

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Segunda de Decisión

Magistrado Ponente: Jairo Ángel Gómez Peña

Manizales, veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021)

Radicado.	17-001-33-33-003-2018-00372-02
Clase:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante:	Ilduara Ospina Cardona
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Providencia:	Sentencia N°. 13

Asunto

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

I. Antecedentes

1. Pretensiones

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

- Se declare la nulidad de la Resolución N° 7855-6 de 13 de octubre de 2017.
- Se declare que la parte actora pertenece al régimen exceptuado previsto en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, que su situación se halla cobijada por el régimen especial previsto para los docentes vinculados antes del 27 de junio de 2003, y por ende, que su pensión de jubilación debe ser reajustada anualmente con base en lo previsto en las Leyes 91 de 1989 y 71 de 1988.

- Se condene a la parte accionada a aplicar el porcentaje previsto en el artículo 8 ordinal 5° de la Ley 91 de 1989 para los descuentos en salud, equivalente al 5%, cesando los actuales aportes del 12%.
- Se disponga el reajuste pensional de manera retroactiva, aplicando lo previsto en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, esto es, con base en el incremento anual del salario mínimo y no el IPC.
- Se reintegren las sumas que han sido descontadas de su mesada pensional, superiores al 5% de las mesadas de julio y diciembre.
- Se paguen a la parte demandante las diferencias resultantes entre la mesada pensional reajustada y la que actualmente recibe.
- Se indexen las sumas reconocidas, y se condene en costas y agencias en derecho a la demandada.
- A título de pretensión subsidiaria, impetra que de llegar a considerarse por el Tribunal que su régimen pensional es el consagrado en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, se ordene reintegrar a favor del accionante lo descontado equivalente al 12% de las mesadas de junio y diciembre, se ordene cesar dichos aportes y se condene en costas a la accionada.

2. Hechos

Se relataron los que a continuación se resumen:

- Se vinculó a la docencia oficial con anterioridad al 27 de junio de 2003, y al cumplir los requisitos de ley le fue reconocida pensión de jubilación, de la cual le han venido descontando el 12% de cada mesada pensional, incluidas las adicionales de junio y diciembre, con destino al sistema de salud.
- Pese a que en el acto de reconocimiento se dijo que el reajuste anual pensional se daría en virtud de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, dichos incrementos se han hecho conforme lo dispone el mandato 14 de la Ley 100 de 1993.
- Desde la promulgación de la Ley 100 de 1993, los incrementos anuales de las pensiones ordenados en el artículo 53 de la Carta Política vienen dándose con la aplicación del Índice de Precios al Consumidor (IPC), según lo consagrado en el canon 14 de dicho dispositivo legal.
- El 4 de octubre de 2017 presentó solicitud ante la entidad demandada con el fin de

que su pensión fuera incrementada conforme lo dispone el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, igualmente que el descuento con destino al sistema de salud se ajustara al 5% de cada mesada, peticiones negadas a través del acto demandado.

3. Normas violadas

Como disposiciones violadas se citaron las siguientes:

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

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

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

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

4. Contestación de la demanda

4.1. Departamento de Caldas

Contestó la demanda con el escrito de folios 57 a 60 del mismo cuaderno. Formuló como excepciones las de *‘falta de legitimación en la causa por pasiva’*, fundamentada

en que no le asiste competencia para el reconocimiento y pago de las prestaciones docentes, las cuales están en cabeza del FNPSM; *‘inaplicabilidad de las normas que regulan los descuentos en salud régimen docente e inexistencia del derecho reclamado’*, anotando que los artículos 5 y 8 de la Ley 91 de 1989 contemplan los descuentos sobre las mesadas adicionales; *‘buena fe’* atendiendo a que su actuación se ha ceñido a los postulados legales; y *‘prescripción’*, con base en los Decretos 3135 de 1968 y 1838 de 1969.

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

Guardó silencio.

5. Sentencia de Primera Instancia

El a quo negó las pretensiones de la parte demandante y la condenó en costas.

Para ello analizó el régimen normativo aplicable a los descuentos para salud de las mesadas de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio concluyendo que, la remisión a las normas de la Ley 100 de 1993 se contrae al valor de la tasa de cotización que los docentes afiliados al fondo deben hacer por concepto de salud. Que de conformidad con el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, la cotización al régimen contributivo de salud es del 12% del ingreso o salario base de cotización.

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

En cuanto al incremento anual de las pensiones con fundamento en el salario mínimo señaló que éste está dado únicamente para las pensiones que se otorgan con ese rango constitucional. Con apoyo en el pronunciamiento de la Corte Constitucional en sentencia C-435 del 1994 expuso que, con el reajuste de la pensión con fundamento en el Índice de Precios al Consumidor (IPC) no se vulneran los postulados del Estado Social de Derecho ni el principio de favorabilidad previsto en el artículo 53 de la Constitución Política. Expuso que para el caso bajo examine, se debe incrementar la pensión conforme a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993. (fls. 75-85, C.

1)

6. Recurso de Apelación

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

Respecto de los aportes en salud, citó apartes de las sentencias T-348 de 1997; C-956 de 2001 y C-980 de 2002, según las cuales, en el caso de los docentes vinculados al servicio estatal antes del 27 de junio de 2003 que se encuentran pensionados por el FNPSM, el descuento de la cotización del 5% para la salud se hace sobre cada mesada pensional incluidas las adicionales; en el caso de docentes vinculados a partir del 27 de junio de 2003 que se encuentran pensionados por el referido fondo, la cotización del 12% para salud se descuenta de la respectiva mesada pensional mensual y no de las mesadas adicionales. Considera que aplicar el 12% de descuento para el sistema de salud sobre las mesadas adicionales, desconoce el principio de indivisibilidad en la aplicación de los regímenes pensionales; es decir, que el tomar elementos de uno y otro régimen – de la Ley 812 de 2003 y de la Ley 91 de 1989 – para resolver un mismo aspecto – descuentos en salud respecto de la pensión de afiliados al FNPSM – implica la creación de un tercer régimen. (fls. 88-99, C. 1)

7. Alegatos de conclusión segunda instancia

7.1. La parte demandante reiteró los argumentos expuestos en primera instancia.

7.2. Nación - Ministerio de Educación - FNPSM. Indicó que lo establecido en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 es aplicable a todos los regímenes de pensionados sin importar que se encuentren excluidos del SGSSS por el artículo 279 ibidem. Así mismo, señaló que la Ley 812 de 2003 únicamente alteró respecto del personal docente, lo correspondiente al porcentaje destinado a aportes de salud, más no modificó su régimen pensional - Ley 91 de 1989 - que en relación a los aportes dispone que se

descontarán de las mesadas adicionales. (16-19, C. 3)

II. Consideraciones

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

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

1. Ajuste periódico de las pensiones

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

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

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

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

Este cometido constitucional encuentra desarrollo en diversos instrumentos de índole

legal, incluso, se encuentra previsto en diferentes disposiciones anteriores a la Carta Política de 1991. Verbigracia, el canon 1 de la Ley 4ª de 1976¹ disponía:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“Ahora bien, en criterio de la parte demandante, la mesada de quienes se pensionaron con anterioridad al 1.º de abril de 1994 debe incrementarse en la forma prevista por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, esto es, en el mismo porcentaje en que se ajustaba el salario

² MP. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

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

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

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

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

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

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

“ (...) Lo anterior, hasta el punto de que en su demanda no sólo solicita declarar inexecutable el apartado demandado, según el cual las pensiones “se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior”, sino que incluso le pide a la Corte señalar que lo más favorable para el pensionado es “la medición del poder adquisitivo constante de las pensiones por el método de medición de la equivalencia de las pensiones en relación con el Salario Mínimo Legal Vigente”[85], como si este fuese expresamente el mandato constitucional

(...) Por lo tanto, se concluye que además de que la propia Constitución faculta al legislador a decidir, con autonomía política, de qué manera reajustar periódicamente el valor de las pensiones, de tal forma que no hay lugar aquí para la aplicación del principio de favorabilidad en materia laboral del que trata el artículo 53 superior, en todo caso los índices o

⁴ M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

referencias de actualización a los que acudió el legislador para actualizar las pensiones de forma diferenciada según su valor (IPC y SMLMV) tienen un origen, una explicación y unos propósitos diferentes, al mismo tiempo que se relacionan entre ellos de una forma particular. (...)

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

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

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

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

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

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

⁵ “(...) Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida. (...)” /Subrayado de la Sala/.

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

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

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

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

Así las cosas, abordados los pormenores del caso, resulta evidente que la pensión reconocida por el FNPSM a favor de la señora Ilduara Ospina Cardona supera el valor del salario mínimo legal mensual vigente /fl. 40-41 cdno. 1/, por lo que la entidad demandada, al negar el incremento pretendido al tenor del artículo 1 de la Ley 71 de 1988 se ajustó plenamente al ordenamiento jurídico, lo que derivaba en una decisión negativa frente a las pretensiones de la demanda, como en efecto ocurrió.

2. Descuentos con destino al sistema de salud

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

salud en el canon 49 constitucional, soportado en la solidaridad como elemento medular de su prestación.

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

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

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

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

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

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

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

⁶ Sentencia T-835 de 2014.

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

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

En el artículo 81 esta norma prescribe:

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

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

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

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

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

“(…) La cotización obligatoria que se aplica a los afiliados

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

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

- (i) Mediante la Ley 1122 de 2007, artículo 10, la cotización al régimen contributivo en salud a partir del 1º de enero de 2007 pasó a ser *‘del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado’.*
- (ii) Luego, la Ley 1250 de 2008 adicionó el canon 204 de la Ley 100/93 al prescribir que *‘La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional’.*

De igual manera, el deber de cotizar al sistema de salud en cabeza de los pensionados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM), así como el monto de los aportes, fue objeto de pronunciamiento por el Consejo de Estado⁷, que en reciente oportunidad puntualizó lo siguiente:

“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 Magisterio

Ley 91 de 1989 artículo 8-5	5%

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

<i>Ley 812 de 2003,⁸, 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 (...)" /Subrayado del Tribunal/.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por ende, se confirmará la sentencia de primer grado.

3. Costas

Se condenará en costas a la apelante, en virtud del supuesto previsto en el numeral 3 del artículo 365 del Código General del Proceso. Se fijan agencias en derecho a favor de la parte demandada y a cargo de la parte demandante, por valor de \$150.000.

⁹ Sentencia de 14 de septiembre de 2017.

4. Consideración final

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

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

III. Falla

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

Segundo: Se condena en costas a la parte demandante, las cuales se liquidarán conforme a los artículos 365 y subsiguientes del Código General del Proceso. Se fijan agencias en derecho a favor de la parte demandada y a cargo de la parte demandante, por valor de \$150.000.

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

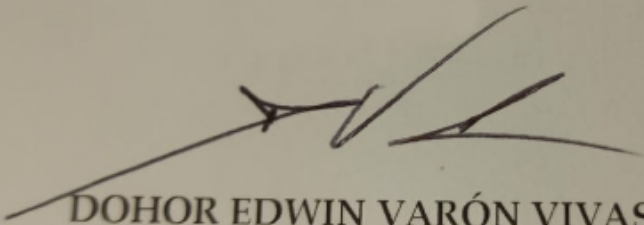
Notifíquese y cúmplase.

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

Los integrantes de la Sala Segunda de Decisión,



Jairo Ángel Gómez Peña
Magistrado ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

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

Manizales, primero (01) de febrero de dos mil veintiuno (2021)



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, primero (01) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

RADICADO	17001-33-33-003-2018-00406-02
MEDIO DE CONTROL	REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE	GASES INDUSTRIALES DE COLOMBIA S.A.
DEMANDADO	HOSPITAL GENERAL SAN ISIDRO E.S.E.

De conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹ **SE ADMITE** el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante el 01 de julio de 2020 (No. 08 Expediente Electrónico Juzgado) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales el 14 de mayo de 2020, al haberse interpuesto de manera oportuna, es decir, dentro

¹ También CPACA

de los 10 días siguientes a la notificación de la sentencia, actuación procesal que se efectuó el 14 de mayo de 2020.

Vencido el término de ejecutoria de la admisión del recurso, y en caso de que no exista solicitud de pruebas por practicar en segunda instancia, según lo dispuesto en el artículo 247 numeral 4 del CPACA, modificado por el artículo 623 del Código General del Proceso, al considerar innecesario citar a audiencia de alegaciones y juzgamiento, **CÓRRASE** traslado común a las partes por el término de diez (10) días, para que presenten sus alegaciones de conclusión.

Vencido el término concedido a las partes, el Ministerio Público dispondrá igualmente de diez (10) días para emitir su concepto, sin retiro del expediente.

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
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a las partes por Estado Electrónico No. 16 de fecha 02 de febrero de 2021. Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico. Manizales, _____  HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

-Sala de Conjueces-

Manizales, primero (1) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO

Vencido el termino de traslado de la demanda contemplado en los artículos 172 de la Ley 1437 de 2011 y 612 de la Ley 1564 de 2012 y de traslado de excepciones de que trata el artículo 175 del CPACA, es procedente a la luz del articulo 180 ibidem, fijar fecha para la celebración de la **AUDIENCIA INICIAL-VIRTUAL** la cual se programa para el próximo **VIERNES DIECINUEVE (19) DE FEBRERO DOS MIL VEINTIUNO (2021)**, a las **ONCE DE LA MAÑANA (11:00 a.m)**.

La diligencia se realizará a través de la plataforma **TEAMS** y el link se enviará anticipadamente, a los correos electrónicos dispuestos por las partes para notificación.

Notifíquese y cúmplase

JOSE NORMAN SALAZAR GONZALEZ
Conjuez

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la(s) parte(s) por anotación en el Estado Electrónico n°. 014 de 2 de febrero de 2021.

HECTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

-Sala de Conjueces-

Manizales, primero (1) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO

Emitida la sentencia que puso fin a la primera instancia a favor de la parte demandante, la demandada presentó recurso de alzada en contra de esta decisión, de ahí que superados todos los contratiempos que ha generado la emergencia nacional provocada por el Covid-19, a la luz del artículo 192 inciso 3 del CPACA, es prudente fijar fecha para la celebración de la **AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN**, la cual se programa para el próximo **VIERNES DIECINUEVE (19) DE FEBRERO DE DOS MIL VEINTIUNO (2021)**, a partir de las **NUEVE DE LA MAÑANA (9:00 am)**.

La diligencia se realizará a través de la plataforma **TEAMS** y el link se enviará anticipadamente, a los correos electrónicos dispuestos por las partes para notificación.

Notifíquese y cúmplase

JOSE NORMAN SALAZAR GONZALEZ

Conjuez

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la(s) parte(s) por anotación en el Estado Electrónico n°. 016 de 2 de febrero de 2021.

HECTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA

Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

-Sala de Conjueces-

Manizales, primero (1) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

El pasado 24 de noviembre de 2019 se inició la diligencia contemplada en el artículo 180 del CPACA y en desarrollo del numeral 8° ibídem, fue suspendida a petición de las partes, por existir animo conciliatorio, a pesar de que la entidad demandada, no había asentado la propuesta de arreglo. Pasada la cuarentena ordenada por el Gobierno Nacional a consecuencia de la emergencia sanitaria nacional por cuenta del COVID-19 y levantados los términos procesales, suspendidos por orden del C.S. de la J; es necesario darle continuidad a esta etapa. Por este motivo se programa la continuación de la **AUDIENCIA INICIAL-VIRTUAL** la cual se programa para el próximo **VIERNES DIECINUEVE (19) DE FEBRERO DE DOS MIL VEINTIUNO (2021)**, a partir de las **OCHO DE LA MAÑANA (8:00 a.m)**.

La diligencia se realizará a través de la plataforma **TEAMS** y el link se enviará anticipadamente, a los correos electrónicos dispuestos por las partes para notificación.

Notifíquese y cúmplase

JOSE NORMAN SALAZAR GONZALEZ
Conjuez

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la(s) parte(s) por anotación en el Estado Electrónico n°. 016 de 2 de febrero de 2021.

HECTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala de Decisión

Magistrado Ponente: Jairo Ángel Gómez Peña

Manizales, veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021)

Radicado.	17-001-33-39-007-2018-00128-02
Clase:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante:	Ofelia Osorio Henao
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Providencia:	Sentencia N°. 07

Asunto

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, el 18 de julio de 2019, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. Antecedentes

1. Pretensiones

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

1. Declarar la nulidad parcial de la Resolución n° 1596-6 del 7 de febrero de 2018 por medio de la cual se negó el reconocimiento y pago del reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme a lo establecido en la Ley 71 de 1988.
2. Que se declare que la parte demandante tiene derecho a que la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, le reconozca y pague el reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme a la Ley 71 de 1988.
3. Que se condene a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a que reconozca y pague la diferencia entre lo pagado y lo que se ha debido pagar desde el año siguiente al

inicio de disfrute de la pensión.

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

2. Hechos

Se relataron los que a continuación se resumen:

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

3. Normas violadas

Como disposiciones violadas se citaron las siguientes:

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

Se aduce en la demanda, que el reajuste de las mesadas pensionales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio está regulado por la Ley 71 de 1988; ello, en virtud de la exclusión del régimen de la Ley 100 de 1993, artículo 279. Sin embargo, indica, el FOMAG desde la expedición de la Ley 238 de 1995 reajusta las pensiones de los afiliados aplicando el artículo 14 de la Ley 100, incurriendo desde el año 1996 en violación a dichas normas y a los artículos 53 y 58 de la Constitución, desconociendo además que se trata de un derecho adquirido. Realiza la comparación entre los porcentajes del incremento del salario mínimo legal mensual y del IPC entre los años 2010 y 2018 para concluir que es más favorable el incremento conforme a la primera variable.

4. Contestación de la demanda

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

demanda.

Propone las siguientes excepciones de mérito: *“Ineptitud sustancial de la demanda por falta de legitimación en la causa por pasiva”* por cuanto dicho ente ministerial no presta el servicio educativo, ni administra plantas de personal docente y por ende no funge como empleador de éstos. *“Inexistencia del demandado – falta de relación con el reconocimiento del derecho, conexo o derivado del acto administrativo expedido por la entidad territorial certificada. Falta de competencia del Ministerio de Educación para expedir el acto administrativo y reconocer el derecho reclamado”*. *“inexistencia de la obligación demandada por inexistencia de causa jurídica”* pues considera que el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 fue declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-435 de 2017; además, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, integró los docentes oficiales al régimen pensional de prima media, lo cual se traduce en una derogación tácita de la norma anterior, siendo aplicable el reajuste del IPC. *“Cobro de lo no debido”, “Prescripción”, “Caducidad” y “Buena fe”*. (fls. 37-53, C. 1)

5. Sentencia de Primera Instancia

El Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 18 de julio de 2019, resolvió lo siguiente:

“[...]”

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

CUARTO: SIN CONDENA EN COSTAS [...]”

Hizo referencia al régimen jurídico aplicable al reconocimiento de la pensión de jubilación de los docentes oficiales, destacando el contenido y alcance de la Ley 91 de 1989. Se remite a los artículos 14 y 279 parágrafo 4^o1 de la Ley 100 de 1993, en virtud de los cuales se regula la forma en que debe hacerse el reajuste de las pensiones, todo lo cual se aplica incluso a los pensionados bajo los regímenes de excepción, a quienes por tanto dicho reajuste también se realiza con base en la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor (IPC) certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior.

Resalta que con el artículo 289 de la Ley 100 de 1993, fueron derogadas aquellas disposiciones contrarias a la misma, entendiendo así que el artículo 1° de la Ley 71 de 1989 quedó derogado de manera tácita. De igual forma citó una providencia del Consejo de Estado emitida dentro de la acción pública de nulidad contra el artículo 40 del Decreto 692 de 1994, reglamentario de la Ley 100, en donde expone las razones por las cuales no resulta aplicable el artículo 1° de la Ley 71 de 1989 para efectos de

¹ Adicionado por el artículo 1° de la Ley 238 de 1995.

determinar el incremento anual de la pensión.

6. Recurso de Apelación

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

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

Estima que al entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones – ley 100 de 1993 -, las pensiones del régimen docente quedaron amparadas por los regímenes de excepción establecidos en el artículo 279 de la norma en cita, siéndoles aplicable el artículo 14 de aquella, previo cumplimiento del requisito de favorabilidad previsto en el artículo 1° de la Ley 238 de 1995. Luego, de no encontrarse beneficio alguno en la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 en el caso de las pensiones de los docentes afiliados al FNPSM, la fórmula de incremento de las mesadas allí contemplada, no debe ser aplicada frente a éstos por resultar ilegal. (fls. 99 – 107, C. 1)

7. Alegatos de conclusión segunda instancia

7.1. Parte demandante

Reitera lo expuesto en primera instancia y recalca que en el acto administrativo de reconocimiento pensional se estableció expresamente que el reajuste de la pensión se haría en armonía con lo dispuesto en la ley 71 de 1988, del tal modo que la entidad está obligada a acatarlo mientras no sea anulado por esta jurisdicción. (fls. 7 a 9, C. 2)

7.2. Defensa Jurídica del Estado. Presentó un escrito en el cual plantea un argumento ajeno al objeto en torno al cual gira la presente controversia. (fls. 18-25, C. 2)

7.3. Procurador Judicial. Considera que la Ley 71 de 1988 y su decreto reglamentario fueron derogados al entrar en vigencia el Sistema General de Seguridad Social en Salud; además, con la expedición de la Ley 238 de 1995 se extendió el reajuste anual de las mesadas pensionales establecido para el régimen general, a las pensiones exceptuadas. (art. 279) En síntesis, el Ministerio Público concluye que el acto administrativo no contraviene el ordenamiento jurídico, razón por la cual se debe confirmar la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la parte

demandante. (fls. 11-16, C. 2)

II. Consideraciones

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

1. Problema jurídico

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

2. Acervo probatorio

En el expediente se encuentra acreditado que la señora Ofelia Osorio Henao obtuvo la pensión de jubilación mediante la Resolución No. 7206 del 13 de diciembre de 2010 por parte del FNPSM (fls. 16-18, C. 1) y mediante la Resolución No. 1596-6 del 7 de febrero de 2018, le fue negada la solicitud de reajuste anual de la pensión con base en el incremento del SMLMV, consagrado en el artículo 1° de la Ley 71 de 1988. (fls. 15-16, c. 1)

3. Marco legal aplicable y análisis del caso concreto

3.1. Régimen General de Seguridad Social

El artículo 48 de la Carta Política concibe la seguridad social como un servicio público obligatorio que debe prestarse bajo la dirección coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; asimismo se garantiza como un derecho irrenunciable al que acceden los trabajadores que acreditan los requisitos previstos en la ley para ese efecto.

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

El Sistema de Seguridad Social Integral, previsto en la Ley 100 de 1993², tuvo como objeto garantizar la protección del trabajador, entre otros, frente al riesgo de vejez, en

² http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html#1

aras de proveerle una buena calidad de vida al final de su historia laboral. Para ello, dispuso la creación de instituciones públicas y privadas encargadas de la administración de los recursos y del reconocimiento de la prestación vitalicia, bajo los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación.

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

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

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

Ahora bien, el artículo 1° de la Ley 4 de 1976³, determinó que las pensiones de los sectores público, oficial, semioficial y privado, así como los afiliados al Instituto Seguro Social, a excepción de las pensiones por incapacidad permanente parcial, se reajustarían de oficio, cada año, teniendo en cuenta el incremento del salario mínimo mensual legal más alto, con una suma fija igual a la mitad de la diferencia entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, más una suma equivalente a la mitad del porcentaje que representara el incremento entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, esto último aplicado a la correspondiente pensión.

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

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

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

Del recuento normativo citado, se concluye que por mandato constitucional, es deber del Estado garantizar el reajuste periódico de las pensiones, que inicialmente desde la

³ Ley 4 de 1976, “Por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones.”
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=1165>

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

Ley 4 de 1976, se determinó para los beneficiarios de los regímenes del sector público, oficial y privado, teniendo en cuenta el incremento porcentual del salario mínimo legal mensual vigente más alto.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Así las cosas, no le asiste razón al demandante, pues no es posible afirmar con certeza cuál de los dos sistemas podría resultar más benéfico para el pensionado, ya que ello dependerá del comportamiento que presente cada uno de esos factores a través del tiempo, de manera que habrá ocasiones en que el índice de precios al consumidor sea superior al porcentaje en que se 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 en el salario mínimo solo para los pensionados que devengan la pensión mínima, en aras de salvaguardar los derechos constitucionales de los pensionados que se encuentran en debilidad manifiesta frente a los demás ciudadanos; y que el aumento en el índice de precios al consumidor para los demás pensionados, se ajusta a factores económicas y políticas.

Sobre este tema, la Sección Segunda del Consejo de Estado⁶, en providencia del 17 de agosto del 2017 proferida dentro de la acción pública de nulidad en contra del artículo 40 del Decreto 692 de 1994, expuso que el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 derogó lo dispuesto por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, y que esto es aplicable a las pensiones causadas con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993:

“Ahora bien, en criterio de la parte demandante, la mesada de quienes se pensionaron con anterioridad al 1.º de abril de 1994 debe incrementarse en la forma prevista por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, esto es, en el mismo porcentaje en que se ajustaba el salario mínimo, afirmación frente a la cual debe indicarse que el hecho de que el porcentaje en el cual se reajusta la

⁶ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION SEGUNDA - SUBSECCIÓN A- Consejero ponente: WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ - Bogotá, D.C., diecisiete (17) de agosto de dos mil diecisiete (2017) -Radicación número: 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14). <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2102915>

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° 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 1° de enero de 1994. [...]

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

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

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

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

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

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

(...)

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

(...)

Siendo así, se tiene que en la norma demandada el legislador específicamente dispuso que el criterio o parámetro de actualización fuera el IPC en tanto que, como claramente explicó el DANE en su intervención, éste precisamente “es una estadística que mide la variación porcentual de los precios de un conjunto representativo de los bienes y servicios de consumo de los hogares del país”. Pero, simultáneamente, el legislador distinguió entre las pensiones superiores e inferiores al salario mínimo legal mensual vigente (SMLMV), estableciendo que únicamente éstas últimas se 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” [94].

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

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

forma particular.”.

(...)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

por la Ley 100 de 1993.

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

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

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

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

4. Costas en segunda instancia

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

5. Consideración final

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

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

III. Falla

Primero: Se confirma la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, el 18 de julio de 2019, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda, en el proceso promovido en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, por la señora Ofelia Osorio Henao contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

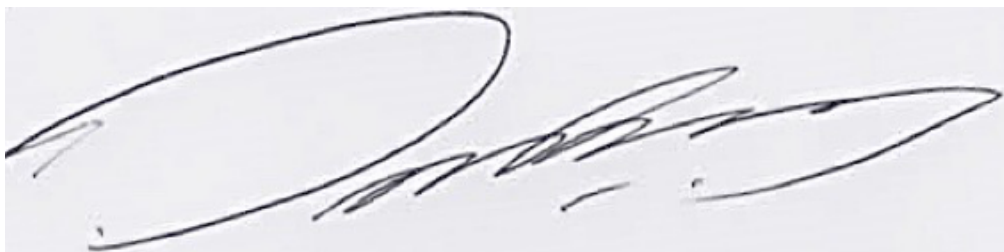
Segundo: Sin condena en costas.

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

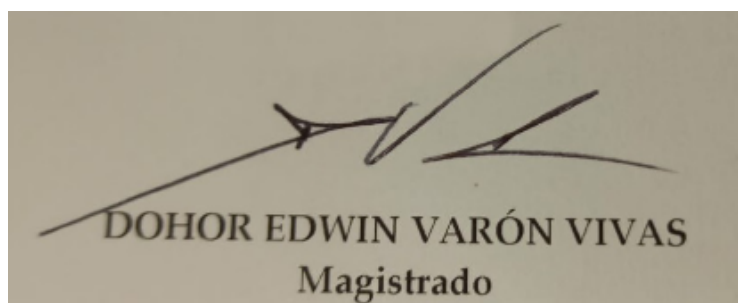
Notifíquese y cúmplase

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

Los integrantes de la Sala Segunda de Decisión,



Jairo Ángel Gómez Peña
Magistrado ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala de Decisión

Magistrado Ponente: Jairo Ángel Gómez Peña

Manizales, veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021)

Radicado.	17-001-33-39-006-2018-00134-02
Clase:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante:	José Didier Arias Arias
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Providencia:	Sentencia N°. 08

Asunto

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, el 27 de junio de 2019, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. Antecedentes

1. Pretensiones

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

1. Declarar la nulidad parcial de la Resolución n° 1295-6 del 31 de enero de 2018 por medio de la cual se negó el reconocimiento y pago del reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme a lo establecido en la Ley 71 de 1988.
2. Que se declare que la parte demandante tiene derecho a que la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, le reconozca y pague el reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme a la Ley 71 de 1988.
3. Que se condene a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a que reconozca y pague la diferencia entre lo pagado y lo que se ha debido pagar desde el año siguiente al

inicio de disfrute de la pensión.

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

2. Hechos

Se relataron los que a continuación se resumen:

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

3. Normas violadas

Como disposiciones violadas se citaron las siguientes:

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

Se aduce en la demanda, que el reajuste de las mesadas pensionales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio está regulado por la Ley 71 de 1988; ello, en virtud de la exclusión del régimen de la Ley 100 de 1993, artículo 279. Sin embargo, indica, el FOMAG desde la expedición de la Ley 238 de 1995 reajusta las pensiones de los afiliados aplicando el artículo 14 de la Ley 100, incurriendo desde el año 1996 en violación a dichas normas y a los artículos 53 y 58 de la Constitución, desconociendo además que se trata de un derecho adquirido. Realiza la comparación entre los porcentajes del incremento del salario mínimo legal mensual y del IPC entre los años 2010 y 2018 para concluir que es más favorable el incremento conforme a la primera variable.

4. Contestación de la demanda

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

demanda.

Propone las siguientes excepciones de mérito: *“Ineptitud sustancial de la demanda por falta de legitimación en la causa por pasiva”* por cuanto dicho ente ministerial no presta el servicio educativo, ni administra plantas de personal docente y por ende no funge como empleador de éstos. *“Inexistencia del demandado – falta de relación con el reconocimiento del derecho, conexo o derivado del acto administrativo expedido por la entidad territorial certificada. Falta de competencia del Ministerio de Educación para expedir el acto administrativo y reconocer el derecho reclamado”*. *“inexistencia de la obligación demandada por inexistencia de causa jurídica”* pues considera que el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 fue declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-435 de 2017; además, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, integró los docentes oficiales al régimen pensional de prima media, lo cual se traduce en una derogación tácita de la norma anterior, siendo aplicable el reajuste del IPC. *“Cobro de lo no debido”, “Prescripción”, “Caducidad” y “Buena fe”*. (fls. 41-57, C. 1)

5. Sentencia de Primera Instancia

El Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 27 de junio de 2019, resolvió lo siguiente:

“[...]”

TERCERO: NIÉGANSE las pretensiones [...].

CUARTO: CONDÉNASE EN COSTAS a la parte demandante [...].”

Se remite a los artículos 14 y 279 de la Ley 100 de 1993, en virtud de los cuales se regula la forma en que debe hacerse el reajuste de las pensiones, todo lo cual se aplica incluso a los pensionados bajo los regímenes de excepción, a quienes por tanto dicho reajuste también se realiza con base en la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor (IPC) certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior.

Resalta que con el artículo 289 de la Ley 100 de 1993, fueron derogadas aquellas disposiciones contrarias a la misma, entendiendo así que el artículo 1° de la Ley 71 de 1989 quedó derogado de manera tácita. De igual forma citó una providencia del Consejo de Estado emitida dentro de la acción pública de nulidad contra el artículo 40 del Decreto 692 de 1994, reglamentario de la Ley 100, en donde expone las razones por las cuales no resulta aplicable el artículo 1° de la Ley 71 de 1989 para efectos de determinar el incremento anual de la pensión. (fls. 90 – 96, C. 1)

6. Recurso de Apelación

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

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

Estima que al entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones – ley 100 de 1993 -, las pensiones del régimen docente quedaron amparadas por los regímenes de excepción establecidos en el artículo 279 de la norma en cita, siéndoles aplicable el artículo 14 de aquella, previo cumplimiento del requisito de favorabilidad previsto en el artículo 1° de la Ley 238 de 1995. Luego, de no encontrarse beneficio alguno en la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 en el caso de las pensiones de los docentes afiliados al FNPSM, la fórmula de incremento de las mesadas allí contemplada, no debe ser aplicada frente a éstos por resultar ilegal. (fls. 100 – 115, C. 1)

7. Alegatos de conclusión segunda instancia

7.1. Parte demandante

Reitera lo expuesto en primera instancia y recalca que en el acto administrativo de reconocimiento pensional se estableció expresamente que el reajuste de la pensión se haría en armonía con lo dispuesto en la ley 71 de 1988, del tal modo que la entidad está obligada a acatarlo mientras no sea anulado por esta jurisdicción. (fls. 8 a 10, C. 2)

7.2. Defensa Jurídica del Estado

Presentó un escrito en el cual plantea un argumento ajeno al objeto en torno al cual gira la presente controversia. (fls. 12-19, C. 2)

II. Consideraciones

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

1. Problema jurídico

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

2. Acervo probatorio

En el expediente se encuentra acreditado que el señor José Didier Arias Arias obtuvo la pensión de jubilación mediante la Resolución No. 3873 del 24 de julio de 2012 por parte del FNPSM (fls.18-19, C. 1) y mediante la Resolución No. 1295-6 del 31 de enero de 2018, le fue negada la solicitud de reajuste anual de la pensión con base en el incremento del SMLMV, consagrado en el artículo 1° de la Ley 71 de 1988. (fls. 16-17, C. 1)

3. Marco legal aplicable y análisis del caso concreto

3.1. Régimen General de Seguridad Social

El artículo 48 de la Carta Política concibe la seguridad social como un servicio público obligatorio que debe prestarse bajo la dirección coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; asimismo se garantiza como un derecho irrenunciable al que acceden los trabajadores que acreditan los requisitos previstos en la ley para ese efecto.

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

El Sistema de Seguridad Social Integral, previsto en la Ley 100 de 1993¹, tuvo como objeto garantizar la protección del trabajador, entre otros, frente al riesgo de vejez, en aras de proveerle una buena calidad de vida al final de su historia laboral. Para ello, dispuso la creación de instituciones públicas y privadas encargadas de la administración de los recursos y del reconocimiento de la prestación vitalicia, bajo los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación.

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

“El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente ley, se aplicará a

¹ http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html#1

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”.

Ahora bien, el artículo 1° de la Ley 4 de 1976², determinó que las pensiones de los sectores público, oficial, semioficial y privado, así como los afiliados al Instituto Seguro Social, a excepción de las pensiones por incapacidad permanente parcial, se reajustarían de oficio, cada año, teniendo en cuenta el incremento del salario mínimo mensual legal más alto, con una suma fija igual a la mitad de la diferencia entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, más una suma equivalente a la mitad del porcentaje que representara el incremento entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, esto último aplicado a la correspondiente pensión.

Luego, el artículo 1 de la Ley 71 de 1988³ precisó que las pensiones referidas en el artículo 1 de la Ley 4 de 1976, la de incapacidad permanente parcial y las compartidas, serían reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que fuere incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.

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

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

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

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

² Ley 4 de 1989, *“Por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones.”*
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=1165>

³ Ley 71 de 1988 *por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones,*
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=307>

“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.”-sft-

Dicha normativa fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-387 de 1994⁴, donde señaló que el incremento por el IPC o por el salario mínimo, cumple el objetivo del reajuste periódico de las pensiones, y es facultad del legislador determinar el mismo:

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

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

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

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

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

⁴ Corte Constitucional sentencia C- 387 de 1994; MP. Dr. Carlos Gaviria Díaz, 1 de septiembre de 1994; REF.: expediente No. D-529. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/c-387-94.htm>

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

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

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

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

Sobre este tema, la Sección Segunda del Consejo de Estado⁵, en providencia del 17 de agosto del 2017 proferida dentro de la acción pública de nulidad en contra del artículo 40 del Decreto 692 de 1994, expuso que el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 derogó lo dispuesto por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, y que esto es aplicable a las pensiones causadas con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993:

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

« [...] A partir del 1º de enero de 1989 y hasta la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, todas las pensiones que fueron reconocidas en el país, tanto en el sector público como en el privado, se reajustaron anualmente conforme a la fórmula prevista en la Ley 71 de 1988, esto es, en el mismo porcentaje en que se incrementó por el Gobierno el salario mínimo legal mensual. Con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigencia, las pensiones reconocidas antes y después de dicha ley, se vienen reajustando en la forma prevista por su artículo 14 y teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos

⁵ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION SEGUNDA - SUBSECCIÓN A- Consejero ponente: WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ - Bogotá, D.C., diecisiete (17) de agosto de dos mil diecisiete (2017) -Radicación número: 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14). <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2102915>

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 1° de enero de 1994. [...]

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

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

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

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

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

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

método de medición de la equivalencia de las pensiones en relación con el Salario Mínimo Legal Vigente”[85], como si este fuese expresamente el mandato constitucional.

(...)

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

(...)

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

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

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

(...)

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

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

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

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

Este artículo fue adicionado por la Ley 238 de 1995⁶, que dispuso la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 a los regímenes exceptuados previstos en dicha disposición; o sea, el incremento de las pensiones conforme al IPC:

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

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

De esta manera, el incremento de las pensiones de los docentes pensionados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 no se rige por el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, toda vez que el factor de incremento anual de las pensiones no forma parte del Régimen Pensional por el cual se rigen los docentes, como son la edad, el monto, el ingreso base de liquidación y la tasa, y como lo señaló el Consejo de Estado⁷. Además, el reajuste de la mesada pensional no es un derecho adquirido, por lo que el legislador está habilitado para modificar las normas que consagran la proporción del aumento anual. Es del caso agregar que la norma que pretende la parte demandante que se aplique al incremento de su mesada, el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, **fue derogado** por la Ley 100 de 1993.

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

⁶ Ley 238 de 1995; http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0238_1995.html

⁷ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION SEGUNDA - SUBSECCIÓN A- Consejero ponente: WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ - Bogotá, D.C., diecisiete (17) de agosto de dos mil diecisiete (2017) -Radicación número: 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14). <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2102915>

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

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

Por lo anterior, se denegarán las pretensiones de la demanda y se confirmará la sentencia de primera instancia, incluyendo la decisión de condena en costas allí adoptada, comoquiera que la simple representación mediante apoderado judicial de la entidad demandada, supone la causación de unos honorarios o costos por los servicios profesionales a ella prestados, los cuales obedecen a las agencias en derecho que a su vez hacen parte del concepto de costas judiciales.

4. Costas en segunda instancia

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

5. Consideración final

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

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

III. Falla

Primero: Se confirma la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, el 27 de junio de 2019, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda, en el proceso promovido en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, por el señor José Didier Arias Arias contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Segundo: Sin condena en costas.

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

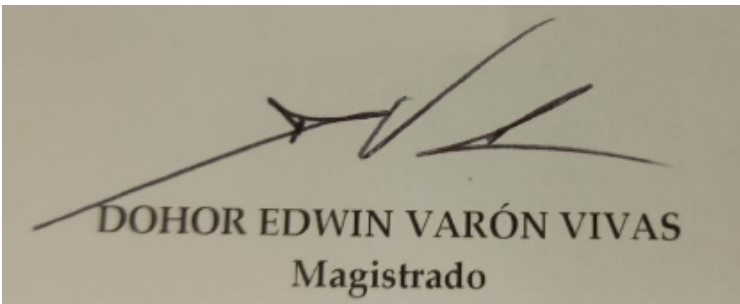
Notifíquese y cúmplase

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

Los integrantes de la Sala Segunda de Decisión,



Jairo Ángel Gómez Peña
Magistrado ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Segunda de Decisión

Magistrado Ponente: Jairo Ángel Gómez Peña

Manizales, veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021)

Radicado.	17-001-33-39-006-2018-00146-02
Clase:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante:	Vicente Emilio González
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Providencia:	Sentencia No. 09

Asunto

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, el 27 de junio de 2019, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. Antecedentes

1. Pretensiones

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

1. Declarar la nulidad parcial de la Resolución n°1283-6 del 31 de enero de 2018 por medio de la cual se negó el reconocimiento y pago del reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme a lo establecido en la Ley 71 de 1988.
2. Que se declare que la parte demandante tiene derecho a que la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, le reconozca y pague el reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme a la Ley 71 de 1988.
3. Que se condene a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a que reconozca y pague la diferencia entre lo pagado y lo que se ha debido pagar desde el año siguiente al

inicio de disfrute de la pensión.

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

2. Hechos

Se relataron los que a continuación se resumen:

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

3. Normas violadas

Como disposiciones violadas se citaron las siguientes:

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

Se aduce en la demanda, que el reajuste de las mesadas pensionales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio está regulado por la Ley 71 de 1988; ello, en virtud de la exclusión del régimen de la Ley 100 de 1993, artículo 279. Sin embargo, indica, el FOMAG desde la expedición de la Ley 238 de 1995 reajusta las pensiones de los afiliados aplicando el artículo 14 de la Ley 100, incurriendo desde el año 1996 en violación a dichas normas y a los artículos 53 y 58 de la Constitución, desconociendo además que se trata de un derecho adquirido. Realiza la comparación entre los porcentajes del incremento del salario mínimo legal mensual y del IPC entre los años 2010 y 2018 para concluir que es más favorable el incremento conforme a la primera variable.

4. Contestación de la demanda

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

demanda.

