

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

Manizales, quince (15) de julio de dos mil veintidós (2022)

<b>RADICADO</b>	<b>17-001-33-39-007-2019-00028-02</b>
<b>CLASE</b>	<b>PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS</b>
<b>ACCIONANTE</b>	<b>ENRIQUE ARBELÁEZ MUTIS</b>
<b>ACCIONADO</b>	<b>MUNICIPIO DE MANIZALES</b>

Procede el despacho a estudiar la admisión del recurso de apelación presentado por el **MUNICIPIO DE MANIZALES** contra la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales el 17 de junio de 2022, dentro del proceso de la referencia.

Al encontrar el escrito reúne todos y cada uno de los requisitos señalados en el artículo 37 de la Ley 472 de 1998, en armonía con los artículos 322 y 327 del Código General del Proceso, se admite el recurso de apelación interpuesto por el **MUNICIPIO DE MANIZALES**.

Notifíquese personalmente al señor Agente del Ministerio Público, y por estado electrónico a las demás partes.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES**  
**MAGISTRADO PONENTE**

<p>TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS  ESTADO ELECTRÓNICO</p> <p>Notificación por Estado Electrónico nro. 125 del  18 DE JULIO DE 2022.</p>
--

**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: **7a559ed411fb8e505305b02c5032585ca99cda84973333c164a26d90f9a65bf9**

Documento generado en 15/07/2022 01:42:23 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS  
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Sentencia No. 181

Manizales, quince (15) de julio de dos mil veintidós (2022).

**Radicado:** 17001-33-33-007-2016-00224-02  
**Naturaleza:** Nulidad y Restablecimiento Del Derecho  
**Demandante:** Jorge Hernán Toro Mejía  
**Demandado:** Corpocaldas

Se emite fallo con ocasión al recurso apelación impetrado por Corpocaldas contra la sentencia proferida el 15 de junio de 2021 por el Juzgado Séptimo Administrativo de Manizales que accedió parcialmente a las pretensiones del accionante.

## I. Antecedentes

### 1. Demanda

#### 1.1. Pretensiones

Se solicitó se declare la nulidad de la Resolución 997 del 2 de septiembre de 2015, por medio de la cual Corpocaldas declaró responsable al señor Jorge Hernán Toro Mejía por la comisión de infracciones ambientales y lo condenó al pago de una sanción pecuniaria; así como la Resolución 1311 del 31 de diciembre de 2015, por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra el anterior acto. Como consecuencia de lo anterior, solicitó reintegrar la suma de \$6.794.480 que pagó por concepto de multa.

#### 1.2. Sustento fáctico relevante

Sostuvo que, en atención a una denuncia por quema y eliminación de guaduales, el 19 de

septiembre de 2014 Corpocaldas realizó una visita técnica al predio denominado San Luis, ubicado en la vereda “Alejandría” del municipio de Anserma- Caldas y expidió el informe técnico 500-642 del 26 de septiembre de 2014. El 16 de octubre de 2014, se emitió el auto por medio del cual se inicia un proceso sancionatorio contra del señor Jorge Hernán Toro Mejía.

Mediante auto 248 del 20 de mayo de 2015, Corpocaldas formuló cargos por la presunta infracción de los artículos 4 y 12 de la Resolución 185 de 2008, el artículo 23 del Decreto 1791 de 1996, el artículo 2 del Decreto 2 107 de 1995, artículo 28 del decreto 948 de 1995 y el artículo 204 del Decreto 2811 de 1974. El 17 de junio de 2015, el señor Toro Mejía presentó descargos manifestando su desacuerdo. El 11 de agosto de 2015 se realizó visita técnica, la cual consta en memorando 500-4992 del 12 de agosto de 2015. Posteriormente, Corpocaldas expidió la Resolución 997 de 2 de septiembre de 2015, por medio de la cual se impuso una sanción consistente en multa de \$6.794.480. Frente a esta decisión se interpuso recurso de reposición, el cual fue resuelto mediante Resolución 1311 del 31 de diciembre de 2015, confirmando la sanción impuesta.

### **1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión**

Se señalan como vulnerados los artículos 29 y 83 de la Constitución Política, artículo 5 de la Ley 1333 de 2009, artículo 3° del Decreto 3678 de 2010 y la Resolución 2086 del 2010, expedida por el entonces Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial; violación derivada de la manera en que Corpocaldas motivó los actos objeto del presente medio de control.

Manifestó que estos carecen de sustento técnico en su motivación, derivada de la carencia de análisis de los conceptos técnicos, incurriendo en violación del derecho de defensa, indebida formulación de cargos, falsa motivación, vía de hecho y errónea tasación de la multa.

## **2. La contestación de la demanda**

**Corpocaldas**<sup>1</sup> se opuso a las pretensiones del demandante, para lo cual propuso las siguientes excepciones:

*-.* **Facultad reglamentaria y facultad sancionatoria ambiental de las Corporaciones Autónomas Regionales:** señaló que de acuerdo con la normatividad ambiental vigente, el “desorille” sí es un aprovechamiento forestal de guadua y para poder realizarse existe una obligación legal de tramitar su autorización ante la autoridad ambiental, la cual fue omitida

---

<sup>1</sup> Pág. 113 a 131 AD “01Cuaderno”

por el accionante, razón por la cual es un infractor ambiental de la Resolución 185 de 2008.

- *Debida y correcta determinación y formulación de los cargos.* Sostuvo que, en atención a que el “*desorille*” es un aprovechamiento forestal de guadua, la formulación de cargos realizada por Corpocaldas, fue correcta y ajustada a la norma ambiental.

- *Correcta apreciación de la prueba.* Corpocaldas hizo una correcta y adecuada apreciación de la prueba de “*homicidio al señor Carlos Eliecer Toro Aristizábal*”, emitida por la Fiscalía General de la Nación y aportada al proceso sancionatorio ambiental, la cual no exime de responsabilidad, ni justifica el aprovechamiento forestal ilegal realizado.

- *Ceñimiento estricto a la constitución nacional, la ley y el reglamento por parte de los funcionarios de Corpocaldas.* Las decisiones adoptadas por los funcionarios de la entidad, se realizaron con sujeción a la Constitución, Ley y el Reglamento.

- *La tasación de la multa se hizo de manera correcta.* De conformidad con la Resolución 2086 de 2010, expedida por el antiguo Ministerio de Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, y todo el proceso para valorar, liquidar y tasar es un proceso netamente técnico, en donde el profesional en la materia es quien realiza la calificación.

### **3. Sentencia de primera instancia**

El *a quo* **accedió parcialmente a las pretensiones** del demandante, en consecuencia, declaró la nulidad de las Resoluciones 997 del 2 de septiembre de 2015 y 1311 de 31 de diciembre de 2015 y ordenó “...*la devolución del dinero cancelado como multa en virtud de las resoluciones demandadas, debidamente indexado...*”.

Para fundamentar lo anterior, luego de referirse a los hechos acreditados y el marco jurídico aplicable concluyó que, los actos administrativos demandados expedidos por Corpocaldas, con las cuales se impuso una sanción económica al demandante, fueron expedidos con vicios que desvirtúan su legalidad y desconocen el debido proceso que debe estar presente en todas las actuaciones de la administración.

Que el acto administrativo de formulación de cargos, deja ver que el trámite se adelantó por infracción de normas ambientales, sin que se decantara en dicho auto que también existió una infracción por daño o afectación ambiental. No obstante lo anterior, con la expedición de los actos administrativos demandados, se realizó un estudio y análisis disponiendo la imposición de multa por la afectación de un rodal de guadua y el incumplimiento de la

normatividad ambiental vigente.

Que pese a que en la parte resolutive de la Resolución 997 del 2 de septiembre de 2015 se declaró la responsabilidad del señor Jorge Hernán Toro por la infracción de normas legales, tanto el informe técnico 500-1068 del 1 de septiembre de 2015, como la Resolución 997 de 2015 en su parte motiva, desarrollan el cálculo de la multa por infracción a la normatividad ambiental, teniendo en consideración la variable de afectación o daño, frente a la cual no se dio la oportunidad procesal al actor para pronunciarse.

Que ello no sólo se traduce en la violación de las formas propias de la actuación, sino en el desconocimiento de los derechos al debido proceso y defensa de quienes son objeto de investigación, en tanto que cuando se expidió el escrito de formulación de cargos en contra del señor Toro Mejía no se le indicó que también podría ser responsable por afectación ambiental y las sanciones a que daría lugar en caso de demostrarse su culpabilidad, lo cual a su vez, limitó las posibilidades de defensa.

#### **4. Recurso de apelación**

**Corpocaldas** solicitó revocar la decisión y en su lugar negar las pretensiones del actor, para lo cual presentó los siguientes argumentos:

- Sostuvo que el fallo de primera instancia declaró la nulidad de los actos administrativos, con fundamento en un cargo que no fue formulado en la demanda, lo cual vulnera el principio de justicia rogada y denota una actuación oficiosa que se encuentra proscrita al Juzgador de la legalidad de los actos administrativos. Indicó que, es evidente que el Auto 248 del 20 de mayo de 2015, por medio del cual se formularon unos cargos, nunca fue objeto de reproche y nunca se solicitó su nulidad como pretensión en la demanda.

- Argumentó que el artículo 47 del CPACA, no es aplicable al presente caso, por lo que indicó que la Ley 1333 de 2009 es la norma especial que regula el Procedimiento Sancionatorio Ambiental y, concretamente, respecto al auto de formulación de cargos, se encuentra totalmente regulado en el artículo 24. Que el fallo de primera instancia se apartó de los precedentes jurisprudenciales establecidos por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, sobre el debido proceso en materia sancionatoria administrativa.

- Señaló que, en el supuesto caso de que se encuentre que la tasación de la multa fue errónea, esto no implica la nulidad de los actos administrativos atacados, ni mucho menos la nulidad de todo lo actuado dentro del proceso sancionatorio ambiental, porque una decisión en tal

sentido echaría al traste, dificultaría y entorpecería la importantísima función de la autoridad ambiental de proteger y cuidar el medio ambiente y los recursos naturales renovables.

## II. Consideraciones

### 1. Problemas jurídicos

Vista la sentencia recurrida y los argumentos expuestos en el recurso de apelación, se centra en dilucidar:

*¿El fallo de primera instancia vulneró el principio de justicia rogada en tanto declaró la nulidad de los actos demandados con base en un cargo que no formuló el demandante?*

*¿Fue vulnerado el debido proceso dentro del procedimiento administrativo sancionatorio ambiental adelantado por Corpocaldas contra el señor Jorge Hernán Toro Mejía, en tanto no fue aplicado el artículo 47 del CPACA?*

*¿La tasación indebida de la multa genera la nulidad de los actos de sanción medio ambiental?*

### 2. Primer Problema Jurídico

#### 2.1. Tesis del Tribunal

El fallo de primera instancia no vulneró el principio de justicia rogada, en tanto el demandante sí presentó los argumentos para soportar el cargo consistente en la violación del debido proceso y derecho de defensa por la indebida formulación de los cargos.

Para soportar lo expuesto, se hará referencia: i) al principio de justicia rogada, ii) a continuación se analizará el contenido de la demanda en el caso concreto y iii) se confrontará con lo afirmado en la sentencia apelada.

#### 2.2. El principio de justicia rogada

El Consejo de Estado<sup>2</sup> ha reafirmado la vigencia y aplicación del principio de justicia rogada para señalar que, no le es permitido al juez de lo contencioso administrativo, confrontar el acto acusado con disposiciones no invocadas en la demanda, ni atender conceptos de

---

<sup>2</sup> Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez (E). 9 de agosto de 2016. Número de referencia: 110010325000201100316 00. Número interno: 1210-11

violación diferentes a los en ella contenidos.

Sin embargo, la Corte Constitucional, en la sentencia C-197 de 1999, resaltó la necesidad de no extremar el carácter rogado de la jurisdicción de lo contencioso administrativo hasta el punto de restar importancia a la labor interpretativa del juez dentro del proceso o menoscabar el principio de prevalencia del derecho sustancial, la garantía de los derechos fundamentales o la supremacía de la constitución y del ordenamiento jurídico.

Por su parte el Consejo de Estado frente a la labor interpretativa del Juez respecto a los cargos de nulidad planteados en la demanda, ha señalado:

*“sin desconocer el carácter rogado de esta jurisdicción, el juez administrativo también está en la obligación de interpretar las demandas que no ofrezcan la claridad suficiente para poner en marcha el proceso, lo cual es consecuente con el deber de administrar justicia consagrado en la Constitución (artículos 113, 116 y 228) y con el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre lo meramente adjetivo (artículo 228 de la C.P.), como también es correlativo al derecho de los particulares de acceder a la administración de justicia (artículo 229 de la C.P.).”<sup>3</sup>*

Además, el derecho sancionador como ejercicio del *Ius Puniendi del Estado*<sup>4</sup>, se encuentra sometido a las reglas propias del debido proceso (Artículo 29 de la Constitución Política), por lo tanto, si el Juez advierte en sede judicial la vulneración de dicho precepto superior, se encuentra en la obligación de salvaguardarlo a través de la sentencia.

### **2.3. Fundamentos de derecho y concepto de la violación de la demanda en el caso concreto**

En la demanda, concretamente en los fundamentos jurídicos y concepto de la violación<sup>5</sup>, la parte demandante consideró vulnerados entre otros, el artículo 29 de la Constitución y concretamente, en relación con la violación al debido proceso se argumentó:

*“Los actos administrativos objeto de la presente solicitud adolecen de **inconsistencia en relación con los cargos formulados**, carecen de sustento técnico en su motivación derivada de la carencia de análisis de los conceptos técnicos, por demás erróneos, incurriendo así en la violación al derecho de defensa, indebida formulación de cargos (...)*

---

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia del ocho (08) de marzo de dos mil dieciocho (2018) Radicación número: 11001-03-25-000-2013-00171-00(0415-13)

<sup>4</sup> Sentencia C-595/10

<sup>5</sup> Pág. 11-10 AD “01Cuaderno”

*Con todo lo anotado anteriormente, es claramente visible que no se atendieron los postulados del derecho al debido proceso y de la buena fe, ya que no se determinó de manera clara, expresa y exacta de las variables con las que se impuso una multa erróneamente tasada (Resolución 2086 de 2010). Tampoco se protegió el debido proceso ni se exhibió buena fe en una actuación administrativa sancionatoria en la que se sanciona por la infracción a unas normas - riesgo- pero, cuando se realiza el análisis de la forma en la cual se calculó la multa, se encuentra que está en realidad fue tasada valiéndose de la metodología propia de las multas por afectación – daño-, siendo esto así, es claro que el imputado todo el tiempo estructuró su defensa en demostrar que en realidad no infringió las normas supuestamente vulneradas, y no, en demostrar que no ocurrió un daño ambiental en los términos del artículo 42 de la ley 99 de 1993, aunado esto, **nunca hubo una presentación formal y completa de los cargos que se imputaron al investigado, debidamente clasificados según el título de imputación (concreción del daño), acompañado de un desglose puntual de los elementos que configuran su tipificación. ¿Cómo puede pretenderse que un presunto infractor se defiende de supuestamente haber causado un daño, si tal cargo no le fue formulado? ¿Qué Tan ajustado a derecho es sancionar a alguien por una conducta que no le fue imputada?***

(...)

*En este sentido, partiendo de los cargos formulados al señor Jorge Hernán Toro Mejía en el Auto No. 248 del 20 de mayo de 2015, bajo los cuales, la Corporación Autónoma Regional de Caldas impuso la sanción, a través de la Resolución No. 997 del 2 de septiembre de 2015, ratificada a través de la Resolución No. 1311 del 31 de diciembre de 2015; si la Autoridad pretendía imputar cargos por un daño ambiental y posteriormente sancionar por ello, **debía probarlo y formularlo al presunto infractor de manera clara, expresa y exacta, para que este pudiera ejercer su derecho de defensa.** No obstante, la Corporación imputa cargos exclusivamente por riesgo, pero sanciona por daño ambiental, para lo cual debió utilizar una metodología para el cálculo de la multa diferente. No existe duda de que Corpocaldas utilizó una metodología equivocada para el cálculo de la multa, tal cosa es irrefutable.” (Se resalta)*

De esta forma, es claro que el demandante sí formuló los argumentos frente al auto 248 del 20 de mayo de 2015, por medio del cual se formuló cargos al actor dentro del proceso administrativo sancionatorio adelantado por Corpocaldas.

#### **2.4. Lo afirmado en la sentencia apelada**

Ahora bien, la sentencia<sup>6</sup> objeto de apelación frente a ello señaló que:

---

<sup>6</sup> Pág. 20 AD “06Sentencia”

*“(...) el auto 248 de 20 de mayo de 2015, no se establecieron las sanciones o medidas que serían procedentes para el caso objeto de trámite sancionatorio, tal y como lo dispone la norma citada; requisito que el Despacho encuentra aplicable en virtud de la expedición posterior del CPACA en cuanto al artículo 47 se refiere y ello porque si bien es cierto dicho requisito no es exigido por el artículo 24 de la Ley 1333 de 2009, específica para el Proceso Sancionatorio Ambiental, la norma contenida en la Ley 1437 de 2011, se inspira en los principios de legalidad y debido proceso de las actuaciones administrativas de carácter sancionatorio, que implican no sólo que el investigado conozca las disposiciones legales que se presumen vulneradas por su acción u omisión, sino también el contenido de las sanciones a las que se vería sujeto de comprobarse las mismas.*

*La intención del legislador también tiene que ver con el principio de tipicidad que inspira el derecho sancionatorio en general, el cual, si bien para el campo administrativo su aplicación es menos exigente que para el ámbito penal, aun así, conlleva a que el investigado pueda conocer de manera clara las conductas de las cuales se le acusa, así como las sanciones que como consecuencia de su comprobación le serían aplicadas en la decisión de fondo del proceso, ello también se constituye en una garantía para el derecho de defensa del presunto responsable quien de antemano conoce no sólo las conductas por las que se le podría sancionar, sino las sanciones a las que se vería avocado.” (Se destaca)*

## **2.5. Conclusión**

Corolario de lo anterior, no puede aceptarse el argumento de la apelante, pues es claro que el demandante expuso los fundamentos fácticos y jurídicos para soportar el cargo que la sentencia recurrida encontró probado.

Por lo tanto se concluye que, la sentencia recurrida no desbordó el principio de justicia rogada y en tal sentido no prospera el cargo formulado por la entidad apelante.

**3. Segundo problema jurídico** *¿Fue vulnerado el debido proceso dentro del procedimiento administrativo sancionatorio ambiental adelantado por Corpocaldas contra el Jorge Hernán Toro Mejía, en tanto no fue aplicado el artículo 47 del CPACA?*

### **3.1. Tesis del Tribunal**

En el procedimiento administrativo sancionatorio adelantado por Corpocaldas, a través del cual se expidieron las Resoluciones 997 del 2 septiembre de 2015, por medio de la cual se impuso sanción ambiental al señor Jorge Hernán Toro Mejía y Resolución 1311 del 31 de diciembre de 2015 que confirmó la decisión, se encuentran viciadas de nulidad, al configurarse la causal establecida en el inciso 2º del artículo 137 del CPACA, toda vez que en la formulación de cargos, no se establecieron con precisión y claridad, las sanciones o medidas que serían procedentes según lo dispone el artículo 47 del CPACA.

Para fundamentar lo anterior, se abordará los siguientes puntos: i) Lo probado en el proceso; ii) la normativa aplicable al procedimiento administrativo sancionatorio ambiental; iii) la garantía del debido proceso; para descender al análisis del iv) caso concreto.

### **3.2. Lo probado en el proceso.**

- Corpocaldas a través de auto 1848 del 16 de octubre de 2014<sup>7</sup>, inició proceso sancionatorio contra el señor Jorge Hernán Toro Mejía, notificado por aviso<sup>8</sup> el 30 de octubre de 2014.
- Corpocaldas expidió el auto 248 del 20 de mayo de 2015<sup>9</sup>, por medio del cual formuló cargo contra el señor Jorge Hernán Toro Mejía, concretamente señaló:

*“ARTÍCULO PRIMERO; Formular cargos en contra del señor JORGE HERNÁN TORO MEJÍA, identificado con la cédula de ciudadanía número 10.279.018, por la presunta infracción de los artículos 4 y 12 de la Resolución 185 de 2008, 23 del Decreto 1791 de 1996, 2 del Decreto 2107 de 1995, 28. del Decreto 948 de 1995 y 204 del Decreto 2811 de 1974.*

*ARTÍCULO SECUNDO: Notificar la presente providencia al señor JORGE HERNÁN TORO MEJÍA, identificado con la cédula de ciudadanía número 10.279.018, en los términos del artículo 24, inciso 1o de la Ley 1333 de 2009.*

*ARTÍCULO TERCERO: De conformidad con el artículo 25 de la Ley 1333 de 2009, el presunto infractor cuenta con diez (10) días hábiles, a partir de la notificación de la presente providencia, para presentar los descargos por escrito, personalmente o mediante apoderado debidamente constituido, y aportar o solicitar la práctica de las pruebas que considere pertinentes y que sean conducentes.”*

---

<sup>7</sup> Pág. 148-149 AD “01Cuaderno”

<sup>8</sup> Pág. 152 idem.

<sup>9</sup> Pág. 155-159 idem.

- El señor Jorge Hernán Toro Mejía, presentó descargos el 17 de junio de 2015<sup>10</sup>.
- Corpocaldas por auto 294 del 26 de junio de 2015<sup>11</sup> decretó la práctica de pruebas, fijó el término probatorio de treinta días hábiles y decretó visita técnica al predio “San Luis”, cuyo desarrollo se registró en el memorando 500-4992 del 12 de agosto de 2015<sup>12</sup>.
- Corpocaldas mediante Resolución 997 del 2 septiembre de 2015<sup>13</sup>, impuso sanción ambiental al señor Jorge Hernán Toro Mejía, señalando:

*“ARTICULO PRIMERO: Declarar responsable al señor JORGE HERNÁN TORO MEJÍA, identificado con la cédula de ciudadanía número 10.279.018, por la infracción de los artículos 4 y 12 de la Resolución 185 de 2008, 23 del Decreto 17941 de 1996, 2 del Decreto 2107 de 1995 y 28 del Decreto 948 de 1995.*

*ARTÍCULO SEGUNDO: Imponer al señor JORGE HERNÁN TORO MEJÍA, identificado con la cedula de ciudadanía número 10.279.018, la sanción consistente en multa por el valor de (\$6.794.480) SEIS MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS OCHENTA PESOS MONEDA CORRIENTE.*

*PARÁGRAFO: Como sanción accesoria deben imponerse al señor JORGE HERNÁN TORO MEJÍA, las siguientes medidas de restauración y reparación:*

- Registrar los bosques de guadua presentes en el predio.
- Realizar el aislamiento del área del bosque natural que fue intervenida y permitir su regeneración natural”.

- ✓ Frente a la anterior decisión, el señor Jorge Hernán Toro Mejía, el 15 de octubre de 2015<sup>14</sup> interpuso recurso de reposición, el cual fue resultado por medio de la Resolución 1311 del 31 de diciembre de 2015<sup>15</sup>, confirmando la decisión inicial.

### **3.3. Normativa aplicable al Procedimiento Administrativo Sancionatorio Ambiental**

La Ley 1333 de 2009 “Por la cual se establece el procedimiento sancionatorio ambiental y se dictan

---

<sup>10</sup> Pág. 163-168 idem

<sup>11</sup> Pág. 170-175 idem.

<sup>12</sup> Pág. 179-181 idem.

<sup>13</sup> Pág. 190-213 idem.

<sup>14</sup> Pág. 216-226 idem.

<sup>15</sup> Pág. 246-257 AD “01Cuaderno”

*otras disposiciones” dispuso en lo pertinente:*

*“ARTÍCULO 30. PRINCIPIOS RECTORES. Son aplicables al procedimiento sancionatorio ambiental los principios constitucionales y legales que rigen las actuaciones administrativas y los principios ambientales prescritos en el artículo 1o de la Ley 99 de 1993. (Se resalta)*

*ARTÍCULO 18. INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO. El procedimiento sancionatorio se adelantará de oficio, a petición de parte o como consecuencia de haberse impuesto una medida preventiva mediante acto administrativo motivado, que se notificará personalmente conforme a lo dispuesto en el Código Contencioso Administrativo, el cual dispondrá el inicio del procedimiento sancionatorio para verificar los hechos u omisiones constitutivas de infracción a las normas ambientales. En casos de flagrancia o confesión se procederá a recibir descargos.*

*ARTÍCULO 19. NOTIFICACIONES. En las actuaciones sancionatorias ambientales las notificaciones se surtirán en los términos del Código Contencioso Administrativo.*

*ARTÍCULO 24. FORMULACIÓN DE CARGOS. Cuando exista mérito para continuar con la investigación, la autoridad ambiental competente, mediante acto administrativo debidamente motivado, procederá a formular cargos contra el presunto infractor de la normatividad ambiental o causante del daño ambiental. En el pliego de cargos deben estar expresamente consagradas las acciones u omisiones que constituyen la infracción e individualizadas las normas ambientales que se estiman violadas o el daño causado. El acto administrativo que contenga el pliego de cargos deberá ser notificado al presunto infractor en forma personal o mediante edicto”.*

Con la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011 *“Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo” - CPACA*, el procedimiento sancionatorio ambiental establecido por la Ley 1333, aunque no fue derogado en su totalidad, sí sufrió algunas modificaciones en sus etapas. Uno de los cambios que introdujo fue el consagrado en el artículo 47 del CPACA, el cual señaló:

*“ARTÍCULO 47. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO. Los procedimientos administrativos de carácter sancionatorio no regulados por leyes especiales o por el Código Disciplinario Único se sujetarán a las disposiciones de esta Parte Primera del Código. Los preceptos de este Código se aplicarán también en lo no previsto por dichas leyes.*

*Las actuaciones administrativas de naturaleza sancionatoria podrán iniciarse de oficio o por solicitud de cualquier persona. Cuando como resultado de averiguaciones preliminares, la autoridad establezca que existen méritos para adelantar un procedimiento sancionatorio, así lo comunicará al interesado. Concluidas las averiguaciones preliminares, si fuere del caso, formulará cargos mediante acto administrativo en el que señalará, con precisión y claridad, los hechos que lo originan, las personas naturales o jurídicas objeto de la investigación, las disposiciones presuntamente vulneradas y las sanciones o medidas que serían procedentes. Este acto administrativo deberá ser notificado personalmente a los investigados. Contra esta decisión no procede recurso.”. (Se resalta)*

Frente a la aplicación del artículo 47 del CPACA, al procedimiento sancionatorio ambiental, el Consejo de Estado<sup>16</sup> al resolver un recurso de apelación contra el auto que decretó la medida de suspensión provisional de acto administrativo mediante el cual se impuso sanción en proceso sancionatorio ambiental, señaló:

*“En vista de la importancia que para el ejercicio del derecho de defensa revisten los alegatos de conclusión en cualquier tipo de proceso, la CVS no puede pretender que se siga en forma irreflexiva «[...] el principio de legalidad en materia de procedimiento sancionatorio [...]», para dejar de aplicar una disposición legal protectora de garantías integrantes del debido proceso administrativo, como lo son, en este caso «[...] (iv) a que se permita la participación en la actuación desde su inicio hasta su culminación, (v) a que la actuación se adelante por autoridad competente y con el pleno respeto de las formas propias previstas en el ordenamiento jurídico [...] (vii) al ejercicio del derecho de defensa y contradicción (...)»<sup>17</sup>.*

*La Sala resalta que las garantías integrantes del debido proceso administrativo imponen, ante el vacío que existe en la Ley 1333 frente a la etapa de alegatos de conclusión, la aplicación del artículo 47 del CPACA que al tenor indica que «[...] ARTÍCULO 47. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO. Los procedimientos administrativos de carácter sancionatorio no regulados por leyes especiales o por el Código Disciplinario Único se sujetarán a las disposiciones de esta Parte Primera del Código. Los preceptos de este Código se aplicarán también en lo no previsto por dichas leyes [...]», haciendo a su vez aplicable el artículo 48 del CPACA que contempla la etapa de alegatos de conclusión en la siguiente forma: «[...] ARTÍCULO 48. PERÍODO PROBATORIO. Cuando deban practicarse pruebas se señalará un término no mayor a treinta (30) días. Cuando sean*

---

<sup>16</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. M.P. Roberto Augusto Serrato Valdés. Auto del 17 de noviembre de 2017. Radicación: 23001233300020140018801.

<sup>17</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-051 de 2016. Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

*tres (3) o más investigados o se deban practicar en el exterior el término probatorio podrá ser hasta de sesenta (60) días [...] Vencido el período probatorio se dará traslado al investigado por diez (10) días para que presente los alegatos respectivos (...).*

*(...)*

*De otro lado y en relación con la formulación de cargos realizada en el auto 4398 de 3 de abril de 2013, cabe indicar que la CVS lo hizo de la siguiente manera:*

*«[...] ARTÍCULO SEGUNDO: Formular el siguiente cargo a la empresa Reforestadora del Sinú sucursal Colombia, representada legalmente por el señor José Miguel Echeverría Vergara, de acuerdo con las razones expuestas en la parte motiva del presente auto [...] Presuntamente responsable de por haber realizado y/o impartido orden de tala ilegal en un área (sic) de 222 ha sin permiso de aprovechamiento forestal único y de incendio forestal en la Hacienda La Siria, de propiedad de la empresa Reforestadora del Sinú sucursal Colombia, de las cuales unas 100 ha corresponden al área directamente afectada por la conflagración [...] Con las anteriores conductas se vulnera los artículos 55, 56, 57 y 58 del Decreto 1791 de 1791 (sic), la Ley 890 de 2004 [...]»*

*Tal y como lo indicó el Tribunal Administrativo de Córdoba, la aplicación del artículo 47 del CPACA permite proteger las garantías del debido proceso administrativo ante el vacío de la Ley 1333, en particular aquellas referidas a: «[...] (vii) al ejercicio del derecho de defensa y contradicción [...]»<sup>18</sup>, el cual no se encuentra plenamente protegido al no establecerse, con precisión y claridad, las sanciones o medidas que serían procedentes dentro del catálogo previsto en el artículo 40 de la Ley 1333 puesto que, como lo señaló la primera instancia, esto impide al presunto infractor «[...] tener la información suficiente para planificar su defensa jurídica y examinar si puede existir visos de proporcionalidad y razonabilidad en las consideraciones iniciales que hagan la autoridad ambiental (...)». (Se resalta)*

Así las cosas, en virtud de la remisión hecha desde el artículo 47 del CPACA, en los procesos administrativos ambientales de carácter sancionador, debe señalarse, con precisión y claridad, los hechos que lo originan, las personas naturales o jurídicas objeto de la investigación, las disposiciones presuntamente vulneradas y las sanciones o medidas que serían procedentes.

#### **3.4. Garantía del debido proceso en el procedimiento administrativo sancionatorio ambiental**

---

<sup>18</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-051 de 2016. Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Al respecto el Consejo de Estado<sup>19</sup> ha señalado:

*“Sobre el punto es menester señalar que el establecimiento de procedimientos sancionatorios es del resorte del Legislador en atención a lo que dispone el artículo 150 Superior, en consonancia con lo dispuesto en los artículos 6 y 29 de la Carta Política. Siendo ello así, y visto que en materia ambiental, el Congreso de la República estableció un orden de las etapas que deben agotarse siempre que concurren los requisitos para ese efecto, no es procedente que la autoridad administrativa omita ninguno de ellos a su discreción o arbitrio. Ello, por cuanto, además, se trata de actuaciones regladas y de orden público que tienen implícito la garantía de derechos de raigambre constitucional como el debido proceso, el de contradicción y defensa.*

(...)

*En este punto, es menester señalar que esta Corporación ha entendido que el debido proceso administrativo se explica por aquellas garantías que permiten el curso de un trámite previamente establecido, con respeto a los derechos de defensa y contradicción de las partes, y en el que las autoridades estatales se encuentran sujetas al principio de legalidad. Sobre el particular se expresado:*

...

*El debido proceso administrativo debe ceñirse no sólo al ordenamiento jurídico legal sino a los mandatos constitucionales. Se procura asegurar el adecuado ejercicio de la administración pública a través de la expedición de actos administrativos que no resulten arbitrarios ni contrarios a los principios del Estado de derecho. Ello en virtud de que “toda autoridad tiene sus competencias definidas dentro del ordenamiento jurídico y debe ejercer sus funciones con sujeción al principio de legalidad, a fin de que los derechos e intereses de los administrados cuenten con la garantía de defensa necesaria ante eventuales actuaciones abusivas, realizadas por fuera de los mandatos constitucionales, legales o reglamentarios vigentes.*

*En aplicación del principio del debido proceso, los administrados tienen derecho a conocer las actuaciones de la administración, a solicitar y a controvertir las pruebas, a ejercer su derecho de defensa, a discutir los actos administrativos y, en fin, a gozar de todas las garantías establecidas en su beneficio”.*

En similar sentido, se pronunció la Corte Constitucional en la sentencia T-928 de 2010:

*“Refiriéndose específicamente a la naturaleza del derecho al debido proceso administrativo, la jurisprudencia de esta Corporación lo definió como “(...) la regulación jurídica que de*

---

<sup>19</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Oswaldo Giraldo López. 15 de agosto de 2019. Radicación número: 08001-23-31-000-2011-01455-01

*manera previa limita los poderes del Estado y establece las garantías de protección a los derechos de los administrados, de modo que ninguna de las actuaciones de las autoridades públicas dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas siempre a los procedimientos señalados por la ley". Así las cosas, el debido proceso administrativo se convierte en una manifestación del principio de legalidad, conforme al cual toda competencia ejercida por las autoridades públicas debe estar previamente señalada por la ley, como también las funciones que les corresponden y los trámites a seguir antes y después de adoptar una determinada decisión. Por lo tanto, se debe indicar que tal derecho no existe solamente para impugnar una decisión de la Administración, sino que se extiende durante toda la actuación administrativa que se surte para expedirla y posteriormente en el momento de su comunicación e impugnación.*

*Al tener el proceso administrativo una concepción regida por actos independientes pero concatenados con miras a la obtención de un resultado final o acto definitivo que regule situaciones jurídicas concretas, podemos decir que cada acto, ya sea el que desencadena la actuación, los instrumentales o intermedios, el que le pone fin, el que comunica este último y los destinados a resolver los recursos procedentes por la vía gubernativa, deben responder al derecho fundamental del debido proceso. Pero como mediante el procedimiento administrativo se logra el cumplimiento de la función administrativa, el mismo, adicionalmente a las garantías estrictamente procesales que debe contemplar, debe estar presidido por los principios constitucionales que gobiernan la función pública que, como ya se dijo, son los de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (artículo 209 Superior), los cuales deben respetar y acatar irrestrictamente los particulares que ejercen funciones administrativas". (Se resalta).*

En tal contexto, el diseño de los procedimientos de parte del Legislador no sólo obedece al ejercicio de atribuciones propias de rango constitucional, sino a la garantía de interdicción de la arbitrariedad de parte de los órganos de la Administración que deben adelantarlos, máxime si se trata de actuaciones de tipo sancionatorio.

### **3.5. Caso concreto**

Como quedó relatado, Corpocaldas mediante auto 248 del 20 de mayo de 2015<sup>20</sup>, formuló cargo contra el señor Jorge Hernán Toro Mejía, por la presunta infracción de los artículos 4 y 12 de la Resolución 185 de 2008, 23 del Decreto 1791 de 1996, 2 del Decreto 2107 de 1995, 28 del Decreto 948 de 1995 y 204 del Decreto 2811 de 1974.

---

<sup>20</sup> Pág. 155-159 AD "01Cuaderno"

Así, los artículos 4 y 12 de la Resolución 185 del 26 de agosto de 2008 *“Por la cual se reglamenta el manejo y aprovechamiento sostenible de los bosques naturales y las plantaciones protectoras – productoras y protectoras de guadua, cañabrava y bambú y se adoptan los términos de referencia para la elaboración de los respectivos planes de manejo forestar”*<sup>21</sup>, expedida por Corpocaldas, en su tenor literal establecen:

*“ARTÍCULO 4: Obligatoriedad. A partir de la vigencia de la presente reglamentación, todo bosque natural, plantación protectora o productora protectora de guadua, cañabrava o bambú, se inscribirá en el registro que para el efecto lleva la Corporación; para lo cual, es necesario cumplir los siguientes requisitos:*

*a) Presentar solicitud por escrito que contenga como mínimo:*

- Nombre, identificación y dirección domiciliaria del solicitante.*
- Cuando el peticionario sea una persona jurídica, se aportará el certificado de existencia y representación legal y el NIT.*
- Denominación, extensión y localización del predio.*

*b) Acreditar la calidad de propietario del predio, mediante copia del certificado de tradición del inmueble respectivo, con una fecha de expedición no mayor a tres (3) meses; o en su defecto, prueba sumaria que demuestre la calidad de tenedor o poseedor del inmueble. Cuando el solicitante sea arrendatario, el contrato deberá comprender el usufructo del bosque natural o plantación protectora o protectora - productora que se pretende registrar.*

*(...)*

*ARTÍCULO 12: Solicitud de Permisos y Autorizaciones.- El interesado en aprovechar un bosque natural de guadua, cañabrava o bambú, deberá presentar solicitud por escrito que contenga la siguiente información:*

- Nombre del propietario*
- Nombre del predio y lo número del registro del bosque natural*
- Estimativo del valor del proyecto, teniendo en cuenta el valor comercial del producto en su transformación primaria*
- Para el caso de los aprovechamientos únicos, se expresarán las razones que lo justifican y se anexará la propuesta para compensar las especies erradicadas.*
- Autorización para notificar el acto administrativo que otorga o niega el permiso o autorización a persona distinta del propietario, si es del caso”*

El Decreto 1791 del 4 de octubre 1996 *“por medio del cual se establece el régimen de aprovechamiento forestal”*, señala en lo pertinente:

---

<sup>21</sup> Pág. 132-142 Idem.

*“Artículo 23º.- Toda persona natural o jurídica que pretenda realizar aprovechamiento de bosques naturales o productos de la flora silvestre ubicados en terrenos de dominio público o privado deberá presentar, a la Corporación competente, una solicitud que contenga:*

*a) Nombre del solicitante;*

*b) Ubicación del predio, jurisdicción, linderos y superficie;*

*c) Régimen de propiedad del área;*

*Especies, volumen, cantidad o peso aproximado de lo que se pretende aprovechar y uso que se pretende dar a los productos;*

*d) Mapa del área a escala según la extensión del predio. El presente requisito no se exigirá para la solicitud de aprovechamientos forestales domésticos”.*

El Decreto 2107 de 1995 *“por medio del cual se modifica parcialmente el Decreto 948 de 1995 que contiene el Reglamento de Protección y Control de la Calidad del Aire”*, al respecto establece:

*“Artículo 2º. Modifícase el inciso 2 del artículo 30 del Decreto 948 de 1995, de la siguiente manera:*

*“Artículo 30. Quemadas abiertas en áreas rurales. Las quemadas abiertas en áreas rurales que se hagan para la preparación del suelo en actividades agrícolas, el descapote del terreno en actividades mineras, la recolección de cosechas o disposición de rastrojo, estarán controladas y sujetas a las reglas que al efecto establezca el Ministerio del Medio Ambiente”.*

El Decreto 948 de 1995<sup>22</sup>, en relación con la prevención y control de la contaminación atmosférica y la protección de la calidad del aire, señala en el artículo 28: *“Quema de bosque y vegetación protectora. Queda prohibida la quema de bosque natural y de vegetación natural protectora en todo el territorio nacional”.*

El Decreto 2811 de 1974<sup>23</sup> establece en el artículo 24: *“Se entiende por área forestal protectora la zona que debe ser conservada permanentemente con bosques naturales o artificiales, para proteger estos mismos recursos u otros naturales renovables. En el área forestal protectora debe prevalecer el efecto protector y solo se permitirá la obtención de frutos secundarios del bosque.”*

El señor Jorge Hernán Toro Mejía presentó descargos el 17 de junio de 2015<sup>24</sup> ante

---

<sup>22</sup> Por el cual se reglamentan, parcialmente, la Ley 23 de 1973, los artículos 33, 73, 74, 75 y 76 del Decreto - Ley 2811 de 1974; los artículos 41, 42, 43, 44, 45, 48 y 49 de la Ley 9 de 1979; y la Ley 99 de 1993, en relación con la prevención y control de la contaminación atmosférica y la protección de la calidad del aire.

<sup>23</sup> Por el cual se dicta el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente.

<sup>24</sup> Pág. 163-168 AD “01Cuaderno”

Corpocaldas y solicitó la práctica de pruebas; en dicho líbello, frente a los cargos señalados en el auto 248 de 2015 -entre otros aspectos-, manifestó:

*“3. Con relación a los cargos consistente en el artículo 12 de la Resolución 185 de 2012 y el artículo 23 del Decreto 1791 de 1996, solicito respetuosamente, se tenga en cuenta que este se refiere a los interesados en aprovechar un bosque natural de guadua y que en el presente caso en ningún momento se pretendió usar u obtener provecho de un guadua, sino que simplemente se pretendía realizar mantenimiento a un potrero, para lo cual era necesario desorillar el guadua. Téngase en cuenta que se me formulan ambos cargos como si fueran dos conductas diferentes e independientes, razón por la cual considero que la autoridad ambiental solo debería haber formulado cargos por uno de los dos artículos.*

*4. Con relación al cargo consistente en el artículo 2 del Decreto 2107 de 1995, me permito hacer ver que tal disposición no contiene ni una prohibición, ni un procedimiento, es decir, no resulta posible que se me formule un cargo sin haber contrariado prohibición alguna o Inaplicado procedimiento alguno. Entre otras razones porque no se comprende el fundamento para formular tal cargo y eso imposibilita contradicción alguna.*

*5. Con relación al cargo consistente en el artículo 28 del Decreto 948 de 1995, el cual hace referencia a la prohibición de quemar de bosque y vegetación protectora, me permito mencionar que el informe técnico 500-642 es claro en mencionar que no se presentó intervención de las fajas forestales protectoras, y que la quema que se observó no consecuencia de una decisión mía, sino de una actuación caprichosa e imprevisible de una persona encargada de hacer limpieza al potrero.*

*6. Con relación al artículo 204 del Decreto 2811 de 1974, el cual se me formula como cargo, quisiera hacer visible nuevamente que mediante el informe técnico 500-642, específicamente se aclara que “No se observó intervención de las fajas forestales protectoras de las fuentes de agua que transcurren por el predio”. Es decir, se hace aclaración en que tal situación no se presentó.”*

De lo anterior se desprende con claridad que, el señor Toro Mejía dejó ver con sus inconformidades que, no tenía claridad acerca de las conductas concretas por las cuales posiblemente sería sancionado. Ello por cuanto en auto 248 del 20 de mayo de 2015<sup>25</sup>, por medio del cual Corpocaldas formula cargos concretamente señaló:

*“...Formular cargos (...) por la presunta infracción de los artículos 4 y 12 de la Resolución*

---

<sup>25</sup> Pág. 155-159 idem.

*185 de 2008, 23 del Decreto 1791 de 1996, 2 del Decreto 2107 de 1995, 28. del Decreto 948 de 1995 y 204 del Decreto 2811 de 1974”.*

De ahí que, el presunto infractor, cuando refirió en sus descargos, no tenía claridad acerca de si le estaba imputando cargos por infracción al artículo 12 de la Resolución 185 de 2012 y el artículo 23 del Decreto 1791 de 1996 como si fuera solo una conducta típica o bien por separado, es decir por dos presuntas infracciones.

Posteriormente, Corpocaldas por auto 294 del 26 de junio de 2015<sup>26</sup> decretó la práctica de pruebas, fijó el término probatorio de treinta días hábiles y decretó visita técnica al predio “San Luis”, cuyo desarrollo se registró en el memorando 500-4992 del 12 de agosto de 2015<sup>27</sup>. Finalmente, Corpocaldas por medio de la Resolución 997 del 2 de septiembre de 2015<sup>28</sup>, impuso sanción ambiental al señor Jorge Hernán Toro Mejía, al declararlo responsable por *“la infracción de los artículos 4 y 12 de la Resolución 185 de 2008, 23 del Decreto 1791 de 1996, 2 del Decreto 2107 de 1995 y 28 del Decreto 948 de 1995.”*

De acuerdo con lo anterior es claro que, se vulneró el derecho al debido proceso del señor Jorge Hernán Toro Mejía en la medida en que, en el auto 248 del 20 de mayo de 2015, no fue indicada con claridad la acción u omisión que constituía violación de las normas contenidas en la Ley 99 de 1993, en la Ley 165 de 1994 y/o en las demás disposiciones ambientales vigentes, lo anterior según la definición que establece el artículo 5 de la Ley 1333 de 2009.

No bastaba con indicar en la imputación de cargos, las normas presuntamente violadas, sino que lo procedente era adecuar la conducta presuntamente típica del señor Toro en la infracción de las normas medio ambientales que se le atribuían como infringidas, indicando en el cargo imputando, la conducta típica sancionable y la sanciones que recaerían de encontrarse demostrada la comisión de la conducta que se le atribuía al encartado.

De manera que no cabe dubitación alguna el derecho al debido proceso y defensa del disciplinado se vio cercenado por la autoridad medio ambiental, en tanto en la formulación de cargos no se cumplió con el mandato establecido en el artículo 47 del CPACA, que obliga a señalar *“con precisión y claridad, los hechos que lo originan, las personas naturales o jurídicas objeto de la investigación, las disposiciones presuntamente vulneradas y las sanciones o medidas que serían procedentes”*.

---

<sup>26</sup> Pág. 170-175 AD “01Cuaderno”

<sup>27</sup> Pág. 179-181 idem.

<sup>28</sup> Pág. 190-213 AD “01Cuaderno”

La situación descrita permeó en su totalidad el desarrollo del proceso sancionatorio y con ello la Resolución 997 del 2 septiembre de 2015, que impuso sanción ambiental, pues ante la falta de claridad de la imputación de cargos, se obstaculizó el ejercicio del derecho de defensa pues ello impidió al presunto infractor *“tener la información suficiente para planificar su defensa jurídica y examinar si puede existir visos de proporcionalidad y razonabilidad en las consideraciones iniciales que hagan la autoridad ambiental”*<sup>29</sup>.

Sobre la preponderancia en la claridad sobre la formulación de cargos en el proceso disciplinario, aplicable por analogía al asunto de marras, por su naturaleza del ejercicio del *ius puniendi* estatal, la jurisprudencia del Consejo de Estado señaló:

*“El auto de formulación de cargos es una providencia de trámite fundamental para el proceso disciplinario, pues en él se debe fijar de manera clara y concreta la normatividad infringida y la falta disciplinaria que se atribuye, a fin de que el disciplinado pueda ejercer su derecho de defensa.*

(...)

