se incluyera en el IBL la prima de riesgo, petición que fue negada con Resolución nro. RDP 05561 de 2015, confirmada con Resolución nro. RDP 012741 del 22 de marzo de 2016, que desató el recurso de apelación.
- El 17 de junio de 2016 se volvió a peticionar el reajuste de la pensión por inclusión de la prima de riesgo, solicitud que fue negada con Resolución nro. RDP 039361 del 20 de octubre de 2016, confirmada con Resolución nro. RDP 005189 del 13 de febrero de 2017.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Constitución Política: artículos 2, 6, 25 y 58; Código Civil: artículo 10; Ley 57 de 1887: artículo 5; Ley 4 de 1966: artículo 4; Decreto reglamentario 1743 de 1966: artículo 5; Decreto 1045

de 1978: artículo 45; Ley 33 de 1985: artículo 1º; Ley 62 de 1986: artículo 1º; Ley 114 de 1913: artículo 1 a 5 y la Ley 37 de 1933: artículo 3.

En primer momento hizo alusión a que en este caso no opera el fenómeno de la cosa juzgada, pues con apoyo en providencia del Consejo de Estado, que resolvió un caso con identidad fáctica y jurídica al presente, se estableció que se configuraba una nueva situación jurídica y, por ende, una nueva causa para demandar respecto de las mesadas causadas con posterioridad al 14 de marzo de 2012, lo cual avala solicitar una nueva reliquidación de la pensión.

Aunado a ello, adujo que en las sentencias proferidas dentro del proceso con radicado 2005-01040 aunque se condenó a la UGPP a reliquidar la pensión, se desestimó la inclusión de la prima de riesgo en el IBL, por lo que si bien hay identidad de parte en relación con el proceso mencionado, no la hay frente a la *causa petendi*, ya que en este trámite judicial se solicitó únicamente la inclusión de la prima de riesgo manteniendo incólumes los factores ya incluidos en la base de liquidación pensional.

Destacó que la prima de riesgo siempre tuvo connotación salarial, por percibirse de manera habitual y como contraprestación directa por los servicios, interpretación que se plasmó en sentencia de unificación del Consejo de Estado del 1º de agosto de 2013; providencia que sirve de fundamento para solicitar el reajuste de la pensión que percibe la demandante para que en el ingreso base de liquidación ser incorpore este rubro, ya que de conformidad con el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011, la administración debe acatar lo determinado en las sentencias de unificación.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La UGPP luego de pronunciarse sobre los hechos de la demanda se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones, y para fundamentar su posición propuso las excepciones de:

- **Cosa juzgada:** la jurisdicción de lo contencioso administrativo ya tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la inclusión en el IBL de la prima de riesgo que percibió la demandante como empleada del Departamento Administrativo de Seguridad - DAS, y se decidió mediante sentencia del 8 de septiembre de 2009, emitida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, confirmada por el Tribunal Administrativo de

Caldas a través de fallo del 23 de febrero de 2012, que este rubro no constituía factor salarial para la pensión.

- **Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido:** en este caso no hay lugar a incluir en la base de liquidación de la pensión la prima de riesgo, ya que la entidad dio estricto cumplimiento a los fallos emitidos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Aunado a ello, indicó que ha sido clara la posición de las Altas Cortes en el sentido que a las personas cubiertas por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, según lo dispuesto en el artículo 36, se les debe ser aplicada la edad, tiempo de servicios y monto del régimen anterior, pero la liquidación se calcula con base en esta norma y con inclusión de los factores sobre los que se hayan realizado cotizaciones.

- **Irretroactividad:** a la demandante le fue aplicada la normatividad vigente para la época en que se reconoció la pensión, por lo que no puede solicitar que se acuda a normas o jurisprudencia que no estaba vigente para ese entonces, como es la sentencia que determinó que la prima de riesgo constituye factor salarial para efectos pensionales.

- **Prescripción:** sin que implique aceptación de las pretensiones, pidió se declare la prescripción prevista para las acciones laborales y prestaciones periódicas contempladas en los Decretos 1848 de 1969 y 3435 de 1968, así como en el artículo 488 del CST y 151 del CPT.

- **Genérica:** solicitó se declare de oficio cualquier otra excepción que se encuentre probada.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia proferida en audiencia del 12 de junio de 2019, accedió a pretensiones, tras plantearse como problema jurídico si tenía derecho la parte demandante a que la UGPP le reliquidara la pensión con la inclusión del factor salarial de prima de riesgo devengada por la demandante en el último año de servicios en aplicación de la Ley 33 de 1985 y demás normas concordantes.

Para desatar el meollo del asunto se adentró a estudiar el régimen especial aplicable a los servidores que laboraban en actividades de alto riesgo para el DAS, las normas que regulan la prima de riesgo y el tópico de los factores salariales a tener en cuenta en la liquidación pensional, para lo cual citó sentencia de unificación del 1° de agosto de 2013 del Consejo de Estado, la cual le permitió concluir que la prima de riesgo sí puede ser incluida en el IBL de la pensión de la demandante.

Declaró entonces la nulidad de los actos administrativos demandados y ordenó a título de restablecimiento del derecho que la UGPP reajuste la prestación periódica de la accionante con la inclusión de la prima de riesgo en el IBL, pero con efectos fiscales a partir del 7 de septiembre de 2012, por cuanto se configuró la prescripción.