Propone las siguientes excepciones de mérito: *“Ineptitud sustancial de la demanda por falta de legitimación en la causa por pasiva”* por cuanto dicho ente ministerial no presta el servicio educativo, ni administra plantas de personal docente y por ende no funge como empleador de éstos. *“Inexistencia del demandado – falta de relación con el reconocimiento del derecho, conexo o derivado del acto administrativo expedido por la entidad territorial certificada. Falta de competencia del Ministerio de Educación para expedir el acto administrativo y reconocer el derecho reclamado”*. *“inexistencia de la obligación demandada por inexistencia de causa jurídica”* pues considera que el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 fue declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-435 de 2017; además, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, integró los docentes oficiales al régimen pensional de prima media, lo cual se traduce en una derogación tácita de la norma anterior, siendo aplicable el reajuste del IPC. *“Cobro de lo no debido”, “Prescripción”, “Caducidad” y “Buena fe”*. (fls. 42-58, C. 1)

5. Sentencia de Primera Instancia

El Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 27 de junio de 2019, resolvió lo siguiente:

“[...]”

TERCERO: NIÉGANSE las pretensiones [...].

CUARTO: CONDÉNASE EN COSTAS a la parte demandante [...].”

Se remite a los artículos 14 y 279 de la Ley 100 de 1993, en virtud de los cuales se regula la forma en que debe hacerse el reajuste de las pensiones, todo lo cual se aplica incluso a los pensionados bajo los regímenes de excepción, a quienes por tanto dicho reajuste también se realiza con base en la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor (IPC) certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior.

Resalta que con el artículo 289 de la Ley 100 de 1993, fueron derogadas aquellas disposiciones contrarias a la misma, entendiendo así que el artículo 1° de la Ley 71 de 1989 quedó derogado de manera tácita. De igual forma citó una providencia del Consejo de Estado emitida dentro de la acción pública de nulidad contra el artículo 40 del Decreto 692 de 1994, reglamentario de la Ley 100, en donde expone las razones por las cuales no resulta aplicable el artículo 1° de la Ley 71 de 1989 para efectos de determinar el incremento anual de la pensión. (fls. 108 – 114, C. 1)

6. Recurso de Apelación

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

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

Estima que al entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones – ley 100 de 1993 -, las pensiones del régimen docente quedaron amparadas por los regímenes de excepción establecidos en el artículo 279 de la norma en cita, siéndoles aplicable el artículo 14 de aquella, previo cumplimiento del requisito de favorabilidad previsto en el artículo 1° de la Ley 238 de 1995. Luego, de no encontrarse beneficio alguno en la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 en el caso de las pensiones de los docentes afiliados al FNPSM, la fórmula de incremento de las mesadas allí contemplada, no debe ser aplicada frente a éstos por resultar ilegal. (fls. 118 – 133, C. 1)

7. Alegatos de conclusión segunda instancia

7.1. Parte demandante

Reitera lo expuesto en primera instancia y recalca que en el acto administrativo de reconocimiento pensional se estableció expresamente que el reajuste de la pensión se haría en armonía con lo dispuesto en la ley 71 de 1988, del tal modo que la entidad está obligada a acatarlo mientras no sea anulado por esta jurisdicción. (fls. 8 a 10, C. 2)

7.2. Defensa Jurídica del Estado

Presentó un escrito en el cual plantea un argumento ajeno al objeto en torno al cual gira la presente controversia. (fls. 12-19, C. 2)

II. Consideraciones

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

1. Problema jurídico

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

2. Acervo probatorio

En el expediente se encuentra acreditado que la señora Mariela López Escobar obtuvo la pensión de jubilación mediante la Resolución No. 1217 del 1° de agosto de 2002 por parte del FNPSM (fls.18-19, C. 1) y mediante la Resolución No. 1283-6 del 31 de enero de 2018, le fue negada la solicitud de reajuste anual de la pensión con base en el incremento del SMLMV, consagrado en el artículo 1° de la Ley 71 de 1988. (fls.16-17, C. 1)

3. Marco legal aplicable y análisis del caso concreto

3.1. Régimen General de Seguridad Social

El artículo 48 de la Carta Política concibe la seguridad social como un servicio público obligatorio que debe prestarse bajo la dirección coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; asimismo se garantiza como un derecho irrenunciable al que acceden los trabajadores que acreditan los requisitos previstos en la ley para ese efecto.

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

El Sistema de Seguridad Social Integral, previsto en la Ley 100 de 1993¹, tuvo como objeto garantizar la protección del trabajador, entre otros, frente al riesgo de vejez, en aras de proveerle una buena calidad de vida al final de su historia laboral. Para ello, dispuso la creación de instituciones públicas y privadas encargadas de la administración de los recursos y del reconocimiento de la prestación vitalicia, bajo los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación.

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

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

¹ http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html#1

beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una Pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de Prima Media y del sector privado en general.

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

Ahora bien, el artículo 1° de la Ley 4 de 1976², determinó que las pensiones de los sectores público, oficial, semioficial y privado, así como los afiliados al Instituto Seguro Social, a excepción de las pensiones por incapacidad permanente parcial, se reajustarían de oficio, cada año, teniendo en cuenta el incremento del salario mínimo mensual legal más alto, con una suma fija igual a la mitad de la diferencia entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, más una suma equivalente a la mitad del porcentaje que representara el incremento entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, esto último aplicado a la correspondiente pensión.

Luego, el artículo 1 de la Ley 71 de 1988³ precisó que las pensiones referidas en el artículo 1 de la Ley 4 de 1976, la de incapacidad permanente parcial y las compartidas, serían reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que fuere incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.

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

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

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

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

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

² Ley 4 de 1989, “Por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones.”
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=1165>

anterior. No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario por el Gobierno.”-sft-

Dicha normativa fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-387 de 1994⁴, donde señaló que el incremento por el IPC o por el salario mínimo, cumple el objetivo del reajuste periódico de las pensiones, y es facultad del legislador determinar el mismo:

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

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

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

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

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

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

Así las cosas, no le asiste razón al demandante, pues no es posible afirmar con

⁴ Corte Constitucional sentencia C- 387 de 1994; MP. Dr. Carlos Gaviria Díaz, 1 de septiembre de 1994; REF.: expediente No. D-529. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/c-387-94.htm>

certeza cuál de los dos sistemas podría resultar más benéfico para el pensionado, ya que ello dependerá del comportamiento que presente cada uno de esos factores a través del tiempo, de manera que habrá ocasiones en que el índice de precios al consumidor sea superior al porcentaje en que se incrementa el salario mínimo, y en otras, éste sea inferior a aquél, o pueden existir casos en que los dos sean iguales.

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

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

Sobre este tema, la Sección Segunda del Consejo de Estado⁵, en providencia del 17 de agosto del 2017 proferida dentro de la acción pública de nulidad en contra del artículo 40 del Decreto 692 de 1994, expuso que el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 derogó lo dispuesto por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, y que esto es aplicable a las pensiones causadas con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993:

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

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

⁵ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION SEGUNDA -SUBSECCIÓN A-
Consejero ponente: WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ - Bogotá, D.C., diecisiete (17) de agosto de dos mil diecisiete (2017) -
Radicación número: 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14).
<http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2102915>

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

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

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

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

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

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

(...)

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

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

(...)

Siendo así, se tiene que en la norma demandada el legislador específicamente dispuso que el criterio o parámetro de actualización fuera el IPC en tanto que, como claramente explicó el DANE en su intervención, éste precisamente “es una estadística que mide la variación porcentual de los precios de un conjunto representativo de los bienes y servicios de consumo de los hogares del país”. Pero, simultáneamente, el legislador distinguió entre las pensiones superiores e inferiores al salario mínimo legal mensual vigente (SMLMV), estableciendo que únicamente éstas últimas se 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” [94].

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

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

(...)

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

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

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

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

Este artículo fue adicionado por la Ley 238 de 1995⁶, que dispuso la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 a los regímenes exceptuados previstos en dicha disposición; o sea, el incremento de las pensiones conforme al IPC:

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

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

De esta manera, el incremento de las pensiones de los docentes pensionados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 no se rige por el artículo 1° de la Ley 71 de 1988, toda vez que el factor de incremento anual de las pensiones no forma parte del Régimen Pensional por el cual se rigen los docentes, como son la edad, el monto, el ingreso base de liquidación y la tasa, y como lo señaló el Consejo de Estado⁷. Además, el reajuste de la mesada pensional no es un derecho adquirido, por lo que el legislador está habilitado para modificar las normas que consagran la proporción del aumento anual. Es del caso agregar que la norma que pretende la parte demandante que se aplique al incremento de su mesada, el artículo 1° de la Ley 71 de 1988, **fue derogado** por la Ley 100 de 1993.

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

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

⁶ Ley 238 de 1995; http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0238_1995.html

⁷ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION SEGUNDA - SUBSECCIÓN A- Consejero ponente: WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ - Bogotá, D.C., diecisiete (17) de agosto de dos mil diecisiete (2017) -Radicación número: 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14). <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2102915>

el fenómeno de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

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

Por lo anterior, se denegarán las pretensiones de la demanda y se confirmará la sentencia de primera instancia, incluyendo la decisión de condena en costas allí adoptada, comoquiera que la simple representación mediante apoderado judicial de la entidad demandada, supone la causación de unos honorarios o costos por los servicios profesionales a ella prestados, los cuales obedecen a las agencias en derecho que a su vez hacen parte del concepto de costas judiciales.

4. Costas en segunda instancia

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

5. Consideración final

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

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

III. Falla

Primero: Se confirma la sentencia proferida proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, el 27 de junio de 2019, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda, en el proceso promovido en ejercicio del

medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, por el señor Vicente Emilio González contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Segundo: Sin condena en costas.

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

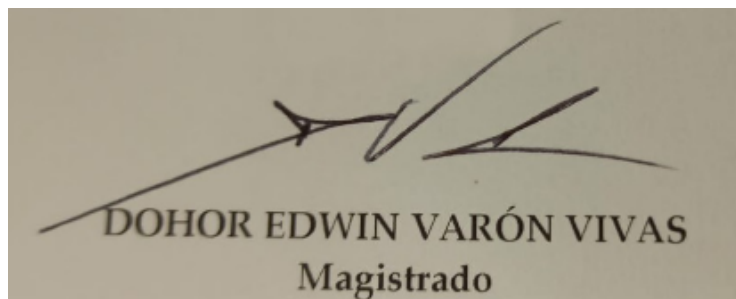
Notifíquese y cúmplase.

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

Los integrantes de la Sala Segunda de Decisión,



Jairo Ángel Gómez Peña
Magistrado ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Segunda de Decisión

Magistrado Ponente: Jairo Ángel Gómez Peña

Manizales, veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021)

Radicado.	17-001-33-39-006-2018-00147-02
Clase:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante:	María Doris Alzate Echeverry
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Providencia:	Sentencia N°. 10

Asunto

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, el 28 de junio de 2019, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. Antecedentes

1. Pretensiones

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

1. Declarar la nulidad parcial de la Resolución n° 1753-6 del 9 de febrero de 2018 por medio de la cual se negó el reconocimiento y pago del reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme a lo establecido en la Ley 71 de 1988.
2. Que se declare que la parte demandante tiene derecho a que la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, le reconozca y pague el reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme a la Ley 71 de 1988.
3. Que se condene a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a que reconozca y pague la diferencia entre lo pagado y lo que se ha debido pagar desde el año siguiente al

inicio de disfrute de la pensión.

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

2. Hechos

Se relataron los que a continuación se resumen:

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

3. Normas violadas

Como disposiciones violadas se citaron las siguientes:

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

Se aduce en la demanda, que el reajuste de las mesadas pensionales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio está regulado por la Ley 71 de 1988; ello, en virtud de la exclusión del régimen de la Ley 100 de 1993, artículo 279. Sin embargo, indica, el FOMAG desde la expedición de la Ley 238 de 1995 reajusta las pensiones de los afiliados aplicando el artículo 14 de la Ley 100, incurriendo desde el año 1996 en violación a dichas normas y a los artículos 53 y 58 de la Constitución, desconociendo además que se trata de un derecho adquirido. Realiza la comparación entre los porcentajes del incremento del salario mínimo legal mensual y del IPC entre los años 2010 y 2018 para concluir que es más favorable el incremento conforme a la primera variable.

4. Contestación de la demanda

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

demanda.

Propone las siguientes excepciones de mérito: *“Ineptitud sustancial de la demanda por falta de legitimación en la causa por pasiva”* por cuanto dicho ente ministerial no presta el servicio educativo, ni administra plantas de personal docente y por ende no funge como empleador de éstos. *“Inexistencia del demandado – falta de relación con el reconocimiento del derecho, conexo o derivado del acto administrativo expedido por la entidad territorial certificada. Falta de competencia del Ministerio de Educación para expedir el acto administrativo y reconocer el derecho reclamado”*. *“inexistencia de la obligación demandada por inexistencia de causa jurídica”* pues considera que el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 fue declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-435 de 2017; además, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, integró los docentes oficiales al régimen pensional de prima media, lo cual se traduce en una derogación tácita de la norma anterior, siendo aplicable el reajuste del IPC. *“Cobro de lo no debido”, “Prescripción”, “Caducidad” y “Buena fe”*. (fls. 36-52, C. 1)

5. Sentencia de Primera Instancia

El Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 28 de junio de 2019, resolvió lo siguiente:

“[...]”

TERCERO: NIÉGANSE las pretensiones [...].

CUARTO: CONDÉNASE EN COSTAS a la parte demandante [...].”

Se remite a los artículos 14 y 279 de la Ley 100 de 1993, en virtud de los cuales se regula la forma en que debe hacerse el reajuste de las pensiones, todo lo cual se aplica incluso a los pensionados bajo los regímenes de excepción, a quienes por tanto dicho reajuste también se realiza con base en la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor (IPC) certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior.

Resalta que con el artículo 289 de la Ley 100 de 1993, fueron derogadas aquellas disposiciones contrarias a la misma, entendiendo así que el artículo 1° de la Ley 71 de 1989 quedó derogado de manera tácita. De igual forma citó una providencia del Consejo de Estado emitida dentro de la acción pública de nulidad contra el artículo 40 del Decreto 692 de 1994, reglamentario de la Ley 100, en donde expone las razones por las cuales no resulta aplicable el artículo 1° de la Ley 71 de 1989 para efectos de determinar el incremento anual de la pensión. (fls. 103 – 109, C. 1)

6. Recurso de Apelación

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

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

Estima que al entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones – ley 100 de 1993 -, las pensiones del régimen docente quedaron amparadas por los regímenes de excepción establecidos en el artículo 279 de la norma en cita, siéndoles aplicable el artículo 14 de aquella, previo cumplimiento del requisito de favorabilidad previsto en el artículo 1° de la Ley 238 de 1995. Luego, de no encontrarse beneficio alguno en la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 en el caso de las pensiones de los docentes afiliados al FNPSM, la fórmula de incremento de las mesadas allí contemplada, no debe ser aplicada frente a éstos por resultar ilegal. (fls. 113 – 137, C. 1)

7. Alegatos de conclusión segunda instancia

7.1. Parte demandante

Reitera lo expuesto en primera instancia y recalca que en el acto administrativo de reconocimiento pensional se estableció expresamente que el reajuste de la pensión se haría en armonía con lo dispuesto en la ley 71 de 1988, del tal modo que la entidad está obligada a acatarlo mientras no sea anulado por esta jurisdicción. (fls. 8 a 10, C. 2)

7.2. Defensa Jurídica del Estado

Presentó un escrito en el cual plantea un argumento ajeno al objeto en torno al cual gira la presente controversia. (fls. 17-24, C. 2)

II. Consideraciones

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

1. Problema jurídico

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

2. Acervo probatorio

En el expediente se encuentra acreditado que la señora María Doris Alzate Echeverry obtuvo la pensión de jubilación mediante la Resolución No. 0647-6 del 4 de febrero de 2014 por parte del FNPSM (fls.16-17, C. 1) y mediante la Resolución No. 1753-6 del 09 de febrero de 2018, le fue negada la solicitud de reajuste anual de la pensión con base en el incremento del SMLMV, consagrado en el artículo 1° de la Ley 71 de 1988. (fls. 14-15, C. 1)

3. Marco legal aplicable y análisis del caso concreto

3.1. Régimen General de Seguridad Social

El artículo 48 de la Carta Política concibe la seguridad social como un servicio público obligatorio que debe prestarse bajo la dirección coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; asimismo se garantiza como un derecho irrenunciable al que acceden los trabajadores que acreditan los requisitos previstos en la ley para ese efecto.

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

El Sistema de Seguridad Social Integral, previsto en la Ley 100 de 1993¹, tuvo como objeto garantizar la protección del trabajador, entre otros, frente al riesgo de vejez, en aras de proveerle una buena calidad de vida al final de su historia laboral. Para ello, dispuso la creación de instituciones públicas y privadas encargadas de la administración de los recursos y del reconocimiento de la prestación vitalicia, bajo los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación.

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

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

¹ http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html#1

beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una Pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de Prima Media y del sector privado en general.

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

Ahora bien, el artículo 1° de la Ley 4 de 1976², determinó que las pensiones de los sectores público, oficial, semioficial y privado, así como los afiliados al Instituto Seguro Social, a excepción de las pensiones por incapacidad permanente parcial, se reajustarían de oficio, cada año, teniendo en cuenta el incremento del salario mínimo mensual legal más alto, con una suma fija igual a la mitad de la diferencia entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, más una suma equivalente a la mitad del porcentaje que representara el incremento entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, esto último aplicado a la correspondiente pensión.

Luego, el artículo 1 de la Ley 71 de 1988³ precisó que las pensiones referidas en el artículo 1 de la Ley 4 de 1976, la de incapacidad permanente parcial y las compartidas, serían reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que fuere incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.

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

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

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

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

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

² Ley 4 de 1989, “Por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones.”
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=1165>

anterior. No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario por el Gobierno.”-sft-

Dicha normativa fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-387 de 1994⁴, donde señaló que el incremento por el IPC o por el salario mínimo, cumple el objetivo del reajuste periódico de las pensiones, y es facultad del legislador determinar el mismo:

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

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

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

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

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

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

Así las cosas, no le asiste razón al demandante, pues no es posible afirmar con

⁴ Corte Constitucional sentencia C- 387 de 1994; MP. Dr. Carlos Gaviria Díaz, 1 de septiembre de 1994; REF.: expediente No. D-529. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/c-387-94.htm>

certeza cuál de los dos sistemas podría resultar más benéfico para el pensionado, ya que ello dependerá del comportamiento que presente cada uno de esos factores a través del tiempo, de manera que habrá ocasiones en que el índice de precios al consumidor sea superior al porcentaje en que se incrementa el salario mínimo, y en otras, éste sea inferior a aquél, o pueden existir casos en que los dos sean iguales.

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

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

Sobre este tema, la Sección Segunda del Consejo de Estado⁵, en providencia del 17 de agosto del 2017 proferida dentro de la acción pública de nulidad en contra del artículo 40 del Decreto 692 de 1994, expuso que el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 derogó lo dispuesto por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, y que esto es aplicable a las pensiones causadas con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993:

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

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

En esas condiciones, no le asiste razón a la parte demandante cuando estima

⁵ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION SEGUNDA - SUBSECCIÓN A- Consejero ponente: WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ - Bogotá, D.C., diecisiete (17) de agosto de dos mil diecisiete (2017) -Radicación número: 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14). <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2102915>

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

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

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

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

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

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

(...)

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

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

(...)

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

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

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

(...)

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

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

“ARTÍCULO 279. Excepciones. El Sistema Integral de Seguridad Social

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

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

Este artículo fue adicionado por la Ley 238 de 1995⁶, que dispuso la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 a los regímenes exceptuados previstos en dicha disposición; o sea, el incremento de las pensiones conforme al IPC:

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

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

De esta manera, el incremento de las pensiones de los docentes pensionados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 no se rige por el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, toda vez que el factor de incremento anual de las pensiones no forma parte del Régimen Pensional por el cual se rigen los docentes, como son la edad, el monto, el ingreso base de liquidación y la tasa, y como lo señaló el Consejo de Estado⁷. Además, el reajuste de la mesada pensional no es un derecho adquirido, por lo que el legislador está habilitado para modificar las normas que consagran la proporción del aumento anual. Es del caso agregar que la norma que pretende la parte demandante que se aplique al incremento de su mesada, el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, **fue derogado** por la Ley 100 de 1993.

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

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

⁶ Ley 238 de 1995; http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0238_1995.html

⁷ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION SEGUNDA - SUBSECCIÓN A- Consejero ponente: WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ - Bogotá, D.C., diecisiete (17) de agosto de dos mil diecisiete (2017) -Radicación número: 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14). <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2102915>

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

Por lo anterior, se denegarán las pretensiones de la demanda y se confirmará la sentencia de primera instancia, incluida la decisión de condena en costas adoptada allí, comoquiera que la simple representación mediante apoderado judicial de la entidad demandada, supone la causación de unos honorarios o costos por los servicios profesionales a ella prestados, los cuales obedecen a las agencias en derecho que a su vez hacen parte del concepto de costas judiciales.

4. Costas en segunda instancia

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

5. Consideración final

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

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

III. Falla

Primero: Se confirma la sentencia proferida proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, el 28 de junio de 2019, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda, en el proceso promovido en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, por la señora María Doris Alzate Echeverry contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de

Prestaciones Sociales del Magisterio.

Segundo: Sin condena en costas.

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

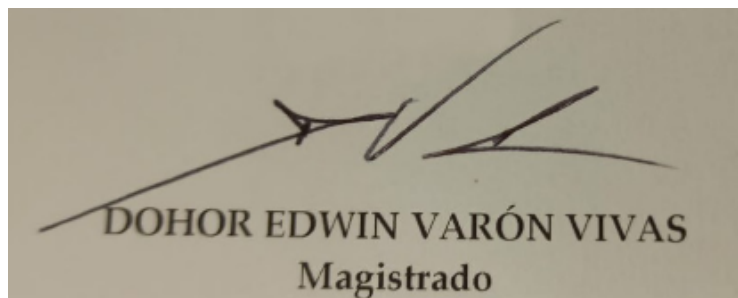
Notifíquese y cúmplase

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

Los integrantes de la Sala Segunda de Decisión,

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Jairo Ángel Gómez Peña', written in a cursive style.

Jairo Ángel Gómez Peña
Magistrado ponente

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Dohor Edwin Varón Vivas', written in a cursive style. Below the signature is a printed name and title.

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

A handwritten signature in blue ink, appearing to be 'Augusto Morales Valencia', written in a cursive style. Below the signature is a printed name and title.

AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Segunda de Decisión

Magistrado Ponente: Jairo Ángel Gómez Peña

Manizales, veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021)

Radicado.	17-001-33-33-003-2018-00149-02
Clase:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante:	José Aldemar Jiménez Tobar
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Providencia:	Sentencia N°.11

Asunto

Decide la Sala Segunda de Decisión el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, el 4 de julio de 2019, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. Antecedentes

1. Pretensiones

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

1. Declarar la nulidad del acto ficto o presunto originado con la petición del 5 de octubre de 2017, en cuanto negó el reconocimiento y pago del reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme a lo establecido en la Ley 71 de 1988.
2. Que se declare que la parte demandante tiene derecho a que la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, le reconozca y pague el reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme a la Ley 71 de 1988.
3. Que se condene a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo

Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a que reconozca y pague la diferencia entre lo pagado y lo que se ha debido pagar desde el año siguiente al inicio de disfrute de la pensión.

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

2. Hechos

Se relataron los que a continuación se resumen:

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

3. Normas violadas

Como disposiciones violadas se citaron las siguientes:

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

Se aduce en la demanda, que el reajuste de las mesadas pensionales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio está regulado por la Ley 71 de 1988; ello, en virtud de la exclusión del régimen de la Ley 100 de 1993, artículo 279. Sin embargo, indica, el FOMAG desde la expedición de la Ley 238 de 1995 reajusta las pensiones de los afiliados aplicando el artículo 14 de la Ley 100, incurriendo desde el año 1996 en violación a dichas normas y a los artículos 53 y 58 de la Constitución, desconociendo además que se trata de un derecho adquirido. Realiza la comparación entre los porcentajes del incremento del salario mínimo legal mensual y del IPC entre los años 2010 y 2018 para concluir que es más favorable el incremento conforme a la primera variable.

4. Contestación de la demanda

La Nación - Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del

Magisterio, a través de apoderado judicial, dio contestación a la demanda de la referencia oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones y condenas de la demanda.

Propone las siguientes excepciones de mérito: *“Ineptitud sustancial de la demanda por falta de legitimación en la causa por pasiva”* por cuanto dicho ente ministerial no presta el servicio educativo, ni administra plantas de personal docente y por ende no funge como empleador de éstos. *“Inexistencia del demandado – falta de relación con el reconocimiento del derecho, conexo o derivado del acto administrativo expedido por la entidad territorial certificada. Falta de competencia del Ministerio de Educación para expedir el acto administrativo y reconocer el derecho reclamado”*. *“inexistencia de la obligación demandada por inexistencia de causa jurídica”* pues considera que el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 fue declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-435 de 2017; además, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, integró los docentes oficiales al régimen pensional de prima media, lo cual se traduce en una derogación tácita de la norma anterior, siendo aplicable el reajuste del IPC. *“Cobro de lo no debido”, “Prescripción”, “Caducidad” y “Buena fe”*. (fls. 36-52, C. 1)

5. Sentencia de Primera Instancia

El Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 4 de julio de 2019, resolvió lo siguiente:

“[...]”

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda ...

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS a la parte demandante *“[...]”*

Se remite a los artículos 14 y 279 parágrafo 4^o1 de la Ley 100 de 1993, en virtud de los cuales se regula la forma en que debe hacerse el reajuste de las pensiones, todo lo cual se aplica incluso a los pensionados bajo los regímenes de excepción, a quienes por tanto dicho reajuste también se realiza con base en la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor (IPC) certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. Cita una providencia de la Corte Constitucional mediante la cual se indica que en estos casos no puede hablarse de la vulneración del principio de favorabilidad comoquiera que la misma norma facultó al legislador para decidir con autonomía política sobre dicho tema, de tal modo que, solamente las pensiones mínimas serían reajustadas con el incremento anual del SMLMV.

6. Recurso de Apelación

¹ Adicionado por el artículo 1° de la Ley 238 de 1995.

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

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

Estima que al entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones – ley 100 de 1993 -, las pensiones del régimen docente quedaron amparadas por los regímenes de excepción establecidos en el artículo 279 de la norma en cita, siéndoles aplicable el artículo 14 de aquella, previo cumplimiento del requisito de favorabilidad previsto en el artículo 1° de la Ley 238 de 1995. Luego, de no encontrarse beneficio alguno en la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 en el caso de las pensiones de los docentes afiliados al FNPSM, la fórmula de incremento de las mesadas allí contemplada, no debe ser aplicada frente a éstos por resultar ilegal. (fls. 89 – 97, C. 1)

7. Alegatos de conclusión segunda instancia

7.1. Parte demandante

Reitera lo expuesto en primera instancia y recalca que en el acto administrativo de reconocimiento pensional se estableció expresamente que el reajuste de la pensión se haría en armonía con lo dispuesto en la ley 71 de 1988, del tal modo que la entidad está obligada a acatarlo mientras no sea anulado por esta jurisdicción. (fls. 7 a 9, C. 2)

II. Consideraciones

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

1. Problema jurídico

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

2. Acervo probatorio

En el expediente se encuentra acreditado que el señor José Aldemar Jiménez Tobar obtuvo la pensión de jubilación mediante la Resolución No. 00042 del 29 de enero de 2013 por parte del FNPSM (fls. 16-17, C. 1) y mediante petición del 5 de octubre de 2017, solicitó el reajuste anual de la pensión con base en el incremento del SMLMV, consagrado en el artículo 1° de la Ley 71 de 1988, sin recibir respuesta expresa de la administración por lo que se generó un acto ficto o presunto negativo.

3. Marco legal aplicable y análisis del caso concreto

3.1. Régimen General de Seguridad Social

El artículo 48 de la Carta Política concibe la seguridad social como un servicio público obligatorio que debe prestarse bajo la dirección coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; asimismo se garantiza como un derecho irrenunciable al que acceden los trabajadores que acreditan los requisitos previstos en la ley para ese efecto.

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

El Sistema de Seguridad Social Integral, previsto en la Ley 100 de 1993², tuvo como objeto garantizar la protección del trabajador, entre otros, frente al riesgo de vejez, en aras de proveerle una buena calidad de vida al final de su historia laboral. Para ello, dispuso la creación de instituciones públicas y privadas encargadas de la administración de los recursos y del reconocimiento de la prestación vitalicia, bajo los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación.

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

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

² http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html#1

Ahora bien, el artículo 1° de la Ley 4 de 1976³, determinó que las pensiones de los sectores público, oficial, semioficial y privado, así como los afiliados al Instituto Seguro Social, a excepción de las pensiones por incapacidad permanente parcial, se reajustarían de oficio, cada año, teniendo en cuenta el incremento del salario mínimo mensual legal más alto, con una suma fija igual a la mitad de la diferencia entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, más una suma equivalente a la mitad del porcentaje que representara el incremento entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, esto último aplicado a la correspondiente pensión.

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

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

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

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

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

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

Dicha normativa fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-

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

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

387 de 1994⁵, donde señaló que el incremento por el IPC o por el salario mínimo, cumple el objetivo del reajuste periódico de las pensiones, y es facultad del legislador determinar el mismo:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Sobre este tema, la Sección Segunda del Consejo de Estado⁶, en providencia del 17 de agosto del 2017 proferida dentro de la acción pública de nulidad en contra del artículo 40 del Decreto 692 de 1994, expuso que el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 derogó lo dispuesto por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, y que esto es aplicable a las pensiones causadas con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993:

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

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

⁶ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION SEGUNDA - SUBSECCIÓN A- Consejero ponente: WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ - Bogotá, D.C., diecisiete (17) de agosto de dos mil diecisiete (2017) -Radicación número: 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14). <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2102915>

protección de los derechos adquiridos en materia pensional no comprende la proporción del incremento de la mesada.

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

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

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

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

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

(...)

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

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

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

(...)

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

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

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

(...)

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

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

“ARTÍCULO 279. Excepciones. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas

Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto-Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.

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

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

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

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

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

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

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

En ese orden de ideas, considera la Sala que no se encuentra demostrada la vulneración de los derechos invocados en la parte actora, dado que conforme a los presupuestos normativos y jurisprudenciales antes citados, se observa que **no** le asiste

razón al accionante al indicar que el reajuste de las mesadas pensionales se deben realizar conforme al artículo 1 de la Ley 71 de 1989, esto es, conforme al salario mínimo, norma derogada por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, conforme lo ya dicho sin ambages por el Consejo de Estado; derogatoria que aplica por igual a quienes fueron pensionados antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, encuéntrase o no amparados por un régimen exceptuado.

Por lo anterior, se denegarán las pretensiones de la demanda y se confirmará la sentencia de primera instancia, incluyendo la decisión de condena en costas allí adoptada, comoquiera que la simple representación mediante apoderado judicial de la entidad demandada, supone la causación de unos honorarios o costos por los servicios profesionales a ella prestados, los cuales obedecen a las agencias en derecho que a su vez hacen parte del concepto de costas judiciales.

4. Costas en segunda instancia.

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

5. Consideración final.

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

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

III. Falla

Primero: Se confirma la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, el 4 de julio de 2019, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda, en el proceso promovido en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, por el señor José Aldemar Jiménez Tobar contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Segundo: Sin condena en costas.

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

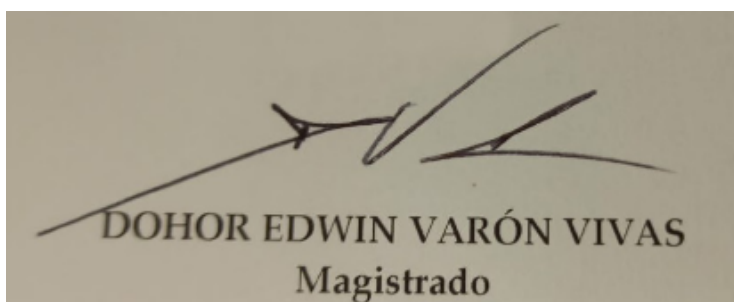
Notifíquese y cúmplase

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

Los integrantes de la Sala Segunda de Decisión,

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Jairo Ángel Gómez Peña', written in a cursive style.

Jairo Ángel Gómez Peña
Magistrado ponente

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Dohor Edwin Varón Vivas', written in a cursive style. Below the signature, the text 'DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS' and 'Magistrado' are printed in black.A handwritten signature in blue ink, appearing to be 'Augusto Morales Valencia', written in a cursive style. Below the signature, the text 'AUGUSTO MORALES VALENCIA' and 'Magistrado' are printed in black.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Segunda de Decisión

Magistrado Ponente: Jairo Ángel Gómez Peña

Manizales, veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021)

Radicado.	17-001-33-39-006-2018-00153-02
Clase:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante:	Mariela López Escobar
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Providencia:	Sentencia N°. 12

Asunto

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, el 28 de junio de 2019, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. Antecedentes

1. Pretensiones

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

1. Declarar la nulidad parcial de la Resolución n°1206-6 del 31 de enero de 2018 por medio de la cual se negó el reconocimiento y pago del reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme a lo establecido en la Ley 71 de 1988.
2. Que se declare que la parte demandante tiene derecho a que la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, le reconozca y pague el reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme a la Ley 71 de 1988.
3. Que se condene a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a que reconozca y pague la diferencia entre lo pagado y lo que se ha debido pagar desde el año siguiente al

inicio de disfrute de la pensión.

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

2. Hechos

Se relataron los que a continuación se resumen:

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

3. Normas violadas

Como disposiciones violadas se citaron las siguientes:

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

Se aduce en la demanda, que el reajuste de las mesadas pensionales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio está regulado por la Ley 71 de 1988; ello, en virtud de la exclusión del régimen de la Ley 100 de 1993, artículo 279. Sin embargo, indica, el FOMAG desde la expedición de la Ley 238 de 1995 reajusta las pensiones de los afiliados aplicando el artículo 14 de la Ley 100, incurriendo desde el año 1996 en violación a dichas normas y a los artículos 53 y 58 de la Constitución, desconociendo además que se trata de un derecho adquirido. Realiza la comparación entre los porcentajes del incremento del salario mínimo legal mensual y del IPC entre los años 2010 y 2018 para concluir que es más favorable el incremento conforme a la primera variable.

4. Contestación de la demanda

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

demanda.

Propone las siguientes excepciones de mérito: *“Ineptitud sustancial de la demanda por falta de legitimación en la causa por pasiva”* por cuanto dicho ente ministerial no presta el servicio educativo, ni administra plantas de personal docente y por ende no funge como empleador de éstos. *“Inexistencia del demandado – falta de relación con el reconocimiento del derecho, conexo o derivado del acto administrativo expedido por la entidad territorial certificada. Falta de competencia del Ministerio de Educación para expedir el acto administrativo y reconocer el derecho reclamado”*. *“inexistencia de la obligación demandada por inexistencia de causa jurídica”* pues considera que el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 fue declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-435 de 2017; además, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, integró los docentes oficiales al régimen pensional de prima media, lo cual se traduce en una derogación tácita de la norma anterior, siendo aplicable el reajuste del IPC. *“Cobro de lo no debido”, “Prescripción”, “Caducidad” y “Buena fe”*. (fls. 41-57, C. 1)

5. Sentencia de Primera Instancia

El Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 28 de junio de 2019, resolvió lo siguiente:

“[...]”

TERCERO: NIÉGANSE las pretensiones [...].

CUARTO: CONDÉNASE EN COSTAS a la parte demandante [...].”

Se remite a los artículos 14 y 279 de la Ley 100 de 1993, en virtud de los cuales se regula la forma en que debe hacerse el reajuste de las pensiones, todo lo cual se aplica incluso a los pensionados bajo los regímenes de excepción, a quienes por tanto dicho reajuste también se realiza con base en la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor (IPC) certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior.

Resalta que con el artículo 289 de la Ley 100 de 1993, fueron derogadas aquellas disposiciones contrarias a la misma, entendiendo así que el artículo 1° de la Ley 71 de 1989 quedó derogado de manera tácita. De igual forma citó una providencia del Consejo de Estado emitida dentro de la acción pública de nulidad contra el artículo 40 del Decreto 692 de 1994, reglamentario de la Ley 100, en donde expone las razones por las cuales no resulta aplicable el artículo 1° de la Ley 71 de 1989 para efectos de determinar el incremento anual de la pensión. (fls. 106 – 112, C. 1)

6. Recurso de Apelación

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

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

Estima que al entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones – ley 100 de 1993 -, las pensiones del régimen docente quedaron amparadas por los regímenes de excepción establecidos en el artículo 279 de la norma en cita, siéndoles aplicable el artículo 14 de aquella, previo cumplimiento del requisito de favorabilidad previsto en el artículo 1° de la Ley 238 de 1995. Luego, de no encontrarse beneficio alguno en la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 en el caso de las pensiones de los docentes afiliados al FNPSM, la fórmula de incremento de las mesadas allí contemplada, no debe ser aplicada frente a éstos por resultar ilegal. (fls. 116 – 140, C. 1)

7. Alegatos de conclusión segunda instancia

7.1. Parte demandante

Reitera lo expuesto en primera instancia y recalca que en el acto administrativo de reconocimiento pensional se estableció expresamente que el reajuste de la pensión se haría en armonía con lo dispuesto en la ley 71 de 1988, del tal modo que la entidad está obligada a acatarlo mientras no sea anulado por esta jurisdicción. (fls. 8 a 10, C. 2)

7.2. Defensa Jurídica del Estado

Presentó un escrito en el cual plantea un argumento ajeno al objeto en torno al cual gira la presente controversia. (fls. 12-19, C. 2)

II. Consideraciones

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

1. Problema jurídico

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

2. Acervo probatorio

En el expediente se encuentra acreditado que la señora Mariela López Escobar obtuvo la pensión de jubilación mediante la Resolución No. 5787 del 25 de noviembre de 2009 por parte del FNPSM (fls.17-18, C. 1) y mediante la Resolución No. 1206-6 del 31 de enero de 2018, le fue negada la solicitud de reajuste anual de la pensión con base en el incremento del SMLMV, consagrado en el artículo 1° de la Ley 71 de 1988. (fls. 15-16, C. 1)

3. Marco legal aplicable y análisis del caso concreto

3.1. Régimen General de Seguridad Social

El artículo 48 de la Carta Política concibe la seguridad social como un servicio público obligatorio que debe prestarse bajo la dirección coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; asimismo se garantiza como un derecho irrenunciable al que acceden los trabajadores que acreditan los requisitos previstos en la ley para ese efecto.

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

El Sistema de Seguridad Social Integral, previsto en la Ley 100 de 1993¹, tuvo como objeto garantizar la protección del trabajador, entre otros, frente al riesgo de vejez, en aras de proveerle una buena calidad de vida al final de su historia laboral. Para ello, dispuso la creación de instituciones públicas y privadas encargadas de la administración de los recursos y del reconocimiento de la prestación vitalicia, bajo los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación.

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

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

¹ http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html#1

beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una Pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de Prima Media y del sector privado en general.

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

Ahora bien, el artículo 1° de la Ley 4 de 1976², determinó que las pensiones de los sectores público, oficial, semioficial y privado, así como los afiliados al Instituto Seguro Social, a excepción de las pensiones por incapacidad permanente parcial, se reajustarían de oficio, cada año, teniendo en cuenta el incremento del salario mínimo mensual legal más alto, con una suma fija igual a la mitad de la diferencia entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, más una suma equivalente a la mitad del porcentaje que representara el incremento entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, esto último aplicado a la correspondiente pensión.

Luego, el artículo 1 de la Ley 71 de 1988³ precisó que las pensiones referidas en el artículo 1 de la Ley 4 de 1976, la de incapacidad permanente parcial y las compartidas, serían reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que fuere incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.

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

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

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

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

“ARTÍCULO 14. REAJUSTE DE PENSIONES. Con el objeto de que las

² Ley 4 de 1989, *“Por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones.”*
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=1165>

³ Ley 71 de 1988 *por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones,*
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=307>

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.”-sft-

Dicha normativa fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-387 de 1994⁴, donde señaló que el incremento por el IPC o por el salario mínimo, cumple el objetivo del reajuste periódico de las pensiones, y es facultad del legislador determinar el mismo:

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

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

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

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

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

⁴ Corte Constitucional sentencia C- 387 de 1994; MP. Dr. Carlos Gaviria Díaz, 1 de septiembre de 1994; REF.: expediente No. D-529. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/c-387-94.htm>

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

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

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

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

Sobre este tema, la Sección Segunda del Consejo de Estado⁵, en providencia del 17 de agosto del 2017 proferida dentro de la acción pública de nulidad en contra del artículo 40 del Decreto 692 de 1994, expuso que el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 derogó lo dispuesto por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, y que esto es aplicable a las pensiones causadas con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993:

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

« [...] A partir del 1º de enero de 1989 y hasta la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, todas las pensiones que fueron reconocidas en el país, tanto en el sector público como en el privado, se reajustaron anualmente conforme a la fórmula prevista en la Ley 71 de 1988, esto es, en el mismo porcentaje en que se incrementó por el Gobierno el salario mínimo legal mensual. Con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigencia, las pensiones reconocidas antes y después de dicha ley, se vienen reajustando en la forma

⁵ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION SEGUNDA - SUBSECCIÓN A- Consejero ponente: WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ - Bogotá, D.C., diecisiete (17) de agosto de dos mil diecisiete (2017) -Radicación número: 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14). <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2102915>

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 1° de enero de 1994. [...]