*El proceso disciplinario tiene por objeto garantizar una estricta vigilancia en el cumplimiento de los deberes especiales que se imponen a los servidores públicos y su consecuente responsabilidad. Es por esto que en la formulación de cargos y en los fallos se deben establecer de manera clara y precisa las normas que se conculcaron y la conducta objeto de reproche para poder así imponer la respectiva sanción disciplinaria.*

*De conformidad con los argumentos jurídicos y fácticos enunciados, encuentra la Sala que los actos administrativos acusados están viciados de nulidad, pues no se individualizaron los cargos, las normas que resultaron presuntamente violadas con cada una de las conductas cuestionadas, de tal manera que una imputación general y abstracta como la advertida vulnera el derecho al debido proceso constitucionalmente protegido.”*<sup>30</sup>

Así las cosas, no cabe duda para este Juez Plural que dentro del procedimiento administrativo sancionador ambiental: i) El artículo 47 del CPACA señala que en los aspectos no regulados en las normas especiales deberá aplicarse la Ley 1437 de 2011; ii) En virtud a lo anterior, en la formulación de cargos se debía señalar con precisión y claridad, los hechos que lo originan, las faltas o infracciones que se atribuyen, las disposiciones presuntamente vulneradas y las sanciones o medidas que serían procedentes.

---

<sup>29</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. M.P. Roberto Augusto Serrato Valdés. Auto del 17 de noviembre de 2017. Radicación: 23001233300020140018801.

<sup>30</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia del 12 de mayo de 2014. Radicación número: 68001-23-31-000-2004-01106-01(1277-12)

### **3.6. Conclusión**

Corolario de lo expuesto, encuentra la Sala que la Resolución 997 del 2 septiembre de 2015, por medio de la cual se impuso sanción ambiental al señor Jorge Hernán Toro Mejía y Resolución 1311 del 31 de diciembre de 2015 que confirmó la primera, se encuentran viciadas de nulidad al configurarse la causal establecida en el inciso segundo del artículo 137 del CPACA, estos es por cuanto fueron expedidos en forma irregular, pues no se respetó el debido proceso, toda vez que, en la formulación de cargos, no se establecieron con precisión y claridad, las sanciones o medidas que serían procedentes según lo dispone el artículo 47 del CPACA.

Teniendo en cuenta que se halló probada una de la causal de nulidad aducida por el demandante, suficiente para declarar la nulidad total de los actos demandados, resulta innecesario ahondar en el análisis del problema jurídico subsidiario referente a la nulidad de la tasación de la multa.

### **4. Costas**

Con fundamento en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 365 del Código General del Proceso, a partir del criterio objetivo valorativo que ha sido expuesto por el Consejo de Estado<sup>31</sup> para la imposición de la condena en costas, se torna necesaria la existencia de gastos procesales y actuaciones en que hayan incurrido las partes, para dar lugar a la imposición de dicha condena.

Así las cosas, no se condenará en costas tanto de primera como de segunda instancia, ello teniendo en cuenta que, se accedió de forma parcial a las pretensiones de la parte demandante y por cuanto, se observa que los sujetos no incurrieron en gastos procesales en esta instancia y que las partes no efectuaron intervención ante este Tribunal.

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

### **RESUELVE**

**Primero: Confirmar** la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo de

---

<sup>31</sup> Ver: Sentencia del 7 de febrero de 2019, Rad. 41001-23-33-000-2015-00741-01(2982-17).

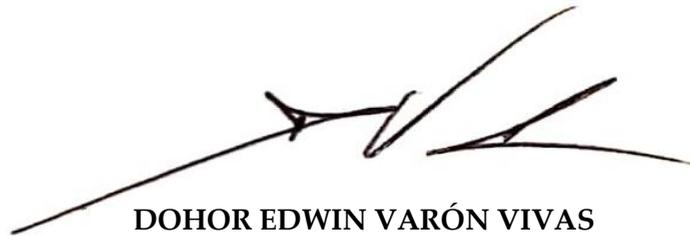
Manizales el 15 de junio de 2021, dentro del proceso que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho formulado por Jorge Hernán Toro Mejía contra el Corpocaldas.

**Segundo: Sin costas** en esta instancia por lo expuesto en precedencia.

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

**NOTIFICAR**

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera Extraordinaria de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 048 de 2022.



**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. 182

Manizales, quince (15) de julio de dos mil veintidós (2022)

Proceso: 17-001-33-33-004-2018-0439-02  
Clase: Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho  
Accionante: Jonatan Alexis Bernal Echeverry  
Accionado: Nación – Ministerio de Defensa - Policía Nacional

Se dicta sentencia de segunda instancia, con ocasión al recurso de apelación interpuesto por el demandante contra el fallo que negó sus pretensiones y lo condenó en costas.

**I. Antecedentes**

**1. Demanda**

**1.1. Pretensiones**

Se solicita en síntesis, se inapliquen por inconstitucionales e inconvenientes las siguientes normas: Art. 28 del Decreto 673 de 2008; Art. 27 del Decreto 737 de 2009; art. 27 del Decreto 1530 de 2010; Art. 27 del Decreto 1050 de 2011; Art. 27 del Decreto 842 de 2012; Art. 27 del Decreto 1017 de 2013; Art. 27 del Decreto 187 de 2014; Art. 27 del Decreto 1028 de 2015; Art. 27 del Decreto 214 de 2016; Art. 27 del Decreto 984 de 2007; Art. 28 del Decreto 324 de 2018.

Que se declare la nulidad de la Resolución S-2017-056314 /ANOPA-GRUNO-1.10 del 22 de diciembre de 2017 y a título de restablecimiento del derecho se condene a la demandada a reconocer y pagar la reliquidación del salario que devenga de la entidad, incluyendo la partida de subsidio familiar, así:

a). En un 30% del salario básico correspondiente a su compañera, Yuri Tatiana Henao Osorio, junto con los intereses e indexación desde el 20 de junio de 2018, fecha de declaración de unión marital de hecho hasta el 12 de junio de 2018, fecha de cesación de efectos civiles de la unión marital de hecho. b). En un 5% del salario básico, porcentaje que corresponde a su primer hijo, Emiliano Bernal Henao, junto con los intereses e indexación desde el 7 de mayo de 2012, fecha de su nacimiento. c) En un 4% del salario básico, porcentaje que corresponde por su segundo hijo, Gabriel Bernal Henao, junto con los intereses e indexación que en derecho corresponda desde el 28 de mayo del año 2016, fecha de nacimiento.

Se señala que, el demandante ingresó a la Policía Nacional en 2008 como alumno, al aprobar el curso ascendió al grado de Patrullero y a partir de allí, inició su vida laboral bajo el régimen denominado "Nivel Ejecutivo". Que estando en el cargo, el demandante hizo unión marital de hecho con la señora Yuri Tatiana Henao Osorio, con quien procreó a los menores Emiliano y Gabriel.

Que, ante las diferencias salariales percibidas en la Policía, radicó solicitud ante la Dirección General de la Policía Nacional propendiendo la reliquidación de su salario mensual con la inclusión de la prima de subsidio familiar, en los mismos porcentajes que se les reconoce al resto de uniformados. Que la petición se resolvió de manera desfavorable mediante la Resolución S-2017-056314/ANOPA GRUNO-1- 10 del 22 de diciembre de 2017.

### **1.3. Normas violadas y concepto de violación**

Hizo referencia al marco normativo que estableció el subsidio familiar, su finalidad, los titulares y su la inclusión del mismo en el régimen de carrera de la Policía Nacional.

Señaló que, por la forma como se aplica el reconocimiento del subsidio familiar, el derecho a la igualdad del demandante se ha vulnerado, así como el derecho nacional e internacional a la protección y no discriminación del menor colombiano y se transgrede el principio de progresividad.

### **2. Contestación de la demanda**

**La Nación – Ministerio de Defensa - Policía Nacional** se opuso a las pretensiones de la parte demandante toda vez que, este se vinculó a la entidad como patrullero el cual ha estado regido desde la fecha de su creación por el Decreto 1091 de 1995, por lo que el reconocimiento y pago del subsidio familiar se realiza conforme a lo previsto por los arts. 16 y 17 de la citada normativa. Que el Consejo de Estado ha sido enfático en señalar que en materia prestacional impera el principio de inescindibilidad normativa, agregando que no se viola el derecho a la igualdad.

### **3. Fallo de primera instancia**

El *a quo* **negó las pretensiones** del demandante y condenó en costas. Para ello, tras hacer un recuento normativo sobre el subsidio familiar concluyó que, no le asiste derecho al demandante a que se le inapliquen las normas que invoca, para que de esta forma se le reconozca el subsidio familiar a su compañera permanente y sus hijos en los porcentajes del 30%, 5% y 4%, respectivamente, bajo normas aplicables para el régimen de Agentes (Decreto 1213 de 1990), como quiera que desde su ingreso a la Institución hizo parte del Nivel Ejecutivo, régimen que se le debe aplicar en toda su integridad y que reconoce la partida del subsidio familiar para los hijos, entre otros.

Que como se percibe en el desprendible de pago de marzo de 2018, el demandante recibió por este concepto la suma de \$62.638 para su dos hijos, que corresponde al valor del subsidio familiar fijado en el artículo 288 del Decreto 324 de 2018.

En cuanto a la condena en costas señaló que, estas se han causado, por lo menos en lo

concurrió al proceso a través de apoderado judicial, por lo que lo condenó a su pago por la parte demandante y a favor de la parte demandada, incluyendo en la liquidación el valor de \$1.293.193, equivalente al 7% de la cuantía de lo pedido, por concepto de agencias en derecho, de conformidad con el Acuerdo PSAA16-10554 agosto 5 de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

#### **4. Recurso de apelación.**

**La parte accionante** solicitó revocar la sentencia en lo que se refiere a la condena en costas, para ello señaló que, las mismas se impusieron bajo una esfera jurídica que no corresponde, por cuanto, en la estructura de las pretensiones, no se solicitó la condena en costas, *“esto por cuanto no se está anexando prueba siquiera sumaria sobre el acarreo de las mismas”*. Que no actuó con temeridad, sino ajustado a lo ordenado en la ley y en procura del reconocimiento de sus derechos vulnerados.

## **II. Consideraciones**

### **1. Problema jurídico**

*¿Fue adecuada la imposición de condena en costas en primera instancia a cargo de la parte demandante?*

### **2. Tesis del tribunal**

Fue adecuada la imposición de condena en primera instancia a cargo de la parte demandante por cuanto el *a quo* aplicó el criterio objetivo valorativo.

Al respecto la Sala precisa que, si bien el artículo 366 del CGP en su numeral 5° establece la procedencia del recurso de apelación contra el auto que aprueba la liquidación de las costas procesales; dicha disposición no resulta aplicable para el caso bajo estudio, toda vez, que en esta ocasión aún no existe auto que apruebe la liquidación de costas; es más, lo que se discute no es su liquidación, sino la condena en sí, la cual, al ser objeto de decisión en la sentencia de primera instancia, resulta apelable de conformidad con el inciso primero del artículo 243 del CPACA. En tal sentido, la Sala estima procedente abordar la discusión planteada.

Así las cosas, la Corte Constitucional<sup>1</sup> ha explicado que las costas, esto es, *“aquella erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial”*, están conformadas por dos rubros distintos: las expensas y las agencias en derecho.

Las primeras corresponden a los gastos surgidos con ocasión del proceso y necesarios para su desarrollo, pero distintos al pago de apoderados, así, de conformidad con el Capítulo II del Título I -Costas- del CGP, las expensas están conformadas por aranceles judiciales, honorarios de auxiliares de la justicia, entre otros, es decir, en términos generales a todos los gastos surgidos para dar el curso procesal ordinario requerido por el proceso judicial.

Por su parte, prosigue el citado pronunciamiento jurisprudencial constitucional advirtiendo que *“las agencias en derecho no son otra cosa que la compensación por los gastos de apoderamiento en que incurrió la parte vencedora, aun cuando pueden fijarse sin que necesariamente hubiere mediado la intervención directa de un profesional del derecho”*.

El artículo 188 del CPACA dispone:

*“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.*

*<Inciso adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal.*

En atención a la remisión expresa del artículo referido, se tiene entonces que el Código General del Proceso en su artículo 365 establece:

**“ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS.** *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

1. *Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.*

*Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.*

2. *La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.*

3. *En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.*

4. *Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.*

5. *En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.*

6. *Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.*

7. *Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.*

8. *Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.*

9. *Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción.”*

En este punto se considera necesario destacar que, el Consejo de Estado mediante providencia de 7 de abril de 2016<sup>2</sup> advirtió sobre la variación de la postura que se venía

aplicando respecto de las condenas en costas y agencias en derecho, basada en la modificación introducida por el CPACA y que encuentra sustento en el CGP puesto que la normatividad anterior, Decreto 01 de 1984 consagraba originalmente en su artículo 171, un criterio subjetivo de valoración, en el cual se atendía exclusivamente a caracteres como la temeridad o mala fe, para proferir condenas en costas y agencias en derecho, en síntesis, advirtió el establecimiento de un nuevo criterio objetivo en lo que respecta a la imposición de costas procesales.

Ahora bien, con respecto al referido cambio de criterio para la imposición de costas procesales el Consejo de Estado ha desarrollado una línea jurisprudencial pacífica, en el sentido de advertir que, si bien el fundamento la imposición de costas ha variado a razones de índole meramente objetivo, es necesario que en los términos del precitado numeral 8º del artículo 365 del CGP se comprueba para su imposición que *“en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”*. En efecto, la aludida corporación<sup>3</sup> ha señalado:

*“[E]sta Subsección..., varió aquella posición y acogió el criterio objetivo para la imposición de costas (incluidas las agencias en derecho) al concluir que no se debe evaluar la conducta de las partes (temeridad o mala fe), sino los aspectos objetivos respecto de la causación de las costas, tal como lo prevé el Código General del Proceso, con el fin de darle plena aplicación a su artículo 365. En dicha oportunidad concluyó lo siguiente:*

*a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio “subjetivo” —CCA— a uno “objetivo valorativo” —CPACA.*

*b) Se concluye que es “objetivo” porque en toda sentencia se “dispondrá” sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.*

*c) Sin embargo, se le califica de “valorativo” porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.*

*d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).*

*e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.*

*f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.*

*g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.*

*Por lo anterior, se colige que la condena en costas implica una valoración objetiva valorativa que excluye como criterio de decisión la mala fe o la temeridad de las partes. En efecto, el artículo 188 del CPACA, regula que tratándose de costas en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en la sentencia el juez tiene la obligación de pronunciarse sobre dicho aspecto, con excepción de los asuntos en los que se ventile un interés público.”*

Cabe resaltar además que, la reforma introducida por la Ley 2080 de 25 de enero de 2021 en su artículo 188 adicionó una regla o criterio para la imposición de condena en costas, consistente en que, en aquellos casos en que se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas; sin que se pueda afirmar que hace inaplicable las demás reglas señaladas en Ley 1437 de 2011 y el 365 del CGP (Código General del Proceso).

Por lo tanto, en el presente asunto, si bien no puede afirmarse que la demanda fue presentada con temeridad, mala fe o manifiesta carencia de fundamento legal, era procedente el análisis de las demás reglas de imposición de condena en costas.

Así, aunque el criterio para condenar en costas sea objetivo, este también debe ser valorativo, lo que impone al operador judicial el deber de precisar los motivos por los cuales considera que procede la condena en costas, es decir, por qué aduce que se causaron las mismas. Análisis que fue realizado en la providencia de primera instancia, en la que se tuvo en cuenta que, la parte demandada actuó a través de apoderado judicial.

Dicha actuación en efecto se encuentra acreditada teniendo en cuenta, el escrito de contestación de la demanda y los alegatos de conclusión que fueron presentados por la entidad demandada a través de apoderado judicial, actuaciones en las que se expusieron los argumentos defensivos de la entidad y que fueron acogidos por el *a quo*.

De acuerdo al análisis precedente, a la redacción del artículo 188 de la ley 1437 de 2011, y al atender y acoger el criterio objetivo valorativo, se confirmará la condena en costas impuestas a la parte demandante en primera instancia.

#### **4. Costas en esta instancia.**

No se condenará en costas de conformidad con el artículo 365 del CGP, toda vez que no se encuentra acreditada su causación 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 de Colombia y por autoridad de la Ley,

**FALLA**

**PRIMERO: Se confirma** la sentencia del 31 de marzo de 2022 proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento

17-001-33-33-004-2018-0439-02 Nulidad y Restablecimiento del Derecho

del derecho promovido por Jonatan Alexis Bernal Echeverry contra la Nación –  
Ministerio de Defensa - Policía Nacional.

**SEGUNDO: Sin condena en costas** en esta instancia.

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

**NOTIFICAR**

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera Extraordinaria de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 048 de 2022.



**DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS**  
Magistrado Ponente



**AUGUSTO MORALES VALENCIA**  
Magistrado



**AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN**  
Magistrado

17-001-23-00-000-2019-00262-00

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª UNITARIA ORAL DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, quince (15) de julio de dos mil veintidós (2022)

A.I. 258

Con fundamento en los artículos 243 inciso 1° y 247 numerales 1 y 2 de la Ley 1437/11 (modificados, en su orden, por los artículos 62 y 67 de la Ley 2080/21), por su oportunidad y procedencia, **CONCÉDESE** en el efecto suspensivo el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia con la cual esta corporación negó las pretensiones de la parte actora, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por la señora **AMPARO DE JESÚS MORALES AGUIRRE** contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM**.

En firme esta providencia, **REMÍTASE** el expediente al H. Consejo de Estado para que allí se provea lo de ley.

**NOTIFÍQUESE**



**AUGUSTO MORALES VALENCIA**

**Magistrado**

17-001-23-00-000-2019-00339-00

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª UNITARIA ORAL DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, quince (15) de julio de dos mil veintidós (2022)

A.I. 257

Con fundamento en los artículos 243 inciso 1° y 247 numerales 1 y 2 de la Ley 1437/11 (modificados, en su orden, por los artículos 62 y 67 de la Ley 2080/21), por su oportunidad y procedencia, **CONCÉDESE** en el efecto suspensivo el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia con la cual esta corporación negó las pretensiones de la parte actora, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por el señor **JULIÁN GIRALDO PATIÑO** contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM**.

En firme esta providencia, **REMÍTASE** el expediente al H. Consejo de Estado para que allí se provea lo de ley.

**NOTIFÍQUESE**



**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. 048

Manizales, quince (15) de dos mil veintidós (2022).

**Radicado:** 17-001-33-39-006-2019-00505-02  
**Naturaleza:** Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
**Demandante:** Claudia María Marín Cárdenas  
**Demandado:** Nación - Ministerio de Educación – Fomag, municipio de  
Salamina - Caldas

Se dicta sentencia de segunda instancia con ocasión al recurso de apelación interpuesto por la demandante contra el fallo que negó sus pretensiones.

## I. Antecedentes

### 1. Demanda

#### 1.1. Pretensiones

Se solicita se declare la nulidad del Oficio expedido el 24 de mayo de 2019 por el municipio de Salamina y el Oficio PS-0790 del 11 de abril de 2019 proferido por Fondo Prestacional del Magisterio. Que a título de restablecimiento del derecho se ordene a las demandadas le reconozca y pague las cesantías anualizadas que le adeudan, causadas en 1993, 1994, 1995 y las que han ocasionado el incumplimiento de la consignación anualizada de las cesantías; así como la sanción moratoria consagrada en la Ley 344 de 1996 reglamentada por el Decreto 1582 del 1998, que surge desde la omisión de la consignación de las cesantías causadas en los referidos años, con permanencia en el tiempo hasta cuando se efectuó el pago correspondiente, que se actualicen los valores debidos, con base en el índice de precios al consumidor y con los intereses respectivos.

#### 1.2. Hechos

Se relata que, la demandante labora en el municipio de Salamina “desde 1993, 1994, 1995” (sic) y a la fecha presta los servicios a esa entidad; que esta no consignó dentro del plazo legal, las cesantías de los referidos años, es decir a más tardar el 14 de febrero del año siguiente de su causación. Que con ocasión a este incumplimiento, el municipio está llamada a reconocer y pagar el equivalente a un día de salario por cada día de mora.

Que el 5 de abril de 2019 y el 8 de abril de 2019 presentó reclamación ante el Fomag y la entidad territorial respectivamente tendiente al reconocimiento y pago de las cesantías no consignadas causadas en los referidos años y la sanción derivada del incumplimiento de la consignación anualizada de las cesantías, en el respectivo fondo. Que en el último reporte del Fomag no aparece reconocidas las cesantías.

### **1.3. Normas violadas y concepto de la violación**

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

Sostuvo que de conformidad con las referidas disposiciones, los docentes tienen derecho a que se les reconozca la sanción moratoria consagrada en la Ley 1071 de 2006, que deben ser interpretadas en el entendido que entre la solicitud de cesantías y su reconocimiento y pago no debe superarse el término de 70 días y que el Ministerio de Educación ha venido cancelando las cesantías por fuera del término referido, circunstancia que genera una sanción a cargo de esta entidad, equivalente a un (1) día de salario del docente por cada día de retardo, que se contabiliza a partir del día siguiente al vencimiento de los 70 días hábiles, contados desde el momento en que se radicó la solicitud de la cesantía ante la demandada, y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

## **2. Contestación de la demanda**

**2.1. El municipio de Salamina** se opuso a las pretensiones de la demandante y en cuanto a los hechos señaló que no le constaban o que no eran ciertos. Planteó las excepciones:

*“FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”* basada en que, el Fomag es la entidad en la que recae la obligación de reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados de conformidad con el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y artículos 5 de la Ley 91 de 1989.

*“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY”* para lo cual hizo referencia al régimen de cesantías de los docentes, para concluir que, el Fomag es la entidad encargada de reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes oficiales, como es el caso de la demandante.

*“VALORACIÓN EXCESIVA DE LA CUANTÍA”* para lo cual señaló que, se evidencia una temeridad del accionante al pretender unas sumas de dinero que carecen de fundamento fáctico, en virtud de lo consagrado por el numeral 6 del artículo 162 del CPACA, el cual consagra los requisitos con los que debe contar toda demanda.

*“BUENA FE”* basado en el artículo 83 de la Constitución, pues considera que la entidad siempre se ha encargado que sus actuaciones estén precedidas de dicho principio.

*“CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL”*: para lo cual hizo una descripción genérica de la figura, sin efectuar ninguna manifestación concreta sobre los extremos temporales o razones

para su configuración. Esta fue resuelta negativamente en la etapa inicial.

*“PRESCRIPCIÓN”*: teniendo en cuenta que han transcurrido más de 3 años desde la fecha de causación de las cesantías deprecadas.

**2.2. La Nación – Ministerio de Educación - Fomag** se opuso a las pretensiones de la demandante, para lo cual señaló que, no le asiste el derecho a reclamar el pago de la sanción moratoria sobre las cesantías no consignadas en los años 1993, 1994 y 1995 teniendo en cuenta que, para ese momento no se encontraba afiliada al Fomag, y que el mero hecho de haber sido nombrada mediante decreto proferido por el Alcalde de Salamina no le daba la calidad de docente territorial del Fomag. Propuso las excepciones que denominó:

*“INEPTITUD SUSTANCIAL DE LA DEMANDA AL ATACAR EL OFICIO PS0790 DEL 11 DE ABRIL DE 2019 EL CUÁL ES UN ACTO ADMINISTRATIVO DE TRÁMITE Y NO DEFINITIVO, QUE NO PUEDE SER SUJETO DE CONTROL JUDICIAL EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO”*, basada en que, el acto administrativo atacado no cumple con el requisito previsto en los artículos 43, 74 y 87 de la ley 1437 de 2011, dado que este no tiene el carácter de definitivo, ni decide de forma directa o indirecta el fondo del asunto, es un simple acto de trámite.

*“INEPTITUD SUSTANCIAL DE LA DEMANDA POR FALTA DE LEGITIMACIÓN POR PASIVA DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO”*, reiterando que, la docente demandante fue nombrada mediante Decreto 017 del 8 de septiembre de 1993 proferido por el Alcalde de Salamina, derivado de un convenio interadministrativo suscrito entre el municipio y la Fiduciaria Popular S.A. Sin embargo, revisada la base de datos del Fomag se evidencia que la demandante fue afiliada al Fondo desde el 8 de febrero de 1999, por lo tanto, se debe aplicar lo reglado en el Decreto 196 de 1995 por lo que corresponde al municipio o departamento según fuera el caso, el pago y giro de los recursos derivados de las prestaciones sociales para este tipo de docentes.

*“COBRO DE LO NO DEBIDO”* En consideración a que la entidad no era la competente para pagar las prestaciones económicas derivadas de la prestación del servicio de la demandante, tampoco está llamada a pagar la sanción moratoria que pudiera haberse generado en los periodos 1993, 1994 y 1995, teniendo en cuenta que para dicha época tal obligación se encontraba a cargo del municipio nominador.

*“PRESCRIPCIÓN”*, basada en que, la sanción moratoria prescribe dentro de los 3 años siguientes a su causación para el reclamo o solicitud de cada anualidad.

### **3. Fallo de primera instancia**

El *a quo* declaró fundada la excepción de *“prescripción”* formulada por las demandadas y declaró que no había lugar al restablecimiento del derecho.

Para ello señaló que, las entidades demandadas no acreditaron que las cesantías hubieran sido consignadas dentro del término previsto por la Ley 50 de 1990, esto es, antes del 15 de febrero siguiente a cada período de liquidación anual, razón por la cual, en principio, le

asistiría derecho a solicitar la sanción moratoria que ahora pretende por los años 1993, 1994 y 1995. Sin embargo, la interesada disponía de tres años contados a partir del 15 de febrero siguiente a cada anualidad de liquidación para reclamar la correspondiente sanción moratoria, so pena de su extinción.

Que la petición de la sanción por mora respecto de las cesantías causadas entre 1993 y 1995, debía ser presentada, a más tardar, en su orden, los días 15 de febrero de 1997, 1998, y 1999, plazos individuales que fueron ampliamente superados, comoquiera que formuló las solicitudes de reconocimiento de la penalidad solo hasta el 5 de abril de 2019.

#### **4. Recurso de apelación**

**La parte accionante** solicitó revocar la sentencia y en su lugar acceder a sus pretensiones. Para ello señaló que, las cesantías son un derecho de orden público, irrenunciables e imprescriptibles y deben ser reconocidas y pagadas por el empleador en las oportunidades que la ley consagra, pues constituyen un ahorro a favor del docente.

Luego de hacer referencia a las disposiciones normativas que regulan los regímenes de liquidación de las cesantías de los servidores públicos, y su aplicación a los docentes, precisó que, para el caso que ocupa la atención, se solicita la sanción por no consignación oportuna de cesantías bajo el sistema anualizado, en este orden de ideas y teniendo en cuenta que las entidades demandadas incumplieron con sus obligaciones, al no consignar el auxilio de cesantías en los plazos legalmente fijados en las anualidades 1993, 1994 y 1995, se observa que a partir del 15 de febrero de 1994, se causó el derecho al pago de la sanción moratoria regulada en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, aplicable a los empleados del régimen anualizado por disposición del artículo 1 del Decreto 1582 de 1998, así como la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, que en virtud de los principios que rigen las relaciones laborales, proteccionistas del trabajador.

## **II. Consideraciones**

### **1. Problema jurídico**

De acuerdo con la sentencia y el recurso de apelación formulado, se circunscribe en establecer: *¿se adeuda a la demandante las cesantías anualizadas causadas entre 1993 y 1995 y la sanción moratoria por la inoportuna consignación de estas cesantías y o su derecho se encuentra prescrito?*

### **2. Tesis del Tribunal**

La demandante en su condición de docente tiene derecho al reconocimiento de las cesantías anualizadas causadas entre 1993 y 1995, las cuales no se encuentran prescritas; sin embargo, no es procedente la orden de pago directo de las mismas a la demandante.

Además, la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la inoportuna consignación de sus cesantías **anualizadas**, sin embargo, este derecho se encuentra prescrito, por cuanto la accionante dejó transcurrir un lapso superior a 3 años sin

hacer la reclamación administrativa de la sanción moratoria, contados desde el día siguiente al vencimiento del término con que la entidad contaba para realizar el pago -15 de febrero del año siguiente al de la causación del auxilio.

Para fundamentar lo anterior, se hará referencia: (i) al marco normativo sobre el sistema de liquidación de cesantías; (ii) los hechos acreditados y (iii) el análisis del caso.

### 3. Marco normativo

La Ley 6 de 1945 «*por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo*», en el artículo 12, literal f), estableció, a favor de los trabajadores oficiales, el derecho al auxilio de cesantías a razón de un mes de sueldo por cada año de servicio y, proporcionalmente, por fracciones de año, y el artículo 17, literal a), *ibidem*, consagró que ese auxilio se reconocería a todos los empleados y obreros nacionales de carácter permanente.

El Decreto 1160 de 1947 «*sobre auxilio de cesantías*», en su artículo 6, señaló que para liquidar las cesantías se toma como base el último sueldo o jornal, salvo que hubiera sufrido modificaciones en los 3 últimos meses, caso en el cual se toma el promedio de lo devengado en los últimos 12 meses o en todo el tiempo servido, si fuere menor a ese lapso.

Ahora bien, el Decreto 3118 de 1968 creó el Fondo Nacional de Ahorro, y dentro de los objetivos que estableció para la administración de sus recursos, fijó los siguientes: «*pagar oportunamente el auxilio de cesantía a empleados públicos y trabajadores oficiales*»<sup>1</sup>, y «*proteger dicho auxilio contra depreciación monetaria*»<sup>2</sup>; con tales finalidades, el artículo 3 *ibidem* determinó que, las cesantías de los empleados públicos y trabajadores oficiales al servicio de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos y Empresas Industriales y Comerciales del Estado debían ser liquidadas y entregadas al Fondo; asimismo, en su artículo 22 ordenó a la Caja Nacional de Previsión Social realizar, con corte a 31 de diciembre de 1968, la liquidación de cesantías de los empleados públicos y trabajadores oficiales afiliados a ella.

Con lo previsto en los artículos 27, 28 y 33 *ibidem* empezó el llamado «*desmante del régimen de retroactividad de cesantías*», pues se dispuso la liquidación anual de esta prestación para los empleados y trabajadores de las entidades aludidas y la liquidación definitiva por la porción de tiempo laborada durante el año del retiro, así como el reconocimiento de intereses anuales del 9%, a ser liquidados el 31 de diciembre de cada año, sobre el saldo que figure a favor de cada empleado.

El Decreto 432 de 1998 «*por el cual se reorganiza el Fondo Nacional de Ahorro, se transforma su naturaleza jurídica y se dictan otras disposiciones*», mantuvo el objetivo de administrar, de manera eficiente, las cesantías<sup>3</sup>, y, dentro de sus funciones, las de recaudo y pago de ese auxilio a los afiliados, al igual que la protección contra la pérdida de su valor adquisitivo<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Artículo 2 literal a) del Decreto 3118 de 1968.

<sup>2</sup> Artículo 2 literal b) del Decreto 3118 de 1968.

<sup>3</sup> Artículo 2 del Decreto 432 de 1998.

<sup>4</sup> Artículo 3, literales a), b) y c) del Decreto 432 de 1998.

Además, en los artículos 6 y 7 *ibidem*, fijó un monto por concepto de intereses, con el propósito de evitar la pérdida del poder adquisitivo del auxilio de cesantías depositado, y un porcentaje a título de intereses sobre las cesantías.

Por su parte, la Ley 344 de 1996 “*Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones*”, dio un paso adicional encaminado a generalizar el sistema de liquidación anual del auxilio de cesantías para los servidores públicos, al consagrar lo siguiente:

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

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

*b) Les serán aplicables las demás normas legales vigentes sobre cesantías, correspondientes al órgano o entidad al cual se vinculen que no sean contrarias a lo dispuesto en el literal a) del presente artículo...”.* (negrilla de la Sala).

La norma vigente a la fecha de expedición de la ley citada, que estableció el régimen anual de cesantías, era la Ley 50 de 1990, en cuyo artículo 99 consagró:

**“Artículo 99.- El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:**

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

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

*3. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo.*

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

El Decreto 1582 de 1998 “*por el cual se reglamentó los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5 de la Ley 432 de 1998...*”, precisó que la norma a la que se debía remitir a efecto de la liquidación anual del auxilio de cesantías de quienes se afilien a fondos privados es la Ley 50 de 1990, en sus artículos 99, 102 y 104, y para liquidar las cesantías de los afiliados al Fondo Nacional de Ahorro, es la Ley 432 de 1998, artículo 5 y siguientes.

No obstante, para aquellos empleados que venían con una vinculación anterior al 31 de diciembre de 1996, cuando entró a regir la citada Ley 344 de 1996, se les continuaría

respetando el régimen de liquidación del auxilio de cesantías consagrado en normas anteriores<sup>5</sup>.

En todo caso, se abrió la posibilidad de que tales servidores públicos<sup>6</sup> se acogieran al régimen anualizado de liquidación de cesantías y para este efecto debían proceder en la forma descrita en el artículo 3 del Decreto 1582 de 1998, que es la siguiente:

*“Artículo 3º.- En el caso de servidores públicos vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, con régimen de retroactividad, que decidan acogerse al régimen de cesantía de dicha ley, se procederá de la siguiente forma:*

- a) La entidad pública realizará la liquidación definitiva de las cesantías a la fecha de la solicitud de traslado;*
- b) La entidad pública entregará el valor de la liquidación a la administradora seleccionada por el trabajador;*
- c) En lugar de entregar dicha suma de dinero, las entidades territoriales podrán emitir a favor de cada uno de los servidores públicos que se acojan a este régimen, un título de deuda pública por el valor de la liquidación de las cesantías, con las características que se señalan más adelante, previo el cumplimiento de los trámites legales necesarios para su expedición”. (Se resalta).*

Además, a aquellos servidores cobijados por el régimen de liquidación retroactiva de cesantías se les continúa respetando este, por virtud de lo dispuesto en los artículos 2<sup>7</sup> del Decreto 1252 de 2000 y 3<sup>8</sup> del Decreto 1919 de 2002.

Es preciso señalar que la Ley 1071 de 2006, “por la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995...”, en torno al pago de las cesantías de los servidores públicos, señaló:

*“Artículo 4º. Términos. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.*

*Parágrafo. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informársele al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes.*

*Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.*

*Artículo 5º. Mora en el pago. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que*

---

<sup>5</sup> Es decir, el sistema de liquidación retroactiva, consagrado en Ley 6 de 1945, el Decreto 2767 de 1945, la Ley 65 de 1946 y el Decreto 1160 de 1947.

<sup>6</sup> Aquellos que tuviera vinculación laboral anterior a la entrada en vigor de la Ley 344 de 1996.

<sup>7</sup> «Artículo 2.- Los servidores públicos que a 25 de mayo de 2000, disfrutaban del régimen de cesantías retroactivas continuarán en dicho régimen hasta la terminación de la vinculación laboral en el organismo o entidad en la que se aplica dicha modalidad prestacional.»

<sup>8</sup> «Artículo 3.- Los empleados públicos a quienes se les esté aplicando el régimen de retroactividad de cesantías continuarán disfrutando del mismo, en los términos previstos en la Ley 344 de 1996 y el Decreto 1252 de 2000.»

*ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.*

**Parágrafo.** *En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales 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. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este”.*

Ahora bien, **en lo que respecta al personal docente**, el artículo 3 de la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como *“una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital”* que estaría a cargo del pago de las prestaciones sociales<sup>9</sup> que se causaran a favor del personal docente **nacional y nacionalizado**, a partir de la promulgación de esa ley.

La aludida ley, en su artículo 1 numeral 3 precisó que, los docentes territoriales son aquellos *“vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1 de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975”* y en el artículo 2 *ibidem* estableció lo relativo al reconocimiento de sus prestaciones, así:

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

...

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

En lo que tiene que ver con las cesantías, su reconocimiento se estableció en el artículo 15 *ibidem*, en los siguientes términos:

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

**B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías**

---

<sup>9</sup> De acuerdo con el artículo 5, numeral 1, de la Ley 91 de 1989.

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

Ahora bien, la Ley 812 de 2003, "por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006...", en su artículo 81 estableció que, el régimen prestacional de "los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley".

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

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

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

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

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

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

Tal cálculo será elaborado, con cargo a los recursos del Fondo, por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo de sus recursos y la respectiva entidad territorial de

conformidad con los parámetros que señale el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para el efecto.

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

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

#### 4. Hechos probados

De conformidad con las pruebas que obran en el expediente, se puede establecer que:

-. El 9 de septiembre de 1993, la demandante tomó posesión del cargo de docente de básica primaria en la Escuela Rural Nacionalizada “Amoladora Chiquita”, para el cual fue nombrada en propiedad mediante Decreto 017 de 3 de septiembre de 1993 expedido por la Alcaldía de Salamina - Caldas<sup>10</sup>.

-. De acuerdo a la Certificación emitida por la Fiduprevisora - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el 21 de agosto de 2021, la Secretaría de Educación en calidad de ente nominador, reportó la afiliación de la demandante, el 15 de mayo de 1996.

Mediante Resolución 5843-6 del 09 de julio de 2018 la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en nombre y representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconoció a la demandante una liquidación de cesantías<sup>11</sup> por los servicios prestados como “*docente con régimen de cesantías MUNICIPAL FINANCIADO Institución Educativa SARA OSPINA GRISALES del municipio de SALAMINA*”; en ella se señala que, prestó sus servicios en forma continua durante 24 años, 3 meses, 22 días, entre 1993/9/9 hasta 2017/12/30 y que se le han realizado los siguientes reportes de cesantías:

Año 1.996	261.786
Año 1.997	382.772
Año 1.998	739.295
Año 1.999	1.300.201
Año 2.000	1.420.210
Año 2.001	1.701.417

<sup>10</sup> Fls. 67-68 Archivo: 001Demanda.pdf

<sup>11</sup> Fls. 69-70 Archivo: 001Demanda.pdf

Año 2.002	1.784.447
Año 2.003	1.883.211
Año 2.004	1.974.547
Año 2.005	2.176.151
Año 2.006	2.187.309
Año 2.007	2.046.267
Año 2.008	2.396.586
Año 2.009	2.601.087
Año 2.010	2.653.109
Año 2.011	2.737.213
Año 2.012	2.866.091
Año 2.013	2.972.943
Año 2.014	3.195.008
Año 2.015	3.432.146
Año 2.016	3.741.288
Año 2.017	4.073.704
VALOR TOTAL CESANTÍA LIQUIDADAS	\$48.526.788

En ella se precisa además que, mediante Resolución 2865 del 6 de enero de 2011 fueron canceladas unas cesantías parciales por valor de \$18.000.000, “los cuales se deben descontar de la presente liquidación”, por lo que “la suma a pagar en la presente resolución, por concepto de cesantías parciales, es de \$30.526.788”.

-. La demandante el 5 de abril de 2019<sup>12</sup> y el 8 de abril de 2019<sup>13</sup> presentó reclamación ante el Fomag y la entidad territorial respectivamente, tendiente al reconocimiento y pago de las cesantías no consignadas causadas en 1993, 1994 y 1995, y el pago de la sanción moratoria por la no consignación de las mismas.

-. El municipio de Salamina mediante oficio de 24 de mayo de 2019<sup>14</sup> señaló que, no es responsable de esta situación, dado que las obligaciones de cesantías de dicha época están a cargo de la Fiduciaria Popular S.A., teniendo en cuenta que, fueron ellos quienes asumieron las obligaciones de los maestros de plazas municipales y departamentales.

-. La Fiduprevisora en calidad de vocera y administradora del Fomag mediante Oficio del 17 de mayo de 2019 señaló que, verificado el histórico de pagos se estableció que las cesantías de 1993 a 1995 fueron reconocidas y pagadas a favor de la educadora mediante acto administrativo 2865 del 01 de junio de 2011, por lo que no hay lugar a nuevos reconocimientos por esos periodos ni a las sanciones que reclama. Que la cesantía parcial ordenada mediante acto administrativo 5843-6 del 09 de julio de 2018 se pagó de acuerdo con lo señalado en el acto administrativo de reconocimiento, por lo tanto, cualquier inquietud sobre la liquidación de la prestación se debió hacer a través de los recursos de ley, una vez el educador se notificó de la resolución.

<sup>12</sup> Fls. 55-59 Archivo: 001Demanda.pdf

<sup>13</sup> Fls. 47-52 Archivo: 001Demanda.pdf

<sup>14</sup> Fls. 61-62 Archivo: 001Demanda.pdf

## **5. Análisis sustancial del caso concreto**

La demandante reclama el pago de las cesantías anualizadas de 1993, 1994 y 1995 y la sanción por mora por la no consignación oportuna de estas cesantías<sup>15</sup>; de manera que, el análisis se circunscribirá a determinar si dichas cesantías fueron efectivamente consignadas o canceladas a la demandante, y si esta tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora en la consignación de esas cesantías.

### **5.1. En cuanto a la consignación o pago de dichas cesantías**

Al respecto, obra el reporte de cesantías inserto en la Resolución 5843-6 del 09 de julio de 2018 de la Secretaria de Educación del Departamento de Caldas en nombre y representación del Fomag, en la que se reconoció a la demandante una liquidación parcial de cesantías, y se establece que, se han girado a ese fondo los dineros para cubrir el pago de las cesantías anuales de la demandante, corresponden a los años de 1996 en adelante, pero no se precisan las sumas correspondientes a las cesantías causadas en 1993, 1994 y 1995, ni cuándo ocurrió la consignación efectiva.

Al respecto las entidades demandadas en su defensa no argumentaron que hubieran cumplido con dicha obligación, sino que se limitaron a indicar que la penalidad pretendida no cobijaba a los docentes y a señalar que, no son las legitimadas para reconocer y pagar dicha prestación.

Si bien la Fiduprevisora mediante Oficio del 17 de mayo de 2019 señaló que, verificado el histórico de pagos se estableció que las cesantías de 1993 a 1995 fueron reconocidas y pagadas a la educadora mediante acto administrativo 2865 del 01 de junio de 2011, tal afirmación carece de sustento probatorio; además que, en la Resolución 5843-6 del 09 de julio de 2018 por la cual se liquidan unas cesantías parciales, se señala el valor total de las cesantías desde 1996 a 2017, y de ese valor descuenta el reconocido mediante Resolución 2865 del 6 de enero de 2011, lo que indica que, en esta tampoco se tuvieron en cuenta las cesantías causadas de 1993 a 1995.

Por lo tanto, teniendo en cuenta que se encuentra acreditado que la demandante prestó sus servicios como docente desde el 9 de septiembre de 1993, por nombramiento en propiedad mediante Decreto 017 de 3 de septiembre de 1993 expedido por la Alcaldía de Salamina y que no se evidencia la consignación de las cesantías anualizadas causadas en los años 1993, 1994 y 1995, corresponde al municipio de Salamina poner a disposición del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, los recursos correspondientes a las cesantías anualizadas causadas a favor de la demandante por ese período, sin que sea procedente ordenar el pago directo de las mismas a la demandante.

Lo anterior teniendo en cuenta que, mientras la relación laboral permanece vigente, las cesantías tienen el carácter imprescriptible, pues se mantiene su naturaleza periódica<sup>16</sup> y,

---

<sup>15</sup> En efecto, en la demanda se hizo énfasis en que la inconformidad se centra en la omisión en que incurrió la entidad territorial en consignar sus cesantías en los términos de la Ley 344 de 1996, su decreto reglamentario.

<sup>16</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 25 de agosto de 2016, CE-SUJ004 de 2016, M.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

por ende, la administración está en la obligación de reconocerlas y consignarlas al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Aunado a ello, el artículo 1, parágrafo 1 del Decreto 3752 de 2003 que señala: *La falta de afiliación del personal docente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio implicará la responsabilidad de la entidad territorial nominadora por la totalidad de las prestaciones sociales que correspondan*".

En similares términos lo ha ordenado el Consejo de Estado<sup>17</sup>, al señalar:

*"No obstante lo anterior, como del extracto expedido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y de la certificación del coordinador de la Secretaría de Educación departamental de la Gobernación del Atlántico se puede establecer que los dineros que se han girado a ese fondo, para cubrir el pago de las cesantías anuales de la demandante, corresponden a los años de 2003 en adelante, y no se han destinado con tal propósito, las sumas correspondientes a las cesantías causadas en los años 2001 y 2002, se debe conminar al municipio de Sabanalarga, para que proceda a realizar la consignación en el Fondo, respecto de la prestación causada por esos períodos, teniendo en cuenta que como la relación laboral permanece vigente, las cesantías tienen el carácter imprescriptible y, por ende, la administración está en la obligación de reconocerlas*".

## 5.2. En cuanto a la sanción por mora

La Sala precisa que, la sanción por mora que se reclama no surge de la tardanza en que incurrió la administración en el pago de las cesantías al actor, sino por la no consignación oportuna de cesantías bajo el sistema anualizado por los años 1993, 1994 y 1995.

El primer aspecto por abordar consiste en determinar si la demandante, en su condición de docente, amparada por un régimen especial, es beneficiaria de la Ley 50 de 1990, en particular, del artículo 99<sup>18</sup>, en lo que atañe al reconocimiento y pago de la sanción equivalente a un día de salario por cada día de retardo, cuando el empleador incurre en mora para la consignación de sus **cesantías liquidadas en forma anual**.

El Consejo de Estado<sup>19</sup> había considerado que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, comoquiera que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas

---

<sup>17</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas, sentencia de 31 de octubre de 2018. Rad: 08001-23-33-000-2014-00348-01(3089-16). Reiterado en Sentencia del 12 de mayo de 2022 C.P. Gabriel Valbuena Herrera. Rad. 08001 23 33 000 2016 00500 01 (1987-2021)

<sup>18</sup> 3. *El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo.*

<sup>19</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 24 de agosto de 2018, Rad.: 08001-23-33-000-2014-00174-01, número interno: 1653-16, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Reiterada entre otras en sentencia del 31 de octubre de 2018. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. Rad: 08001-23-33-000-2014-00348-01(3089-16)

vigentes en materia de cesantías, pero hizo la salvedad de que ello es *“sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989”* lo que se traduce en que lo allí dispuesto no cobijó al personal docente.

Esa postura también había sido desarrollada por la Corte Constitucional al estudiar la exequibilidad del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, pues en Sentencia C-928 de 2006<sup>20</sup>, señaló que la forma de realizar el cálculo y pago de las cesantías a favor de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no era igual al establecido en la Ley 50 de 1990. Además, puntualizó que no se configuraba violación del derecho a la igualdad porque *“simplemente la manera como se liquidan y pagan aquellos es distinta a la regulada en la Ley 50 de 1990, sin que por ello se configure discriminación alguna”*.

Sin embargo, por vía de acción de tutela, tanto la Corte Constitucional<sup>21</sup> como el Consejo de Estado<sup>22</sup> han considerado que en virtud del principio de favorabilidad, es viable aplicar a los docentes las disposiciones que contiene la Ley 50 de 1990, en materia de sanción moratoria por la consignación extemporánea de las cesantías anuales, de manera que para estos, el valor reconocido con corte a 31 de diciembre de cada año por concepto de la aludida prestación, también les debe ser consignado en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a más tardar el 14 de febrero del año siguiente a su causación, so pena de que se incurra en mora equivalente a un día de salario por cada día de retraso.

Igualmente, el Consejo de Estado en sentencia del 19 de mayo de 2022<sup>23</sup> señaló: *“Bajo el anterior derrotero, la Subsección ha considerado viable acoger el criterio de favorabilidad aplicado en sede constitucional, para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales a los docentes, al amparo de lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990”*.