Se plasmó en la parte resolutive del fallo lo siguiente:

PRIMERO.- DECLARAR la nulidad de las resoluciones Nos. RDP 055167 del 22 de diciembre de 2015, por medio de la cual la UGPP negó la reliquidación de la pensión de vejez a la señora LUZ MARINA MARTINEZ OCAMPO con la inclusión de la PRIMA DE RIESGO como factor salarial computable, resolución No. RDP 012741 del 22 de marzo de 2016, por medio de la cual la UGPP resolvió el recurso de apelación en contra de la Resolución No. RDP 055167 confirmando la anterior; resolución No. RDP 039361 del 20 de octubre de 2016 mediante la cual se niega nuevamente la reliquidación de la pensión de vejez a la señora LUZ MARINA MARTINEZ OCAMPO y la resolución RDP 005189 del 13 de febrero de 2017 por medio de la cual la UGPP resolvió el recurso de apelación en contra de la resolución No. RDP 039361 del 20 de octubre de 2016, confirmando en todas sus partes el acto administrativo inicial.

TERCERO. - CONDENAR a LA UNIDAD. ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP a RELIQUIDAR y PAGAR los ajustes económicos DE LA a la pensión de jubilación desde el momento en el que le fue reconocido el derecho pensional a la señora LUZ MARINA MARTINEZ OCAMPO, incluyendo como factor salarial además de los ya reconocidos, el denominado como PRIMA DE RIESGO, devengado por la accionante y certificados por la entidad donde laboró durante el último año de servicios, sin perjuicio de que la entidad accionada, haga el descuento de los aportes correspondientes al factor salarial sobre el cual no se haya efectuado la deducción legal, conforme se expuso en la parte considerativa de esta providencia.

CUARTO. - Las sumas que resulten de la condena anterior se actualizarán 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. - DECLARAR probada la EXCEPCION DE PRESCRIPCIÓN planteada por la UGPP respecto a las diferencias pensionales causadas desde el 7 de septiembre de 2012 hacia atrás.

RECURSO DE APELACIÓN

La entidad demandada apeló el fallo de primera instancia mediante memorial que reposa de folio 197 a 226 del expediente.

Reiteró que la demandante no tiene derecho a que se le reajuste la pensión en los términos solicitados, ya que los actos administrativos enjuiciados no son violatorios de ninguna norma, máxime cuando la pensión se reajustó en los términos ordenados en los fallos judiciales, los cuales dejaron por fuera del IBL la prima de riesgo por no ser factor salarial.

Insistió en que en este caso se presentó el fenómeno de la cosa juzgada, ya que la inclusión de la prima de riesgo como factor salarial en el ingreso base de liquidación fue objeto de pronunciamiento por la jurisdicción de lo contencioso administrativo en proceso anterior instaurado por la ahora demandante, el cual originó la expedición de la Resolución nro. 00800 del 22 de agosto de 2012, que reajustó la pensión en los términos ordenados en la sentencia.

A continuación, explicó el régimen especial establecido para las actividades de alto riesgo desarrolladas en algunas entidades, entre las que se encontraba el DAS; y seguidamente, precisó que no resulta procedente incluir la prima de riesgo en el IBL, ya que sobre este factor no se efectuaron aportes al sistema.

Hizo alusión, además, a las sentencias que se han expedido por las Altas Cortes en relación con la interpretación que debe dársele al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, las cuales permiten concluir que el régimen de transición de esta norma no estableció beneficio alguno, y, por tanto, para calcular el IBL de una pensión de persona cubierta por el régimen previsto en esa norma se debe acudir a lo dispuesto en los artículos 36 y 21, ya que el régimen de transición solo comprende la edad, monto (tasa de reemplazo) y tiempo de servicios. Para el efecto, procedió a transcribir apartes de fallos de la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y el Tribunal Administrativo de Caldas.

En relación con la condena en costas resaltó que la entidad no ha obrado de manera temeraria, ya que siempre ha actuado en derecho y en pro de la protección de los recursos del Estado.

Pidió se revoque la sentencia de primera instancia, y, en su lugar, se profiera fallo mediante el cual se acojan los argumentos fácticos y jurídicos expuestos por la entidad.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante: insistió en que la demandante tiene derecho a que se reajuste su pensión con la inclusión de la prima de riesgo, por lo que la sentencia de primera instancia debe ser confirmada; y para fundamentar su posición citó sentencia del Consejo de Estado del 18 de julio de 2019, radicado 11001031500020180449401.

Parte demandada: en similares términos al recurso de apelación presentó sus alegatos de conclusión.

INTERVENCIÓN DE LA AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado presentó escrito de intervención en el presente proceso, mediante el cual solicitó negar las pretensiones de la demanda.

Hizo mención al régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, para indicar que el IBL aplicable a las personas cubiertas por esta norma es el establecido en el artículo 21 del mismo cuerpo normativo, o en la disposición mencionada; y que los factores salariales para calcular la prestación son los establecidos en el Decreto 1158 de 1994.

Seguidamente, mencionó las reglas jurisprudenciales sobre el IBL de la pensión de los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, especialmente la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2018, que reafirmó la interpretación que en torno al ingreso base de liquidación ya existía, y era que el IBL no hacía parte de la transición, y que los factores a incluir en él eran solamente aquellos sobre los que se hubieran efectuado aportes al sistema.

MINISTERIO PÚBLICO

No presentó concepto.

CONSIDERACIONES

La Sala Primera de Decisión no se observa alguna irregularidad en lo adelantado en el proceso que pueda dar lugar a declarar una nulidad; por ello, procede a resolver de fondo la litis.

Cuestión previa

En la contestación de la demanda la UGPP planteó la excepción de cosa juzgada, al señalar que la jurisdicción de lo contencioso administrativo ya tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la inclusión en el IBL de la prima de riesgo que percibió la actora como empleada del DAS; y se decidió mediante sentencia del 8 de septiembre de 2009, emitida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, confirmada por el Tribunal Administrativo de Caldas a través de fallo del 23 de febrero de 2012, que este rubro no constituía factor salarial para la pensión.

En la audiencia inicial la juez decidió que esta excepción no estaba llamada a prosperar, toda vez que la pretensión de este proceso encontraba fundamento en una sentencia de unificación dictada con posterioridad a las sentencias que excluyeron de la reliquidación pensional la prima de riesgo, y bajo el entendido que la prescripción se predicaba únicamente respecto de las mesadas y no del derecho pensional. Esta decisión no fue apelada por la UGPP.