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

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

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

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

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

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

pensionado es “la medición del poder adquisitivo constante de las pensiones por el método de medición de la equivalencia de las pensiones en relación con el Salario Mínimo Legal Vigente”[85], como si este fuese expresamente el mandato constitucional.

(...)

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

(...)

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

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

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

(...)

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

todos los posibles.”

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

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

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

Este artículo fue adicionado por la Ley 238 de 1995⁶, que dispuso la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 a los regímenes exceptuados previstos en dicha disposición; o sea, el incremento de las pensiones conforme al IPC:

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

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

De esta manera, el incremento de las pensiones de los docentes pensionados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 no se rige por el artículo 1° de la Ley 71 de 1988, toda vez que el factor de incremento anual de las pensiones no forma parte del Régimen Pensional por el cual se rigen los docentes, como son la edad, el monto, el ingreso base de liquidación y la tasa, y como lo señaló el Consejo de Estado⁷. Además, el reajuste de la mesada pensional no es un derecho adquirido, por lo que el legislador está habilitado para modificar las normas que consagran la proporción del aumento anual. Es del caso agregar que la norma que pretende la parte demandante que se aplique al incremento de su mesada, el artículo 1° de la Ley 71 de 1988, **fue derogado** por la Ley 100 de 1993.

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

En consecuencia, conforme a los pronunciamientos jurisprudenciales citados, se tiene que la Constitución Política le otorgó al Legislador la autonomía de fijar el reajuste

⁶ Ley 238 de 1995; http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0238_1995.html

⁷ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION SEGUNDA - SUBSECCIÓN A- Consejero ponente: WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ - Bogotá, D.C., diecisiete (17) de agosto de dos mil diecisiete (2017) -Radicación número: 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14). <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2102915>

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

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

Por lo anterior, se denegarán las pretensiones de la demanda y se confirmará la sentencia de primera instancia, incluyendo la decisión de condena en costas allí adoptada, comoquiera que la simple representación mediante apoderado judicial de la entidad demandada, supone la causación de unos honorarios o costos por los servicios profesionales a ella prestados, los cuales obedecen a las agencias en derecho que a su vez hacen parte del concepto de costas judiciales.

4. Costas en segunda instancia

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

5. Consideración final

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

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

III. Falla

Primero: Se confirma la sentencia proferida proferida por el Juzgado Sexto

Administrativo del Circuito de Manizales, el 28 de junio de 2019, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda, en el proceso promovido en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, por la señora Mariela López Escobar contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Segundo: Sin condena en costas.

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

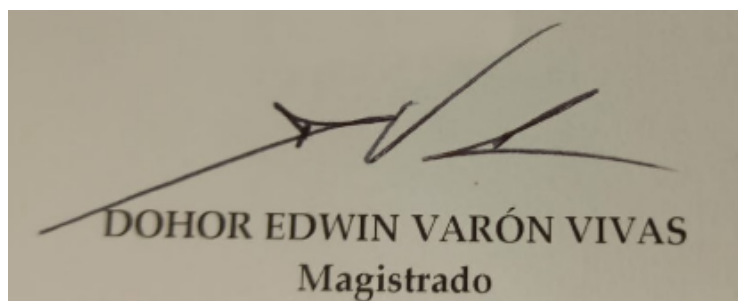
Notifíquese y cúmplase

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

Los integrantes de la Sala Segunda de Decisión,



Jairo Ángel Gómez Peña
Magistrado ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

-Sala de Conjueces-

Manizales, dos (2) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO

Vencido el termino de traslado de la demanda contemplado en los artículos 172 de la Ley 1437 de 2011 y 612 de la Ley 1564 de 2012 y de traslado de excepciones de que trata el artículo 175 del CPACA, es procedente a la luz del articulo 180 ibidem, fijar fecha para la celebración de la **AUDIENCIA INICIAL-VIRTUAL** la cual se programa para el próximo **VIERNES DIECINUEVE (19) DE FEBRERO DOS MIL VEINTIUNO (2021)**, a las **DIEZ DE LA MAÑANA (10:00 a.m.)**.

La diligencia se realizará a través de la plataforma **TEAMS** y el link se enviará anticipadamente, a los correos electrónicos dispuestos por las partes para notificación.

Notifíquese y cúmplase

JOSE NORMAN SALAZAR GONZALEZ
Conjuez

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la(s) parte(s) por anotación en el Estado Electrónico n°. 016 de 2 de febrero de 2021.

HECTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE DECISIÓN

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 010

Manizales, veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021).

Radicado:	17001-23-33-000-2018-00487-00
Naturaleza:	Protección de los Derechos e Intereses Colectivos
Demandante:	Doris Ramírez Pinilla
Demandados:	Municipio de Manizales, Corporación Autónoma Regional De Caldas -Corpocaldas
Vinculados:	Aguas de Manizales S.A. E.S.P.; Empresa Metropolitana de Aseo S.A.E.S.P.-Emas

I. ASUNTO

Se profiere sentencia aprobatoria de pacto de cumplimiento.

II. ANTECEDENTES

1.1. Derechos e intereses colectivos invocados

La accionante formuló el medio de control por la vulneración de los derechos colectivos al *ambiente sano, y la prevención de desastres previsibles técnicamente*; con fundamento en ello solicitó se ordene a las demandadas la ejecución de unas obras consistentes en: *1. Perfilación del talud. 2. Construcción de una pantalla en concreto con anclajes pasivos para evitar el avance progresivo del desprendimiento de material de la ladera y dar una solución definitiva al problema de inestabilidad existente. 3. Corregir el problema del sumidero para que tenga mejor capacidad y tratar de conectar esa estructura con el sistema de alcantarillado del sector.*

1.2. Hechos

Advierte la demandante que, por un camino de la calle 25ª número 30ª-41, especie de pasaje para llegar a varias viviendas sobre un talud, se presenta desde hace tiempo problemas de ladera (calle 25 número 30-71) y requiere de una intervención rápida y efectiva, porque cuando llueve se pone en riesgo la vida y los bienes de las personas.

Que las demandadas han aclarado que se requieren obras para mitigar el riesgo, por lo que se reconoce la problemática; que existe un desprendimiento de capa superficial del terreno

y en la parte superior de la misma está ubicado un sumidero que recibe las aguas lluvias que llegan a las viviendas ubicadas en la parte alta de la ladera, el cual no tiene capacidad suficiente para la cantidad de agua que recibe, por lo que se desborda y discurre por el talud afectado.

1.3. Admisión

Mediante auto del 16 de octubre de 2018 se admitió la demanda y se ordenó su notificación a las entidades demandadas y se dispuso informar sobre la existencia de este trámite a los miembros de la comunidad a través de un medio masivo de comunicación; también se corrió traslado a las partes y al ministerio público por el término de diez (10) días dentro de los cuales pudieron contestar la demanda, solicitar la práctica de pruebas y proponer excepciones.

1.4. Intervención de los demandados y vinculados

El Municipio de Manizales se opuso a las pretensiones de la actora, señaló como uno de los problemas del sector que los techos de las viviendas carecen de canales y bajantes de aguas lluvias, por lo que el agua se dirige directamente a la peatonal, contribuyendo a la concentración de altos volúmenes de escorrentías. Señaló como solución, la construcción de un sardinel en la peatonal y realizar la construcción de un nuevo sumidero que conecte a la red de alcantarillado del sector; finalmente afirmó que es necesaria la recolección de basuras y escombros por parte de los propietarios del predio.

De otra parte indicó que, no es posible realizar un perfilamiento del talud, por cuanto corresponde a un predio de un particular. Con fundamento en lo anterior propuso las excepciones de *inexistencia de prueba de los hechos que constituyen presunta vulneración de derechos por parte del municipio de Manizales* e *“ineptitud sustancial de la demanda por la no acreditación del daño actual o contingente a derecho o interés colectivo”*.

Corpocaldas se opuso a las pretensiones de la actora, indicó que en el marco de su condición asesora, asistió en visita técnica al sector, evidenciando los factores que hacen al sector estar catalogado en el Plan de Ordenamiento Territorial como zona de riesgo por deslizamiento. Adicionalmente indicó que todo lo anterior se ve condicionado por la existencia de viviendas con deficiencias constructivas, carentes de canales y bajantes de techos, además de que se presenta arrojamiento de basuras y escombros sobre la ladera por parte de los habitantes. Con fundamento en lo anterior propuso la excepción de *“Ausencia de transgresión de los derechos colectivos y cumplimiento integral y diligente de las funciones asignadas por la ley a la Corporación Autónoma y Regional de Caldas -Corpocaldas-, en atención a su órbita de competencia”*.

Aguas de Manizales se opuso a las pretensiones de la actora, señaló que, no es la encargada del manejo de laderas y taludes, ni del manejo de aguas superficiales, ni del manejo de la gestión del riesgo en el municipio de Manizales. Con fundamento en lo anterior propuso las excepciones de: *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”*; *“Inexistencia del nexo causal”*;

“Inexistencia de violación a los derechos colectivos por Aguas de Manizales S.A. E.S.P.” e “Inexistencia de pretensiones frente Aguas de Manizales S.A. E.S.P.”

Empresa Metropolitana de Aseo S.A. E.S.P.-Emas, se opuso a las pretensiones de la actora, señaló que, ninguna de ellas es de su competencia y exceden los componentes del servicio público de aseo. En cuanto a los hechos afirmó no constarles y que realizó una inspección al sector referido por la parte actora, y constató que: 1. En el sector, Calle 25a N° 30a - 41 y la Calle 25 N° 30 - 71, la Empresa ha prestado el servicio público de Aseo, con todos sus componentes, de manera continua e ininterrumpida. 2. los vecinos de la accionante indicaron que la ladera que presuntamente está causando un perjuicio pertenece a un particular, por lo que estaría por fuera del área de prestación del servicio. 3. la Empresa no es la responsable, ni cuenta con la competencia, para realizar la limpieza de las laderas del Municipio que no se encuentren inventariadas. 4. la Empresa ha prestado el servicio en todos sus componentes en el sector, pero el indebido uso que los habitantes del mismos puedan hacer de sus residuos y escombros excede las competencias de la Empresa. Con fundamento en lo anterior propuso las excepciones de *“Falta de legitimación en la causa material” e “inexistencia de las obligaciones demandadas”*

1.5. El pacto de cumplimiento

En diligencia del 23 de septiembre de 2020, Corpocaldas señaló que, presentará fórmula de pacto conforme certificado del Comité de Conciliación, ello en el siguiente sentido:

“Brindar asesoría técnica al ente territorial en temas referentes a la reducción de riesgo, y en caso de que el ente territorial así lo determine, se proceda en el marco de los convenios suscritos con esta entidad se priorice la zona para ser objeto de intervención con obras de mitigación del riesgo.”/Se destaca/

Ante la situación advertida por Corpocaldas, el Magistrado Sustanciador con la aceptación de las partes, dispuso que, las entidades demandadas y vinculadas, llevaran a cabo una visita técnica al sector, para que se estableciera el estado actual de las obras y se determinara si era necesario realizar nuevas obras. A su vez, para que, dependiendo del resultado de la visita, fuera puesto en consideración del comité de conciliación del municipio de Manizales, para si era del caso plantearan propuesta de pacto de cumplimiento.

Reanudada la diligencia el pasado 23 de noviembre de 2020, al indagar a las partes sobre la posibilidad de arribar a una propuesta de pacto de cumplimiento, el municipio de Manizales señaló que, de acuerdo con la visita técnica (Oficio SOPM 1589 del 1 de octubre de 2020), suscrito por el Secretario de Obras Públicas de Manizales, realizada al barrio Marmato el 29 de septiembre de 2020, en compañía de los funcionarios de Corpocaldas, Aguas de Manizales, Unidad de Gestión del Riesgo y la Secretaría de Obras Públicas, se constató: La existencia y funcionalidad de las obras de manejo de aguas lluvias ejecutadas, las que consistieron en la constitución del sumidero sardinel y andén en concreto y la conexión del sumidero a la cámara de alcantarillado, detallando:

Antes de las obras:

1. **Localización problemática objeto de la AP 2018-0487: Barrio Marmato – Calle 25ª No. 30-41**



Foto 1: ubicación anterior del sumidero existente. Foto 2: inicio proceso demolición sumidero actual

Posterior a las obras:



Foto 3 y 4: Sumidero doble reubicado en la parte baja de la peatonal del sector y reconstrucción de la peatonal



En el mencionado oficio SOPM 1589 del 1 de octubre de 2020, se consignó además que:

“(…) es pertinente hacer un pequeño complemento a lo ejecutado, con el fin que las aguas de escorrentía de la peatonal que no se alcanzan a evacuar por el sumidero instalado, lleguen a una canal en concreto localizado en la parte inferior.

De esta manera se solucionará totalmente el requerimiento de la actora, y tal y como se acordó en la visita realizada el complemento a la obra será ejecutado por Corpocaldas.”/Se destaca/

Corpocaldas a través de su delegado el ingeniero Jhon Jairo Chisco Lequizamon, expresó frente a lo anterior:

“(min 26:57) el compromiso de la Corporación es optimizar las obras que ya construyó Aguas de Manizales, en la medida de que el mismo sitio sea priorizado por el Concejo Municipal de Gestión del Riesgo (...) nosotros tenemos la posibilidad de intervenir, para nosotros poder intervenir, necesitamos previamente la priorización por parte del Concejo Municipal de Gestión del Riesgo; la idea es que las obras las vamos a hacer antes del 31 de marzo de 2021, ya tenemos contratistas, simplemente, por términos legales, nos urge que se de esa priorización o aval por parte de la Unidad de Gestión del Riesgo, para poder realizar los trabajo en ese sitio”./ Se destaca/

De acuerdo con lo anterior, el municipio de Manizales se comprometió a realizar las gestiones necesarias para que, el Consejo Municipal de Gestión del Riesgo incluyera el sector como objeto de priorización y de esta manera Corpocaldas pueda adelantar las obras.

Las demás entidades vinculadas manifestaron no tener formula de pacto.

La parte actora y el Ministerio Público manifestaron que están de acuerdo con lo señalado por el municipio de Manizales y Corpocaldas.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Magistrado Sustanciador propuso además que, previo a la aprobación del pacto, en el término de treinta días el municipio convocará al Comité de Gestión del Riesgo, el cual priorizara la intervención en el sector de la calle 25 A número 30 A 41 Barrio Marmato de Manizales, para la ejecución de las obras necesarias para atender la problemática en el sector, entre ellas la ejecución de las obras complementarias, con el fin que las aguas de escorrentía de la peatonal que no se alcanzan a evacuar por el sumidero instalado, lleguen a un canal en concreto localizado en la parte inferior.

Las partes y el Ministerio Público manifestaron estar de acuerdo.

Dentro del término indicado, el municipio de Manizales allegó el Acta No. 8 – 2020 del Consejo Municipal de Gestión del Riesgo de Desastres en la que se señala:

“3. RECOMENDACIONES DE LA VISITA:

Si bien las obras ejecutadas a la fecha por parte de Aguas de Manizales SA ESP, se encuentran funcionando adecuadamente, la señora Doris Ramírez Pinilla, indicó telefónicamente, por medio de una habitante del sector, que aún continúa el escurrimiento de aguas lluvias hacia la vivienda ubicada en la base del talud, aunque en menor proporción, principalmente, en momentos de lluvias fuertes; para lo cual, y durante la visita, se tomó la siguiente decisión para optimizar y mejorar la captación de las aguas de lluvias de escorrentía superficial y conducir las a las obras de manejo de aguas del sector:

- *Construcción de un sardinel, aguas abajo del sumidero doble instalado por Aguas de Manizales SA ESP, que controle el escurrimiento de aguas sobre el talud inferior y contribuya a su redireccionamiento hacia el canal a construir.*
- *Construcción de un tramo de canal entre la parte inferior del descanso de la peatonal, con el fin de conducir estas aguas de exceso hacia un tratamiento existente en la parte inferior de la ladera. En la construcción de la canal, se debe tener especial cuidado con la cimentación de la canal sobre la corona del talud, garantizando una cimentación apropiada (submuración), de ser el caso.*

Con las obras propuestas, se captará la totalidad de las aguas lluvias que se concentran en esta parte de la peatonal, reduciendo las afectaciones sobre la vivienda localizada en la parte baja del talud.

Corpocaldas considero desde el punto de vista Jurídico que para realizar las obras con miras a optimizar las obras de captación, conducción y entrega de las aguas lluvias de escorrentía superficial es necesario el aval del Consejo Municipal de Gestión del Riesgo.

La Coordinadora pone a consideración el aval por parte del CMGRD para la realización de esta obra, los integrantes manifiestan estar de acuerdo.

Igualmente el municipio allegó la constancia del Comité de Conciliación en la que se señala que, se autoriza al delegado del señor alcalde municipal para presentar propuesta frente a las pretensiones de la presente acción popular, teniendo en cuenta que en el acta No 8 -2020 del Consejo Municipal de Gestión del Riesgo, se consideró que es pertinente hacer un pequeño complemento a lo ya ejecutado, con el fin que las aguas de escorrentía de la peatonal que no se alcanzan a evacuar por el sumidero instalado, lleguen a un canal en concreto localizado en la parte inferior, a más tardar al 30 de Marzo de 2021.

III. CONSIDERACIONES

2.1. Pronunciamiento sobre nulidades y presupuestos procesales

Revisada la actuación surtida hasta el momento, en cumplimiento del control de legalidad establecido en el artículo 132 del Código General del Proceso, no se observan irregularidades procedimentales que conlleven a declarar la nulidad total o parcial de lo actuado. Agotándose el debido proceso establecido en el artículo 29 de la Constitución Política.

De otra parte, están reunidos los presupuestos procesales. En efecto, este Tribunal es competente para conocer de la presente acción en razón a que una de las partes es del orden nacional, cuyo fuero atrae a los demás accionados. El accionante es una persona natural que actúa en nombre propio en los términos del artículo 12 de la ley 472 de 1998. De igual manera, está acreditada la existencia y capacidad procesal de las entidades demandadas. Y existe demanda en forma, tal como se señaló en el auto admisorio, dado que el escrito presentado cumple con los requisitos establecidos en el artículo 19 ibidem.

2.2. La acción popular

El artículo 2º de la Ley 472 de 1998, en desarrollo del artículo 88 de la Constitución Política, dispone que las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.

Al tenor del artículo 9º ibidem, esas acciones proceden contra toda acción u omisión de las autoridades o de los particulares que actúan en desarrollo de funciones públicas, que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos. Acción que a voces del artículo 11 ibidem, «[...] *podrá promoverse durante el tiempo que subsista la amenaza o peligro al derecho e interés colectivo [...]*».

De acuerdo con lo anterior, se tiene que los supuestos sustanciales para que proceda la acción popular son los siguientes: 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 el que proviene de todo riesgo normal de la actividad humana y, c) la relación de causalidad entre la acción u omisión y la señalada afectación de tales derechos e intereses; dichos supuestos deben ser demostrados de manera idónea en el proceso respectivo.*

Aunado a lo anterior, el artículo 4º de la normativa en cita, enlista de manera enunciativa los derechos colectivos, dentro de los cuales se encuentra el invocado por el actor popular.

2.3. La audiencia de pacto de cumplimiento

El inciso 4º del artículo 27 ibidem, regula la audiencia especial, mencionando que en esta: «[...]...*podrá establecerse un pacto de cumplimiento a iniciativa del juez en el que se determine la forma de protección de los derechos e intereses colectivos y el restablecimiento de las cosas a su estado anterior de ser posible [...]*»

Es entonces una instancia procesal en la que el juez escucha las posiciones de las partes y del Ministerio Público, con el objeto de construirse un acuerdo colectivo en el que se determine la mejor forma de solucionar el conflicto, poder proteger o prevenir la vulneración de los derechos e intereses colectivos amenazados, y de ser posible restablecer las cosas a su estado anterior. Ello, logrando establecer responsabilidades y acciones detalladas a los responsables de la protección del interés colectivo, dentro de unos términos de cumplimiento con tareas específicas y verificables, así como la designación de una persona que vigile y asegure su observancia.

La Corte Constitucional en sentencia C-225 de 1999, al examinar la constitucionalidad de la Ley 472, puso de presente que, el objetivo que persigue el pacto de cumplimiento es llegar a un acuerdo de voluntades « [...] *dando con ello una terminación al proceso y solución de un conflicto, y por ende, un menor desgaste para el aparato judicial [...]*»; actuación que da a la audiencia, la categoría de mecanismo anticipado para la solución de un conflicto en el cual se encuentran involucrados intereses colectivos y que dada su especialidad, el papel del juez

y del ministerio público resultan relevantes frente al control de legalidad y la protección de los derechos debatidos.¹

2.4. Aprobación del pacto de cumplimiento

Bajo estos supuestos se tiene que, los compromisos asumidos por Corpocaldas en la audiencia de pacto de cumplimiento, guardan relación con lo pretendido por la actora popular, puesto que garantizan la protección de los derechos colectivos al *ambiente sano, y la prevención de desastres previsibles técnicamente*, pues ya se han realizado unas obras para atender la problemática en el sector de la calle 25 A número 30 A 41 Barrio Marmato de Manizales, y se realizarán las obras complementarias requeridas, con el fin que las aguas de esorrentía de la peatonal que no se alcanzan a evacuar por el sumidero instalado, lleguen a un canal en concreto localizado en la parte inferior.

Además, con los compromisos asumidos por dicha entidad, no se vulnera la legalidad ni se traspasan las fronteras de las obligaciones que le compete, en efecto, el artículo 31 de la Ley 1523 de 2012², dispuso que las Corporaciones Autónomas Regionales fuesen parte del Sistema Nacional de Gestión del Riesgo. Asimismo, les fue asignada la función de brindar soporte a los entes territoriales en lo que tiene que ver con la gestión del riesgo en material ambiental en su jurisdicción. El artículo en cuestión es del siguiente tenor:

“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

¹ Consejo de Estado. Sección Primera. 11 de octubre de 2018 Rad. 17001-23-33-000-2016-00440-01(AP).

² “Por el cual se crea la Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres, se establece su objeto y estructura”.

en sus respectivas jurisdicciones en la implementación de los procesos de gestión del riesgo de acuerdo con el ámbito de su competencia y serán corresponsables en la implementación.

Parágrafo 4o. *Cuando se trate de Grandes Centros Urbanos al tenor de lo establecido en la Ley 99 de 1993, en lo relativo a los comités territoriales, harán parte de estos las autoridades ambientales locales.” (Subrayas de la Sala)*

En ese sentido, el Consejo de Estado en reciente pronunciamiento del 20 de junio de 2019, señaló que las Corporaciones Autónomas Regionales tienen responsabilidades en materia de la gestión del riesgo que se suscita en entes territoriales; veamos:

“XI.4. *Aunque el ordenamiento jurídico también le confiere a las entidades territoriales funciones precisas en materia de gestión del riesgo de desastres naturales, yerra el apoderado de la Carder cuando manifiesta que este es un asunto que no le compete en absoluto a la entidad que representa y respecto del cual puede desentenderse.*

Como pudo observarse, la Ley 1523, al definir el principio de sostenibilidad ambiental, es clara en indicar que “[...] [e]l riesgo de desastre se deriva de procesos de uso y ocupación insostenible del territorio, por tanto, la explotación racional de los recursos naturales y la protección del medio ambiente constituyen características irreductibles de sostenibilidad ambiental y contribuyen a la gestión del riesgo de desastres [...]”.

Así pues, en la medida en que la Carder es el organismo supremo, técnico y especializado del sector ambiente en el Departamento de Risaralda a efectos de administrar, manejar y planificar el uso sostenible de los recursos naturales, y en tanto que la propia ley identifica la protección y la explotación racional de tales recursos como presupuesto para prevenir el acaecimiento de desastres naturales, resulta necesario que dicha autoridad ambiental desempeñe sus obligaciones en materia de gestión del riesgo, con el fin de cumplir a cabalidad con los propósitos para los cuales fue creada.

XI.5. *Ahora bien, no obstante la autonomía de la que gozan los municipios como entidades fundamentales de la división político-administrativa del Estado, es un hecho que, en atención a la transversalidad de los asuntos ambientales y a las dificultades propias de la función administrativa, el desempeño de las competencias en dicha materia debe realizarse en el contexto que disponen los principios de solidaridad, coordinación, concurrencia, subsidiariedad positiva y complementariedad.”³.*

Bajo tal perspectiva, es claro que a Corpocaldas le asisten potestades en materia de gestión del riesgo que debe ejecutar de forma coordinada y armónica con el municipio de Manizales, y entonces.

Por lo anterior, el pacto de cumplimiento construido por las partes involucradas en esta acción popular se aprueba por medio de esta sentencia y se ordena la publicación de la parte resolutive de la sentencia, a cargo de Corpocaldas.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 20 de junio de 2019. Número de radicación: 66001-23-33-000-2014-00244-01 Consejero Ponente: Roberto Augusto Serrato Valdés

2.5. Auditoria del Pacto de Cumplimiento

Se designará para vigilar y asegurar el cumplimiento del pacto como *Auditor* al Personero del municipio de Manizales; a quien se le comunicará la designación, remitiéndole copia del acta de audiencia de pacto de cumplimiento y de esta providencia, quien deberá rendir informe completo y pormenorizado a este despacho, de las acciones realizadas por Corpocaldas, una vez finalizados los lapsos dispuestos en el referido pacto de cumplimiento.

2.6. Costas

No hay lugar a condena en costas, en los términos del artículo 38 de la Ley 472 de 1998, pues al llevar a cabo la valoración que exige la fijación de estas, con arreglo al criterio de examinar exclusivamente la conducta asumida por las partes dentro del curso del presente proceso, se establece que en la actuación no se comprueba que se hayan producido conductas temerarias o de mala fe en la actividad procesal.

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

FALLA:

Primero: APRUÉBASE EL PACTO DE CUMPLIMIENTO celebrado el veintitrés (23) de noviembre de 2020, dentro de la acción popular instaurada por la señora Doris Ramírez Pinilla contra el Municipio de Manizales, Corporación Autónoma Regional de Caldas - Corpocaldas en el cual se acordó lo siguiente:

- (i) Corpocaldas en el marco de los convenios suscritos con el municipio de Manizales realizará las obras complementarias en el barrio “Marmato”, calle 25ª número 30ª-41, con el fin de que las aguas de escorrentía de la peatonal que no se alcanzan a evacuar por el sumidero instalado, lleguen a una canal con concreto en la parte inferior. Lo anterior conforme al Acta No. 8 – 2020 del Consejo Municipal de Gestión del Riesgo de Desastres en la que se indicó que *para optimizar y mejorar la captación de las aguas de lluvias de escorrentía superficial y conducirlas a las obras de manejo de aguas del sector, se requería:*

Construcción de un sardinel, aguas abajo del sumidero doble instalado por Aguas de Manizales SA ESP, que controle el escurrimiento de aguas sobre el talud inferior y contribuya a su redireccionamiento hacia el canal a construir.

Construcción de un tramo de canal entre la parte inferior del descanso de la peatonal, con el fin de conducir estas aguas de exceso hacia un tratamiento existente en la parte inferior de la ladera. En la construcción de la canal, se debe tener especial cuidado con la cimentación de la canal sobre la corona del talud, garantizando una cimentación apropiada (submuración), de ser el caso.

- (ii) Dichas obras serán realizadas antes del 31 de marzo de 2021.

Segundo: DESÍGNASE como *Auditor* para vigilar y asegurar el cumplimiento del pacto al Personero del municipio de Manizales “o su delegado”; a quien se le comunicará la designación, remitiéndole copia del acta de audiencia de pacto de cumplimiento y de esta providencia, quien deberá rendir informe en los términos señalados en la parte motiva de este proveído.

Tercero: ORDENASE la publicación de la parte resolutive de la presente sentencia en la Emisora de la Policía Nacional o en otra emisora con difusión en el departamento, a cargo de Corpocaldas, conforme a lo previsto en el artículo 27 de la Ley 472 de 1998. Hecho lo anterior, se deberá remitir al Despacho constancia de la publicación.

Cuarto: Para los efectos del artículo 80 de la Ley 472 de 1998, por la Secretaría del Despacho, envíese copia del presente fallo a la Defensoría del Pueblo con destino al Registro Público de Acciones Populares y de Grupo.

Quinto: No se condena en costas.

Sexto: EJECUTORIADA esta providencia, archívese el expediente, previas las anotaciones respectivas en el programa Justicia Siglo XXI.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 04 de 2021.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.I. 015

Asunto:	Decide vinculación
Medio de Control:	Protección de los derechos e intereses colectivos
Radicación:	17001-23-33-000-2015-00155-00
Accionante:	Jaime Ospina Meza
Accionado:	Corporación Autónoma Regional de Caldas - Corpocaldas y Municipio de Manizales

Manizales, primero (1º) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO

Encontrándose el presente asunto pendiente de correr traslado para alegatos de conclusión, decide el Despacho sobre la solicitud radicada por la Corporación Autónoma Regional de Caldas¹ en la cual pide la vinculación del señor Nicolás Rojas Orozco al presente trámite.

Sobre la solicitud de vinculación

Corpocaldas afirmó que debe vincularse al señor Nicolás Rojas Orozco a la presente acción, en los términos del artículo 18 de la Ley 472 de 1998, por considerar que: (i) Ante la autoridad ambiental del orden nacional, el señor Nicolás Rojas Orozco, ha venido presentando derechos de petición, solicitando la realización de trabajos de mitigación y adecuación del cauce de la quebrada ubicada cerca de la Mazorca Paisa, vía Chinchiná, colocando de presente el medio de control de la referencia; (ii) Con base en la documentación obrante en Corpocaldas, se evidencia que el señor Nicolás Rojas Orozco realizó obras de carácter permanentes en el sector, para lo cual se le solicitó mediante oficio 2020-IE-00021219 con fecha del 17 de septiembre de 2020, realizar ante la Corporación el trámite respectivo de permiso de ocupación de cauce, otorgándole un plazo de dos (2) meses para adelantar dicho trámite, aportando los diseños que soporten la citada intervención, lo cual hasta la fecha no ha realizado; (iii) El señor Nicolás Rojas Orozco está vulnerando los derechos colectivos objeto de

¹ En adelante Corpocaldas.

protección al emplazar infraestructura en el predio de su propiedad sobre el cauce y la faja de retiro y, al estar realizando obras en el sector objeto de controversia sin el respectivo permiso de Corpocaldas, sobre zona considerada por el ordenamiento jurídico como espacio público que como tal constituye bien de connotación colectiva, exponiéndose de esta manera a riesgo técnicamente previsibles.

A la anterior solicitud, Corpocaldas anexó los siguientes documentos:

- Oficio radicado en Corpocaldas bajo el número 2020-IE-00021219 con fecha del 17 de septiembre de 2020, referente a la respuesta a PQR n° 2020-EI-00009393-caso 20902020. Predio La Guaira. Municipio de Manizales, enviado por el Ingeniero John Jairo Chisco Leguizamón, Subdirector de Infraestructura Ambiental de Corpocaldas, al señor Nicolás Rojas Orozco.
- Oficio radicado en Corpocaldas bajo el número 2020-EI-00013172 del 8 de octubre de 2020, referente a recurso de reposición y en subsidio de apelación instaurado por el señor Nicolás Rojas Orozco, frente al oficio 2020-IE-00021219.

Atendiendo los motivos expuestos por Corpocaldas, observa el Despacho que no resulta procedente la vinculación de la persona natural que se pretende llamar a este proceso.

El fundamento de la negativa consiste en que la pretensión en este asunto se relaciona con la presunta vulneración de derechos colectivos por parte del Municipio de Manizales y Corpocaldas ante la falta de acciones respecto de la amenaza y riesgo en que se encuentran las viviendas y los habitantes del sector identificado como la Mazorca Paisa, parte baja de la ladera en cuya cima se ubica el centro poblado conocido como La Bodega, en la Vereda La Pola de Manizales.

Para el Tribunal, si bien es cierto que la declaratoria de vulneración de derechos colectivos que se pretende por los accionantes tiene relación con actividades que se desarrollan en predios colindantes a los inmuebles ocupados por los demandantes, también lo es que en el escrito de demanda se solicita la realización de obras para mitigar el riesgo por parte de las entidades públicas demandadas.

En este sentido, considera este Despacho que vincular particulares al presente trámite desborda el objeto y la causa de la presente acción, sumado al hecho que en el marco de este proceso no pueden definirse actuaciones y procedimientos administrativos que se hayan iniciado ante las entidades

demandadas, como puede concluirse de la solicitud de vinculación del señor Nicolás Rojas Orozco.

Por ello, en este momento procesal no se encuentra fundamento para vincular al presente trámite a la persona natural indicada por Corpocaldas en la solicitud de vinculación.

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE

Primero. NIÉGASE la solicitud de vinculación al presente trámite del señor Nicolás Rojas Orozco.

Segundo. Ejecutoriado el presente auto, CONTINÚE el trámite regular del proceso.

Notifíquese y cúmplase



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

No. 16

FECHA: 2 de febrero de 2021



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA

Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, veintiocho (28) de enero de dos mil veintiuno (2021).

RADICADO	17001-23-33-000-2015-00583-00
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP.
DEMANDADO	ALBERTO BETANCUR JARAMILLO

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

PRETENSIONES

Se suplica por la parte demandante que se hagan los siguientes pronunciamientos:

1. Que se declare la nulidad de la Resolución nro. 36307 del 28 de julio de 2006, mediante la cual se dio cumplimiento a fallo de tutela proferido por el Juzgado Treinta y Uno Penal del Circuito de Bogotá de fecha 16 de junio de 2006 que ordenó el pago de una pensión gracia a favor del demandante a partir del 16 de marzo de 1999; prestación que se otorgó sin el cumplimiento de los requisitos exigidos por la Ley 114 de 1913 y la Ley 91 de 1989.
2. Que, como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, se ordene al señor Betancur Jaramillo reintegrar la totalidad de las sumas canceladas en virtud del acto administrativo que le reconoció la prestación periódica, ya que no le asiste derecho a que le sea reconocida pensión gracia por no cumplir los requisitos exigidos; sumas que deberá ser indexada al momento del pago.
3. Declarar que al señor Alberto Betancur Jaramillo no le asiste derecho a la pensión gracia ordenada por el fallo judicial, y por lo tanto no hay lugar al pago de valor alguno por este concepto.

HECHOS

- El señor Alberto Betancur Jaramillo nació el 16 de marzo de 1949.
- Que el señor Betancur Jaramillo prestó sus servicios de la siguiente manera:
 - La Contraloría General de Caldas certificó que laboró para el departamento como instructor de primaria desde el 1° de marzo de 1968 al 20 de julio de 1971; y como profesor de secundaria en la Escuela Urbana Emilio Robledo Correa desde el 21 de julio de 1971 al 30 de septiembre de 1973.
 - El rector del Colegio Pio XII de Salamina – Caldas hace constar que el demandado laboró como docente de tiempo completo desde el 30 de septiembre de 1973 hasta el 16 de julio de 1975, con vinculación de carácter nacional.
 - El rector del Instituto Nacional de Salamina – Caldas, establecimiento educativo dependiente del Ministerio de Educación Nacional, certifica que el señor Betancur Jaramillo laboró como docente de tiempo completo desde el 16 de julio de 1975 al 31 de agosto de 1991, con vinculación de carácter nacional.
- Que el último cargo desempeñado por el demandado fue el de docente nacional en el Municipio de Salamina - Caldas.
- Mediante Resolución nro. 000619 del 24 de enero de 2000 Cajanal negó una pensión de jubilación gracia al señor Alberto Betancur Jaramillo por no haber demostrado 20 años de servicios en la docencia oficial en el orden departamental, municipal o distrital.
- Mediante fallo de tutela proferido por el Juzgado Treinta y Uno Penal del Circuito de Bogotá de fecha 16 de junio de 2006 se ordenó reconocer la pensión gracia al señor Alberto Betancur Jaramillo; sentencia que fue acatada por Cajanal a través de Resolución nro. 36307 del 28 de julio de 2006, por lo que se otorgó la prestación periódica a partir del 16 de marzo de 1999, en cuantía de \$765.270,87.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Con apoyo en las sentencias C-539 de 2011 y C-1144 de 2000, concluyó que el acto administrativo enjuiciado es violatorio de los artículos 1, 2, 4, 6, 121, 123, 123 y 209 de la Constitución Política, pues fue proferido contrariando las normas que regulan el reconocimiento de la pensión gracia, tales como La Ley 114 de 1913 y Ley 91 de 1989.

Referenció la Ley 114 de 1913 y la Ley 91 de 1989 y precisó que los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieren desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos de ley.

Citó las consideraciones de la sentencia C-489 de 2000 y adujo que se puede concluir que solamente tendrán derecho al reconocimiento de la pensión gracia por parte de Cajanal los docentes que antes de entrar a regir la Ley 91 de 1989 hubieran completado todos los requisitos exigidos por la norma, ya que gozan de un derecho adquirido.

Explicó que antes de la nacionalización de la educación oficial decretada por la Ley 43 de 1975, existían en Colombia dos categorías de docentes; los que estaban vinculados con el Ministerio de Educación Nacional y los que estaban vinculados con el departamento o los municipios, siendo a estos últimos a los que se les reconoce la pensión gracia, siempre y cuando cumplan los requisitos de ley, entre los cuales además de estar la edad y el tiempo de servicios, es necesario acreditar haber desempeñado el cargo con honradez.

Precisó que las disposiciones que regularon la prestación únicamente previeron que podrían acceder a ella los docentes del sector oficial, especialmente quienes estuvieran vinculados con entidades del orden territorial, ya que este beneficio tuvo como finalidad compensar a los educadores que vieran disminuidos sus derechos por estar laborando para entidades territoriales que no tenían los recursos suficientes para pagar salarios y prestaciones sociales.

Destacó que el señor Betancur Jaramillo tuvo vinculaciones de carácter nacional, lo que significa que este tiempo no es computable para efectos del reconocimiento pensional, y por ello no cumplió los requisitos para que le fuera otorgada la pensión gracia, pues laboró para la Nación, y no acreditó los 20 años de servicios a nivel territorial.

Concluyó entonces que la pensión se otorgó sin haberse reunido la totalidad de requisitos, pues el docente no cumplió los 20 años de servicios en el nivel territorial o nacionalizado.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El curador *ad litem* contestó la demanda, y en relación con los hechos afirmó que unos eran ciertos y que otros no le constaban.

En cuando a las pretensiones, manifestó que se atenía a lo que resultara probado en el proceso.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandante: aseveró, con fundamento en la Ley 114 de 1913, que solamente los docentes vinculados con los departamentos y municipios tenían derecho al reconocimiento de la pensión gracia siempre y cuando cumplieran los requisitos establecidos en las normas, entre los que se encuentra acreditar 20 años de servicios en colegios del orden departamental, distrital y municipal, sin que puedan acumularse tiempos del orden nacional.

Destacó que en este caso el señor Alberto Betancur Jaramillo laboró prestando sus servicios en el Colegio Cooperativo PIO XII de Salamina – Caldas con vinculación de carácter nacional, y como rector del Instituto Nacional de Salamina – Caldas, también con una vinculación de este tipo, motivo por el cual incumplió el requisito de no recibir o haber recibido otra pensión o emolumento proveniente del Tesoro Nacional, razón suficiente para declarar la nulidad del acto administrativo por falsa motivación e infracción de las normas en que debía fundarse.

Parte demandada: manifestó que el señor Alberto Betancur Jaramillo, contrario a lo afirmado por la UGPP, cumplió con todos los requisitos legales para ser acreedor del reconocimiento de la pensión gracia, adicional a que los dineros cancelados fueron recibidos de buena fe.

Hizo alusión a la descentralización de la educación en Colombia, y tras citar la Ley 60 de 1993 y a la Ley 715 de 2001, así como a sentencia de unificación del 21 de junio de 2018, relacionada con la naturaleza jurídica de los Fondos Educativos Regionales, indicó que era deber de los departamentos asumir las competencias relacionadas con la prestación de los servicios educativos estatales con cargo a los recursos del situado fiscal, caso en el cual los establecimientos educativos y la planta de personal tenían el carácter de departamentales, pues la norma no indicó que porque se financiaban con recursos del situado fiscal el personal docente o administrativo tenía el carácter de nacional.

Señaló que en el presente caso la certificación del Ministerio de Educación Nacional al departamento de Caldas se surtió mediante la Resolución nro. 3500 de 1996, por lo tanto, el manejo de dicho personal inició en esa anualidad, momento en el cual los

administrativos y los docentes dejaron de tener su carácter de nacional y adquirieron la connotación de departamentales.

Al descender al caso concreto, aseguró que se trata de un servidor que acredita por parte del departamento de Caldas vinculación entre el 2 de marzo de 1976 hasta el 20 de julio de 1971 como docente de primaria, de manera que de conformidad con la ley cumple el requisito de tener vinculación territorial anterior al 31 de diciembre de 1980. Aunado a que cumplió con los 20 años de servicios pues laboró del 2 de marzo de 1968 al 16 de septiembre de 1973, y luego de la entrada en vigencia de la Ley 60 de 1993, esto es del 12 de agosto de 1993 al 1° de febrero de 2013, sin que sea propio catalogar estos tiempos como nacionales, dada la descentralización de la educación, por lo que los tiempos son territoriales.

En cuanto al reintegro de las sumas de dinero percibidas por concepto de pensión gracia hizo alusión al principio de la buena fe consagrado en el artículo 83 de la Constitución Política, y en tal sentido adujo que, en este caso, para que sea procedente la devolución de los dineros percibidos debe demostrarse la mala fe del docente, sumado a que debe tenerse en cuenta lo previsto en el literal c), numeral 1 del artículo 164 del CPACA.

Concluyó que las pretensiones de la demanda no tienen vocación de prosperidad, ya que el docente acreditó los requisitos de ley para que le sea reconocida la pensión.