Por ende, de acuerdo al anterior criterio, la demandante sí es beneficiaria de la sanción moratoria, corresponde a las cesantías anuales de los años 1993 a 1995, la cual corrió de la siguiente manera:

- . Cesantías 1993: desde el 15 de febrero de 1994.
- . Cesantías 1994: desde el 15 de febrero de 1995.
- . Cesantías 1995: desde el 15 de febrero de 1996.

No obstante lo anterior, la sanción moratoria pretendida está afectada por el fenómeno de la prescripción, comoquiera que la obligación -sanción moratoria- se hizo exigible a partir

---

<sup>20</sup> Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

<sup>21</sup> En Sentencia SU-098 de 2018 sostuvo que el *«hecho de que los docentes se encuentren amparados por un régimen especial, no implica el desconocimiento de su calidad de trabajadores del Estado, y menos aún si se trata de la aplicación de una norma de carácter laboral que comporta un beneficio, caso en el cual prevalece la interpretación que reporte el mayor beneficio para el empleado, pues ésta será la que se ajuste a los postulados del artículo 53 de la Carta Política»*. En Sentencia SU-332 de 2019. los docentes oficiales, en tanto empleados públicos, tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías

<sup>22</sup> Ver, entre otras, sentencias del Consejo de Estado, del 17 de junio de 2019, A.C. 11001-03-15-000-2018- 04617-01, Sección Tercera, M.P. y del 28 de junio de 2019, A.C. 11001-03-15-000-2018-04679-01, Sección Primera, M.P. Roberto Augusto Serrato Valdés.

<sup>23</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. 19 de mayo de 2022 Radicación: 08001-23-33-000-2015-90019-01 (2392-2020)

del momento en que se generó el incumplimiento o tardanza, es decir, desde el día siguiente al vencimiento del término con que la entidad contaba para realizar el pago -15 de febrero del año siguiente al de la causación del auxilio- y la accionante dejó transcurrir un lapso superior a 3 años sin hacer la reclamación administrativa de la sanción moratoria.

Al respecto, el Consejo de Estado en sentencia de unificación del 6 de agosto de 2020<sup>24</sup>, sentó jurisprudencia en el siguiente sentido:

- i) El momento a partir del cual se contabiliza el término de la prescripción de la sanción moratoria de las cesantías anualizadas prevista en la Ley 50 de 1990, es desde su causación y exigibilidad, es decir, el 15 de febrero de la anualidad siguiente, por ende, la reclamación administrativa deberá presentarse dentro de los tres años siguientes, so pena de configurarse la prescripción extintiva.*
- ii) En el evento en que se acumulen anualidades sucesivas de mora en la consignación de cesantías anualizadas, el término prescriptivo de la sanción prevista en la Ley 50 de 1990 deberá contabilizarse de manera independiente por cada año, de tal modo que el empleado dispone de 3 años contados a partir del 15 de febrero del año siguiente a su causación para reclamar la sanción moratoria por la anualidad correspondiente, so pena de su extinción.*

En el caso concreto de la demandante, el término para reclamar la sanción moratoria por la inoportuna consignación de sus cesantías empezó a correr en las siguientes fechas y se extinguió, en el término indicado en el cuadro siguiente:

<b>Período de cesantías reclamado</b>	<b>Fecha en la que surgió la mora y el derecho a reclamar la indemnización</b>	<b>Fecha en que se extinguió el derecho por prescripción</b>
1993	15 de febrero de 1994	15 de febrero de 1997
1994	15 de febrero de 1995	15 de febrero de 1998
1995	15 de febrero de 1996	15 de febrero de 1999

Como la reclamación de la indemnización moratoria se realizó ante la administración el 5 de abril de 2019, aquella se encuentra prescrita, pues se solicitó cuando habían transcurrido más de tres años desde el momento en que la obligación se hizo exigible y, en tal sentido, se confirmará la sentencia recurrida, que declaró probada la excepción de prescripción.

Valga precisar que, no obstante que a la fecha no se encuentra acreditada la consignación de las cesantías correspondientes a los años 1993 a 1995, ello no altera el computo de la prescripción de la sanción moratoria, pues, se itera, esta empieza a correr desde el momento en que se incurre en mora, esto es, desde el momento en que debían consignarse las cesantías.

Al respecto, el Consejo de Estado en la citada sentencia de unificación CE-SUJ-SII-022-2020 precisó que “si el empleador no procede a consignar las cesantías dentro del plazo fijado por el ordenamiento, a partir de ese momento incurre en mora y se hace exigible una sanción, que por

<sup>24</sup> Consejo de Estado Sección Segunda del, ce-suj-sii-022-2020 Radicado: 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-2016).

*naturaleza es prescriptible si dentro de los 3 años siguientes no se reclama”.*

## **6. Conclusión**

De acuerdo con lo expuesto se concluye que, la demandante en su condición de docente tiene derecho al reconocimiento de las cesantías anualizadas causadas entre 1993 y 1995, las cuales no se encuentran prescritas; sin embargo, no es procedente la orden de pago directo de las mismas a la demandante, sino su consignación por parte del municipio de Salamina al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Además, la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la inoportuna consignación de sus cesantías **anualizadas**, sin embargo, este derecho se encuentra prescrito, por cuanto la accionante dejó transcurrir un lapso superior a 3 años sin hacer la reclamación administrativa de la sanción moratoria, contados desde el día siguiente al vencimiento del término con que la entidad contaba para realizar el pago -15 de febrero del año siguiente al de la causación del auxilio.

Por lo anterior, **se modificará** la sentencia apelada para precisar que, la excepción de “*prescripción*” se declara probada frente a la sanción moratoria y no fundadas las demás excepciones propuestas por las demandadas; en lo demás se confirmará la sentencia.

## **7. Condena en costas**

Atendiendo lo dispuesto en el numeral 8º del artículo 365 del Código General del Proceso, que señala: “*solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezcan que se causaron y en la medida de su comprobación*”, no se condenará en costas en esta instancia, teniendo en cuenta la prosperidad parcial del recurso y que el resultado del proceso obedece al cambio jurisprudencial ocurrido en el curso del mismo, sobre la forma en que opera el fenómeno de prescripción en tratándose de la sanción moratoria prevista en la Ley 344 de 1996, en concordancia con la Ley 50 de 1990.

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

### **SENTENCIA**

**PRIMERO. MODIFICAR el ordinal primero de** la sentencia del 29 de marzo de 2022 proferida por el Juzgado Sexto Administrativo de Manizales dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Claudia María Marín Cárdenas contra el municipio de Salamina y la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, **en el sentido de DECLARAR** fundada la excepción de “*prescripción*” frente a la sanción moratoria reclamada y no fundadas las demás excepciones propuestas por las entidades demandadas.

**SEGUNDO: Confirmar** en todo lo demás la sentencia apelada.

**TERCERO: Sin 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 informático Justicia Siglo XXI.

**NOTIFICAR**

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera Extraordinaria de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 048 de 2022.



**DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS**  
Magistrado Ponente



**AUGUSTO MORALES VALENCIA**  
Magistrado



**AUGUSTO RAMON 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. 184

Manizales, quince (15) de julio de julio de dos mil veintidós (2022)

Proceso: 17-001-33-39-008-2020-0239-02  
Clase: Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho  
Accionante: Delcy Judith Vanegas Salcedo  
Accionado: Nación – Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM)

Se dicta sentencia de segunda instancia, con ocasión al recurso de apelación interpuesto por la demandada contra el fallo que accedió a las pretensiones de la demandante.

## I. Antecedentes

### 1. Demanda

#### 1.1. Pretensiones

Se solicita en síntesis, se declare la nulidad del acto ficto configurado frente a la petición del 01 de junio de 2018 y en consecuencia se condene a la demandada a que le reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de su salario por cada día de retardo, contados desde los 70 días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la demandada y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

#### 1.2. Fundamento Factivo

Se señala que, la demandante solicitó el reconocimiento y pago de la cesantía a que tenía derecho; por medio de acto administrativo le fue reconocida la cesantía solicitada y fueron pagadas por medio de la entidad bancaria. Que mediante acto ficto negativo la entidad demandada negó el reconocimiento y pago de la sanción por mora solicitada por el demandante.

#### 1.3. Normas violadas y concepto de violación

Señaló como vulnerados los artículos 5 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. Afirmó que la demandante tiene la calidad de docente nacional o nacionalizado, y que la prestación fue reconocida con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, razón por la que la

Que el espíritu garantista de la Ley 1071 de 2006, al establecer términos perentorios para el reconocimiento y pago de la cesantía, está siendo burlada por la entidad demandada, pues se encuentra cancelando la prestación con posterioridad a los 70 días después de haber realizado la petición de las mismas, obviando la protección de los derechos del trabajador, haciéndose el FNPSM acreedor a la sanción correspondiente por la mora en el pago de la cesantía.

## 2. Contestación de la demanda

**La Nación – Ministerio de Educación - FNPSM** se opuso a las pretensiones de la parte demandante, para lo cual señaló que, el Decreto 1272 de 2018 ajustó los términos del trámite de reconocimiento de cesantías a los quince días previstos en la Ley 1071 de 2006, sin embargo, el trámite previsto en el Decreto 2831 de 2005, siguió igual, pero acortado en los términos para que la entidad territorial envíe a la sociedad fiduciaria el proyecto de resolución y para que la sociedad fiduciaria lo apruebe o no.

Que en la actualidad, el procedimiento para reconocer una prestación, incluyendo el pago de cesantías, es un procedimiento complejo que involucra a la entidad territorial y a la Fiduprevisora S.A., de acuerdo con el artículo 56 de la Ley 962 de 2005.

Que pueden surgir varias situaciones por las cuales la mora resulta inimputable al Ministerio de Educación Nacional, y en cualquiera de éstos casos, el pago de la sanción por mora corre a cargo del FNPSM, a pesar que la mora haya sido causada por la entidad territorial, y aunque la sociedad fiduciaria como administradora y vocera del Fondo puede interponer las acciones legales correspondientes en contra de las entidades territoriales certificadas en educación por el incumplimiento de los términos indicados en la Ley 1071 de 2006 y reintegrar las sumas de dinero canceladas con ocasión del pago de la sanción moratoria que le sea atribuible.

## 3. Fallo de primera instancia

El *a quo* **accedió a las pretensiones** de la demandante, declaró la nulidad del acto ficto surgido de la petición elevada el 01 de junio de 2018, y a título de restablecimiento del derecho, condenó a la demandada a que reconozca y pague a la demandante, la sanción por mora de que trata el parágrafo del artículo 5° de la Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el período comprendido entre el 14 de marzo de 2018 inclusive, y el 26 de marzo de 2018, inclusive, (en tanto el 27 de marzo de 2018 se desembolsó el pago de la cesantía), teniendo como base “el salario percibido en 2016”(Sic).

Al respecto señaló que, se acreditó que la demandante solicitó el reconocimiento y pago de las cesantías parcial compra de vivienda el 29 de noviembre de 2017, las cuales le fueron reconocidas mediante la Resolución 0872-6 del 22 de enero de 2018 y que las mismas quedaron a su disposición a partir del 27 de marzo de 2018, por lo que solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria el 01 de junio de 2018, la cual le fue negada mediante acto administrativo ficto. Que el término para que se cause la sanción moratoria debe contarse desde la fecha en la cual el interesado radicó la petición de reconocimiento y pago de la cesantía, que para el presente caso será a partir del 30 de noviembre de 2017, descontando 70 días hábiles.

Por último, condenó en costas a la parte demandada, para ello señaló que, para efectos de determinar la procedencia de las costas, era menester indicar que se encuentra probado lo siguiente dentro del expediente:

*.- Obra en el expediente, poder debidamente otorgado por la demandante a la abogada Lura Marcela López Quintero, togada que ha ejercido la representación judicial según el mandato a ella conferido.*

*Las pruebas relacionadas, dan cuenta de los gastos generados en el trámite procesal, encontrando procedente la condena en costas a la NACIÓN – MIN. EDUCACIÓN – FNPSM, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma dispuesta en el artículo 366 del Código General del Proceso.*

*Se fijan agencias en derecho por valor de \$500.000 de conformidad con el Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016”.*

#### **4. Recurso de apelación**

**La parte demandada** solicitó revocar la sentencia en lo que se refiere a la condena en costas, para ello señaló que, de conformidad con el artículo 365 del Código General del Proceso, solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

Que es claro que, solo habrá lugar a condena en costas (entendida en sus dos componentes de expensas y agencias en derecho) cuando en el expediente se pruebe de manera objetiva su causación, en consecuencia, ante ausencia de su comprobación, esta no procederá. Que la jurisprudencia del Consejo de Estado frente a la materia se encamina por una interpretación subjetiva de la condena en costas, lo que implica desvirtuar la buena fe de la parte vencida y demostrar una conducta temeraria.

Que para el presente caso, se tiene que la entidad no realizó actos dilatorios, ni temerarios ni encaminados a perturbar el procedimiento, habiéndose limitado a realizar actos propios a la defensa judicial.

## **II. Consideraciones**

### **1. Problema jurídico**

*¿Fue adecuada la imposición de condena en costas en primera instancia a cargo de la parte demandada?*

### **2. Tesis del tribunal**

Fue adecuada la imposición de condena en primera instancia a cargo de la parte demandada por cuanto el *a quo* aplicó el criterio objetivo valorativo.

Al respecto la Sala precisa que, si bien el artículo 366 del CGP en su numeral 5° establece la procedencia del recurso de apelación contra el auto que aprueba la liquidación de las costas procesales; dicha disposición no resulta aplicable para el caso bajo estudio, toda

lo que se discute no es su liquidación, sino la condena en sí, la cual, al ser objeto de decisión en la sentencia de primera instancia, resulta apelable de conformidad con el inciso primero del artículo 243 del CPACA. En tal sentido, la Sala estima procedente abordar la discusión planteada por la entidad accionada por vía de alzada.

Así las cosas, la Corte Constitucional<sup>1</sup> ha explicado que las costas, esto es, *"aquella erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial"*, están conformadas por dos rubros distintos: las expensas y las agencias en derecho.

Las primeras corresponden a los gastos surgidos con ocasión del proceso y necesarios para su desarrollo, pero distintos al pago de apoderados, así, de conformidad con el Capítulo II del Título I -Costas- del CGP, las expensas están conformadas por aranceles judiciales, honorarios de auxiliares de la justicia, entre otros, es decir, en términos generales a todos los gastos surgidos para dar el curso procesal ordinario requerido por el proceso judicial.

Por su parte, prosigue el citado pronunciamiento jurisprudencial constitucional advirtiendo que *"las agencias en derecho no son otra cosa que la compensación por los gastos de apoderamiento en que incurrió la parte vencedora, aun cuando pueden fijarse sin que necesariamente hubiere mediado la intervención directa de un profesional del derecho"*.

El artículo 188 del CPACA dispone:

*"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.*

*<Inciso adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal.*

En atención a la remisión expresa del artículo referido, se tiene entonces que el Código General del Proceso en su artículo 365 establece:

**"ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS.** *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

1. *Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.*

*Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.*

2. *La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.*

3. *En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.*

4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.
5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.
6. Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.
7. Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.
8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.
9. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción.”

En este punto se considera necesario destacar que, el Consejo de Estado mediante providencia de 7 de abril de 2016<sup>2</sup>, advirtió sobre la variación de la postura que se venía aplicando respecto de las condenas en costas y agencias en derecho, basada en la modificación introducida por el CPACA y que encuentra sustento en el CGP puesto que la normatividad anterior, Decreto 01 de 1984 consagraba originalmente en su artículo 171, un criterio subjetivo de valoración, en el cual se atendía exclusivamente a caracteres como la temeridad o mala fe, para proferir condenas en costas y agencias en derecho, en síntesis, advirtió el establecimiento de un nuevo criterio objetivo en lo que respecta a la imposición de costas procesales.

Ahora bien, con respecto al referido cambio de criterio para la imposición de costas procesales el Consejo de Estado ha desarrollado una línea jurisprudencial pacífica, en el sentido de advertir que, si bien el fundamento la imposición de costas ha variado a razones de índole meramente objetivo, es necesario que en los términos del precitado numeral 8º del artículo 365 del CGP se comprueba para su imposición que “en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”. En efecto, la aludida corporación<sup>3</sup> ha señalado:

*“[E]sta Subsección..., varió aquella posición y acogió el criterio objetivo para la imposición de costas (incluidas las agencias en derecho) al concluir que no se debe evaluar la conducta de las partes (temeridad o mala fe), sino los aspectos objetivos respecto de la causación de las costas, tal como lo prevé el Código General del Proceso, con el fin de darle plena aplicación a su artículo 365. En dicha oportunidad concluyó lo siguiente:*

*a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio “subjetivo” —CCA— a uno “objetivo valorativo” —CPACA.*

*b) Se concluye que es “objetivo” porque en toda sentencia se “dispondrá” sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.*

<sup>2</sup> Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia 7 de abril de 2016.. Expedientes: 4492-2013. Demandante:

*c) Sin embargo, se le califica de “valorativo” porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.*

*d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).*

*e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.*

*f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.*

*g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.*

*Por lo anterior, se colige que la condena en costas implica una valoración objetiva valorativa que excluye como criterio de decisión la mala fe o la temeridad de las partes. En efecto, el artículo 188 del CPACA, regula que tratándose de costas en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en la sentencia el juez tiene la obligación de pronunciarse sobre dicho aspecto, con excepción de los asuntos en los que se ventile un interés público.”*

Así, aunque el criterio para condenar en costas sea objetivo, este también debe ser valorativo, lo que impone al operador judicial el deber de precisar los motivos por los cuales considera que procede la condena en costas, es decir, por qué aduce que se causaron las mismas. Análisis que fue realizado en la providencia de primera instancia, en la que se tuvo en cuenta que, la parte demandante cuyas pretensiones prosperaron, actuó a través de apoderado judicial.

Dicha actuación en efecto se encuentra acreditada teniendo en cuenta, el poder otorgado por la demandante a la abogada Laura Marcela López Quintero, el escrito de la demanda, su corrección, y los alegatos de conclusión que fueron presentados por la demandante a través de su apoderada judicial, actuaciones en las que se expusieron los argumentos que soportaron las pretensiones y que fueron acogidos por el *a quo*.

De acuerdo al análisis precedente, a la redacción del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, y al atender y acoger el criterio objetivo valorativo, se confirmará la condena en costas impuestas a la parte demandada en primera instancia.

#### **4. Costas en esta instancia.**

No se condenará en costas de conformidad con el artículo 365 del CGP, toda vez que no se encuentra acreditada su causación 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 de Colombia y por autoridad de la Ley,

**FALLA**

**PRIMERO:** Se **confirma** la sentencia del 15 de diciembre de 2021 proferida por el Juzgado Octavo Administrativo de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Delcy Judith Vanegas Salcedo contra la Nación – Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

**SEGUNDO:** Sin condena en costas en esta instancia.

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

**NOTIFICAR**

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera Extraordinaria de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 048 de 2022.



**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. 185

Manizales, quince (15) de julio de dos mil veintidós (2022).

Radicado: 17-001-33-39-006-2020-00292-02  
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
Demandante: Dora Nancy Trujillo Ramírez  
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM)

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

**I. Antecedentes**

**1. La Demanda.**

**1.1. Pretensiones**

La parte demandante solicita en síntesis, se declare la nulidad del acto ficto configurado frente a la reclamación realizada el 26 de febrero de 2020, por medio del cual se resolvió de forma negativa la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción por mora en el pago de cesantías y en consecuencia se declare que tiene derecho a dicho pago y se ordene a la demandada pagar el equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el pago de las cesantías.

**1.2. Sustento fáctico relevante**

Se relata que, el 23 de octubre de 2019 solicitó el reconocimiento y pago de la cesantía; que esta prestación le fue reconocida por medio de la Resolución 7019-6 del 7 de noviembre de 2019 y pagada el 11 de febrero de 2020.

Que después de haber solicitado la cancelación de la sanción moratoria a la entidad demandada, esta resolvió negativamente en forma ficta.

**1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión**

Invocó como vulneradas la Ley 91 de 1989, artículos 5 y 15; Ley 244 de 1995, artículos 1 y 2; Ley 1071 de 2006, artículos 4 y 5.

Sostuvo que la jurisprudencia ha establecido que las disposiciones comentadas deben ser interpretadas en el entendido que entre la solicitud de cesantías y su reconocimiento y pago no debe superarse el término de 70 días y que el Ministerio de Educación ha venido cancelando las cesantías por fuera del término referido, circunstancia que genera una sanción a cargo de esta entidad, equivalente a un (1) día de salario del docente por cada día de retardo, que se contabiliza a partir del día siguiente al vencimiento de los 70 días hábiles, contados desde el momento en que se radicó la solicitud de la cesantía ante la demandada, y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

## **2. Pronunciamiento de los sujetos procesales**

La Nación – Ministerio de Educación se opuso a las pretensiones de la parte demandante y en cuanto a los hechos del primero al quinto los admitió como ciertos con base en la Resolución 11113-6 del 17 de diciembre de 2015 emitida por la Secretaría de Educación; en lo de demás señaló que se atiene a lo que se logre demostrar en el proceso.

Propuso las excepciones de: *“Cosa juzgada”*, *“legalidad de los actos administrativo atacados de nulidad”*, *“improcedencia de la indexación de las condenas”*, *“compensación”* y *“condena en costas”*.

## **3. Sentencia de primera instancia**

El *a quo* declaró no probadas las excepciones formuladas por la demandada; declaró la existencia y nulidad del acto presunto por medio del cual se negó el reconocimiento de la sanción por pago extemporáneo de cesantías, en vista de que la entidad demandada realizó el pago el 13 de febrero de 2020 incurriendo en mora al haber superado el plazo que disponía para ello, haciéndose responsable de la sanción prevista en el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, desde el **6 al 12 de febrero de 2020** y sobre el salario percibido por la demandante mientras se produjo la mora, esto es 2020; además, ordenó su indexación a partir del último día en que se causó hasta la data en quede ejecutoriada la sentencia condenatoria.

Esto por cuanto, vista la fecha de la petición de reconocimiento de cesantías, si bien el Ministerio de Educación Nacional resolvió la petición de manera oportuna, no sucedió lo mismo con el pago, el cual se realizó por fuera de los términos establecidos en la Ley 1071 de 2006. Y comparadas las fechas de pago de la prestación (13 de febrero de 2020) con el día en que dicho pago se debió efectuar (05 de febrero de 2020), se deduce que la demandante tiene derecho al reconocimiento de la sanción por mora en el pago de sus cesantías.

Respecto a los alegatos de conclusión presentados por el Fomag referente a que la sanción por mora debía asumirla a la entidad territorial, el *a quo* consideró que dicha afirmación no era de recibo en esa etapa del proceso en tanto, debió alegar tal hecho y allegar prueba de la responsabilidad del departamento de Caldas por incumplimiento en los plazos previstos

para el reconocimiento de las cesantías del docente, dentro del término del traslado de la demanda.

Finalmente, condenó en costas a la parte demandada y fijó agencias en derecho la suma de \$39.600 que deberá ser cancelada a favor de la parte actora.

#### **4. Recurso de apelación**

La **demandada** solicitó revocar la sentencia por cuanto, no se integró el litisconsorcio necesario, ya que la fecha en que el docente presentó la solicitud de cesantías fue el 23 de octubre de 2019, los 70 días vencieron el 04 de febrero de 2020, la mora inició a causarse a partir del 05 de febrero 2020 hasta la fecha en que estuvieron disponibles los dineros a favor de la docente, esto fue el 11 de febrero de 2020.

Que en atención a los parámetros de la Ley 1955 de 2019 parágrafo transitorio del artículo 57, no es la llamada a pagar la sanción moratoria toda vez que la mora inició desde 05 febrero de 2020, que quien debió ser condenada era el ente territorial, quien incurrió en mora hasta la fecha en que estuvo a disposición los dineros.

Que en los alegatos de conclusión argumentó y solicitó declarar de manera oficiosa la excepción de Ineptitud de la demanda por falta de integración de litisconsorte necesario, por cuanto no se demandó a la Secretaría de Educación de Caldas, al no haber expedido y notificado el acto administrativo de reconocimiento de tales prestaciones dentro del término de quince (15) días hábiles siguientes a la solicitud.

Que el FNPSM no es la llamada a responder y pagar la sanción moratoria causada en 2020, de conformidad con el parágrafo transitorio del artículo 57 de la Ley 1955 de 25 de mayo de 2019. Que en la sentencia tampoco se tuvo en cuenta otros argumentos como: el cobro indebido de la sanción moratoria ni declaró la falta de legitimación en la causa por pago de la sanción moratoria generada en el 2020.

## **II. Consideraciones**

### **1. Problema jurídico**

Atendiendo los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de la apelación, se centra en establecer: *¿Existe un litisconsorcio necesario conformado entre la demandada Nación - Ministerio de Educación – Fomag y la secretaria de educación territorial, o la entidad demandada es la obligada a responder por el pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías?*

### **2. Tesis del Tribunal**

No existe un litisconsorcio necesario conformado entre la Nación - Ministerio de Educación – Fomag y la secretaria de educación territorial por cuanto, de conformidad con el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, la sanción moratoria puede ser atribuida por partes, a diferentes

sujetos, por lo que, quien afirma tener derecho al pago de la sanción puede a su arbitrio demandar independientemente a cada persona o mancomunadamente a todos, exigiendo a cada obligado la parte de la sanción que le corresponda, es decir por la porción de la sanción que ha causado.

Además, la Nación - Ministerio de Educación – Fomag sí es la entidad obligada a responder por la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías a la demandante, por cuanto, se evidencia es una mora generada con posterioridad al reconocimiento de las cesantías, lo cual le resulta imputable en los términos del inciso primero del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019.

Para fundamentar lo anterior, se hará referencia: i) al marco jurídico sobre entidad obligada al pago de la sanción moratoria y, ii) el análisis del caso concreto atendiendo los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

### **3. Marco jurídico - Entidad obligada al pago de la sanción moratoria**

La Ley 91 de 1989 en su artículo 3º, creó el Fomag como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, que si bien es cierto no tiene personería jurídica, está adscrita al Ministerio de Educación Nacional, cuya finalidad entre otras, es el pago de las prestaciones sociales de los docentes afiliados a dicho fondo (artículos 4 y 5).

A su vez, el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 señalaba que, las prestaciones sociales de los docentes oficiales serían reconocidas y pagadas por el Fomag, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual en todo caso debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la entidad territorial certificada correspondiente a la que se encuentre vinculado el docente, sin despojar al Fomag de la competencia para reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes oficiales.

Con fundamento en dichas disposiciones, el Consejo de Estado<sup>1</sup> sostuvo que: *“será el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio quien debe responder por el reconocimiento de la sanción moratoria causada a favor del aquí demandante porque las normas vigentes y aplicables al asunto consagran la responsabilidad a cargo de dicho fondo”*.

El artículo 56 de la Ley 962 de 2005 fue derogado por el artículo 336 de la Ley 1955 de 2019 del 25 de mayo de 2019<sup>2</sup> y en cuanto al reconocimiento y pago de las cesantías y el responsable del pago de la sanción moratoria, dispuso:

**ARTÍCULO 57º. EFICIENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.** *Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas*

---

<sup>1</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 26 de agosto de 2019, radicación: 68001-23-33-000-2016-00406-01, número interno: 1728-2018, M.P. William Hernández Gómez.

<sup>2</sup> *Por el cual se expide el plan nacional de desarrollo 2018-2022 pacto por Colombia, pacto por la equidad.*

*y liquidadas por la Secretaria de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.*

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

*Para el pago de las prestaciones económicas y los servicios de salud, el Fondo deberá aplicar el principio de unidad de caja con el fin de lograr mayor eficiencia en la administración y pago de las obligaciones definidas por la ley, con excepción de los recursos provenientes del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales FONPET. En todo caso, el Fondo debe priorizar el pago de los servicios de salud y de las mesadas pensionales de los maestros.*

*Los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio sólo podrán destinarse para garantizar el pago de las prestaciones económicas, sociales y asistenciales a sus afiliados docentes, pensionados y beneficiarios. No podrá decretarse el pago de indemnizaciones económicas por vía judicial o administrativa con cargo a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.*

***PARÁGRAFO. La entidad territorial será responsable del pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaria de Educación territorial al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En estos eventos el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio será responsable únicamente del pago de las cesantías.***

***PARÁGRAFO TRANSITORIO. Para efectos de financiar el pago de las sanciones por mora a cargo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio causadas a diciembre de 2019, fácultese al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para emitir Títulos de Tesorería que serán administrados por una o varias sociedades fiduciarias públicas; así mismo, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público definirá la operación, las reglas de negociación y pago de los mismos. El Consejo Directivo del FOMAG efectuará la adición presupuestal de los recursos de los que trata el presente párrafo.***

*La emisión de bonos o títulos no implica operación presupuestal alguna y solo debe presupuestarse para efectos de su redención". (Se resalta)*

Así, a partir del 25 de mayo de 2019, las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 deben ser reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fomag; en aquellos eventos en que el pago de las cesantías sea extemporáneo, como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaria

de Educación territorial al Fomag, la entidad territorial será la responsable del pago de la sanción por mora.

#### **4. Análisis sustancial del caso concreto**

##### **4.1. En cuanto al litisconsorcio necesario, entre la demandada: Nación - Ministerio de Educación – Fomag y la Secretaría de Educación.**

Al respecto la Sala precisa que, el artículo 61 del Código General del Proceso – CGP señala:

*“Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse **de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito** sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciera así, el juez, en el auto que admite la demanda, ordenará notificar y dar traslado de ésta a quienes faltan para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado...”. (Se resalta)*

De acuerdo a lo anterior, la figura procesal del litisconsorcio tiene como finalidad esencial la debida integración del contradictorio en los procesos, atendiendo a criterios básicos de economía procesal o de mérito para resolver la controversia, siendo su fundamento la necesidad de fallar de manera uniforme respecto de relaciones jurídicas de las que hacen parte personas a las cuales se les extenderá los efectos de la sentencia, de modo tal que sin su presencia no es posible decidir de fondo. Tradicionalmente se le clasifica en necesaria o facultativa y/o voluntaria según la naturaleza de la relación o relaciones jurídicas discutidas en el proceso y a la divisibilidad de las obligaciones derivadas de esas relaciones.

De acuerdo con lo expuesto, en el presente asunto no se reúnen los presupuestos procesales del litisconsorcio necesario por la parte pasiva, entre la demandada: Nación - Ministerio de Educación – Fomag y la Secretaría de Educación toda vez que, aún sin la vinculación de esta, resulta posible tomar una decisión de fondo sobre la reclamación de reconocimiento de sanción moratoria por pago tardío de las cesantías dado que, de conformidad con el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, esta puede ser atribuida por partes a diferentes sujetos, por lo que, quien afirma tener derecho al pago de la sanción puede a su arbitrio demandar independientemente a cada persona o mancomunadamente a todos, exigiendo a cada obligado la parte de la sanción que le corresponda, es decir por la porción de la sanción que ha causado.<sup>3</sup>

En consecuencia, no le asiste razón a la apelante en cuanto afirma la existencia de un litisconsorcio necesario por la parte pasiva.

##### **4.2. En cuanto al responsable del pago de la sanción moratoria**

---

<sup>3</sup> Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera C.P.: María Elena Giraldo Gómez. Sentencia de 23 de enero de 2003. Rad.: 52001-23-31-000-1999-1004-01(22901)

La parte demandada en su apelación afirma que, la responsable es la entidad territorial por cuanto no expidió y notificó el acto administrativo de reconocimiento de tales prestaciones dentro del término de quince (15) días hábiles siguientes posteriores a la fecha de la solicitud.

Al respecto la Sala, de acuerdo con las pruebas allegadas, encuentra acreditado que, la demandante el 23 de octubre de 2019 solicitó el reconocimiento y pago de una cesantía parcial<sup>4</sup>, y su solicitud fue atendida mediante Resolución 7019-6 de 7 de noviembre de 2019 expedida por la Secretaría de Educación, esto es, dentro del término de los 15 días que contempla la norma; y fue notificado por correo electrónico el 15 del mismo mes y año según consta en la misma resolución<sup>5</sup>.

Adicionalmente se encuentra acreditado que, el pago debió efectuarse a más tardar el 5 de febrero de 2020, pero la entidad realizó el mismo el 13 de febrero de 2020, según consta en la certificación de pago de cesantía. Por lo tanto, se concluyen que existió mora del 6 al 12 de febrero de 2020 al haberse superado el plazo que disponía para el pago, tal como lo señaló en a quo en la sentencia apelada.

Por lo tanto, no se evidencia una mora en la Secretaria de Educación territorial en el reconocimiento y notificación del acto de reconocimiento de las cesantías, y tampoco se encuentra acreditado el incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaria de Educación territorial al Fomag.

Lo que se evidencia es una mora generada con posterioridad al reconocimiento de las cesantías, lo cual resulta imputable a la demandada Nación - Ministerio de Educación – Fomag en los términos del inciso primero del artículo 57 de la de la Ley 1955 de 2019 que señala que, *“Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaria de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”*.

Ahora, en cuanto al argumento de la apelante según el cual, el Fomag debió ser desvinculado del proceso por carecer de responsabilidad por el pago de la sanción moratoria generada en el 2020, teniendo en cuenta el parágrafo transitorio del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, la Sala precisa que, el citado parágrafo señala:

**PARÁGRAFO TRANSITORIO.** *Para efectos de financiar el pago de las sanciones por mora a cargo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio causadas a diciembre de 2019, fáultese al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para emitir Títulos de Tesorería que serán administrados por una o varias sociedades fiduciarias públicas; así mismo, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público definirá la operación, las reglas de negociación y pago de los mismos. El Consejo Directivo del FOMAG efectuará la adición presupuestal de los recursos de los que trata el presente parágrafo.*

<sup>4</sup> Fl. 18 Archivo: 002DEMANDA.pdf

<sup>5</sup> Fl. 20 Archivo: 002DEMANDA.pdf

*La emisión de bonos o títulos no implica operación presupuestal alguna y solo debe presupuestarse para efectos de su redención". (Se resalta)*

Del referido texto normativo no puede afirmarse que, se haya consagrado una exclusión de responsabilidad en cuanto al pago de la sanción moratoria generada con posterioridad al 2019 a favor del Fomag, pues tal disposición lo que señala es la forma de financiación de la sanción moratoria causada a diciembre de 2019.

Por lo tanto no exista fundamento para afirmar que, la Ley 1955 de 2019 excluyó a la Nación - Ministerio de Educación de la obligación del pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías.

En consecuencia, es claro que en el presente asunto, la entidad responsable del pago de la sanción por mora causada le corresponde a la Nación – Ministerio de Educación Nacional, por lo tanto, no prosperan los argumentos expuestos por la demandada sobre la configuración de un cobro indebido de la sanción moratoria y de la falta de legitimación en la causa por el pago de la sanción moratoria generada en 2020.

## **5. Conclusión**

No existe un litisconsorcio necesario conformado entre la Nación - Ministerio de Educación – Fomag y la secretaria de educación territorial por cuanto, de conformidad con el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, la sanción moratoria puede ser atribuida por partes, a diferentes sujetos, por lo que, quien afirma tener derecho al pago de la sanción puede a su arbitrio demandar independientemente a cada persona o mancomunadamente a todos, exigiendo a cada obligado la parte de la sanción que le corresponda, es decir por la porción de la sanción que ha causado.

Además, la Nación - Ministerio de Educación – Fomag sí es la entidad obligada a responder por la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías a la demandante, por cuanto, se evidencia es una mora generada con posterioridad al reconocimiento de las cesantías, lo cual le resulta imputable en los términos del inciso primero del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019.

Al no prosperar los argumentos expuestos por la entidad demandada en su recurso de apelación, se confirmará la sentencia apelada.

## **6. Costas en esta instancia**

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, en concordancia con los numerales 1 y 3 del artículo 365 del Código General del Proceso – CGP, no se condenará en costas en esta instancia por cuanto no se encuentra acreditada su causación.

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

**SENTENCIA**

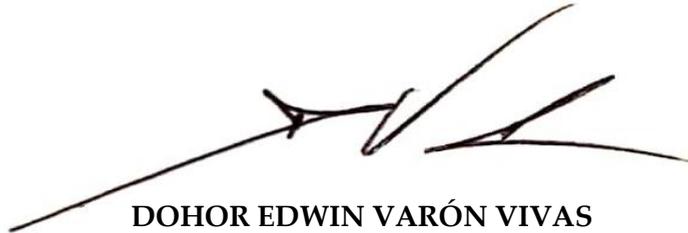
**PRIMERO:** Se confirma la sentencia del 18 de marzo de 2022 proferida por el Juzgado Sexto Administrativo de Manizales en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Dora Nancy Trujillo Ramírez contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio,

**SEGUNDO:** Sin condena en costas en esta instancia.

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

**NOTIFICAR**

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera Extraordinaria de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 048 de 2022.



**DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS**  
Magistrado Ponente



**AUGUSTO MORALES VALENCIA**  
Magistrado



**AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN**  
Magistrado

Medio de Control: **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**  
Radicado: **17001-23-33-000-2016-00553-01**  
Demandante: **Francisco Javier Grisales González**  
Demandado: **Rama Judicial del Poder Público y Procuraduría  
General de la Nación**



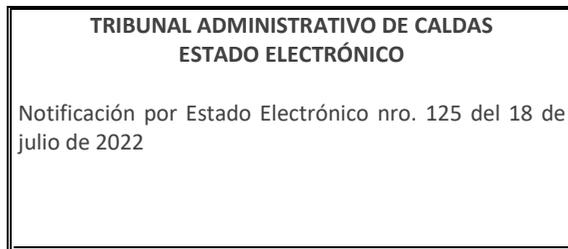
**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**  
**Magistrado Ponente: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES**

Manizales, quince (15) de julio de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo establecido en el artículo 366 del C.G.P, el Despacho aprueba la liquidación realizada por el secretario de las costas y agencias en derecho.

**Notifíquese y cúmplase**

**CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES**  
**Magistrado**



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

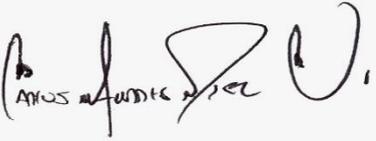
Código de verificación: **05a4388b579da5d7043185e1c196a13c587fe485deba907f40dab705fb1324eb**

Documento generado en 15/07/2022 01:33:01 PM

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

**CONSTANCIA SECRETARIAL:** A Despacho del señor Magistrado el presente Medio de Control, recibido por ventanilla virtual, proveniente del Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales con apelación de sentencia, para decidir sobre su admisión.

Manizales, quince (15) de julio de dos mil veintidós (2022)



**CARLOS ANDRÉS DÍEZ VARGAS**  
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, quince (15) de julio de dos mil veintidos (2022)

RADICADO	17001-33-33-002-2013-00270-02
MEDIO DE CONTROL	REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE	MARIA EMILSEN DELGADO RIVERA
DEMANDADO	MINISTERIO DE TRANSPORTE Y EXPRESO BOLIVARIANO

De conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo<sup>1</sup> (modificado por el art. 67 de la Ley 2080 de 2021) **SE ADMITE** el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante Expreso Bolivariano el 19 de abril de 2022 (No. 62 del expediente electrónico juzgado) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de

<sup>1</sup> También CPACA

Manizales el 30 de marzo de 2022, al haberse interpuesto de manera oportuna, es decir, dentro de los 10 días siguientes a la notificación de la sentencia, actuación procesal que se efectuó el 30 de marzo de 2022.

Notifíquese personalmente al señor Agente del Ministerio Público y por estado electrónico a las demás partes, a las cuales se les enviará una vez surtido este mensaje de datos según lo dispone el inciso 3º del artículo 201 del CPACA.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES  
Maistrado

<p><b>TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS</b></p> <p>El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a las partes por Estado Electrónico No. 125 de fecha 18 de julio de 2022. Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.</p> <p>Manizales,</p> 
<p><b>HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA</b> Secretario</p>

## REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, catorce (14) de julio de dos mil veintidós (2022)

<b>RADICADO</b>	<b>17-001-33-33-003-2019-00542-02</b>
<b>MEDIO DE CONTROL</b>	<b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</b>
<b>DEMANDANTE</b>	<b>JESÚS AURES MOSQUERA MOSQUERA</b>
<b>DEMANDADO</b>	<b>NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO</b>

Procede la Sala Primera de Decisión el Tribunal Administrativo de Caldas, conforme al artículo 18 de la Ley 446 de 1998, 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 21 de octubre de 2021.

**PRETENSIONES**

1. Que se declare la nulidad absoluta de la Resolución nro. 9996-6 del 19 de diciembre de 2017 expedida por la secretaría de Educación del departamento de Caldas, mediante la cual se negó la aplicación del numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989 respecto del porcentaje que debe aportar el demandante de su mesada pensional para el servicio de salud; y, además se negó la aplicación de la Ley 71 de 1988 como norma para reajustar anualmente la mesada pensional docente.
2. Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, solicitó se profiera sentencia en la cual se ratifique que, el demandante pertenece al régimen exceptuado consagrado en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, que se encuentra cobijado por el régimen especial determinado por la ley para los docentes que se vincularon con anterioridad al 27 de junio de 2003, y que su pensión ordinaria debe ser pagada y reajustada anualmente de conformidad con la Ley 91 de 1989 y lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 71 de 1988.

Subsecuente con las anteriores declaraciones pidió:

- Se apliquen los descuentos para efectos de aportes al sistema de salud a la mesada pensional del demandante en la cuantía establecida en el numeral 5 del artículo 8 de la Ley

91 de 1989, es decir, el 5% de cada mesada incluyendo las adicionales, ordenándosele cesar la deducción del 12%, como actualmente se le está realizando.

- Que se le reajuste anualmente la mesada pensional al demandante con base en lo establecido en el artículo 1° de la Ley 71 de 1988, esto es, en el mismo porcentaje en que cada año es incrementado el salario mínimo legal mensual, ordenando su aplicación en forme retroactiva al año en que la docente consolidó su derecho pensional y de manera constante para las mesadas subsiguientes y futuras.

- Que se reintegre al demandante las sumas de dinero superiores al 5% que a título de aportes al sistema de salud le han sido descontadas de las mesadas pensionales y adicionales de junio y diciembre respecto de la pensión de jubilación que la demandada reconoció a la demandante; y a no continuar descontando valores superiores al precitado porcentaje en el pago de las mesadas futuras.

- A que pague en favor del demandante los valores resultantes por las diferencias existentes entre la mesada pensional que actualmente recibe el demandante y la que resulte después de tomar el valor pensional que le fue reconocido al momento del estatus, y reajustarlo año tras año con base en los porcentajes en que se ha incrementado el salario mínimo legal mensual.

- Que se paguen de manera indexada las sumas de dinero que se obtengan como resultado de las declaraciones y condenas solicitadas, ordenando que sobre ese retroactivo se reconozcan los ajustes de valor y los respectivos intereses corrientes y moratorios, tal como lo disponen los artículos 187, 1889, 192 y 195 del CPACA.

3. Que la suma que resulte adeudada por la entidad sea ajustada conforme la fórmula establecida por el Consejo de Estado y en los términos del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011.

4. Que se condene a la parte demandada al pago de los intereses señalados en el artículo 192 del CPACA.

5. Que se condene a la entidad demandada al pago de costas y agencias en derecho según la Ley 1437 de 2011 y el Código General del Proceso.

6. Que se condene a la entidad demandada a dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 187, 189, 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 16 de la ley 446 de 1998.

### **Pretensiones subsidiarias**

Que en el evento que se llegue a determinar que de conformidad con la Ley 812 de 2003 el régimen aplicable es el establecido en la Ley 100 de 1993 y Ley 797 de 2003, se tenga en cuenta que esta norma solo contempla única y exclusivamente un descuento para efectos de aportes al sistema de salud por un monto equivalente al 12%, sin aplicarle esa deducción a las mesadas adicionales de junio y diciembre; y que consecuente con ello se ordene:

- a) Que sean reintegrados al demandante los dineros que bajo el rotulo de EPS se le han descontado en las mesadas adicionales de junio y diciembre, las cuales equivalen al 12% respecto del valor de la mesada pensional devengada; ordenando que el retroactivo que se obtenga se pague de manea indexada, junto con los ajustes de valor y los intereses moratorios de acuerdo con lo preceptuado en el CPACA.
- b) Que se ordene a la Fiduciaria La Previsora no continuar realizando descuentos en las mesadas de junio y diciembre con destino al sistema de salud, indicándosele que dicho aporte debe ser solamente aplicado a la mesada pensional que devenga la demandante.
- c) Que se condene al pago de costas y agencias en derecho a favor del demandante.

### **HECHOS**

- La parte actora se vinculó a la docencia oficial con anterioridad al 27 de junio de 2003, por lo que al cumplir los requisitos de tiempo y edad le fue reconocida la pensión de jubilación mediante Resolución nro. 6132 del 14 de agosto de 1995.
- El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por intermedio de la fiduciaria encargada de su administración, ha efectuado descuentos sobre la mesada pensional en un porcentaje del 12%, incluso en las mesadas de junio y diciembre, como aportes al sistema de salud.
- Que en el acto administrativo de reconocimiento pensional se consagró, además, expresamente, que esta sería reajustada anualmente conforme al artículo 1° de la Ley 71 de 1988; no obstante, la mesada ha sido ajustada de acuerdo al artículo 14 de la Ley 100 de 1993.
- Mediante Petición radicada bajo el nro. SAC 2017PQR18672 del 29 de noviembre de 2017 se solicitó al Fondo de Prestaciones la aplicación del numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989 respecto a los descuentos a salud, indicando que solo corresponde hacerlos

por el 5%, exigiendo en consecuencia la devolución de lo pagado en exceso. Igualmente se solicitó la aplicación del artículo 1° de la ley 71 de 1988, como fórmula de reajuste de la pensión.

- Mediante Resolución nro. 9996-6 del 19 de diciembre de 2017 se negó lo peticionado.

### **NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN**

Consideró como violados los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29, 48, 53, 90, 121, 125 y 209 de la Constitución Política de Colombia; artículo 137 de la Ley 1437 de 2011; artículo 1° de la Ley 71 de 1988; Ley 33 de 1985; artículo 15 numeral 2 literal a) de la Ley 91 de 1989; artículo 115 de la Ley 115 de 1994; artículo 279 de la Ley 100 de 1991; Ley 238 de 1995; artículo 4 de la Ley 700 de 2001; Ley 797 de 2003; artículo 81 de la Ley 812 de 2003; artículo 160 de la Ley 1151 de 2007 y el Acto Legislativo 01 de 2005.

Adujo que los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se encuentran dentro de los regímenes exceptuados de la Ley 100 de 1993, al indicar expresamente que las normas no les resultan aplicables, según el artículo 279.

Hizo alusión además al régimen docente de la Ley 812 de 2003 que partió en dos la historia del régimen exceptuado de la Ley 100 de 1993, al indicar que los vinculados con anterioridad a esa norma quedaban cubiertos por las disposiciones de la Ley 91 de 1989, y que quienes se vinculen con posterioridad sus prestaciones sociales se rigen por el sistema general de seguridad social.