En el recurso de apelación que interpuso la demandada contra la sentencia de primera instancia, insistió en la configuración de la cosa juzgada, y aunque como se advirtió la decisión adoptada por la *a quo* en la audiencia inicial no fue apelada por la parte demandada, lo que significa que la misma quedó en firme; considera la Sala necesario hacer una precisión sobre este tema, antes de resolver el fondo del asunto.

Es cierto que la jurisdicción analizó en un trámite judicial anterior la inclusión de la prima de riesgo en el IBL de la pensión de la actora, y despachó esta pretensión de manera desfavorable a sus intereses; proceso que finiquitó en el año 2012.

Sin embargo, el Consejo de Estado emitió sentencia de unificación en agosto del año 2013, en la cual concluyó que la prima de riesgo percibida por los servidores del Departamento Administrativo de Seguridad sí debe ser tomada en cuenta como factor salarial en el ingreso base de liquidación pensional, siempre y cuando el empleado la haya devengado durante el último año de servicios.

Este pronunciamiento avala que la demandante haya radicado una nueva reclamación ante la UGPP, y, por consiguiente, presentara una nueva demanda ante la respuesta negativa de la entidad, lo que hace que entre este proceso y el de radicado 17-001-33-31-003-2005-00140 no se configure el elemento de identidad de causa, necesario para hablar de una cosa juzgada.

Aunado a ello, en el año 2017 se emitió sentencia de extensión de jurisprudencia por parte del Consejo de Estado¹, en la cual sobre la cosa juzgada que adujo la UGPP se había configurado por cuanto los ex empleados del DAS que solicitaban la aplicación de la sentencia de unificación ya habían tramitado procesos sobre la inclusión de la prima de riesgo en el IBL de la pensión, se adujo que no podía hablarse de la ocurrencia del fenómeno de cosa juzgada material en estricto sentido, sino que por el contrario esta debía relativizarse en procura del cumplimiento de los principios constitucionales, al tratarse de un derecho que tenía la condición de imprescriptible.

Por lo anterior, la Sala analizará de fondo el asunto, para lo cual desarrollará los siguientes problemas jurídicos:

1. ¿Está la señora Luz Marina Martínez Ocampo cubierta por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993?

En caso positivo se deberá resolver:

2. ¿Cómo debería estar conformado el IBL de la pensión de jubilación de la demandante al estar amparada por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993?

¹ 7 de diciembre de 2017 - Radicación número: 11001-03-25-000-2014-00403-00(1287-14), 11001-03-25-000-2014-00652-00(2040-14), 11001-03-25-000-2014-00690-00(2137-14), 11001-03-25-000-2014-00695-00(2142-14), 11001-03-25-000-2014-00705-00(2182-14), 11001032500020140072500(2259-014), 11001-03-25-000-2014-00734-00(2279-14), 11001-03-25-000-2014-00790-00(2470-14), 11001-03-25-000-2014-00799-00(2485-14), 11001-03-25-000-2014-00895-00(2745-14), 11001-03-25-000-2014-01369-00(4537-14), 11001-03-25-000-2014-01426-00(4649-14)

En caso de que no esté amparada por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 se deberá analizar:

3. ¿Tiene derecho señora Luz Marina Martínez Ocampo a que en el IBL de su pensión se incluya la prima de riesgo que percibió en el último año de prestación de servicios?
4. ¿Se cumplieron las condiciones señaladas en la ley y la jurisprudencia para condenar en costas a la parte demandada en primera instancia?

Lo probado en el proceso

- Según lo consignado en los actos administrativos que hacen parte de la actuación adelantada por la caja de previsión, la demandante nació el 7 de enero de 1962, lo cual se corrobora con lo consignado en su cédula de ciudadanía (fol. 19 y folio 57 C.1).
- El certificado de tiempo de servicios que reposa a folio 13 vuelto del cuaderno 2, da cuenta que la señora Martínez Ocampo laboró en el Departamento Administrativo de Seguridad – DAS como detective profesional por espacio de 21 años, 5 meses y 26 días, comprendidos entre el 5 de marzo de 1983 al 31 de agosto de 2004, ya que la renuncia se le aceptó a partir del 1° de septiembre de ese año, según lo plasmado en la Resolución 01345 de 2004 (fol. 17 C.2).
- Mediante Resolución nro. 007294 del 20 de febrero de 2006, Caprecom reliquidó una pensión de vejez por retiro definitivo a la señora Luz Marina Martínez Ocampo, la cual quedó en una cuantía de \$729.011,92, efectiva a partir del 1° de septiembre de 2004. La liquidación de la prestación se efectuó con el promedio de los factores salariales percibidos entre el 1° de septiembre de 1994 y el 30 de diciembre de 2004 (asignación básica y bonificación por servicios prestados), lo cual arrojó un IBL de \$972.015,89, al que se le aplicó una tasa de reemplazo del 75% (fol. 18 a 21 C.1).
- Mediante fallo proferido por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales el día 8 de septiembre de 2009 dentro del proceso con radicado 17-001-33-31-003-2005-01040-01, se ordenó reajustar la pensión de jubilación de la actora con el 75% de la totalidad de factores salariales percibidos durante el año anterior a la fecha de adquisición del derecho, con excepción de la prima de riesgo. Esta decisión fue confirmada por el Tribunal Administrativo de Caldas a través de sentencia del 23 de febrero de 2012,

al coincidir con la *a quo* en que la prima de riesgo, al tenor del artículo 18 del Decreto 1933 de 1989 y el Decreto 2646 de 1194, no era factor salarial para efectos pensionales (fols. 44 a 65 C.2).