MINISTERIO PÚBLICO

Guardó silencio.

CONSIDERACIONES

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

Problemas jurídicos

En la audiencia inicial al momento de establecerse los problemas jurídicos se indicó que el primero estaría encaminado a estudiar si la vinculación del actor era del orden nacional, nacionalizado o territorial. Sin embargo, para darle más claridad al asunto, se decide en

esta sentencia que en primer momento se analizará si los docentes con vinculación nacional tienen derecho a que se les reconozca la pensión gracia; y, luego, cuál era el tipo de vinculación del demandante.

En tal sentido, los problemas jurídicos quedarán así:

1. ¿Los docentes con vinculación nacional tienen derecho a que se les reconozca la pensión gracia?
2. ¿La vinculación como docente del señor Alberto Betancur Jaramillo es del orden nacional, nacionalizado o territorial?
3. ¿Se demostró que el tiempo de servicios que hubiera prestado el actor en una entidad territorial cumple con el término exigido por la ley para obtener el beneficio de la pensión gracia?

En caso de que no se demuestre lo anterior se resolverá:

4. ¿Hay lugar a que el demandado reintegre las sumas de dinero que recibió por concepto de pensión gracia?

Lo probado en el proceso

- Según los considerandos de la Resolución nro. 000619 del 24 de enero de 2000, el señor Alberto Betancur Jaramillo nació el 16 de marzo de 1949 (fol. 69 vuelto C.1). Hecho que se ratifica con el documento que reposa a folio 108 del cartulario.
- Que la Resolución nro. 000619 del 24 de enero de 2000, mediante la cual se negó el reconocimiento de una pensión gracia, expuso en sus considerandos como razones para no otorgar el derecho la imposibilidad de computar el tiempo de servicios prestado por el docente en el Instituto Nacional de Salamina y el Colegio Pio XII, por tratarse de un educador adscrito a la Nación (fol. 70 vuelto C.1).
- Mediante fallo de tutela proferido el día 16 de junio de 2006 por el Juzgado Treinta y Uno Penal del Circuito de Bogotá se ampararon los derechos fundamentales de petición, debido proceso, seguridad social, igualdad, mínimo vital y vida digna de varios docentes, entre ellos, el demandado; y se ordenó a Cajanal emitir resoluciones mediante

las cuales reconociera pensiones gracia de acuerdo a lo consignado en los considerandos de la sentencia (fol. 92 a 96 C.1).

- A través de Resolución nro. 36307 del 28 de julio de 2006 se dio cumplimiento a un fallo de tutela; y, en consecuencia, se reconoció una pensión gracia al señor Alberto Betancur Jaramillo equivalente al 75% del salario promedio de los factores salariales percibidos en el año anterior a la fecha de adquisición del estatus, con efectos fiscales a partir del 16 de marzo de 1999 (fol. 99 a 101 C.1).

En este acto administrativo se tuvo como tiempo laborado el siguiente:

- Departamento de Caldas: 1968-03-01 al 1973-09-30
- Ministerio de Educación: 1973-10-01 al 1999-03-23
- Frente a los nombramientos del docente se probó lo siguiente:
 - Con Decreto 0100 del 17 de febrero de 1968, el Gobernador del Departamento de Caldas, en uso de sus facultades legales, nombró al señor Alberto Betancur Jaramillo como profesor en la Escuela Urbana del Municipio de Salamina - Caldas. Cargo del cual tomó posesión el 2 de marzo de 1968 (fol. 2 a 5 C.2).
 - Con Decreto 0355 del 23 de junio de 1971 expedido por el Gobernador del Departamento de Caldas, en uso de sus facultades legales, se nombró al señor Alberto Betancur Jaramillo como profesor interino en el Colegio Pio XII de Salamina en plaza nueva (fol. 7 y 8 C.2).
 - Mediante Resolución nro. 10377 del 4 de octubre de 1973, el Ministro de Educación Nacional nombró al señor Alberto Betancur Jaramillo en el cargo de profesor de enseñanza secundaria en el Colegio Cooperativo Pio XII de Salamina (fol. 9 y 10 C.2).
 - Mediante acta de posesión que data del 8 de enero de 1976, el señor Alberto Betancur Jaramillo tomó posesión del cargo de profesor de enseñanza secundaria en el Instituto Salamina – Caldas en virtud de un traslado efectuado mediante según Resolución 8753 del 20 de noviembre de 1975 (fol. 11 C.2).
 - Según certificado expedido por el rector del Instituto Salamina, el señor Betancur Jaramillo laboró en esa institución entre el 16 de julio de 1975 al 31 de agosto de 1991; se consignó además en este documento que el tiempo de servicios a partir de septiembre de

1991 debía ser certificado por el Fondo Educativo Departamental (fol. 104 vuelto C.1).

- Según certificado expedido por la coordinación de hojas de vida del Fondo Educativo Departamental, el señor Alberto Betancur Jaramillo laboró en el Instituto Nacional Salamina del 1° de septiembre de 1991 al 23 de marzo de 1999 con nombramiento nacional (fol. 104 C.1).
- Mediante Decreto 01120 del 27 de diciembre de 2004, y con fundamento en la Ley 715 de 2001, se realizó la incorporación de una planta de personal docente, directivo docente y administrativo financiado con recursos del Sistema General de Participaciones, entre los que se encontraba el señor Alberto Betancur Jaramillo (fol. 12 a 14 C.2). Tomó posesión del cargo de docente en el Instituto Nacional Salamina, sin solución de continuidad, el 14 de febrero de 2005 (fol.15 C.2).
- A través de Resolución nro. 0355-6 del 29 de enero de 2013 se aceptó, a partir del 1° de febrero de 2013, la renuncia del señor Alberto Betancur Jaramillo al cargo de docente plaza nacional en la Institución Educativa Sara Ospina Grisales del municipio de Salamina – Caldas (fol. 16 y 17 C.2).

Primer problema jurídico

¿Los docentes con vinculación nacional tienen derecho a que se les reconozca la pensión gracia?

Tesis: La Sala defenderá la tesis de que los docentes con vinculación nacional no tienen derecho al reconocimiento de la pensión gracia.

La pensión gracia tuvo su origen con la expedición de la Ley 114 de 1913 que dispuso reconocer a los maestros de escuelas primarias oficiales que hayan servido en el Magisterio por un término no inferior a 20 años el derecho a una pensión de jubilación vitalicia, siempre que el interesado comprobara que reunía todos los requisitos exigidos en el artículo 4° de la citada disposición.

Posteriormente, la Ley 116 de 1928 extendió el aludido beneficio a los empleados y profesores de las Escuelas Normales y a los Inspectores de Instrucción Pública, al tiempo que con el artículo 6° se autorizó a los docentes completar el tiempo requerido para acceder a la pensión sumando los servicios prestados en diversas épocas tanto en la enseñanza primaria como en la normalista, asimilando para tales efectos la inspección de instrucción pública a la enseñanza primaria.

La Ley 37 de 1933 en su precepto 3° hizo extensiva las pensiones de jubilación de los maestros de escuela a aquellos que hubieran completado el tiempo de servicios señalado por la ley en establecimientos de enseñanza secundaria.

Por su parte, la Ley 91 de 1989, artículo 15, numeral 2°, literal a), reiteró la vigencia del derecho a la pensión gracia solo para los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980, y siempre que reunieran la totalidad de los requisitos legales. En efecto, dice textualmente la citada norma:

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

El Consejo de Estado, a su turno, se ha pronunciado en múltiples ocasiones señalando lo improcedente de pretender el reconocimiento del derecho prestacional a que se viene haciendo referencia cuando el docente se vincula al ramo de la educación con posterioridad al 31 de diciembre de 1980:

(...) De otra parte, precisó la Sala de la Sección Segunda en sentencia proferida el 20 de septiembre de 2001, actor: Héctor Baena Zapata, Expediente No. 0095-01 con ponencia del Consejero Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado que "la expresión 'docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980' contemplada en la norma antes transcrita, no exige que en esa fecha el docente deba tener un vínculo laboral vigente, sino que con anterioridad haya estado vinculado, toda vez que lo que cuenta para efectos pensionales es el tiempo servido; por lo tanto, la pérdida de continuidad, no puede constituirse en una causal de pérdida del derecho pensional"...¹.

'...5. La norma pretranscrita [artículo 15 No. 2, literal a, de la ley 91 de 1989], sin duda, regula una situación transitoria, pues su propósito, como se ve, no es otro que el de colmar las expectativas de los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 e involucrados, por su labor, en el proceso de nacionalización de la educación primaria y secundaria oficiales.

¹ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda- Subsección "A". Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Sentencia del once (11) de octubre de dos mil siete (2007). Radicación número: 70001-23-31-000-2003-02122-01(0417-07).

6. De lo anterior se desprende que para los docentes nacionalizados que se hayan vinculado después de la fecha a que se acaba de hacer referencia, no existe posibilidad del reconocimiento de tal pensión, sino de la establecida en el literal b del mismo precepto, o sea la "pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año", que se otorgará por igual a docentes nacionales o nacionalizados (literal b, No. 2, artículo 15 ib.) hecho que indica que el propósito del legislador fue ponerle fin a la pensión gracia. También, que dentro del grupo de beneficiarios de la pensión gracia no quedan incluidos los docentes nacionales sino, exclusivamente, los nacionalizados que, como dice la ley 91 de 1989, además de estar vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 "tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia...siempre y cuando cumplan con la totalidad de requisitos". Y por último, que sin la ley 91 de 1989, en especial la norma contenida en el literal a, numeral 2, de su artículo 15, dichos servidores no podrían beneficiarse del reconocimiento de tal pensión, pues habiéndose nacionalizado la educación primaria y secundaria oficiales, dicha prestación, en realidad, no tendría el carácter de graciosa que inicialmente le asignó la ley"²..."³. (Subrayas fuera del texto)

Así las cosas, para tener derecho a la pensión gracia no se requiere que el docente se encuentre vinculado al servicio territorial exactamente el 31 de diciembre de 1980, sino que también tienen derecho a ella las docentes que en cualquier tiempo anterior al 31 de diciembre de 1980 hayan estado vinculados al servicio, y que cumplan con los demás requisitos señalados en la ley.

La Ley 91 de diciembre 29 de 1989, por la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio señaló en su artículo 1º lo siguiente:

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

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

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

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

² Exp. S-699, Actor: Wilberto Therán Mogollón. C.P. Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda.

³ Sección Segunda - Subsección "A". Consejera ponente: Ana Margarita Olaya Forero. Sentencia del once (11) de mayo de dos mil seis (2006). Radicación número: 76001-23-31-000-2001-04139-01(5962-05).

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

Conforme a la anterior disposición, se entiende como personal docente nacional los educadores nombrados por el Gobierno Nacional.

Sobre el reconocimiento de la pensión gracia a docentes nacionales, el Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección A en providencia del 7 de diciembre de 2017, dentro del proceso radicado 25000-23-42-000-2013-04073-01(0830-15) explicó:

Por eso aunque el artículo 15 ordinal 2.º literal a) de la Ley 91 de 1989 utilice solo la palabra «docentes», no puede olvidarse que se refiere a quienes «tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión gracia», y estos son solo los que hubiesen laborado en el orden territorial conforme a las normas que le dieron origen a esta prestación.

Al respecto ha sostenido esta Corporación que el numeral 3.º del artículo 4.º de la Ley 114 de 1913, es claro al prescribir que para gozar de la gracia de la pensión, es preciso que el interesado, entre otras cosas, compruebe que no ha recibido ni recibe otra pensión de carácter nacional. Criterio éste que ha sido reiterado en múltiples oportunidades y en el cual se ha señalado expresamente lo siguiente:

*«[...] La ley 91 de 1989, “Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”, al abordar el tema atinente a las pensiones quiso dejar a salvo, en relación con la pensión gracia, a los docentes del nivel territorial vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que emprendieron el proceso de nacionalización. Consideró el legislador que tales personas, por haber tenido durante largos años de modesta remuneración la expectativa de gozar de ese beneficio deberían tener, en justicia, derecho a él y, por ende, **decidió establecer una excepción consistente en que sólo para ellos podría ser compatible la pensión gracia con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de que esta se encontrare a cargo total o parcial de la Nación. No cabe duda de que el legislador quiso crear la situación excepcional comentada en favor de los docentes del nivel territorial pues la fecha límite de vinculación de docentes (31 de diciembre de 1980) a los cuales se les permitiría la compatibilidad de la pensión gracia con la pensión ordinaria de jubilación es la misma en la cual culminó el proceso de nacionalización de los docentes de educación primaria y secundaria, emprendido por la Ley 43 de 1975. El legislador entendió con meridiana claridad que sólo los docentes del nivel territorial podían ser beneficiarios de la pensión gracia, pues sólo en su favor, por haber emprendido el proceso de nacionalización, se estableció el régimen excepcional aludido. La probada vinculación de la actora a una entidad educativa del nivel nacional y la circunstancia de que la excepción del literal A del***

numeral 2, del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, sólo puede ser aplicada a los docentes nacionalizados, vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980, excluye la aplicación de dicha norma al caso objeto de examen. [...]».⁴ (Resalta y Subraya la Sala).

Por consiguiente, es con fundamento en la norma antes citada que la pensión gracia no puede reconocerse a favor de los docentes nacionales, como quiera que es indispensable que el docente no esté pensionado y que no reciba retribución alguna por parte de la Nación.

Según lo previsto por las normas referidas y la jurisprudencia trasuntada, para efectos del reconocimiento del derecho pensional reclamado se requiere: i) haber estado vinculado a la docencia antes del 31 de diciembre de 1980; ii) haber cumplido 50 años de edad; iii) haber laborado 20 años en establecimientos oficiales departamentales o municipales, en primaria o en secundaria o como normalista o inspector de instrucción pública con alguna posibilidad de adicionar tiempos en uno y otro cargo, siempre y cuando su nombramiento se hubiere efectuado por una entidad de orden territorial o que hubiere quedado comprendido el interesado en el proceso de nacionalización⁵; y iv) haber observado buena conducta.

Se concluye entonces en este problema jurídico, que los docentes que ostenten una vinculación nacional no tienen derecho a que este tiempo de servicios se compute para el reconocimiento de la pensión gracia.

Segundo y tercer problema jurídico

Estos problemas jurídicos se resolverán de manera conjunta pues se encuentra íntimamente ligados.

¿La vinculación como docente del señor Alberto Betancur Jaramillo es del orden nacional, nacionalizado o territorial?

¿Se demostró que el tiempo de servicios que hubiera prestado el actor en una entidad territorial cumple con el término exigido por la ley para obtener el beneficio de la pensión gracia?

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia del 21 de junio de 2001. C.P.: Jesús María Lemos Bustamante. Radicación: 25000-23-25-000-1997-3975-01(IJ-014). Actor: Alicia Guevara de Sabogal. Demandado: Caja Nacional De Previsión Social.

⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección 'A'. Consejero Ponente: Dr. Luis Rafael Vergara Quintero. Sentencia del 12 de mayo de 2014. Radicación número: 68001-23-31-000-2008-00727-01.

Tesis: La Sala defenderá la tesis de que el señor Betancur Jaramillo tuvo vinculación de carácter nacional en virtud de nombramiento realizado por el Ministro de Educación, tiempo de servicios que no puede computarse para efectos del reconocimiento de la pensión gracia. Y que el tiempo como docente territorial no es suficiente para acreditar los 20 años de servicios exigidos por las normas que regulan esta prestación periódica.

En el presente asunto la UGPP considera que al docente no le asistía derecho a obtener la pensión gracia por cuanto tuvo nombramiento de carácter nacional, lo que a su juicio significa que no acreditó el requisito relativo a los 20 años de servicios en el nivel territorial.

Lo primero que deberá resaltar la Sala es que frente a los dos primeros requisitos de la pensión gracia, estos son, edad y vinculación antes del 31 de diciembre de 1980 aunque no hay discusión por parte de la entidad demandante, la Sala verifica de acuerdo al material probatorio que los mismos se encuentran acreditados, pues el señor docente nació el 16 de marzo de 1949, por ende cumplió 50 años de edad el 16 de marzo de 1999, es decir, antes del reconocimiento de la prestación periódica (año 2006); y se encontraba vinculado a la docencia antes del 31 de diciembre de 1980, ya que fue nombrado por el señor Gobernador del departamento de Caldas en el año 1968.

Pese a ello, sobre los 20 años de servicios en establecimientos oficiales departamentales o municipales, en primaria o en secundaria o como normalista o inspectora de instrucción, siempre y cuando su nombramiento se hubiere efectuado por una entidad de orden territorial, deberá precisar la Sala, previo a adentrarse a estudiar el cumplimiento de este parámetro para acceder a la pensión, que la calidad de docente territorial no se adquiere por la prestación del servicio en entidades territoriales geográficamente hablando; sino además por demostrar que el nombramiento es del orden territorial.

Sobre el particular, el Consejo de Estado sostuvo⁶:

Aclara la Sala, que el carácter territorial o nacional de los nombramientos docentes, no lo determina la ubicación del plantel educativo en donde se presten los servicios, como parece creerlo el impugnante, sino el ente gubernativo que en efecto profiere dicho acto, lo que a su vez define la planta de personal a la que pertenecen y el presupuesto de donde proceden los pagos laborales respectivos.

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección 'A'. Consejero Ponente: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Sentencia del 11 de febrero de 2015. Radicación número: 05001-23-31-000-2006-02850-01(3051-13).

Significa lo anterior, que en el presente caso la demandante no reúne los requisitos establecidos legalmente para beneficiarse de la pensión gracia, pues como ya se dijo, los 20 años de servicio exigidos en las normas que gobiernan dicha prestación, deben ser prestados en su totalidad bajo vinculación territorial o como nacionalizados, en virtud de la Ley 43 de 1975, más no como docentes nacionales, en razón de la incompatibilidad que subsiste frente al pago simultáneo de la pensión gracia y la pensión ordinaria de jubilación a cargo de la Nación, lo que sin duda alguna motivó la negativa del a quo frente a las pretensiones elevadas, consecuencia que impone para la Sala la confirmación del fallo apelado. (Resalta la Sala).

Cuando se revisa el historial laboral del docente beneficiario de la pensión, se evidencia que tuvo un primer nombramiento en el año 1968 efectuado por el señor Gobernador del departamento de Caldas para laborar en la Seccional de la Escuela Urbana de Salamina; y que, de manera posterior, en el año 1971, fue nombrado nuevamente por este mismo mandatario en el Colegio Pio XII.

Según el tiempo de servicios plasmado en el acto administrativo de reconocimiento de la pensión gracia (fol. 100 C.1), este tiempo laborado para el departamento de Caldas en virtud de esos nombramientos se extendió del 1° de marzo de 1968 al 30 de septiembre de 1973. Tiempo sobre el cual la UGPP en la demanda no plantea ningún tipo de discusión, pues incluso los plasmó en el hecho 3.2 de la demanda, y que sería válido para el reconocimiento de la pensión gracia.

Encuentra además probado esta Sala que, en el año 1973, se expidió una resolución por parte del Ministro de Educación, en uso de sus facultades legales, mediante la cual se designó al señor Alberto Betancur Jaramillo como docente en el Colegio Cooperativo Pio XII de Salamina; acto administrativo que denota la vinculación como docente nacional. Y según certificado que reposa a folio 105 del expediente, esta vinculación se extendió del 30 de septiembre de 1973 al 16 de julio de 1975, resaltándose en esta constancia que era un docente adscrito a la Nación.

Debe advertirse, además, que de manera posterior el educador fue trasladado por medio de Resolución nro. 8753 del 20 de noviembre de 1975 al Instituto Salamina, y que en esa institución laboró, según certificados visibles a folio 104 anverso y reverso, del 16 de julio de 1975 al 23 de marzo de 1999, indicándose además en este documento que el nombramiento era nacional.

Infiere la Sala, aunque se certificó tiempo de servicios para ese momento hasta el año 1999, que el docente continuó laborando en esa institución educativa, pues al momento de ser incorporado a la planta de personal docente en el año 2004, y según la posesión que se realizó al actor en el año 2005 (fol. 25 C.2), esta se hizo sin solución de continuidad, y para ejercer labores docentes en el Instituto Nacional Salamina.

Finalmente, en el año 2013 se le acepta su renuncia a partir del 1° de febrero de ese año. Para ese momento laboraba en la Institución Educativa Sara Ospina Grisales de Salamina, y se adujo en el acto administrativo que aceptó la renuncia que la plaza que ocupaba era nacional.

De lo expuesto se puede deducir que la vinculación que realizó el Ministro de Educación en el año 1973 fue la que se mantuvo durante la vida laboral del educador Betancur Jaramillo, ya que su designación como docente en el Instituto Nacional Salamina fue en virtud de un traslado. E incluso, como se advirtió, al momento de aceptarse su renuncia, aunque laboraba en otra institucional educativa, se adujo que la plaza que ocupaba era nacional.

En tal sentido, se puede concluir que el tiempo que laboró como docente territorial no es suficiente para acreditar los 20 años de servicios que exigen las normas que regulan el reconocimiento de la pensión gracia.

Ahora, aunque la parte demandada en los alegatos de conclusión menciona el tema de la descentralización e incorporación docente realizada *acción y no la pensión gracia creada para los maestros territoriales*”. en virtud de la Ley 60 de 1993, debe tenerse en cuenta que frente a este proceso y lo relativo al reconocimiento de la pensión gracia, el Consejo de Estado en providencia del 16 de mayo de 2019⁷ indicó que *“los docentes nacionales incorporados sin solución de continuidad, mantienen el régimen prestacional que venían gozando, es decir, el contemplado para los docentes nacionales según la Ley 91 de 1989, este es, el previsto para los empleados públicos nacionales, razón por la que le podría corresponder una pensión ordinaria de jubil*

Ello, al explicar el Máximo Tribunal que:

1. De acuerdo con el recuento legislativo anterior, se tiene que:

⁷ Sección Segunda – Subsección B, providencia del 16 de mayo de 2019, radicado 66001-23-33-000-2016-00086-01(2163-18)

i) El proceso de nacionalización de la educación primaria y secundaria dispuesto por la Ley 43 de 1975, fue gradual, pues empezó el 1º de enero de 1976 y terminó el 31 de diciembre de 1980. Finalizado éste, el personal docente y administrativo incorporado o vinculado a las plantas de personal del servicio educativo estatal, adquirió el carácter de empleado público del orden nacional.

ii) La diferencia que hicieron las normas entre personal nacional y nacionalizado y que se mantuvo hasta el 29 de diciembre de 1989, fecha en que entró en vigencia la Ley 91 del mismo año, tenía como finalidades, de una parte, hacer distinción entre el régimen prestacional aplicable a cada uno de ellos y, de otra, poder determinar qué entidad (nacional o territorial) debía asumir el pago de la carga prestacional.

iii) La vinculación de docentes y administrativos por parte de los Departamentos, Distritos o Municipios debe hacerse con el lleno de los requisitos establecidos en el Estatuto Docente y la carrera administrativa; y con la incorporación ordenada con la Ley 60 de 1993, el régimen de remuneración y las escalas salariales de todos los docentes de los servicios educativos estatales, que en adelante tendrán carácter de servidores públicos de régimen especial de los órdenes departamental, distrital o municipal, se regirá por el Decreto Ley 2277 de 1979⁸ y demás normas que lo modifiquen y adicionen.

iv) El régimen prestacional aplicable al personal docente es el contemplado en la Ley 91 de 1989, antes y con posterioridad a la expedición de la Ley 60 de 1993; esta última mantuvo las previsiones contempladas en la Ley 91 de 1989 para todos los docentes que se incorporen sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones a las plantas departamentales y distritales; así: para los docentes nacionales y nacionalizados incorporados sin solución de continuidad, las prestaciones sociales se causen con posterioridad a la entrada en vigencia de la mencionada ley, serán de cargo de la Nación conforme a lo dispuesto en el artículo 2, numeral 5º, ibídem, correspondiéndoles una pensión ordinaria de jubilación, de acuerdo al régimen vigente para el sector público nacional, tal como fue previsto en el artículo 15, numeral 2º, literal b) de la Ley 91 de 1989; y para el personal docente de vinculación departamental, distrital y municipal se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.

v) A criterio de ésta sección, lo esencialmente relevante frente al reconocimiento de la pensión gracia, es la acreditación de la plaza a ocupar, esto es, que sea de carácter territorial o nacionalizada, al margen del origen de los recursos que financiaban el pago de los salarios y prestaciones de los educadores (situado fiscal o SGP).

⁸ Estatuto Nacional Docente.

Por lo anterior, tampoco habría lugar a computar algún tiempo de servicios luego de realizar la incorporación docente, la cual valga aclarar además en este caso no se dio en virtud de la Ley 60 de 1993 sino de la Ley 715 de 2001.

Es decir, que de los 20 años de servicios que se requieren para acceder a la pensión gracia, el accionado acreditó vinculación territorial por un tiempo inferior, el cual, como ya se indicó, no es suficiente para reconocer la prestación periódica.

En este orden de ideas, y al no haber prestado el señor Alberto Betancur Jaramillo sus servicios como docente plaza territorial o nacionalizada por 20 años, efectivamente se evidencia que se cometió una irregularidad en contra de la ley al reconocérsele la pensión gracia.

Sin necesidad de más elucubraciones, resulta claro para este Juez Plural de Decisión que se debe declarar la nulidad de la Resolución nro. 36307 del 28 de julio de 2006 a través de la cual se reconoció, en cumplimiento de un fallo de tutela, la pensión gracia al señor Betancur Jaramillo.

Cuarto problema jurídico

¿Hay lugar a que el docente reintegre las sumas de dinero que recibió por concepto de pensión gracia?

La Sala defenderá la tesis de que al tratarse de pagos recibidos de buena fe, no hay lugar a ordenar su reintegro.

El artículo 164 de la Ley 1437 de 2011 preceptúa.

La demanda deberá ser presentada:

1. En cualquier tiempo, cuando:

a) Se pretenda la nulidad en los términos del artículo 137 de este Código;

b) El objeto del litigio lo constituyan bienes estatales imprescriptibles e inenajenables;

c) Se dirija contra actos que reconozcan o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas. Sin embargo, no habrá

lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe.

De acuerdo a lo anterior, por disposición legal no hay lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe, ya que este se trata de un principio consagrado en el artículo 83 de la Constitución Política⁹ que debe ser protegido, y que solo puede ser inaplicable cuando se demuestre la mala fe con la que se actuó, lo cual no ocurrió en el *sub lite* pues no hay una sola prueba que dé cuenta de un actuar fraudulento del docente para obtener la pensión gracia.

Considera la Sala que el haber acudido a instaurar una acción de tutela en aras de buscar el reconocimiento de la prestación periódica no puede ser considerado como un actuar engañoso, pues todos los ciudadanos tienen derecho a reclamar las pretensiones que consideren ajustadas a la ley, siendo el juez el que en su sabiduría debe analizar su reconocimiento.

Aunado a lo anterior, tampoco puede desconocerse que la resolución que reconoció la pensión estuvo arropada desde su expedición por la presunción de legalidad y por el principio de buena fe tanto en la administración como en el beneficiario; por tanto, el acto administrativo debía ser cumplido, lo que generaba como consecuencia que el docente debiera percibir su pensión en la cuantía allí determinada.

Sobre este tópico de la devolución de dineros en procesos de lesividad, el Consejo de Estado ya se ha pronunciado sobre el deber de probar la mala fe; y a modo de ejemplo se referencia providencia de la Sección Segunda – Subsección B del 9 de agosto de 2018, radicación 25000-23-42-000-2015-01921-01(2534-17), que determinó lo siguiente:

Ahora bien, procede la Sala a estudiar los fundamentos del recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada, respecto a la devolución de las sumas de dinero pagadas en exceso, con ocasión del acto administrativo acusado y declarado nulo en la sentencia de primera instancia.

En lo que concierne a este aspecto, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en el literal c) del numeral 1 del artículo 164 prevé: “(...) no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe”.

⁹ “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”.

La Corte Constitucional en la sentencia C - 1049 de 2004, al declarar la exequibilidad del numeral 2 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo (norma que también disponía que la administración no podía recuperar las sumas pagadas a particulares de buena fe), consideró frente a la facultad que tiene el Estado de demandar en cualquier tiempo el acto administrativo que reconoce prestaciones periódicas que:

“En el presente caso, la disposición acusada le otorga a la administración, la facultad de demandar “en cualquier tiempo” los actos administrativos mediante los cuales se reconozcan prestaciones periódicas, precisando que “no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe”. Quiere ello decir, que la norma acusada, en cuanto le concede a la administración tal facultad, no vulnera los principios de buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica, tal y como han sido entendidos por la Corte en múltiples fallos, por cuanto el legislador no está partiendo de la mala fe de los administrados, ni tampoco está defraudando expectativas legítimas que a los mismos se les hubiesen creado. [...]”.

El literal c) del numeral 1° del artículo 164 del CPACA, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 83 de la Constitución Política, señala que: “las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”.

Entonces, la buena fe es uno de los principios generales del derecho y gobierna las relaciones entre la administración pública y los ciudadanos, tal y como así lo indicó la Corte Constitucional en la sentencia C-131 de 2004, quien agregó:

“En tal sentido, el mencionado principio es entendido, en términos amplios, como una exigencia de honestidad, confianza, rectitud, decoro y credibilidad que otorga la palabra dada, a la cual deben someterse las diversas actuaciones de las autoridades públicas y de los particulares entre sí y ante éstas, la cual se presume, y constituye un soporte esencial del sistema jurídico; de igual manera, cada una de las normas que componen el ordenamiento jurídico debe ser interpretada a luz del principio de la buena fe, de tal suerte que las disposiciones normativas que regulen el ejercicio de derechos y el cumplimiento de deberes legales, siempre deben ser entendidas en el sentido más congruente con el comportamiento leal, fiel y honesto que se deben los sujetos intervinientes en la misma. En pocas palabras, la buena fe incorpora el valor ético de la confianza y significa que el hombre cree y confía que una declaración de voluntad surtirá, en un caso concreto, sus efectos usuales, es decir, los mismos que ordinaria y normalmente ha producido en casos análogos. De igual manera, la buena fe orienta el ejercicio de las

facultades discrecionales de la administración pública y ayuda a colmar las lagunas del sistema jurídico”¹⁰.

[...]

Como corolario de lo expuesto, se precisa entonces, que en el derecho contencioso administrativo, si bien el Estado tiene la facultad de solicitar la nulidad de los actos administrativos que reconozcan prestaciones periódicas, el legislador impone un límite, consistente en que no puede recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe. Por consiguiente, es de competencia de la administración, probar que el beneficiario de la pensión, actuó de mala fe, al solicitar la reliquidación pensional cuestionada por nuevos tiempos.

Esta Subsección en sentencia del 23 de marzo de 2017, al analizar la buena fe, en un caso de similares condiciones fácticas al presente, explicó¹¹:

“De acuerdo con lo anterior, la norma en comento establece una garantía para los principios de buena fe y confianza legítima de los particulares, pues la devolución de las sumas pagadas por prestaciones periódicas se condiciona a verificar que hayan mediado conductas reprochables encaminadas a defraudar a la administración en orden a obtener tales reconocimientos, de modo que si ello no se logra demostrar, no habrá lugar a ordenar reintegro alguno.

El concepto de buena fe hace referencia al comportamiento leal y honesto que deben asumir los particulares y autoridades para mantener un orden justo y permitir el goce efectivo de los derechos y oportunidades de los asociados. Además, como se expresó previamente, por mandato Constitucional, se presume la buena fe de los particulares en sus relaciones con las autoridades del Estado, siendo deber de quien alegue la mala fe demostrar los hechos sobre los cuales se fundamenta”.

Ahora bien, en el caso bajo estudio, la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y de Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP-, estimó que la señora Lyda Cecilia Linares de Parra, actuó de mala fe, debido a que no acreditaban el cumplimiento de los requisitos legales para acceder a la reliquidación de la pensión gracia, por nuevos tiempos, y sin embargo, solicitó su reconocimiento.

Conforme con las pruebas enlistadas anteriormente, la Sala reitera que la buena fe se presume en la actuación de los particulares ante las autoridades, por tanto, debe desvirtuarse por quien así la alega. Es así que es de competencia de quien la invoca, en este caso, le compete a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, acreditar para el momento en que se

¹⁰ M.P. Clara Inés Vargas

¹¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, sentencia del 23 de marzo de 2017, proceso con radicado 19001-23-31-000-2012-00251-01 (2036-2015)

solicitó la reliquidación de la pensión gracia reconocida a la señora Lyda Cecilia Linares de Parra, que no obró con lealtad, rectitud y honestidad, sino que por el contrario, acudió a maniobras engañosas o documentos falsos, para inducir en error a la administración y a las autoridades judiciales, con el fin de obtener la reliquidación de su prestación social.

Sin embargo, no basta la sola afirmación efectuada por la parte demandante en el curso del proceso, referida a la ilegalidad de la reliquidación prestacional realizada en la reliquidación de la pensión gracia de la señora Linares de Parra, para que sea procedente el reintegro de los dineros cancelados ilegalmente; se hace necesario, que obren las pruebas que permitan establecer que la conducta, se apartó del postulado constitucional de la buena fe, supuesto que no fue probado en el curso del proceso y que hace imposible acceder a la pretensión del reintegro ante la anulación del acto administrativo demandado realizado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

En este sentido, se estima que pese a la Caja Nacional de Previsión Social, CAJANAL, mediante Auto 100797 del 27 de enero de 2003 (f. 57), le negó a la demandada, la reliquidación de una pensión gracia, y este acto administrativo era objeto de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la conducta de la señora Linares de Parra de interponer una acción de tutela para obtener la reliquidación pensional, per se, no denota un actuar fraudulento, ni evidencia la intención de engañar a la administración de justicia. Lo anterior, como quiera que su decisión no se fundó en documentos falsos o maniobras engañosas, que permitan inferir un actuar doloso dirigido a defraudar a la administración.

Así, esta Subsección ha considerado, en sentencia del 23 de marzo de 2017, que acudir a la acción de tutela para “obtener la reliquidación de la pensión gracia con todos los factores salariales, no puede hacer presumir un actuar ilegal, fraudulento o engañoso, pues en el ordenamiento jurídico existen diversas acciones para reclamar los derechos sin que el uso de ellas denote mala fe, es más, corresponde a la autoridad que conozca de cada una de ellas determinar si la vía judicial escogida es la adecuada para elevar determinada pretensión”¹². ”¹³.

Aunado a lo anterior, tampoco se puede entender que actúa de mala fe a quien la administración ya le ha negado un derecho y demanda judicialmente para obtener su reconocimiento, aunque para aquélla sea claro que el peticionario no tiene el

¹² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”. Consejero ponente: William Hernández Gómez. Sentencia de 5 de mayo de 2016. Radicación 05001-23-33-000-2013-00065-01(0525-14). Actor: Clara Inés Hurtado Trujillo. Demandado: Caja Nacional de Previsión Social Eice, en Liquidación. En esta providencia se indicó, en un caso similar al presente, que el ejercicio de la acción de tutela para reclamar temas relacionados con la pensión gracia no puede ser tomado por el juez como prueba de mala fe para efectos de ordenar la devolución de las mesadas percibidas en vigencia de un acto administrativo que luego es declarado nulo.

¹³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, sentencia del 23 de marzo de 2017, proceso con radicado 19001-23-31-000-2012-00251-01 (2036-2015)

derecho, puesto que se vulneraría el derecho de acceso a la administración de justicia, consagrado en el artículo 229 de la Constitución Política. Igualmente, se resalta que la naturaleza de la función judicial en el caso sub examine es garantizar los derechos fundamentales de los asociados, de cara a la actuación de la autoridad pública, la cual en sub lite no acreditó la mala fe de la demandada.

Esta Sala comparte los razonamientos expuestos por el Consejo de Estado en la anterior providencia, y los aplica al presente proceso, para así determinar la no procedencia de la devolución de los dineros percibidos por el interesado originados en la expedición de la Resolución nro. 36307 del 28 de julio de 2006.

Costas

Frente a este tema deberá resaltarse que el docente obtuvo su pensión gracia por disposición de una sentencia de tutela cuando consideró tener derecho, el que también tuvo el juez constitucional a la sazón. En este sentido, el reconocimiento se dio por razón de un acto del Estado.

En virtud de lo anterior, y en aplicación a la facultad que tiene el juez de disponer la condena en costas de acuerdo a lo establecido en el artículo 188 del CPACA, en el presente asunto no se condenará en costas, toda vez que el acto administrativo de reconocimiento pensional aquí demandado gozaba de presunción de legalidad, por lo tanto la administración como el beneficiario actuaron amparados en el principio de buena fe, situación que en el caso particular hace considerar que no hay lugar a condenar por dicho rubro.

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

FALLA

PRIMERO: DECLARAR la nulidad de la Resolución nro. 36307 del 28 de julio de 2006, a través de la cual se reconoció la pensión gracia al señor **ALBERTO BETANCUR JARAMILLO**, acto administrativo demandado por **LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP**.

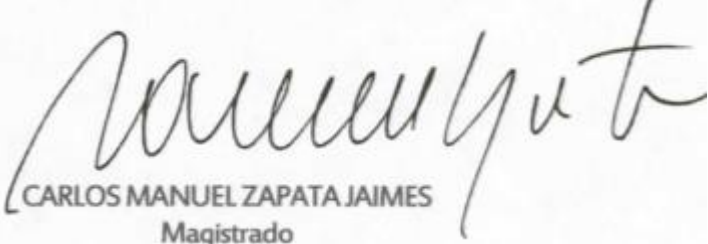
SEGUNDO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

TERCERO: SIN COSTAS por lo expuesto en la parte motiva.

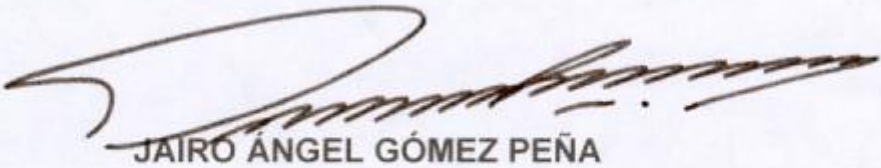
CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, **LIQUÍDENSE** los gastos del proceso, **DEVUÉLVANSE** los remanentes si los hubiere, y **ARCHÍVESE** el proceso, previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Sentencia proferida en Sala de Decisión Virtual realizada el 28 de enero de 2021 conforme Acta n° 004 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
Magistrado



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte
demandante por Estado Electrónico No. 016 del 02 de febrero de 2021.
Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.
Manizales, _____



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.I.: 14

Asunto:	Resuelve excepciones
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-23-33-000-2019-00081-00
Demandante:	Rafael Cardona Posada
Demandado:	Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n° 003 del 29 de enero de 2021

Manizales, veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO

De conformidad con lo dispuesto por el inciso final del artículo 12 del Decreto Legislativo 806 de 2020, *“Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”*, en concordancia con los artículos 100, 101 y 102 del Código General del Proceso – CGP¹ por remisión expresa de la norma antes mencionada, procede esta Sala Quinta de Decisión² a resolver las excepciones propuestas dentro del proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

Demanda

El 26 de febrero de 2019 fue interpuesto el medio de control de la referencia (fls. 2 a 9), con el fin de obtener la declaratoria de nulidad del Auto n° ADP 000304 del 16 de enero de 2019, con el cual la Unidad Administrativa Especial

¹ En adelante, CGP.

² Teniendo en cuenta que se trata de un asunto de primera instancia conforme al numeral 2 del artículo 152 del CPACA, ya que la cuantía estimada excede los 50 salarios mínimos.

de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP³ negó la solicitud de restitución de la pensión gracia que devengaba el señor Rafael Cardona Posada.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, la parte actora solicitó la restitución de su pensión gracia a partir del mes de agosto de 2017, esto es, de la fecha en la cual fue excluida de nómina.

En el fundamento fáctico de la demanda, la parte accionante indicó que en proceso promovido por la UGPP, este Tribunal Administrativo de Caldas declaró la nulidad de las resoluciones con las cuales la entidad había reconocido y reliquidado pensión gracia a favor del señor Rafael Cardona Posada, aduciendo que éste había sido nombrado por el Ministerio de Educación Nacional y, por tanto, no le asistía derecho a dicha prestación.

Explicó que con Resolución n° RDP 029836 del 25 de julio de 2017, la UGPP dio cumplimiento a la sentencia del 22 de junio de 2017 y, en tal sentido, excluyó al accionante de la nómina de pensionados.

Sostuvo que con ocasión de una petición elevada ante el Ministerio de Educación Nacional tendiente a que éste revocara la resolución de nombramiento, la citada entidad expidió Oficio n° 2018-ER-122347 del 20 de junio de 2018, en el que manifestó que en razón del proceso de descentralización de la educación, los entes territoriales incorporaron a los docentes y personal administrativo a sus plantas de personal sin solución de continuidad, dejando de tener vinculación directa con la cartera ministerial.

Así pues, aduciendo la existencia de una nueva prueba que en su criterio le permite acceder otra vez a su pensión gracia, la parte demandante solicitó ante la UGPP la restitución de dicha prestación; petición que fue atendida desfavorablemente mediante Auto n° ADP 000304 del 16 de enero de 2019, en el cual le fue manifestado que la entidad debía acatar estrictamente la orden judicial ya dada.

El conocimiento del asunto correspondió por reparto al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia, quien admitió la demanda por auto del 22 de julio de 2019 (fls. 44 y 45, C.1).

Proposición de excepciones

³ En adelante, UGPP.

Surtido el trámite procesal correspondiente, la parte accionada contestó la demanda de manera oportuna, según se evidencia en la constancia secretarial obrante a folio 107 del cuaderno principal.