Referenció además el Acto Legislativo 01 de 2005, el cual afirmó mantuvo como régimen exceptuado el de los docentes vinculados antes del 26 de junio de 2003.

Aclaró que, como el demandante se vinculó antes de la Ley 812 de 2003 quedó amparado por el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, y ello demuestra que el acto administrativo desconoció flagrantemente las normas especiales que determinan cómo debe reajustarse la pensión de jubilación y cuál es el monto a descontar por aportes a salud, sobre los cuales explicó debe aplicarse la Ley 91 de 1989, que determina que este corresponde al 5%, el cual también se aplica a las mesadas adicionales.

En relación con los ajustes de la mesada pensional, insistió que la Ley 100 no es la norma que rige al docente, sino que este se ampara por lo establecido en la Ley 71 de 1988, pues la primera disposición está destinada a las pensiones del régimen de prima media con prestación definida y de ahorro individual con solidaridad, dentro de las cuales no están las otorgadas por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Resaltó además que, la aplicación del IPC ha representado una pérdida porcentual en el *quantum* de la mesada pensional del accionante en relación con la variación del salario mínimo legal mensual vigente, que es el establecido por la Ley 71 de 1988, lo cual además no es acertado en atención a lo dispuesto en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, que excluyó su aplicación a los docentes.

#### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

**MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO DE PRESTACIONES DE SOCIALES DEL MAGISTERIO:** en relación con los hechos afirmó que todos eran ciertos; pero se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones, al considerar que carecen de fundamento jurídico.

En cuanto a la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 frente al régimen exceptuado de los docentes, indicó que la norma es aplicable a todos los regímenes de pensiones sin importar que se encuentren excluidos expresamente en el Sistema Pensional de Seguridad Social.

Frente al descuento por concepto de salud en las mesadas adicionales de junio y diciembre de la pensión de jubilación explicó que, la Ley 812 de 2003 dio un amplio alcance al régimen de cotización en salud previsto en la Ley 100 de 1993 a los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo que conllevó a que se aumentara el monto de cotización de salud del 5% al 12% previsto en la Ley 100 de 1993, incluso en las mesadas adicionales.

Propuso las excepciones de:

- **Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido:** resaltó que la entidad reconoció la pensión de jubilación y ha realizado los ajustes anuales y descuentos correspondientes de conformidad con las normas vigentes y aplicables al caso de la demandante.
- **Prescripción:** pidió que, en caso de que se acceda a pretensiones, se declare la prescripción de las mesadas causadas con 3 años de anterioridad a la presentación de la demanda, según el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969.
- **Genérica:** solicitó se declare cualquier otra excepción que se encuentre probada en el proceso.

#### SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 21 de octubre de 2021 negó pretensiones, tras plantearse como problemas jurídicos si tenía derecho el demandante a que se actualizara la base salarial de su pensión de jubilación

conforme al incremento del salario mínimo mensual legal vigente, cuando este supere el índice de precios al consumidor; y si tenía derecho a que se hicieran descuentos por aportes a salud equivalentes al 5%, y en consecuencia se debían devolver los descuentos superiores a dicho monto que ya habían sido realizados.

En primer momento analizó el régimen normativo aplicable al incremento anual de las pensiones de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio que incluyó el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y el artículo 14 de la Ley 100 de 1993; así como el marco jurídico de los descuentos de salud de las mesadas ordinarias y de las adicionales de junio y diciembre para los docentes, para lo cual referenció la Ley 91 de 1989 y la Ley 812 de 2003.

Concluyó, que de acuerdo con lo previsto en el artículo 8 de la Ley 91 de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se encuentra autorizado para descontar de cada mesada pensional un porcentaje destinado a la prestación del servicio de salud incluyendo las mesadas adicionales; y añadió que mediante el Decreto 1073 de 2002, que reglamentó los descuentos permitidos a las mesadas pensionales cobijadas por la Ley 100 de 1993, no era procedente realizar descuentos sobre mesadas adicionales, norma que fue declarada nula parcialmente por el Consejo de Estado.

Recordó que la anterior disposición corresponde al régimen general de seguridad social, lo cual permitiría concluir que a la parte actora no se le debería descontar de su mesada adicional de diciembre el porcentaje con destino al pago de la cotización para salud; sin embargo, al estar el demandante afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se encuentra que este es un régimen exceptuado del régimen general, tal y como lo ratificó el parágrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 001 de 2005, por ello, la modificación introducida por la Ley 812 de 2003 solo afectó el porcentaje de cotización en salud de los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio con anterioridad al 27 de junio de 2003, que extendió el régimen de cotización en materia de salud establecido por la Ley 100 de 1993 a los pensionados afiliados al fondo y que conllevó a que se incrementara el porcentaje de cotización del 5% al 12% establecido en el régimen general, razón por la cual, siendo la Ley 91 de 1989 una disposición especial que gobierna a todos los pensionados afiliados al fondo, consideró que era legítimo que se realizaran los descuentos sobre las mesadas adicionales a dicho grupo, al estar ello regulado en el inciso 5 del mencionado artículo 8 de la Ley 91 de 1989. En relación con el incremento con base en el SMMLV, indicó que el inciso segundo del artículo 53 de la Constitución Política de Colombia garantiza el derecho al pago oportuno y reajuste periódico de las pensiones legales, entregando esta potestad de aumento al

legislador; y que con la expedición del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 se sustituyó el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, respecto al mecanismo de ajuste anual del valor de las mesadas pensionales del personal docente, pues en efecto y de acuerdo con los parámetros jurisprudenciales establecidos por el Consejo de Estado, solo puede acudir a la Ley 71 de 1988 en aquellos casos en los que las pensiones hayan sido reconocidas en su ámbito de aplicación, hecho que afirmó no se ajusta al caso concreto. Y aclaró que desde la misma redacción de la citada norma (artículo 1 de la Ley 71 de 1988), se conjugaban los conceptos de salario mínimo y pensión, que, por supuesto no son análogos, y que han sido desarrollados a profundidad por la Corte Constitucional con posterioridad a la vigencia de la carta de 1991. En este sentido, precisó que ni antes ni ahora, el legislador, el Constituyente o el reglamento indicaron que con indiferencia del monto de la pensión esta se debía ajustar al aumento del salario mínimo, pues se depende del análisis sistemático de la normatividad que el aumento reclamado por el demandante se prevé en Colombia única y exclusivamente para pensiones mínimas, situación en la que tampoco se enmarca el demandante al tener una pensión superior al valor del salario mínimo legal mensual vigente.

En consecuencia, consideró que la norma vigente que regula el reajuste de la mesada pensional de la parte demandante es el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, esto es, el incremento de su mesada se realiza con base en el IPC certificado por el DANE y no con el salario mínimo.

Se plasmó lo siguiente en la parte resolutive:

*PRIMERO. –DECLARAR PROBADA la excepción de “Inexistencia de la obligación o cobro de lo no debido” propuesta por el Ministerio de Educación –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.*

*SEGUNDO. –NEGAR las pretensiones principales y subsidiarias propuestas con la demanda dentro del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO instaurado por el señor JESÚS AURES MOSQUERA MOSQUERA en contra de la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL -FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.*

*TERCERO. –SIN COSTAS por lo brevemente expuesto.*

#### **RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte actora apeló la sentencia mediante memorial que reposa en el archivo #13 del expediente digital de primera instancia.

Criticó la indebida aplicación del precedente jurisprudencial, al acudir el juez a sentencias en las cuales se negaban pretensiones sin atender las causales de nulidad invocadas en la demanda; y más cuando estas no corresponden a idénticos hechos, fundamentos de derecho y pretensiones.

Resaltó que las Altas Cortes al analizar la aplicabilidad del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 y la Ley 71 de 198 no se refirieron al régimen exceptuado de los docentes, es decir, no se realizó un análisis comparativo, solo fijó el alcance y la interpretación del artículo 14; y añadió que el Consejo de Estado también se ha pronunciado sobre la no aplicación de esta disposición a los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales.

Expuso además que la sentencia no cumple los presupuestos procesales previstos en los artículos 162 y 187 de la Ley 1437 de 2011, como quiera que *“trae como apoyo jurisprudencial pronunciamiento que no atañe al objeto de debate, pues lo pretendido corresponde al incremento pensional aplicable a los regímenes exceptuados del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y del acto legislativo 01 de 2005”*.

Reiteró que el objeto del proceso es determinar la fórmula de descuentos para la asistencia en salud y la forma como se reajustan las mesadas pensionales de los docentes pensionados, acatando el régimen exceptuado conforme a la posibilidad otorgada por el artículo 1° de la Ley 238 de 1995.

Refirió los alcances de la Ley 238 de 1995, en el sentido que esta norma no pretendió modificar el sistema actualizado pensional de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, toda vez que la disposición lo que buscó fue recuperar el poder adquisitivo de las pensiones, y en el caso de los docentes, que se mantuviera la aplicación del régimen especial.

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

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

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

Respecto a los aportes en salud citó las sentencias T-348 de 1997, C-956 de 2001 y C-980 de 2002 para concluir que a los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio antes del 27 de junio de 2003 se les debe aplicar un descuento para la salud equivalente al 5%, el cual se hace sobre la mesada pensional y las mesadas adicionales, y no del 12%.

Por todo lo anterior, solicitó revocar la sentencia proferida, y en su lugar acceder a las pretensiones de la demanda.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN SEGUNDA INSTANCIA**

Dentro del término establecido en el numeral 4 del artículo 247 del CPACA, ninguna de las partes se pronunció sobre el recurso de apelación.

### **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.

#### **Problemas jurídicos**

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, esto es, con la variación del salario mínimo legal mensual vigente?
2. ¿Se debe reembolsar a la parte actora algún porcentaje por concepto de descuentos por aportes a salud deducidos de la pensión de jubilación de manera mensual, y de las mesadas adicionales de junio y diciembre?

#### **Lo probado**

- Mediante la Resolución nro. 006132 del 14 de agosto de 1995 se reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación al demandante en cuantía de \$100.035, efectiva a partir

del 27 de agosto de 1994. En ese acto administrativo se mencionó que el descuento para salud sería del 5%.

➤ Por medio de petición radicada el día 29 de noviembre de 2017, elevada ante la Nación – Ministerio de Educación Nacional –Fondo de Prestación Social del Magisterio y el Departamento de Caldas, la parte actora solicitó el reajuste de la pensión de jubilación en la misma proporción fijada por el Gobierno para el salario mínimo; y se realizaran los descuentos a salud en un porcentaje del 5%, con devolución de lo cobrado en exceso.

➤ Mediante la Resolución nro. 9996-6 del 19 de diciembre de 2017 se negó la devolución de aportes en salud y el reajuste periódico de la pensión de jubilación con base en el incremento del salario mínimo mensual legal vigente.

### **Primer problema jurídico**

¿La parte demandante tiene derecho al reconocimiento y pago del reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme lo establece la Ley 71 de 1988, esto es, con la variación del salario mínimo legal mensual vigente?

**Tesis: la Sala defenderá la tesis que el demandante no tiene derecho a que su mesada pensional se reajuste de conformidad con el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, toda vez que, con la entrada en vigencia del régimen general de pensiones dicha norma quedó derogada por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, que dispuso que los ajustes de las mesadas pensionales se realizaran conforme a la variación del Índice de Precios al Consumidor.**

### **Régimen general de seguridad social**

El artículo 48 de la Carta Política concibe la seguridad social como un servicio público obligatorio que debe prestarse bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Así mismo, se garantiza como un derecho irrenunciable y un servicio prestado por entidades públicas y privadas que brindan los recursos destinados al poder adquisitivo de las pensiones.

A su vez, el artículo 53 del mandato constitucional establece que el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

El Sistema de Seguridad Social Integral, previsto en la Ley 100 de 1993<sup>1</sup>, tuvo como objeto garantizar los derechos de las personas y la comunidad en aras de mejorar la calidad de vida y la dignidad humana a través de las instituciones públicas y privadas prestadoras de

---

<sup>1</sup> [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0100\\_1993.html#1](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html#1)

los servicios, como un servicio esencial bajo los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación.

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

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

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

#### **Ajuste de pensiones en el régimen de seguridad social para los afiliados al sector público y régimen general de pensiones**

El artículo 1º de la Ley 4 de 1976 determinó que las pensiones de los sectores público, oficial, semioficial y privado, así como los afiliados al Instituto del Seguro Social, a excepción de las pensiones por incapacidad permanente parcial, se reajustaría 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 1º de la Ley 71 de 1988<sup>2</sup> precisó que las pensiones referidas en el artículo 1º de la Ley 4 de 1976, la de incapacidad permanente parcial y las compartidas, serían reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que fuera incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.

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

---

<sup>2</sup> Ley 71 de 1988 *por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras*  
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=307>

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

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

A su turno, la Ley 100 de 1993, en el artículo 289, indicó en relación con las vigencias y derogatorias lo siguiente:

*La presente Ley rige a partir de la fecha de su publicación, salvaguarda los derechos adquiridos y **deroga** todas las disposiciones que le sean contrarias, en especial el artículo 2o. de la Ley 4a. de 1966, el artículo 5o. de la Ley 33 de 1985, **el párrafo del art. 7o. de la Ley 71 de 1988**, los artículos 268, 269, 270, 271 y 272 del Código de Sustantivo del Trabajo y demás normas que los modifiquen o adicionen.*

O sea que al derogarse el párrafo del artículo 7 de la Ley 71 de 1988 se derogó la norma que disponía un régimen de reconocimiento pensional para las personas que tuvieran 10 años o más de afiliación en una o varias de las entidades y 50 años o más de edad, si era varón, o 45 años o más, si era mujer, a quienes continuarían aplicándose las normas de los regímenes actuales vigentes.

Además, este párrafo del artículo 7 de la Ley 71 de 1988 fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-012 de 1994.

La Ley 100 de 1993 en su artículo 279 contempló los regímenes exceptuados del sistema integral de seguridad social contenido en esa norma, quedando contemplado, entre otros, el personal docente vinculado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio; y, además, señaló que estas excepciones no implicaban negación de los beneficios y derechos determinados en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, el cual consagra el reajuste anual de las pensiones con el IPC:

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

*ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.*

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

[...]

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

Concerniente al reajuste de las pensiones, el régimen general de pensiones previsto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 precisó:

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

Dicha normativa fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-387 de 1994<sup>3</sup> donde señaló:

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

[...]

***“Las instituciones del salario mínimo y de la pensión mínima, se enmarcan dentro de aquellas políticas destinadas a lograr una justicia social, pues son medidas especiales de protección a quienes por su condición económica se encuentran en situación***

<sup>3</sup> Corte Constitucional sentencia C- 387 de 1994; MP. Dr. Carlos Gaviria Díaz, 1 de septiembre de 1994; REF.: expediente No. D-529. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/c-387-94.htm>

*de debilidad manifiesta. Busca así el legislador menguar la desigualdad y de esta manera cumplir con el propósito señalado por el constituyente en el artículo 13 de la Carta, que ordena al Estado promover las condiciones requeridas para que la igualdad sea real y efectiva, mediante la adopción de medidas en favor de grupos discriminados o marginados, como también proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica o física se encuentran en situación de debilidad manifiesta.*

*"[...]*

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

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

*"Año Inflación Salario mínimo*

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

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

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

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

En este sentido, el Máximo Tribunal Constitucional alude a la determinación de incrementar las pensiones con el salario mínimo solo para los pensionados que devengan la pensión mínima, en aras de salvaguardar los derechos constitucionales de los pensiones que se encuentran en debilidad manifiesta frente a los demás ciudadanos; a su vez, que la determinación del Índice de Precios al Consumidor para los demás pensionados para establecer el incremento pensional, se ajusta a circunstancias económicas y políticas.

De otro lado, la Ley 238 de 1995<sup>4</sup> dispuso la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 a los regímenes exceptuados previstos en dicha disposición; al respecto señaló:

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

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

Si bien el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 dispuso las excepciones de su aplicación al personal docente vinculado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, posteriormente la Ley 238 de 1995 integró a este sector en la aplicación del reajuste pensional contemplado en el régimen general de pensiones.

Bajo el tema en cuestión, referente al reajuste de las mesadas en aplicación de la Ley 100 de 1993, la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado<sup>5</sup> en providencia del 17 de agosto del 2017 emitida dentro de la acción pública de nulidad en contra del artículo 40 del Decreto 692 de 1994, expuso que el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 derogó el dispuesto por la Ley 71 de 1988:

*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*

<sup>4</sup> Ley 238 de 1995; [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0238\\_1995.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0238_1995.html)

<sup>5</sup> Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda -Subsección A- Consejero ponente: William Hernández Gómez - Bogotá, D.C., diecisiete (17) de agosto de dos mil diecisiete (2017) -Radicación número: 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14). <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2102915>

*indicarse que el hecho de que el porcentaje en el cual se reajusta la pensión no sea un derecho adquirido, implica que el sistema definido por la Ley 100 de 1993 podía regular válidamente la proporción del aumento de la prestación, derogando el enunciado normativo que venía rigiendo hasta ese momento, tal y como lo admitió la Corte Constitucional en la sentencia C-110 de 1996, al señalar:*

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

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

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

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

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 dicha norma quedó derogada por esta última, que dispuso que los ajustes de las mesadas pensionales fueran incrementadas conforme a la variación del Índice de Precios al Consumidor.

Referente a los motivos que alega el libelista de aplicar artículo 1º de la Ley 71 de 1988, en armonía con el principio de favorabilidad, es pertinente traer a colación los pronunciamientos jurisprudenciales expuestos por la Máxima Corporación Constitucional en sentencia C-435 de 2017, bajo la acción pública de Constitucionalidad, mediante la cual se demandó la nulidad parcial del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 concerniente al reajuste de pensiones según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor así:

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

[...]

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

[...]

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

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

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

[...]

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

***favorable a los intereses de los pensionados entre todos los posibles.***

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

**Segundo problema jurídico**

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

**Tesis: La Sala defenderá la tesis de que, conforme a la normativa, el demandante debe aportar al sistema de salud sobre todas las mesadas pensionales incluidas las adicionales de junio y diciembre, en un porcentaje del 12%.**

**Régimen de Seguridad Social en Salud**

El artículo 48 de la Carta Política concibe la seguridad social como un servicio público obligatorio que debe prestarse bajo la dirección coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Así mismo, lo consagra como un derecho irrenunciable de garantía universal para todos los administrados y el artículo 49 *ibídem*, alude a la atención en salud y el saneamiento ambiental como servicios públicos a cargo del Estado, que se debe garantizar a todas las personas conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

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

Por su parte, el artículo 143 *ibídem*, previó para los pensionados antes del 1° de abril de 1994, el reajuste mensual equivalente a la elevación en la cotización para salud que resulte de la aplicación de dicha norma; así mismo, dispuso la cotización para salud a cargo de los

pensionados, quienes podrían cancelarla mediante una cotización complementaria durante su período de vinculación laboral.

A su vez, el artículo 280 de la Ley 100 de 1993, determinó 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 deberá de cotizar el porcentaje del 5%, a favor de la entidad de previsión, sobre la mesada pensional.

Lo anterior, es reiterado por el Decretos 3135 de 1968<sup>7</sup>, en cuyo artículo 37, se dispuso: "*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 1989<sup>8</sup>, 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:*

---

<sup>6</sup> <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjurMantenimiento/normas/Norma1.jsp?i=1573>

<sup>7</sup> "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"

<sup>8</sup> [https://www.mineducacion.gov.co/1621/articles-85852\\_archivo\\_pdf.pdf](https://www.mineducacion.gov.co/1621/articles-85852_archivo_pdf.pdf)

*(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 2003<sup>9</sup> estableció que el régimen prestacional de los docentes nacionales y nacionalizados vinculados antes de la vigencia de esta ley, es el señalado en las normas establecidas con anterioridad a la misma y, que los vinculados a partir de la entrada en vigencia de la citada norma, afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres, norma declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-369-04.

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

Posteriormente, el primer párrafo transitorio del Acto Legislativo 01 de 2005 consagró 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.”*

---

<sup>9</sup> [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0812\\_2003.html#1](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0812_2003.html#1)

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

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

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

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

Y, finalmente, por virtud del artículo 1° de la Ley 1250 de 2008, que adicionó el 204 de la Ley 100 de 1993, la cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional.

De las normas señaladas se evidencia que el espíritu de la ley va dirigido a que se deben efectuar aportes para salud tanto en los regímenes especiales como del Sistema General de Seguridad Social, incluidos los pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

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

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

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

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

*[...]*

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

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

Sobre el monto de las cotizaciones que deben realizar los docentes pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio por concepto de salud respecto al porcentaje del régimen general de pensiones, la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado en sentencia del 10 de mayo de 2018<sup>10</sup>, 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*

<sup>10</sup> 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 el Magisterio tiene a cargo las prestaciones sociales de los afiliados al Magisterio, entre estas, (i) la pensión ordinaria y (ii) garantizar la prestación la prestación de los servicios médico asistenciales. Lo que indica que los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterios, por disposición de la ley, tienen un régimen especial de seguridad social en salud.*

[...]

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

[...]

#### *6.2. Afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterios*

<i>Ley 91 de 1989 artículo 8-5</i>	<i>5%</i>
<i>Ley 812 de 2003, 11, 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:*

<sup>11</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-529 de 23 de junio de 2010

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

**Descuento de salud sobre las mesadas adicionales.**

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

De igual manera, debe advertirse que el Consejo de Estado mediante sentencia de unificación del 03 de junio de 2021<sup>12</sup>, respecto de los descuentos destinados a salud sobre las mesadas pensionales adicionales expuso:

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

***1. El antecedente normativo de las cotizaciones al sistema de salud se puede ubicar en la Ley 4 del 23 de abril de 1966<sup>13</sup>, la cual, en el artículo 2, dispuso que los pensionados deberían contribuir a la Caja Nacional de Previsión Social un 5% de su mesada pensional, norma reglamentada por el artículo 2<sup>14</sup> del Decreto 1743 del 9 de julio del mismo año<sup>15</sup>. Dicho porcentaje se mantuvo en el artículo 37 del Decreto 3135 del 26 de diciembre de 1968<sup>16</sup>, que adicionalmente señaló que la finalidad del aporte sería que «a los pensionados por invalidez, jubilación y retiro por vejez se les prestará por la entidad que les pague la pensión, asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria»<sup>17</sup>. Este aporte obligatorio se reiteró en el artículo 90, numeral 3<sup>18</sup>, del Decreto 1848 del 4 de noviembre de 1969 y la prestación de los servicios asistenciales, en el artículo 7<sup>19</sup> de la Ley 4 de 21 de enero de 1976.***

<sup>12</sup> Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección Segunda; Bogotá D.C., tres (03) de junio de dos mil veintiuno (2021); radicado 66001-33-33-000-2015-00309-01(0632-2018)

<sup>13</sup> «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.»

<sup>14</sup> «Parágrafo. - Los pensionados seguirán cotizando el cinco por ciento (5%) del valor de la pensión que reciban en cada mes y demás, por una sola vez, aportarán una tercera parte del valor del reajuste o aumento de la pensión.»

<sup>15</sup> «Por el cual se reglamenta la Ley 4.ª de 1966.»

<sup>16</sup> «Por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones.»

<sup>17</sup> Artículo declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-229 de 1998 «en el entendido de que esta norma no excluye el deber de realizar los aportes de solidaridad previstos por el sistema general de seguridad social diseñado por la Ley 100 de 1993.»

<sup>18</sup> «3. Todo pensionado está obligado a cotizar mensualmente a la entidad pagadora el cinco por ciento (5%) del valor de su respectiva pensión, para contribuir a la financiación de la prestación asistencial a que se refiere este artículo, suma que se descontará de cada mesada pensional.»

<sup>19</sup> «Los pensionados del sector público, oficial, semioficial y privado, así como los familiares que dependen económicamente de ellos de acuerdo con la Ley, [...], tendrán derecho a disfrutar de los servicios médicos, [...] de las entidades, patronos o empresas tengan establecido o establezcan para sus afiliados o trabajadores activos, o para sus dependientes según sea el caso, mediante el cumplimiento de las obligaciones sobre aportes a cargo de los beneficiarios de tales servicios.»

*2. Posteriormente, la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación con el objetivo de que efectuara el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado y garantizara la prestación de los servicios médico-asistenciales. Para tal fin, en el artículo 8 se precisó que dentro de los recursos que lo constituirían estarían los provenientes del 5% de cada mesada pensional pagada por el Fondo «incluidas las mesadas adicionales».*

*3. Adicionalmente, en los antecedentes de la Ley 91 de 1989, se precisó que tal medida tenía el propósito de permitir el pago de la mesada de pensional de medio año en favor de los docentes vinculados a partir de enero de 1981 y «es nueva frente a la de fin de año, que está exenta de cotización en Cajanal, en el Instituto de Seguros Sociales y en las Cajas o Entidades Territoriales [...]»<sup>20</sup>. De esta manera queda expuesta la finalidad de los aludidos descuentos de las mesadas adicionales.*

#### **1.1 Los aportes a salud a partir de la Ley 812 de 2003**

*4. Más adelante, con el propósito de contribuir a la solidaridad y a la sostenibilidad financiera del sistema general de seguridad social en salud, el proyecto de ley 169 en Cámara «por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo hacia un Estado comunitario 2002-2006»<sup>21</sup>, propuso la eliminación de los regímenes especiales, pues la existencia de estas condiciones particulares fue catalogada como uno de los factores que llevaron a los desequilibrios fiscales acumulados en la década del noventa<sup>22</sup>.*

*5. Esta medida se implementó como consecuencia de la política social asumida por el Gobierno y con el fin de generar mayor equidad en varios frentes, para lo cual se destacó que «se pretende, en particular, cerrar la brecha no solo entre ricos y pobres, sino también entre la ciudad y el campo, entre hombres y mujeres, entre regiones, generaciones y grupos étnicos»<sup>23</sup>.*

*6. Fue así como a partir de la entrada en vigor de la Ley 812 del 26 de junio de 2003<sup>24</sup>, se introdujo un cambio sustancial en el régimen prestacional de los docentes afiliados al FOMAG<sup>25</sup>. En efecto, el artículo 81 previó que quienes se vincularan a partir de ese momento, estarían cobijados por el régimen de prima media de que tratan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos por aquel, con excepción de lo relacionado*

<sup>20</sup> Gaceta del Congreso, año XXXII N.º 103 de 17 de octubre de 1989. Ponencia para primer debate al proyecto de ley número 49 de 1989, Senado «por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio». Páginas 4 y 5.

<sup>21</sup> Gaceta del Congreso, Cámara, año XII N.º 54, 10 de febrero de 2003, Ponencia para primer debate al Proyecto de Ley 169, Cámara «por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo hacia un Estado comunitario 2002-2006». Página 107.

<sup>22</sup> *Ibidem* página 70.

<sup>23</sup> Gaceta del Congreso, Cámara, año XII N.º 165, 14 de abril de 2003, Ponencia aprobada en primer debate por las Comisiones Terceras y Cuartas del Senado de la República y Cámara de Representantes al Proyecto de Ley 169, Cámara «por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo hacia un Estado comunitario 2002-2006». Página 38.

<sup>24</sup> «Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario»

<sup>25</sup> Sobre la materia se puede consultar: Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 25 de abril de 2019, radicación 680012333000201500569-01(0935-2017), Sentencia de unificación SUJ-014 -CE-S2 -2019, demandante: Abadía Reinel Toloza.

*con la edad de pensión que será de 57 años, tanto para hombres como para mujeres. Así lo reguló la norma:*

*[...]*

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

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

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

*[...]»*

*7. Es importante señalar que el servicio de salud de este personal es prestado de conformidad con la Ley 91 de 1989, en las condiciones anteriormente señaladas. Ahora, en cuanto a la tasa de cotización, la Ley 812 de 2003 también se remitió a lo regulado para el sistema general de seguridad social y mantuvo la distribución de los porcentajes de trabajadores y empleadores. Fue así como el Decreto 2341 del 19 de agosto de 2003<sup>26</sup> reglamentó la anterior disposición y reiteró que la tasa de cotización de los docentes afiliados al FOMAG corresponde a la «suma de aportes para salud y pensiones establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003».*

*8. Lo anterior, implicó el aumento en el porcentaje que le corresponde asumir al empleador, situación que se reguló imponiendo su financiación a cargo de los recursos del Sistema General de Participaciones «y con los recursos que la Nación le transfiera inicialmente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por un monto equivalente a la suma que resulte de la revisión del corte de cuentas previsto en la Ley 91 de 1989 y hasta por el monto de dicha deuda». Tal disposición fue reiterada por el Acto Legislativo 01 de 2005, en el parágrafo transitorio 1.º del artículo 1, que adicionó el artículo 48 de la Carta Política.*

*9. En ese orden, se concluye que el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 modificó el artículo 8 de la Ley 91 de 1989, en cuanto al*

<sup>26</sup> «Por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y se dictan otras disposiciones»

*porcentaje del aporte, y, a partir de ese momento, el personal docente pasó de hacer cotizaciones equivalentes del 5% de la mesada al 12%, de conformidad con el artículo 204 de la Ley 100 de 1993. Luego, tal porcentaje se aumentó al 12.5%, según el artículo 10 de la Ley 1122 del 9 de enero de 2007<sup>27</sup>, y más adelante, el artículo 1 de la Ley 1250 del 27 de noviembre de 2008<sup>28</sup> lo fijó en 12% para los pensionados. Recientemente, la Ley 2010 de 2019, en el artículo 142, adicionó el parágrafo 5 del artículo 204 de la Ley 100 de 1993, para establecer los porcentajes en función del valor de la mesada y señaló que podrían ir desde un 8% hasta 12%.*

*10. Ahora, es cierto que el artículo 81 no hizo mención expresa al aumento para la tasa de cotización en salud de los docentes pensionados, sin embargo, esto no implica que aquellos estuvieran exentos del ámbito de la norma. En lo relativo a este punto, la Corte Constitucional, en la sentencia C-369 de 2004, al estudiar la demanda de inexecutable del inciso 4<sup>29</sup> del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, analizó el contenido y alcance del aumento en la cotización que esta ley implicó para dicho personal, y concluyó que es razonable entender que ellos están incluidos, por lo que de ahí en adelante deben cancelar la totalidad del aporte previsto por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003. Particularmente, expuso, en primer lugar, que la norma no estableció excepción alguna al disponer el incremento, y, en segundo lugar, que dentro de los afiliados al FOMAG se encuentran los docentes pensionados que reciben su mesada de dicho fondo, por lo tanto, también son destinatarios de la disposición en mención.*

*11. Lo anterior se acompasa con el artículo 157<sup>30</sup> de la Ley 100 de 1993, que en el numeral 1 indicó que son afiliados al régimen contributivo los pensionados y jubilados, pues se encuentran dentro del grupo de la población que tienen capacidad de pago.*

*12. Por otra parte, no se desconoce que la Ley 100 de 1993, en el artículo 143, introdujo un reajuste mensual equivalente a la elevación de la cotización en salud, para quienes se pensionaron con anterioridad al 1° de enero de 1994, sin que se encuentre uno semejante en la Ley 812 de 2003 para los docentes pensionados. Frente a este punto, la sentencia C-369 de 2004, en cita, indicó que el hecho de haber ordenado el incremento de la cotización, sin prever un mecanismo de reajuste similar al contenido en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, para el régimen general, no vulnera el derecho a la igualdad de los afiliados al FOMAG.*

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

<sup>27</sup> «Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.»

<sup>28</sup> «Por la cual se adiciona un inciso al artículo 204 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007 y un parágrafo al artículo 19 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 60 de la Ley 797 de 2003.»

<sup>29</sup> El tenor literal de la disposición demandada es el siguiente: «El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.»

<sup>30</sup> «[...] Los afiliados al Sistema mediante el régimen contributivo son las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago. Estas personas deberán afiliarse al Sistema mediante las normas del régimen contributivo de que trata el capítulo I del título III de la presente Ley [...]» Aparte subrayado declarado exequible por la sentencia C-711 de 1998.

*exequible el mencionado artículo. En aquella oportunidad, la Corte estimó que en desarrollo del principio de solidaridad y con el propósito de preservar el equilibrio financiero del sistema de seguridad social en salud, el Legislador puede ordenar que la cotización sea asumida en su totalidad por el pensionado, teniendo en cuenta que se reduce el número de trabajadores activos y que al alcanzar el estatus cesa la obligación de cotizar a pensión, lo cual compensa de cierta manera el aumento de la cotización en salud.*

14. *Adicionalmente, sostuvo que el Legislador no tenía el deber de prever el mismo mecanismo compensatorio, argumento que sustentó en la tesis reiterada según la cual la existencia de regímenes especiales, como los previstos por el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, no vulnera por sí mismo el derecho a la igualdad, pues el trato diferenciado no es discriminatorio, sino que favorece a quienes cobija. Así mismo, la sentencia identificó los aspectos que llevan a considerar que un régimen especial contiene una discriminación para sus destinatarios en relación con determinada prestación, estas son, «(i) la autonomía y separabilidad de la prestación deben ser muy claras, (ii) la inferioridad del régimen especial debe ser indudable y (iii) la carencia de compensación debe ser evidente»<sup>31</sup>.*

15. *A partir de la anterior precisión, expuso que la cotización en salud no puede ser considerada autónoma e independiente, sino que está ligada al conjunto de servicios que se prestan al magisterio, regulado por la Ley 91 de 1989, cuyas particularidades representan algunos beneficios superiores para sus destinatarios. En consecuencia, como aquel es un régimen especial, diferente al general, la ley no tenía que prever un ajuste idéntico al señalado por la Ley 100 de 1993.*

16. *Ahora bien, es necesario tener en cuenta que el artículo 81 de la Ley 812 no introdujo modificación a los demás aspectos distintos del valor de la deducción del artículo 8 de esta última, particularmente, en cuanto prevé que los pensionados deben aportar un porcentaje de cada mesada pensional incluidas las mesadas adicionales, en consecuencia, este se mantiene.*

17. *De lo anteriormente expuesto, se observa que el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 aumentó el porcentaje de la cotización a salud del personal pensionado que se encontrara afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, del 5% al 12% mensual, pero no modificó la obligación de efectuarlas sobre cada una de las mesadas pensionales, incluso de las mesadas adicionales, según lo ordenado por el artículo 8 de la Ley 91 de 1989, por lo tanto, dicha obligación subsiste.*

18. *Es así como el artículo 2.4.4.2.2.3. del Decreto 1075 de 2015, al referirse al giro que la sociedad fiduciaria administradora debe hacer al FOMAG, incluye los aportes previstos en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, así como los señalados por el numeral 4 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989.*

19. **En conclusión:** *Son procedentes los descuentos de aportes a salud del 12% previsto por el artículo 204 de la Ley 100 de 1993*

<sup>31</sup> La Corte citó: «Sentencia C-080/99, M.P. Alejandro Martínez Caballero, criterio reiterado en las sentencias C-941 de 2003, C-1032 de 2002, C-835 de 2002, C-956 de 2001, C-890 de 1999.»

*de cada una de las mesadas pensionales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, incluso de las mesadas adicionales que reciban, por disposición de la Ley 812 en cuanto así lo prevé y que remite al art. 204 de la Ley 100 de 1993.*

[...]

### **1. REGLA DE UNIFICACIÓN**

*20. Son procedentes los descuentos con destino a salud en el porcentaje del 12% señalado en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, así como las normas que lo modifiquen, de las mesadas adicionales de junio y diciembre de los docentes. Lo anterior por cuanto el artículo 8 de la Ley 91 de 1989 les impuso el deber de contribuir con el aporte del 5% al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, incluso con la deducción de las mesadas adicionales. Más adelante, la Ley 812 de 2003, en el artículo 81, incrementó el porcentaje al 12%, al hacer remisión a las disposiciones generales de la Ley 100 de 1993, particularmente a los porcentajes de los aportes señalados en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, los cuales se deducen de todas las mesadas pensionales, incluso de las adicionales.*

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

Los argumentos esbozados por la parte demandante se contraen a indicar que al demandante le era aplicable la preceptiva contenida en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, que señala que quienes figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrían el régimen prestacional del que han venido gozando en cada entidad territorial, conforme a los normas vigentes, y, por ende, se debe dar aplicación a los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978; sin embargo, dichas preceptivas no previeron los descuentos de las mesadas adicionales, ni tampoco un descuento por concepto de salud sobre la mesada ordinaria del 5%.

Considera la Sala que no le asiste razón al impugnante, al indicar que el actor es beneficiario de los mencionados decretos en virtud del artículo 15 de la Ley 91 de 1989,

toda vez que, en materia pensional, los docentes vinculados antes de la Ley 812 de 2003 se rigen por la Ley 33 de 1985.

En este sentido, conforme se concluyó en el estudio previamente señalado, se tiene que los descuentos aplicados a los pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio sobre la mesada ordinaria y las adicionales de los meses de junio y diciembre por concepto de salud, deben hacerse con los porcentajes previstos por las normas anteriormente señaladas.

### **Conclusiones**

Conforme a los anteriores argumentos, no le asiste razón a la parte accionante al indicar que el reajuste de las mesadas pensionales se debe realizar según el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, esto es, conforme al salario mínimo, y no de acuerdo a lo establecido en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

Lo anterior, porque la Ley 100 de 1993 reajustó las mesadas de los regímenes del sistema general de pensiones, y en aras de mantener su poder adquisitivo ordenó el ajuste según la variación porcentual del índice de precios al consumidor; además con la expedición de dicha norma se entendió derogada la Ley 71 de 1988.

En relación con los descuentos a salud, se evidencia que 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 están exonerados de realizar los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, por disposición expresa de la Ley 812 de 2003, sobre las mesadas pensionales y las adicionales de los meses de junio y diciembre.

Por lo anterior se confirmará la sentencia de primera instancia que data del 21 de octubre de 2021.

### **Costas**

Conforme al artículo 188 del CPACA, modificado por la Ley 2080 de 2021, no se condenará en costas en este proceso a el demandante, ya que no hubo actuación de las partes en esta instancia ante esta Corporación.

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**

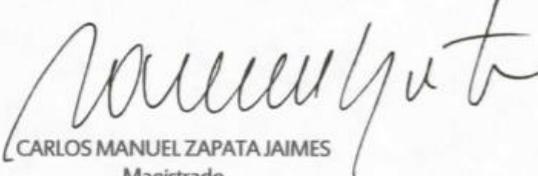
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales el 21 de octubre de 2021, en el proceso que en ejercicio del medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** instauró **JESÚS AURES MOSQUERA MOSQUERA** contra la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**.

**SEGUNDO: SIN CONDENA EN COSTAS EN ESTA INSTANCIA.**

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

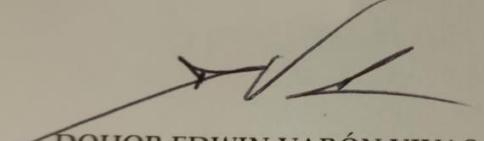
**NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión celebrada el 14 de julio de 2022, conforme Acta nro. 040 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES  
Magistrado

**PATRICIA VARELA CIFUENTES**  
Magistrada  
Ausente con Permiso



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS  
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS  
ESTADO ELECTRÓNICO

Notificación por Estado Electrónico nro. 125 del 18 de julio de 2022

## REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, catorce (14) de julio de dos mil veintidós (2022)

<b>RADICADO</b>	<b>17-001-33-33-003-2019-00563-02</b>
<b>MEDIO DE CONTROL</b>	<b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</b>
<b>DEMANDANTE</b>	<b>LIMBANIA LOAIZA HIDALGO</b>
<b>DEMANDADO</b>	<b>NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO</b>

Procede la Sala Primera de Decisión el Tribunal Administrativo de Caldas, conforme al artículo 18 de la Ley 446 de 1998, 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 4 de noviembre de 2021.

**PRETENSIONES**

1. Que se declare la nulidad absoluta de la Resolución nro. 9983-6 del 19 de diciembre de 2017 expedida por la secretaría de Educación del departamento de Caldas, mediante la cual se negó la aplicación del numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989 respecto del porcentaje que debe aportar la demandante de su mesada pensional para el servicio de salud; y además se negó la aplicación de la Ley 71 de 1988 como norma para reajustar anualmente la mesada pensional docente.

2. Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, solicitó se profiera sentencia en la cual se ratifique que la demandante pertenece al régimen exceptuado consagrado en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, que se encuentra cobijada por el régimen especial determinado por la ley para los docentes que se vincularon con anterioridad al 27 de junio de 2003, y que su pensión ordinaria debe ser pagada y reajustada anualmente de conformidad con la Ley 91 de 1989 y lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 71 de 1988.

Subsecuente con las anteriores declaraciones pidió:

- Se apliquen los descuentos para efectos de aportes al sistema de salud a la mesada pensional de la demandante en la cuantía establecida en el numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989, es decir, el 5% de cada mesada incluyendo las adicionales, ordenándosele cesar la deducción del 12%, como actualmente se le está realizando.
  
  - Que se le reajuste anualmente la mesada pensional a la demandante con base en lo establecido en el artículo 1° de la Ley 71 de 1988, esto es, en el mismo porcentaje en que cada año es incrementado el salario mínimo legal mensual, ordenando su aplicación en forme retroactiva al año en que la docente consolidó su derecho pensional y de manera constante para las mesadas subsiguientes y futuras.
  
  - Que se reintegre a la demandante las sumas de dinero superiores al 5% que a título de aportes al sistema de salud le han sido descontadas de las mesadas pensionales y adicionales de junio y diciembre respecto de la pensión de jubilación que la demandada reconoció a la demandante; y a no continuar descontando valores superiores al precitado porcentaje en el pago de las mesadas futuras.
  
  - A que pague en favor de la demandante los valores resultantes por las diferencias existentes entre la mesada pensional que actualmente recibe la demandante y la que resulte después de tomar el valor pensional que le fue reconocido al momento del estatus, y reajustarlo año tras año con base en los porcentajes en que se ha incrementado el salario mínimo legal mensual.
  
  - Que se paguen de manera indexada las sumas de dinero que se obtengan como resultado de las declaraciones y condenas solicitadas, ordenando que sobre ese retroactivo se reconozcan los ajustes de valor y los respectivos intereses corrientes y moratorios, tal como lo disponen los artículos 187, 1889, 192 y 195 del CPACA.
3. Que la suma que resulte adeudada por la entidad sea ajustada conforme la fórmula establecida por el Consejo de Estado y en los términos del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011.
  4. Que se condene a la parte demandada al pago de los intereses señalados en el artículo 192 del CPACA.
  5. Que se condene a la entidad demandada al pago de costas y agencias en derecho según la Ley 1437 de 2011 y el Código General del Proceso.

6. Que se condene a la entidad demandada a dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 187, 189, 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 16 de la ley 446 de 1998.

#### **Pretensiones subsidiarias**

Que en el evento que se llegue a determinar que de conformidad con la Ley 812 de 2003 el régimen aplicable es el establecido en la Ley 100 de 1993 y Ley 797 de 2003, se tenga en cuenta que esta norma solo contempla única y exclusivamente un descuento para efectos de aportes al sistema de salud por un monto equivalente al 12%, sin aplicarle esa deducción a las mesadas adicionales de junio y diciembre; y que consecuente con ello se ordene:

- a) Que sean reintegrados a la demandante los dineros que bajo el rotulo de EPS se le han descontado en las mesadas adicionales de junio y diciembre, las cuales equivalen al 12% respecto del valor de la mesada pensional devengada; ordenando que el retroactivo que se obtenga se pague de manea indexada, junto con los ajustes de valor y los intereses moratorios de acuerdo con lo preceptuado en el CPACA.
- b) Que se ordene a la Fiduciaria La Previsora no continuar realizando descuentos en las mesadas de junio y diciembre con destino al sistema de salud, indicándosele que dicho aporte debe ser solamente aplicado a la mesada pensional que devenga la demandante.
- c) Que se condene al pago de costas y agencias en derecho a favor de la demandante.

#### **HECHOS**

- La parte actora se vinculó a la docencia oficial con anterioridad al 27 de junio de 2003, por lo que al cumplir los requisitos de tiempo y edad le fue reconocida la pensión de jubilación mediante Resolución nro. 1238-6 del 9 de marzo de 2013.
- El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por intermedio de la fiduciaria encargada de su administración, ha efectuado descuentos sobre la mesada pensional en un porcentaje del 12%, incluso en las mesadas de junio y diciembre, como aportes al sistema de salud.
- Que en el acto administrativo de reconocimiento pensional se consagró, además, expresamente, que esta sería reajustada anualmente conforme al artículo 1° de la Ley 71

de 1988; no obstante, la mesada ha sido ajustada de acuerdo al artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

- Mediante Petición radicada bajo el nro. SAC 2017PQR18683 del 29 de noviembre de 2017 se solicitó al Fondo de Prestaciones la aplicación del numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989 respecto a los descuentos a salud, indicando que solo corresponde hacerlos por el 5%, exigiendo en consecuencia la devolución de lo pagado en exceso. Igualmente se solicitó la aplicación del artículo 1° de la Ley 71 de 1988, como fórmula de reajuste de la pensión.

- Mediante Resolución nro. 9983-6 del 19 de diciembre de 2017 se negó lo peticionado.

### **NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN**

Consideró como violados los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29, 48, 53, 90, 121, 125 y 209 de la Constitución Política de Colombia; artículo 137 de la Ley 1437 de 2011; artículo 1° de la Ley 71 de 1988; Ley 33 de 1985; artículo 15 numeral 2 literal a) de la Ley 91 de 1989; artículo 115 de la Ley 115 de 1994; artículo 279 de la Ley 100 de 1991; Ley 238 de 1995; artículo 4 de la Ley 700 de 2001; Ley 797 de 2003; artículo 81 de la Ley 812 de 2003; artículo 160 de la Ley 1151 de 2007 y el Acto Legislativo 01 de 2005.

Adujo que los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se encuentran dentro de los regímenes exceptuados de la Ley 100 de 1993, al indicar expresamente que las normas no les resultan aplicables, según el artículo 279.

Hizo alusión además al régimen docente de la Ley 812 de 2003 que partió en dos la historia del régimen exceptuado de la Ley 100 de 1993, al indicar que los vinculados con anterioridad a esa norma quedaban cubiertos por las disposiciones de la Ley 91 de 1989, y que quienes se vinculen con posterioridad sus prestaciones sociales se rigen por el sistema general de seguridad social.

Referenció además el Acto Legislativo 01 de 2005, el cual afirmó mantuvo como régimen exceptuado el de los docentes vinculados antes del 26 de junio de 2003.

Aclaró que como la demandante se vinculó antes de la Ley 812 de 2003, quedó amparada por el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, y ello demuestra que el acto administrativo desconoció flagrantemente las normas especiales que determinan cómo debe reajustarse la pensión de jubilación y cuál es el monto a descontar por aportes a salud, sobre los cuales

explicó debe aplicarse la Ley 91 de 1989, que determina que este corresponde al 5%, el cual también se aplica a las mesadas adicionales.

En relación con los ajustes de la mesada pensional, insistió que la Ley 100 no es la norma que rige a la docente, sino que esta se ampara por lo establecido en la Ley 71 de 1988, pues la primera disposición está destinada a las pensiones del régimen de prima media con prestación definida y de ahorro individual con solidaridad, dentro de las cuales no están las otorgadas por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Resaltó además que, la aplicación del IPC ha representado una pérdida porcentual en el quantum de la mesada pensional de la accionante en relación con la variación del salario mínimo legal mensual vigente, que es el establecido por la Ley 71 de 1988, lo cual además no es acertado en atención a lo dispuesto en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, que excluyó su aplicación a los docentes.

#### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

**MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO DE PRESTACIONES DE SOCIALES DEL MAGISTERIO:** en relación con los hechos afirmó que unos eran ciertos y que otros no eran hechos; pero se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones al considerar que carecen de fundamento jurídico.

Propuso las excepciones de:

- **Excepción de legalidad de los actos administrativos atacados de nulidad:** los actos administrativos emitidos se encuentran ajustados a derecho, en la medida que fueron emitidos en estricto cumplimiento de las normas aplicables al caso.

- **Excepción de inexistencia de la obligación:** los actos administrativos acusados no violan las disposiciones invocadas, antes por lo contrario, se ciñen a lo establecido en ellas, ya que la regla general del ordenamiento jurídico colombiano para todas las pensiones es el descuento del 12% para cotizaciones en salud, posición jurisprudencial del Honorable Consejo de Estado en diversos pronunciamientos.

Sostuvo que no corresponde, entonces, ordenar el reintegro y suspensión de los descuentos en salud efectuados a las mesadas adicionales de la pensión de jubilación que ha venido disfrutando la docente, y, por tanto, tampoco existe obligación a cargo de la

entidad demanda, dado que como quedó expuesto los descuentos efectuados gozan plena legalidad.

- **Cobro de lo no debido:** que los descuentos en salud realizados sobre las mesadas adicionales de la pensión de jubilación de la docente se efectuaron de conformidad con los principios constitucionales de sostenibilidad, eficiencia y universalidad, así como con lo dispuesto por la Ley 812 de 2003, la cual dio un amplio alcance al régimen de cotización en salud previsto en la Ley 100 de 1993 a los docentes afiliados al fondo, lo cual conllevó a que a los mismos se les aumentara el monto de cotización al sistema de salud respecto de su mesada pensional, dado que de un descuento del 5% previamente señalado en la Ley 91 de 1989 se pasaría a un 12% previsto por el artículo 204 de la Ley 100 de 1993. Sin embargo, dicha disposición no implica que este descuento no pueda efectuarse a las mesadas adicionales que estos devenguen, por el contrario, la Ley 91 de 1989 (normatividad que se encuentra vigente y por ello debe aplicarse) en su artículo 8° faculta al fondo para dicho trámite.

- **Excepción de sostenibilidad financiera:** conforme con el Acto Legislativo 03 de 2011 el Estado fortalece la normatividad referente al principio del equilibrio financiero consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, debido a que obligó a todos los órganos y ramas del poder público a orientar sus actividades dentro de un marco de sostenibilidad fiscal. En tal sentido, el Acto Legislativo 01 de 2005, afirmó que los principios de sostenibilidad financiera, y sostenibilidad fiscal tenían un rango constitucional, lo cual implicó que cada ley que se expida con posterioridad a este deberá regirse por un marco de sostenibilidad de las disposiciones que allí se establezcan. Es decir, determinó que las decisiones que se tomaran en vigencia de dichos actos legislativos debían fundarse en la protección de estos principios de carácter constitucional a fin de no contrariar a la carta magna, ello teniendo como horizonte los fines sociales del Estado.

En conclusión, precisó que los actos administrativos acusados gozan de legalidad en la medida que no se excedieron en los parámetros contemplados por la Ley 91 de 1989 y la Ley 812 de 2003, que indican que el descuento que se debe hacer a los docentes en la pensión ordinaria equivale al 12%, luego los descuentos efectuados a la demandante sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre se ajustan a la normatividad vigente y en consecuencia no hay lugar a la devolución ni a la suspensión de los mismos, aunado a que dichos aportes se efectúan con fundamento en el principio de solidaridad que permite la sostenibilidad del sistema de seguridad social en salud.

En esas condiciones, sostuvo que 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.

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 4 de noviembre de 2021 negó pretensiones tras plantearse como problemas jurídicos, si tenía derecho la demandante a que se actualizara la base salarial de su pensión de jubilación conforme al incremento del salario mínimo mensual legal vigente, cuando este supere el índice de precios al consumidor; y si tenía derecho a que se hicieran descuentos por aportes a salud equivalentes al 5%, y en consecuencia se debían devolver los descuentos superiores a dicho monto que ya habían sido realizados.

En primer momento analizó el régimen normativo aplicable al incremento anual de las pensiones de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio que incluyó el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y el artículo 14 de la Ley 100 de 1993; así como el marco jurídico de los descuentos de salud de las mesadas ordinarias y de las adicionales de junio y diciembre para los docentes, para lo cual referenció la Ley 91 de 1989 y la Ley 812 de 2003.

Concluyó que de acuerdo con lo previsto en el artículo 8 de la Ley 91 de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se encuentra autorizado para descontar de cada mesada pensional un porcentaje destinado a la prestación del servicio de salud incluyendo las mesadas adicionales; y añadió que mediante el Decreto 1073 de 2002, que reglamentó los descuentos permitidos a las mesadas pensionales cobijadas por la Ley 100 de 1993, no era procedente realizar descuentos sobre mesadas adicionales, norma que fue declarada nula parcialmente por el Consejo de Estado.

Pese a lo anterior, recordó que la anterior disposición corresponde al régimen general de seguridad social, lo cual permitiría concluir que a la parte actora no se le debería descontar de su mesada adicional de diciembre el porcentaje con destino al pago de la cotización para salud; sin embargo, al estar la demandante afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones

Sociales del Magisterio se encuentra que este es un régimen exceptuado del régimen general, tal y como lo ratificó el párrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 001 de 2005, por ello, la modificación introducida por la Ley 812 de 2003 solo afectó el porcentaje de cotización en salud de los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio con anterioridad al 27 de junio de 2003, que extendió el régimen de cotización en materia de salud establecido por la Ley 100 de 1993 a los pensionados afiliados al fondo y que conllevó a que se incrementara el porcentaje de cotización del 5% al 12% establecido en el régimen general, razón por la cual, siendo la Ley 91 de 1989 una disposición especial que gobierna a todos los pensionados afiliados al fondo, consideró que era legítimo que se realizaran los descuentos sobre las mesadas adicionales a dicho grupo, al estar ello regulado en el inciso 5 del mencionado artículo 8 de la Ley 91 de 1989.

En relación con el incremento con base en el SMMLV, indicó que el inciso segundo del artículo 53 de la Constitución Política de Colombia garantiza el derecho al pago oportuno y reajuste periódico de las pensiones legales, entregando esta potestad de aumento al legislador; y que con la expedición del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 se sustituyó el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, respecto al mecanismo de ajuste anual del valor de las mesadas pensionales del personal docente, pues en efecto y de acuerdo con los parámetros jurisprudenciales establecidos por el Consejo de Estado, solo puede acudir a la Ley 71 de 1988 en aquellos casos en los que las pensiones hayan sido reconocidas en su ámbito de aplicación, hecho que afirmó no se ajusta al caso concreto. Y aclaró que desde la misma redacción de la citada norma (artículo 1 de la Ley 71 de 1988), se conjugaban los conceptos de salario mínimo y pensión, que, por supuesto no son análogos, y que han sido desarrollados a profundidad por la Corte Constitucional con posterioridad a la vigencia de la carta de 1991. En este sentido, precisó que ni antes ni ahora, el legislador, el Constituyente o el reglamento indicaron que con indiferencia del monto de la pensión esta se debía ajustar al aumento del salario mínimo, pues se depende del análisis sistemático de la normatividad descrita que el aumento reclamado por la demandante se prevé en Colombia única y exclusivamente para pensiones mínimas, situación en la que tampoco se enmarca el demandante al tener una pensión superior al valor del salario mínimo legal mensual vigente.

En consecuencia, consideró que la norma vigente que regula el reajuste de la mesada pensional de la parte demandante es el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, esto es, el incremento de su mesada se realiza con base en el IPC certificado por el DANE y no con el salario mínimo.

Se plasmó lo siguiente en la parte resolutive:

*PRIMERO. –DECLARAR PROBADA la excepción de “Inexistencia de la obligación o cobro de lo no debido” propuesta por el Ministerio de Educación –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.*

*SEGUNDO. –NEGAR las pretensiones principales y subsidiarias propuestas con la demanda dentro del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO instaurado por la señora LIMBANIA LOAIZA HIDALGO en contra de la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL -FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.*

*TERCERO. –SIN COSTAS por lo brevemente expuesto.*

### **RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte actora apeló la sentencia mediante memorial que reposa en el archivo #15 del expediente digital de primera instancia.

Criticó la indebida aplicación del precedente jurisprudencial, al acudir el juez a sentencias en las cuales se negaban pretensiones sin atender las causales de nulidad invocadas en la demanda; y más cuando estas no corresponden a idénticos hechos, fundamentos de derecho y pretensiones.

Resaltó que las Altas Cortes al analizar la aplicabilidad del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 y la Ley 71 de 198 no se refirieron al régimen exceptuado de los docentes, es decir, no realizaron un análisis comparativo, solo fijaron el alcance y la interpretación del artículo 14; y añadió que el Consejo de Estado también se ha pronunciado sobre la no aplicación de esta disposición a los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales.

Expuso además que la sentencia no cumple los presupuestos procesales previstos en los artículos 162 y 187 de la Ley 1437 de 2011, como quiera que *“trae como apoyo jurisprudencial pronunciamiento que no atañe al objeto de debate, pues lo pretendido corresponde al incremento pensional aplicable a los regímenes exceptuados del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y del acto legislativo 01 de 2005”*.

Reiteró que el objeto del proceso es determinar la fórmula de descuentos para la asistencia en salud y la forma como se reajustan las mesadas pensionales de los docentes

pensionados, acatando el régimen exceptuado conforme a la posibilidad otorgada por el artículo 1° de la Ley 238 de 1995.

Refirió los alcances de la Ley 238 de 1995, en el sentido que esta norma no pretendió modificar el sistema actualizado pensional de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, toda vez que la disposición lo que buscó fue recuperar el poder adquisitivo de las pensiones, y en el caso de los docentes, que se mantuviera la aplicación del régimen especial.

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

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

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

Respecto a los aportes en salud citó las sentencias T-348 de 1997, C-956 de 2001 y C-980 de 2002 para concluir que a los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio antes del 27 de junio de 2003, se les debe aplicar un descuento para la salud equivalente al 5%, el cual se hace sobre la mesada pensional y las mesadas adicionales, y no del 12%.

Por todo lo anterior, solicitó revocar la sentencia proferida, y en su lugar acceder a las pretensiones de la demanda.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN SEGUNDA INSTANCIA**

Dentro del término establecido en el numeral 4 del artículo 247 del CPACA, ninguna de las partes se pronunció sobre el recurso de apelación.

### **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.

#### **Problemas jurídicos**

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, esto es, con la variación del salario mínimo legal mensual vigente?
2. ¿Se debe reembolsar a la parte actora algún porcentaje por concepto de descuentos por aportes a salud deducidos de la pensión de jubilación de manera mensual, y de las mesadas adicionales de junio y diciembre?

#### **Lo probado**

- Mediante la Resolución nro. 1238-6 del 9 de marzo de 2013 se reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación a la demandante en cuantía de \$1.241.282, efectiva a partir del 2012-10-21. En ese acto administrativo se mencionó que el descuento para salud sería del 12%.
- Por medio de petición radicada el día 29 de noviembre de 2017, elevada ante la Nación – Ministerio de Educación Nacional –Fondo de Prestación Social del Magisterio y el Departamento de Caldas, la parte actora solicitó el reajuste de la pensión de jubilación en la misma proporción fijada por el Gobierno para el salario mínimo; y se realizaran los descuentos a salud en un porcentaje del 5%, con devolución de lo cobrado en exceso.
- Mediante la Resolución nro. 9983-6 del 19 de diciembre de 2017 se negó la devolución de aportes en salud y el reajuste periódico de la pensión de jubilación con base en el incremento del salario mínimo mensual legal vigente.

### **Primer problema jurídico**

¿La parte demandante tiene derecho al reconocimiento y pago del reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme lo establece la Ley 71 de 1988, esto es, con la variación del salario mínimo legal mensual vigente?

**Tesis:** la Sala defenderá la tesis que la demandante no tiene derecho a que su mesada pensional se reajuste de conformidad con el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, toda vez que con la entrada en vigencia del régimen general de pensiones dicha norma quedó derogada por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, que dispuso que los ajustes de las mesadas pensionales se realizaran conforme a la variación del Índice de Precios al Consumidor.

### **Régimen general de seguridad social**

El artículo 48 de la Carta Política concibe la seguridad social como un servicio público obligatorio que debe prestarse bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Así mismo, se garantiza como un derecho irrenunciable y un servicio prestado por entidades públicas y privadas que brindan los recursos destinados al poder adquisitivo de las pensiones.

A su vez, el artículo 53 del mandato constitucional establece que el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

El Sistema de Seguridad Social Integral, previsto en la Ley 100 de 1993<sup>1</sup>, tuvo como objeto garantizar los derechos de las personas y la 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 bajo los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación.

Por su parte, el artículo 11 *ibídem*, modificado por el artículo 1º 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*

---

<sup>1</sup> [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0100\\_1993.html#1](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html#1)

*pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de Prima Media y del sector privado en general.*

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

### **Ajuste de pensiones en el régimen de seguridad social para los afiliados al sector público y régimen general de pensiones**

El artículo 1º de la Ley 4 de 1976 determinó que las pensiones de los sectores público, oficial, semioficial y privado, así como los afiliados al Instituto del Seguro Social, a excepción de las pensiones por incapacidad permanente parcial, se reajustaría 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 1º de la Ley 71 de 1988<sup>2</sup> precisó que las pensiones referidas en el artículo 1º de la Ley 4 de 1976, la de incapacidad permanente parcial y las compartidas, serían reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que fuera incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.

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

*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; y que inicialmente desde la Ley 4 de 1976 se determinó un ajuste a los beneficiarios de los regímenes del sector público, oficial y privado, según el salario mínimo legal mensual vigente más alto.

---

<sup>2</sup> Ley 71 de 1988 *por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras*  
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=307>

A su turno, la Ley 100 de 1993, en el artículo 289, indicó en relación con las vigencias y derogatorias lo siguiente:

*La presente Ley rige a partir de la fecha de su publicación, salvaguarda los derechos adquiridos y **deroga** todas las disposiciones que le sean contrarias, en especial el artículo 2o. de la Ley 4a. de 1966, el artículo 5o. de la Ley 33 de 1985, **el párrafo del art. 7o. de la Ley 71 de 1988**, los artículos 268, 269, 270, 271 y 272 del Código de Sustantivo del Trabajo y demás normas que los modifiquen o adicionen.*

O sea que al derogarse el párrafo del artículo 7 de la Ley 71 de 1988, se derogó la norma que disponía un régimen de reconocimiento pensional para las personas que tuvieran 10 años o más de afiliación en una o varias de las entidades y 50 años o más de edad, si era varón, o 45 años o más, si era mujer, a quienes continuarían aplicándose las normas de los regímenes actuales vigentes.

Además, este párrafo del artículo 7 de la Ley 71 de 1988 fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-012 de 1994.

La Ley 100 de 1993 en su artículo 279 contempló los regímenes exceptuados del sistema integral de seguridad social contenido en esa norma, quedando contemplado, entre otros, el personal docente vinculado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio; y, además, señaló que estas excepciones no implicaban negación de los beneficios y derechos determinados en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, el cual consagra el reajuste anual de las pensiones con el IPC:

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

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

[...]

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

Concerniente al reajuste de las pensiones, el régimen general de pensiones previsto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 precisó:

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

Dicha normativa fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-387 de 1994<sup>3</sup> donde señaló:

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

[...]

**“Las instituciones del salario mínimo y de la pensión mínima, se enmarcan dentro de aquellas políticas destinadas a lograr una justicia social, pues son medidas especiales de protección a 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.**

<sup>3</sup> Corte Constitucional sentencia C- 387 de 1994; MP. Dr. Carlos Gaviria Díaz, 1 de septiembre de 1994; REF.: expediente No. D-529. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/c-387-94.htm>

[...]

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

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

*“Año Inflación Salario mínimo*

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

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

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

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

En este sentido, el Máximo Tribunal Constitucional alude a la determinación de incrementar las pensiones con el salario mínimo solo para los pensionados que devengan la pensión mínima, en aras de salvaguardar los derechos constitucionales de los pensiones que se encuentran en debilidad manifiesta frente a los demás ciudadanos; a su vez, que la determinación del Índice de Precios al Consumidor para los demás pensionados para establecer el incremento pensional, se ajusta a circunstancias económicas y políticas.

De otro lado, la Ley 238 de 1995<sup>4</sup> dispuso la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 a los regímenes exceptuados previstos en dicha disposición; al respecto señaló:

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

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

Si bien el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 dispuso las excepciones de su aplicación al personal docente vinculado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, posteriormente la Ley 238 de 1995 integró a este sector en la aplicación del reajuste pensional contemplado en el régimen general de pensiones.

Bajo el tema en cuestión, referente al reajuste de las mesadas en aplicación de la Ley 100 de 1993, la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado<sup>5</sup> en providencia del 17 de agosto del 2017 emitida dentro de la acción pública de nulidad en contra del artículo 40 del Decreto 692 de 1994, expuso que el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 derogó el dispuesto por la Ley 71 de 1988:

*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:*

<sup>4</sup> Ley 238 de 1995; [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0238\\_1995.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0238_1995.html)

<sup>5</sup> Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda -Subsección A- Consejero ponente: William Hernández Gómez - Bogotá, D.C., diecisiete (17) de agosto de dos mil diecisiete (2017) -Radicación número: 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14). <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2102915>

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

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

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

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

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 dicha norma quedó derogada por esta última, que dispuso que los ajustes de las mesadas pensionales fueran incrementadas conforme a la variación del Índice de Precios al Consumidor.

Referente a los motivos que alega el libelista de aplicar artículo 1º de la Ley 71 de 1988, en armonía con el principio de favorabilidad, es pertinente traer a colación los pronunciamientos jurisprudenciales expuestos por la Máxima Corporación Constitucional en sentencia C-435 de 2017, bajo la acción pública de Constitucionalidad, mediante la cual se demandó la nulidad parcial del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 concerniente al reajuste de pensiones según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor así:

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

[...]

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

[...]

*Siendo así, se tiene que en la norma demandada el legislador específicamente dispuso que el criterio o parámetro de*

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

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

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

[...]

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

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

### **Segundo problema jurídico**

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

**Tesis: La Sala defenderá la tesis de que, conforme a la normativa, la demandante debe aportar al sistema de salud sobre todas las mesadas pensionales incluidas las adicionales de junio y diciembre, en un porcentaje del 12%.**

### **Régimen de Seguridad Social en Salud**

El artículo 48 de la Carta Política concibe la seguridad social como un servicio público obligatorio que debe prestarse bajo la dirección coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Así mismo, lo consagra como un derecho irrenunciable de garantía universal para todos los administrados y el artículo 49 *ibídem*, alude a la atención en salud y el saneamiento ambiental como servicios públicos a cargo del Estado, que se debe garantizar a todas las personas conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

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

Por su parte, el artículo 143 *ibídem*, previó para los pensionados antes del 1° de abril de 1994, el reajuste mensual equivalente a la elevación en la cotización para salud que resulte de la aplicación de dicha norma; así mismo, dispuso la cotización para salud a cargo de los

pensionados, quienes podrían cancelarla mediante una cotización complementaria durante su período de vinculación laboral.

A su vez, el artículo 280 de la Ley 100 de 1993, determinó 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 1968<sup>7</sup>, en cuyo artículo 37, se dispuso: *"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 1989<sup>8</sup>, 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:*

---

<sup>6</sup> <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjurMantenimiento/normas/Norma1.jsp?i=1573>

<sup>7</sup> "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"

<sup>8</sup> [https://www.mineducacion.gov.co/1621/articles-85852\\_archivo\\_pdf.pdf](https://www.mineducacion.gov.co/1621/articles-85852_archivo_pdf.pdf)

*(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 2003<sup>9</sup> estableció que el régimen prestacional de los docentes nacionales y nacionalizados vinculados antes de la vigencia de esta ley, es el señalado en las normas establecidas con anterioridad a la misma y, que los vinculados a partir de la entrada en vigencia de la citada norma, afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres, norma declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-369-04.

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

Posteriormente, el primer párrafo transitorio del Acto Legislativo 01 de 2005 consagró 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.”*

---

<sup>9</sup> [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0812\\_2003.html#1](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0812_2003.html#1)

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

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

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

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

Y, finalmente, por virtud del artículo 1° de la Ley 1250 de 2008, que adicionó el 204 de la Ley 100 de 1993, la cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional.

De las normas señaladas se evidencia que el espíritu de la ley va dirigido a que se deben efectuar aportes para salud tanto en los regímenes especiales como del Sistema General de Seguridad Social, incluidos los pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

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

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

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

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

*[...]*

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

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

Sobre el monto de las cotizaciones que deben realizar los docentes pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio por concepto de salud respecto al porcentaje del régimen general de pensiones, la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado en sentencia del 10 de mayo de 2018<sup>10</sup>, 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*

<sup>10</sup> 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 el Magisterio tiene a cargo las prestaciones sociales de los afiliados al Magisterio, entre estas, (i) la pensión ordinaria y (ii) garantizar la prestación la prestación de los servicios médico asistenciales. Lo que indica que los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterios, por disposición de la ley, tienen un régimen especial de seguridad social en salud.*

[...]

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

[...]

#### *6.2. Afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterios*

<i>Ley 91 de 1989 artículo 8-5</i>	<i>5%</i>
<i>Ley 812 de 2003, 11, 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</i>

<sup>11</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-529 de 23 de junio de 2010

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

#### **Descuento de salud sobre las mesadas adicionales.**

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

De igual manera, debe advertirse que el Consejo de Estado mediante sentencia de unificación del 3 de junio de 2021<sup>12</sup>, respecto de los descuentos destinados a salud sobre las mesadas pensionales adicionales expuso:

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

***1. El antecedente normativo de las cotizaciones al sistema de salud se puede ubicar en la Ley 4 del 23 de abril de 1966<sup>13</sup>, la cual, en el artículo 2, dispuso que los pensionados deberían contribuir a la Caja Nacional de Previsión Social un 5% de su mesada pensional, norma reglamentada por el artículo 2<sup>14</sup> del Decreto 1743 del 9 de julio del mismo año<sup>15</sup>. Dicho porcentaje se mantuvo***

<sup>12</sup> Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección Segunda; Bogotá D.C., tres (03) de junio de dos mil veintiuno (2021); radicado 66001-33-33-000-2015-00309-01(0632-2018)

<sup>13</sup> «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.»

<sup>14</sup> «Parágrafo. - Los pensionados seguirán cotizando el cinco por ciento (5%) del valor de la pensión que reciban en cada mes y demás, por una sola vez, aportarán una tercera parte del valor del reajuste o aumento de la pensión.»

<sup>15</sup> «Por el cual se reglamenta la Ley 4.ª de 1966.»

*en el artículo 37 del Decreto 3135 del 26 de diciembre de 1968<sup>16</sup>, que adicionalmente señaló que la finalidad del aporte sería que «a los pensionados por invalidez, jubilación y retiro por vejez se les prestará por la entidad que les pague la pensión, asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria»<sup>17</sup>. Este aporte obligatorio se reiteró en el artículo 90, numeral 3<sup>18</sup>, del Decreto 1848 del 4 de noviembre de 1969 y la prestación de los servicios asistenciales, en el artículo 7<sup>19</sup> de la Ley 4 de 21 de enero de 1976.*

*2. Posteriormente, la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación con el objetivo de que efectuara el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado y garantizara la prestación de los servicios médico-asistenciales. Para tal fin, en el artículo 8 se precisó que dentro de los recursos que lo constituirían estarían los provenientes del 5% de cada mesada pensional pagada por el Fondo «incluidas las mesadas adicionales».*

*3. Adicionalmente, en los antecedentes de la Ley 91 de 1989, se precisó que tal medida tenía el propósito de permitir el pago de la mesada de pensional de medio año en favor de los docentes vinculados a partir de enero de 1981 y «es nueva frente a la de fin de año, que está exenta de cotización en Cajanal, en el Instituto de Seguros Sociales y en las Cajas o Entidades Territoriales [...]»<sup>20</sup>. De esta manera queda expuesta la finalidad de los aludidos descuentos de las mesadas adicionales.*

### **1.1 Los aportes a salud a partir de la Ley 812 de 2003**

*4. Más adelante, con el propósito de contribuir a la solidaridad y a la sostenibilidad financiera del sistema general de seguridad social en salud, el proyecto de ley 169 en Cámara «por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo hacia un Estado comunitario 2002-2006»<sup>21</sup>, propuso la eliminación de los regímenes especiales, pues la existencia de estas condiciones particulares fue catalogada como uno de los factores que llevaron a los desequilibrios fiscales acumulados en la década del noventa<sup>22</sup>.*

<sup>16</sup> «Por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones.»

<sup>17</sup> Artículo declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-229 de 1998 «en el entendido de que esta norma no excluye el deber de realizar los aportes de solidaridad previstos por el sistema general de seguridad social diseñado por la Ley 100 de 1993.»

<sup>18</sup> «3. Todo pensionado está obligado a cotizar mensualmente a la entidad pagadora el cinco por ciento (5%) del valor de su respectiva pensión, para contribuir a la financiación de la prestación asistencial a que se refiere este artículo, suma que se descontará de cada mesada pensional.»

<sup>19</sup> «Los pensionados del sector público, oficial, semioficial y privado, así como los familiares que dependen económicamente de ellos de acuerdo con la Ley, [...], tendrán derecho a disfrutar de los servicios médicos, [...] de las entidades, patronos o empresas tengan establecido o establezcan para sus afiliados o trabajadores activos, o para sus dependientes según sea el caso, mediante el cumplimiento de las obligaciones sobre aportes a cargo de los beneficiarios de tales servicios.»

<sup>20</sup> Gaceta del Congreso, año XXXII N.º 103 de 17 de octubre de 1989. Ponencia para primer debate al proyecto de ley número 49 de 1989, Senado «por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio». Páginas 4 y 5.

<sup>21</sup> Gaceta del Congreso, Cámara, año XII N.º 54, 10 de febrero de 2003, Ponencia para primer debate al Proyecto de Ley 169, Cámara «por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo hacia un Estado comunitario 2002-2006». Página 107.

<sup>22</sup> *Ibidem* página 70.

5. *Esta medida se implementó como consecuencia de la política social asumida por el Gobierno y con el fin de generar mayor equidad en varios frentes, para lo cual se destacó que «se pretende, en particular, cerrar la brecha no solo entre ricos y pobres, sino también entre la ciudad y el campo, entre hombres y mujeres, entre regiones, generaciones y grupos étnicos»<sup>23</sup>.*

6. *Fue así como a partir de la entrada en vigor de la Ley 812 del 26 de junio de 2003<sup>24</sup>, se introdujo un cambio sustancial en el régimen prestacional de los docentes afiliados al FOMAG<sup>25</sup>. En efecto, el artículo 81 previó que quienes se vincularan a partir de ese momento, estarían cobijados por el régimen de prima media de que tratan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos por aquel, con excepción de lo relacionado con la edad de pensión que será de 57 años, tanto para hombres como para mujeres. Así lo reguló la norma:*

*[...]*

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

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

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

*[...]»*

7. *Es importante señalar que el servicio de salud de este personal es prestado de conformidad con la Ley 91 de 1989, en las*

---

<sup>23</sup> Gaceta del Congreso, Cámara, año XII N.º 165, 14 de abril de 2003, Ponencia aprobada en primer debate por las Comisiones Terceras y Cuartas del Senado de la República y Cámara de Representantes al Proyecto de Ley 169, Cámara «por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo hacia un Estado comunitario 2002-2006». Página 38.

<sup>24</sup> «Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario»

<sup>25</sup> Sobre la materia se puede consultar: Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 25 de abril de 2019, radicación 680012333000201500569-01(0935-2017), Sentencia de unificación SUJ-014 -CE-S2 -2019, demandante: Abadía Reinel Toloza.

*condiciones anteriormente señaladas. Ahora, en cuanto a la tasa de cotización, la Ley 812 de 2003 también se remitió a lo regulado para el sistema general de seguridad social y mantuvo la distribución de los porcentajes de trabajadores y empleadores. Fue así como el Decreto 2341 del 19 de agosto de 2003<sup>26</sup> reglamentó la anterior disposición y reiteró que la tasa de cotización de los docentes afiliados al FOMAG corresponde a la «suma de aportes para salud y pensiones establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003».*

*8. Lo anterior, implicó el aumento en el porcentaje que le corresponde asumir al empleador, situación que se reguló imponiendo su financiación a cargo de los recursos del Sistema General de Participaciones «y con los recursos que la Nación le transfiera inicialmente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por un monto equivalente a la suma que resulte de la revisión del corte de cuentas previsto en la Ley 91 de 1989 y hasta por el monto de dicha deuda». Tal disposición fue reiterada por el Acto Legislativo 01 de 2005, en el parágrafo transitorio 1.º del artículo 1, que adicionó el artículo 48 de la Carta Política.*

*9. En ese orden, se concluye que el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 modificó el artículo 8 de la Ley 91 de 1989, en cuanto al porcentaje del aporte, y, a partir de ese momento, el personal docente pasó de hacer cotizaciones equivalentes del 5% de la mesada al 12%, de conformidad con el artículo 204 de la Ley 100 de 1993. Luego, tal porcentaje se aumentó al 12.5%, según el artículo 10 de la Ley 1122 del 9 de enero de 2007<sup>27</sup>, y más adelante, el artículo 1 de la Ley 1250 del 27 de noviembre de 2008<sup>28</sup> lo fijó en 12% para los pensionados. Recientemente, la Ley 2010 de 2019, en el artículo 142, adicionó el parágrafo 5 del artículo 204 de la Ley 100 de 1993, para establecer los porcentajes en función del valor de la mesada y señaló que podrían ir desde un 8% hasta 12%.*

*10. Ahora, es cierto que el artículo 81 no hizo mención expresa al aumento para la tasa de cotización en salud de los docentes pensionados, sin embargo, esto no implica que aquellos estuvieran exentos del ámbito de la norma. En lo relativo a este punto, la Corte Constitucional, en la sentencia C-369 de 2004, al estudiar la demanda de inexecutable del inciso 4<sup>29</sup> del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, analizó el contenido y alcance del aumento en la cotización que esta ley implicó para dicho personal, y concluyó que es razonable entender que ellos están incluidos, por lo que de ahí en adelante deben cancelar la totalidad del*

<sup>26</sup> «Por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y se dictan otras disposiciones»

<sup>27</sup> «Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.»

<sup>28</sup> «Por la cual se adiciona un inciso al artículo 204 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007 y un parágrafo al artículo 19 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 60 de la Ley 797 de 2003.»

<sup>29</sup> El tenor literal de la disposición demandada es el siguiente: «El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.»

*aporte previsto por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003. Particularmente, expuso, en primer lugar, que la norma no estableció excepción alguna al disponer el incremento, y, en segundo lugar, que dentro de los afiliados al FOMAG se encuentran los docentes pensionados que reciben su mesada de dicho fondo, por lo tanto, también son destinatarios de la disposición en mención.*

11. *Lo anterior se acompasa con el artículo 157<sup>30</sup> de la Ley 100 de 1993, que en el numeral 1 indicó que son afiliados al régimen contributivo los pensionados y jubilados, pues se encuentran dentro del grupo de la población que tienen capacidad de pago.*

12. *Por otra parte, no se desconoce que la Ley 100 de 1993, en el artículo 143, introdujo un reajuste mensual equivalente a la elevación de la cotización en salud, para quienes se pensionaron con anterioridad al 1° de enero de 1994, sin que se encuentre uno semejante en la Ley 812 de 2003 para los docentes pensionados. Frente a este punto, la sentencia C-369 de 2004, en cita, indicó que el hecho de haber ordenado el incremento de la cotización, sin prever un mecanismo de reajuste similar al contenido en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, para el régimen general, no vulnera el derecho a la igualdad de los afiliados al FOMAG.*

13. *Para llegar a tal conclusión, se remitió al criterio hermenéutico fijado en la sentencia C-126 de 2000, que declaró exequible el mencionado artículo. En aquella oportunidad, la Corte estimó que en desarrollo del principio de solidaridad y con el propósito de preservar el equilibrio financiero del sistema de seguridad social en salud, el Legislador puede ordenar que la cotización sea asumida en su totalidad por el pensionado, teniendo en cuenta que se reduce el número de trabajadores activos y que al alcanzar el estatus cesa la obligación de cotizar a pensión, lo cual compensa de cierta manera el aumento de la cotización en salud.*

14. *Adicionalmente, sostuvo que el Legislador no tenía el deber de prever el mismo mecanismo compensatorio, argumento que sustentó en la tesis reiterada según la cual la existencia de regímenes especiales, como los previstos por el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, no vulnera por sí mismo el derecho a la igualdad, pues el trato diferenciado no es discriminatorio, sino que favorece a quienes cobija. Así mismo, la sentencia identificó los aspectos que llevan a considerar que un régimen especial contiene una discriminación para sus destinatarios en relación con determinada prestación, estas son, «(i) la autonomía y separabilidad de la prestación deben ser muy claras, (ii) la inferioridad del régimen especial debe ser indudable y (iii) la carencia de compensación debe ser evidente»<sup>31</sup>.*

<sup>30</sup> «[...] Los afiliados al Sistema mediante el régimen contributivo son las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago. Estas personas deberán afiliarse al Sistema mediante las normas del régimen contributivo de que trata el capítulo I del título III de la presente Ley [...]» Aparte subrayado declarado exequible por la sentencia C-711 de 1998.

<sup>31</sup> La Corte citó: «Sentencia C-080/99, M.P. Alejandro Martínez Caballero, criterio reiterado en las sentencias C-941 de 2003, C-1032 de 2002, C-835 de 2002, C-956 de 2001, C-890 de 1999.»

15. *A partir de la anterior precisión, expuso que la cotización en salud no puede ser considerada autónoma e independiente, sino que está ligada al conjunto de servicios que se prestan al magisterio, regulado por la Ley 91 de 1989, cuyas particularidades representan algunos beneficios superiores para sus destinatarios. En consecuencia, como aquel es un régimen especial, diferente al general, la ley no tenía que prever un ajuste idéntico al señalado por la Ley 100 de 1993.*

16. *Ahora bien, es necesario tener en cuenta que el artículo 81 de la Ley 812 no introdujo modificación a los demás aspectos distintos del valor de la deducción del artículo 8 de esta última, particularmente, en cuanto prevé que los pensionados deben aportar un porcentaje de cada mesada pensional incluidas las mesadas adicionales, en consecuencia, este se mantiene.*

17. *De lo anteriormente expuesto, se observa que el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 aumentó el porcentaje de la cotización a salud del personal pensionado que se encontrara afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, del 5% al 12% mensual, pero no modificó la obligación de efectuarlas sobre cada una de las mesadas pensionales, incluso de las mesadas adicionales, según lo ordenado por el artículo 8 de la Ley 91 de 1989, por lo tanto, dicha obligación subsiste.*

18. *Es así como el artículo 2.4.4.2.2.3. del Decreto 1075 de 2015, al referirse al giro que la sociedad fiduciaria administradora debe hacer al FOMAG, incluye los aportes previstos en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, así como los señalados por el numeral 4 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989.*

19. **En conclusión:** *Son procedentes los descuentos de aportes a salud del 12% previsto por el artículo 204 de la Ley 100 de 1993 de cada una de las mesadas pensionales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, incluso de las mesadas adicionales que reciban, por disposición de la Ley 812 en cuanto así lo prevé y que remite al art. 204 de la Ley 100 de 1993.*

[...]

## **1. REGLA DE UNIFICACIÓN**

20. *Son procedentes los descuentos con destino a salud en el porcentaje del 12% señalado en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, así como las normas que lo modifiquen, de las mesadas adicionales de junio y diciembre de los docentes. Lo anterior por cuanto el artículo 8 de la Ley 91 de 1989 les impuso el deber de contribuir con el aporte del 5% al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, incluso con la deducción de las mesadas adicionales. Más adelante, la Ley 812 de 2003, en el artículo 81, incrementó el porcentaje al 12%, al hacer remisión a las disposiciones generales de la Ley 100 de 1993, particularmente a los porcentajes de los aportes señalados en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, los cuales se deducen de todas las mesadas pensionales, incluso de las adicionales.*

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

Los argumentos esbozados por la parte demandante se contraen a indicar que a la demandante le era aplicable la preceptiva contenida en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, que señala que quienes figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrían el régimen prestacional del que han venido gozando en cada entidad territorial, conforme a las normas vigentes, y, por ende, se debe dar aplicación a los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978; sin embargo, dichas preceptivas no previeron los descuentos de las mesadas adicionales, ni tampoco un descuento por concepto de salud sobre la mesada ordinaria del 5%.

Considera la Sala que no le asiste razón al impugnante al indicar que la accionante es beneficiaria de los mencionados decretos en virtud del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, toda vez que, en materia pensional, los docentes vinculados antes de la Ley 812 de 2003 se rigen por la Ley 33 de 1985.

En este sentido, conforme se concluyó en el estudio previamente señalado, se tiene que los descuentos aplicados a los pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio sobre la mesada ordinaria y las adicionales de los meses de junio y diciembre por concepto de salud, deben hacerse con los porcentajes previstos por las normas anteriormente señaladas.

### **Conclusiones**

Conforme a los anteriores argumentos, no le asiste razón a la parte accionante al indicar que el reajuste de las mesadas pensionales se debe realizar según el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, esto es, conforme al salario mínimo, y no de acuerdo a lo establecido en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

Lo anterior, porque la Ley 100 de 1993 reajustó las mesadas de los regímenes del sistema general de pensiones, y en aras de mantener su poder adquisitivo ordenó el ajuste según la variación porcentual del índice de precios al consumidor; además con la expedición de dicha norma se entendió derogada la Ley 71 de 1988.

En relación con los descuentos a salud, se evidencia que 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 están exonerados de realizar los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, por disposición expresa de la Ley 812 de 2003, sobre las mesadas pensionales y las adicionales de los meses de junio y diciembre.

Por lo anterior, se confirmará la sentencia de primera instancia que data del 4 de noviembre de 2021.

#### **Costas**

Conforme al artículo 188 del CPACA, modificado por la Ley 2080 de 2021, no se condenará en costas en este proceso a el demandante, ya que no hubo actuación de las partes en esta instancia, ante esta Corporación.

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**

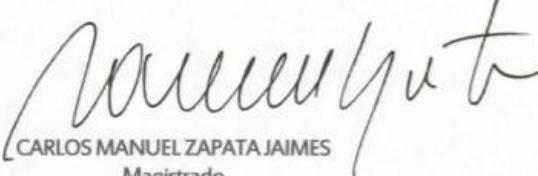
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales el 4 de noviembre de 2021, en el proceso que en ejercicio del medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** instauró **LIMBANIA LOAIZA HIDALGO** contra la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**.

**SEGUNDO: SIN CONDENA EN COSTAS EN ESTA INSTANCIA.**

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

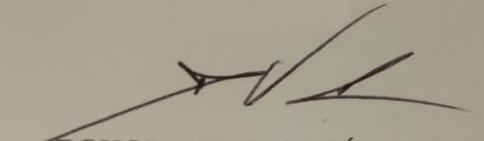
**NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión celebrada el 14 de julio de 2022,  
conforme Acta nro. 040 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES  
Magistrado

**PATRICIA VARELA CIFUENTES**  
Magistrada  
Ausente con Permiso



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS  
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS  
ESTADO ELECTRÓNICO

Notificación por Estado Electrónico nro. 125 del 18 de  
julio de 2022

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, catorce (14) de julio de dos mil veintidós (2022)

PROCESO No.	17001 33 33 004 2020 00270 02
CLASE	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	DORALBA MEJÍA TABARES
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 las pretensiones, proferido por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales en fecha 23 de septiembre de 2021 dentro del proceso de la referencia.

**PRETENSIONES**

Solicitó la parte actora que se declare la nulidad del acto ficto negativo generado por la no respuesta a la petición de reconocimiento y pago de la prima de mitad de año, del cual afirma, tienen derecho los docentes pensionados por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que no son beneficiarios de la pensión gracia por haber sido nombrados con posterioridad al 31 de diciembre de 1980 o tener vinculación nacional, de acuerdo a lo establecido el artículo 15 de la Ley 91 de 1985.

Que, como consecuencia de la declaración de nulidad se ordene como restablecimiento del derecho, el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año consagrada en la Ley 91 de 1985.

Que se ordene a la entidad accionada indexar las sumas que le sean reconocidas por concepto de la presente condena y el cumplimiento del fallo en los términos del artículo 192 y siguientes del CPACA.

Que se condene a la parte demandada en costas y gastos del proceso.

### HECHOS

La señora **Doralba Mejía Tabares** fue nombrada como docente en fecha posterior al 01 de enero de 1981.

Mediante Resolución nro. 8101-6 del 09 de diciembre de 2013 le fue reconocida a la señora Mejía Tabares una pensión de jubilación.

Mediante petición radicada ante el FNPSM solicitó el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985, siendo negada mediante el acto ficto o presunto configurado ante el silencio de la administración.

### NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Ley 91 de 1989 Artículo 15 y la Sentencia de unificación, SUJ—014— CE—S2—2019, Consejero Ponente César Palomino Cortés.

Como sustento del concepto de violación señaló que, el objetivo de esta prestación era compensar a los docentes que no tenían derecho a la pensión de gracia, sumado al hecho de que, el derecho solicitado fue establecido mucho antes de reconocerse la mesada en la ley 100 de 1993.

Señaló que cuando se estableció el pago de una mesada adicional para los pensionados en el artículo 142 de la ley 100 de 1993, ya existía para los docentes del magisterio que fueron vinculados después de 1981 conforme lo establece la ley 91 de 1989, una prima de medio año equivalente a una mesada pensional a partir de la adquisición del derecho pensional, sin que se realizara alguna derogatoria del beneficio reclamado.

Finalmente, agregó que, es claro que, el numeral 2 del artículo 15 de la ley 91 de 1989 nada tiene que ver con la mesada pensional causada con posterioridad al año 2005, pues el régimen especial que contiene la misma, identifica una prima que "equivale" a una mesada pensional, situación diferente a la prestación acontecida como mesada adicional a los docentes en el mes de junio de cada año.

### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Nación - Ministerio de Educación - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio: manifestó que se opone a todas y cada una de las pretensiones puesto que los actos demandados se ajustan a derecho.

Como argumentos de defensa señaló que, el acto administrativo demandado fue proferido atendiendo los parámetros normativos vigentes que versan sobre el reconocimiento, pago y reliquidación de pensiones y, además, de el mismo se presume su legalidad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 88 de la Ley 1437 de 2011.

Señaló, que la entidad debe sujetarse a lo determinado por la ley para la expedición de actos administrativos que traten temas de reconocimiento pensional o prestacional, esto es, bajo los parámetros de la Ley 91 de 1989 por la cual se creó el precitado fondo y, señaló que, los docentes en materia prestacional se rigen por las disposiciones ahí señaladas, así:

Los docentes nacionalizados que se vincularon hasta el 31 de diciembre de 1989, mantendrían el régimen que habían venido gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes; y los nacionales y los que se vinculen a partir del 1o. de enero de 1990, se regularían por las disposiciones 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 dicha ley.

Con fundamento en la normativa y Jurisprudencia que citó, sostiene que, la mesada 14 no puede ser reconocida a personas cuyo derecho pensional se consolide con posterioridad a la entrada en vigencia del citado acto legislativo, salvo aquellas que perciban una pensión igual o inferior a 3 SMLMV, y que la misma se hubiere causado antes del 31 de julio de 2011, es por ello que debe negarse las pretensiones de la demanda.

#### **FALLO DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales mediante sentencia del 23 de septiembre de 2021, negó las pretensiones de la demanda después de plantearse como problema jurídico principal, si al actor le asistía el derecho a que se le reconozca la prima de mitad de año creada por la Ley 91 de 1989.

Tras hacer un recuento normativo sobre la mesada adicional consagrada en la Ley 91 de 1985, concluye que, para determinar si un docente es beneficiario de la mesada 14 se debe determinar si se causó la pensión antes del 31 de julio de 2011 y si la prestación reconocida es inferior a 3 salarios mínimos mensuales vigentes.

Y como en el caso sub iudice -señaló- la actora adquirió el status de pensionada con posterioridad al 31 de julio de 2011, además de que su mesada pensional no es inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, consideró que, el actor no tiene derecho al reconocimiento de la mesada 14, y por ello niega las pretensiones.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la decisión adoptada en primera instancia, la parte accionante presentó recurso de alzada en forma oportuna, mediante memorial visible en PDF 16 del expediente digital de primera instancia.

Después de hacer un recuento normativo sobre la mesada adicional de mitad de año, señaló que, el actor reúne los requisitos establecidos en la ley para obtener el reconocimiento a la prima de mitad de año, equivalente a una mesada pensional, pues en el presente caso, el docente se vinculó al magisterio después del 01 de enero de 1981, por lo tanto, cumple con el requisito consagrado en el numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, que indica que, tienen derecho a la prima de mitad de año, aquellos docentes que se hayan vinculado a partir del 01 de enero de 1981.

Afirma que, cabe recordar una vez más, que la prima de mitad de año fue prevista por el legislador como un beneficio adicional a la pensión de jubilación, para aquellos docentes que por su fecha de vinculación no tenían derecho a la pensión gracia; de ahí que por el hecho de que se pague en junio y que equivalga a una mesada pensional, no desnaturaliza su calidad de prima de beneficio solo para los docentes que cumplen los requisitos establecidos en el numeral 2, literal b) del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y tampoco la convierte en la mesada adicional creada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, pues la naturaleza de ambas es diferente.

Por otro lado, y en relación con la condena en costas, explicó que el demandante acudió a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en busca de protección judicial para sus derechos. Y añadió que, de conformidad con el artículo 188 del CPACA, adicionado por la Ley 2080 de 2021, para la imposición de costas no se privilegia la conducta de las partes dentro del proceso, sino que se revisa quien fue la vencida en juicio y además si las costas se causaron o no, lo cual debe aparecer demostrado.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA**

Conforme a la constancia secretarial visible en PDF nro. 05 del expediente digital las partes guardaron silencio.

### **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

### **Problemas jurídicos.**

Los problemas jurídicos principales que se deben resolver en esta instancia se resumen en el siguiente interrogante:

1. ¿Tiene derecho la señora Mejía Tabares que se le reconozca y pague la prima de mitad de año, mesada adicional, consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989?
2. ¿Se cumplieron las condiciones señaladas en la ley y la jurisprudencia para condenar en costas a la parte demandante en primera instancia?

### **LO PROBADO**

Para el caso bajo estudio, se encuentra demostrado lo siguiente:

- Mediante Resolución nro. 8101-6 del 09 de diciembre de 2013 se reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación a favor de la actora, efectiva desde el 03/06/2013, por haber adquirido el status de pensionado el 02/06/2013 (pdf nro. 01 del expediente digital de primera instancia)
- Mediante petición radicada el 24/07/2019 solicitó el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985, siendo negada mediante silencio administrativo negativo.