- La Resolución nro. RDP 00800 del 22 de agosto de 2012 dio cumplimiento a un fallo judicial y reajustó la pensión de vejez de la demandante con los factores salariales devengados entre los años 2002 y 2003, entre los que estaban: asignación básica, bonificación por servicios prestados, prima de navidad, prima de servicios y prima de vacaciones, lo que arrojó una base de liquidación de \$1.073.064 a la cual se aplicó una tasa del 75%, lo que dio como resultado una mesada por valor de \$804.798 (fols. 23 a 26 C.1).
- La demandante presentó el día 7 de septiembre de 2015 una nueva solicitud de reliquidación de la pensión para que se incluyera en el IBL la prima de riesgo; lo anterior, con fundamento en sentencia de unificación del Consejo de Estado (fol. 27 a 29 C.1).
- Con Resolución RDP 0055167 del 22 de diciembre de 2015, confirmada con Resolución RDP 012741 del 22 de marzo de 2016, se negó la petición de reajuste pensional (fols. 32 a 40 C.1).
- El día 17 de junio de 2016 se presentó un nuevo derecho de petición a través del cual se instó a realizar un nuevo cálculo del IBL de la pensión con la inclusión de la prima de riesgo, nuevamente con fundamento en la sentencia de unificación del Consejo de Estado (fols. 42 a 44 C.1).
- Mediante Resolución RDP 039361 del 20 de octubre de 2016 se negó la reliquidación de la pensión; decisión que se confirmó a través de la Resolución nro. 005189 del 13 de febrero de 2017 (fols. 46 y 47 y 51 a 53 C.1).
- El certificado de factores salariales de la demandante da cuenta que durante el periodo comprendido entre el 1º de septiembre de 2003 al 30 de agosto de 2004 percibió prima de riesgo (fol. 56 C.1).

Primer problema jurídico

¿Está la señora Luz Marina Martínez Ocampo cubierta por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993?

Tesis: la Sala defenderá la tesis que la señora Luz Marina Martínez Ocampo no está cubierta por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 sino que está amparada por la transición del Decreto 1835 de 1994.

La Ley 100 de 1993, por medio de la cual se creó el sistema de seguridad social integral y se dictaron otras disposiciones, dispuso en su artículo 36 un régimen de transición como mecanismo de protección frente al tránsito legislativo en materia pensional para quienes no hubieren consolidado el derecho a la pensión durante la normativa anterior pero que estaban próximos a cumplir los requisitos para ello, caso en el cual se les mantendrían algunos requisitos para acceder a la pensión en condiciones particulares más favorables y diferentes frente a quienes fueran cobijados por el Sistema General de Pensiones.

Sobre este tema, el artículo 36 de la norma mencionada dispuso:

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

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

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciere falta fuese igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente Ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos.

De conformidad con la norma reproducida, para ser beneficiario de la transición pensional era necesario acreditar al momento de entrar en vigencia la ley², en el caso de los mujeres, 35 años o más de edad, o 15 años de servicios.

En el caso concreto de la señora Luz Marina Martínez Ocampo, según lo probado en el proceso, es posible desprender que para el 1º de abril de 1994 tan solo tenía 32 años (nació el 7 de enero de 1962), por lo que no cumplía el parámetro relativo a la edad.

Y frente al tiempo de servicios, según certificado laboral, la actora ingresó al DAS el 5 de marzo de 1983, sin que se conozca de otra vinculación anterior, lo que permite concluir que para el 1º de abril de 1994 no reunía los 15 años de servicios requeridos por la Ley 100 de 1993.

Ello significa que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, y ello impide a esta Sala adentrarse a estudiar los argumentos del recurso de apelación presentado por la UGPP, y por la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado en su escrito de intervención, en el sentido de tener en cuenta los pronunciamientos de las Altas Cortes en torno al tema del IBL de las personas que están cubiertas por el régimen de transición de la disposición enunciada, pues la actora no quedó cubierta por este supuesto fáctico.

Lo que sí evidencia la Sala de Decisión, es que la Ley 100 de 1993 dispuso que el Gobierno Nacional debía proferir el régimen pensional de los servidores públicos que desempeñaran actividades de alto riesgo, ya que en el artículo 140 estableció:

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

² Artículo 2 del Decreto 691 de 1994 - para los servidores públicos del orden nacional la Ley 100 de 1993 regía a partir del 1º de abril de 1994, y para los servidores públicos del nivel territorial el 30 de junio de 1995.

El Gobierno Nacional establecerá los puntos porcentuales adicionales de cotización a cargo del empleador, o del empleador y el trabajador, según cada actividad.

En desarrollo de la anterior disposición, fue proferido el Decreto nro. 1835 de 1994³ "*Por el cual se reglamentan las actividades de alto riesgo de los servidores públicos*", que en su artículo 2 determinó de manera taxativa aquellas actividades que para los efectos de la norma se consideraban de alto riesgo, y entre ellas se enlistó al "*personal de detectives en sus distintos grados y denominaciones de especializado, profesional y agente*"⁴.

A su turno, el artículo 3 *ibídem* contiene el régimen pensional para los servidores públicos cobijados por dicho decreto en los siguientes términos:

ARTICULO 3o. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE VEJEZ. *Los servidores públicos que ingresen a partir de la vigencia del presente decreto, a las actividades previstas en los numerales 1o. y 5o. del artículo 2o., tendrán derecho a la pensión especial de vejez, cuando cumplan los siguientes requisitos:*

- 1. 55 años de edad.*
- 2. 1.000 semanas de cotización especial en las actividades citadas en el inciso 1o de este artículo.*

La edad para el reconocimiento de la pensión especial de vejez se disminuirá en un año por cada sesenta (60) semanas de cotización especial, adicionales a las primeras 1000 semanas, sin que dicha edad pueda ser inferior a 50 años.