Con la contestación de la demanda, la parte accionada propuso excepciones (fls. 87 a 97, C.1); de las cuales se corrió el traslado correspondiente (fls. 102 y 103, ibídem), y frente a las que la parte actora se pronunció (fls. 104 a 106, C.1).

El 22 de enero de 2020, el proceso ingresó a Despacho para convocar a audiencia inicial (fl. 107, C.1).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

El artículo 12 del Decreto Legislativo 806 de 2020, a través del cual se adoptaron medidas para agilizar los procesos judiciales, previó lo siguiente en relación con la decisión de excepciones en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo:

Artículo 12. Resolución de excepciones en la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. De las excepciones presentadas se correrá traslado por el término de tres (3) días en la forma regulada en el artículo 110 del Código General del Proceso, o el que lo sustituya. En este término, la parte demandante podrá pronunciarse sobre ellas y, si fuere el caso, subsanar los defectos anotados en las excepciones previas.

Las excepciones previas se formularán y decidirán según lo regulado en los artículos 100, 101 Y 102 del Código General del Proceso. Cuando se requiera la práctica de pruebas a que se refiere el inciso segundo del artículo 101 del citado código, el juzgador las decretará en el auto que cita a la audiencia inicial, y en el curso de esta las practicará. Allí mismo, resolverá las excepciones previas que requirieron pruebas y estén pendientes de decisión.

Las excepciones de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva, se tramitarán y decidirán en los términos señalados anteriormente.

La providencia que resuelva las excepciones mencionadas deberá ser adoptada en primera instancia por el juez, subsección, sección o sala de conocimiento. Contra esta decisión procederá el recurso apelación, el cual será resuelto por la subsección, sección o sala del tribunal o Consejo de Estado. Cuando esta decisión se profiera en única instancia por los tribunales y Consejo de Estado se decidirá por el magistrado ponente y será suplicable.

Según se indicó en el acápite de antecedentes, en el presente asunto la parte demandada formuló las siguientes excepciones a la demanda (fls. 87 a 97, C.1):

1. ***“COSA JUZGADA”***, por cuanto existe fallo de este Tribunal Administrativo de Caldas, proferido el 22 de junio de 2017 dentro del proceso radicado con el número 2015-00169, a través del cual declaró la nulidad de los actos con los cuales se reconoció y reliquidó pensión gracia a favor del señor Rafael Cardona Posada, por advertir que éste había prestado sus servicios como docente nacional.

Indicó que con Resolución nº RDP 029836 del 25 de julio de 2017, la UGPP dio cumplimiento a dicha providencia y excluyó al señor Rafael Cardona Posada de la nómina de pensionados.

Precisó que la entidad está obligada a dar estricto cumplimiento a las sentencias, en virtud de lo dispuesto por los artículos 174 y 175 del Código Contencioso Administrativo, 454 del Código Penal y 34 y 35 de la Ley 734 de 2002.

Adujo que se configura el fenómeno jurídico de cosa juzgada que prevé el artículo 322 del Código de Procedimiento Civil, y con base en el cual se otorga a las decisiones judiciales un carácter inmutable, vinculante y definitivo.

2. ***“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO”***, en tanto el demandante no tiene derecho a la pensión gracia que solicita, pues no cumple los requisitos legales para acceder a tal prestación como lo sostuvo en su momento este Tribunal Administrativo, ya que fue docente nombrado por el Ministerio de Educación Nacional, tal como consta en certificado expedido por la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas.
3. ***“BUENA FE”***, en la medida en que la entidad no ha actuado de manera arbitraria, amañada o vulnerando la normatividad aplicable.
4. ***“PRESCRIPCIÓN”***, sin que implique aceptación de pretensiones y de conformidad con los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.
5. ***“GENÉRICA”***, en relación con todo hecho que constituya una excepción frente a las pretensiones de la demanda.

Considera el Despacho que salvo el primer medio exceptivo relacionado con la cosa juzgada que será resuelto a continuación, los demás corresponden en estricto sentido a excepciones de mérito que habrán de ser decididas al

resolver el fondo de la controversia, pues no sólo guardan relación directa con la cuestión litigiosa, sino que además no aparecen enlistados en el numeral 6 del artículo 180 del CPACA ni en el artículo 100 del CGP.

Se precisa que en el evento de encontrar acreditada la excepción de cosa juzgada, esta Sala se abstendrá, como es obvio, de diferir al momento de proferir sentencia, el análisis de los restantes medios exceptivos.

La cosa juzgada ha sido entendida como el “(...) atributo en virtud del cual las sentencias que definen de fondo una controversia⁴, una vez ejecutoriadas, adquieren el carácter de inmutables y definitivas, por manera que los asuntos definidos por su intermedio no son susceptibles de ser ventilados en un nuevo proceso⁵”⁶.

En el presente asunto, tal como lo relata la misma parte actora en su demanda y se corrobora en la documentación allegada con el libelo, se encuentra probado que en oportunidad anterior y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en su modalidad de lesividad, la UGPP demandó la nulidad de los actos administrativos con los cuales fue reconocida y reliquidada pensión gracia a favor del señor Rafael Cardona Posada, por considerar que dado su nombramiento como docente nacional, no le asistía derecho a percibir dicha prestación.

Igualmente está demostrado que la UGPP expidió Resolución nº RDP 029836 del 25 de julio de 2017 (fls. 11 a 13, C.1), con la cual dio cumplimiento a sentencia del 22 de junio de 2017 de este Tribunal Administrativo de Caldas, que accedió parcialmente a las súplicas de dicha demanda y declaró la nulidad de los actos administrativos antes referidos, al advertir que el señor Rafael Cardona Posada no cumplía un supuesto necesario para acceder a la pensión gracia.

⁴ Cita de cita: La cosa juzgada también se predica autos como aquellos a través de los cuales se acepta el desistimiento de la demanda o se aprueban los acuerdos conciliatorios (artículo 314 Código General del Proceso).

⁵ Cita de cita: Al respecto, el artículo 303 del Código General del Proceso señala “[l]a sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada, siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior, y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes (...)”.

Por su parte, el artículo 189 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dispone “[l]a sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo en un proceso tendrá fuerza de cosa juzgada erga omnes. La que niegue la nulidad pedida producirá cosa juzgada erga omnes pero solo en relación con la causa petendi juzgada (...). La sentencia proferida en procesos de restablecimiento del derecho aprovechará a quién hubiere intervenido en ellos y obtenido esta declaración a su favor. Las sentencias ejecutoriadas serán obligatorias y quedan sometidas a la formalidad del registro de acuerdo con la ley”.

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Consejera Ponente: Dra. Marta Nubia Velásquez Rico. Auto del 5 de julio de 2018. Radicación número: 68001-23-33-002-2015-01449-01(59293).

Consultado el radicado del proceso referido (2015-00169) en el programa informático *Justicia Siglo XXI*, se constata que efectivamente se profirió fallo en primera instancia en junio de 2017 y que la última actuación registrada es la de archivo definitivo.

Al confrontar lo decidido en la providencia mencionada y lo pretendido en la demanda de la referencia, considera esta Sala que existe identidad de causa, objeto y partes, toda vez que las pretensiones planteadas en uno y en otro proceso se soportan en el mismo hecho –la calidad del nombramiento del señor Rafael Cardona Posada como docente– y tienen la misma finalidad –establecer si existe derecho al reconocimiento de la pensión gracia–.

Es claro que este Tribunal Administrativo de Caldas ya se pronunció en relación con la procedencia de que el señor Rafael Cardona Posada acceda a una pensión gracia, analizando justamente la circunstancia de que fue nombrado como docente nacional. Bajo ese entendimiento, al estar amparada dicha sentencia por los efectos de la cosa juzgada, impone estarse a lo allí resuelto y, de manera consecuente, impide emitir un nuevo pronunciamiento sobre el mismo tema.

Sobre el carácter de inmutables y definitivas de las providencias judiciales así como de la imposibilidad de reabrir el mismo debate, el Consejo de Estado⁷ ha sostenido que:

Al respecto, esta Corporación ha precisado lo siguiente:

“Esta institución procesal ha sido establecida por la ley como una de las expresiones de la seguridad jurídica, entre otras tantas en las cuales se manifiesta este valor social. En particular, se presenta en materia jurisdiccional y su propósito es lograr la intangibilidad y la inimpugnabilidad de las decisiones de esta naturaleza, como un mecanismo que brinda seguridad y credibilidad en las decisiones que se adoptan, o como dice Eduardo J. Couture ‘... es la autoridad y eficacia de una sentencia judicial cuando no existen contra ella medios de impugnación que permitan modificarla’⁸.

(...)

“La autoridad con que actúa el juez se halla también en la base de esta institución, porque su pronunciamiento no constituye una simple opinión o concepto, y por tanto no es un punto de derecho sujeto a disposición de la

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Auto del 27 de abril de 2016. Radicación número: 68001-23-33-000-2015-00723-01(55448).

⁸ Cita de cita: Fundamentos de Derecho Procesal Civil. Ed. Depalma, Buenos Aires, tercera edición, 1958, pág. 401.

*parte vencida en juicio; por el contrario, el poder ejercido por el juez, en nombre de la Constitución y de la Ley, es el que encarna el ejercicio de su autoridad jurisdiccional en nombre del Estado*⁹.

“Las anteriores consideraciones conducen a predicar el carácter de irrevisable que tiene, en principio¹⁰, la decisión judicial, porque lo propio de ella es que el tema no pueda volverse a someter a otro debate en el futuro¹¹, por lo que el funcionario judicial que se percate de su existencia debe abstenerse de iniciar una nueva discusión sobre los puntos decididos en un juicio anterior, pues una conducta diferente atentaría contra la certeza jurídica que busca garantizar.

“Desde luego que ese deber de abstención que tiene el funcionario judicial es de doble vía, pues también los ciudadanos -y aún más los abogados que los representan en juicio- han de abstenerse de iniciar un proceso donde se controviertan los mismos hechos y los mismos derechos que han sido definidos en otro proceso judicial, pues esto, a la vez que atenta contra la cosa juzgada, incide desfavorablemente en la eficiencia de la administración de justicia, al dedicársele tiempo valioso a un proceso que ya ha sido decidido con antelación”¹² (se resalta y subraya). (Líneas y negrilla son del texto).

Debe señalarse que aun cuando se trata de actos administrativos diferentes, lo cierto es que, como se dijo, ambos procesos versan sobre el mismo objeto, cual es, el derecho al reconocimiento de la pensión gracia del demandante, tienen idéntica causa, habida cuenta la discusión por el nombramiento como docente nacional, y a ellos concurren las mismas partes. La circunstancia que no coincidan los actos a demandar no impide en este caso que se configure el fenómeno procesal de la cosa juzgada, pues darle prevalencia a tal hecho supondría la reapertura de un debate que fue decidido en sentencia que se encuentra debidamente ejecutoriada.

⁹ Cita de cita: Eduardo J Couture comparte este criterio, pero agrega a este respecto que “Una de las tantas paradojas de la cosa juzgada consiste en que, siendo más vigorosa que cualquier norma del orden jurídico, es al mismo tiempo tan frágil que puede modificarla un simple acuerdo de los particulares, en cuanto a los derechos y obligaciones en ella contenidas” (Ob. Cit. Pág. 402).

Sin embargo, nótese que se refiere a un acuerdo de voluntades y no al desconocimiento unilateral de lo decidido.

¹⁰ Cita de cita: Se dice en principio, porque existen mecanismos judiciales extraordinarios que afectan la cosa juzgada, que no es del caso analizar en esta ocasión.

¹¹ Cita de cita: Hay que aclarar que, desde luego, algunas decisiones judiciales no alcanzan a ser definitivas, porque son susceptibles de revisión posterior mediante otra sentencia, como ocurre con la asignación de alimentos para los menores; pero, no es del caso extenderse sobre estas excepciones en esta providencia.

¹² Cita de cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez, sentencia del 10 de noviembre de 2005, expediente 14109.

Adicionalmente y aun cuando en principio podría sostenerse que la parte interesada puede solicitar las veces que estime conveniente el reconocimiento de su pensión gracia, nótese que en este caso se encuentra de por medio una decisión judicial ejecutoriada sobre la materia, y que la supuesta nueva prueba que aporta la parte actora no consiste en nuevos tiempos de servicio sino en una consideración del Ministerio de Educación Nacional que, en todo caso, ya fue analizada por esta Jurisdicción.

De acuerdo con lo anterior, esta Sala de Decisión estima que se encuentra probada la excepción de cosa juzgada y, en consecuencia, debe darse por terminado el presente proceso.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS,

RESUELVE

Primero. DECLÁRASE probada la excepción de “*COSA JUZGADA*” propuesta por la parte accionada dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor Rafael Cardona Posada contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP.

En consecuencia,

Segundo. DÉSE por terminado el presente proceso.

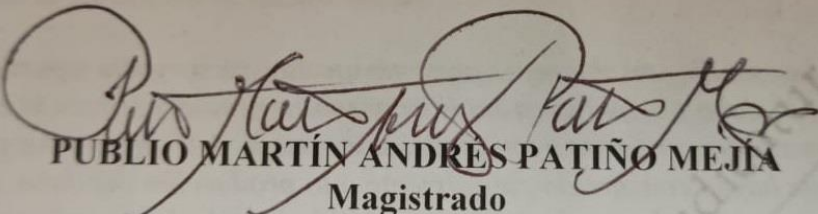
Tercero. NOTIFÍQUESE el presente auto por estado electrónico, según lo dispone el artículo 201 del CPACA, en concordancia con el artículo 9 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

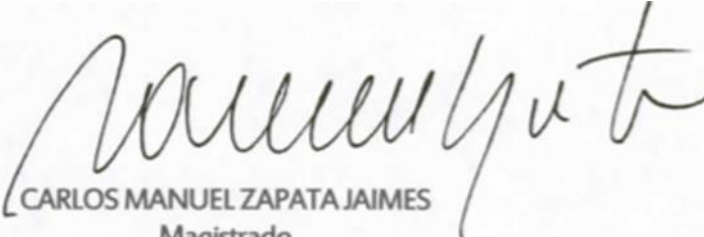
Cuarto. Por la Secretaría de la Corporación, DEVUÉLVANSE los anexos al interesado, LIQUÍDENSE los gastos del proceso, ENTRÉGUENSE los remanentes si los hubiere y ARCHÍVENSE las diligencias, previas las anotaciones pertinentes en el programa informático “*Justicia Siglo XXI*”.

Notifíquese y cúmplase



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado


PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado


CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

No. 16
FECHA: 2 de febrero de 2021



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.I.: 016

Asunto:	Resuelve excepciones
Medio de control:	Controversias Contractuales
Radicación:	17001-23-33-000-2019-00089-00
Demandante:	Unión Temporal Tenorio García y Cía. Ltda.
Demandado:	Municipio de Anserma

Manizales, primero (1º) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO

De conformidad con lo dispuesto por el inciso final del artículo 12 del Decreto Legislativo 806 de 2020, *“Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”*, en concordancia con los artículos 100, 101 y 102 del Código General del Proceso (CGP¹) por remisión expresa de la norma antes mencionada, procede este Despacho a resolver las excepciones propuestas dentro del proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

El 1º de marzo de 2019 fue interpuesto el medio de control de la referencia (fls. 2 a 36, C.1), con el fin de obtener lo siguiente:

1. Que se ordene la terminación y liquidación del contrato de concesión del servicio de alumbrado público suscrito el 2 de septiembre de 1998 entre la Unión Temporal Tenorio García y Cía. Ltda. y el Municipio de Anserma.
2. Que se ordene el restablecimiento del equilibrio financiero del contrato de concesión referido.
3. Que como consecuencia de lo anterior, se ordene a favor de la parte demandante el pago de \$1.421'552.370,63, correspondiente al déficit total

¹ En adelante, CGP.

asumido por el concesionario conforme a las tablas de flujo de caja aportadas con la demanda.

El conocimiento del asunto correspondió por reparto a este Despacho, el cual admitió la demanda por auto del 9 de marzo de 2017 (fls. 1.275 a 1.277, C.1B).

Surtido el trámite procesal correspondiente, la parte accionada contestó la demanda de manera oportuna, según se evidencia en la constancia secretarial obrante a folio 626 del cuaderno 1B.

Con la contestación de la demanda, el Municipio de Anserma propuso excepciones (fls. 477 a 484, C.1B), de las cuales se corrió el traslado correspondiente (fls. 618 y 619, ibídem), y frente a las que la parte actora se pronunció (fls. 620 y 621, C.1B).

El 22 de enero de 2020, el proceso ingresó a Despacho para convocar a audiencia inicial (fl. 626, C.1B).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

El artículo 12 del Decreto Legislativo 806 de 2020, a través del cual se adoptaron medidas para agilizar los procesos judiciales, previó lo siguiente en relación con la decisión de excepciones en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo:

Artículo 12. Resolución de excepciones en la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. *De las excepciones presentadas se correrá traslado por el término de tres (3) días en la forma regulada en el artículo 110 del Código General del Proceso, o el que lo sustituya. En este término, la parte demandante podrá pronunciarse sobre ellas y, si fuere el caso, subsanar los defectos anotados en las excepciones previas.*

Las excepciones previas se formularán y decidirán según lo regulado en los artículos 100, 101 Y 102 del Código General del Proceso. Cuando se requiera la práctica de pruebas a que se refiere el inciso segundo del artículo 101 del citado código, el juzgador las decretará en el auto que cita a la audiencia inicial, y en el curso de esta las practicará. Allí mismo, resolverá las excepciones previas que requirieron pruebas y estén pendientes de decisión.

Las excepciones de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva, se tramitarán y decidirán en los términos señalados anteriormente.

La providencia que resuelva las excepciones mencionadas deberá ser adoptada en primera instancia por el juez, subsección, sección o sala de conocimiento. Contra

esta decisión procederá el recurso apelación, el cual será resuelto por la subsección, sección o sala del tribunal o Consejo de Estado. Cuando esta decisión se profiera en única instancia por los tribunales y Consejo de Estado se decidirá por el magistrado ponente y será suplicable.

Según se indicó en el acápite de antecedentes, en el presente asunto la parte accionada formuló excepciones a la demanda (fls. 477 a 484, C.1B), así:

1. ***“CLAUSULA (sic) COMPROMISORIA”***, con fundamento en que las partes pactaron en el contrato de concesión objeto de demanda, que las diferencias suscitadas en relación con la ejecución del contrato que no pudieran ser solucionadas por las partes, debían ser sometidas a tribunal de arbitramento. En ese sentido, estimó que esta Jurisdicción no es la competente para decidir la controversia.
2. ***“INEXISTENCIA DEL DESEQUILIBRIO FINANCIERO”***, como quiera que las partes suscribieron otro sí nº 03 del 5 de agosto de 2016, para efectos de normalizar la ecuación contractual.
3. ***“INEXISTENCIA DE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO”***, dado que la etapa de liquidación del contrato de concesión, que inició a partir del 3 de marzo de 2019 y todavía no ha finalizado, es el momento en el cual las partes exponen sus diferencias para dar paso a la liquidación bilateral, unilateral o judicial. En ese sentido, estimó desacertado acudir a esta Jurisdicción sin haberse agotado la liquidación contractual.
4. ***“INEXISTENCIA DE PACTO DE INTERESES MORATORIOS”***, en la medida en que la liquidación de tales intereses no fue pactada en el contrato ni en documento anexo y, por tanto, en el evento de producirse un fallo adverso a la entidad, debe aplicarse el inciso final del numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993.
5. ***“FALTA DE AGOTAMIENTO DE LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD”***, por cuanto la pretensión primera de la demanda no fue objeto de conciliación extrajudicial.
6. ***“FALTA DE ESTRUCTURACIÓN DEL DAÑO”***, ya que no se observa prueba alguna que acredite fehacientemente la causación de un daño al patrimonio de la parte actora en el monto estimado en la demanda.
7. ***“RESPONSABILIDAD DEL CONCESIONARIO POR FALTA DE MODERNIZACIÓN DEL SISTEMA DE ALUMBRADO PÚBLICO QUE***

GENERÓ DETRIMENTO ECONÓMICO AL MUNICIPIO POR MÁXIMO CONSUMO DE ENERGÍA ELÉCTRICA", y que basó en el hecho que el contratista nunca modernizó el sistema de alumbrado público, como lo consignó en su propuesta, lo que impidió una prestación eficiente del servicio, así como la obtención de utilidades por encima de lo calculado en el ahorro de energía.

8. ***"INCUMPLIMIENTO DE LA INSTALACIÓN DE LUMINARIAS POR CONCEPTO DE CRECIMIENTO VEGETATIVO ANUAL QUE SE OFERTÓ EN EL 2.5% ANUAL"***, que deberá ser tenido en cuenta al momento de liquidar el contrato.

Considera el suscrito Magistrado que salvo el medio exceptivo relacionado con la cláusula compromisoria, que será resuelto a continuación, los demás corresponden en estricto sentido a excepciones de mérito que habrán de ser decididas al resolver el fondo de la controversia, pues no sólo guardan relación directa con la cuestión litigiosa, sino que además no aparecen enlistados en el numeral 6 del artículo 180 del CPACA ni en el artículo 100 del CGP.

De conformidad con lo previsto por el artículo 116 de la Constitución Política, en armonía con la Ley 1563 de 2012 (Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional), las partes de una controversia pueden, en ejercicio de su autonomía, someter la resolución de un conflicto sobre materias transigibles a unos árbitros que han sido investidos transitoriamente de la facultad de administrar justicia y cuya decisión es definitiva.

El arbitraje puede ser en derecho, en equidad o técnico. Acudiendo a las definiciones que sobre cada tipo de arbitraje traía la Ley 446 de 1998, se tiene que el arbitraje en derecho es aquel en el cual los árbitros fundamentan su decisión en el derecho positivo vigente; el arbitraje en equidad es aquel en que los árbitros deciden según el sentido común y la equidad; y el arbitraje técnico es una modalidad en la cual los árbitros definen o resuelven un determinado conflicto con base en sus específicos conocimientos en una determinada ciencia, arte u oficio.

Este último tipo de arbitramento difiere sustancialmente del arbitraje en derecho, por cuanto éste *"(...) busca dirimir divergencias de índole jurídica derivadas de la estipulación y ejecución de un contrato, su incumplimiento, o la definición de responsabilidad derivada, en cambio el arbitraje técnico tiende a dirimir cuestiones objetivas y de hecho referentes al cumplimiento y ejecución física de la obra,*

esto es, lo atinente a las operaciones necesarias para la realización de las obligaciones resultantes de lo estipulado contractualmente”².

Revisado el contrato de concesión del que versa este proceso, se advierte que en la cláusula decimosexta del mismo se pactó lo siguiente: *“El Arbitramento Técnico. En caso de presentarse diferentes (sic) de carácter técnico en relación con la ejecución del contrato y no fuere posible llegar a un acuerdo entre las partes, este se someterá al arbitramento técnico, cuya conformación se sujetará a las normas del Código de Comercio”* (fls. 64 y 65, C.1).

Del texto citado se observa que el arbitraje pactado no fue en derecho sino técnico con ocasión de las diferencias que pudieran surgir en relación con la ejecución del contrato.

Lo anterior significa que no cualquier diferencia entre las partes podía ser sometida a un tribunal de arbitramento, sino sólo aquellas que revistieran la connotación de *técnicas*, que no jurídicas. Es claro que tampoco puede acudir a dicho mecanismo alternativo en todas las etapas del contrato, sino sólo en la ejecución del mismo.

De conformidad con las pretensiones de la demanda y las pruebas allegadas con la misma, para el Despacho es claro que la controversia que aquí se examina gira en torno a importantes puntos de derecho que no pueden ser enmarcados en la órbita de lo técnico, y cuya resolución corresponde a esta Jurisdicción.

Adicional a lo anterior debe recordarse que cuando interviene una entidad pública o un particular que desempeñe funciones administrativas, y siempre que las controversias surjan por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, incluyendo las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales, el laudo debe proferirse en derecho (artículo 1 de la Ley 1563 de 2012) y debe ser institucional, es esto, administrado por un centro de arbitraje (artículo 2, *ibídem*).

En ese entendimiento, lo que ahora se discute sólo podría ser llevado a un tribunal de arbitramento en el evento que la cláusula compromisoria hubiera versado no sobre un arbitraje técnico sino uno en derecho.

Conviene anotar igualmente que cuando el artículo 70 de la Ley 80 de 1993, vigente para la época de suscripción del contrato de concesión, autorizó la

² Corte Constitucional. Sentencia C-330 de 2012.

inclusión de cláusula compromisoria para someter a la decisión de árbitros las distintas diferencias que pudieran surgir por razón de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, determinación o liquidación, exigió que el arbitramento fuera en derecho.

Así pues, el arbitraje técnico pactado en este caso no tiene la vocación para desplazar la competencia de esta Jurisdicción en la materia y, por tanto, se declarará no probada la excepción propuesta por la parte accionada.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS,

RESUELVE

Primero. DIFIÉRASE para el momento de proferir sentencia en el presente asunto, la **decisión** de las excepciones propuestas por el Municipio de Anserma y que denominó: *“INEXISTENCIA DEL DESEQUILIBRIO FINANCIERO”, “INEXISTENCIA DE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO”, “INEXISTENCIA DE PACTO DE INTERESES MORATORIOS”, “FALTA DE AGOTAMIENTO DE LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD”, “FALTA DE ESTRUCTURACIÓN DEL DAÑO”, “RESPONSABILIDAD DEL CONCESIONARIO POR FALTA DE MODERNIZACIÓN DEL SISTEMA DE ALUMBRADO PÚBLICO QUE GENERÓ DETRIMENTO ECONÓMICO AL MUNICIPIO POR MÁXIMO CONSUMO DE ENERGÍA ELÉCTRICA” e “INCUMPLIMIENTO DE LA INSTALACIÓN DE LUMINARIAS POR CONCEPTO DE CRECIMIENTO VEGETATIVO ANUAL QUE SE OFERTÓ EN EL 2.5% ANUAL”.*

Segundo. DECLÁRASE **no probado** el medio exceptivo formulado por el Municipio de Anserma y que denominó *“CLAUSULA (sic) COMPROMISORIA”.*

Tercero. RECONÓCESE personería jurídica al abogado BRYAN ARIEL CALVO PUERTA, identificado con la cédula de ciudadanía n° 1.088'009.434 expedida en Dosquebradas, y portador de la tarjeta profesional n° 263.950 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar como apoderado de la parte demandada conforme al poder obrante a folio 628 del cuaderno 1B.

Cuarto. Ejecutoriada esta providencia, **REGRESE** inmediatamente el expediente a Despacho para continuar con el trámite del proceso.

Notifíquese y cúmplase



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

No. 16
FECHA: 2 de febrero de 2021



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



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

Manizales, veintiocho (28) de enero de dos mil veintiuno (2021)

RADICACIÓN	17-001-23-33-000-2020-00166-00
CLASE	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	ASMET SALUD EPS SAS
DEMANDADO	HOSPITAL SAN FELIZ DE LA DORADA - CALDAS

Ingresa el proceso a Despacho para fijar fecha para audiencia inicial, sin embargo, conforme a lo previsto en el artículo 12 del Decreto 806 de 4 de junio de 2020, en concordancia con los artículos 100, 101 y 102 del CGP, se hace necesario que Tribunal emita pronunciamiento sobre la excepción previa de “caducidad de acción” y “falta de existencia de aptitud sustantiva de la demanda” que fue propuesta por la parte demandada, Hospital San Félix de la Dorada- Caldas.

ANTECEDENTES

Mediante demanda instaurada en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento **ASMET SALUD EPS SAS** solicita que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos de carácter particular y concreto, expedidos por parte de la ESE HOSPITAL SAN FÉLIX dentro del proceso de cobro coactivo No. 006 de 2018 adelantado en contra de ASMET SALUD EPS S.A.S.:

1.Mandamiento de pago No. 006 de fecha 24 de septiembre de 2018, por medio del cual la ESE HOSPITAL SAN FÉLIX resuelve iniciar un proceso de cobro coactivo en contra de ASMET SALUD EPS S.A.S, por valor de OCHO MIL SETECIENTOS TREINTA Y SEIS MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS ONCE PESOS M/CTE. (\$ 8.736.495.211), en atención a certificados de cartera 009 y 10 del año 2018, emitidos por el área contable de esa entidad, en los que se indica que ASMET SALUD EPS S.A.S. debe a la ESE HOSPITAL SAN FÉLIX, dicha suma por la prestación de servicios de salud por parte de la ESE desde enero de 2015 y hasta agosto de 2018, con los

correspondientes intereses de mora, señalado que los servicios no han sido canceladas en los plazos y términos estipulados en los contratos suscritos o que no se ha acreditado su pago.

1.2 Resolución No. 1782 del 25 de septiembre de 2018, por medio de la cual la ESE HOSPITAL SAN FÉLIX, decretó medida cautelar de embargo en contra de ASMET SALUD EPS S.A.S., por valor de OCHO MIL SETECIENTOS TREINTA Y SEIS MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS ONCE PESOS M/CTE. (\$ 8.736.495.211).

1.3 Resolución No. 2674 del 13 de diciembre de 2018, notificada el 24 de julio de 2019, por medio de la cual la ESE HOSPITAL SAN FÉLIX, resolvió declarar NO PROBADAS las excepciones presentadas por ASMET SALUD EPS S.A.S. contra el mandamiento de pago porque a su juicio, ellos si ostentan competencia para tramitar el procedimiento administrativo para el cobro coactivo de todas las obligaciones a su favor

1.4 Resolución No. 2757 del 22 de agosto de 2019, notificada a ASMET SALUD EPS S.A.S., el día 29 de agosto de 2019, mediante la cual el HOSPITAL SAN FÉLIX se pronunció respecto al el recurso de reposición interpuesto en contra la resolución que resolvió las excepciones confirmando la decisión.

Al momento de contestar la demanda el hospital San Félix propone como excepciones previas las que denominó:

CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO: De conformidad con lo establecido en el inciso 2, del artículo 138 del Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo, la demanda debió interponerse dentro de los cuatro meses siguientes contados a partir de la notificación del acto administrativo, situación que no se verificó dentro del término legal. En consecuencia, se debe declarar probada la excepción de caducidad de la acción en el presente proceso, condenándose en costas y agencias en derecho a Asmet Salud.

FALTA DE EXISTENCIA DE APTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA: La demanda exige de quien desea controvertir la presunción de legalidad de un acto administrativo, la presentación de argumentos y cargas procesales mínimas, que justifiquen debidamente la pretensión de nulidad que se propone en la demanda.

El Consejo de Estado afirmó que la justicia administrativa es rogada, toda vez que los actos administrativos que se atacan ante esta jurisdicción se presumen ajustados a la Constitución y a la ley, y que la primera carga de quien acude con el fin de anular un acto administrativo es la de exponer de manera clara, adecuada y suficiente las razones por las cuales estima que la decisión demandada incurre en el cargo señalado.

La demanda que se interponga en esta jurisdicción y contra un acto administrativo deberá indicar las normas violadas y explicar el concepto de la violación, igualmente, con base en la Sentencia C-197 de 1999 de la Corte Constitucional, indico que carece de racionalidad que presumiéndose la legalidad del acto el juez administrativo tenga que buscar de manera oficiosa las posibles causas de nulidad de los actos demandados, más aún cuando esta labor de búsqueda es dispendiosa, difícil e incluso imposible de concretar frente a un sin número de disposiciones normativas que regulan la actividad de la administración.

Bajo ese tenor, es claro que la actora en su demanda no indicó cuales fueron las normas violadas y se dedicó a mencionar de manera generalizada una violación, sin concretar cuales son los hechos que sustentan la violación a la normativa, alejándose de la realidad administrativa, en la cual se constituyeron unos actos administrativos como títulos, con ocasión de la falta de pago de facturas de prestación de servicios, por ende, le faltó aptitud sustantiva a la demanda y, yerra la demandante al estructurar el proceso, por lo que se debe declarar probada la excepción.

Debe advertirse que la entidad accionada no solicitó la práctica de ninguna prueba para demostrar la excepción.

De las excepciones propuestas se corrió traslado según documentos que reposan en los archivos ubicados en los numerales 32 y 33 del expediente digital. La parte actora al pronunciarse sobre las excepciones solicita que se declaren no probadas.

CONSIDERACIONES

Respecto de las excepciones el artículo 12 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 dispuso:

Artículo 12. Resolución de excepciones en la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. De las excepciones presentadas se correrá traslado por el término de tres (3) días en la forma regulada en el artículo 110 del Código General del Proceso, o el que lo sustituya. En este término, la parte demandante podrá pronunciarse sobre ellas y, si fuere el caso, subsanar los defectos anotados en las excepciones previas.

Las excepciones previas se formularán y decidirán según lo regulado en los artículos 100, 101 y 102 del Código General del Proceso. Cuando se requiera la práctica de pruebas a que se refiere el inciso segundo del artículo 101 del citado código, el juzgador las decretará en el auto que cita a la audiencia inicial, y en el curso de esta las practicará. Allí mismo, resolverá las excepciones previas que requirieron pruebas y estén pendientes de decisión.

Las excepciones de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva. Se tramitarán y decidirán en los términos señalados anteriormente.

La providencia que resuelva las excepciones mencionadas deberá ser adoptada en primera instancia por el juez, subsección, sección o sala de conocimiento. Contra esta decisión procederá el recurso apelación, el cual será resuelto por la subsección, sección o sala del tribunal o Consejo de Estado. Cuando esta decisión se profiera en única instancia por los tribunales y Consejo de Estado se decidirá por el magistrado ponente y será suplicable.

Por lo anterior, y según lo establecido en los artículos 100, 101 y 102 del CGP, como la parte demandada no pidió la práctica de alguna prueba para probar las excepciones 'propuestas, es procedente resolver la misma antes de reprogramar la audiencia inicial.

Frente al tema de la caducidad para el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el literal d) del numeral 2) del artículo 164 del CPACA dispuso que *"la demanda deberá presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, salvo las excepciones establecidas en otras disposiciones legales"*.

De igual forma el artículo 1 del Decreto 564 de 2020 establece:

Artículo 1. Suspensión términos de prescripción y caducidad. Los términos de prescripción y de caducidad previstos en cualquier norma sustancial o procesal para derechos, acciones, medios controlados para presentar demandas la Judicial o ante los tribunales arbitrales, sean de meses o años, se encuentran suspendidos el 16 marzo 2020 hasta el día que Consejo Superior de la Judicatura disponga la reanudación los términos judiciales.

El conteo los términos prescripción y caducidad se reanudará a partir del día hábil siguiente a la fecha en que cese la suspensión términos judiciales ordenada por Consejo Superior de la Judicatura. No obstante, cuando al decretarse la

suspensión de términos por dicha Corporación, el plazo que restaba para interrumpir prescripción o inoperante la caducidad era inferior a treinta (30) días, interesado tendrá un mes contado a partir del día siguiente al levantamiento de la suspensión, para realizar oportunamente la actuación correspondiente.

Parágrafo. La suspensión de términos de prescripción y caducidad no es aplicable en materia penal.

En este orden de ideas, se tiene que la Resolución n° 2757 del 22/08/19 que puso fin a la vía gubernativa fue notificado el 29/08/19, por lo que en principio los 4 meses de que habla la norma vencían el 30 de diciembre de 2019. Sin embargo la solicitud de conciliación extrajudicial fue presentada el 20/12/19 suspendiendo el termino de caducidad por 11 días. La audiencia de conciliación se celebró el 05/03/2020 por lo que el término se reanudó el 6/03/2020, venciendo el término el 16/03/2020 para presentar válidamente la demanda.

Es de recordar que debido a la situación generada por el Covid 19 el 16/03/2020 se suspendieron los términos hasta el 30/06/2020 reanudándose los términos judiciales el 01/07/2020. Por lo que se podría pensar que Asmet Salud debía presentar la demanda en dicha fecha, sin embargo, hay que tener en cuenta además el artículo 1 del Decreto 564 de 2020 que prescribe que, si al momento de reiniciarse los términos le faltare menos de 30 días a la parte actora para que venciera el término de caducidad, tiene 1 mes más para presentar válidamente la demanda, esto es que por esa disposición se extendió el término hasta el 01/08/2020, por lo que al haber sido presentada el 03/07/2020 la misma se presentó dentro de la oportunidad legal.

En este orden de ideas debe declararse no probada la excepción de caducidad propuesta por el Hospital San Félix de la Dorada – Caldas.

Ahora bien, respecto de la excepción de **FALTA DE EXISTENCIA DE APTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA**, el numeral 4 del artículo 162 del CPACA establece:

ARTÍCULO 162. CONTENIDO DE LA DEMANDA. Toda demanda deberá dirigirse a quien sea competente y contendrá:
[...]

4. Los fundamentos de derecho de las pretensiones. Cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación.

Ahora bien, observa esta Sala que el escrito de demanda presentado por Asmet Salud contiene un capítulo de concepto de la violación (visible en la página 10 del PDF obrante en el numeral 25 del expediente digital) en donde indica con claridad los cargos en los cuales

sustenta su solicitud de nulidad de los actos administrativos demandados, señalando la normativa que considera infringida con la expedición de los actos administrativos demandados.

Es por lo anterior, y contrario a lo señalado por la entidad accionada, que la Sala considera que la demanda cumple con los requisitos de la demanda y fue por ello que fue admitida. En este orden de ideas se declara no probada la excepción de “falta de existencia de aptitud sustantiva de la demanda” propuesta por el Hospital San Félix de la Dorada – Caldas.

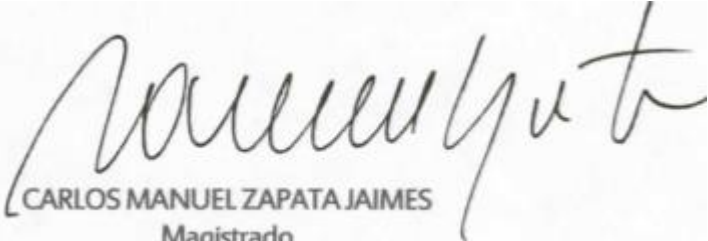
Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas

RESUELVE:

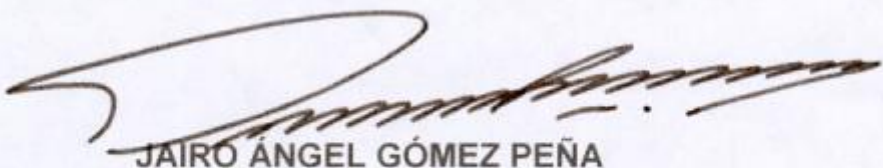
1. **DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones de “CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO” y “FALTA DE EXISTENCIA DE APTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA” propuestas por la demandada **HOSPITAL SAN FÉLIX DE LA DORADA -CALDAS**.
2. En firme este auto, regrese el expediente para continuar con el trámite del proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

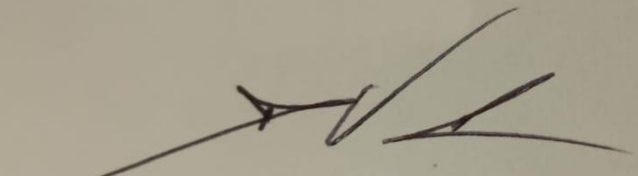
Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión Virtual celebrada el 28 de enero de 2021, conforme Acta n° 004 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
Magistrado



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 016 del 02 de febrero de 2021.
Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.

Manizales, _____



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.: 012

Asunto:	Sentencia de segunda instancia
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-33-001-2018-00454-02
Demandante:	Luz Inés Correa García
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n° 003 del 29 de enero de 2021

Manizales, veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021)

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, corresponde a esta Sala de Decisión desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del veintiséis (26) de noviembre de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Luz Inés Correa García contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG²).

DEMANDA

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 23 de octubre de 2018 (fls. 2 a 33, C.1), se solicitó lo siguiente:

Pretensiones

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, FOMAG.

1. Que se declare la nulidad absoluta de la Resolución nº 8298-6 del 30 de octubre de 2017, en cuanto negó el reconocimiento y pago del reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme lo establece el numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989 y la Ley 71 de 1988.
2. Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la entidad demandada a reconocer y pagar:
 - De acuerdo con la Ley 91 de 1989: la aplicación y devolución de los descuentos de aportes al sistema de salud, a la mesada pensional en el porcentaje del 5%, incluyendo las mesadas adicionales, ordenando cesar el descuento del 12% como actualmente se realiza; y se reintegre las sumas de dinero superiores al 5% de dichas mesadas pensionales, sin que se continúe efectuando dicho descuento.
 - Respecto de la Ley 71 de 1988: Al reajuste anual de la mesada pensional en el porcentaje que cada año se incrementa para el salario mínimo legal mensual, de forma retroactiva al año en que consolidó su derecho pensional y de manera constante para las mesadas subsiguientes y futuras.
 - Las diferencias resultantes entre mesada pensional y los reajustes solicitados, cancelados de manera indexada, con los ajustes de valor y los intereses corrientes y moratorios a que haya lugar, y conforme al 192 del CPACA, y al pago de condena en costas.
3. Como pretensión subsidiaria, solicitó el reintegro de los dineros de las mesadas adicionales de junio y diciembre, equivalente al aporte en salud del 12%, de forma indexada y con la inclusión de los ajustes de valor, intereses moratorios; y ordenar a la Fiduciaria la Previsora no continuar el descuento de las mesadas adicionales con destino al sistema de salud.
4. Que se condene en costas a la parte accionada.