### **Régimen legal aplicable**

Para determinar cuál es el régimen aplicable a los docentes, debe hacerse referencia inicialmente al artículo 81 de la Ley 812 de 2003<sup>1</sup>, que reguló dos eventos:

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

previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

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

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

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

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

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

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

*2. Pensiones:[...]*

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

Respecto de la mesada catorce contemplada para los docentes que no tuvieran derecho a la pensión gracia, el Consejo de Estado Sala de Servicio Civil y consulta en concepto del 22 de noviembre de 2007<sup>2</sup>, esgrimió:

## 2. La mesada adicional del mes de junio:

### 2.1. Su origen y evolución:

Como lo reseña la consulta de la señora Ministra, la mesada adicional del mes de junio fue concebida durante las discusiones del proyecto de normatividad en materia de seguridad social que se concretó en la ley 100 de 1993, con la finalidad de compensar a un grupo de pensionados a los cuales la aplicación de la fórmula consagrada en la ley 4ª de 1976 para el reajuste de su pensión, pudo haberle significado un menor valor frente al resultado de las reglas establecidas en la ley 71 de 1988 18. Tal finalidad sustentó la decisión del legislador, recogida en el artículo 142 de la ley 100 de 1993, de consagrar la mesada adicional del mes de junio, relacionando sus destinatarios. Las expresiones subrayadas fueron declaradas inexecutable 19, pero a continuación se transcribe la versión originalmente aprobada:

"Artículo 142. Mesada adicional para actuales pensionados: Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado, y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1º) de enero de 1988, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994. / Los pensionados por vejez del orden nacional, beneficiarios de los reajustes ordenados en el decreto 2108 de 1992, recibirán el reconocimiento y pago de los treinta días de la mesada adicional sólo a partir de junio de 1996.

"Parágrafo. Esta mesada adicional será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince (15) veces el salario mínimo legal mensual."

La norma así aprobada fue incorporada por el legislador como una de las "disposiciones finales del Sistema General de Pensiones", regulado en el Libro I de la ley 100 de 199320, que "con las excepciones previstas en el artículo 279" y el respeto a los derechos adquiridos, se aplica a "todos los habitantes del territorio nacional."21

Por sus antecedentes y su ubicación en el cuerpo normativo, la mesada adicional es parte del sistema general de pensiones. Esta afirmación se refuerza al observar que la misma ley 100, artículo 279, excluía del régimen general a varios grupos de pensionados, pese a lo cual el texto del artículo 142 incluyó de manera expresa uno de esos grupos, el de "los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de Policía", para que pudieran gozar del beneficio de la mesada adicional. En este sentido, la Corte Constitucional señaló en la sentencia C-461-95, al ordenar aplicar un beneficio similar a los afiliados al Fondo de Prestaciones del Magisterio:

"La excepción al régimen general, consagrada en el artículo 279 de la ley 100, es total. Vale decir, a los afiliados del mencionado Fondo no se les aplica la Ley 100, en ninguna de sus partes, en lo referente al Sistema Integral de Seguridad Social. El artículo 142 – que consagra la mesada adicional para pensionados – tampoco se aplicaría a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dado que tal artículo forma parte del Sistema Integral de Seguridad Social."22

Ahora bien, en nuestro ordenamiento es claro que los requisitos, condiciones y beneficios que configuran un régimen general o un régimen especial, son excluyentes<sup>23</sup>, de manera que los destinatarios de uno y de otro se sujetan en su integridad al que les sea aplicable; salvo disposición legal en contrario que extienda un beneficio del régimen general a los pensionados bajo regímenes especiales, pero sin modificar estos últimos, como es el caso que nos ocupa.

Es claro que la mesada adicional creada por el artículo 142 de la ley 100 de 1993 es un beneficio del sistema general de pensiones, y por lo mismo, de él estaban excluidos quienes se pensionaran bajo los regímenes exceptuados expresamente por el artículo 279 de la misma ley 100; al analizar esta última disposición, la Corte Constitucional con base en la ley 91 de 1989 encontró que los docentes que no tuvieran derecho a la pensión de gracia y los vinculados al fondo de Prestaciones del Magisterio, antes del 1º de enero de 1988, sin derecho a esa pensión, configuraban una excepción arbitraria pues su régimen pensional no incluía ningún beneficio similar a la mesada adicional del mes de junio, con lo cual se rompía la igualdad de todos los pensionados<sup>24</sup>; y tomó esta situación como ejemplo de comparación entre el régimen general y los regímenes especiales, a fin de determinar la constitucionalidad de estos; así, en la sentencia C-080-9925, se lee:

"...7. Con base en los anteriores criterios, la Corte concluyó que, por ejemplo, la exclusión de la mesada pensional adicional prevista por la Ley 100 de 1993 a ciertos maestros desconocía la igualdad, por cuanto estos no gozaban, dentro de su régimen especial, de ningún beneficio similar o equivalente 'que obre como compensación por el deterioro que causa la inflación sobre el poder adquisitivo de las pensiones... 8. El análisis precedente muestra que, conforme a la jurisprudencia de la Corte, en principio no es posible comparar las prestaciones individuales de los regímenes especiales de seguridad social frente a la regulación establecida por el sistema general de pensiones o de salud. Sin embargo, en algunos casos, y de manera excepcional, es procedente un examen de igualdad. Para tal efecto, se requiere que se trate de una prestación claramente separable del conjunto de beneficios previstos por el régimen, en la medida en que tiene una suficiente autonomía y no se encuentra indisolublemente ligada a otras prestaciones..."

La extensión de la mesada adicional del sistema general de pensiones a los grupos de pensionados exceptuados de él, tiene como antecedente la sentencia C- 409-9426 que declaró inexecutable las expresiones "actuales" y "cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1º) de enero de 1988", del artículo 142 de la ley 100 de 1993, por considerar que "la desvalorización constante y progresiva de la moneda" afectaba a todos los pensionados en los reajustes anuales de sus mesadas; la segunda, ya comentada, de la cual surgió un grupo de docentes que por no tener derecho a la pensión de gracia y haberse vinculado al servicio antes del 1º de enero de 1980, no tenían un beneficio equivalente, de manera que la excepción del artículo 279 de la ley 100 de 1993 se había tornado discriminatoria en cuanto impedía el reconocimiento a este sector de pensionados de dicha mesada adicional.

Las razones expuestas en la sentencia C-409-94 fundamentaron la iniciativa parlamentaria que se concretó en la ley 238 de 1995<sup>27</sup>, y que fue propuesta y aprobada como una "adición" de un parágrafo al artículo 279 de la ley 100 de 1993 para que, sin modificar su texto, esto es conservando el reconocimiento de los regímenes especiales de ECOPETROL y del Magisterio, por lo mismo exceptuados del sistema general de pensiones, se precisara que los pensionados de esos sectores tendrían derecho a los

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

Destaca la Sala que la iniciativa fue muy clara en el sentido de aplicar a un grupo de pensionados unos beneficios del régimen general, pero no planteó, ni se discutió, la modificación de los correspondientes regímenes especiales; de este modo, el texto aprobado muestra que con él se permite el reconocimiento de la mesada adicional a los sectores de pensionados exceptuados de ese régimen general pero sin modificar sus propios regímenes especiales para incorporarla a ellos.

Es decir, la mesada pensional no dejó de ser un beneficio del régimen general de pensiones, pero tampoco fue incluida como parte de los beneficios de los regímenes especiales ni de los expresamente relacionados en el artículo 279 de la ley 100 de 1993; en rigor, la ley 238 lo que hizo fue introducir una excepción muy particular a la excepción general, consistente en permitir que un beneficio regulado para los pensionados bajo el régimen general pudiera ser aplicado a quienes por estar sujetos a regímenes especiales de pensión, no podían ser destinatarios de dicho beneficio.

Conservándose como parte del sistema general, la derogatoria de la mesada pensional en la forma como quedó dispuesta por el inciso octavo del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 del 2005, aplica a todos los pensionados, incluidos los docentes oficiales, como se expone a continuación.

## 2.2. La supresión de la mesada adicional del mes de junio:

Con la finalidad de introducir como principio constitucional la indispensable sostenibilidad del sistema de seguridad social y limitar la posibilidad de que por ley o negociación colectiva continuara la multiplicidad de regímenes pensionales y su impacto en las finanzas públicas, el gobierno nacional presentó dos proyectos de acto legislativo el 20 de julio y el 19 de agosto del 200428, los cuales fueron acumulados para su estudio y trámite.

Ambos proyectos contenían la siguiente propuesta de norma constitucional:

"Las personas a las que se les reconozca pensión a partir de la entrada en vigencia del presente acto legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año."

Esta propuesta no encontró reparos en el Congreso y desde el inicio de los debates fue modificada para que la prohibición no quedara referida al reconocimiento de la pensión sino a su causación; así, la norma aprobada como inciso octavo del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 del 2005, ordena:

"Artículo 1º...

"Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se hubiese efectuado su reconocimiento."

En los debates, la propuesta fue aceptada en razón del impacto económico de esa mesada adicional; pero también se dio el acuerdo de introducir una excepción para los pensionados que reciban mesadas no superiores a tres

requisitos para pensionarse antes del 31 de julio del 2011; este acuerdo se recogió en el párrafo transitorio 6º del Acto Legislativo No. 01 del 2005: "Párrafo transitorio 6o. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8o. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año".

De manera que, a partir del 25 de julio del 2005, fecha en la cual se publicó el Acto Legislativo No. 01 del 2005, las personas que adquieran el derecho a la pensión recibirán un máximo de trece mesadas al año, con la excepción establecida en el párrafo 6º transitorio, que, evidentemente, también está restringida en el tiempo y en sus destinatarios.

Entonces, los docentes oficiales que causen su derecho a la pensión de jubilación o de vejez a partir del 25 de julio del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 01 del 2005, no podrán recibir la mesada adicional del mes de junio creada por el artículo 142 de la ley 100 de 1993; con la salvedad del párrafo transitorio 6º del mencionado acto legislativo.

Con base en las premisas anteriores,

#### **SE RESPONDE:**

**"1. Desde la perspectiva jurídica, por gozar los docentes de un régimen especialísimo de pensiones y al haber sido excluidos de la aplicación del Sistema de Seguridad Social integral implementado por la ley 100 de 1993 ¿tienen los docentes del sector oficial, nacionales, nacionalizados o territoriales, cuyo derecho a pensión se ha causado con posterioridad a la vigencia del Acto legislativo No. 01 de 2005, derecho a la mesada pensional del mes de junio?"**

**Los docentes del sector oficial, nacionales, nacionalizados y territoriales, que causen el derecho a la pensión de jubilación o vejez a partir del 25 de julio del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 1 del 2005, no tienen derecho a la mesada pensional adicional del mes de junio de que tratan el artículo 142 de la ley 100 de 1993 y la ley 238 de 1995. Se exceptúan los docentes que causen el derecho a la pensión antes del 31 de julio del 2011, si su mesada pensional es igual o inferior a tres salarios mínimos legales vigentes, según lo establece el párrafo transitorio 6º del artículo 1º del Acto Legislativo en mención.**

**"2. De acuerdo con lo dispuesto en el párrafo transitorio 2 del Acto legislativo No. 01 de 2005, ¿la vigencia del régimen exceptuado de los docentes afiliados al fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio expirará el 31 de julio del año 2010?"**

Sí; de manera que en virtud del Acto Legislativo No. 01 del 2005, son tres los regímenes pensionales aplicables al personal docente afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio:

a). el de la ley 91 de 1989 y demás leyes vigentes al 27 de junio del 2003, para los docentes vinculados al servicio con antelación al 27 de junio del 2003 (artículo 81 de la ley 812 del 2003 y artículo 160 de la ley 1151 del 2007).

b). el de prima media con prestación definida de las leyes 100 de 1993 y 797 del 2003, pero con edad de 57 años para hombres y mujeres, tratándose de los docentes vinculados al servicio a partir del 27 de junio del 2003 (artículo

c). el del Sistema General de Pensiones, para las pensiones que se causen después del 31 de julio del 2010 (parágrafo transitorio segundo del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 del 2005).

[...] (negritas y subrayas de la Sala)

Ahora bien, respecto de la aplicación del Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil el Consejo de Estado en providencia del 1 de febrero de 2018 expuso:

La accionante, centra su inconformidad en la interpretación que fue dada por el Tribunal Administrativo del Tolima, a las normas del Acto Legislativo 01 de 2005 que hace referencia a los regímenes pensionales exceptuados, especialmente, el relacionado con la carrera docente y sus derechos pensionales.

Al respecto, indicó que en relación con la mesada catorce, la procedencia para su reconocimiento es la fecha en que se presentó la vinculación al servicio oficial de educación, y no, como razón la autoridad judicial accionada, la fecha de adquisición del estatus pensional por parte de quien pretende el reconocimiento de dicha prestación económica.

Sobre el particular, este juez constitucional encuentra que la interpretación dada por el tribunal accionado, resulta razonable y por lo tanto, los defectos alegados por la parte accionante, no se configuran. Lo anterior, bajo las siguientes consideraciones:

Como se expuso en el acápite de hechos probados en de la presente providencia, en la sentencia que resolvió en segunda instancia sobre las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho de la actora, el fallador parte de la base de establecer con claridad el régimen aplicable (i) tanto al reconocimiento pensional docente, así como a (ii) la mesada adicional número catorce.

Respecto al segundo de los aspectos, el cual resulta ser el relevante para el sub lite, la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo del Tolima, señaló que tras la inclusión de la mesada catorce como un beneficio de los docentes oficiales (a través de la Ley 238 de 1995), con el Acto Legislativo 01 de 2005 se establecieron condiciones específicas para su reconocimiento, de las cuales se puede concluir que (i) la mesada adicional catorce no será pagada a quienes causen su derecho con posterioridad a la entrada en vigencia del acto reformativo de la constitución y (ii) se exceptúan de ello a quienes obtenga su estatus pensional antes del 31 de julio del 2011, y tengan igual o menos de tres salarios mínimos como monto reconocido.

La conclusión expuesta en precedencia, tuvo como sustento una lectura armónica de las disposiciones del citado acto reformativo de la constitución, especialmente, lo fijado en el inciso 8º del artículo 1º del mismo, el cual señala que "las personas cuyo derecho de pensión se cause a partir de la vigencia del presente acto legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento".

Fundamentó la autoridad judicial accionada dicha interpretación, no sólo en la lectura de las normas, sino también en un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado de fecha 22 de noviembre del 2007,

A su vez, la autoridad judicial accionada señaló que conforme al concepto del Consejo de Estado, el beneficio de la mesada catorce en favor de los docentes oficiales, si bien fue incluido excepcionalmente, ello no implica una modificación del régimen que regula su situación pensional, razón por la cual, al mantenerse como un beneficio del régimen general (Ley 100 de 1993), "la derogatoria de la mesada pensional en la forma como quedó dispuesta por el inciso octavo del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005, aplica a todos los pensionados, incluidos los docentes oficiales".<sup>34</sup>

Así las cosas, para esta judicatura, la interpretación dada por la el Tribunal Administrativo del Tolima es razonable, toda vez que obedece a un criterio derivado de la lectura de las normas aplicables al caso concreto, lo que implica que el defecto alegado no se configure.

De acuerdo a lo anterior, es claro concluir que, la mesada catorce consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985 solo puede ser reconocida a aquellos docentes nacionales o nacionalizados que hubieren adquirido su status pensional antes del 25 de julio del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 1 del 2005, o que, habiendo causado su derecho pensional antes del 31 de julio del 2011, su mesada pensional sea igual o inferior a tres salarios mínimos legales vigentes, según lo establece el párrafo transitorio 6º del artículo 1º del Acto Legislativo en mención.

En este punto considera necesario este Juez Colegiado poner de presente que, la postura aquí plasmada ha sido adoptada en decisiones anteriores de esta Sala, como la tomada dentro del proceso identificado con radicado nº 17-001-33-33-003-2017-00576-02.

#### **Caso concreto**

De acuerdo a lo probado en el expediente la señora Mejía Tabares ingresó como docente con posterioridad al 01 de enero de 1981; mediante Resolución nro. 8101-6 del 19 de diciembre de 2013 se reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación a favor de la actora, efectiva desde el 03/06/2013, en cuantía de \$1.916.960.00.

Conforme a lo anterior, evidencia la Sala que la actora adquirió su status pensional después del 2005 y su pensión no es inferior a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes, por lo que no se encuentra dentro de las excepciones contempladas para que sea procedente el reconocimiento de la mesada adicional consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985, ello en virtud del Acto Legislativo 01 del 25 de julio de 2005.

### Segundo problema jurídico

¿Se cumplieron las condiciones señaladas en la ley y la jurisprudencia para condenar en costas a la parte demandante en primera instancia?

**Tesis: La Sala defenderá la tesis que en este caso al momento de condenarse en costas se fundamentó la decisión, lo que no genera una vulneración al derecho de defensa ya que se conocen los motivos por los cuales se impusieron.**

Al revisar la argumentación que se plasmó en el fallo de primera instancia en relación con las costas, se adujo que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, y a la remisión normativa señalada por el canon 306 *ibídem*, en concordancia con los numerales 1 y 3 del artículo 365 del CGP, y atendiendo a un criterio objetivo valorativo en su imposición, se condenaba a la parte demandante por el valor de las agencias en derecho, dado que se habían negado las pretensiones y se tenía acreditado que la parte demandada desplegó actuación por intermedio de su apoderado judicial.

En el recurso de apelación se argumentó, en síntesis, que no procedía la condena en costas, ya que se trató de una condena automática para la parte vencida en juicio, sin que se analizara si se habían causado o no, por lo que se pasó por alto el criterio valorativo.

Respecto a este tema, el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, dispone:

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

*<Inciso adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal.*

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.

El artículo 188 del CPACA, con la modificación introducida por la Ley 2080 de 2021, determinó que se dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal, pero ello no eliminó, en dado caso que la demanda haya incurrido en ese supuesto, de tener que aplicar el criterio adoptado para su imposición que es el objetivo valorativo, el cual impone no solo verificar la parte vencida en juicio sino además el deber de precisar los motivos por los cuales se considera procede la condena, es decir, por qué se aduce que se causaron las mismas.

En la sentencia de primera instancia se argumentó que en atención al criterio objetivo valorativo procedía la condena en costas para la parte demandante en el rubro agencias en derecho, por evidenciar actuación por parte del apoderado de la demandada, aspecto que considera la Sala suficiente para entender cumplido este requisito, por lo que se confirmará la condena en costa en esta instancia

### **Conclusión**

De conformidad con la normativa y la jurisprudencia citada y con fundamento en los hechos debidamente acreditados, estima esta sala de decisión que a la parte demandante no le asiste derecho a que le sea reconocida la mesada adicional de junio consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985.

En ese sentido, se confirmará la sentencia dictada en primera instancia mediante la cual se niegan las pretensiones.

### **COSTAS**

En el presente asunto, de conformidad con el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, no se condena en costas en esta instancia al no haberse surtido actuación alguna que la justifique.

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

### **FALLA**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia del 23 de septiembre de 2021 proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por **DORALBA MEJÍA TABARES** contra la **NACIÓN**

17001-33-33-004-2020-00270-02 Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Sentencia. 118  
Segunda Instancia

– MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

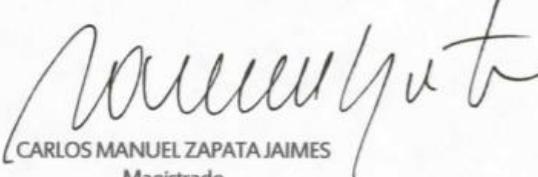
**SEGUNDO: NO SE CONDENA EN COSTAS** en segunda instancia.

**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.

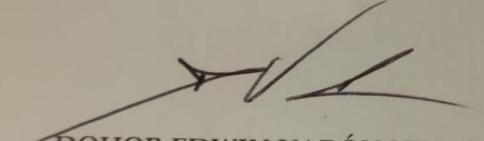
**NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión celebrada el 14 de julio de 2022 conforme Acta n° 040 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES  
Magistrado

**PATRICIA VARELA CIFUENTES**  
**Magistrada**  
**Ausente con Permiso**



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS  
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS  
ESTADO ELECTRÓNICO

Notificación por Estado Electrónico nro. 125 del 18 de julio de 2022

## REPÚBLICA DE COLOMBIA

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

Manizales, catorce (14) de julio de dos mil veintidós (2022)

PROCESO No.	17001-33-39-008-2020-00258-02
CLASE	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	LUZ MARY MUÑOZ SALAZAR
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 las pretensiones, proferido por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, de fecha 23 de noviembre de 2021, dentro del proceso de la referencia.

**PRETENSIONES**

Solicitó la parte actora declarar la nulidad del silencio negativo generado por la no respuesta a la petición sobre reconocimiento y pago de la prima de mitad de año a que tienen derecho los docentes pensionados por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que no tuvieron derecho a la pensión gracia por haber sido nombrados con posterioridad al 31 de diciembre de 1980 o ser de vinculación nacional, de acuerdo a lo establecido el artículo 15 de la Ley 91 de 1985.

Que, como consecuencia de la declaración de nulidad, se ordene como restablecimiento del derecho, el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año consagrada en la Ley 91 de 1985.

Se ordene a la entidad accionada indexar las sumas que le sean reconocidas por concepto de la presente condena.

Se ordene el cumplimiento del fallo en los términos del artículo 192 y siguientes del CPACA.

Que se condene a la parte demandada en costas y gastos del proceso.

### HECHOS

La señora **Muñoz Salazar** fue nombrada como docente en fecha posterior al 01 de enero de 1981.

Mediante Resolución nro. 5508 del 24 de julio de 2017 le fue reconocida a la señora Muñoz Salazar una pensión.

Mediante petición radicada ante el FNPSM se solicitó el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985, siendo negada mediante el acto ficto o presunto configurado ante el silencio de la administración.

### NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Ley 91 de 1989 Artículo 15 y la Sentencia de unificación, SUJ—014— CE—S2—2019, Consejero Ponente César Palomino Cortés.

Como sustentó del concepto de violación, señaló que el objetivo de haber establecido esta prestación, fue en compensación por haber perdido la pensión de gracia, sumado al hecho de que el derecho solicitado fue establecido mucho antes de reconocerse la mesada en la ley 100 de 1993.

Señaló, que cuando se estableció el pago de una mesada adicional para los pensionados en el artículo 142 de la ley 100 de 1993, ya existía para los docentes del magisterio que fueron vinculados después de 1981, conforme lo establece la ley 91 de 1989 una prima de medio año equivalente a una mesada pensional a partir de la adquisición del derecho pensional, sin que se realizara alguna derogatoria del beneficio reclamado.

Finalmente, agregó que es claro que, el numeral 2 del artículo 15 de la ley 91 de 1989, nada tiene que ver con la mesada pensional causada con posterioridad al año 2005, pues el régimen especial, que contiene la misma, identifica una prima, que "equivale" a una mesada pensional, situación diferente a la prestación acontecida como mesada adicional a los docentes en el mes de junio de cada año.

### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Nación - Ministerio de Educación - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio:

manifestó que se opone a todas y cada una de las pretensiones, puesto que los actos demandados se ajustan a derecho.

Como argumentos de defensa señaló que, el acto administrativo demandado fue proferido atendiendo los parámetros normativos vigentes que versan sobre el reconocimiento, pago y reliquidación de pensiones y además de el mismo se presume su legalidad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 88 de la Ley 1437 de 2011.

Que la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO debe sujetarse a lo determinado por la Ley para la expedición de actos administrativos que traten temas de reconocimiento pensional o prestacional, pues los mismos son expedidos bajo los parámetros de la Ley 91 de 1989, por la cual se creó el precitado fondo y, señaló que los docentes en materia prestacional se regirían por las disposiciones ahí señaladas, las cuales se resumen de la siguiente manera:

Los docentes nacionalizados que se vincularon hasta el 31 de diciembre de 1989, mantendrían el régimen que han venido gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes; y los nacionales y los que se vinculen a partir del 1o. de enero de 1990, se regularían por las disposiciones 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 dicha ley.

Con fundamento en la normativa y Jurisprudencia antes transcrita se determina que, la mesada 14 no puede ser reconocida a personas cuyo derecho pensional se consolide con posterioridad a la entrada en vigencia del citado acto legislativo, salvo aquellas que perciban una pensión igual o inferior a 3 SMLMV, y que la misma se hubiere causado antes del 31 de julio de 2011.

De esta manera, se encuentra acreditado que la parte demandante causó su derecho pensional el 10 de julio de 2015, es decir con posterioridad de la entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 01 de 2005, por lo que no le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la mesada 14

Propuso como excepción la que denominó:

**LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS ATACADOS DE NULIDAD:** afirma que los actos demandados se encuentran ajustados a derecho, se profirió en estricto seguimiento de las normas legales vigentes ya aplicables al caso de la demandante.

□ **INEPTITUD DE LA DEMANDA POR CARENCIA DE FUNDAMENTO JURÍDICO:** asegura que los docentes del sector oficial, nacionales, nacionalizados y territoriales, que causen el derecho a la pensión de jubilación o vejez a partir del 25 de julio de 2005, fecha de entrada

adicional del mes de junio de que tratan el artículo 142 de la ley 100 de 1993 y la ley 238 de 1995. Se exceptúan los docentes que causen el derecho a la pensión antes del 31 de julio del 2011, si su mesada pensional es igual o inferior a tres salarios mínimos legales vigentes, según lo establece el párrafo transitorio 6° del artículo 1 del Acto Legislativo en mención

□ **PRESCRIPCIÓN:** solicita al Despacho estudiar la prescripción respecto de las mesadas pensionales en las que haya operado este fenómeno.

□ **COMPENSACIÓN:** solicita su aplicación frente a cualquier suma de dinero que resulte probada en el proceso a favor del demandante y que haya sido pagada por mi representada.

□ **SOSTENIBILIDAD FINANCIERA:** manifiesta que conforme con el Acto Legislativo 03 de 2011 el Estado fortalece la normatividad referente al principio del equilibrio financiero consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, debido a que obliga a todos los órganos y ramas del poder público a orientar sus actividades dentro de un marco de sostenibilidad fiscal.

□ **BUENA FE:** asegura que la entidad actúa de buena fe cuando es respetuoso de la legislación existente en materia de pensiones, con base en nuestro ordenamiento Constitucional y Procedimental aplicando a cada caso en particular la legislación vigente.

□ **LA CONDENA EN COSTAS NO ES OBJETIVA, SE DESVIRTUAR LA BUENA FE DE LA ENTIDAD:** insiste en que el Consejo de Estado ha manifestado que la condena en costas no es objetiva, sino que debe entonces el Juez tener en cuenta la buena fe de la entidad respecto a sus actuaciones procesales

□ **GENÉRICA:** solicita al Despacho reconocer las que resulten demostradas en el curso del proceso.

#### **FALLO DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales mediante sentencia del 23 de noviembre de 2021, negó las pretensiones de la demanda después de plantearse como problema jurídico principal, si a la actora le asistía el derecho a que se le reconozca la prima de mitad de año creada por la Ley 91 de 1989.

Tras hacer un recuento normativo sobre la mesada adicional consagrada en la Ley 91 de 1985, concluye que, para determinar si un docente es beneficiario de la mesada 14 se debe

determinar si se causó la pensión antes del 31 de julio de 2011 y si la prestación reconocida es inferior a 3 salarios mínimos mensuales vigentes.

Sobre el caso concreto indicó que, la actora adquirió el estatus pensional el 8 de noviembre de 2016, es decir con posterioridad al 31 de julio de 2011, además de que su mesada pensional no es inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes., por lo que no tiene derecho al reconocimiento de la mesada 14, y por ello niega las pretensiones.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la decisión adoptada en primera instancia, la parte accionante presentó recurso de alzada de forma oportuna, mediante memorial visible en PDF 023 del expediente digital de primera instancia.

Después de hacer un recuento normativo sobre la mesada adicional de mitad de año, señaló que el actor cumplió con los requisitos establecidos en la ley para obtener el reconocimiento a la prima de mitad de año, equivalente a una mesada pensional, pues en el presente caso el docente se vinculó al magisterio después del 01 de enero de 1981, por lo tanto, cumple con el primer requisito consagrado en el numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y que indica a que tiene derecho a la prima de mitad de año, aquellos docentes que se hayan vinculado a partir del 01 de enero de 1981.

Cabe recordar una vez más, que la prima de mitad de año, fue prevista por el legislador como un beneficio adicional a la pensión de jubilación, para aquellos docentes que por su fecha de vinculación no tenían derecho a la pensión gracia. De ahí que por el hecho de que se pague en junio y que equivalga a una mesada pensional, no desnaturaliza su calidad de prima de beneficio solo para los docentes que cumplen los requisitos establecidos en el numeral 2, literal b) del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y tampoco la convierte en la mesada adicional creada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, pues la naturaleza de ambas es diferente.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA**

Conforme a la constancia secretarial visible en PDF nro. 05 del expediente digital de segunda instancia las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

### **CONSIDERACIONES**

La Sala no observa irregularidades procedimentales que conlleven a decretar la nulidad

### **Problemas jurídicos.**

Los problemas jurídicos principales que se deben resolver en esta instancia se resumen en el siguiente interrogante:

¿Tiene derecho la señora Luz Mery Muñoz Salazar a que se le reconozca y pague la prima de mitad de año, mesada adicional, consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989?

### **LO PROBADO**

Para el caso bajo estudio, se encuentra demostrado lo siguiente:

- Mediante Resolución nro. 5508 del 24 de julio de 2017 se reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación a favor de la parte actora efectiva desde el 09/11/2016 siendo que adquirió el derecho pensional el 08/11/2016; En cuantía de \$3.553.408.00 (pdf nro. 02 del expediente digital de primera instancia)
- Mediante petición radicada el 02/07/2019 solicitó el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985, siendo negada mediante silencio administrativo negativo.

### **Régimen legal aplicable**

Para determinar cuál es el régimen aplicable a los docentes, debe hacerse referencia inicialmente al artículo 81 de la Ley 812 de 2003<sup>1</sup>, que reguló dos eventos:

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

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

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

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

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

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

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

*2. Pensiones:[...]*

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

Respecto de la mesada catorce contemplada para los docentes que no tuvieran derecho a la pensión gracia, el Consejo de Estado Sala de Servicio Civil y consulta en concepto del 22 de noviembre de 2007<sup>2</sup>, esgrimió:

2. La mesada adicional del mes de junio:

2.1. Su origen y evolución:

Como lo reseña la consulta de la señora Ministra, la mesada adicional del mes de junio fue concebida durante las discusiones del proyecto de normatividad en materia de seguridad social que se concretó en la ley 100 de 1993, con la finalidad de compensar a un grupo de pensionados a los cuales la aplicación de la fórmula consagrada en la ley 4ª de 1976 para el reajuste de su pensión, pudo haberle significado un menor valor frente al resultado de las reglas establecidas en la ley 71 de 1988 18. Tal finalidad sustentó la decisión del legislador, recogida en el artículo 142 de la ley 100 de 1993, de consagrar la mesada adicional del mes de junio, relacionando sus destinatarios. Las expresiones subrayadas fueron declaradas inexecutable 19, pero a continuación se transcribe la versión originalmente aprobada:

"Artículo 142. Mesada adicional para actuales pensionados: Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado, y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1º) de enero de 1988, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994. / Los pensionados por vejez del orden nacional, beneficiarios de los reajustes ordenados en el decreto 2108 de 1992, recibirán el reconocimiento y pago de los treinta días de la mesada adicional sólo a partir de junio de 1996.

"Parágrafo. Esta mesada adicional será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince (15) veces el salario mínimo legal mensual."

La norma así aprobada fue incorporada por el legislador como una de las "disposiciones finales del Sistema General de Pensiones", regulado en el Libro I de la ley 100 de 1993, que "con las excepciones previstas en el artículo 279" y el respeto a los derechos adquiridos, se aplica a "todos los habitantes del territorio nacional."<sup>21</sup>

Por sus antecedentes y su ubicación en el cuerpo normativo, la mesada adicional es parte del sistema general de pensiones. Esta afirmación se refuerza al observar que la misma ley 100, artículo 279, excluía del régimen general a varios grupos de pensionados, pese a lo cual el texto del artículo 142 incluyó de manera expresa uno de esos grupos, el de "los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de Policía", para que pudieran gozar del beneficio de la mesada adicional. En este sentido, la Corte Constitucional señaló en la sentencia C-461-95, al ordenar aplicar un beneficio similar a los afiliados al Fondo de Prestaciones del Magisterio:

"La excepción al régimen general, consagrada en el artículo 279 de la ley 100, es total. Vale decir, a los afiliados del mencionado Fondo no se les aplica la Ley 100, en ninguna de sus partes, en lo referente al Sistema Integral de Seguridad Social. El artículo 142 – que consagra la mesada adicional para pensionados – tampoco se aplicaría a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dado que tal artículo forma parte del Sistema Integral de Seguridad Social."

Ahora bien, en nuestro ordenamiento es claro que los requisitos, condiciones y beneficios que configuran un régimen general o un régimen especial, son excluyentes<sup>23</sup>, de manera que los destinatarios de uno y de otro se sujetan

regímenes especiales, pero sin modificar estos últimos, como es el caso que nos ocupa.

Es claro que la mesada adicional creada por el artículo 142 de la ley 100 de 1993 es un beneficio del sistema general de pensiones, y por lo mismo, de él estaban excluidos quienes se pensionaran bajo los regímenes exceptuados expresamente por el artículo 279 de la misma ley 100; al analizar esta última disposición, la Corte Constitucional con base en la ley 91 de 1989 encontró que los docentes que no tuvieran derecho a la pensión de gracia y los vinculados al fondo de Prestaciones del Magisterio, antes del 1º de enero de 1988, sin derecho a esa pensión, configuraban una excepción arbitraria pues su régimen pensional no incluía ningún beneficio similar a la mesada adicional del mes de junio, con lo cual se rompía la igualdad de todos los pensionados<sup>24</sup>; y tomó esta situación como ejemplo de comparación entre el régimen general y los regímenes especiales, a fin de determinar la constitucionalidad de estos; así, en la sentencia C-080-9925, se lee:

"...7. Con base en los anteriores criterios, la Corte concluyó que, por ejemplo, la exclusión de la mesada pensional adicional prevista por la Ley 100 de 1993 a ciertos maestros desconocía la igualdad, por cuanto estos no gozaban, dentro de su régimen especial, de ningún beneficio similar o equivalente 'que obre como compensación por el deterioro que causa la inflación sobre el poder adquisitivo de las pensiones... 8. El análisis precedente muestra que, conforme a la jurisprudencia de la Corte, en principio no es posible comparar las prestaciones individuales de los regímenes especiales de seguridad social frente a la regulación establecida por el sistema general de pensiones o de salud. Sin embargo, en algunos casos, y de manera excepcional, es procedente un examen de igualdad. Para tal efecto, se requiere que se trate de una prestación claramente separable del conjunto de beneficios previstos por el régimen, en la medida en que tiene una suficiente autonomía y no se encuentra indisolublemente ligada a otras prestaciones..."

La extensión de la mesada adicional del sistema general de pensiones a los grupos de pensionados exceptuados de él, tiene como antecedente la sentencia C- 409-9426 que declaró inexecutable las expresiones "actuales" y "cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1º) de enero de 1988", del artículo 142 de la ley 100 de 1993, por considerar que "la desvalorización constante y progresiva de la moneda" afectaba a todos los pensionados en los reajustes anuales de sus mesadas; la segunda, ya comentada, de la cual surgió un grupo de docentes que por no tener derecho a la pensión de gracia y haberse vinculado al servicio antes del 1º de enero de 1980, no tenían un beneficio equivalente, de manera que la excepción del artículo 279 de la ley 100 de 1993 se había tornado discriminatoria en cuanto impedía el reconocimiento a este sector de pensionados de dicha mesada adicional.

Las razones expuestas en la sentencia C-409-94 fundamentaron la iniciativa parlamentaria que se concretó en la ley 238 de 1995<sup>27</sup>, y que fue propuesta y aprobada como una "adición" de un párrafo al artículo 279 de la ley 100 de 1993 para que, sin modificar su texto, esto es conservando el reconocimiento de los regímenes especiales de ECOPETROL y del Magisterio, por lo mismo exceptuados del sistema general de pensiones, se precisara que los pensionados de esos sectores tendrían derecho a los beneficios consagrados en los artículos 14 y 142 de dicha ley. El texto aprobado fue el siguiente:

"Parágrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos

Destaca la Sala que la iniciativa fue muy clara en el sentido de aplicar a un grupo de pensionados unos beneficios del régimen general, pero no planteó, ni se discutió, la modificación de los correspondientes regímenes especiales; de este modo, el texto aprobado muestra que con él se permite el reconocimiento de la mesada adicional a los sectores de pensionados exceptuados de ese régimen general pero sin modificar sus propios regímenes especiales para incorporarla a ellos.

Es decir, la mesada pensional no dejó de ser un beneficio del régimen general de pensiones, pero tampoco fue incluida como parte de los beneficios de los regímenes especiales ni de los expresamente relacionados en el artículo 279 de la ley 100 de 1993; en rigor, la ley 238 lo que hizo fue introducir una excepción muy particular a la excepción general, consistente en permitir que un beneficio regulado para los pensionados bajo el régimen general pudiera ser aplicado a quienes por estar sujetos a regímenes especiales de pensión, no podían ser destinatarios de dicho beneficio.

Conservándose como parte del sistema general, la derogatoria de la mesada pensional en la forma como quedó dispuesta por el inciso octavo del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 del 2005, aplica a todos los pensionados, incluidos los docentes oficiales, como se expone a continuación.

## 2.2. La supresión de la mesada adicional del mes de junio:

Con la finalidad de introducir como principio constitucional la indispensable sostenibilidad del sistema de seguridad social y limitar la posibilidad de que por ley o negociación colectiva continuara la multiplicidad de regímenes pensionales y su impacto en las finanzas públicas, el gobierno nacional presentó dos proyectos de acto legislativo el 20 de julio y el 19 de agosto del 200428, los cuales fueron acumulados para su estudio y trámite.

Ambos proyectos contenían la siguiente propuesta de norma constitucional:

"Las personas a las que se les reconozca pensión a partir de la entrada en vigencia del presente acto legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año."

Esta propuesta no encontró reparos en el Congreso y desde el inicio de los debates fue modificada para que la prohibición no quedara referida al reconocimiento de la pensión sino a su causación; así, la norma aprobada como inciso octavo del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 del 2005, ordena:

"Artículo 1º...

"Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aún cuando no se hubiese efectuado su reconocimiento."

En los debates, la propuesta fue aceptada en razón del impacto económico de esa mesada adicional; pero también se dio el acuerdo de introducir una excepción para los pensionados que reciban mesadas no superiores a tres salarios mínimos mensuales legales vigentes, siempre que reúnan los requisitos para pensionarse antes del 31 de julio del 2011; este acuerdo se recogió en el párrafo transitorio 6º del Acto Legislativo No. 01 del 2005:

"Párrafo transitorio 6o. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8o. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o

causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año".

De manera que, a partir del 25 de julio del 2005, fecha en la cual se publicó el Acto Legislativo No. 01 del 200529, las personas que adquieran el derecho a la pensión recibirán un máximo de trece mesadas al año, con la excepción establecida en el párrafo 6º transitorio, que, evidentemente, también está restringida en el tiempo y en sus destinatarios.

Entonces, los docentes oficiales que causen su derecho a la pensión de jubilación o de vejez a partir del 25 de julio del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 01 del 2005, no podrán recibir la mesada adicional del mes de junio creada por el artículo 142 de la ley 100 de 1993; con la salvedad del párrafo transitorio 6º del mencionado acto legislativo.

Con base en las premisas anteriores,

#### SE RESPONDE:

**"1. Desde la perspectiva jurídica, por gozar los docentes de un régimen especialísimo de pensiones y al haber sido excluidos de la aplicación del Sistema de Seguridad Social integral implementado por la ley 100 de 1993 ¿tienen los docentes del sector oficial, nacionales, nacionalizados o territoriales, cuyo derecho a pensión se ha causado con posterioridad a la vigencia del Acto legislativo No. 01 de 2005, derecho a la mesada pensional del mes de junio?"**

**Los docentes del sector oficial, nacionales, nacionalizados y territoriales, que causen el derecho a la pensión de jubilación o vejez a partir del 25 de julio del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 1 del 2005, no tienen derecho a la mesada pensional adicional del mes de junio de que tratan el artículo 142 de la ley 100 de 1993 y la ley 238 de 1995. Se exceptúan los docentes que causen el derecho a la pensión antes del 31 de julio del 2011, si su mesada pensional es igual o inferior a tres salarios mínimos legales vigentes, según lo establece el párrafo transitorio 6º del artículo 1º del Acto Legislativo en mención.**

"2. De acuerdo con lo dispuesto en el párrafo transitorio 2 del Acto legislativo No. 01 de 2005, ¿la vigencia del régimen exceptuado de los docentes afiliados al fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio expirará el 31 de julio del año 2010?"

Sí; de manera que en virtud del Acto Legislativo No. 01 del 2005, son tres los regímenes pensionales aplicables al personal docente afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio:

a). el de la ley 91 de 1989 y demás leyes vigentes al 27 de junio del 2003, para los docentes vinculados al servicio con antelación al 27 de junio del 2003 (artículo 81 de la ley 812 del 2003 y artículo 160 de la ley 1151 del 2007).

b). el de prima media con prestación definida de las leyes 100 de 1993 y 797 del 2003, pero con edad de 57 años para hombres y mujeres, tratándose de los docentes vinculados al servicio a partir del 27 de junio del 2003 (artículo 81 de la ley 812 del 2003 y artículo 160 de la ley 1151 del 2007);

c). el del Sistema General de Pensiones, para las pensiones que se causen después del 31 de julio del 2010 (párrafo transitorio segundo del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 del 2005).

Ahora bien, respecto de la aplicación del Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil el Consejo de Estado en providencia del 1 de febrero de 2018 expuso:

La accionante, centra su inconformidad en la interpretación que fue dada por el Tribunal Administrativo del Tolima, a las normas del Acto Legislativo 01 de 2005 que hace referencia a los regímenes pensionales exceptuados, especialmente, el relacionado con la carrera docente y sus derechos pensionales.

Al respecto, indicó que en relación con la mesada catorce, la procedencia para su reconocimiento es la fecha en que se presentó la vinculación al servicio oficial de educación, y no, como razón la autoridad judicial accionada, la fecha de adquisición del estatus pensional por parte de quien pretende el reconocimiento de dicha prestación económica.

Sobre el particular, este juez constitucional encuentra que la interpretación dada por el tribunal accionado, resulta razonable y por lo tanto, los defectos alegados por la parte accionante, no se configuran. Lo anterior, bajo las siguientes consideraciones:

Como se expuso en el acápite de hechos probados en de la presente providencia, en la sentencia que resolvió en segunda instancia sobre las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho de la actora, el fallador parte de la base de establecer con claridad el régimen aplicable (i) tanto al reconocimiento pensional docente, así como a (ii) la mesada adicional número catorce.

Respecto al segundo de los aspectos, el cual resulta ser el relevante para el sub lite, la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo del Tolima, señaló que tras la inclusión de la mesada catorce como un beneficio de los docentes oficiales (a través de la Ley 238 de 1995), con el Acto Legislativo 01 de 2005 se establecieron condiciones específicas para su reconocimiento, de las cuales se puede concluir que (i) la mesada adicional catorce no será pagada a quienes causen su derecho con posterioridad a la entrada en vigencia del acto reformativo de la constitución y (ii) se exceptúan de ello a quienes obtenga su estatus pensional antes del 31 de julio del 2011, y tengan igual o menos de tres salarios mínimos como monto reconocido.

La conclusión expuesta en precedencia, tuvo como sustento una lectura armónica de las disposiciones del citado acto reformativo de la constitución, especialmente, lo fijado en el inciso 8º del artículo 1º del mismo, el cual señala que "las personas cuyo derecho de pensión se cause a partir de la vigencia del presente acto legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento".

Fundamentó la autoridad judicial accionada dicha interpretación, no sólo en la lectura de las normas, sino también en un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado de fecha 22 de noviembre del 2007, radicado 2007-0084, en donde se expuso lo dicho en precedencia.

A su vez, la autoridad judicial accionada señaló que conforme al concepto del Consejo de Estado, el beneficio de la mesada catorce en favor de los docentes oficiales, si bien fue incluido excepcionalmente, ello no implica una modificación del régimen que regula su situación pensional, razón por la cual, al mantenerse como un beneficio del régimen general (Ley 100 de

dispuesta por el inciso octavo del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005, aplica a todos los pensionados, incluidos los docentes oficiales”.<sup>34</sup>

Así las cosas, para esta judicatura, la interpretación dada por la el Tribunal Administrativo del Tolima es razonable, toda vez que obedece a un criterio derivado de la lectura de las normas aplicables al caso concreto, lo que implica que el defecto alegado no se configure.

De acuerdo a lo anterior, es claro concluir que, la mesada catorce consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985 solo puede ser reconocida a aquellos docentes nacionales o nacionalizados que hubieren adquirido su status pensional antes del 25 de julio del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 1 del 2005, o que, habiendo causado su derecho pensional antes del 31 de julio del 2011, su mesada pensional es igual o inferior a tres salarios mínimos legales vigentes, según lo establece el párrafo transitorio 6º del artículo 1º del Acto Legislativo en mención.

En este punto considera necesario este Juez Colegiado poner de presente que, la postura aquí plasmada ha sido adoptada en decisiones anteriores de esta Sala, como la tomada dentro del proceso identificado con radicado n° 17-001-33-33-003-2017-00576-02.

#### **Caso concreto**

De acuerdo a lo probado en el expediente la señora Muñoz Salazar ingresó como docente con posterioridad al 01 de enero de 1981; 5508 del 24 de julio de 2017 le fue reconocida una pensión, efectiva a partir del 09/11/2016, en cuantía de \$3.553.408.00.

Conforme a lo anterior, evidencia la Sala que la actora adquirió su status pensional después del 2005 y su pensión no es inferior a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes, por lo que no se encuentran dentro de las excepciones contempladas para que sea procedente el reconocimiento de la mesada adicional consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985, ello en virtud del Acto Legislativo 01 del 25 de julio de 2005.

#### **Conclusión**

De conformidad con la normativa y la jurisprudencia citada y con fundamento en los hechos debidamente acreditados, estima esta sala de decisión que a la parte demandante no le asiste derecho a que le sea reconocida la mesada adicional de junio consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985.

En ese sentido, se confirmará la sentencia dictada en primera instancia mediante la cual se niegan las pretensiones.

## **COSTAS**

En el presente asunto, pese a lo señalado en el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, no se condena en costas toda vez que no existió actuación alguna por la parte demandada en la segunda instancia.

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

## **FALLA**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia del 23 de noviembre de 2021 proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por **LUZ MERY MUÑOZ SALAZAR contra la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**.