Adicionalmente, el mencionado decreto contempló un régimen de transición previsto en el artículo 4 así:

ARTICULO 4o. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. *Los funcionarios de las Entidades señaladas en este capítulo, que laboren en las actividades descritas en los numerales 1o. y 5o. del artículo 2o., de este Decreto, que estuviesen vinculados a ellas con anterioridad a su vigencia, no tendrán condiciones menos favorables, en lo que respecta a la edad para acceder a la pensión de vejez o jubilación, el tiempo de servicio requerido o el número de semanas cotizadas y el monto de ésta pensión, a las existentes para ellos en las normas vigentes con anterioridad a la Ley 100 de 1993.*

Para los demás servidores las condiciones y requisitos para acceder a la pensión de vejez o jubilación, se regirán por las

³ Derogado por el Decreto 2090 de 2003, que no se refirió a los detectives del DAS.

⁴ Si bien esta norma fue derogada por el Decreto 2091 de 2003, este último fue declarado inexecutable por la Sentencia C-030 de 200, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993 y sus reglamentos, particularmente en lo relacionado al monto de las cotizaciones a cargo del respectivo empleador.

Y en su artículo 18 dispuso:

ARTÍCULO 18. FACTORES PARA LA LIQUIDACIÓN DE CESANTÍA Y PENSIONES. *Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieran derecho los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad se tendrán en cuenta para su liquidación, los siguientes factores:*

- a) La asignación básica mensual señalada para el respectivo cargo;*
- b) Los incrementos por antigüedad;*
- c) La bonificación por servicios prestados;*
- d) La prima de servicio;*
- e) El subsidio de alimentación;*
- f) El auxilio de transporte;*
- g) La prima de navidad;*
- h) Los gastos de representación;*
- i) Los viáticos que reciban los funcionarios en comisión, dentro o fuera del país, cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta (180) días en el último año de servicio;*
- j) La prima de vacaciones.*

A su turno, la Ley 860 de 2003 “por la cual se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se dictan otras disposiciones” introdujo modificaciones al régimen pensional de los ex servidores del Departamento Administrativo de Seguridad. Puntualmente en el artículo 2 previó:

PARÁGRAFO 1º. PENSIÓN DE VEJEZ POR EXPOSICIÓN A ALTO RIESGO. *Los Servidores Públicos señalados en este artículo, dada su actividad de exposición a alto riesgo, que efectúen la cotización especial señalada en el artículo 12 del Decreto 1835 de 1994 y la que se define en la presente ley, durante por lo menos 650 semanas, sean estas continuas o discontinuas, tendrán derecho a la pensión de vejez,*

siempre y cuando reúnan los requisitos establecidos en el artículo siguiente como servidores del Departamento de Seguridad, DAS, en los cargos señalados en los artículos 1º y 2º del Decreto 2646 de 1994.

PARÁGRAFO 2º. CONDICIONES Y REQUISITOS PARA TENER DERECHO A LA PENSIÓN DE VEJEZ POR EXPOSICIÓN A ALTO RIESGO (DAS). *La pensión de vejez, se sujetará a los siguientes requisitos:*

- 1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad.*
- 2. Haber cotizado el número mínimo de semanas establecido para el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones al que se refiere el artículo 33 de la Ley 100 de 1993.*

La edad para el reconocimiento de la pensión especial de vejez se disminuirá un (1) año por cada sesenta (60) semanas de cotización especial, adicionales a las mínimas requeridas en el Sistema General de Pensiones, sin que dicha edad pueda ser inferior a cincuenta (50) años.

Sin embargo, esta norma también señaló un régimen de transición para quienes habían sido vinculados con anterioridad en el cargo del detective del DAS, régimen consagrado en el párrafo 5º del mismo artículo:

PARÁGRAFO 5º. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. *Los detectives vinculados con anterioridad al 3 de agosto de 1994 que a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley hubieren cotizado 500 semanas les serán reconocida la pensión de vejez en las mismas condiciones del régimen de transición contenidas en el Decreto 1835 de 1994.*

Es decir, que en virtud del mandato establecido en el artículo 140 de la Ley 100 de 1993 se han expedido diversas normas que determinan el régimen pensional de las personas que desempeñan actividades calificadas como de alto riesgo, dentro de las cuales se encuentra la ejercida por los detectives del extinto Departamento Administrativo de Seguridad – DAS, según la clasificación prevista en el artículo 2 del Decreto 1835 de 1994.

Actualmente, con la modificación que introdujo el artículo 2 de la Ley 860 de 2003, se consagró un régimen de transición que remite a las normas del mencionado Decreto 1835 de 1994, que a su vez también consagraba un régimen de transición para aquellos detectives que se hubieran vinculado a ese departamento administrativo con anterioridad al 3 de agosto de 1994, fecha en la cual entró en vigencia⁵.

⁵ Diario Oficial Nº 41.473.

En esta misma línea hermenéutica se ha pronunciado el H. Consejo de Estado en sentencia de 22 de abril de 2015, expediente 1520-13, al abordar un caso con similares elementos fácticos al que ahora ocupa la atención de esta Sala Plural:

Ahora bien, al actor sí le aplica el régimen de transición previsto en el artículo 2º parágrafo 5º de la Ley 860 de 2003, vigente a partir del 29 de diciembre de ese mismo año⁶, por cuanto (i) durante toda su vida laboral se desempeñó como Detective del DAS, (ii) se vinculó a dicha entidad el 2 de diciembre de 1981 (con anterioridad al 3 de agosto de 1994) y (iii) para el momento en que entró en vigencia el mencionado cuerpo normativo (29 de diciembre de 2003) contaba con 1.151 semanas de cotización.

Sin embargo, como quedó visto, el artículo 2º parágrafo 5º de la Ley 860 de 2003 reenvía al régimen de transición previsto en el artículo 4º del Decreto 1835 de 1994; por lo que a continuación la Sala procederá a verificar el cumplimiento de las exigencias contenidas en esta última norma, cuyo texto es el siguiente (...)