Hechos

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

1. El accionante se vinculó a la docencia oficial con anterioridad al 27 de junio de 2003, al cumplir los requisitos de edad y tiempo de servicio le

fue reconocida pensión de jubilación mediante Resolución n° 6072 del 9 de diciembre de 2009, expedida por la Secretaria de Educación del Departamento de Caldas, actuando en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

2. El FOMAG por intermedio de la entidad fiduciaria encargada de su administración, ha venido descontando al accionante el equivalente al 12% de cada mesada pensional, incluyendo las mesadas adicionales de junio y diciembre, como aportes dirigidos a la prestación del servicio de salud.
3. En el acto administrativo de reconocimiento pensional se consagró expresamente que esta sería reajustada anualmente conforme al artículo 1° de la Ley 71 de 1988, no obstante, la mesada ha venido siendo incrementada con base a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, es decir, en el mismo porcentaje certificado por el DANE para el Índice de Precios al Consumidor del año inmediatamente anterior.³
4. Mediante petición radicada bajo el SAC 2017PQR16422 del 23 de octubre de 2017, se solicitó ante el FOMAG la aplicación del numeral 5° del artículo 8° de la Ley 91 de 1989, respecto a los descuentos de las mesadas pensionales realizados a título de aportes al sistema de salud, indicando que este debe corresponder al 5% del valor de cada mesada, exigiendo en consecuencia la devolución de los valores pagados en exceso.

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

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

5. Mediante la Resolución n° 8298-6 del 30 de octubre de 2017, la Secretaria de Educación del Departamento de Caldas actuando en representación de la Nación – Ministerio de Educación – FOMAG,

³ En adelante IPC

resolvió negativamente los deprecados reajustes pensionales, guardando silencio respecto a la pretensión subsidiaria.

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

Normas violadas y concepto de la violación

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

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

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

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

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG no contestó la demanda.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El 26 de noviembre de 2019, el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia (fls. 65 a 81, C.1), a través de la cual: **i)** declaró de oficio fundada parcialmente la excepción de prescripción; **ii)** declaró probada de oficio la excepción de *“inexistencia del derecho para el cese, disminución y devolución de un porcentaje por concepto de aportes al sistema de seguridad social en salud”*; **iii)** Accedió a las pretensiones de la demanda y ordenó reajustar anualmente la pensión de la parte actora con base en el porcentaje de incremento del salario mínimo mensual legal vigente determinando la diferencia entre la suma efectivamente pagada y la que debió pagar; y **iv)** condenó en costas. Lo anterior, con fundamento en lo siguiente.

Precisó inicialmente que los efectos del incremento del artículo 14 de la ley 100 de 1993 hacen referencia al régimen de prima media con prestación definida y al régimen de ahorro individual con solidaridad no a regímenes exceptuados de dicha norma.

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

Expuso que el artículo 289 de la disposición anterior no derogó expresamente el artículo 1º de la ley 71 de 1988, por lo que el incremento solicitado se encuentra vigente y una interpretación diferente como la contenida en los actos administrativos demandados vulnera los principios de inescindibilidad de los regímenes pensionales y favorabilidad del régimen exceptuado.

Hizo referencia al acto administrativo que reconoció el derecho pensional para concluir que en el mismo se indicó expresamente que la mesada pensional se debía reajustar anualmente de conformidad con la Ley 71 de 1988 y la Ley 238 de 1995.

Precisó que el Acto Legislativo 1 de 2005, no modificó las condiciones en las que se reconocieron los derechos pensionales de la parte demandantes.

Trajo a colación pronunciamientos de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado (C-387 de 1994 y 2010-00186-00 (1316-10)), para fundamentar las razones por las cuales es aplicable el incremento previsto en la Ley 71 de 1988 para efectos de determinar el porcentaje de incremento de las pensiones de jubilación.

En ese entendimiento, sostuvo que le asiste razón a la parte actora en cuanto a la aplicación de la Ley 71 de 1988 para el aumento anual de su pensión de jubilación.

Finalmente precisó que con la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 se vulnera el principio de favorabilidad previsto en el artículo 53 de la Constitución Política.

RECURSO DE APELACIÓN

Mediante memorial obrante de folios 83 a 87 del cuaderno principal, la parte demandante recurrió la sentencia de primera instancia, solicitando revocar la providencia y negar las pretensiones de la demanda, con fundamento en lo siguiente.

Precisó inicialmente que el ámbito de aplicación del artículo 1º de la Ley 71 de 1988 estaba circunscrito a los tipos de pensión previstos en el artículo 1 de la ley 4 de 1976, razón por la cual los docentes afiliados al Fondo nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no han tenido norma especial para el ajuste de la pensión.

Manifestó que si bien los docentes afiliados al FOMAG se encuentran exceptuados de la aplicación del régimen de seguridad social, en lo que respecta al reajuste de sus pensiones debe darse aplicación a lo dispuesto en el artículo 14 de la ley 100 de 1993 como consecuencia del contenido de la ley 238 de 1995.

Refirió con apoyo en la sentencia C-387 de 1994 de la H. Corte Constitucional, que el sistema de reajuste de la pensión no es un derecho adquirido y está sometido a las reglamentaciones que el estado encuentre pertinentes.

Aludió al contenido del Acto Legislativo 01 de 2005 para concluir que dejó sin efectos a partir del 31 de julio de 2010 los regímenes pensionales especiales como el establecido en la Ley 71 de 1988 al margen que los docentes afiliados al FOMAG fueron excluidos de la ley 100 de 1993 en virtud del artículo 279 de dicha disposición.

Indicó que no hay lugar a la aplicación del principio de favorabilidad dado que no hay coexistencia de normas vigentes ante la derogatoria tácita de la ley 71 de 1988.

Afirmó que por la variabilidad de la economía no puede afirmarse que el sistema de reajuste con base en el porcentaje de incremento del salario mínimo sea más beneficioso para el docente pensionado que el basado en el IPC.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante y la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, guardaron silencio.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no emitió concepto en el presente asunto.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Reparto. Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 18 de febrero de 2020, y allegado el 13 de julio del mismo año al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (fl. 2, C.2).

Admisión y alegatos. Por auto del 13 de julio de 2020 se admitió el recurso de apelación y se corrió traslado para alegatos (fl. 2, C.2), derecho del cual las partes no hicieron uso. El Ministerio Público no rindió concepto en esta oportunidad.

Paso a Despacho para sentencia. El 09 de septiembre de 2020 el proceso ingresó a Despacho para sentencia (fl. 4, C.2), la que se dicta en seguida, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA. Se precisa que por tratarse de un asunto que versa sobre un caso similar a los ya decididos por esta Corporación, y en procura de la celeridad y agilidad para dar solución a dichos temas, se profiere este fallo sin tener en cuenta el orden de ingreso del proceso a Despacho para tal efecto, tal como se autoriza por el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, en armonía con lo previsto por el artículo 115 de la Ley 1395 de 2010.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

Problema jurídico

El asunto jurídico a resolver en el sub examine se centra en dilucidar el siguiente cuestionamiento:

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

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** hechos probados; **ii)** Sistema General de Seguridad Social; **iii)** ajuste de pensiones en el Sistema General de Seguridad Social para los afiliados al sector público y régimen general de pensiones; y **iv)** condena en costas.

Hechos debidamente acreditados

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

1. Por Resolución nº 6072 del 9 de diciembre de 2009 (fls. 42 y 43, C.1), la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en nombre y representación del Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, reconoció pensión de jubilación a favor de la parte accionante, en cuantía de \$1.854.602, efectiva a partir del 5 de mayo de 2009.

El citado acto estableció que la parte beneficiaria de la prestación económica tenía derecho a que su pensión se reajustara en armonía con lo dispuesto por las Leyes 71 de 1988 y 238 de 1995.

2. La parte actora radicó ante la entidad accionada solicitud tendiente a que se reajustara su pensión de jubilación, tomando como base el porcentaje del incremento del salario mínimo legal mensual vigente del año inmediatamente anterior, en los eventos en que fuera superior al IPC (fls. 34 a 39, C.1).
3. Con Resolución nº 8298-6 del 30 de octubre de 2017 (fls. 44 y 45, C.1), la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en nombre y representación del Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, negó el reajuste de la pensión de jubilación con base en el incremento del salario mínimo.

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

Sistema General de Seguridad Social

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

***ARTÍCULO 14. REAJUSTE DE PENSIONES.** Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan*

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

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

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

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

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

(...)

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

(...)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

(...)

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

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

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

⁸ Cita de cita: *Ibidem*.

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

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

(...)

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

(...)

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

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

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

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

¹⁰ Cita de cita: Ibídem.

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

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

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

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

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

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

Conclusión

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

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

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

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

Costas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, en concordancia con los numerales 3 y 8 del artículo 365 del Código General del Proceso – CGP, este Tribunal se abstendrá de condenar en costas por estimar que no se causaron en el curso de esta instancia.

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

FALLA

Primero. REVÓCASE la sentencia del veintiséis (26) de noviembre de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor Luz Inés Correa García contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En su lugar,

NIÉGANSE las súplicas de la demanda por las razones expuestas en precedencia.

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

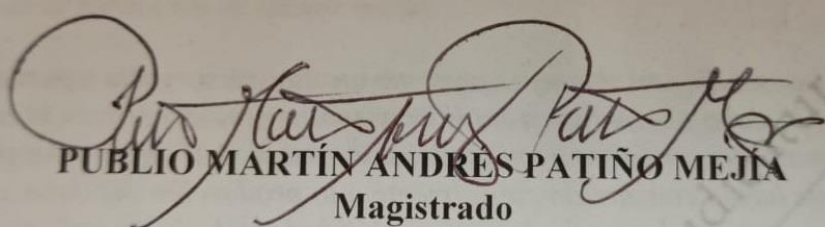
Tercero. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

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

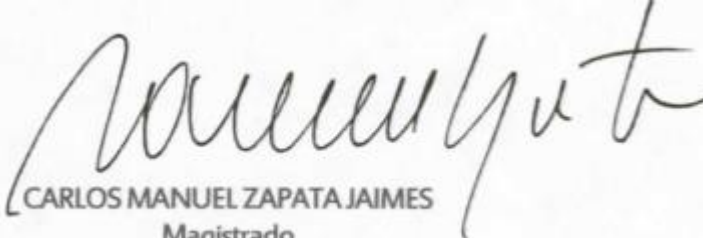
Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

No. 16
FECHA: 2 de febrero de 2021



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, veintiocho (28) de enero de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO No.	17-001-33-33-001-2018-00515-02
CLASE	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	MERCEDES CARDONA OSORIO
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 demandada contra el fallo proferido por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales el día 26 de noviembre de 2019 dentro del proceso de la referencia.

PRETENSIONES

1. Se declare la nulidad absoluta de la Resolución nro. 8593-6 del 3/11/2017 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, 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 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. 3885 del 24 de julio de 2012.
- 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 2017PQR16474 del 23/10/2017 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. 8593-6 del 3 de noviembre 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 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 la 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 declara cualquier otra excepción que se encuentre probada en el proceso.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 26 de noviembre de 2019 accedió parcialmente a las pretensiones, tras plantearse como problemas jurídicos si los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tenían derecho al reajuste pensional anual con fundamento en lo preceptuado por el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, es decir, con base en el incremento del salario mínimo legal mensual vigente o conforme a lo previsto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993. Si los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tenían derecho a que se ordenara el cese de los descuentos en salud que se efectúa sobre las mesadas pensionales, ordinarias y adicionales, y a la devolución de los aportes causados y descontados. Y, finalmente, si se configuraba la prescripción trienal.

En primer momento analizó los artículos 14 y 279 de la Ley 100 de 1993, para inferir que el incremento de la primera norma hacía referencia al régimen de ahorro individual y al régimen de prima media con prestación definida y no al exceptuado dispuesto en el artículo 279 en el cual se incluyen los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; por tal razón, los docentes en materia de reajuste pensional no están sometidos a la Ley 100 de 1993.

Resaltó que si bien la sentencia C-435 de 2017 indicó que el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 es la norma aplicable a todos los pensionados era necesario hacer distinciones, y por ello a su juicio a los docentes se les debe aplicar la Ley 71 de 1988 para reajustar sus pensiones pues se trata de un régimen exceptuado del cual la Corte Constitucional no se ha pronunciado; y destacó, además, que la Ley 71 de 1988 no ha sido derogada por la Ley 100 de 1993.

Tras analizar los incrementos que han percibido los docentes con base en la Ley 100 de 1993 frente al que consagra el régimen exceptuado, concluyó que resultaba más beneficioso este último; sumado a que además se desconocía lo indicado en el acto administrativo que reconoció la pensión frente al reajuste pensional.

En consecuencia, declaró la nulidad de las resoluciones que negaron el reconocimiento y pago del incremento pensional con base en el incremento porcentual del salario mínimo legal mensual vigente, ordenando realizar el mismo.

En relación con el cese del cobro y la devolución del porcentaje por concepto de aportes al sistema de seguridad social en salud indicó que no se tiene derecho a ello, en tanto la remisión normativa que hace el régimen prestacional docente a las normas de la Ley 100 de 1993 se concreta al valor de la tasa de cotización que los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones deben hacer por concepto de salud, incluyendo esos descuentos en las mesadas adicionales de junio y diciembre. Por ello, no accedió a esta pretensión.

Se plasmó lo siguiente en la parte resolutive:

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS la excepción de “inexistencia de la obligación o cobro de lo no debido”, propuestas por la Nación – Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los procesos con radicado 2018-00515 y 2018-0517 excepto la de prescripción, la cual se declara probada parcialmente, a solicitud de parte y de oficio en los procesos instaurados por (...) Mercedes Cardona Osorio (...).

SEGUNDO: Igualmente se DECLARA PROBADA de oficio la excepción de “inexistencia del derecho para el cese, disminución y devolución de un porcentaje por concepto de aportes al sistema de seguridad social en salud” en todos los procesos en cuanto a la devolución de los aportes en salud superiores al 5%, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: DECLARAR la nulidad parcial de los siguientes actos administrativos que negaron el reconocimiento y pago del incremento pensional con base en el incremento porcentual del salario mínimo mensual vigentes en los siguientes expedientes:

(...)

Exp. 5 rad: 2018-00515: Resolución 8593-6 del 3 de noviembre de 2017.

(...)

CUARTO: A título de restablecimiento del derecho, ORDENAR a la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para que proceda a reajustar anualmente, la pensión mensual vitalicia de los demandantes con base en el porcentaje de incremento del salario mínimo mensual legal vigente. Posteriormente determinará la diferencia entre la

suma efectivamente pagada mes a mes y la que debió pagar, para fijar el monto que deberá reconocer y pagar a cada uno de los demandantes, y por los siguientes periodos:

(...)

5. Mercedes Cardona Osorio: el reajuste se liquidará desde el 4 de febrero de 2012, pero con efectos fiscales a partir del 23 de octubre de 2014, en virtud de la prescripción trienal.

(...)

QUINTO: la suma que se pague a favor de cada uno de los demandantes se actualizará mes a mes utilizando la fórmula matemática financiera empleada por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para la actualización del dinero.

SEXTO: CONDENAR EN COSTAS DE MANERA PARCIAL a la parte demandada Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en cada uno de los procesos, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma dispuesta en el CGP arts. 365 y 366, en suma equivalente al 6% de las pretensiones referentes al incremento pensional.

Por agencias en derecho se fijan las siguientes sumas de dinero:

(...)

Proceso radicado 2018-00515: \$277.871

(...)

SÉPTIMO: NEGAR las pretensiones de la demanda en cuanto a la devolución de los aportes a salud superiores al 5%, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

(...)

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte accionada apeló la sentencia mediante memorial que reposa de folio 107 a 111 del expediente.

En relación con la pretensión de reajuste anual de la pensión conforme al porcentaje de aumento fijado para el salario mínimo, indicó que desde la Ley 6 de 1945 se han establecido distintas fórmulas para garantizar la constante actualización de las pensiones las cuales han cambiado a través del tiempo, de lo que se infiere que el reajuste en materia pensional siempre ha estado sometido al principio de libre congruencia legislativa.

Es así como la Ley 71 de 1988 instituyó una manera de hacerlo, y posteriormente la Ley 100 de 1993 dispuso otra con el ánimo de unificar la normativa en materia de seguridad social. Hizo énfasis en que el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 consagró las excepciones al régimen de seguridad social, encontrándose dentro de este grupo los docentes; pero en aplicación de la Ley 238 de 1995 para el reajuste de su pensión debe acudirse al artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

Resaltó que, aunque el reajuste pensional es un derecho adquirido, no ocurre lo mismo con el porcentaje a aplicar de aumento.

Finalmente, citó precedente horizontal sobre el caso, sentencia emitida por el Tribunal Administrativo de Caldas el 12 de noviembre de 2019 dentro del proceso radicado 006-2018-132-02.

Por todo lo anterior, solicitó revocar la sentencia proferida en primera instancia.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante: no presentó alegatos.

Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio: guardó silencio

Ministerio Público: no presentó concepto de fondo.

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.

La Sala deberá advertir que la única parte que apeló la sentencia de primera instancia fue la entidad demandada, pese a que en el fallo de primera instancia se negó la pretensión relativa a los descuentos a salud y el reembolso de algún porcentaje que por concepto de aportes de este tipo se hubiera realizado de la pensión de jubilación de manera mensual y en las mesadas adicionales de junio y diciembre.

En atención a lo anterior, y según los parámetros del artículo 328 del CGP, aplicable por remisión del artículo 306 de la Ley 1437 de 2011, en esta instancia únicamente se planteará el siguiente problema jurídico.

Problema jurídico

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?

Lo probado

➤ Mediante la Resolución nro. 3885 del 24 de julio de 2012 se reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación a la demandante en cuantía de \$1.635.406, efectiva a partir del 2012/02/04. En este mismo acto administrativo se indicó que el tiempo laborado por la demandante a la fecha de estatus era del 1976/03/17 al 2015/05/01 (fol. 43 y 44 C.1)

➤ Por medio de petición radicada bajo el número SAC 2017PQR16474 23/10/2017, 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 de conformidad con el incremento del salario mínimo legal mensual vigente del año inmediatamente anterior. De igual forma peticionó se diera aplicación al porcentaje del 5% para los descuentos a salud y no del 12% (fol. 36 a 40 *ibídem*).

➤ Mediante la Resolución nro. 8593-6 del 3 de noviembre 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 (fol. 45 y 46 *ibídem*).

Primer problema jurídico

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

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 fueran incrementadas 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 brinda los recursos destinados al poder adquisitivo de las pensiones.

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

El Sistema de Seguridad Social Integral, previsto en la Ley 100 de 1993¹, tuvo como objeto garantizar los derechos de las personas y comunidad, en aras de mejorar la calidad de vida y la dignidad humana a través de las instituciones públicas y privadas 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 1 de la Ley 797 de 2003, prevé su campo de aplicación, así:

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

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

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

El artículo 1 de la Ley 4 de 1976² determinó que las pensiones de los sectores público, oficial, semioficial y privado, así como los afiliados al Instituto Seguro Social a excepción

¹ http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html#1

² Ley 4 de 1989, "Por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones." <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=1165>

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

Luego, el artículo 1 de la Ley 71 de 1988³ precisó que las pensiones referidas en el artículo 1 de la Ley 4 de 1976, la de incapacidad permanente parcial y las compartidas, serían reajustadas, de oficio, cada vez y con el mismo porcentaje en que sea incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.

La citada norma fue reglamentada por el Decreto 1160 de 1989 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, que inicialmente desde la Ley 4 de 1976 se determinó un ajuste a los beneficiarios de los regímenes del sector público, oficial y privado, teniendo en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente más alto.

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

*La presente Ley rige a partir de la fecha de su publicación, salvaguarda los derechos adquiridos y **deroga** todas las disposiciones que le sean contrarias, en especial el artículo 2o. de la Ley 4a. de 1966, el artículo 5o. de la Ley 33 de 1985, **el parágrafo 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 parágrafo 7 de la Ley 71 de 1988, se derogó la norma que disponía un régimen de reconocimiento pensional para las personas que tuvieran diez (10) años o más de afiliación en una o varias de las entidades y cincuenta (50) años o más de

³ Ley 71 de 1988 *por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras*
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=307>

edad si es varón, o cuarenta y cinco (45) años o más si es mujer, a quienes continuarían aplicándose las normas de los regímenes actuales vigentes.

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

La Ley 100 de 1993 en su artículo 279 contempló los regímenes exceptuados a dicho régimen quedando contemplado, entre otros, el personal docente vinculado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, y señaló que estas excepciones no 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 en el IPC:

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

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

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

Concerniente al reajuste de las pensiones el Régimen General de Pensiones previsto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 precisó:

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

Dicha normativa fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-387 de 1994⁴, donde señaló:

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

[...]

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

[....]

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

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

<i>“Año</i>	<i>Inflación</i>	<i>Salario mínimo</i>
<i>1983</i>	<i>16.64</i>	<i>22%</i>
<i>1984</i>	<i>18.28</i>	<i>22%</i>
<i>1985</i>	<i>22.45</i>	<i>20%</i>
<i>1986</i>	<i>20.95</i>	<i>24%</i>

⁴ Corte Constitucional sentencia C- 387 de 1994; MP. Dr. Carlos Gaviria Díaz, 1 de septiembre de 1994; REF.: expediente No. D-529. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/c-387-94.htm>

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 aludió a la determinación de incrementar las pensiones en el salario mínimo solo para los pensionados que devengaran la pensión mínima, en aras de salvaguardar los derechos constitucionales de las 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 ajustaba a factores circunstancias económicas y políticas.

De otro lado, la Ley 238 de 1995⁵, dispuso la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 a los regímenes exceptuados previstos en dicha disposición. Al respecto señaló:

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

"Párrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los

⁵ Ley 238 de 1995; http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0238_1995.html

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 el Honorable Consejo de Estado⁶ en providencia del 17 de agosto del 2017, dentro de la acción pública de nulidad en contra del artículo 40 del Decreto 692 de 1994, expuso que el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 derogó el dispuesto por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988:

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

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

⁶ 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>

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 se rigen por el régimen anterior al del sistema de seguridad social integral, esto no quiere decir que en cuanto al incremento de la mesada pensional este deba realizarse conforme lo contempla la Ley 71 de 1988, es decir, 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 la parte actora de aplicar artículo 1º de la Ley 71 de 1988, en armonía con el principio de favorabilidad al ajuste de la mesada pensional, es pertinente traer a colación los pronunciamientos jurisprudenciales expuestos por la Máxima Corporación Constitucional en sentencia C-435 de 2017, bajo la acción pública de constitucionalidad 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, para decirlo de otra forma, pero con sus propias palabras, el actor entiende que el principio de favorabilidad también resulta aplicable a los pensionados “porque son trabajadores en receso [...] y, porque también, uno de los principios fundamentales del trabajo es la garantía de la seguridad social” y es precisamente a partir de esa consideración que concluye que “[e]n caso de duda

en la medición del poder adquisitivo constante de las pensiones, porque no hay ley que establezca como se mide [...] debe aplicarse el método más favorable al pensionado". Lo anterior, hasta el punto de que en su demanda no sólo solicita declarar inexecutable el apartado demandado, según el cual las pensiones "se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior", sino que incluso le pide a la Corte señalar que lo más favorable para el pensionado es "la medición del poder adquisitivo constante de las pensiones por el método de medición de la equivalencia de las pensiones en relación con el Salario Mínimo Legal Vigente"[85], como si este fuese expresamente el mandato constitucional.

[...]

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

[...]

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

Lo anterior pues, como también se ha explicado en la jurisprudencia constitucional, sin perjuicio de que toda pensión "tiene como objetivo primordial proteger a las personas de la tercera edad, quienes por sus condiciones físicas, ya sea por razón de la edad o por enfermedad, se encuentran imposibilitados para obtener otra clase de recursos para su propia subsistencia y la de su familia", las personas cuya pensión no supera el valor del salario mínimo legal mensual vigente o que reciben una pensión mínima, como también se la ha denominado, "se encuentran, por razones

económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás". De tal forma que ellas también requieren de un incremento periódico mínimo que, precisamente, garantice también los fines del salario mínimo, como son "satisfacer no sólo sus propias necesidades sino también las de su familia, en el orden material, social, cultural, educativo"[95].

Por lo tanto, se concluye que además de que la propia Constitución faculta al legislador a decidir, con autonomía política, de qué manera reajustar periódicamente el valor 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 para el reajuste periódico de las pensiones teniendo en cuenta el índice de precios al consumidor; parámetro que se adoptó obedeciendo a las satisfacciones de las necesidades del orden familiar, material, social, cultural y educativo, y con el fin de garantizar los fines del salario mínimo, en aras actualizar el monto de las pensiones y de contrarrestar el fenómeno de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

En ese orden de ideas, considera la Sala que no se encuentra demostrada la vulneración de los derechos invocados en la parte actora, dado que conforme a los presupuestos normativos y jurisprudenciales antes citados, se deduce que no le asiste razón al indicar que el reajuste de las mesadas pensionales se deben realizar conforme al artículo 1º de la Ley 71 de 1988, esto es, de acuerdo al salario mínimo, y no según lo establecido en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

Lo anterior teniendo, en cuenta que la Ley 100 de 1993 reajustó las mesadas de los Regímenes del Sistema General de Pensiones, y en aras de mantener su poder adquisitivo

ordenó el ajuste según la variación porcentual del índice de precios al consumidor; además con la expedición de dicha norma, se entendió derogada la Ley 71 de 1988.

Por lo anterior, se revocará parcialmente la sentencia de primera instancia que accedió a realizar el reajuste de la pensión conforme lo establecido en la Ley 71 de 1988, lo cual quedó consignado en sus numerales 1, 3, 4 y 5. En lo demás, se confirmará el fallo del Juzgado Primero Administrativo.

Conclusiones

Se concluye que 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.

Por lo anterior, será revocada parcialmente la sentencia de primera instancia.

Costas

En segunda instancia no se condenará en costas, toda vez que la sentencia de primera instancia fue revocada parcialmente y además las partes no ejercieron actuación alguna ante esta Corporación.

Sin embargo, se revocará el ordinal sexto de la sentencia de primera instancia, y conforme al artículo 188 del CPACA, y en aplicación del criterio objetivo valorativo, se condenará en costas de primera instancia a la parte demandante, señora Mercedes Cardona Osorio, en atención a que debido a la presentación de la demanda la parte accionada se vio en la necesidad de vincular abogado, de incurrir en gastos de honorarios y todos los costos que se generan con un proceso judicial. Las mismas se liquidarán conforme al artículo 366 del Código General del Proceso por el juzgado de primera instancia.

Las agencias en derecho se tasan en un valor de \$407.000, de conformidad con el Acuerdo PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura, a favor de la Nación – Ministerio de Educación - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

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: REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales el 26 de noviembre de 2019, específicamente los ordinales primero, tercero, cuarto, quinto y sexto en lo que se refiere al proceso que en ejercicio del medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** instauró **MERCEDES CARDONA OSORIO** contra la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**. En su lugar:

NEGAR la pretensión relativa al reajuste anual de la pensión de la demandante conforme lo establecido en el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, según lo expuesto en la parte motiva.

CONDENAR EN COSTAS DE PRIMERA INSTANCIA a la parte demandante, señora Mercedes Cardona Osorio cuya liquidación y ejecución se harán conforme al artículo 366 del Código General del Proceso por el juzgado de primera instancia. Se fijan agencias en derecho por valor de \$407.000m/cte a favor de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

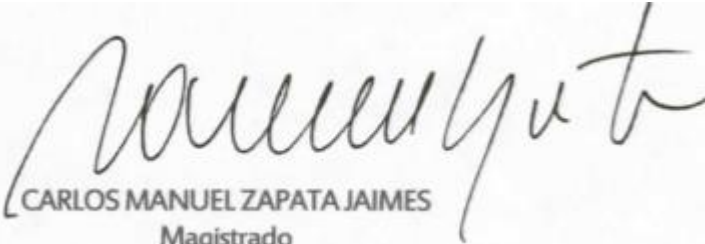
SEGUNDO: SIN CONDENA EN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA, conforme a los argumentos brevemente expuestos.

TERCERO: CONFIRMAR EN LO DEMÁS el fallo de primera instancia.

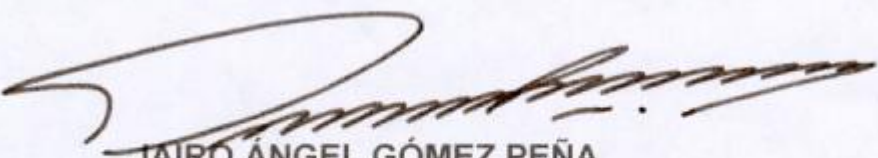
CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

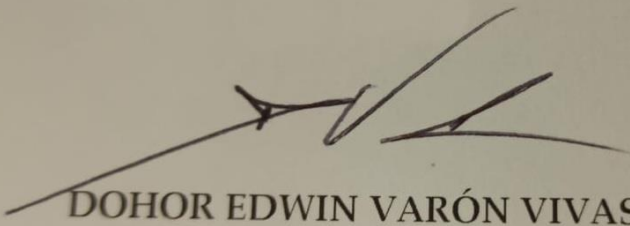
Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Virtual celebrada el 28 de enero de 2021, conforme acta n° 004 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
Magistrado



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 016 del 02 de febrero de 2021.
Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.

Manizales, _____



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.: 007

Asunto:	Sentencia de segunda instancia
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-33-001-2018-00524-02
Demandante:	María Lucero Zuluaga Alzate
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

**Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n°
003 del 29 de enero de 2021**

Manizales, veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, corresponde a esta Sala de Decisión desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del veintiocho (28) de noviembre de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las súplicas de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora María Lucero Zuluaga Alzate contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG²).

DEMANDA

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 5 de diciembre de 2018 (fls. 1 a 12, C.1), se solicitó lo siguiente:

Pretensiones

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, FOMAG.

1. Que se declare la nulidad parcial de la Resolución nº 522 del 24 de julio de 2018, en lo que tiene que ver con la determinación de la cuantía de la mesada pensional sin incluir todos los factores salariales percibidos por la parte demandante en el último año de servicio al momento del retiro definitivo de la docencia.
2. Que se declare que a la parte actora le asiste derecho a que le sea reconocida y pagada pensión de jubilación a partir del 31 de diciembre de 2017, equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, horas extras, primas y demás factores salariales devengados durante los doce meses anteriores al momento del retiro definitivo de la docencia, particularmente la bonificación mensual –acorde con el Decreto nº 1566 de 2014–.
3. Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la entidad demandada a reliquidar y pagar la pensión de jubilación de la parte demandante, de la manera descrita anteriormente.
4. Que se ordene a la accionada que sobre el monto inicial de la pensión reconocida, aplique los reajustes de ley para cada año, como lo ordena la Constitución y la ley.
5. Que se ordene a la entidad demandada realizar el respectivo pago de las mesadas atrasadas desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en nómina; y que el pago del incremento decretado se siga realizando en las mesadas futuras como reparación integral del daño.
6. Que se condene a la parte accionada a reconocer y pagar los ajustes de valor a que hubiere lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de cada una de las diferencias en las mesadas pensionales ordenadas, por tratarse de sumas de tracto sucesivo y demás emolumentos, conforme al inciso final del artículo 187 del CPACA.
7. Que se ordene a la entidad demandada a reconocer y pagar intereses moratorios a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y hasta cuando se cumpla la totalidad de la condena, como lo dispone el inciso 3º del artículo 192 del CPACA.
8. Que se condene en costas a la parte accionada.

9. Que de las sumas que resultaren a favor de la parte demandante, se descuenta lo cancelado en virtud de la resolución que reconoció el derecho a la pensión de jubilación.

Hechos

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

1. La señora María Lucero Zuluaga Alzate laboró más de 20 años al servicio de la docencia oficial y cumplió los requisitos establecidos en la ley para el reconocimiento de una pensión de jubilación.
2. Después de que le fue reconocido su derecho pensional a partir del 13 de mayo de 2008 mediante Resolución nº 01049 del 24 de octubre de 2008, la parte accionante continuó prestando sus servicios como docente hasta el 31 de diciembre de 2017, momento en el cual se retiró definitivamente.
3. La base de liquidación con la cual fue reconocida la prestación incluyó sólo la asignación básica, la prima de navidad, la prima de vacaciones y la prima de servicios, pero omitió la bonificación mensual –acorde con el Decreto nº 1566 de 2014–, percibida por la actividad docente desarrollada durante el último año de servicios anterior al retiro definitivo.
4. La entidad llamada a restablecer el derecho es la Nación – Ministerio de Educación – FOMAG.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte actora estimó como violadas las siguientes disposiciones: Ley 33 de 1985: artículo 1; Ley 62 de 1985; Ley 91 de 1989: artículo 15 y Decreto 1045 de 1978.

Explicó que de conformidad con el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 que estableció el régimen prestacional de los docentes, el régimen pensional de éstos depende de la fecha de su vinculación. Así, si aquella fue anterior a la entrada en vigencia de la ley referida (27 de junio de 2003), como en el presente caso, el régimen corresponderá al previsto en la Ley 91 de 1989; pero si se dio de manera posterior, la normativa aplicable será la Ley 100 de 1993.

Indicó que para la liquidación de la pensión de jubilación debe acudirse a la Ley 33 de 1985, la cual si bien no estableció de manera taxativa los factores salariales que debían incluirse, lo cierto es que tal circunstancia no es un impedimento para tener en cuenta todo lo devengado por el trabajador en el último año de servicios, tal como lo ha entendido la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Adujo que el acto demandado desconoce la previsión hecha por el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, que remitió al Decreto 1045 de 1978, con base en el cual, la liquidación de la pensión debe incluir la totalidad de los factores devengados por el empleado.

Acotó que en el evento de no haberse realizado los respectivos aportes a pensión por concepto de los factores a incluir, la entidad debe disponer los descuentos correspondientes.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Dentro del término otorgado, la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG contestó la demanda (fls. 34 a 38, C.1), para oponerse a las pretensiones de la misma, aduciendo que al caso concreto son aplicables las Leyes 33 y 62 de 1985, que previeron expresamente los factores salariales a incluir en la liquidación pensional, y que no pueden adicionarse como lo pretende la parte actora, so pena de desconocer los principios constitucionales de sostenibilidad financiera y solidaridad.

Aclaró que de conformidad con la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019 del Consejo de Estado, los factores a incluir en las pensiones de los docentes son aquellos previstos en la Ley 33 de 1985 y sobre los que se hubiere realizado el aporte o cotización.

Propuso las excepciones que denominó: ***“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN O COBRO DE LO NO DEBIDO”***, con fundamento en que la pensión de jubilación fue liquidada conforme a las normas vigentes y aplicables al caso concreto; y ***“RECONOCIMIENTO OFICIOSO O GENERICA (sic)”***, en el evento que resulten probados hechos que configuren una excepción previa.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El 28 de noviembre de 2019, el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia (fls. 64 a 75, C.1), a través de la cual: **i)** declaró fundada la excepción de inexistencia de la obligación y cobro de lo no

debido propuesta por la Nación – Ministerio de Educación Nacional; **ii)** negó las pretensiones de la demanda; y **iii)** se abstuvo de condenar en costas. Lo anterior, con fundamento en lo siguiente.

Explicó que para los docentes vinculados antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, el régimen pensional es el previsto en la Ley 91 de 1989, que remitió a la Ley 33 de 1985.

Indicó que el Consejo de Estado profirió sentencia de unificación el 25 de abril de 2019 (radicado: 2015-00569-01), con base en la cual sólo procede la inclusión de aquellos factores salariales enlistados en el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, sobre los que se hubiere cotizado.

Expuso que aun cuando la bonificación creada por el Decreto 1566 de 2014 no figura en las Leyes 33 y 62 de 1985, la misma debe incluirse en la liquidación de las pensiones de jubilación de quienes la devengaron en el último año de vinculación al servicio anterior a su retiro, pues así lo dispone expresamente la citada norma.

Precisó que la citada bonificación rige desde el 1º de junio de 2014 hasta el 31 de diciembre de 2015, y que con el Decreto 322 de 2018, se creó nuevamente una bonificación mensual que constituye factor salarial, con efectos entre el 1º de enero de 2018 y el 31 de diciembre del mismo año.

Consideró que para el caso concreto la pensión de jubilación de la parte actora había sido reliquidada correctamente, incluyendo los factores correspondientes, en los montos percibidos en el año anterior al retiro definitivo del servicio.

Finalmente sostuvo que se abstendría de condenar en costas, teniendo en cuenta la variación de la postura jurisprudencial sobre la materia.

RECURSO DE APELACIÓN

Mediante memorial obrante de folios 84 a 87 del cuaderno principal, la parte demandante recurrió la sentencia de primera instancia, solicitando que se acceda a incluir la bonificación mensual como factor salarial.

Manifestó que en providencias de tutela el Consejo de Estado ha protegido los derechos fundamentales de los demandantes frente a sentencias que han negado la inclusión de todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del status pensional en la liquidación de la pensión de jubilación.

Indicó que conforme a la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, la bonificación mensual de que trata el Decreto 1566 de 2014 debe incluirse en la liquidación pensional por tratarse de un factor sobre el cual se efectuaron aportes.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante (fls. 7 a 9, C.2)

Intervino en esta etapa procesal para ratificarse en los fundamentos de hecho y de derecho formulados en el recurso de apelación interpuesto y además para solicitar el reconocimiento de la bonificación mensual de que trata el Decreto 1566 de 2014, por tratarse de un factor sobre el cual se efectuaron aportes.

Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG

Guardó silencio.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no emitió concepto en el presente asunto.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Reparto. Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 14 de febrero de 2020, y allegado el 13 de julio del mismo año al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (fl. 2, C.2).

Admisión y alegatos. Por auto del 13 de julio de 2020 se admitió el recurso de apelación y se ordenó correr traslado para alegatos en caso de no existir solicitud de pruebas por practicar en segunda instancia (fl. 2, C.2). Sólo la parte actora alegó de conclusión (fls. 7 a 9, ibídem). El Ministerio Público no rindió concepto en esta oportunidad.

Paso a Despacho para sentencia. El 9 de septiembre de 2020 el proceso ingresó a Despacho para sentencia (fl. 10, C.2), la que se dicta en seguida, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA. Se precisa que por tratarse de un asunto que versa sobre un caso similar a los ya decididos por esta Corporación, y en procura de la celeridad y agilidad para dar solución a dichos temas, se profiere este fallo sin tener en cuenta el orden de ingreso del proceso a Despacho para tal efecto, tal como se autoriza por el artículo 18

de la Ley 446 de 1998, en armonía con lo previsto por el artículo 115 de la Ley 1395 de 2010.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

Problema jurídico

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

- *¿Es procedente para el caso concreto reliquidar la pensión de jubilación de la señora María Lucero Zuluaga Alzate, teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios anterior al retiro definitivo de la docencia?*
- *En caso afirmativo, ¿cuál es la entidad encargada de asumir la reliquidación de la pensión de jubilación de la accionante?*

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** hechos probados; **ii)** régimen pensional aplicable; **iii)** ingreso base de liquidación y factores salariales a incluir en la pensión de jubilación de docentes; **iv)** aplicación de la nueva jurisprudencia sobre los factores salariales a incluir en la liquidación de las pensiones de jubilación de los docentes; **v)** reconocimiento y liquidación de la pensión de jubilación de la parte demandante; y **vi)** entidad responsable de asumir la reliquidación pensional y determinación de responsabilidad por aportes del empleador.

Hechos debidamente acreditados

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

1. Por Resolución nº 01049 del 24 de octubre de 2008 (fls. 16 y 17, C.1), la Secretaría de Educación del Municipio de Manizales en nombre y representación del Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, reconoció pensión de jubilación a favor de la parte accionante, en cuantía de \$1'746.236, efectiva a partir del 14 de mayo de 2008.

Para la liquidación de la prestación se aplicó el 75% del salario promedio mensual devengado durante el último año de servicio anterior a la consolidación del status pensional, incluyendo además del sueldo, la prima de navidad y la prima de vacaciones.

2. Con Resolución n° 522 del 24 de julio de 2018 (fl. 15, C.1), la Secretaría de Educación del Municipio de Manizales en nombre y representación del Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, reliquidó la pensión de jubilación reconocida a la parte accionante por retiro definitivo, elevando la cuantía de la misma a la suma de \$2'946.980, efectiva a partir del 31 de diciembre de 2017.

Para la reliquidación de la prestación se aplicó el 75% del salario promedio mensual devengado durante el último año de servicio, incluyendo además del sueldo, la prima de navidad, la prima de vacaciones y la prima de servicios.

3. Conforme a la Resolución n° 01049 del 24 de octubre de 2008 (fls. 16 y 17, C.1), la señora María Lucero Zuluaga Alzate nació el 13 de mayo de 1953, laboró como docente desde el 18 de febrero de 1974, y adquirió su status pensional el 13 de mayo de 2008.
4. Según Formato Único para la Expedición de Certificado de Salarios del FOMAG n° 10665 del 14 de noviembre de 2018 (fl. 18, C.1), entre el período comprendido entre el 1° de enero de 2016 y el 31 de diciembre de 2017, la parte demandante devengó además de la asignación básica mensual, prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones y bonificación mensual.

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 2003³, 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.

³ “Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario”.

- 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)

Para el caso concreto, de conformidad con lo manifestado en la parte motiva de la Resolución nº 01049 del 24 de octubre de 2008 (fls. 16 y 17, C.1), la señora María Lucero Zuluaga Alzate prestó sus servicios en el ramo de la educación **desde el 18 de febrero de 1974**, esto es, con anterioridad a la Ley 812 de 2003. En ese orden de ideas, le es aplicable en materia pensional el régimen vigente para los pensionados del sector público nacional, es decir, el previsto en la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año.