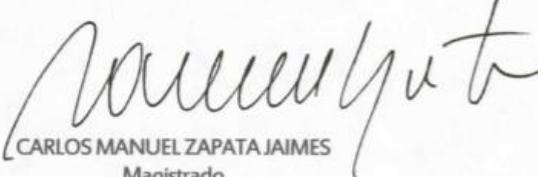
**SEGUNDO: SIN COSTAS** de segunda instancia, conforme a la parte motiva.

**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.

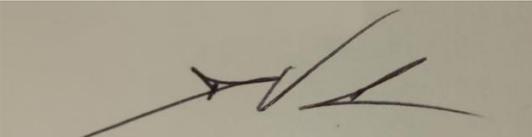
## **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión celebrada el 14 de julio de 2022 conforme Acta n° 040 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES  
Magistrado

**PATRICIA VARELA CIFUENTES**  
Magistrada  
Ausente con Permiso



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**  
**ESTADO ELECTRÓNICO**

Notificación por Estado Electrónico nro. 125 del 18 de julio de 2022

**República de Colombia**



**Honorable Tribunal Administrativo de Caldas  
Sala Sexta de Decisión  
Magistrado Ponente Publio Martín Andrés Patiño Mejía**

**Sentencia de primera instancia**

**Acción:** Popular  
**Demandante:** Efraín Herrera Giraldo  
**Demandados:** Central Hidroeléctrica de Caldas- CHEC, Municipio de Chinchiná, Gobernación de Caldas, Corporación Autónoma Regional de Caldas -CORPOCALDAS  
**Radicado:** 17 001 23 33 000 2018-00453-00.  
**Acto judicial:** Sentencia 100

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

Proyecto aprobado en sala ordinaria del once (11) de julio de dos mil veintidós (2022).

§01. **Síntesis:** La parte demandante pretende que se realicen obras para evitar la socavación del suelo donde se asientan las viviendas ubicadas en la rivera de una quebrada. La sala ampara los derechos colectivos y ordena la reubicación de las viviendas que se encuentran en zona de alto riesgo por inundación.

§02. La Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas dicta sentencia de primera instancia en la **ACCIÓN POPULAR** promovida por el señor Efraín Herrera Giraldo contra la **Central Hidroeléctrica de Caldas- en adelante CHEC, municipio de Chinchiná, departamento de Caldas, y la Corporación Autónoma Regional de Caldas – en adelante CORPOCALDAS.**

**1. Antecedentes**

**1.1. Tránsito procesal**

§03. El 14 de septiembre de 2018<sup>1</sup> se admitió la demanda; el 13 de marzo de 2019 se declaró fallida la audiencia de pacto de cumplimiento<sup>2</sup>; el 15 de marzo de 2019<sup>3</sup> se decretaron practica de pruebas; y el 12 de julio de 2019 se hizo el traslado de alegatos.

**1.2. La demanda<sup>4</sup>**

---

<sup>1</sup> Cuaderno 1, Fl. 21

<sup>2</sup> Cuaderno 1, Fls. 211-215

<sup>3</sup> Cuaderno 1. Fls. 231-232

<sup>4</sup> Cuaderno 1, Fls. 1-20

§04. La parte accionante presentó la acción popular para la protección de los siguientes derechos colectivos de la comunidad de La Vereda La Estrella del Municipio de Chinchiná: la seguridad y salubridad públicas, el derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente.

§05. Como medidas de protección solicitó que se ordene a las entidades accionadas:

§05.1. Adelantar las obras necesarias para evitar que se sigan presentando inundaciones o represamientos en el sector de la bocatoma de la CHEC en la vereda La Estrella.

§05.2. Realizar todas las reparaciones necesarias en las viviendas del sector afectadas por efecto de la problemática denunciada y que además se construyan pantallas o muros de contención, que eviten el socavamiento de las viviendas.

§06. El demandante indicó que la vereda La Estrella del Municipio de Chinchiná, se encuentra ubicada en el área de influencia de la Quebrada La Estrella, tiene un puente vehicular, y a 50 m existe una bocatoma de la represa que alimenta las plantas de energía de la CHEC de la Ínsula y la Esmeralda.

§07. El accionante afirmó que la canalización del agua de la CHEC genera: **(i)** procesos de detención y contraflujo del agua del afluente, lo que ha conllevado al **socavamiento del terreno riverero y el deterioro de las viviendas** y predios aledaños; **(ii)** en épocas de lluvias se acumula el agua causando **inundaciones en el puente y las viviendas**, entre ellos, la vivienda de su señora madre, María Cenelia Giraldo.

§08. Hace siete años la CHEC colocó en la rivera unas estrellas de concreto para la protección, pero se sigue produciendo la socavación de la cimentación de las viviendas.

### **1.3. Contestaciones**

#### **1.3.1. Departamento de Caldas<sup>5</sup>**

§09. La Gobernación de Caldas solicitó se le exonere de responsabilidad porque no le compete realizar las medidas requeridas en el sector de interés para el proceso, pues la alcaldía de Chinchiná es responsable de la implementación de los procesos de gestión del riesgo. (art. 13.2 L.1523/2012)

§10. Indicó que CORPOCALDAS ya había advertido que: **(i)** la zona está catalogada como de alto riesgo por inundación, por lo que recomendó a la alcaldía de Chinchiná la reubicación de las viviendas, con el objetivo de recuperar la faja forestal protectora de las quebradas Granizales y la Estrella; **(ii)** se requirió a la CHEC con el objeto de hacer la remoción de materiales para evitar la profundización del lecho sobre los predios colindantes.

---

<sup>5</sup> Cuaderno 1, Fls. 32-38

§11. Propuso las excepciones de **falta de legitimación en la causa por pasiva e inexistencia de vulneración de derechos colectivos por parte del Departamento de Caldas** debido a que lo pretendido no es de competencia de la gobernación.

### 1.3.2. CORPOCALDAS<sup>6</sup>

§12. Se opuso a las pretensiones de la demanda, y afirmó que la zona está catalogada de alto riesgo por inundación, las cuales no son propiciadas por las labores de la CHEC.

§13. La corporación explicó que: **(i)** las viviendas invaden la franja reglamentaria de retiro de 15 metros (R.077/2011 CORPOCALDAS); **(ii)** debido al incremento del material de arrastre y alta sedimentación en el río se disminuyó la altura del puente, por lo que se inunda; **(iii)** no se observan agrietamientos en las viviendas que permitan indicar que existe inminencia de colapso; **(iv)** se presentan procesos de inundación de viviendas; **(v)** hay socavaciones pero no están activas; **(vi)** es responsabilidad de las alcaldías las medidas de protección contra la invasión de las fajas de protección de cauces, por formar parte del espacio público. (D.1075/2015, R.561/2012 CORPOCALDAS)

§14. La corporación autónoma regional – en adelante CAR- concluyó que el único remedio es la reubicación de las viviendas porque, aunque se realicen labores de purga de sedimentos a presión, no se disminuirá el alto volumen del material de arrastre.

§15. Propuso las excepciones de: **(i) Falta de legitimación en la causa por pasiva de Corpocaldas para la protección de los derechos colectivos cuya salvaguarda invoca:** porque no le compete la reubicación de las viviendas o emprender medidas de mitigación; **(ii) Falta de competencia de Corpocaldas para la solución definitiva para la protección de fajas protectoras:** A las alcaldías le corresponde la protección de las fajas protectoras de los cauces como parte del espacio público. (R.561/2012 CORPOCALDAS)

### 1.3.3. Alcaldía de Chinchiná - Caldas<sup>7</sup>

§16. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Sobre los hechos de la demanda solo aceptó la ubicación de la bocatoma para las plantas de generación a cargo de la CHEC.

§17. Propuso las siguientes excepciones:

§17.1. **Falta de legitimación en la causa por pasiva del Municipio de Chinchiná – Caldas** porque: (i) la operación de la bocatoma de la represa que alimenta las plantas de energía de la Ínsula y La Esmeralda son responsabilidad de la CHEC; y, (ii) CORPOCALDAS tiene a su cargo la administración, vigilancia y control de los cauces de agua. (D. 1768/1994, D.2811/1994, art.31. num.18 L.99/1993)

---

<sup>6</sup> Cuaderno 1, Fls. 39-79

<sup>7</sup> Cuaderno 1, Fls. 82-135

§17.2. **Acatamiento por parte del Municipio de Chinchiná- Caldas del principio de coordinación entre entidades del orden municipal y departamental:** Expresó que para una solución definitiva se requiere de la coordinación de las acciones de la gobernación y de la Corporación Autónoma Regional- CAR. (principio de coordinación, arts. 6 L. 489/1998 y 3° L.1523/ 2012)

§17.3. **Incumplimiento por parte de los habitantes de la Vereda La Estrella del Municipio de Chinchiná – Caldas del principio de autoconservación en materia de gestión del riesgo de desastres:** debido a que los habitantes son corresponsables de la gestión del riesgo. (principio de autoconservación art. 2 L.1523/2012)

§17.4. **Genérica.**

#### **1.3.4. La Central Hidroeléctrica de Caldas - CHEC<sup>8</sup>**

§18. Se opuso a las pretensiones, porque las condiciones de la quebrada La Estrella no son de su manejo y responsabilidad.

§19. Como fundamento de la contestación explicó que: **(i)** ha cumplido con las obligaciones de realizar los mantenimientos preventivos y correctivos de la bocatoma, como limpieza, dragado, obras para evitar socavaciones e inundaciones; **(ii)** las inundaciones que se presentan son por las crecientes naturales del río; **(iii)** la señora María Cenelia Giraldo Zuluaga ya había interpuesto tutela por estos mismos hechos, la cual fue decidida el 27 de mayo de 2011 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Chinchiná – Caldas; **(iv)** en la sentencia de dicha tutela se ordenó al municipio que realizara una visita técnica para establecer la vulnerabilidad de su vivienda, y si es del caso, se declarase el sitio como zona de alto riesgo y se reubique la tutelante; **(v)** en el incidente de desacato propuesto en dicha tutela no se declaró el incumplimiento por parte de la CHEC.

§20. Propuso las siguientes excepciones: **(i) Falta de legitimación en la causa por pasiva**, porque no es competente para la reubicación de las viviendas; **(ii) Cosa Juzgada**, pues ya existe una sentencia de tutela donde se pronunció sobre los mismos hechos de la presente acción popular; **(iii) Culpa exclusiva de la víctima**, quien asumió el riesgo de construir su vivienda al lado de la rivera de un río; **(iv) Inexistencia del nexo causal** porque la CHEC no tiene responsabilidad en este caso; **(v) La construcción y operación de la infraestructura de la Central Hidroeléctrica de Caldas S.A E.S.P se realiza con base en una habilitación legal**, pues la infraestructura de la zona fue construida hace 60 años, no había algún desarrollo urbanístico, y las leyes 56 de 1981, 142 de 1994 y el Decreto 2580 de 1985 permiten que las empresas de servicios públicos impongan servidumbres para prestar los servicios; y, **(vi) Genérica.**

#### **1.4. Alegatos de conclusión e intervención del Ministerio Público**

§21. Salvo los demás intervinientes que presentaron alegatos, la parte actora, y el Ministerio Público permanecieron silentes.

---

<sup>8</sup> Cuaderno 1, Fls. 136-196

§22. **Corpocaldas**<sup>9</sup> alegó que la problemática se debe a la ubicación de las viviendas sobre la faja forestal protectora, sin respetar el retiro reglamentario respecto de la corriente, e insistió en los argumentos de la contestación de la demanda.

§23. **El departamento de Caldas**<sup>10</sup> manifestó que no tiene responsabilidad alguna en la problemática, porque los municipios son los responsables directos de la gestión del riesgo.

§24. **La CHEC**<sup>11</sup> advirtió: **(i)** la presente acción carece de fundamentos probatorios por parte del actor; **(ii)** la CHEC no fue la causante de los daños en las viviendas, siendo la única solución su reubicación por fuera de la franja forestal protectora; **(iii)** se realiza limpieza periódica de la bocatoma haciendo que la corriente tenga un menor impacto sobre las riveras; **(iv)** hizo hincapié en que en 2007 Corpocaldas recomendó al Municipio de Chinchiná la reubicación de la vivienda de la señora María Cenia Giraldo, que se encuentra construida donde el río cambia de dirección.

§25. **El Municipio de Chinchiná**<sup>12</sup> observó que no existe prueba que demuestre que el municipio incurrió en acción u omisión que vulneren los derechos colectivos de los habitantes de la vereda La Estrella.

## 2. Consideraciones

### 2.1. Competencia

§26. Esta decisión corresponde a este tribunal, conforme al artículo 16 de la Ley 472 de 1998<sup>13</sup> y 152.16 del CPACA.

### 2.2. No se configura la excepción de cosa juzgada frente una sentencia de tutela previa

§27. El artículo 23 de la Ley 472 de 1998 señala que en la contestación de la demanda solo podrán proponerse las excepciones de mérito, las previas de falta de jurisdicción y cosa juzgada.

§28. La excepción de cosa juzgada fue interpuesta por la CHEC porque en sentencia de tutela del 27 de mayo de 2011 dictada por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Chinchiná – Caldas, ya se pronunció sobre los hechos de esta demanda popular.

§29. El artículo 303 de CGP señala que *“La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos*

---

<sup>9</sup> Cuaderno 1, Fls. 270-281

<sup>10</sup> Cuaderno 1, Fls. 282-283

<sup>11</sup> Cuaderno 1, Fls 284-285

<sup>12</sup> Cuaderno 1, Fls. 286-290

<sup>13</sup> [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0472\\_1998.html#16](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0472_1998.html#16)

procesos haya identidad jurídica de partes.” Así, una situación que tenga una decisión ejecutoriada no puede volver a ventilarse ante la jurisdicción<sup>14</sup>.

§30. El Consejo de Estado <sup>15</sup> precisó que para estructurar la *cosa juzgada* se necesita de la identidad de las partes, el objeto y la causa.

§31. De la comparación que se hará a continuación, se observa que entre ambas acciones: (i) no existe identidad de partes; (ii) no existe identidad de objeto, porque en la otrora tutela de los derechos fundamentales de la actora se buscaba la protección de su vivienda, y en esta acción popular se persigue la protección de derechos colectivos de los habitantes de la vereda; (iii) existe identidad parcial de causa, pues ambas se fundamentan en el riesgo que causa la socavación que produce el cauce de la quebrada La Estrella.

<b>Sentencia del 27 de mayo de 2011 en la tutela 2011-0029 ante el Juzgado Primero Penal del Circuito de Chinchiná – Caldas</b>	<b>Actual acción popular</b>
<b>Partes</b>	
Demandante: María Cenia Giraldo Zuluaga, habitante de la vereda La Estrella de Chinchiná- Caldas-  Demandados: Central Hidroeléctrica de Caldas- CHEC, Municipio de Chinchiná, Corporación Autónoma Regional de Caldas -CORPOCALDAS	Demandante: Efraín Herrera Giraldo habitante de la vereda La Estrella de Chinchiná- Caldas-  Demandados: Central Hidroeléctrica de Caldas- CHEC, Municipio de Chinchiná, Gobernación de Caldas, Corporación Autónoma Regional de Caldas - CORPOCALDAS
<b>Pretensiones</b>	
La protección de los derechos fundamentales de la vida en condiciones dignas, vivienda y trabajo  Ordenar que se efectúen las obras necesarias para proteger la cimentación de la vivienda de la demandante.	La protección de los derechos colectivos de la seguridad y salubridad públicas y el derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente.  Adelantar las obras necesarias para evitar que se sigan presentando inundaciones o represamientos en el sector de la bocatoma de la CHEC en la vereda La Estrella.

<sup>14</sup> Consejo de Estado, Sección primera, CP. Roberto Augusto Serrato Valdés, del 7 de diciembre de 2017. Radicado 05001-23-33-000-2015-02253-01.

<sup>15</sup> Consejo de Estado, Sala Plena del Consejo de Estado entre otras en Sentencia de veintiséis (26) de julio de dos mil cinco (2005)

“... el objetivo, que mira hacia el asunto sobre el que versó el debate y la causa petendi de la prestación, y el subjetivo, que tiene que ver con las personas que fueron parte en el proceso. Así mismo, la cosa juzgada se predica de los puntos que han sido materia expresa de la decisión de una sentencia y sólo puede extenderse a aquellos que por ser consecuencia necesaria o depender indispensablemente de ella, se reputan tácitamente decididos. (...) cabe plantear la cosa juzgada con éxito solo si concurren los tres elementos señalados en ella, esto es, que en ambos procesos exista identidad de partes, de objeto y de causa. La jurisprudencia y la doctrina han señalado que la identidad de partes no es física sino jurídica (...)”

	Realizar todas las reparaciones necesarias en las viviendas del sector afectadas por efecto de la problemática denunciada y que además se construyan pantallas o muros de contención, que eviten el socavamiento de las viviendas.
<b>Hechos relevantes</b>	
La familia de la demandante vive en un inmueble en la vereda La Estrella, y la quebrada produce el socavamiento que puede causar su derrumbamiento	Los inmuebles de la vereda La Estrella del Municipio de Chinchiná, ubicados en el área de influencia de la Quebrada La Estrella, cerca de la bocatoma que tiene la CHEC, se encuentran en peligro por el socavamiento que producen las inundaciones de la quebrada.
<b>Decisión de la sentencia</b>	
<p>La protección de los derechos fundamentales de la demandante.</p> <p>Se ordenó a la alcaldía de Chinchiná – Caldas- deberá realizar una visita a la vivienda de la actora “... <i>con el fin de determinar su estado de vulnerabilidad y si se requiere declare el sitio zona de alto riesgo y proceda a su reubicación...</i>”</p> <p>Se ordenó a la CHEC que, “... <i>mientras proceda a la reubicación de la vivienda afectada, proceda a realizar las obras de estabilización y dragado del cauce...</i>”</p>	

§32. En este sentido, se negará la prosperidad de la excepción de cosa juzgado al no advertir que se establezcan la identidad de todos los elementos de partes, objeto y causa.

### **2.3. Problemas Jurídicos**

§33. ¿Se vulneran los derechos colectivos de la seguridad y salubridad públicas y el derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente, de los habitantes de la vereda La Estrella del municipio de Chinchiná – Caldas por la situación que presenta la quebrada la Estrella del municipio de Chinchiná?

§34. En caso afirmativo, ¿Cuáles son las acciones que deben adelantar las entidades accionadas para prevenir y cesar la afectación?

### **2.4. Marco dogmático**

§35. Los derechos colectivos son protegidos por las acciones populares cuando estos resulten amenazados o vulnerados, por la acción o la omisión de las

autoridades públicas o de los particulares que actúen en desarrollo de funciones administrativas (arts. 78 a 82, 82 CP, L. 472/1998). “Se pretende, por tanto, con esta acción, corregir las irregularidades que lesionan principios rectores de la actividad administrativa, conjurando oportunamente hechos u omisiones capaces de generar daños colectivos a la moralidad y al patrimonio público, con el fin de superarlos, restituyendo las cosas a su estado anterior, si ello resulta posible.”<sup>16</sup>

§36. El Honorable Consejo de Estado<sup>17</sup> indicó que los supuestos para la procedencia de las acciones populares son: “A) Una acción u omisión de la parte demandada. B) Un daño contingente, peligro, amenaza, vulneración o agravio de derechos o intereses colectivos; peligro o amenaza que no es en modo alguno la que proviene de todo riesgo normal de la actividad humana. Y, C) La relación de causalidad entre la acción, la omisión, y la señalada afectación de los referidos derechos e intereses”.

§37. **La seguridad y salubridad públicas** “... han sido tratados como parte del concepto de orden público. Uno y otro lo constituyen las obligaciones que tiene el Estado de garantizar condiciones mínimas que permitan el desarrollo de la vida en comunidad. Su contenido general implica, en el caso de la seguridad, la prevención de los delitos, las contravenciones, los accidentes naturales y las calamidades humanas y, en el caso de la salubridad, la garantía de la salud de los ciudadanos (subrayado del texto).”<sup>18</sup>

§38. **La prevención de desastres previsible técnicamente** es un derecho colectivo orientado a precaver desastres y calamidades de origen natural o humano. Su protección busca garantizar por vía de la reacción -ex ante- de las autoridades la efectividad de los derechos y bienes jurídicos reconocidos por la Constitución a las comunidades y a las personas y la conservación de las condiciones normales de vida en un territorio.<sup>19</sup>

## 2.5. Análisis de los elementos de responsabilidad en acciones populares

### 2.5.1. Existe una amenaza a los derechos colectivos de los habitantes de la vereda

§39. Como se verá, sí se probó que hay una amenaza a los habitantes de la vereda La Estrella del municipio de Chinchiná – Caldas:

---

<sup>16</sup> CONSEJO DE ESTADO- SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SALA DÉCIMA ESPECIAL DE DECISIÓN- Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ Bogotá D.C., cuatro (4) de octubre de dos mil veintiuno (2021) Radicación número: 52001-33-31-008-2008-00304-01(AP)REV

<sup>17</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA, Consejero ponente: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO, Bogotá, D.C., dieciséis (16) de diciembre de dos mil diez (2010), Radicación número: 54001-23-31-000-2001-01920-01(AP).

<sup>18</sup> CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCION TERCERA-SUBSECCION C- Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO- Bogotá, D.C., veintiséis (26) de noviembre de dos mil trece (2013) Número de Radicación: 25000-23-24-000-2011-00227-01(AP)

<sup>19</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero Ponente: Guillermo Vargas Ayala. Bogotá, D. C., 26 de marzo del dos mil quince (2015). Rad. Núm.: 15001-23-31-000-2011-00031-01.

§40. CORPOCALDAS conceptuó en el oficio 2018-IE-00018282 del 6 de agosto de 2018<sup>20</sup>:

*“En dicho sitio se ubican aproximadamente 7 viviendas, sobre ambas márgenes de la quebrada, aguas arriba y bajo del puente; a dicho cauce confluye la quebrada Granizales, aguas arriba del puente.*

*En este sector, se concentra un alto volumen de materiales de arrastre, favorecido por la dinámica natural del cauce, bajas pendientes, geometría, el aporte de los sedimentos de las quebradas La Estrella y Granizales, todo lo cual, favorecido por la presencia de una pequeña represa CHEC, ubicada a aproximadamente 60m aguas abajo del puente (estructura que cuenta con aproximadamente 60 años de existencia) y que sirve para captar un volumen importante de agua e la corriente con el propósito de conducirla, mediante canalización cerrada, al sistema de plantas mayores en el sector de la Esmeralda.*

*A lo largo del tiempo, en el sector se han presentado problemas de inundación y de inestabilidad sobre ambas márgenes de la quebrada, por procesos de socavación lateral, los cuales han sido evidenciados desde hace varios años. Dichos procesos se ven favorecidos por:*

- *El incremento de caudales durante la temporada de lluvias*
  - *Las bajas pendientes del cauce*
  - *La alta sedimentación de material de arrastre, favorecida por la presencia de una estructura de captación de caudal líquido para la generación de energía.*
  - *Sustitución de la faja forestal protectora del cauce por viviendas, las cuales se ubican al borde de la quebrada, así como la presencia de llenos antrópicos sobre dicha faja.*
  - *Aporte de sedimentos de las quebradas La Estrella y Granizales.*
- (...)

#### CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

**2.5.1.1.1.1. *Es necesario que de manera urgente, la Administración Municipal efectúe la reubicación de la totalidad de las viviendas que se encuentran dentro de la mancha de inundación en el sector objeto de la problemática.***

*2.5.1.1.1.2. Una vez sean reubicadas las viviendas, se debe proceder a la recuperación de la faja forestal protectora de las quebradas La Estrella y Granizales, con especies forestales nativas propias de la región...”-sft-*

§41. En el Plan Municipal de Gestión del Riesgo de Desastres de Chinchiná del año 2013, en el Formulario B la quebrada La Estrella se identifica como escenario de riesgo.<sup>21</sup>

§42. En el artículo 50 del Plan Básico de Ordenamiento Territorial – en adelante PBOT- del municipio de Chinchiná, Acuerdo 030 de 1999<sup>22</sup>, se establece como: “**SUELO DE PROTECCION. AREA RURAL. DE AMENAZAS Y RIESGOS. OTROS RIESGOS. (...)** **Inundación: - Centro poblado La Estrella.** *Estudiar las obras de*

<sup>20</sup> F. 17-18 C.1

<sup>21</sup> [http://cedir.gestiondelriesgo.gov.co/archivospdf/Chinchin%C3%A1-\(Caldas\)-PMGRD.pdf](http://cedir.gestiondelriesgo.gov.co/archivospdf/Chinchin%C3%A1-(Caldas)-PMGRD.pdf)

<sup>22</sup> En la página oficial del municipio solo aparece modificado por el Acuerdo 005 de 2013

*defensa requeridas para mitigar el riesgo y dejar 30 mts. de retiro lateral desde la cota máxima de inundación, para cualquier construcción<sup>23</sup>.*”-sft-

§43. Como prueba trasladada se allegó la sentencia del 27 de mayo de 2011, proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Chinchiná – Caldas, en la tutela 2011-00029, interpuesta por la señora María Cenia Giraldo Zuluaga, que dispuso: (i) la alcaldía de Chinchiná debe hacer una visita con el fin de determinar el estado de vulnerabilidad de la vivienda de la señora Giraldo, y si se requiere, que declare el sitio zona de alto riesgo, como también se proceda a la reubicación; (ii) la CHEC debe realizar obras de estabilización y dragado del cauce de la quebrada La Estrella mientras se concreta la reubicación.

§44. En las declaraciones de la Geóloga Blanca Adiel Ramírez<sup>24</sup> y Jorge Alberto Hernández Restrepo, adscritos a CORPOCALDAS, indicaron que: (i) en visita efectuada en 2018 a la vivienda del actor se comprobaron la presencia de procesos de socavación por la quebrada La Estrella, que no están activos; (ii) la CHEC colocó hexápodos en el cauce, para mitigar los procesos de socavación; (iii) las viviendas del sector se encuentran ubicadas en una zona de amenaza alta por inundación; (iv) las viviendas deben reubicarse porque se encuentran sobre la faja forestal protectora estipulada en la Resolución 077 de 2011; (v) la infraestructura de la CHEC favorece los procesos de sedimentación; (vi) **la realización de pantallas de contención no sería una solución definitiva puesto que las viviendas continuarían en situación de riesgo por inundación.**

§45. De esta manera, se comprobó el riesgo de vulneración al derecho colectivo a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente, de los habitantes de la vereda La Estrella de Chinchiná, que se encuentren en la zona de alto riesgo no mitigable por inundación de la quebrada La Estrella.

## **2.5.2. De las acciones u omisiones de las demandadas**

### **2.5.2.1. Competencias del municipio de Chinchiná**

§46. Como se observará, a los municipios le corresponde la gestión directa de los riesgos.

§47. El concejo tiene las funciones de reglamentar el uso del suelo. (art. 315.7 CP) Esta competencia se desarrolla a través de la función pública del urbanismo, del ordenamiento territorial y de las acciones urbanísticas inscritas en los planes territoriales, donde se dispone de la clasificación del uso del suelo, la determinación de las zonas no urbanizables por riesgos, la localización de las áreas para la prevención de desastres, y las zonas de importancia ambiental. (arts. 3, 8 L.388/1997)

<sup>23</sup> <http://www.chinchina-caldas.gov.co/normatividad/acuerdo-no-030-de-1999>

<sup>24</sup> F. 250 c.1 minuto 00:17 a 00:36; 00:40 a 01:05:00

§48. Entre los determinantes de los planes de ordenamiento están los relacionados con la conservación y protección del ambiente, y la prevención de amenazas y riesgos naturales. En los componentes urbano y rural de los planes de ordenamiento territorial -POT- se establecen los suelos de protección y las áreas expuestas a amenazas y riesgos naturales. Estas zonas hacen parte del suelo de protección. (arts. 10.1, 13.3, 14.3, 35 L.388/1997, 5, 6 D.919/1989).

§49. Los municipios tienen las competencias de adoptar los planes de desarrollo ambiental, como ejercer el control y vigilancia del ambiente. (art. 65 L.99/1993)

§50. Se le suman las atribuciones de “... *prevenir y atender los desastres en su jurisdicción...*”, como “... *adecuar las áreas urbanas y rurales en zonas de alto riesgo y **reubicación de asentamientos** ...*”-sft- (art. 76.9 L.715/2001)

§51. La Ley 1523 de 2012<sup>25</sup>, que determina la política nacional para la gestión del riesgo de desastres, estableció: (i) la responsabilidad de los alcaldes en la implementación de los procesos de gestión del riesgo, incluyendo el conocimiento y la reducción del riesgo y el manejo de desastres -art. 14-; (ii) crea los consejos municipales de gestión de riesgo, como la incorporación de dicha gestión dentro de los planes de desarrollo y de ordenamiento territorial – arts. 27 y 40-; y, (iii) crea el Fondo Nacional de Gestión del Riesgo que garantizará el apoyo a las entidades territoriales en sus esfuerzos de conocimiento del riesgo, prevención, mitigación, respuesta y recuperación -art. 50-.

§52. Los municipios, hacen parte del Sistema Nacional para la Prevención y Atención de Desastres, por lo cual en sus planes de desarrollo deben integrar el componente de prevención de desastres, y deben dirigir, coordinar y controlar todas las actividades administrativas y operativas indispensables para atender las situaciones de desastre regional o local. (arts. 6, 62 D.919/1989, 76.9 L.715/2001)

§53. La Honorable Corte Constitucional<sup>26</sup> definió las siguientes obligaciones municipales en materia de desastres:

*“(i) tener una información actual y completa de las zonas de alto riesgo de deslizamientos o derrumbes que se encuentran en su municipio, y (ii) adoptar las medidas necesarias de reubicación en los casos en que personas se encuentren ubicadas en las zonas donde se ponga en riesgo sus derechos por las condiciones del terreno. Así, pues, cuando la vivienda se encuentra en situación que ponga en peligro la vida de las personas, es necesario que “se proceda a la evacuación de las personas para proteger su vida y además será obligación del Estado efectuar los actos administrativos indispensables para que los afectados encuentren otro lugar donde vivir en condiciones parecidas a las que antes disfrutaban.”*

§54. En el mes de junio de 2018 el actor presentó peticiones a las entidades demandadas solicitando la adopción de medidas administrativas para evitar las inundaciones y represamiento de la quebrada La Estrella en la vereda La Estrella de Chinchiná - Caldas.<sup>27</sup>

<sup>25</sup> Por la cual se adopta la política nacional de gestión del riesgo de desastres y se establece el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres y se dictan otras disposiciones”

<sup>26</sup> Ibidem.

<sup>27</sup> Cuaderno 1, Fls 9-16

§55. Como antes se indicó, desde 1999 en el artículo 50 del PBOT de Chinchiná el centro poblado La Estrella está catalogado como suelo de protección, rural, por riesgo de inundación, con el objetivo de “... *dejar 30 mts. de retiro lateral desde la cota máxima de inundación, para cualquier construcción*”<sup>28</sup>.” (ver §42)

§56. A pesar de este mandato dado por el concejo, la alcaldía no demostró que en la vereda La Estrella haya realizado alguna acción para la protección de la población, su reubicación y el mantenimiento de la faja de retiro.

§57. De esta forma, no se accederá a las excepciones de “falta de legitimación en la causa” propuesta por el municipio demandado.

§58. Como lo señala la demanda y lo constatan las declaraciones de los geólogos de CORPOCALDAS, las viviendas que ocupan la faja protectora presentan procesos de socavación. Aunque no están activos, la realidad es que se encuentran en una zona de protección, catalogada de alto riesgo por inundación.

§59. El hecho que la comunidad pueda haber generado la amenaza de la vulneración de los derechos colectivos, no es una causa de exención de responsabilidad en materia de acciones colectivas, como lo estableció el Consejo de Estado al puntualizar que: “... *el hecho de que la comunidad afectada sea la que dé origen a la situación de amenaza o vulneración de sus derechos colectivos, por vía de los asentamientos ilegales, ello no obsta para que la Administración adopte las medidas tendientes a su protección o a la mitigación del peligro...*”<sup>29</sup>

§60. Conforme a lo anterior, no se declararán las excepciones de “Incumplimiento por parte de los habitantes de la Vereda La Estrella del Municipio de Chinchiná – Caldas del principio de autoconservación en materia de gestión del riesgo de desastres” propuesta por el municipio, como la de culpa exclusiva de la víctima propuesta por el departamento de Caldas.

### 2.5.2.2. Competencias del departamento de Caldas

§61. El artículo 74.5 de la Ley 715 de 2001 estableció como atribuciones de los departamentos, “... *Asesorar y prestar asistencia técnica, administrativa y financiera a los Municipios y a las instituciones de prestación de servicios para el ejercicio de las competencias asignadas por la ley, cuando a ello haya lugar.*”

§62. El artículo 13 de la Ley 1523 de 2012<sup>30</sup>, que adoptó la política nacional de gestión

<sup>28</sup> <http://www.chinchina-caldas.gov.co/normatividad/acuerdo-no-030-de-1999>

<sup>29</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA, Consejera ponente (E): MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO, Bogotá, D.C., cuatro (4) de febrero de dos mil diez (2010), Radicación número: 73001-23-31-000-2001-01676-01(AP). <http://181.57.206.9:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

<sup>30</sup> Por la cual se adopta la política nacional de gestión del riesgo de desastres y se establece el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres y se dictan otras disposiciones.

“[...] Artículo 13. Los Gobernadores en el Sistema Nacional. Los gobernadores son agentes del Presidente de la República en materia de orden público y desarrollo, lo cual incluye la gestión del riesgo de desastres. En consecuencia, proyectan hacia las regiones la política del Gobierno Nacional y deben responder por la implementación de los procesos de conocimiento y reducción del riesgo y de manejo de desastres en el ámbito de su competencia territorial. Parágrafo 1°. Los Gobernadores como jefes de la administración seccional

del riesgo, estableció que “... *Los gobernadores y la administración departamental son la instancia de coordinación de los municipios que existen en su territorio. En consecuencia, están a cargo de las competencias de coordinación, concurrencia y subsidiariedad positiva respecto de los municipios de su departamento.*”

§60. En efecto, el Consejo de Estado<sup>31</sup> indicó los subsiguientes aspectos sobre la coordinación y subsidiariedad entre los departamentos y municipios: (...) *i) la importancia de que exista una comunicación constante entre los departamentos y los municipios; ii) los departamentos como entes territoriales de nivel superior deben hacer seguimiento y estar pendientes del estado y de la gestión de los municipios, respetando naturalmente el principio de autonomía; iii) deben haber procesos de participación de modo que los departamentos apoyen e intervengan en la planeación de los programas y proyectos, sin que ello implique que necesariamente deban participar en la ejecución; y iv) el hecho de que la ley radique en cabeza de los municipios determinada función, no puede soslayar el trabajo conjunto que deben desarrollar con los departamentos.*(...)”-sft-

§63. Aunque en esta situación concreta no se encuentra que el departamento de Caldas haya incurrido en vulneraciones a los derechos colectivos, sí tiene funciones de coordinación colaboración y asesoría respecto del municipio de Chinchiná en materia de riesgos.

§64. En tal sentido, se negarán las excepciones de falta de legitimación en la causa, e inexistencia de vulneración de derechos colectivos, propuestas por el departamento, porque tiene funciones de colaboración y asesoría a la alcaldía de Chinchiná.

### **2.5.2.3. Competencia de la Corporación Autónoma Regional de Caldas - CORPOCALDAS**

§65. Como se explicará, la CAR tiene competencias en la determinación de las rondas hídricas y las fajas forestales protectoras de los cauces hídricos, como también de asesoría a los municipios en materia de riesgos.

§66. El artículo 2.2.3.3.2 del Decreto 1077 ordena que las Corporaciones Autónomas Regionales y las autoridades ambientales de las entidades territoriales, tendrán a su cargo el manejo de los recursos naturales, y la definición de las normas técnicas para la conservación, preservación y recuperación de los elementos naturales del espacio público.

§67. El artículo 2.2.3.1.5.1.1.2. del mismo decreto 1077, incluye dentro de las áreas para la conservación y preservación del sistema hídrico, los elementos naturales relacionados con las corrientes de agua, tales como las RONDAS HÍDRICAS.

---

respectiva tienen el deber de poner en marcha y mantener la continuidad de los procesos de gestión del riesgo de desastres en su territorio, así como integrar en la planificación del desarrollo departamental, acciones estratégicas y prioritarias en materia de gestión del riesgo, especialmente a través del plan de desarrollo departamental y demás instrumentos de planificación bajo su responsabilidad. Parágrafo 2°. Los gobernadores y la administración departamental son la instancia de coordinación de los municipios que existen en su territorio. En consecuencia, están a cargo de las competencias de coordinación, concurrencia y subsidiariedad positiva respecto de los municipios de su departamento [...]”

<sup>31</sup> Ibidem.

§68. El artículo 83 del Decreto 2811 de 1974, Código de Recursos Naturales Renovables, establece que, "*... salvo derechos adquiridos por particulares, son bienes inalienables e imprescriptibles del Estado: (...) una faja paralela a la línea de mareas máximas o a la del cauce permanente de ríos y lagos hasta de 30 metros de ancho...*"

§69. El artículo 5 del Decreto 1504 de 1998 precisa que "*... la Ronda Hídrica es un elemento que conforma el espacio público*".

§70. El artículo 2.2.1.1.1.8.2 del Decreto 1076 de 2015 establece como obligaciones de los propietarios de predios: "*... Mantener en cobertura boscosa dentro del predio las áreas forestales protectoras. (...) Se entiende por áreas forestales protectoras: (...) b) Una faja no inferior a 30 metros de ancho, paralela a las líneas de mareas máximas, a cada lado de los cauces de los ríos, quebradas y arroyos, sean permanentes o no, y alrededor de los lagos o depósitos de agua...*"

§71. El artículo 1º del Decreto 2245 de 2017 estableció "*... los criterios técnicos con base en los cuales las Autoridades Ambientales competentes realizarán los estudios para el acotamiento de las rondas hídricas en el área de su jurisdicción.*"

§72. A pesar que CORPOCALDAS definió las *RONDAS HÍDRICAS* por la Resolución 77 de 2011<sup>32</sup>, esta fue derogada por la Resolución 2020-0193<sup>33</sup>, donde señaló que "*... el acotamiento de estas son competencia de COPROCALDAS con el fin de preservar la función ecosistémica y de prevención del riesgo de los cauces naturales, mientras que el mantenimiento en cobertura boscosa en áreas forestales protectoras es competencia de los propietarios de predios rurales para la conservación de los recursos naturales y de las Administraciones Municipales en lo relacionado con la reglamentación de los usos del suelo.*"

§73. De esta manera, CORPOCALDAS tiene competencia para la definición de los criterios para la delimitación de las rondas hídricas y las fajas forestales protectoras.

§74. Por otro lado, el artículo 31 de la Ley 1523 de 2012<sup>34</sup>, integra a las Corporaciones Autónomas Regionales en el sistema de Gestión del Riesgo, y les ordena la labor de

<sup>32</sup> <https://historico.corpocaldas.gov.co/publicaciones/692/2018-04-03/Resolucion-077-2011-Ult.pdf>

<sup>33</sup> <https://historico.corpocaldas.gov.co/publicaciones/1628/02-12/Resolucion-2020-0193.PDF>

<sup>34</sup> ARTÍCULO 31. LAS CORPORACIONES AUTÓNOMAS REGIONALES EN EL SISTEMA NACIONAL. Las corporaciones autónomas regionales o de desarrollo sostenible, que para efecto de la presente ley se denominarán las corporaciones autónomas regionales, como integrantes del sistema nacional de gestión del riesgo, además de las funciones establecidas por la Ley 99 de 1993 y la Ley 388 de 1997 o las leyes que las modifiquen. Apoyarán a las entidades territoriales de su jurisdicción ambiental en todos los estudios necesarios para el conocimiento y la reducción del riesgo y los integrarán a los planes de ordenamiento de cuencas, de gestión ambiental, de ordenamiento territorial y de desarrollo.

PARÁGRAFO 1o. **El papel de las corporaciones autónomas regionales es complementario y subsidiario respecto a la labor de alcaldías y gobernaciones, y estará enfocado al apoyo de las labores de gestión del riesgo que corresponden a la sostenibilidad ambiental del territorio y, por tanto, no eximen a los alcaldes y gobernadores de su responsabilidad primaria en la implementación de los procesos de gestión del riesgo de desastres.**

PARÁGRAFO 2o. Las corporaciones autónomas regionales deberán propender por la articulación de las acciones de adaptación al cambio climático y la de gestión del riesgo de desastres en su territorio, en virtud que ambos procesos contribuyen explícitamente a mejorar la gestión ambiental territorial sostenible.

PARÁGRAFO 3o. Las corporaciones autónomas regionales como integrantes de los consejos territoriales de gestión del riesgo, en desarrollo de los principios de solidaridad, coordinación, concurrencia y subsidiariedad positiva, deben apoyar a las entidades territoriales que existan en sus respectivas jurisdicciones en la

apoyar a las entidades territoriales de la jurisdicción ambiental, en los estudios necesarios para el conocimiento y la reducción del riesgo.

§75. Aparte de lo anterior, el Consejo de Estado<sup>35</sup> señaló que las CAR pueden tener competencias indirectas de apoyo y acompañamiento: “... la distribución de funciones expuesta tampoco implica que las corporaciones autónomas regionales ejerzan la competencia que de manera directa corresponde a los municipios en materia de prevención y atención de desastres, sino que se circunscribe al apoyo y acompañamiento que, para el efecto, requiera la entidad territorial.”-sft-

§76. En el caso concreto no se encuentra que CORPOCALDAS haya incurrido en vulneraciones a los derechos colectivos. Sin embargo, tiene funciones de colaboración y asesoría respecto del municipio de Chinchiná.

§77. En tal sentido, se negarán las excepciones de falta de legitimación en la causa y falta de competencia en la solución del problema, propuestas por CORPOCALDAS.

#### 2.5.2.4. Competencias de la CHEC

§78. Conforme al certificado de existencia y representación allegado, la CHEC tiene por objeto la prestación del servicio de energía eléctrica, como también de la actividad complementaria de generación.<sup>36</sup>

§79. El artículo 25 de la Ley 142 de 1992, que establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios, como el de energía eléctrica, ordena que “...*Quienes presten servicios públicos requieren contratos de concesión, con las autoridades competentes según la ley, para usar las aguas (...) Deberán además, obtener los permisos ambientales y sanitarios que la índole misma de sus actividades haga necesarios (...) Asimismo, es obligación de quienes presten servicios públicos, invertir en el mantenimiento y recuperación del bien público explotado...*”

§80. El escrito de demanda como las contestaciones de CORPOCALDAS y la CHEC admiten que en la vereda La Estrella, cerca el puente vehicular, se encuentra la bocatoma que toma aguas de la quebrada La Estrella para las represas que alimentan las plantas de generación de energía La Ínsula y La Esmeralda.<sup>37</sup>

§81. Adicionalmente, consta que la CHEC ha realizado obras de mantenimiento de la quebrada y otras para mitigar el socavamiento de las viviendas del sector: (i) informe de la CHEC sobre la trazabilidad del mantenimiento anual en la bocatoma desde 2013<sup>38</sup>; (ii) informes de CORPOCALDAS del 3 de abril de 2007 y del 6 de junio de 2018<sup>39</sup>, como las declaraciones de sus funcionarios de dicha corporación,

---

implementación de los procesos de gestión del riesgo de acuerdo con el ámbito de su competencia y serán corresponsables en la implementación.

<sup>35</sup> CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN PRIMERA - Consejero ponente: HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ - Bogotá D.C., dieciséis (16) de mayo de dos mil diecinueve (2019) -Radicación número: 17001-23-33-000-2017-00452-01(AP)

<sup>36</sup> F. 145 c.1

<sup>37</sup> fs. 1, 83, 151 c.1

<sup>38</sup> Cuaderno 1, Fls. 151-154

<sup>39</sup> Fs. 131 a 154, 17, 18, 73

los geólogos Blanca Adiola Ramírez y Jorge Alberto Hernández Restrepo<sup>40</sup>, quienes testificaron que la CHEC instaló obras llamadas “hexápodos” que impiden los procesos de socavación activos; **(iii)** el informe de interventoría de la CHEC del mes de septiembre de 2018 sobre el contrato de administración delegada del mantenimiento civil de plantas mayores AO 100000 319012 donde se enlistaron las labores de mantenimiento de la bocatoma<sup>41</sup>; **(iv)** los dos incidentes de desacato decididos en autos del 29 de agosto de 2011<sup>42</sup> y 29 de julio de 2016<sup>43</sup> proferidos por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Chinchiná – Caldas, en la tutela interpuesta por la señora madre del actor, María Cenia Giraldo Zuluaga, los cuales fueron negados porque: “... se construyeron e instalaron, en la zona lateral de la vivienda, unos hexápodos los que han permitido que el terreno aledaño a la casa de la accionante se mantenga sin mayor socavación...”;

§82. Además, la Ingeniera Marínela Chávez Chávez<sup>44</sup> vinculada a la Central Hidroeléctrica de Caldas testificó que: (i) la bocatoma puede generar sedimentación sobre la quebrada y por eso tiene compuertas y un vertedero que permite el paso de los excesos del agua cuando llega una creciente; (ii) se hace limpieza mecánica rutinaria de todo el material que allí se acumula, con autorización de la autoridad ambiental; (iii) la bocatoma se encuentra en buenas condiciones de funcionamiento; (iv) cuando la quebrada trae creciente con material grueso que se acumula en el puente, la comunidad les informa y la CHEC realiza su retiro para que pueda el agua pasar normalmente.

§83. A pesar que la CHEC demostró que ha realizado las labores para el mantenimiento de la bocatoma y evitar la socavación del suelo aledaño a las viviendas, debe continuar con dichas labores, conforme lo señalado por el citado artículo 25 de la Ley 142 de 1992, por lo que no se declararán demostradas las excepciones de falta de legitimación en la causa e inexistencia de nexo causal que presentó la CHEC.

### **2.5.3. Relación de causalidad entre la acción, la omisión, y la señalada afectación de los derechos colectivos**

§84. De acuerdo con el informe técnico de CORPOCALDAS 2018-IE-00018282 del 6 de agosto de 2018<sup>45</sup> dirigido al actor, se encuentran afectadas aproximadamente 7 viviendas en el margen de la quebrada la Estrella, por inundaciones e inestabilidad debidos a procesos de socavación lateral derivados de los caudales por la temporada de lluvias, bajas pendientes del cauce, como por la sedimentación de material de arrastre de la bocatoma de la CHEC.

§85. Además, el informe presentado por el Sub director de Infraestructura Ambiental de Corpocaldas<sup>46</sup> dio cuenta que: **(i)** la zona se encuentra catalogada como de alto riesgo por inundación; **(ii)** la vivienda del accionante está sobre la faja de

<sup>40</sup> F. 250 c.1 minuto 00:17 a 00:36; 00:40 a 01:05:00

<sup>41</sup> Cuaderno 1, Fls. 151-154

<sup>42</sup> Cuaderno 2, Fls 113-119

<sup>43</sup> Cuaderno 2, Fls.161-282

<sup>44</sup> F. 250 c.1 minuto 01:08:00 a 01:30:25

<sup>45</sup> F. 17-18 C.1

<sup>46</sup> Fs. 255 a 258 c.1

protección del cauce, a menos de dos (2) metros de la lámina de agua y se observa seis viviendas en cercanía al cauce de manera directa e indirecta; **(iii)** insistió en que la solución a la situación presentada es la reubicación de las viviendas.