En tales condiciones resulta claro que el actor tiene derecho a pensionarse con la edad, el tiempo de servicio o número de semanas cotizadas y el monto de la pensión previstos en las normas vigentes con anterioridad a la Ley 100 de 1993, que no son otras que los Decretos 1047 de 1978 y 1933 de 1989 (Subraya el Tribunal).

Con base en lo expuesto, y al atender las directrices del Máximo Tribunal Administrativo, los detectives del DAS vinculados a esa entidad con anterioridad al 3 de agosto de 1994 son beneficiarios del régimen de transición previsto en el artículo 4 del Decreto 1835 de ese año; y, por ende, su situación pensional se encuentra gobernada, como lo concluye el Consejo de Estado, por los Decretos 1047 de 1978 y 1933 de 1989.

El Decreto 1047 de 1978 consagró las normas pensionales aplicables inicialmente a quienes ejercían funciones de dactiloscopia en el DAS en el artículo 1º, por cuyo ministerio:

ARTÍCULO 1º. *Los empleados públicos que ejerzan por veinte años continuos o discontinuos las funciones de dactiloscopistas en el Departamento Administrativo de Seguridad, y que hayan aprobado el curso de formación en dactiloscopia impartido por el instituto correspondiente de dicho Departamento, tendrán derecho a gozar de la pensión de jubilación cualquiera sea su edad.*

⁶ Publicada en el Diario Oficial No. 45415 de 29 de diciembre de 2003.

Artículo 2º. Los empleados públicos que hayan aprobado el curso a que se refiere el artículo anterior y que permanezcan al servicio del Departamento Administrativo de Seguridad por un término no menor de 16 años continuos en el desempeño de funciones de dactiloscopistas, tendrán derecho a la pensión de jubilación al cumplir 50 años de edad, siempre que para esta época fueren funcionarios de ese Departamento.

Dicho régimen pensional fue ampliado en virtud del artículo 10 del Decreto 1933 de 1989, cuyo tenor literal indica:

ARTÍCULO 10. PENSION DE JUBILACION. *Las normas generales sobre pensión de jubilación previstas para los empleados de la administración pública del orden nacional se aplicarán a los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad.*

Los empleados que cumplan funciones de dactiloscopistas en los cargos de Detective Agente, Profesional o Especializado, se regirán por lo establecido en cuanto a régimen de pensión vitalicia de jubilación, por el Decreto-ley 1047 de 1978, cuyas normas serán igualmente aplicables al personal de detectives en sus distintos grados y denominaciones” (Resaltado de la Sala).

En conclusión, los ex servidores del Departamento Administrativo de Seguridad que se hayan desempeñado como detectives, que se encuentren bajo las previsiones del régimen de transición contemplado en la Ley 860 de 2003 y se hayan vinculado antes de la entrada en vigencia del Decreto 1835 de 1994, tienen derecho a obtener su pensión de jubilación al cumplir los requisitos contenidos en el Decreto 1047 de 1978, que se traducen esencialmente en la prestación del servicio por 20 años continuos o discontinuos sin importar la edad.

Al descender al caso concreto, se comprueba que la señora Luz Marina Martínez Ocampo ingresó a laborar en el DAS el día 5 de marzo de 1983, lo que significa que de conformidad con la transición establecida en la Ley 860 de 2003, se encontraba vinculada antes del 3 de agosto de 1994, lo que hace que quede amparada por el Decreto 1835 de 1994, el cual también estableció una transición que exigía estar vinculado antes de la vigencia de esa norma (3 de agosto de 1994), supuesto que como se indicó acreditó la accionante.

En tal sentido, es claro que la actora sí estaba amparada por un régimen de transición, pero no el establecido en la Ley 100 de 1993, y por lo mismo, no le asiste razón a la UGPP al solicitar que se analice el IBL con base en lo establecido en esta norma.

Por sustracción de materia, no se estudiará el segundo problema jurídico, pues el mismo estaba condicionado a que la demandante estuviera amparada por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

Tercer problema jurídico:

¿Tiene derecho la señora Luz Marina Martínez Ocampo a que en el IBL de su pensión de jubilación se incluya la prima de riesgo que percibió en el último año de prestación de servicios?

Tesis: la Sala defenderá la tesis que la demandante tiene derecho a que se reajuste su pensión con la inclusión de la prima de riesgo que percibió en el último año de prestación de servicios, por cuanto, aunque la norma que creó este emolumento dispuso que no era factor salarial, el Máximo Tribunal Administrativo, en sentencia de unificación, consideró que por sus características la misma sí podía incluirse en el IBL de la pensión.

En relación con la prima de riesgo, es cierto que mediante Decreto 1137 de 1994 se creó la misma con carácter permanente para los empleados del DAS que desempeñaran los cargos de detective especializado, profesional o agente, criminalística especializado, profesional o técnico y conductores, equivalente al 30% de su asignación básica mensual, la cual no constituía factor salarial según el artículo 1º que a la letra dispuso *“esta prima no constituye factor salarial y no podrá percibirse simultáneamente con las primas de que tratan los artículos 2o, 3o, y 4o del Decreto 1933 de 1989 y el Decreto 132 de 1994”*.

Posteriormente, la disposición fue derogada por el Decreto 2646 de 1994, a través del cual se fijó nuevamente el reconocimiento de la citada prestación especial para el mismo grupo de empleados, pero en un porcentaje superior al establecido en el Decreto 1137 de 1994; aunque en su artículo cuarto mantuvo la misma previsión de la norma anterior, y era que este rubro no constituía factor salarial y que no podía percibirse simultáneamente con la prima de que trata el artículo 2 del Decreto 1933 de 1989 y el Decreto 132 de 1994.