Así lo precisó igualmente el Consejo de Estado en reciente sentencia de unificación del 25 de abril de 2019⁴, en la que indicó que “*El régimen pensional para los servidores públicos del orden nacional a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, era el previsto en la Ley 33 de 1985. Por lo tanto, el régimen aplicable a los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados⁵, y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, por remisión de la misma Ley 91 de 1989, es el previsto en la citada Ley 33 de 1985⁶”.*

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

Ingreso base de liquidación pensional y factores salariales a reconocer

Como se indicó anteriormente, el literal b) del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 dispuso que los docentes que cumplieran los requisitos de

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Dr. César Palomino Cortés. Sentencia de unificación del 25 de abril de 2019. Radicado número: 68001-23-33-000-2015-00569-01(0935-2017).

⁵ Cita de cita: Se fijó el 1 de enero de 1981, tal y consta en los antecedentes históricos de la norma, por ser el momento de la nacionalización de la educación a la luz de la Ley 43 de 1975.

⁶ Cita de cita: “Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público”.

ley, tendrían derecho a una pensión de jubilación equivalente al 75% sobre el salario mensual promedio del último año de servicio. Los requisitos de ley en cuanto a edad y tiempo de servicios son los señalados en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985.

En lo que respecta al ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación y a la manera de establecerlo, debe precisarse que a la parte demandante no le es aplicable la Ley 100 de 1993 ni el régimen de transición previsto en dicha normativa en razón de la fecha de su vinculación al servicio docente y, por ende, no le es predicable la regla⁷ y primera subregla⁸ establecidas en la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2018⁹, relacionadas con la interpretación adecuada del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Por el contrario, tal como quedó expuesto en sentencia de unificación del Consejo de Estado del 25 de abril de 2019, *“La regla que rige para el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a periodo y factores. Lo que quiere decir que el periodo es el de un (1) año y los factores son únicamente los que se señalan en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985”*.

En punto a los factores salariales que deben tenerse en cuenta en la respectiva liquidación, el Consejo de Estado fijó la siguiente regla en la misma sentencia de unificación referida: *“En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo los factores sobre los que se hayan efectuado los*

⁷ De conformidad con la sentencia de unificación, la regla es la siguiente: *“El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985”* (negrilla es del texto).

⁸ Atendiendo lo indicado en la sentencia de unificación, la primera subregla es la siguiente:

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

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

⁹ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. César Palomino Cortés. Sentencia del 28 de agosto de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 52001-23-33-000-2012-00143-01(IJ).

respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo”.

El artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, estableció la liquidación de las pensiones de jubilación de la siguiente manera:

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

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

Aplicación de la nueva jurisprudencia sobre los factores salariales a incluir en la liquidación de las pensiones de jubilación de los docentes

En la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019 ya citada, el Consejo de Estado precisó los efectos de la decisión con la cual se fijaron las reglas jurisprudenciales en materia de los factores que deben incluirse en la liquidación de la mesada pensional obtenida bajo la Ley 33 de 1985, específicamente para el caso de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003. Indicó que el nuevo criterio señalado se aplicaría en forma retrospectiva, esto es, a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias, salvo aquellos en los que hubiere operado la cosa juzgada, que en virtud del principio de seguridad jurídica resultarían inmodificables.

Para resolver este caso la Sala considera que debe acudir al precedente vigente sobre la materia, dado que el presente asunto se encuentra pendiente de decisión y no ha operado cosa juzgada.

Reconocimiento y liquidación de la pensión de jubilación de la parte demandante

Para el caso que convoca la atención de esta Sala, se observa que a la señora María Lucero Zuluaga Alzate le reconocieron pensión de jubilación, en cuya liquidación se incluyeron la asignación básica mensual así como la prima de navidad, la prima de vacaciones y la prima de servicios.

En la demanda promovida, la parte actora reprocha que se hubiera omitido incluir la bonificación mensual, pues también fue devengada en el último año de servicio.

Conforme a la regla fijada por el Consejo de Estado en materia de ingreso base de liquidación de las pensiones de jubilación de los docentes vinculados antes de la Ley 812 de 2003, los factores que deben tenerse en cuenta son sólo aquellos sobre los que se hubieran efectuado los aportes, esto es, únicamente los señalados expresamente en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, así: asignación básica mensual, gastos de representación, primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación cuando fueran factor de salario, dominicales y festivos, horas extras, bonificación por servicios prestados, y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

Ahora bien, los Decretos 1566 de 2014, 1272 de 2015, 123 de 2016 y 983 de 2017, crearon una bonificación mensual para los servidores públicos docentes, la cual *“constitu[ye] factor salarial para todos los efectos legales”*. Tal circunstancia, en criterio de este Tribunal, permite inferir que a partir de la fecha de su reconocimiento (1º de junio de 2014), que se ha extendido en la práctica hasta el 31 de diciembre de 2017 según la última de las normas mencionadas, debe incluirse en la liquidación pensional de los docentes, así no esté expresamente contemplada en la Ley 62 de 1985, siempre que hubiere sido devengada en el último año anterior al status pensional o último año de servicio como en este caso.

Así pues, la Sala de Decisión encuentra que la reliquidación pensional reclamada es procedente en este caso.

Aclara el Tribunal que no obstante que las Resoluciones nº 01049 del 24 de octubre de 2008 y nº 522 del 24 de julio de 2018 tuvieron en cuenta la prima de navidad, la prima de vacaciones y la prima de servicios para liquidar la pensión de jubilación de la parte demandante –factores que no están incluidos en la Ley 62 de 1985–, dichos actos de reconocimiento y reliquidación pensional no pueden modificarse en ese aspecto, pues además de que el primero no fue demandado, las pretensiones de la demanda versan sólo respecto de la inclusión de la bonificación mensual como factor adicional.

Llegar a una conclusión diferente implicaría, como lo sostuvo el Consejo de Estado¹⁰, no sólo desbordar el objeto del litigio fijado sino que afectaría principios y derechos constitucionales como el debido proceso, la confianza legítima y la tutela efectiva de los derechos que pretende quien impugna una decisión administrativa a través de este medio de control.

Entidad u órgano competente para reliquidar la pensión de jubilación de los docentes

El Decreto 2277 de 1979 que es el Estatuto Docente, previó en su artículo 36 entre los derechos de los docentes, el relativo a obtener el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de ley.

El artículo 2 de la Ley 91 de 1989, “*por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*”, estableció en su numeral 5:

Las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado [y de los que se vinculen con posterioridad a su promulgación conforme lo dispone artículo 4º] 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 hicieren 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. (Anotación entre corchetes y negrilla son de la Sala).

Según tal norma no cabe duda alguna que las prestaciones sociales del Magisterio a partir de la promulgación de la Ley 91 de 1989, están a cargo de la Nación, y que su pago se hace por medio del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Este es un fondo independiente, como también lo es su contabilidad y estadística, carece de personalidad jurídica, y constituye una cuenta de la Nación, como se desprende del artículo 3 de la misma ley mencionada¹¹.

¹⁰ Así lo precisó en la sentencia de unificación del 29 del 25 de abril de 2019 ya citada.

¹¹ El art. 3 de la Ley 91 de 1989 dispone: “*Créase 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. Para tal efecto, el Gobierno Nacional suscribirá el correspondiente contrato de fiducia mercantil, que contendrá las estipulaciones necesarias para el debido cumplimiento de la presente Ley y fijará la Comisión que, en desarrollo del mismo, deberá cancelarse a la sociedad fiduciaria, la cual será una suma fija, o variable determinada con base en los costos administrativos que se generen. La celebración del contrato podrá ser delegada en el Ministro de Educación Nacional*”. (Resalta la Sala).

La Ley 962 de 2005, “por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos”, estableció en su artículo 56 que:

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

El Decreto 2831 de 2005 reglamentó los artículos 3 y 7 de la Ley 91 de 1989, así como el citado artículo 56 de la Ley 962 de 2005, estableciendo en el capítulo II el “Trámite para el reconocimiento de prestaciones económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”.

Conforme a lo anterior se concluye que el reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes corresponde exclusivamente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, quedando las entidades territoriales a través de sus Secretarías de Educación como meras tramitadoras de las solicitudes en la materia, por lo que en este sentido la responsabilidad recae única y exclusivamente en tal fondo y no en el ente local.

Sobre el tema, el Consejo de Estado en providencia del 5 de marzo de 2015, confirmó una decisión proferida en audiencia inicial por este Tribunal, en la cual se declaró infundada la excepción denominada, “no comprender la demanda todos los litisconsortes necesarios”¹².

¹² Consejo de Estado. Sección Segunda. Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Auto del 5 de marzo de 2015. Radicación número: 17001-23-33-000-2013-00654-01. Se indicó en tal ocasión:

De acuerdo con lo regulado por el artículo 61 del Código General del Proceso y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, el litisconsorcio se considera necesario cuando tiene la connotación o importancia de impedir que el proceso se adelante si uno de los sujetos que integran la parte activa o pasiva y resulta afectado con la decisión, no está enterado del proceso; entonces, es requisito sine qua non que tal sujeto de la relación jurídica o acto jurídico integre el proceso y pueda ejercer sus derechos de defensa y debido proceso.

En este orden de ideas, se considera que en el caso que se decide, la Secretaría de Educación del ente territorial, no es litisconsorte necesario de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, toda vez que es a ésta quien por ley está obligada al pago de las prestaciones sociales del magisterio, y que las secretarías de educación de los entes territoriales solo actúan como colaboradoras de la entidad nacional mencionada.

Con fundamento en lo anterior así como en la posición sostenida uniformemente por el Consejo de Estado en su Sección Segunda¹³, esta Corporación reitera el criterio según el cual la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, efectivamente es la entidad legalmente llamada no sólo a pagar las prestaciones sociales de los docentes, entre estas las pensiones de jubilación que los afiliados soliciten a la referida cuenta especial, sino que también le compete hacer el reconocimiento de las mismas.

Prescripción

Respecto al tema de la prescripción de los derechos salariales y prestacionales, el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 preceptúa:

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

Considera la Sala que el fenómeno de la prescripción no se configuró en el asunto bajo examen, toda vez que no transcurrieron más de tres años desde el momento en que se notificó la resolución que reliquidó la pensión de jubilación de la parte demandante –10 de agosto de 2018– y la fecha de presentación de la demanda –5 de diciembre de 2018–.

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 le asiste derecho a que su pensión de jubilación se reliquide incluyendo la bonificación mensual como factor salarial devengado en el año anterior al retiro definitivo de la docencia.

Así, pues, en el sub examine, el proceso se puede tramitar y decidir sin que se requiera la presencia, en este caso, de la Secretaría de Educación de Manizales como lo pretende la excepción formulada por la apoderada de la entidad demandada, pues, se repite, ésta no es litisconsorcio necesario de aquella.

¹³ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 21 de octubre de 2011. Consejero Ponente: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Radicación número: 19001-23-31-000-2003-01299-01(0672-09).

En ese sentido, se revocará la sentencia dictada en primera instancia para en su lugar, acceder a las súplicas de la demanda.

Las sumas que resulten a favor de la parte demandante deberán actualizarse por razones de equidad, tal como lo ha sostenido reiteradamente el Consejo de Estado en su Sección Segunda, en los términos del artículo 187 del CPACA, aplicando la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por la parte accionante desde la fecha en que se retiró del servicio, hasta la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el número que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el índice inicial vigente para la fecha en que debió hacerse el pago, según se dispuso en la parte motiva de esta providencia.

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

La entidad demandada dará cumplimiento al presente fallo en los términos previstos por el artículo 192 del CPACA, sin perjuicio de la carga impuesta a la parte actora en el inciso segundo de la disposición en mención.

Costas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, este Tribunal considera que en el presente asunto no debe condenarse en costas, pues la demanda fue interpuesta conforme a la jurisprudencia vigente del Consejo de Estado para dicha época.

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

FALLA

Primero. REVÓCASE la sentencia del veintiocho (28) de noviembre de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora María Lucero Zuluaga Alzate contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Lo anterior, atendiendo las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

En su lugar,

Segundo. DECLÁRANSE **infundadas** las excepciones propuestas por la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y que denominó “**INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN O COBRO DE LO NO DEBIDO**” y “**RECONOCIMIENTO OFICIOSO O GENERICA** (sic)”.

Tercero. DECLÁRASE la **nulidad parcial** de la Resolución nº 522 del 24 de julio de 2018, expedida por la Secretaría de Educación del Municipio de Manizales en nombre y representación del Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, en tanto no incluyó la bonificación mensual en la reliquidación de la pensión de jubilación de la parte accionante por retiro definitivo del servicio, conforme a las consideraciones de esta sentencia.

Cuarto. En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, **ORDÉNASE** a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reliquidar la pensión de jubilación de la señora María Lucero Zuluaga Alzate, en cuantía del 75% de todo lo devengado por aquella en el año anterior al retiro definitivo del servicio –31 de diciembre de 2016 a 31 de diciembre de 2017–, incluyendo además de los factores salariales ya reconocidos, la bonificación mensual.

Quinto. Las sumas que resulten a favor de la parte demandante serán canceladas de acuerdo con lo antes expresado, y hasta que se haga efectiva la reliquidación pensional dentro de los términos fijados por el artículo 192 del CPACA y debidamente indexadas mediante la aplicación de los ajustes de valor, para lo cual, se tendrá en cuenta la fórmula indicada en la parte motiva de esta providencia y la forma como deberán hacer dichos ajustes. Lo anterior, atendiendo las motivaciones de este fallo.

Sexto. La entidad demandada dará cumplimiento al presente fallo en los términos previstos por el artículo 192 del CPACA, sin perjuicio de la carga impuesta a la parte actora en el inciso segundo de la disposición en mención.

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

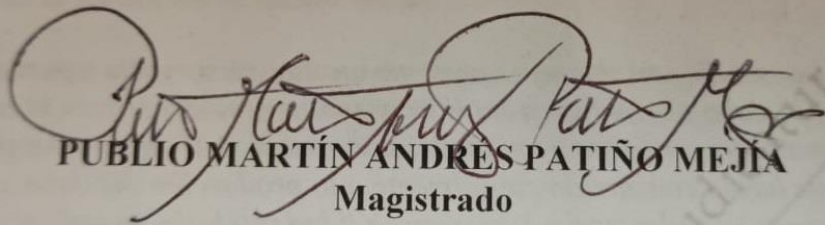
Octavo. **NOTIFÍQUESE** conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

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

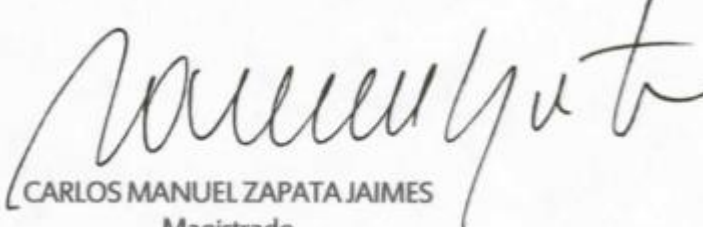
Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

No. 16
FECHA: 2 de febrero de 2021



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, veintiocho (28) de enero de dos mil veintiuno (2021)

Procede el Tribunal Administrativo de Caldas a decidir sobre el impedimento manifestado por el Juez Primero Administrativo del Circuito de Manizales para conocer el proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por **JHON JAIRO SÁNCHEZ GARCÍA** contra la **NACIÓN – RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL**.

ANTECEDENTES

Con libelo presentado el 5 de marzo de 2020, el señor Sánchez García, entre otras pretensiones, solicitó se declare la nulidad de la Resolución No. DESAJMZR19 -261 del 6 de marzo de 2019, suscrita por el Director Ejecutivo Seccional de Administración Judicial de Manizales, y del acto ficto o presunto negativo originado en el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución en mención, por medio del cual se negó el reconocimiento de la bonificación judicial consagrada en el Decreto 0383 de 2013.

A título de restablecimiento del derecho, impetra se condene a la entidad accionada a liquidar y pagar la señalada bonificación del decreto 383 de 2013, con la inclusión de la misma en su asignación básica y así tener incidencia directa en las prestaciones sociales y demás emolumentos que percibidos como servidor judicial.

EL IMPEDIMENTO

El Juez Primero Administrativo del Circuito de Manizales, el 8 de julio de 2020 manifestó su impedimento para conocer de la demanda con fundamento en la causal del numeral 1 del artículo 141 del C.G.P., por remisión que hace el artículo 130 del CPACA, puesto que, en su sentir, tiene interés directo en las resultas del proceso, causal de impedimento que, igualmente señala, cobija a los demás Jueces Administrativos del Circuito de Manizales.

**CONSIDERACIONES
DE LA
SALA DE DECISIÓN**

Los impedimentos tienen como fundamento la integridad moral del funcionario que los declara, quien en razón de la existencia de ciertas situaciones comprobadas puede sentirse

condicionado, bien en su fuero interno o en sus circunstancias externas. Sobre el particular, el Honorable Consejo de Estado ha expresado que:

“...los impedimentos como las recusaciones son mecanismos jurídicos dirigidos a garantizar que las decisiones judiciales se adopten con sujeción a los principios de imparcialidad, independencia y transparencia que gobiernan la labor judicial. Por tanto, cuando se presenta alguna situación que puede dar lugar a una decisión parcializada, es decir que comprometa el recto entendimiento y aplicación del orden jurídico a un caso concreto, es necesario que el operador judicial en forma anticipada y con fundamento en las causales determinadas taxativamente por el Legislador exprese tal circunstancia, como lo ordena el artículo 149 del Código de Procedimiento Civil. Así cada persona que acude a un Juzgado o Tribunal puede tener la confianza plena de que las decisiones adoptadas se proferirán dentro del margen de objetividad, imparcialidad y justicia que se demandan de los titulares de la función jurisdiccional....”¹.

El artículo 130 de la Ley 1437 de 2011, además de remitir al artículo 150 del CPC (entiéndase artículo 131 del Código General del Proceso) prevé las causales de impedimento y recusación de los jueces y magistrados de esta jurisdicción especializada. El numeral 1 del artículo 141 del CGP indica como motivos de recusación:

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

La “bonificación judicial” que pretende la parte nulidisciente sea incluida como factor salarial y prestacional se encuentra prevista en el Decreto 383 de 2013², cuyo artículo 1º dispone también el reconocimiento de dicho rubro en favor de los Jueces del Circuito:

“ARTÍCULO 1º. Créase para los servidores de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar a quienes se les aplica el régimen salarial y prestacional establecido en los Decretos números 57 y 110 de 1993, 106 de 1994, 43 de 1995 y que vienen rigiéndose por el Decreto número 874 de 2012 y las disposiciones que lo modifiquen o sustituyan, una bonificación judicial, la cual se reconocerá mensualmente y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

La bonificación judicial se reconocerá a partir del 1º de enero de 2013, se percibirá mensualmente, mientras el servidor público permanezca en el servicio y corresponde para cada año al valor que se fija en las siguientes tablas, así:

¹ Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda, 3 de febrero de 2011. Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Álvaro Arcila. Radicación: 25000-23-25-000-2010-00749-01(2350-10).

² Expedido por el Departamento Administrativo de la Función Pública “Por el cual se crea una bonificación judicial para los servidores públicos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar y se dictan otras disposiciones”.

(...)

3. Para los cargos de los Juzgados de Circuito, Especializado, Juzgados de Tribunal Penal Militar y Juzgados de Justicia Penal Militar, relacionados a continuación la bonificación judicial, será:

DENOMINACIÓN DEL CARGO	MONTO DE LA BONIFICACIÓN JUDICIAL A PAGAR MENSUALMENTE CADA AÑO		
	Año 2016	Año 2017	Año 2018
Juez Penal del Circuito Especializado	2.509.062	2.990.321	3.583.675
Coordinador de Juzgado Penal del Circuito Especializado	2.509.062	2.990.321	3.583.675
Juez de Dirección o inspección	2.509.062	2.990.321	3.583.675
Fiscal ante Juez de Dirección o de Inspección	2.509.062	2.990.321	3.583.675
Auditor de Guerra de Dirección o de Inspección	2.491.678	2.969.604	3.558.846
Juez del Circuito	2.196.230	2.617.486	3.136.860
Juez de División o de Fuerza Naval, o de Comando Aéreo o de Policía Metropolitana	2.196.230	2.617.486	3.136.860
Fiscal ante Juez de División o de fuerza naval o de Comando Aéreo o de Policía Metropolitana	2.196.230	2.617.486	3.136.860
Auditor de Guerra de División o de fuerza naval o de Comando Aéreo o de Policía Metropolitana	2.272.185	2.708.010	3.245.346
Juez de Brigada o de base Aérea o de Grupo Aéreo o de Escuela de Formación o de Departamento de Policía	2.358.938	2.811.402	3.369.253
Fiscal ante Juez de Brigada o de base aérea, o de Grupo Aéreo o de Escuela de Formación o Departamento de Policía	2.358.938	2.811.402	3.369.253
Juez de Instrucción Penal Militar	2.358.938	2.811.402	3.369.253
Auditor de Guerra de Brigada, o de Base Aérea, o de Grupo Aéreo, o de Escuela de	2.358.938	2.811.402	3.369.253

formación o de Departamento de Policía			
Asistente Social Grado 1	1.901.012	2.265.642	2.715.201
Secretario	1.688.165	2.011.969	2.411.194
Oficial Mayor o Sustanciador	1.416.093	1.687.712	2.022.596
Asistente Social Grado 2	1.168.486	1.392.611	1.668.940
Escribiente	1.008.526	1.201.969	1.440.469

(...)” /Negrillas de la Sala/.

En el sub-lite el señor Juez Administrativo manifestó que le asiste un interés directo en las resultas del proceso en la medida que tiene el mismo derecho deprecado por el actor, aspecto que a juicio de esta Sala de Decisión legitiman el óbice manifestado por el funcionario, y que cobija así mismo a los demás Jueces Administrativos de Manizales y por ende, fuerza a resolver favorablemente la declaración materia de estudio.

En consecuencia, de conformidad con el numeral 2 del artículo 131 de la Ley 1437/11 y el artículo 30 del Acuerdo 209 de 1997³ del Consejo Superior de la Judicatura, **FÍJASE** como fecha y hora para la elección pública del conjuer de manera virtual que deba actuar en el presente trámite, el día **VIERNES DOCE (12) DE FEBRERO DE DOS MIL VEINTIUNO (2021) A LAS NUEVE Y MEDIA (9:30) DE LA MAÑANA**, diligencia que será dirigida por el Magistrado Ponente, de manera virtual, conforme la autorización de la Sala Plena del Tribunal Administrativo.

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

Por lo discurrido, el Tribunal Administrativo de Caldas **SALA DE DECISIÓN**,

RESUELVE

PRIMERO: ACÉPTASE la declaración de **IMPEDIMENTO** manifestada por el Juez Primero Administrativo del Circuito de Manizales, el que igualmente cobija a los demás jueces administrativos del circuito de Manizales, para conocer de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho impetrada por **JHON JAIRO SÁNCHEZ GARCÍA** contra la **NACIÓN – RAMA JUDICIAL - DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL**.

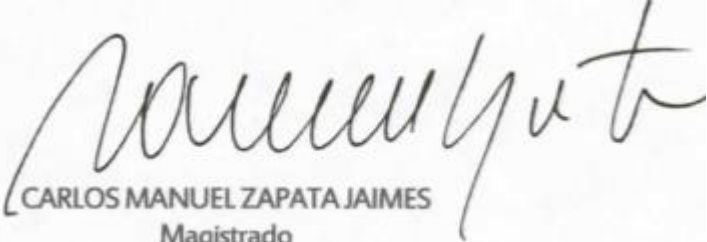
SEGUNDO: FÍJASE como fecha y hora para el sorteo de conjuer que deba actuar en el presente trámite, el día **VIERNES DOCE (12) DE FEBRERO DE DOS MIL VEINTIUNO (2021) A LAS NUEVE Y MEDIA (9:30) DE LA MAÑANA** de manera virtual.

³ “Por el cual se establecen las reglas generales para el funcionamiento de los tribunales administrativos.”, modificado por el Acuerdo No. PSAA12-9482 de 30 de mayo de 2012.

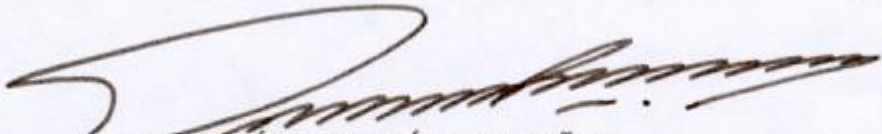
TERCERO: COMUNÍQUESE el presente auto a todos los Jueces Administrativos del Circuito de Manizales, para los fines pertinentes.

NOTIFÍQUESE

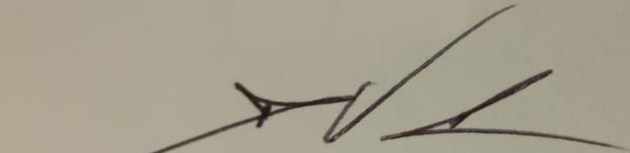
Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión Virtual celebrada el 28 de enero de 2021, conforme Acta n° 004 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
Magistrado



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 016 del 02 de febrero de 2021.
Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.

Manizales, _____

A handwritten signature in green ink, consisting of several vertical strokes and a horizontal base, with a long tail extending downwards.

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.: 008

Asunto:	Sentencia de segunda instancia
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-33-002-2018-00347-02
Demandante:	José Antonio Cañas Valencia
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

**Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n°
003 del 29 de enero de 2021**

Manizales, veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, corresponde a esta Sala de Decisión desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del trece (13) de diciembre de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las súplicas de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor José Antonio Cañas Valencia contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG²).

DEMANDA

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 30 de julio de 2018 (fls. 1 a 15, C.1), se solicitó lo siguiente:

Pretensiones

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, FOMAG.

1. Que se declare la nulidad de la Resolución nº 6128-6 del 13 de julio de 2018, en tanto negó el ajuste de la pensión de jubilación de la parte actora con la totalidad de los factores salariales devengados en el año status.
2. Que se declare que a la parte actora le asiste derecho a que le sea reajustada su pensión de jubilación, tomando para ello el 75% del salario promedio devengado durante el año status (7 de septiembre de 2013 a 6 de septiembre de 2014), incluyendo todos los factores salariales, tales como la prima de navidad y la prima de servicios.
3. Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la entidad demandada a pagar la pensión de jubilación de la parte demandante a partir del 7 de septiembre de 2014, en cuantía de \$885.361, pagando la suma o diferencia entre lo reconocido y lo ordenado en el fallo correspondiente.
4. Que se condene a la entidad accionada a realizar los pagos debidamente indexados.
5. Que se ordene a la entidad demandada dar cumplimiento al fallo en los términos previstos por los artículos 192 y 195 del CPACA.
6. Que se condene en costas a la parte accionada.

Hechos

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

1. Mediante Resolución nº 7220-6 del 20 de septiembre de 2017 le fue reconocida pensión de jubilación al señor José Antonio Cañas Valencia.
2. En la liquidación de la prestación no se tuvieron en cuenta todos los factores salariales devengados en el año status (7 de septiembre de 2013 a 6 de septiembre de 2014), pues no se incluyó la prima de navidad y la prima de servicios.
3. El 6 de julio de 2018, la parte actora presentó solicitud de reliquidación pensional, la cual fue resuelta desfavorablemente a través de Resolución nº 6128-6 del 13 de julio de 2018.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte actora estimó como violadas las siguientes disposiciones: Acto Legislativo nº 01 de 2005; Constitución Política: artículos 2, 4, 5, 6, 13, 20, 46, 48 y 53; CPACA: artículos 3, 13, 66 y 138; Ley 91 de 1989; Ley 60 de 1993: artículo 6; Ley 33 de 1985; Ley 100 de 1993: artículos 29 y 36; Ley 115 de 1994; y Ley 812 de 2003.

Explicó que la normativa aplicable a los docentes vinculados antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 corresponde a los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, en virtud de los cuales la pensión de jubilación debe liquidarse en cuantía equivalente al 75% del salario mensual promedio del año anterior al status pensional.

Adujo que en sentencia de unificación –la cual no identificó–, el Consejo de Estado precisó que deben garantizarse los principios de igualdad material, progresividad, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, permitiendo que se incluya en la base de liquidación pensional todos los factores salariales devengados por el servidor público, sin distinción alguna.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Dentro del término otorgado, la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG contestó la demanda (fls. 42 a 55, C.1), para oponerse a las pretensiones de la misma, aduciendo que no tiene obligación alguna de incluir factores salariales distintos a los cotizados para obtener la pensión de jubilación, pues ello comportaría el desconocimiento de la normativa vigente aplicable al reconocimiento y pago de pensiones para educadores.

Manifestó que, en todo caso, el derecho a devolución de aportes se encontraría prescrito, por haber transcurrido más de tres años desde que se hizo exigible la obligación hasta cuando se interpuso la demanda.

Propuso las excepciones que denominó: ***“INEPTITUD SUSTANCIAL DE LA DEMANDA POR FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DE LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL”***, alegando que la entidad no ostenta potestad nominadora ni administra el personal docente y administrativo de los planteles educativos y, por tanto, no expide actos de reconocimiento de prestaciones sociales, lo cual es función de las secretarías de educación de cada entidad territorial; ***“INEXISTENCIA DEL DEMANDADO –FALTA DE RELACIÓN CON EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO, CONEXO O DERIVADO DEL ACTO ADMINISTRATIVO EXPEDIDO POR LA ENTIDAD***

TERRITORIAL CERTIFICADA. FALTA DE COMPETENCIA DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN PARA EXPEDIR EL ACTO ADMINISTRATIVO Y RECONOCER EL DERECHO RECLAMADO", con fundamento en que no existe relación de causalidad o vínculo entre la Nación – Ministerio de Educación Nacional y el derecho solicitado por el docente; **"INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DEMANDADA POR INEXISTENCIA DE CAUSA JURÍDICA"**, teniendo en cuenta que la obligación que se pretende es ilegal y desconoce lo previsto por el Decreto 3752 de 2003; **"PRESCRIPCIÓN"** sobre aquellos derechos económicos reclamados que superen el lapso de tres años desde que la obligación se hizo exigible hasta la presentación de la demanda; **"BUENA FE"** con la que ha actuado la demandada, siempre con estricto apego a la ley aplicable; y **"GENÉRICA"**, en el evento que en el curso del proceso se hallare como probada cualquier otra excepción.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El 13 de diciembre de 2019, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia (fls. 88 a 96, C.1), a través de la cual: **i)** declaró fundada la excepción de inexistencia de la obligación por inexistencia de causa jurídica propuesta por la Nación – Ministerio de Educación Nacional; **ii)** negó las pretensiones de la demanda; y **iii)** condenó en costas. Lo anterior, con fundamento en lo siguiente.

Precisó inicialmente que lo relacionado con el reconocimiento y pago de las prestaciones del personal docente nacional o nacionalizado está a cargo de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, sin perjuicio de que a las entidades territoriales respectivas las corresponda expedir los actos administrativos correspondientes.

Explicó que dada la fecha de vinculación de la parte actora, el régimen pensional aplicable era la Ley 91 de 1989, que remitió al régimen general de prestaciones sociales del sector público, esto es, a la Ley 33 de 1985.

En cuanto a los factores salariales, indicó que el Consejo de Estado profirió sentencia de unificación el 25 de abril de 2019 (radicado: 2015-00569-01), con base en la cual sólo procede la inclusión de aquellos enlistados en el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, sobre los que se hubiere cotizado.

De conformidad con lo anterior, consideró la Juez *a quo* que no le asistía razón a la parte demandante de solicitar la reliquidación de su pensión de jubilación, pues los factores reclamados y devengados en el año previo al

status pensional se encuentran por fuera de los establecidos en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

RECURSO DE APELACIÓN

Mediante memorial obrante de folios 105 a 108 del cuaderno principal, la parte demandante recurrió la sentencia de primera instancia, alegando que la Juez *a quo* no había valorado varias pruebas allegadas al proceso –sin precisar cuáles–.

Refirió igualmente que la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 del Consejo de Estado no es aplicable a los docentes, ya que éstos no se encuentran cobijados por el régimen de transición y, en tal sentido, no varía la forma de calcular el IBL para la pensión de jubilación.

Adujo que la Juez de primera instancia se apartó de múltiples fallos en los que se ha dejado claro que a los docentes que se hubieran vinculado antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 se les aplica la Ley 91 de 1989, que a su vez remite a la Ley 33 de 1985, y se les incluye en la liquidación pensional todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio.

Manifestó su inconformidad con la aplicación de la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019 del Consejo de Estado, pues consideró que ésta contraría los derechos que venían siendo reconocidos a los docentes y que además no había sido proferida al momento de interponerse la demanda.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante (fls. 13 a 15, C.2)

Intervino para manifestar que el régimen pensional aplicable es el previsto en las Leyes 33 y 62 de 1985, en virtud de las cuales la liquidación abarca todos los factores que hubieren servido de base para calcular los aportes.

Con base en lo anterior, solicitó que se revoque la providencia de primera instancia y, en su lugar, se ordene la reliquidación pensional para incluir dentro de la liquidación, las primas de navidad y de servicios devengadas en el año anterior a la adquisición del status pensional.

Instó a que no se condene en costas, teniendo en cuenta que al momento de presentar la demanda, la jurisprudencia era clara en que era procedente acceder a las pretensiones de reliquidación pensional.

Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG (fls. 5 y 6, C.2)

Manifestó que al caso concreto son aplicables las Leyes 33 y 62 de 1985, que previeron expresamente los factores salariales a incluir en la liquidación pensional, y que no pueden adicionarse como lo pretende la parte actora, so pena de desconocer los principios constitucionales de sostenibilidad financiera y solidaridad.

Aclaró que de conformidad con la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019 del Consejo de Estado, los factores a incluir en las pensiones de los docentes son aquellos previstos en la Ley 33 de 1985 y sobre los que se hubiere realizado el aporte o cotización.

Adujo entonces que la sentencia de primera instancia debe ser confirmada.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no emitió concepto en el presente asunto.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Reparto. Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 24 de febrero de 2020, y allegado el 14 de julio del mismo año al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (fl. 2, C.2).

Admisión y alegatos. Por auto del 14 de julio de 2020 se admitió el recurso de apelación y se ordenó correr traslado para alegatos en caso de no existir solicitud de pruebas por practicar en segunda instancia (fl. 2, C.2). Ambas partes alegaron de conclusión (fls. 5 a 6 y 13 a 15, ibídem). El Ministerio Público no rindió concepto en esta oportunidad.

Paso a Despacho para sentencia. El 9 de septiembre de 2020 el proceso ingresó a Despacho para sentencia (fl. 16, C.2), la que se dicta en seguida, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA. Se precisa que por tratarse de un asunto que versa sobre un caso similar a los ya decididos por esta Corporación, y en procura de la celeridad y agilidad para dar solución a dichos temas, se profiere este fallo sin tener en cuenta el orden de ingreso del proceso a Despacho para tal efecto, tal como se autoriza por el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, en armonía con lo previsto por el artículo 115 de la Ley 1395 de 2010.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

Problema jurídico

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

- *¿Es procedente para el caso concreto reliquidar la pensión de jubilación del señor José Antonio Cañas Valencia, teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios anterior a la adquisición del status pensional?*
- *En caso afirmativo, ¿cuál es la entidad encargada de asumir la reliquidación de la pensión de jubilación de la parte accionante?*

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** hechos probados; **ii)** régimen pensional aplicable; **iii)** ingreso base de liquidación y factores salariales a incluir en la pensión de jubilación de docentes; **iv)** aplicación de la nueva jurisprudencia sobre los factores salariales a incluir en la liquidación de las pensiones de jubilación de los docentes; y **v)** reconocimiento y liquidación de la pensión de jubilación de la parte demandante.

Hechos debidamente acreditados

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

1. Con Resolución nº 7220-6 del 20 de septiembre de 2017 (fls. 18 y 19, C.1), la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en nombre y representación del Ministerio de Educación Nacional – FOMAG reconoció pensión de jubilación a favor de la parte accionante, en cuantía de \$809.468, efectiva a partir del 7 de septiembre de 2014.

Para la liquidación de la prestación se aplicó el 75% del salario promedio mensual devengado durante el último año de servicio anterior a la consolidación del status pensional, incluyendo además del sueldo, la prima de vacaciones, el auxilio de transporte, el subsidio de alimentación

y la bonificación mensual.

2. Conforme a la Resolución n° 7220-6 del 20 de septiembre de 2017 (fls. 18 y 19, C.1), el señor José Antonio Cañas Valencia tenía más de 55 años para dicha época, laboró como docente desde el 1° de abril de 1987 y adquirió su status pensional el 6 de septiembre de 2014.
3. Según Formato Único para la Expedición de Certificado de Salarios del FOMAG n° 2996 del 13 de junio de 2018 (fls. 22 y 23, C.1), entre el período comprendido entre el 1° de enero de 2013 y el 31 de diciembre de 2014, la parte demandante devengó además de la asignación básica mensual, auxilio de transporte, subsidio de alimentación, prima de navidad, prima de vacaciones, prima de servicios y bonificación mensual.

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 2003³, que reguló dos eventos:

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

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

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

³ “Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario”.

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 registrarán 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)

Para el caso concreto, de conformidad con lo manifestado en la parte motiva de la Resolución nº 7220-6 del 20 de septiembre de 2017 (fls. 18 y 19, C.1), el señor José Antonio Cañas Valencia prestó sus servicios en el ramo de la educación **desde el 1º de abril de 1987**, esto es, con anterioridad a la Ley 812 de 2003. En ese orden de ideas, le es aplicable en materia pensional el régimen vigente para los pensionados del sector público nacional, es decir, el previsto en la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año.

Así lo precisó igualmente el Consejo de Estado en reciente sentencia de unificación del 25 de abril de 2019⁴, en la que indicó que *“El régimen pensional para los servidores públicos del orden nacional a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, era el previsto en la Ley 33 de 1985. Por lo tanto, el régimen aplicable a los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados⁵, y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, por remisión de la misma Ley 91 de 1989, es el previsto en la citada Ley 33 de 1985⁶”*.

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

Ingreso base de liquidación pensional y factores salariales a reconocer

Como se indicó anteriormente, el literal b) del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 dispuso que los docentes que cumplieran los requisitos de ley, tendrían derecho a una pensión de jubilación equivalente al 75% sobre el salario mensual promedio del último año de servicio. Los requisitos de ley en cuanto a edad y tiempo de servicios son los señalados en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985.

En lo que respecta al ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación y a la manera de establecerlo, debe precisarse que a la parte demandante no le es aplicable la Ley 100 de 1993 ni el régimen de transición previsto en dicha normativa en razón de la fecha de su vinculación al servicio docente y, por ende, no le es predicable la regla⁷ y primera subregla⁸ establecidas en la

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Dr. César Palomino Cortés. Sentencia de unificación del 25 de abril de 2019. Radicado número: 68001-23-33-000-2015-00569-01(0935-2017).

⁵ Cita de cita: Se fijó el 1 de enero de 1981, tal y consta en los antecedentes históricos de la norma, por ser el momento de la nacionalización de la educación a la luz de la Ley 43 de 1975.

⁶ Cita de cita: *“Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público”*.

⁷ De conformidad con la sentencia de unificación, la regla es la siguiente: *“El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985”* (negrilla es del texto).

⁸ Atendiendo lo indicado en la sentencia de unificación, la primera subregla es la siguiente:

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

sentencia de unificación del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2018⁹, relacionadas con la interpretación adecuada del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Por el contrario, tal como quedó expuesto en sentencia de unificación del Consejo de Estado del 25 de abril de 2019, *“La regla que rige para el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a periodo y factores. Lo que quiere decir que el periodo es el de un (1) año y los factores son únicamente los que se señalan en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985”*.

En punto a los factores salariales que deben tenerse en cuenta en la respectiva liquidación, el Consejo de Estado fijó la siguiente regla en la misma sentencia de unificación referida: *“En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo”*.

El artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, estableció la liquidación de las pensiones de jubilación de la siguiente manera:

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

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad,

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

⁹ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. César Palomino Cortés. Sentencia del 28 de agosto de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 52001-23-33-000-2012-00143-01(IJ).

técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.

Aplicación de la nueva jurisprudencia sobre los factores salariales a incluir en la liquidación de las pensiones de jubilación de los docentes

En la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019 ya citada, el Consejo de Estado precisó los efectos de la decisión con la cual se fijaron las reglas jurisprudenciales en materia de los factores que deben incluirse en la liquidación de la mesada pensional obtenida bajo la Ley 33 de 1985, específicamente para el caso de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003. Indicó que el nuevo criterio señalado se aplicaría en forma retrospectiva, esto es, a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias, salvo aquellos en los que hubiere operado la cosa juzgada, que en virtud del principio de seguridad jurídica resultarían inmodificables.

Para resolver este caso la Sala considera que debe acudir al precedente vigente sobre la materia, dado que el presente asunto se encuentra pendiente de decisión y no ha operado cosa juzgada.

Reconocimiento y liquidación de la pensión de jubilación de la parte demandante

Para el caso que convoca la atención de esta Sala, se observa que al señor José Antonio Cañas Valencia le reconocieron pensión de jubilación, en cuya liquidación se incluyeron la asignación básica mensual así como la prima de vacaciones, el auxilio de transporte, el subsidio de alimentación y la bonificación mensual.

En la demanda promovida, la parte actora reprocha que se hubiera omitido incluir la prima de navidad y la prima de servicios devengadas en el último año de servicio anterior a la adquisición del status pensional.

Conforme a la regla fijada por el Consejo de Estado en materia de ingreso base de liquidación de las pensiones de jubilación de los docentes vinculados antes de la Ley 812 de 2003, los factores que deben tenerse en cuenta son sólo aquellos sobre los que se hubieran efectuado los aportes, esto es, únicamente los señalados expresamente en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, así: asignación básica mensual, gastos de representación, primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación cuando fueran factor de

salario, dominicales y festivos, horas extras, bonificación por servicios prestados, y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

En ese orden de ideas, la parte demandante no tiene derecho a la reliquidación que reclama, pues no pueden tomarse como factores salariales la prima de navidad y la prima de servicios, dado que éstas no constituyen base de liquidación de los aportes.