§86. A pesar que dicha zona es considerada de riesgo por inundación en el PBOT de Chinchiná- Caldas, el municipio no ha adelantado acciones para la reubicación de las personas que se encuentran en riesgo por inundación.

§87. De esta manera, se encuentra una relación de causalidad entre la omisión del municipio de Chinchiná en la reubicación de la población en peligro que ocupa la faja de protección.

§88. Por lo que se protegerán los derechos colectivos de los habitantes que viven en la vereda la Estrella del municipio de Chinchiná, que se encuentren en zona de alto riesgo no mitigable por inundación.

§89. En cuanto a las excepciones de “Acatamiento por parte del Municipio de Chinchiná- Caldas del principio de coordinación entre entidades del orden municipal y departamental” planteada por el municipio, como “La construcción y operación de la infraestructura de la Central Hidroeléctrica de Caldas S.A E.S.P se realiza con base en una habilitación legal” expuesta por la CHEC, debido a que se tratan de argumentos de defensa y no de excepciones de mérito que eximan de responsabilidad en la vulneración de derechos colectivos, no se declararán probadas.

## **2.6. De las órdenes de amparo**

§90. En cuanto a la solución que pretende el accionante, de la construcción de estructuras o muros en el sector, no es pertinente, debido a que las viviendas seguirían corriendo riesgo por inundación, y dicha zona no es apta para la construcción al ser parte de la faja forestal protectora.

§91. En estos casos el Consejo de Estado<sup>47</sup> estimó que les corresponde a los municipios adelantar las gestiones de reubicación de los sectores de la población vulnerable: *“Tampoco acertó el Tribunal al ordenarle a la CDMB adelantar con las autoridades municipales las labores de reubicación del asentamiento humano localizado en las zonas de alto riesgo del Barrio Quebrada Seca, pues según el artículo 5º de la Ley 2ª de 1991 esta tarea es del resorte exclusivo de la administración municipal.”*

§92. Por lo que se dispondrán las siguientes órdenes:

§92.1. El municipio de Chinchiná – Caldas deberá:

---

<sup>47</sup> Cita de la Cita: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 27 de febrero de 2003, proferida en el expediente N°2000-3448-01(AP-3448). M.P. Dr. CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE.

<http://181.57.206.9:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=213599>

§92.1.1. En el plazo de dos meses a partir de la ejecutoria de la presente sentencia, y con la asesoría de CORPOCALDAS, definirán la ronda hídrica, la faja forestal protectora y la zona de alto riesgo no mitigable por inundación de la quebrada La Estrella, en la vereda La Estrella de Chinchiná- Caldas, en un plazo no mayor a dos meses a partir de la ejecutoria de la presente sentencia.

§92.1.2. En el plazo de seis meses a partir de la ejecutoria de la presente sentencia, deberá realizar un censo de los miembros de los hogares que habitan las viviendas asentadas en la zona de alto riesgo por inundación, mitigable y no mitigable, de la quebrada La Estrella, en la vereda La Estrella de Chinchiná- Caldas, con los datos necesarios para acceder a programas de reubicación de viviendas.

§92.1.3. En el plazo de un año a partir de la ejecutoria de la presente sentencia, adelantar iniciar las gestiones administrativas y presupuestales, para que las familias identificadas accedan a programas de vivienda.

§92.1.4. En el plazo de dos años a partir de la ejecutoria de la presente sentencia, culminar la reubicación de las familias y habitantes identificados anteriormente.

§92.1.5. Una vez reubicada cada familia, el municipio adelantará las acciones policivas y administrativas necesarias para evitar la invasión de dichas zonas, revegetalizar las zonas, así como el traslado de la propiedad o posesión del terreno a su título, según sea el caso.

§92.1.6. Mientras se adelantan las anteriores actuaciones, el municipio de Chinchiná deberá ejecutar todas las acciones tendientes a preservar la vida de los habitantes asentados en la zona de alto riesgo por inundación de la quebrada La Estrella, en la vereda La Estrella de Chinchiná- Caldas. En caso de desalojo, deberá conceder a las familias subsidios de arrendamiento.

§92.2. CORPOCALDAS prestará asesoría al municipio para determinar la ronda hídrica, la faja forestal protectora y la zona de alto riesgo por inundación de la quebrada La Estrella, en la vereda La Estrella de Chinchiná- Caldas, así como las recomendaciones para los usos pertinentes de la faja forestar protectora.

§92.3. El Departamento de Caldas deberá prestar asistencia al municipio de Chinchiná para: (i) gestionar ante el Ministerio de Vivienda y otras entidades la inclusión de las familias y habitantes en programas de reubicación; (ii) asesorar en la gestión del riesgo de las viviendas asentadas en la zona de alto riesgo por inundación de la quebrada La Estrella, en la vereda La Estrella de Chinchiná- Caldas.

§92.4. Se ordenará a la Empresa Central Hidroeléctrica CHEC garantizar la sección hidráulica de la quebrada, efectuando periódicamente el debido mantenimiento del cauce, mediante la remoción de materiales de arrastre, con el cual deberá contar con un profesional especializado que dirija las actividades cuidando generar afectaciones ambientales sobre los predios colindantes.

§92.5. EXHORTAR a la comunidad que habita en la vereda la Estrella para que ejecute conductas que contribuyan al cuidado ambiental, atendiendo las indicaciones de las autoridades ambientales sobre la prohibición de adelantar construcciones en las distancias ordenadas por la autoridad ambiental, teniendo en cuenta que, en virtud del artículo 2 de la Ley 1523, la comunidad también es responsable de la gestión del riesgo.

## **2.7. Comité de verificación**

§93. El comité de verificación del cumplimiento de la sentencia será integrado por el actor popular, el alcalde del municipio de Chinchiná – quien lo presidirá- y un delegado de la Corporación Autónoma Regional Caldas, conforme a lo previsto en el inciso 4 artículo 34 de la Ley 472 de 1998. El Comité se reunirá a petición de cualquiera de sus integrantes por convocatoria de quien lo preside y rendirá informe escrito al Tribunal sobre el cumplimiento del compromiso asumido, al año siguiente de la ejecutoria del presente acto judicial.

## **2.8. Condena en costas**

§94. Conforme al artículo 38 de la Ley 472 de 1998, por remisión al CGP, toda vez que las pretensiones prosperaron parcialmente, no se impondrán costas.

§95. Por lo anteriormente expuesto, **esta Sala de Decisión del TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE CALDAS, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,**

### **SENTENCIA:**

**PRIMERO: DECLÁRESE** no probadas las excepciones de: (i) cosa juzgada interpuesta por la CHEC; (ii) falta de legitimación en la causa formulada por todos los demandados; (ii) incumplimiento por parte de los habitantes de la Vereda La Estrella del Municipio de Chinchiná – Caldas del principio de autoconservación en materia de gestión del riesgo de desastres propuesta por el municipio, como la de culpa exclusiva de la víctima propuesta por el departamento de Caldas; (iii) inexistencia de vulneración de derechos colectivos, propuestas por el departamento; (iv) inexistencia de nexo causal propuesta por la CHEC; (v) “Acatamiento por parte del Municipio de Chinchiná- Caldas del principio de coordinación entre entidades del orden municipal y departamental” planteada por el municipio, como “La construcción y operación de la infraestructura de la Central Hidroeléctrica de Caldas S.A E.S.P se realiza con base en una habilitación legal” expuesta por la CHEC.

**SEGUNDO:** Proteger los derechos colectivos a la seguridad y prevención de desastres previsible técnicamente de los habitantes de la vereda la Estrella del municipio de Chinchiná que viven en la zona de alto riesgo no mitigable por inundación de la quebrada La Estrella.

**TERCERO: ORDÉNESE al Municipio de Chinchiná, realizar las siguientes gestiones:**

1. En el plazo de dos meses a partir de la ejecutoria de la presente sentencia, y con la asesoría de CORPOCALDAS, definirán la ronda hídrica, la faja forestal protectora y la zona de alto riesgo no mitigable por inundación de la quebrada La Estrella, en la vereda La Estrella de Chinchiná- Caldas, en un plazo no mayor a dos meses a partir de la ejecutoria de la presente sentencia.
2. En el plazo de seis meses a partir de la ejecutoria de la presente sentencia, deberá realizar un censo de los miembros de los hogares que habitan las viviendas asentadas en la zona de alto riesgo por inundación, mitigable y no mitigable, de la quebrada La Estrella, en la vereda La Estrella de Chinchiná- Caldas, con los datos necesarios para acceder a programas de reubicación de viviendas.
3. En el plazo de un año a partir de la ejecutoria de la presente sentencia, adelantará iniciar las gestiones administrativas y presupuestales, para que las familias identificadas accedan a programas de vivienda.
4. En el plazo de dos años a partir de la ejecutoria de la presente sentencia, culminar la reubicación de las familias y habitantes identificados anteriormente.
5. Una vez reubicada cada familia, el municipio adelantará las acciones policivas y administrativas necesarias para evitar la invasión de dichas zonas, revegetalizar las zonas, así como el traslado de la propiedad o posesión del terreno a su título, según sea el caso.
6. Mientras se adelantan las anteriores actuaciones, el municipio de Chinchiná deberá ejecutar todas las acciones tendientes a preservar la vida de los habitantes asentados en la zona de alto riesgo por inundación de la quebrada La Estrella, en la vereda La Estrella de Chinchiná- Caldas. En caso de desalojo, deberá conceder a las familias subsidios de arrendamiento.

**CUARTO: ORDENAR** a la Corporación Autónoma Regional Caldas que preste asesoría al municipio para determinar la ronda hídrica, la faja forestal protectora y la zona de alto riesgo por inundación de la quebrada La Estrella, en la vereda La Estrella de Chinchiná- Caldas, así como las recomendaciones para los usos pertinentes de la faja forestar protectora.

**QUINTO: ORDENAR** al Departamento de Caldas que preste asistencia al municipio de Chinchiná para: (i) gestionar ante el Ministerio de Vivienda y otras entidades la inclusión de las familias y habitantes en programas de reubicación; (ii) asesorar en la gestión del riesgo de las viviendas asentadas en la zona de alto riesgo por inundación de la quebrada La Estrella, en la vereda La Estrella de Chinchiná- Caldas

**SEXTO: ORDENAR** a la Empresa Central Hidroeléctrica Chec, garantizar la sección hidráulica de la quebrada, efectuando periódicamente el debido mantenimiento del cauce, mediante la remoción de materiales de arrastre, con el cual deberá contar con un profesional especializado que dirija las actividades cuidando generar afectaciones ambientales sobre los predios colindantes.

**SÉPTIMO:** Se ordena EXHORTAR a la comunidad que habita en la vereda la Estrella para que ejecute conductas que contribuyan al cuidado ambiental, atendiendo las indicaciones de las autoridades ambientales sobre la prohibición de adelantar construcciones en las distancias ordenadas por la autoridad ambiental, teniendo en cuenta que, en virtud del artículo 2 de la Ley 1523, la comunidad también es responsable de la gestión del riesgo.

**OCTAVO: DISPONER** de que el comité de verificación del cumplimiento de la sentencia será integrado por el actor popular, el alcalde del municipio de Chinchiná – quien lo presidirá- y un delegado de la Corporación Autónoma Regional Caldas, conforme a lo previsto en el inciso 4 artículo 34 de la Ley 472 de 1998. El Comité se reunirá a petición de cualquiera de sus integrantes por convocatoria de quien lo preside y rendirá informe escrito al Tribunal sobre el cumplimiento del compromiso asumido, al año siguiente de la ejecutoria del presente acto judicial.

**NOVENO:** En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 80 de la Ley 472 de 1998, REMITASE copia auténtica de esta decisión a la Defensoría del Pueblo.

**DÉCIMO: NEGAR** las demás pretensiones de la demanda.

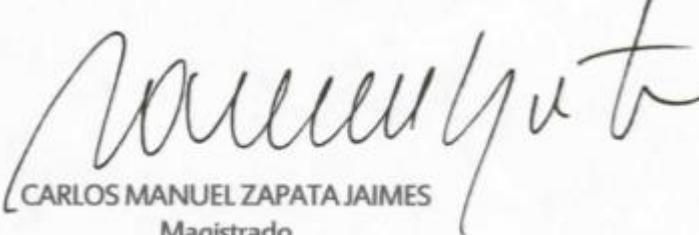
**DÉCIMOPRIMERO: SIN COSTAS.**

**DÉCIMO SEGUNDO:** Una vez ejecutoriada esta providencia, háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

Notifíquese y Cúmplase  
Los Magistrados



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES  
Magistrado

(en permiso)

**PATRICIA VARELA CIFUENTES**  
Magistrada



**República de Colombia**  
**Honorable Tribunal Administrativo de Caldas**  
**Sala Sexta de Decisión**  
**Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía**

**APRUEBA CONCILIACIÓN PREJUDICIAL**

**RADICACIÓN:** 170013333000-2021-00216-02  
**ACCIÓN:** Conciliación Prejudicial  
**SOLICITANTE:** Consorcio Ingenieros CA  
**CONTRAPARTE:** Municipio de Manizales  
**Acto Judicial:** Auto interlocutorio 133

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

Proyecto aprobado en sala ordinaria del once (11) de julio de dos mil veintidós (2022).

**Síntesis:** El Consorcio Ingenieros CA solicita la liquidación judicial del contrato 2009180365 suscrito con el Municipio de Manizales basado en las facturas FECI1 y FECI4, adeudadas por el ente municipal. El juzgado improbió la conciliación porque: (i) el acta de final de entrega en el contrato señaló que se adeudaba una suma menor a la conciliada; y, (ii) no se realizó la liquidación del contrato. La sala aprueba la conciliación porque: (i) las sumas conciliadas fueron aprobadas en las actas de avance como la final, suscritas por el supervisor, y no se han pagado; y, (ii) para demandar en la acción contractual y presentar la conciliación como requisito de procedibilidad no se requiere que el contrato se haya liquidado.

**1. Objeto de la convocatoria**

Procede esta Sala a decidir el recurso de apelación formulado por el municipio de Manizales en contra del auto proferido el 30 de septiembre de 2021 por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, que improbió el acuerdo conciliatorio celebrado en audiencia extrajudicial del 15 de septiembre de 2021 ante la Procuraduría 181 Judicial I para Asuntos Administrativos de Manizales, entre el CONSORCIO INGENIEROS CA y el MUNICIPIO DE MANIZALES.

**2. Competencia**

Este Tribunal es competente para conocer de la conciliación, por las siguientes razones:

1. Los artículos 243,3, 244 del CPACA, modificados por los artículos 243 y 244 de la Ley 2080 de 2021, indican que procede la apelación contra el auto que imprueba una conciliación extrajudicial.

2. En virtud del artículo 153 el CPACA, este tribunal es competente para resolver en segunda instancia apelaciones frente a los autos susceptibles de dicho recurso por los jueces administrativos.

### 3. Antecedentes

#### 3.1. Interés

Las partes en las presentes diligencias son la sociedad **Consorcio Ingenieros CA** y **Municipio de Manizales**.

#### 3.2. La solicitud de conciliación<sup>1</sup>

El 28 de julio de 2021 la sociedad Consorcio Ingenieros CA solicitó la conciliación prejudicial en la cual pretende:

*“(…) 1. Se proceda a la liquidación judicial del CONTRATO No. 2009180365 suscrito entre el CONSORCIO INGENIEROS CA y el Municipio de Manizales.*

*2. Con base en el CONTRATO No. 2009180365 y en las facturas electrónicas No. FEC11 y FEC14, se cita al MUNICIPIO DE MANIZALES para el pago de la suma de \$22.735.307.00 (Daño Emergente), por la ejecución del contrato No. 2009180365 y los intereses causados a la fecha de presentación de la solicitud de conciliación TRES MILLONES DOSCIENTOS DIECISIETE MIL PESOS MCTE \$3.217. 000.00. (Lucro cesante).*

Como antecedentes de la solicitud informo:

1. El Consorcio Ingenieros CA al cumplir con las condiciones de invitación pública dentro el proceso de licitación pública número MIC-054-2020, celebró contrato 2009180365 con la Secretaría de Obras Públicas del Municipio de Manizales. Su objeto consistió en realizar los *“ESTUDIOS TOPOGRÀFICOS PLANIMÈTRICOS Y ALTIMÈTRICOS DE LA AV. SANTANDER ENTRE LA CALLE 32 (PUENTE PEATONAL INGRESO AL CENTRO) HASTA LA CALLE 72 (RETORNO BATALLÒN) Y AV. LAS ARAUCARIAS, EN LA CIUDAD DE MANIZALES CALDAS PARA LOS DIFERENTES PROYECTOS QUE ADELANTA LA ADMINISTRACIÒN MUNICIPAL”*. Por un valor de \$ 22.735.307.
2. Señaló que el 29 de septiembre de 2020, el representante legal del Consorcio Ingenieros CA, y la Secretaría de Obras Públicas suscribieron el acta de **inició**. El plazo para la ejecución de dicho contrato se vencía el 31 de diciembre de 2020, sin que dentro de la ejecución se presentaran observaciones por parte del Municipio de Manizales al contratista.
3. Esgrimió que al cumplirse el objeto del contrato el 28 de diciembre de 2020, se suscribió acta de recibo final para contratos y/o convenios por parte del contratista y del contratante. Entonces, procedió a radicar facturas electrónicas número FE11 por el valor de \$15.367.422 y número FEC14 por valor de \$7.367.885 en la cuenta [facturacionelectronica@manizales.gov.co](mailto:facturacionelectronica@manizales.gov.co).

---

<sup>1</sup> Expediente digital archivo 007 Convocatoria.pdf.

4. Que dichas facturas no fueron canceladas, dado que de manera involuntaria en cada una en el espacio para la identificación del Municipio de Manizales se puso el Nit 901411469 siendo este el Nit del Consorcio Ingenieros CA. Por dicha razón con el fin de encontrar una alternativa de pago del contrato se convocó al municipio de Manizales para la liquidación del contrato, la cual no se realizó.

### 3.3. Trámite

El 15 de septiembre de 2021 la Procuraduría 181 Judicial I para asuntos Administrativos celebró audiencia de conciliación extrajudicial, en la cual comparecieron los apoderados judiciales del CONSORCIO INGENIEROS CA y del MUNICIPIO DE MANIZALES.

En dicha acta quedó consignada la propuesta del municipio de Manizales:

***“DECISIÓN DEL COMITÉ DE CONCILIACIÓN. Los miembros del comité de conciliación recomiendan asistir a la audiencia de conciliación convocada CON ÁNIMO CONCILIATORIO. Esta decisión del comité al acoger el concepto presentado por el apoderado judicial del municipio de Manizales, y según concepto técnico de la Secretaría de Hacienda y Obras Públicas. En consideración de lo anterior proponen cancelar la suma de VEINTE MILLONES DIECIOCHO MIL QUINIENTOS VEINTITRÉS PESOS (\$20.018.523), sin incluir intereses ni indexación dentro del mes siguiente a la aprobación de la conciliación prejudicial previa presentación completa de los documentos que se requieren para tal fin: copia auténtica de la sentencia aprobatoria de la conciliación por parte del Juez Administrativo, copia del Nit, del RUT del interesado que pretenda el pago, fotocopia de la cédula del representante legal, certificado de cuenta bancaria”. De la anterior manifestación se le corre traslado a la parte convocante quien refiere que acepta la propuesta.” – rsft-***

Sin embargo, el Ministerio Público consideró no emitir concepto favorable de conciliación, conforme a lo siguiente:

*“(…) Teniendo en cuenta los anteriores precedentes normativos y jurisprudenciales, esta Agencia del Ministerio Público no emite un concepto favorable para que se imparta aprobación al acuerdo, pues como ha **quedado en evidencia, los términos preclusivos para realizar las liquidaciones tanto bilateral como unilateral, frente al contrato No. 2009180365, han vencido sin que las partes hubiesen obrado de conformidad y por lo tanto, deviene claro que no podían pactar una liquidación bilateral, cuando la oportunidad ha vencido, y en tal sentido deben tener claras, las partes intervinientes las distintas y diversas consecuencias e implicaciones jurídicas que traen consigo las definiciones de Liquidación del Contrato, Liquidación bilateral del Contrato y la Liquidación Unilateral del Contrato. Sumado a lo antedicho; también se resalta que el interés de la parte convocante, siempre lo fue encaminado a lograr la Liquidación del pluricitado contrato, mas no su liquidación bilateral o unilateral, así lo estipula en su escrito de solicitud de conciliación**”.-rft-*

## 4. Decisión improbo la conciliación prejudicial

El Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, por auto del 30 de septiembre de 2021, ordenó improbar el acuerdo conciliatorio celebrado el 15 de septiembre de 2021.<sup>2</sup>

El juzgado encontró que:

---

<sup>2</sup> Expediente digital 017imprueba.pdf.

- (i) No operó la caducidad porque: “... *el término correspondiente para realizar la liquidación bilateral en el presente asunto y de acuerdo a los supuestos legales reseñados, feneció el día 28 de abril de 2021, teniendo en cuenta que el acta de recibo final del contrato se suscribió el día 28 de diciembre de 2020 e igualmente la oportunidad para la liquidación unilateral feneció el día 29 de junio de este año; término a partir de cual se deben contar el término dos (2) años como oportunidad para presentar la demanda de controversias contractuales... Luego conforme la fecha de radicación de la solicitud de conciliación, se tiene que el medio de control no ha caducado, encontrándose satisfecho este requisito*”
- (ii) El acuerdo versa sobre sobre acciones o derechos económicos disponibles por las partes.
- (iii) Las partes están debidamente representadas, con facultad para conciliar.
- (iv) El acuerdo conciliatorio **NO** cuenta con las pruebas necesarias, no sea violatorio de la ley o no resulte lesivo para el patrimonio público, porque en el acta final se estipuló que se debía solo la suma de \$7.367.885 y no de \$20.018.523.
- (v) Adicionalmente, conforme a lo acordado por las partes, el valor no cancelado se pagaría en el acta de liquidación, y esta no ha sido realizada ni de mutuo acuerdo ni de manera voluntaria por parte del municipio.

### 5. Recurso de Apelación del municipio de Manizales<sup>3</sup>

Inconforme con la decisión adoptada por el Juzgado de Primera instancia, la entidad territorial motivó su postura en que la ejecución del contrato 2009180365 cumplió con lo establecido en la aceptación de la oferta. Luego, el 18 de diciembre de 2020, se suscribió acta parcial del contrato por valor de \$ 15.367.422, facturada en factura electrónica número FECI1 del 22 de diciembre de 2020 y radicada con la operadora de presupuesto el 23 de diciembre de 2021.

Precisó que a la fecha de terminación del contrato esto es, el 28 diciembre de 2020, se suscribió acta de recibo final y factura del acta número 2 final, con número FECI4 por valor de \$ 7.367.885. Quedando expresado en el acta el valor adeudado por la suma en mención, la cual fue suscrita por las partes (contratista, supervisor y ordenador del gasto).

Mencionó, que posteriormente, **al no tener conocimiento de la devolución de la orden número 260226 (acta parcial), por parte de la Tesorería del municipio, debido al error en el número del Nit del ente territorial en la factura FECI1 y que solo lo fue hasta el 12 de enero de 2021** conforme al formato de control de devolución de órdenes de pago, se dispuso la devolución con observaciones.

Señaló que una vez se informó la situación al contratista, este remitió el 13 de enero de 2021 comunicación aclaratoria de las facturas FECI1 y FECI4, informando el error incurrido. Sin embargo, la Tesorería del municipio devolvió nuevamente la cuenta manifestando que no estaba a nombre del municipio. Por lo anterior, se emitió concepto por las Secretarías de Obras Públicas y Hacienda en el cual se recomendó asistir a la audiencia con ánimo conciliatorio.

---

<sup>3</sup> Expediente digital 32SolicitudConciliacionExp38121 pág. 2

Estas son las razones por las cuales al suscribir el acta final del contrato solo se colocó se se debía la cifra de \$7.367.885.

El municipio solicitó revocar la decisión recurrida y aprobar el acuerdo conciliatorio celebrado en la audiencia extrajudicial llevado a cabo el 15 de septiembre de 2021.

#### **4. Consideraciones**

El artículo 59 de la Ley 23 de 1991, modificado por la Ley 446 de 1998, artículo 70, establece que las personas jurídicas de derecho público a través de sus representantes legales o por conducto de apoderado, pueden conciliar, total o parcialmente en las etapas prejudicial o judicial, sobre los conflictos de carácter particular y contenido económico de que conozca la jurisdicción de lo contencioso administrativo con ocasión de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa y contractual previstas en el Código Contencioso Administrativo.

Por su parte, el artículo 13 de la Ley 270 de 1996, modificado por el artículo 42 A de la Ley 1285 de 2009, y el artículo 161 del CPACA establece como requisito de procedibilidad la conciliación prejudicial cuando los asuntos sean conciliables, para las acciones previstas en los artículos 138, 140 y 141 del CPACA.

El Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho, modificado por el Decreto 1167 de 2016, reguló el trámite de conciliación extrajudicial en asuntos contenciosos administrativos:

*"ARTÍCULO 2.2.4.3.1.1.2. Asuntos susceptibles de conciliación extrajudicial en materia contencioso administrativa. Podrán conciliar, total o parcialmente, las entidades públicas y las personas privadas que desempeñan funciones propias de los distintos órganos del Estado, por conducto de apoderado, sobre los conflictos de carácter particular y contenido económico de los cuales pueda conocer la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través de los medios de control previstos en los artículos 138, 140 y 141 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.*

*PARÁGRAFO 1º. No son susceptibles de conciliación extrajudicial en asuntos de lo Contencioso administrativo:*

- Los asuntos que versen sobre conflictos de carácter tributario.*
- Los asuntos que deban tramitarse mediante el proceso ejecutivo de que trata el artículo 75 de la Ley 80 de 1993, salvo las excepciones específicas establecidas en la ley.*
- Los asuntos en los cuales la correspondiente acción haya caducado. (...)"*

#### **4.1. Requisitos de la conciliación extrajudicial en materia contenciosa administrativa.**

Sobre el particular, la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado ilustró que para que proceda la aprobación de la conciliación extrajudicial deben cumplirse ciertos requisitos<sup>4-5</sup>:

1. Que no haya operado la caducidad de la acción
2. Que verse sobre derechos económicos disponibles por las partes
3. Que las partes estén debidamente representadas y que estos representantes tengan capacidad para conciliar.
4. Que el acuerdo no sea lesivo para el patrimonio público, o sea, para lo cual habrán de examinarse necesariamente los medios de prueba que conduzcan al establecimiento de la obligación reclamada a cargo suyo.

De acuerdo a los presupuestos abordados se analizará si el presente acuerdo conciliatorio cumple con los requisitos establecidos, para impartir o no a su aprobación.

#### **4.2. Análisis del requisito que no haya operado el fenómeno de la caducidad**

Teniendo en cuenta que el contrato en estudio no fue liquidado, el artículo 164.2.j).v) del CPACA precisa la oportunidad para presentar la demanda en las acciones “... *relativas a contratos el término para demandar será de dos (2) años que se contarán a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento. (...) v) En los que requieran de liquidación y esta no se logre por mutuo acuerdo o no se practique por la administración unilateralmente, una vez cumplido el término de dos (2) meses contados a partir del vencimiento del plazo convenido para hacerlo bilateralmente o, en su defecto, del término de los cuatro (4) meses siguientes a la terminación del contrato o la expedición del acto que lo ordene o del acuerdo que la disponga; ...*”-sft-

El numeral 37 del contrato sujetó la liquidación al plazo establecido en el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, esto es, “... *la liquidación se realizará dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la expiración del término previsto para la ejecución del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.*”

Por su parte la jurisprudencia de la Sección Tercera del Honorable Consejo de Estado<sup>6</sup>, ha precisado sobre aplicación del literal j) numeral 2 del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, a

---

<sup>4</sup> “(...) 1. *Que no haya operado el fenómeno de la caducidad (art. 61 ley 23 de 1991, modificado por el art. 81 ley 446 de 1998).* 2. *Que el acuerdo conciliatorio verse sobre acciones o derechos económicos disponibles por las partes (art. 59 ley 23 de 1991 y 70 ley 446 de 1998).* 3. *Que las partes estén debidamente representadas y que estos representantes tengan capacidad para conciliar.* 4. *Que el acuerdo conciliatorio cuente con las pruebas necesarias, no sea violatorio de la ley o no resulte lesivo para el patrimonio público (art. 65 A ley 23 de 1991 y art. 73 ley 446 de 1998) (...)*”.

<sup>5</sup> “(...) *el acuerdo conciliatorio se someterá a los siguientes supuestos de aprobación: La debida representación de las personas que concilian. La capacidad o facultad que tengan los representantes o conciliadores para conciliar. La disponibilidad de los derechos económicos enunciados por las partes. Que no haya operado la caducidad de la acción. Que lo reconocido patrimonialmente esté debidamente respaldado en la actuación. Que el acuerdo no resulte abiertamente lesivo para el patrimonio público (artículos 73 y 81 de la Ley 446 de 1998). Como se observa, el límite de la conciliación, para que resulte procedente, lo marca el hecho de que la misma no sea lesiva a los intereses patrimoniales del Estado, para lo cual habrán de examinarse necesariamente los medios de prueba que conduzcan al establecimiento de la obligación reclamada a cargo suyo. Es por ello que no se trata de un mecanismo jurídico que, a cualquier precio, permita la solución o la prevención de litigios, sino de uno que implica que dicha solución, siendo justa, equilibre la disposición de intereses con la legalidad. En otros términos, el reconocimiento voluntario de las deudas por parte de las entidades estatales, debe estar fundamentado en pruebas suficientes, de manera tal que el acuerdo logrado no lesione el patrimonio público (...)*”.

<sup>6</sup> Consejo de Estado, sección tercera, MP. Jaime Enrique Rodríguez Navas, radicado : 18001-23-33-000-2018-00069-01 (66986) del 21 de octubre de 2021

efectos de contabilizar el término de caducidad para los contratos que requieren de liquidación. En este sentido, ha indicado que, para identificar el plazo de liquidación contractual, se debe acudir a la autonomía de la voluntad. Sin embargo, ante la omisión de establecer dicho plazo, se debe aplicar el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007.

La Corporación ha interpretado la anterior norma respecto a la vigencia del medio de control, conforme a lo siguiente:

*“De lo anterior surge que los plazos definidos para realizar la liquidación bilateral deben cumplirse, so pena de que sea la administración la que tenga que hacerlo de manera unilateral. Igualmente, si esto tampoco ocurre, la liquidación por mutuo acuerdo se puede realizar dentro de los dos años siguientes, sin que ello pueda afectar el conteo de la caducidad, que en todo caso comienza a contabilizarse desde el vencimiento de los términos pactados más los dos meses que tiene la entidad contratante. En ese orden de ideas, cuando no es posible suscribir la liquidación dentro de los plazos indicados, sea bilateral o unilateralmente, las partes pueden celebrar dicho acuerdo en cualquier tiempo, dentro de los dos años siguientes; aunque ello no impide que inicie el conteo de la caducidad, es decir, que corra de manera concomitante”<sup>7</sup> rft.*

De acuerdo con las condiciones de la invitación pública número MIC-054-2020, perfeccionada en el contrato 2009180365, se estipuló en el artículo 32 la liquidación del contrato, sujeto a lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 y el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007.

En este sentido, para liquidar el contrato se contaba con 4 meses siguientes a la expiración del término previsto para la ejecución del contrato, o a la expedición del acto administrativo, o la fecha de acuerdo que lo disponga; más el término de dos (2) meses con el que cuenta la entidad para la liquidación unilateral.

De acuerdo al numeral 4 del contrato se estipuló como plazo de ejecución del mismo, desde el acta de inicio, sin superar el 31 de diciembre de 2020. Luego los 4 meses que contaba para la liquidación bilateral acaeció el 28 de abril de 2021, dado que el acta de liquidación final se suscribió el 28 de diciembre de 2020. Luego, se contabilizaba el término de dos (2) meses para la liquidación unilateral que lo fue el día 29 de junio de 2021. Entonces, si se contabiliza a partir de esta última data los dos años, se contaba hasta 30 de junio de 2023 para presentar la demanda de controversia contractual. Luego, de acuerdo al acta de reparto esta fue presentada el 16 de septiembre de 2021, fecha oportuna para instaurarla. Por tanto, no se configuró el término de caducidad.

En este sentido, considera la Sala que no le asiste razón al Ministerio Público, al indicar que los términos para realizar las liquidaciones tanto bilateral como unilateral frente al contrato han fenecido. Lo anterior, tiene sustento en las fuentes normativas y jurisprudenciales precitadas que señalan la interpretación de la Ley 1150 de 2007.

#### **4.4. Requisito que el acuerdo conciliatorio verse sobre acciones o derechos económicos disponibles por las partes**

Este requisito se cumple, porque el presente asunto se trata de conciliar el valor adeudado por el municipio de Manizales, al consorcio Ingenieros CA, con base en el contrato número 2009180365, con el fin de cancelar la suma de \$ 20.018.523, conforme a lo acordado por la decisión del Comité de Conciliación de la entidad territorial. Esta obligación se encuentra

---

<sup>7</sup>*Ibidem.* También se puede ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Auto del dieciséis (16) de febrero de dos mil diecisiete (2017). Expediente número: 25000-23-36-000-2015-02719-01 (57375).

fundada en las facturas FECI1 del 22 de diciembre de 2020 y FECI4 del 28 de diciembre de 2020.

#### **4.5.Requisito que las partes estén debidamente representadas y que estos representantes tengan capacidad para conciliar.**

Las partes estuvieron debidamente representadas por sus apoderados así:

**Parte convocante:** La abogada TATIANA ALEJANDRA ZAMUDIO CRUZ, quien actúa conforme a la sustitución de poder suscrito por el doctor RODRIGO EDUARDO CARDOZO ROA, en representación del CONSORCIO INGENIEROS CA<sup>8</sup>.

**Parte convocada:** La abogada MARÍA DEL SOCORRO ZULUAGA RESTREPO, actuando en calidad de apoderada judicial del MUNICIPIO DE MANIZALES, conforme al poder especial conferido por la Secretaria de Despacho de la Secretaría Jurídica<sup>9</sup>.

#### **4.6.Requisito que los derechos reconocidos estén debidamente respaldados por las pruebas allegadas a la actuación:**

Desde el punto de vista material, para que la aprobación resulte procedente deben existir las pruebas necesarias y que resulten suficientes para demostrar que el acuerdo alcanzado no es violatorio de la ley o lesivo para el patrimonio público.

El juzgado de primera instancia improbió la conciliación porque: (i) no se allegaron las pruebas necesarias, toda vez que se concilió una suma superior a la estipulada como debida en el acta de recibo final de la supervisión; y, (ii) el último pago estaba sujeto a la liquidación del contrato.

##### **4.6.1. De la inconsistencia entre lo conciliado y el acta de recibo final**

En la historia del contrato se encuentra:

- El día 16 de septiembre de 2020<sup>10</sup>, se firmó contrato electrónico / aceptación de oferta MIC 054 2020, entre la Secretaría de Obras del Municipio de Manizales y el Consorcio Ingenieros CA, cuyo objeto fue “ESTUDIOS TOPOGRAFICOS PLANIMETRICOS Y ALTIMETRICOS DE LA AV. SANTANDER ENTRE LA CALLE 32 (PUENTE PEATONAL INGRESO CENTRO) HASTA LA CALLE 72 (RETORNO BATALLON) Y AV LAS ARAUCARIAS EN LA CIUDAD DE MANIZALES CALDAS, PARA LOS DIFERENTES PROYECTOS QUE ADELANTA LA ADMINISTRACION MUNICIPAL”.
  - Que en el numeral 3 y 4 se fijó un valor del contrato de \$ 22.735.307 y un plazo desde de la suscripción del acta de inicio, sin superar el 31 de diciembre de 2020, a partir de la aprobación de la garantía<sup>11</sup>.
  - Que en el numeral 22 se fijó la forma de pago, a través de actas parciales y de acuerdo al avance de los estudios y diseños así:
    - un primer pago parcial de hasta el 50% del valor total del contrato.
    - un segundo pago parcial de hasta el 40% del valor total del contrato,

<sup>8</sup> Expediente digital archivo 015Sustituyepoder.pdf

<sup>9</sup> Expediente digital archivo 009Poder.pdf

<sup>10</sup> Expediente digital archivo 007 Convocatoria.pdf. pág. 11

- ambos **previa certificación del supervisor/interventor** designado por la entidad.
- un último pago no inferior al 10% del valor total de la liquidación del contrato previa presentación de los respectivos informes, planos y demás productos contratados (...).
  - En el numeral 27 se determinó como supervisor del contrato a cargo de la Profesional Universitaria de la Secretaría de Obras Públicas, con la obligación de entregar el informe de supervisión de ejecución del contrato.
  - En el numeral 37 se determinó la liquidación del contrato al momento de su terminación de conformidad con lo previsto en la Ley 80 de 1993 y el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007.
- El 29 de septiembre de 2020 se firmó el acta del inicio del contrato 2009180365, entre CONSORCIO INGENIEROS CA y el MUNICIPIO DE MANIZALES, y se indicó como fecha de terminación el 28 de diciembre de 2020<sup>12</sup>.
  - **SOBRE EL PRIMER PAGO PARCIAL:**
    - El 18 de diciembre de 2020, se firmó el acta de pago parcial por contrato de prestación de servicios y/o compraventa de acuerdo con el balance del contrato se indica el valor parcial a pagar es por \$ 15.367.422, quedando un saldo de \$ 7.367.885<sup>13</sup>.
    - Se presentó la factura electrónica de venta FECI1 del 22/12/2020, por un valor total de \$ 15.367.422<sup>14</sup> por concepto de estudios acta 1 contrato número 2009180365
    - Se expidió la orden de pago 260226 del **31 de diciembre de 2020** por el municipio de Manizales, por la factura FECI1 del contrato 2009180365, por un valor total de \$ 13.531.080<sup>15</sup>, por los descuentos legales.
    - El **12 de enero de 2021** se expidió formato de control de devolución de orden de pago número 260226, por inconsistencias en la factura.
  - **SOBRE EL SEGUNDO Y FINAL PAGO:**
    - El 28 de diciembre de 2020, se firmó acta de recibo final para contratos y /o convenios, en el contrato 2009180365<sup>16</sup>, en el cual se indica el recibo del contrato por parte del contratista; cuyo valor ejecutado es por \$ 22.735.307 y se afirma que el valor adeudado es de **\$ 7.367.885, el cual será pagado en el acta de liquidación** y como saldo no ejecutado el valor de 0.
    - El contratista presentó factura FECI4 del 28 de diciembre de 2020 por concepto de acta final por un valor total de \$ 7.367.885<sup>17</sup>.

<sup>12</sup> Expediente digital archivo 007 Convocatoria.pdf. pág. 9

<sup>13</sup> Expediente digital archivo 021Anexos.pdf. pág. 6

<sup>14</sup> Expediente digital archivo 007 Convocatoria.pdf. pág. 19

<sup>15</sup> Expediente digital archivo 021 Anexos. Pdf. Pág. 3.

<sup>16</sup> Expediente digital archivo 007 Convocatoria.pdf. pág. 7

<sup>17</sup> Expediente digital archivo 007 Convocatoria.pdf. pág. 20

- El 26 de enero de 2021 la Tesorería municipal hizo el control de devolución de la orden de pago 34813 del 26 de enero de 2021, en la que consta la devolución de la factura, por concepto de Nit errado entre otras y por no estar a nombre de la Alcaldía.<sup>18</sup>

En el Acta del Comité de Conciliación suscrita el 10 de septiembre de 2021 por la Secretaría Jurídica del municipio de Manizales, se autoriza como fórmula de acuerdo cancelar la suma de \$ 20.018.523, sin incluir intereses ni indexación dentro del mes siguiente a la aprobación de la conciliación prejudicial, previa a la presentación de la documentación que se requiere para tal fin:<sup>19</sup>

*Frente al valor total reclamado “veintidós millones, setecientos treinta y cinco mil, trescientos siete pesos (22.735.307):*

*El valor a pagar sería de “veinte millones, dieciocho mil, quinientos veinte tres pesos (20.018.523)”, dado que ya se efectuaron las retenciones de ley en las órdenes de pago 260226 y 260241, las cuales ya fueron causadas y giradas a la DIAN y al Municipio en el mes de enero de 2021.*

Orden de Pago	Factura	Valor Factura	Rete fuente	Reteica	Reteiva	Neto a Pagar
260226	FEI1	15.367.422	1.420.518	47.781	368.043	13.531.080
260241	FEI4	7.367.885	681.065	22.909	176.458	6.487.453

El juzgado no aprobó la conciliación por la inconsistencia entre lo conciliado y por el acta del recibo final.

El municipio apeló explicando que cuando se redactó el acta final del contrato, aun no había sido devuelta la factura FEI1 del primer pago.

La Sala encuentra que el cumplimiento del contrato fue certificado por la supervisión, en fecha 18 de diciembre de 2020 se autorizó el primer pago del contrato, y en 28 de diciembre de 2020 fecha de autorizó el pago restante, pero a esta última fecha no se había hecho el primer pago, por lo que la explicación dada por el municipio es atendible, pues por la primera acta se adeuda \$ 13.531.080 y por la segunda acta se adeuda \$ 7.367.885.

En efecto, en el acta final de fecha 28 de diciembre de 2020 suscrita por la supervisora del contrato y por el consorcio ingenieros CA, se dejó constancia de lo siguiente: “(...) Con el objeto de recibir el contrato relacionado, en Manizales a los 28 días del mes de DICIEMBRE de 2020 se recibió el contrato No. 2009180365 por parte del Contratista CONSORCIO INGENIEROS CA representado legalmente por el Ingeniero ANDRES MAURICIO CARDOZO ROA y el Supervisor ANGELA MARCELA PARA ALZATE, el valor **ejecutado** del contrato fue de **\$22.735.3087** se adeuda un valor de **\$7.367.885** el cual se pagará en el acta de liquidación y el saldo no ejecutado fue de \$ 0.”

#### 4.6.2. El último pago estaba sujeto a la liquidación del contrato.

<sup>18</sup> Expediente digital archivo 021 Anexos. Pdf. Pág. 1-3.

<sup>19</sup> Expediente digital archivo 006 Acta Comité. pág. 1-3.

Otro motivo que tuvo el juzgado de primera instancia para improbar la conciliación fue que las partes no suscribieron el acta final de liquidación, requisito para realizar el segundo pago.

Al respecto, es del caso señalar que para acudir a la jurisdicción no es necesario que se haya liquidado el contrato, por lo que la parte convocante, el consorcio, podía solicitar la liquidación judicial del contrato y demandar el pago. Así, podía interponer la conciliación prejudicial para poder demandar, y en el trámite conciliatorio podía llegar a un acuerdo, sin necesidad de esperar la liquidación bilateral o unilateral.

De esta manera no es fundamento para negar la aprobación de la conciliación el que no se haya efectuado aún la liquidación a la que estaba sujeto el último pago.

De otro lado, se observa que con la solicitud de conciliación extrajudicial se acompañaron los documentos que permitan respaldar el valor adeudado al **CONSORCIO INGENIEROS CA**, por parte del ente municipal, atendiendo los inconvenientes que se presentaron en la devolución de las facturas antes mencionadas, situación que desencadenó en el no pago de las facturas al contratista.

Efectivamente, conforme a las actas parciales y finales del contrato, la supervisión indicó que se recibieron los estudios del contrato 2009180365 por parte del contratista, por el valor ejecutado en el mismo. De esta forma, existe claridad que la conciliación en análisis no resulte lesiva para el patrimonio público.

Por lo anterior, el contenido del acuerdo conciliatorio puede ser aprobado. Por ello, se ordenará revocar la decisión proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales.

### **Conclusión:**

La Sala observa que como ya se superaron los términos para las liquidaciones bilateral y unilateral, la entidad o el contratista solo les cabe el camino para demandar la liquidación del contrato, por lo que se presentó la solicitud de conciliación prejudicial para constituir el requisito de procedibilidad, y en la conciliación el contratista accedió a conciliar renunciando a parte de sus pretensiones, por lo que es procedente el estudio de la conciliación.

Así las cosas, la Sala observa que la conciliación cumple con la totalidad de los requisitos exigidos para su aprobación.

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,

### **RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR** la decisión proferida el 30 de septiembre de 2021, por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, que improbo la conciliación prejudicial celebrado en la Procuraduría 181 Judicial para asuntos Administrativos de Manizales, entre el **CONSORCIO INGENIEROS CA** y el **MUNICIPIO DE MANIZALES**.

**SEGUNDO: APROBAR** la conciliación celebrada el 15 de septiembre de 2021 entre el **CONSORCIO INGENIEROS CA** y el **MUNICIPIO DE MANIZALES** ante la Procuraduría 181 Judicial I para asuntos Administrativos, la cual es del siguiente tenor:

*“DECISIÓN DEL COMITÉ DE CONCILIACIÓN. Los miembros del comité de conciliación recomiendan asistir a la audiencia de conciliación convocada CON ÁNIMO CONCILIATORIO. Esta decisión del comité al acoger el concepto presentado*

*por el apoderado judicial del municipio de Manizales, y según concepto técnico de la Secretaría de Hacienda y Obras Públicas. En consideración de lo anterior proponen cancelar la suma de VEINTE MILLONES DIECIOCHO MIL QUINIENTOS VEINTITRÉS PESOS (\$20.018.523), sin incluir intereses ni indexación dentro del mes siguiente a la aprobación de la conciliación prejudicial previa presentación completa de los documentos que se requieren para tal fin: copia auténtica de la sentencia aprobatoria de la conciliación por parte del Juez Administrativo, copia del Nit, del RUT del interesado que pretenda el pago, fotocopia de la cédula del representante legal, certificado de cuenta bancaria”. De la anterior manifestación se le corre traslado a la parte convocante quien refiere que acepta la propuesta.”*

**TERCERO:** Las partes deben dar cumplimiento a todo lo establecido en el acta de conciliación referida.

**CUARTO:** Expídanse copias, de conformidad con el artículo 114 del CGP, con destino a las partes, del presente auto y del acta de conciliación.

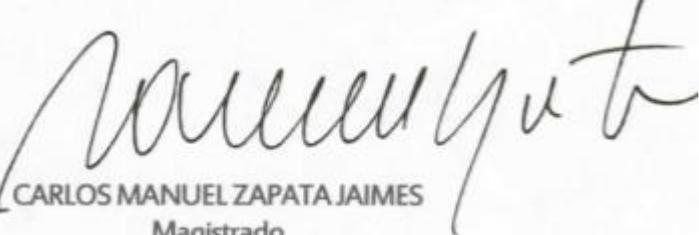
**QUINTO:** Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente digital al Juzgado de origen, previa las anotaciones en el sistema siglo XXI.

### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES  
Magistrado

(en permiso)

**PATRICIA VARELA CIFUENTES**

**Magistrada**