Sobre esta prima de riesgo, el Consejo de Estado profirió sentencia de unificación el 1º de agosto de 2013, dentro del proceso de radicado 44001-23-31-000-2008-00150-01(0070-11), y en ella concluyó:

Así las cosas, y con el fin de unificar criterios en torno a la naturaleza de la prima de riesgo, concluye la Sala, teniendo

en cuenta lo expresado en precedencia, dicha prestación sí goza de una naturaleza salarial intrínseca lo que permite que, en casos similares al presente, sea tomada en cuenta como factor salarial para efectos de establecer el ingreso base de cotización y liquidación de la prestación pensional de los servidores del extinto Departamento Administrativo de Seguridad, DAS.

Posteriormente, y al resolver una solicitud de extensión de jurisprudencia frente a la sentencia del 1º de agosto de 2013 presentada por algunos ex funcionario del DAS, el Consejo de Estado en providencia del 7 de diciembre de 2017⁷ determinó unas pautas para establecer a qué personas podía incluirse la prima de riesgo en el IBL de sus pensiones, y al respecto señaló:

A pesar de lo anterior, si bien se unificó el tema de la inclusión de la prima de riesgo como factor salarial para efectos de la liquidación pensional, esta situación no es suficiente para proceder a la extensión de la mentada sentencia a todos los ex servidores públicos del DAS, puesto que se estudiaron otros elementos que deberán ser tenidos en cuenta para determinar la identidad fáctica y jurídica de los procesos que hoy nos convocan.

Siguiendo con el análisis de la sentencia a extender, en la solución del caso concreto, la Sala estudió el régimen de transición aplicable a los servidores de la entidad demandada, bien sea por disposición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o del artículo 4.º del Decreto 1835 de 1994⁵, normas que permiten inferir que de acuerdo con el artículo 2.º ibidem, los detectives en sus distintos grados, especializado profesional y agente, que hayan sido vinculados con anterioridad a la vigencia de estas «no tendrán condiciones menos favorables, en lo que respecta a la edad para acceder a la pensión de vejez o de jubilación, el tiempo de servicio requerido o el número de semanas cotizadas y el monto de ésta pensión, a las existentes para ellos en las normas vigentes con anterioridad a la Ley 100 de 1993».

Así las cosas, para los casos que hoy nos convocan, se tendrán como elementos de identidad fáctica y jurídica para la extensión de la sentencia estudiada, los que a continuación se relacionan: i) haber sido vinculado al servicio del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) con anterioridad a la vigencia del Decreto 1835 de 1994 y/o estar cobijados por el régimen de transición

⁷ Procesos radicados 11001-03-25-000-2014-00403-00(1287-14), 11001-03-25-000-2014-00652-00(2040-14), 11001-03-25-000-2014-00690-00(2137-14), 11001-03-25-000-2014-00695-00(2142-14), 11001-03-25-000-2014-00705-00(218214), 11001032500020140072500(2259-014), 11001-03-25-000-2014-00734-00(2279-14), 11001-03-25-000-2014-00790-00(2470-14), 11001-03-25-000-2014-00799-00(2485-14), 11001-03-25-000-2014-00895-00(2745-14), 11001-03-25-000-2014-01369-00(4537-14), 11001-03-25-000-2014-01426-00(4649-14)

descrito en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; ii) haber ejercido los cargos cuyas actividades se consideraran de alto riesgo, tales como detectives en sus distintos grados y denominaciones de especializado, profesional y agente conforme al artículo 2.º del Decreto 1835 de 1994; iii) como consecuencia de lo anterior, deben estar pensionados bajo el régimen especial consagrado en los Decretos 1047 de 1978 y 1933 de 1989; y por último, iv) haber percibido durante el último año de servicios la prima de riesgo.

Al descender al caso concreto y revisar las exigencias determinadas por el Consejo de Estado para que proceda la aplicación de la sentencia de unificación relacionada con la prima de riesgo se encuentra para este caso: i) que la demandante se vinculó antes del 3 de agosto de 1994 (5 de marzo de 1983); ii) ejerció el cargo de detective profesional; iii) como se explicó en el primer problema jurídico quedó cubierta por las normas anteriores al Decreto 1935 de 1994, es decir, los Decretos 1047 de 1978 y 1933 de 1989; y iv) según certificado laboral percibió la prima de riesgo en el último año.

Así las cosas, es claro que la actora tiene derecho a que en el IBL de su pensión se incluya la prima de riesgo, pues reúne todos y cada uno de los requisitos señalados por la jurisprudencia del Consejo de Estado, y en ese sentido se confirmará la sentencia de primera instancia.

Se comparte también la decisión en torno a que si sobre el nuevo factor salarial que se incluye en la pensión no se realizaron descuentos de ley, ellos deberán deducirse; eso sí, en el porcentaje que le correspondería al trabajador y siempre y cuando el descuento no se hubiera realizado en su momento.

Cuarto problema jurídico

¿Se cumplieron las condiciones señaladas en la ley y la jurisprudencia para condenar en costas a la parte demandada en primera instancia?

Tesis: La Sala defenderá la tesis que en este caso al momento de condenarse en costas no se fundamentó la decisión, lo que genera una vulneración al derecho de defensa ya que no se conocen los motivos por los cuales se impusieron.

Al revisar la argumentación que se plasmó en el fallo de primera instancia para condenar en costas se adujo que, en atención al criterio objetivo, ya que no se debía evaluar si las partes actuaron con temeridad o mala fe en el trámite judicial, en este caso se habían causado las costas, por lo menos en lo que tenía que ver con las agencias en derecho, y por

ello se condenó a la demandada. Para el efecto, se citó jurisprudencia del Consejo de Estado relativa a la definición de las costas.

Sin embargo, no se citó norma alguna del CPACA o del CGP relacionada con estas, ni el Acuerdo del Consejo Superior de la Judicatura que establece la tarifa de las agencias en derecho, solo se indicó que la liquidación se haría por la Secretaría según las consideraciones realizadas.

En el recurso de apelación adujo la parte demandada que no procedía la condena en costas, ya que la entidad no ha actuado de mala fe, y siempre ha procurado proteger los recursos del Estado; aunado a que citó sentencias en torno a la aplicación del criterio objetivo valorativo para imponer costas.

Respecto a este tema, el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, antes de ser adicionado por la Ley 2080 de 2021, disponía:

ARTÍCULO 188. CONDENEN 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.*

Debe indicarse que las costas se entienden como la erogación económica que corresponde efectuar a las partes involucradas en el proceso, la cual corresponde por una parte a las expensas, es decir, a todos aquellos gastos necesarios para el trámite del juicio distintos del pago de apoderado; y, por otro lado a las agencias en derecho, que corresponde a las erogaciones efectuados por concepto de apoderamiento, las cuales se decretan en favor de la parte y no de su representante judicial, y que no necesariamente deben corresponder al mismo monto de los honorarios pactados.

En vigencia del artículo 188 del CPACA, sin la modificación introducida por la Ley 2080 de 2021, que era la norma vigente al momento de emitir sentencia de primera instancia (12 de junio de 2019), el criterio adoptado para la imposición de costas era el objetivo valorativo, el cual imponía no solo verificar la parte vencida en juicio, sino además el deber de precisar los motivos por los cuales se consideraba que procedía la condena, es decir, por qué se aducía que se causaron las mismas; análisis que sí se echa de menos en la providencia de primera instancia.

Para esta Sala una imposición de costas así le impide a la parte condenada ejercer el derecho de defensa, pues no sabe por qué razón o circunstancia se determinaron, y por

ende no puede esgrimir argumentos en contra de la decisión. Esto conlleva a que la sentencia de primera instancia deba ser revocada en este punto.

Conclusión

Se infiere que en este caso la demandante no es beneficiaria de la transición de la Ley 100 de 1993, y en tal sentido no es posible analizar la liquidación de su IBL con base en las sentencias de unificación que sobre este tema han proferido las Altas Cortes.

Pero sí es procedente confirmar la sentencia, ya que la accionante tiene derecho a que se reajuste su pensión con la inclusión en el IBL de la prima de riesgo. Sin embargo, deberá revocarse el ordinal séptimo, relacionado con las costas, por lo brevemente expuesto.

Costas de segunda instancia

No hay lugar a imposición en costas en esta instancia, en razón a que el fundamento de la revocatoria parcial de la sentencia se deduce de una omisión del juez y no de una actuación de las partes.

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Decisión del **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: REVOCAR el ordinal séptimo de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales el día 12 de junio de 2019, en el proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por **LUZ MARINA MARTÍNEZ OCAMPO** contra **LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP**.

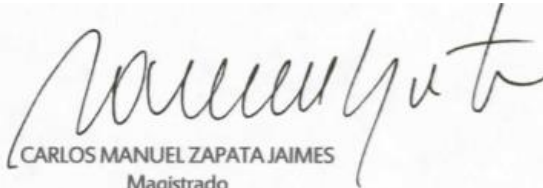
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la providencia de primera instancia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones pertinentes en el programa informático "Justicia Siglo XXI".

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

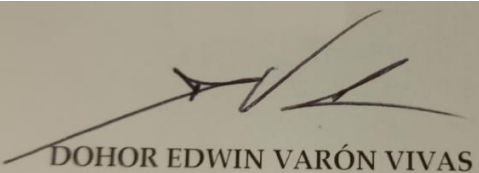
Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Virtual realizada el 25 de noviembre de 2021, conforme Acta nro. 067 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



PATRICIA VARELA CIFUENTES
Magistrada



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
ESTADO ELECTRÓNICO

Notificación por Estado Electrónico No. 215 del 29 de noviembre de 2021.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

CONVOCA AUDIENCIA INICIAL

Art. 180 Del C.P.A.CA

Manizales, veintiséis (26) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

Auto de Sustanciación No. 279

REFERENCIA:

Proceso: ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Radicado: 170012333002019-00605-00

Demandante: MARTHA CECILIA - CARMONA NOREÑA

Demandado: HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS – RIOSUCIO

ASUNTO

Procede el Despacho a convocar a las partes a la audiencia inicial consagrada en el artículo 180 del C.P.A.C.A.

CONSIDERACIONES

En el proceso de la referencia se encuentra vencido el término de traslado de la demanda, dentro del cual las entidades que integran la parte pasiva de la relación hicieron uso del derecho de defensa, conforme quedó consignado en la constancia secretarial.

Es así que cumplido con los procedimientos judiciales pertinentes como se manifiesta en constancia Secretarial y de acuerdo a lo reglado en la norma anteriormente enunciada, el Despacho convoca a las partes a la realización de la Audiencia Inicial, la cual se llevará a cabo el día **CATORCE(14) DE DICIEMBRE DE DOS MIL VEINTIUNO (2021) A LAS NUEVE DE LA MAÑANA (09:00 AM).**

De igual manera en caso de que se aporten dictámenes periciales y documentos; de conformidad con el artículo 228 en concordancia con el 110 del C.G.P se le dará traslado a las partes.

De la misma manera se les requiere a los apoderados de las partes allegar correos electrónicos previamente a la celebración de la audiencia virtual, para efectos de enviarles la invitación.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El link para acceder al expediente digital será remitido a los correos electrónicos debidamente registrados por los abogados de las partes y a aquellos habilitados por las entidades públicas para notificaciones judiciales.

Se le advierte a los apoderados de las partes que su asistencia es obligatoria, so pena de hacerse acreedores a las consecuencias pecuniarias adversas consagradas en el numeral 3º de la norma en cita.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Publio Martín Andrés Patiño Mejía', is written over a printed name and title. The signature is fluid and cursive.

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

Magistrado