En relación con esta última, debe precisarse que el Decreto 1545 de 2013 que creó la prima de servicios para el personal docente y directivo docente oficial de las instituciones educativas de preescolar, básica y media, estableció que aquella constituiría factor salarial desde el momento de su causación, únicamente para efectos de la liquidación de las siguientes prestaciones económicas: vacaciones, prima de vacaciones, cesantías y prima de navidad.

Aclara el Tribunal que no obstante que la Resolución nº 7220-6 del 20 de septiembre de 2017 tuvo en cuenta la prima de vacaciones y la bonificación mensual para liquidar la pensión de jubilación de la parte demandante – factores que no están incluidos en la Ley 62 de 1985–, dicho acto de reconocimiento pensional no puede modificarse en ese aspecto, en tanto la nulidad solicitada respecto del mismo fue sólo en lo que correspondía a la inclusión de la prima de navidad y de la prima de servicios como factores adicionales.

Llegar a una conclusión diferente implicaría, como lo sostuvo el Consejo de Estado¹⁰, no sólo desbordar el objeto del litigio fijado sino que afectaría principios y derechos constitucionales como el debido proceso, la confianza legítima y la tutela efectiva de los derechos que pretende quien impugna una decisión administrativa a través de este medio de control.

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 su pensión de jubilación se reliquide en los términos por ella solicitados, esto es, incluyendo la prima de navidad y la prima de servicios como factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del status pensional.

En ese sentido, se confirmará la sentencia dictada en primera instancia.

¹⁰ Así lo precisó en la sentencia de unificación del 29 del 25 de abril de 2019 ya citada.

Costas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, este Tribunal considera que en el presente asunto no debe condenarse en costas, pues la demanda fue interpuesta conforme a la jurisprudencia vigente del Consejo de Estado para dicha época.

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

FALLA

Primero. CONFÍRMASE la sentencia del trece (13) de diciembre de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor José Antonio Cañas Valencia contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Lo anterior, atendiendo las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

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

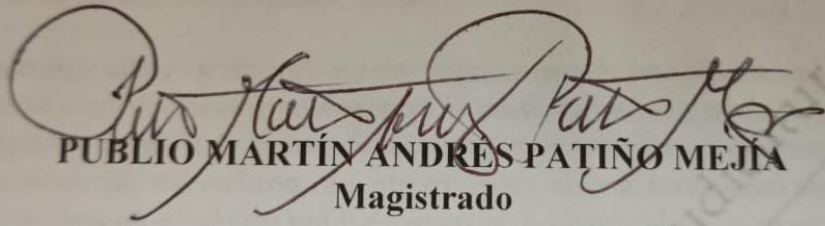
Tercero. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

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

Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado


PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado


CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

No. 16
FECHA: 2 de febrero de 2021



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS **-Sala Quinta de Decisión-**

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.: 013

Asunto:	Sentencia de segunda instancia
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-33-002-2018-00565-02
Demandante:	Judith Mejía Hoyos
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta nº 003 del 29 de enero de 2021

Manizales, veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, corresponde a esta Sala de Decisión desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del catorce (14) de noviembre de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las súplicas de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Judith Mejía Hoyos contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG²) –.

DEMANDA

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, FOMAG.

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 5 de diciembre de 2018 (fls. 1 a 31, C.1), se solicitó lo siguiente:

Pretensiones

1. Que se declare la nulidad absoluta de la Resolución nº 8855-6 del 16 de noviembre de 2017, en cuanto negó el reconocimiento y pago del reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme lo establece el numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989 y la Ley 71 de 1988.
2. Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la entidad demandada a reconocer y pagar:
 - De acuerdo con la Ley 91 de 1989: la aplicación y devolución de los descuentos de aportes al sistema de salud, a la mesada pensional en el porcentaje del 5%, incluyendo las mesadas adicionales, ordenando cesar el descuento del 12% como actualmente se realiza; y se reintegre las sumas de dinero superiores al 5% de dichas mesadas pensionales, sin que se continúe efectuando dicho descuento.
 - Respecto de la Ley 71 de 1988: Al reajuste anual de la mesada pensional en el porcentaje que cada año se incrementa para el salario mínimo legal mensual, de forma retroactiva al año en que consolidó su derecho pensional y de manera constante para las mesadas subsiguientes y futuras.
 - Las diferencias resultantes entre mesada pensional y los reajustes solicitados, cancelados de manera indexada, con los ajustes de valor y los intereses corrientes y moratorios a que haya lugar, y conforme al 192 del CPACA, y al pago de condena en costas.
3. Como pretensión subsidiaria, solicitó el reintegro de los dineros de las mesadas adicionales de junio y diciembre, equivalente al aporte en salud del 12%, de forma indexada y con la inclusión de los ajustes de valor, intereses moratorios; y ordenar a la Fiduciaria la Previsora no continuar el descuento de las mesadas adicionales con destino al sistema de salud.

4. Que se condene en costas a la parte accionada.

Hechos

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

1. El accionante se vinculó a la docencia oficial con anterioridad al 27 de junio de 2003, al cumplir los requisitos de edad y tiempo de servicio le fue reconocida pensión de jubilación mediante Resolución n° 1853 del 2 de abril de 2012, expedida por la Secretaria de Educación del Departamento de Caldas, actuando en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
2. El FOMAG por intermedio de la entidad fiduciaria encargada de su administración, ha venido descontando al accionante el equivalente al 12% de cada mesada pensional, incluyendo las mesadas adicionales de junio y diciembre, como aportes dirigidos a la prestación del servicio de salud.
3. En el acto administrativo de reconocimiento pensional se consagró expresamente que esta sería reajustada anualmente conforme al artículo 1° de la Ley 71 de 1988, no obstante, la mesada ha venido siendo incrementada con base a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, es decir, en el mismo porcentaje certificado por el DANE para el Índice de Precios al Consumidor del año inmediatamente anterior.³
4. Mediante petición radicada bajo el SAC 2017PQR16755 del 27 de octubre de 2017, se solicitó ante el FOMAG la aplicación del numeral 5° del artículo 8° de la Ley 91 de 1989, respecto de los descuentos de las mesadas pensionales realizados a título de aportes al sistema de salud, indicando que este debe corresponder al 5% del valor de cada mesada, exigiendo en consecuencia la devolución de los valores pagados en exceso.

³ En adelante IPC

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

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

5. Mediante la Resolución n° 8855-6 del 16 de noviembre de 2017, la Secretaria de Educación del Departamento de Caldas actuando en representación de la Nación – Ministerio de Educación – FOMAG, resolvió negativamente los deprecados reajustes pensionales, guardando silencio respecto a la pretensión subsidiaria.
6. Se acudió a la administración de justicia en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento de derecho, con la finalidad de obtener el reajuste de las mesadas pensionales del demandante, conforme a los incrementos fijados por el gobierno para el salario mínimo legal en Colombia, e igualmente el descuento de los aportes en salud conforme al régimen exceptuado aplicable a los pensionados por el FOMAG en la Ley 91 de 1989.

Normas violadas y concepto de la violación

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

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

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

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

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG

No contestó la demanda.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El catorce (14) de noviembre de 2019, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia (fls. 78 a 88, C.1), a través de la cual i) negó las pretensiones principales y subsidiarias de la demanda y ii) condenó en costas a la parte demandante. Lo anterior, con fundamento en lo siguiente.

Precisó inicialmente que lo relacionado con el reconocimiento y pago de las prestaciones del personal docente nacional o nacionalizado está a cargo de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, de acuerdo con el procedimiento que para tal efecto ha sido dispuesto por el Legislador en armonía con los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad consagrados en los artículos 288 de la Constitución Política.

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

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

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

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

Trajo a colación pronunciamiento de la H. Corte Constitucional (C-435 de 2017), en el cual explicó las razones por las cuales no es aplicable el incremento previsto en la Ley 71 de 1988 para efectos de determinar el porcentaje de incremento de las pensiones de jubilación.

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

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

RECURSO DE APELACIÓN

Mediante memorial obrante de folios 92 a 103 del cuaderno principal, la parte demandante recurrió la sentencia de primera instancia, solicitando revocar la

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

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

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

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

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

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

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

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante. No intervino en esta etapa procesal.

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

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no emitió concepto en el presente asunto.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Reparto. Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 24 de febrero de 2020, y allegado el 14 de julio de 2020 al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (fl. 2, C.2).

Admisión y alegatos. Por auto del 14 de julio de 2020 se admitió el recurso de apelación y se corrió traslado para alegatos (fl. 2, C.2), derecho del cual las partes no hicieron uso. El Ministerio Público no rindió concepto en esta oportunidad.

Paso a Despacho para sentencia. El 9 de septiembre de 2020 el proceso ingresó a Despacho para sentencia (fl. 4, C.2), la que se dicta en seguida, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA. Se precisa que por tratarse de un asunto que versa sobre un caso similar a los ya decididos por esta Corporación, y en procura de la celeridad y agilidad para dar solución a dichos temas, se profiere este fallo sin tener en cuenta el orden de ingreso del proceso a Despacho para tal efecto, tal como se autoriza por el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, en armonía con lo previsto por el artículo 115 de la Ley 1395 de 2010.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

Problema jurídico

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

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

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

Hechos debidamente acreditados

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

1. Por Resolución n° 1853 del 12 de abril de 2012 (fl 41, C.1), la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en nombre y representación del Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, reconoció pensión de jubilación a favor de la parte accionante.

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

2. La parte actora radicó ante la entidad accionada una petición relacionada a los descuentos de las mesadas pensionales a título de aportes de salud, refiriendo que dichos aportes corresponden a un 5% y no a un 12%,

exigiendo la devolución de los valores pagados en exceso, de igual manera se solicitó la aplicación del artículo 1° de la Ley 71 de 1988. (fl. 33, C.1).

3. Con Resolución n° 8855-6 del 16 de noviembre de 2017 (fl. 43, C.1), la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en nombre y representación del Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, negó el reajuste de la pensión de jubilación con base en el incremento del salario mínimo y devolución de los aportes al servicio de salud.

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

Sistema General de Seguridad Social

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

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

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

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

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

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

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

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

Luego, el artículo 1 de la Ley 71 de 1988⁵ precisó que las pensiones referidas en el artículo 1 de la Ley 4ª de 1976, la de incapacidad permanente parcial y

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

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

las compartidas, serían reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que fuera incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.

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

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

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

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

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

salario mínimo cumple el objetivo del reajuste periódico de las pensiones, y es facultad del legislador determinar el mismo:

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

(...)

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

(...)

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

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

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

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

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

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

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

del legislador la regulación de estos aspectos, como en efecto lo hace la norma parcialmente impugnada.

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

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

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

«[...] A partir del 1.º de enero de 1989 y hasta la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, todas las pensiones que fueron reconocidas en el país, tanto en el sector público como en el privado, se reajustaron

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

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

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

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

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

En consideración al postulado jurisprudencial precitado se extrae que si bien quienes se pensionaron con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, cuentan con un régimen anterior al del Sistema de Seguridad Social Integral, esto no quiere decir que el incremento de la mesada pensional

deba realizarse conforme lo contempla la Ley 71 de 1988, ajustado al salario mínimo, toda vez que con la entrada en vigencia del régimen general de pensiones, esta norma quedó derogada por aquella, que dispuso que los ajustes de las mesadas pensionales fueran incrementadas conforme a la variación del IPC.

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

*Así, para decirlo de otra forma, pero con sus propias palabras, el actor entiende que el principio de favorabilidad también resulta aplicable a los pensionados “porque son trabajadores en receso [...] y, porque también, uno de los principios fundamentales del trabajo es la **garantía de la seguridad social**” y es precisamente a partir de esa consideración que concluye que “[e]n caso de duda en la medición del **poder adquisitivo constante de las pensiones**, porque no hay ley que establezca como se mide [...] debe aplicarse el método **más favorable al pensionado**”. Lo anterior, hasta el punto de que en su demanda no sólo solicita declarar inexecutable el apartado demandado, según el cual las pensiones “se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior”, sino que incluso le pide a la Corte señalar que lo más favorable para el pensionado es “la **medición del poder adquisitivo constante de las pensiones por el método de medición de la equivalencia de las pensiones en relación con el Salario Mínimo Legal Vigente**”⁷, como si este fuese expresamente el mandato constitucional.*

(...)

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

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

(...)

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

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

⁸ Cita de cita: *Ibídem*.

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

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

(...)

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

(...)

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

¹⁰ Cita de cita: Ibídem.

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

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

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

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

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

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

De esta manera, el incremento de las pensiones de los docentes pensionados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 no se rige por el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, toda vez que el factor de incremento anual de las pensiones no forma parte del régimen pensional por el cual se rigen los docentes, como son la edad, el monto, el ingreso base de liquidación y la tasa, y como lo señaló el

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

Consejo de Estado¹². Además, el reajuste de la mesada pensional no es un derecho adquirido, por lo que el legislador está habilitado para modificar las normas que consagran la proporción del aumento anual. Es del caso agregar que la norma que pretende la parte demandante que se aplique al incremento de su mesada, el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, fue derogado por la Ley 100 de 1993.

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

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

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

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 ibidem, 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

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

cotización para salud a cargo de los pensionados, quienes podrían cancelarla mediante una cotización complementaria durante su período de vinculación laboral.

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

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

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

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

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

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

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

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

(Ver art. 6 Ley 60 de 1993)

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

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

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

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

15

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*“Entonces, **incluso los regímenes de excepción** tienen el deber de cotizar al Sistema General de Seguridad Social, para la prestación de los servicios médico asistenciales, situación que no varió con la expedición de la Ley 100 de 1993. Esto encuentra respaldo en el principio de solidaridad que caracteriza este*

sistema. Así en las sentencia C-1000 de 2007, la Corte reiteró la posición de la obligación de cotizar al Sistema, señalada en la C-548 de 1998 y sobre los aportes que deben efectuar los pensionados señaló:

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

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

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

*“ 3. Por otro lado, la Ley 91 de 1989, fijó como otro de los objetivos del **Fondo Nacional de prestaciones sociales del Magisterio**: Garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales, para contratará con entidades de acuerdo con instrucciones que imparta el Consejo Directivo del Fondo. Entonces, a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales el Magisterio tiene a cargo las prestaciones sociales de los afiliados al Magisterio, entre estas, (i) la pensión ordinaria y (ii) garantizar la prestación la prestación de los servicios*

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

médico asistenciales. Lo que indica que los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterios, por disposición de la ley, tienen un régimen especial de seguridad social en salud.

(...)

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

(...)

6.2. Afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterios

Ley 91 de 1989 artículo 8-5	5%
Ley 812 de 2003, 17, artículo 81	El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-529 de 23 de junio de 2010

	2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.

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

(...)

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

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

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

en Salud como cotizantes o beneficiarios.

Cuando la persona afiliada como cotizante a un régimen de excepción tenga una relación laboral o ingresos adicionales sobre los cuales esté obligado a cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud, su empleador o administrador de pensiones deberá efectuar la respectiva cotización al Fosyga en los formularios que para tal efecto defina el Ministerio de Salud.

Los servicios asistenciales serán prestados, exclusivamente a través del régimen de excepción; las prestaciones económicas a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, serán cubiertas por el Fosyga en proporción al Ingreso Base de cotización sobre el cual se realizaron los respectivos aportes. Para tal efecto el empleador hará los trámites respectivos...".

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

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

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

Con la expedición de la Ley 100 de 1993, artículo 143, se estableció de

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

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

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

...

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

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

Descuento de salud sobre las mesadas adicionales

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Conclusión

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

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

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

Costas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, en concordancia con los numerales 3 y 8 del artículo 365 del Código General del Proceso – CGP, este Tribunal se abstendrá de condenar en costas por estimar que no se causaron en el curso de esta instancia.

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

FALLA

Primero. CONFÍRMASE la sentencia del catorce (14) de noviembre de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Judith Mejía Hoyos contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el Departamento de Caldas.

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

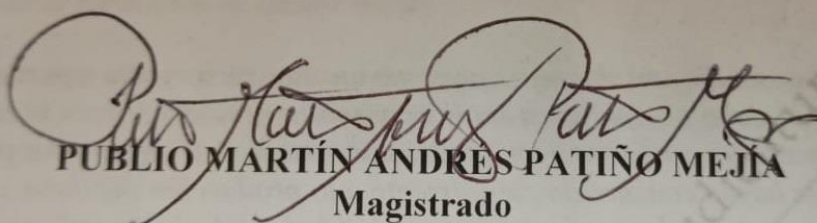
Tercero. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

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

Notifíquese y cúmplase



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

No. 16
FECHA: 2 de febrero de 2021

A handwritten signature in dark ink, consisting of several vertical strokes followed by a horizontal line and a small loop at the end.

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
- Sala Quinta de Decisión -

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.I.: 13

Asunto:	Decreta prueba de oficio
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-33-003-2018-00237-02
Demandante:	Guillermo Antonio Zuluaga Loaiza
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

**Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n°
003 del 29 de enero de 2021**

Manizales, veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021).

Encontrándose el proceso de la referencia a Despacho para sentencia, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 213 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA, esta Sala de Decisión considera necesario decretar de oficio la práctica de la siguiente prueba de carácter documental.

Por la Secretaría de esta Corporación, **OFÍCIESE** a la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas para que en un término no mayor a diez (10) días siguientes al recibo de la correspondiente comunicación, remita con destino a este proceso, certificación de los factores salariales devengados por el señor Guillermo Antonio Zuluaga Loaiza en el período comprendido entre el 12 de abril de 2012 y el 12 de abril de 2013, y en el último año de servicios en caso de haberse retirado de la docencia oficial.

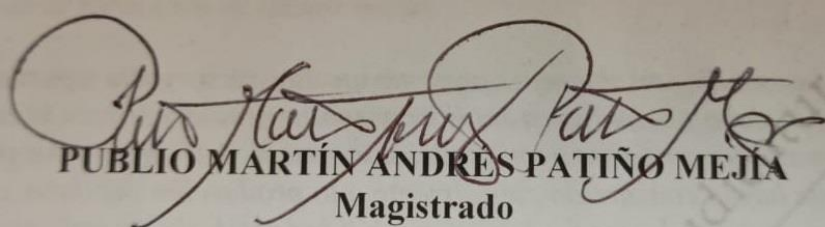
Aportada la prueba en mención, por la Secretaría de la Corporación, **CÓRRASE** traslado de la misma a las partes, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 110 del Código General del Proceso.

Surtido lo anterior, **REGRESE** inmediatamente el expediente al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia para proyectar la decisión que en derecho corresponda.

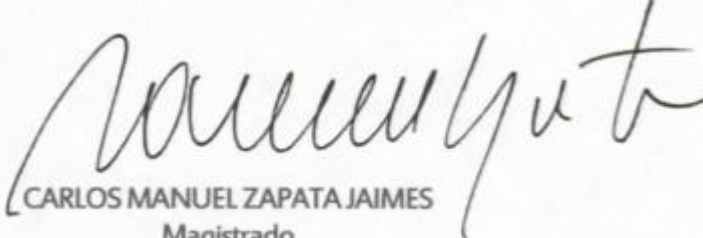
Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

No. 16
FECHA: 2 de febrero de 2021



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.I.: 009

Asunto:	Resuelve excepciones
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-23-33-000-2019-00081-00
Demandante:	Rafael Cardona Posada
Demandado:	Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n° 003 del 29 de enero de 2021

Manizales, veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO

De conformidad con lo dispuesto por el inciso final del artículo 12 del Decreto Legislativo 806 de 2020, *“Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”*, en concordancia con los artículos 100, 101 y 102 del Código General del Proceso – CGP¹ por remisión expresa de la norma antes mencionada, procede esta Sala Quinta de Decisión² a resolver las excepciones propuestas dentro del proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

Demanda

El 26 de febrero de 2019 fue interpuesto el medio de control de la referencia (fls. 2 a 9), con el fin de obtener la declaratoria de nulidad del Auto n° ADP 000304 del 16 de enero de 2019, con el cual la Unidad Administrativa Especial

¹ En adelante, CGP.

² Teniendo en cuenta que se trata de un asunto de primera instancia conforme al numeral 2 del artículo 152 del CPACA, ya que la cuantía estimada excede los 50 salarios mínimos.

de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP³ negó la solicitud de restitución de la pensión gracia que devengaba el señor Rafael Cardona Posada.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, la parte actora solicitó la restitución de su pensión gracia a partir del mes de agosto de 2017, esto es, de la fecha en la cual fue excluida de nómina.

En el fundamento fáctico de la demanda, la parte accionante indicó que en proceso promovido por la UGPP, este Tribunal Administrativo de Caldas declaró la nulidad de las resoluciones con las cuales la entidad había reconocido y reliquidado pensión gracia a favor del señor Rafael Cardona Posada, aduciendo que éste había sido nombrado por el Ministerio de Educación Nacional y, por tanto, no le asistía derecho a dicha prestación.

Explicó que con Resolución n° RDP 029836 del 25 de julio de 2017, la UGPP dio cumplimiento a la sentencia del 22 de junio de 2017 y, en tal sentido, excluyó al accionante de la nómina de pensionados.

Sostuvo que con ocasión de una petición elevada ante el Ministerio de Educación Nacional tendiente a que éste revocara la resolución de nombramiento, la citada entidad expidió Oficio n° 2018-ER-122347 del 20 de junio de 2018, en el que manifestó que en razón del proceso de descentralización de la educación, los entes territoriales incorporaron a los docentes y personal administrativo a sus plantas de personal sin solución de continuidad, dejando de tener vinculación directa con la cartera ministerial.

Así pues, aduciendo la existencia de una nueva prueba que en su criterio le permite acceder otra vez a su pensión gracia, la parte demandante solicitó ante la UGPP la restitución de dicha prestación; petición que fue atendida desfavorablemente mediante Auto n° ADP 000304 del 16 de enero de 2019, en el cual le fue manifestado que la entidad debía acatar estrictamente la orden judicial ya dada.

El conocimiento del asunto correspondió por reparto al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia, quien admitió la demanda por auto del 22 de julio de 2019 (fls. 44 y 45, C.1).

Proposición de excepciones

³ En adelante, UGPP.

Surtido el trámite procesal correspondiente, la parte accionada contestó la demanda de manera oportuna, según se evidencia en la constancia secretarial obrante a folio 107 del cuaderno principal.

Con la contestación de la demanda, la parte accionada propuso excepciones (fls. 87 a 97, C.1); de las cuales se corrió el traslado correspondiente (fls. 102 y 103, ibídem), y frente a las que la parte actora se pronunció (fls. 104 a 106, C.1).

El 22 de enero de 2020, el proceso ingresó a Despacho para convocar a audiencia inicial (fl. 107, C.1).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

El artículo 12 del Decreto Legislativo 806 de 2020, a través del cual se adoptaron medidas para agilizar los procesos judiciales, previó lo siguiente en relación con la decisión de excepciones en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo:

Artículo 12. Resolución de excepciones en la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. De las excepciones presentadas se correrá traslado por el término de tres (3) días en la forma regulada en el artículo 110 del Código General del Proceso, o el que lo sustituya. En este término, la parte demandante podrá pronunciarse sobre ellas y, si fuere el caso, subsanar los defectos anotados en las excepciones previas.

Las excepciones previas se formularán y decidirán según lo regulado en los artículos 100, 101 Y 102 del Código General del Proceso. Cuando se requiera la práctica de pruebas a que se refiere el inciso segundo del artículo 101 del citado código, el juzgador las decretará en el auto que cita a la audiencia inicial, y en el curso de esta las practicará. Allí mismo, resolverá las excepciones previas que requirieron pruebas y estén pendientes de decisión.

Las excepciones de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva, se tramitarán y decidirán en los términos señalados anteriormente.

La providencia que resuelva las excepciones mencionadas deberá ser adoptada en primera instancia por el juez, subsección, sección o sala de conocimiento. Contra esta decisión procederá el recurso apelación, el cual será resuelto por la subsección, sección o sala del tribunal o Consejo de Estado. Cuando esta decisión se profiera en única instancia por los tribunales y Consejo de Estado se decidirá por el magistrado ponente y será suplicable.

Según se indicó en el acápite de antecedentes, en el presente asunto la parte demandada formuló las siguientes excepciones a la demanda (fls. 87 a 97, C.1):

1. **“COSA JUZGADA”**, por cuanto existe fallo de este Tribunal Administrativo de Caldas, proferido el 22 de junio de 2017 dentro del proceso radicado con el número 2015-00169, a través del cual declaró la nulidad de los actos con los cuales se reconoció y reliquidó pensión gracia a favor del señor Rafael Cardona Posada, por advertir que éste había prestado sus servicios como docente nacional.

Indicó que con Resolución nº RDP 029836 del 25 de julio de 2017, la UGPP dio cumplimiento a dicha providencia y excluyó al señor Rafael Cardona Posada de la nómina de pensionados.

Precisó que la entidad está obligada a dar estricto cumplimiento a las sentencias, en virtud de lo dispuesto por los artículos 174 y 175 del Código Contencioso Administrativo, 454 del Código Penal y 34 y 35 de la Ley 734 de 2002.

Adujo que se configura el fenómeno jurídico de cosa juzgada que prevé el artículo 322 del Código de Procedimiento Civil, y con base en el cual se otorga a las decisiones judiciales un carácter inmutable, vinculante y definitivo.

2. **“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO”**, en tanto el demandante no tiene derecho a la pensión gracia que solicita, pues no cumple los requisitos legales para acceder a tal prestación como lo sostuvo en su momento este Tribunal Administrativo, ya que fue docente nombrado por el Ministerio de Educación Nacional, tal como consta en certificado expedido por la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas.
3. **“BUENA FE”**, en la medida en que la entidad no ha actuado de manera arbitraria, amañada o vulnerando la normatividad aplicable.
4. **“PRESCRIPCIÓN”**, sin que implique aceptación de pretensiones y de conformidad con los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.
5. **“GENÉRICA”**, en relación con todo hecho que constituya una excepción frente a las pretensiones de la demanda.

Considera el Despacho que salvo el primer medio exceptivo relacionado con la cosa juzgada que será resuelto a continuación, los demás corresponden en estricto sentido a excepciones de mérito que habrán de ser decididas al

resolver el fondo de la controversia, pues no sólo guardan relación directa con la cuestión litigiosa, sino que además no aparecen enlistados en el numeral 6 del artículo 180 del CPACA ni en el artículo 100 del CGP.

Se precisa que en el evento de encontrar acreditada la excepción de cosa juzgada, esta Sala se abstendrá, como es obvio, de diferir al momento de proferir sentencia, el análisis de los restantes medios exceptivos.

La cosa juzgada ha sido entendida como el “(...) atributo en virtud del cual las sentencias que definen de fondo una controversia⁴, una vez ejecutoriadas, adquieren el carácter de inmutables y definitivas, por manera que los asuntos definidos por su intermedio no son susceptibles de ser ventilados en un nuevo proceso⁵”⁶.

En el presente asunto, tal como lo relata la misma parte actora en su demanda y se corrobora en la documentación allegada con el libelo, se encuentra probado que en oportunidad anterior y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en su modalidad de lesividad, la UGPP demandó la nulidad de los actos administrativos con los cuales fue reconocida y reliquidada pensión gracia a favor del señor Rafael Cardona Posada, por considerar que dado su nombramiento como docente nacional, no le asistía derecho a percibir dicha prestación.

Igualmente está demostrado que la UGPP expidió Resolución nº RDP 029836 del 25 de julio de 2017 (fls. 11 a 13, C.1), con la cual dio cumplimiento a sentencia del 22 de junio de 2017 de este Tribunal Administrativo de Caldas, que accedió parcialmente a las súplicas de dicha demanda y declaró la nulidad de los actos administrativos antes referidos, al advertir que el señor Rafael Cardona Posada no cumplía un supuesto necesario para acceder a la pensión gracia.

⁴ Cita de cita: La cosa juzgada también se predica autos como aquellos a través de los cuales se acepta el desistimiento de la demanda o se aprueban los acuerdos conciliatorios (artículo 314 Código General del Proceso).

⁵ Cita de cita: Al respecto, el artículo 303 del Código General del Proceso señala “[l]a sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada, siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior, y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes (...)”.

Por su parte, el artículo 189 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dispone “[l]a sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo en un proceso tendrá fuerza de cosa juzgada erga omnes. La que niegue la nulidad pedida producirá cosa juzgada erga omnes pero solo en relación con la causa petendi juzgada (...). La sentencia proferida en procesos de restablecimiento del derecho aprovechará a quién hubiere intervenido en ellos y obtenido esta declaración a su favor. Las sentencias ejecutoriadas serán obligatorias y quedan sometidas a la formalidad del registro de acuerdo con la ley”.

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Consejera Ponente: Dra. Marta Nubia Velásquez Rico. Auto del 5 de julio de 2018. Radicación número: 68001-23-33-002-2015-01449-01(59293).

Consultado el radicado del proceso referido (2015-00169) en el programa informático *Justicia Siglo XXI*, se constata que efectivamente se profirió fallo en primera instancia en junio de 2017 y que la última actuación registrada es la de archivo definitivo.

Al confrontar lo decidido en la providencia mencionada y lo pretendido en la demanda de la referencia, considera esta Sala que existe identidad de causa, objeto y partes, toda vez que las pretensiones planteadas en uno y en otro proceso se soportan en el mismo hecho –la calidad del nombramiento del señor Rafael Cardona Posada como docente– y tienen la misma finalidad –establecer si existe derecho al reconocimiento de la pensión gracia–.

Es claro que este Tribunal Administrativo de Caldas ya se pronunció en relación con la procedencia de que el señor Rafael Cardona Posada acceda a una pensión gracia, analizando justamente la circunstancia de que fue nombrado como docente nacional. Bajo ese entendimiento, al estar amparada dicha sentencia por los efectos de la cosa juzgada, impone estarse a lo allí resuelto y, de manera consecuente, impide emitir un nuevo pronunciamiento sobre el mismo tema.

Sobre el carácter de inmutables y definitivas de las providencias judiciales así como de la imposibilidad de reabrir el mismo debate, el Consejo de Estado⁷ ha sostenido que:

Al respecto, esta Corporación ha precisado lo siguiente:

“Esta institución procesal ha sido establecida por la ley como una de las expresiones de la seguridad jurídica, entre otras tantas en las cuales se manifiesta este valor social. En particular, se presenta en materia jurisdiccional y su propósito es lograr la intangibilidad y la inimpugnabilidad de las decisiones de esta naturaleza, como un mecanismo que brinda seguridad y credibilidad en las decisiones que se adoptan, o como dice Eduardo J. Couture ‘... es la autoridad y eficacia de una sentencia judicial cuando no existen contra ella medios de impugnación que permitan modificarla’⁸.

(...)

“La autoridad con que actúa el juez se halla también en la base de esta institución, porque su pronunciamiento no constituye una simple opinión o concepto, y por tanto no es un punto de derecho sujeto a disposición de la

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Auto del 27 de abril de 2016. Radicación número: 68001-23-33-000-2015-00723-01(55448).

⁸ Cita de cita: Fundamentos de Derecho Procesal Civil. Ed. Depalma, Buenos Aires, tercera edición, 1958, pág. 401.

*parte vencida en juicio; por el contrario, el poder ejercido por el juez, en nombre de la Constitución y de la Ley, es el que encarna el ejercicio de su autoridad jurisdiccional en nombre del Estado*⁹.

“Las anteriores consideraciones conducen a predicar el carácter de irrevisable que tiene, en principio¹⁰, la decisión judicial, porque lo propio de ella es que el tema no pueda volverse a someter a otro debate en el futuro¹¹, por lo que el funcionario judicial que se percate de su existencia debe abstenerse de iniciar una nueva discusión sobre los puntos decididos en un juicio anterior, pues una conducta diferente atentaría contra la certeza jurídica que busca garantizar.

“Desde luego que ese deber de abstención que tiene el funcionario judicial es de doble vía, pues también los ciudadanos -y aún más los abogados que los representan en juicio- han de abstenerse de iniciar un proceso donde se controviertan los mismos hechos y los mismos derechos que han sido definidos en otro proceso judicial, pues esto, a la vez que atenta contra la cosa juzgada, incide desfavorablemente en la eficiencia de la administración de justicia, al dedicársele tiempo valioso a un proceso que ya ha sido decidido con antelación”¹² (se resalta y subraya). (Líneas y negrilla son del texto).

Debe señalarse que aun cuando se trata de actos administrativos diferentes, lo cierto es que, como se dijo, ambos procesos versan sobre el mismo objeto, cual es, el derecho al reconocimiento de la pensión gracia del demandante, tienen idéntica causa, habida cuenta la discusión por el nombramiento como docente nacional, y a ellos concurren las mismas partes. La circunstancia que no coincidan los actos a demandar no impide en este caso que se configure el fenómeno procesal de la cosa juzgada, pues darle prevalencia a tal hecho supondría la reapertura de un debate que fue decidido en sentencia que se encuentra debidamente ejecutoriada.

⁹ Cita de cita: Eduardo J Couture comparte este criterio, pero agrega a este respecto que “Una de las tantas paradojas de la cosa juzgada consiste en que, siendo más vigorosa que cualquier norma del orden jurídico, es al mismo tiempo tan frágil que puede modificarla un simple acuerdo de los particulares, en cuanto a los derechos y obligaciones en ella contenidas” (Ob. Cit. Pág. 402).

Sin embargo, nótese que se refiere a un acuerdo de voluntades y no al desconocimiento unilateral de lo decidido.

¹⁰ Cita de cita: Se dice en principio, porque existen mecanismos judiciales extraordinarios que afectan la cosa juzgada, que no es del caso analizar en esta ocasión.

¹¹ Cita de cita: Hay que aclarar que, desde luego, algunas decisiones judiciales no alcanzan a ser definitivas, porque son susceptibles de revisión posterior mediante otra sentencia, como ocurre con la asignación de alimentos para los menores; pero, no es del caso extenderse sobre estas excepciones en esta providencia.

¹² Cita de cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez, sentencia del 10 de noviembre de 2005, expediente 14109.

Adicionalmente y aun cuando en principio podría sostenerse que la parte interesada puede solicitar las veces que estime conveniente el reconocimiento de su pensión gracia, nótese que en este caso se encuentra de por medio una decisión judicial ejecutoriada sobre la materia, y que la supuesta nueva prueba que aporta la parte actora no consiste en nuevos tiempos de servicio sino en una consideración del Ministerio de Educación Nacional que, en todo caso, ya fue analizada por esta Jurisdicción.

De acuerdo con lo anterior, esta Sala de Decisión estima que se encuentra probada la excepción de cosa juzgada y, en consecuencia, debe darse por terminado el presente proceso.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS,

RESUELVE

Primero. DECLÁRASE probada la excepción de “*COSA JUZGADA*” propuesta por la parte accionada dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor Rafael Cardona Posada contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP.

En consecuencia,

Segundo. DÉSE por terminado el presente proceso.

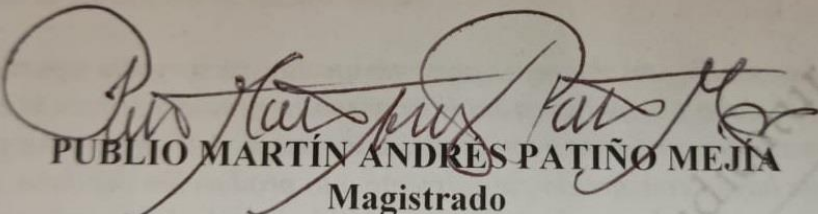
Tercero. NOTIFÍQUESE el presente auto por estado electrónico, según lo dispone el artículo 201 del CPACA, en concordancia con el artículo 9 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

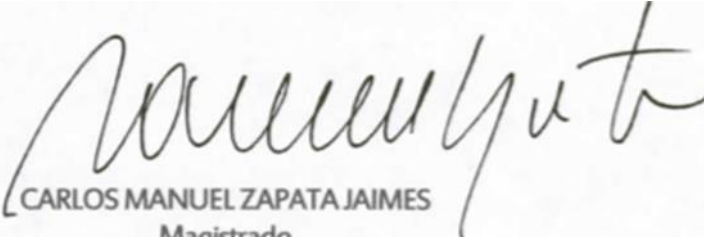
Cuarto. Por la Secretaría de la Corporación, DEVUÉLVANSE los anexos al interesado, LIQUÍDENSE los gastos del proceso, ENTRÉGUENSE los remanentes si los hubiere y ARCHÍVENSE las diligencias, previas las anotaciones pertinentes en el programa informático “*Justicia Siglo XXI*”.

Notifíquese y cúmplase



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado


PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado


CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

No. 16
FECHA: 2 de febrero de 2021



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.: 014

Asunto:	Sentencia de segunda instancia
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-33-003-2018-00259-02
Demandante:	Luz Marina Isaza Salazar
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n° 003 del 29 de enero de 2021

Manizales, veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021)

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, corresponde a esta Sala de Decisión desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del veintisiete (27) de agosto de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las súplicas de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Luz Marina Isaza Salazar contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG²).

DEMANDA

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 18 de junio de 2018 (fls. 3 a 20, C.1), se solicitó lo siguiente:

Pretensiones

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, FOMAG.

1. Que se declare la nulidad de la Resolución n° 0942-6 del 10 de febrero de 2016, en cuanto negó el reconocimiento y pago del reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme lo establece la Ley 71 de 1988.
2. Que se declare que a la parte actora le asiste derecho a que le sea reconocido y pagado el reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme lo establece la Ley 71 de 1988.
3. Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la entidad demandada a reconocer y pagar la diferencia entre lo pagado y lo que se le ha debido cancelar desde el año siguiente al inicio de disfrute de la pensión de jubilación.
4. Que se ordene a la entidad accionada dar cumplimiento al fallo en los términos del artículo 192 del CPACA.
5. Que se condene en costas a la parte accionada.

Hechos

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

1. Con Resolución n° 4957 del 11 de octubre de 2011, le fue reconocida a la parte actora pensión de jubilación en cuantía de \$1.747.224, por haber cumplido los requisitos de ley para tal efecto.
2. El acto de reconocimiento pensional estableció que el beneficiario de la prestación tiene derecho a que se reajuste su pensión en armonía con lo dispuesto en las Leyes 71 de 1988 y 238 de 1995, aplicables a las Leyes 6ª de 1945, 33 de 1985, 91 de 1989, 238 de 1995 y 812 de 2003, así como al Decreto 3752 de 2003.
3. El FOMAG, en calidad de encargado de pagar la mesada pensional de la parte actora, ha venido realizado los ajustes anuales de incremento salarial desde el año 2011, con base en lo dispuesto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, esto es, con el incremento del Índice de Precios al Consumidor – IPC³ del año inmediatamente anterior, sin tener en cuenta que dicho reajuste debe efectuarse con el porcentaje de incremento del salario mínimo legal mensual vigente, conforme lo prevé la Ley 71 de 1988, por remisión expresa del artículo 279 de la Ley 100 de 1993.

³ En adelante, IPC.

4. El 27 de enero de 2016, la parte actora solicitó a la entidad demandada el reajuste periódico de sus mesadas pensionales conforme a la Ley 71 de 1988; petición que fue resuelta de manera desfavorable a través de la Resolución n° 0942 del 10 de febrero de 2016.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte actora estimó como violadas las siguientes disposiciones: Constitución Política: artículos 48, 53 y 58; Ley 71 de 1988: artículo 1; Ley 91 de 1989: artículos 5, 9 y 15; Ley 100 de 1993: artículos 14 y 279; Ley 238 de 1995; y Decreto 2831 de 2005.

Consideró que al no haberse reajustado su pensión de jubilación con el porcentaje de incremento del salario mínimo para los años 1996 y siguientes, se vulneró el artículo 53 de la Constitución Política, pues con ello se afecta el poder adquisitivo de la mesada pensional.

Explicó cómo se realizan los ajustes en las mesadas pensionales conforme a las Leyes 71 de 1988 y 100 de 1993.

Expuso que la entidad demandada reajustó las pensiones de jubilación a partir del año 1995 conforme al artículo 14 de la Ley 100 de 1993; y que para los años 1996, 1998, 2000 y siguientes hasta el año 2016, los reajustes anuales de las pensiones de jubilación se realizaron por debajo del aumento del salario mínimo legal mensual vigente, teniendo en cuenta la excepción prevista en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, que excluye su aplicación a los afiliados del FOMAG.

Aludió a los presupuestos normativos contenidos en el artículo 58 de la Constitución Política y a pronunciamientos jurisprudenciales del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, respecto al alcance de los derechos adquiridos y los supuestos sustanciales que los caracteriza.

De otra parte, indicó que se vulneró el principio de favorabilidad al omitir el estudio de la normatividad prevista en las Leyes 71 de 1989 y 238 de 1995, y no ajustar las mesadas pensionales conforme al incremento del salario mínimo.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Dentro del término otorgado, la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG contestó la demanda (fls. 48 a 64, C.1), para oponerse a las pretensiones de la misma, aduciendo que no tiene obligación alguna de

incluir factores salariales distintos a los cotizados para obtener la pensión de jubilación, pues ello comportaría el desconocimiento de la normativa vigente aplicable al reconocimiento y pago de pensiones para educadores.

Pese a que lo expuesto anteriormente por la entidad accionada no corresponde al tema debatido, la Sala observa que a lo largo de la contestación presentada, sí hace alusión específica al reajuste pensional solicitado.

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

Propuso las excepciones que denominó: ***“OMISIÓN DE REQUISITO DE PROCEBILIDAD”***, con fundamento en que no se aportó a la demanda el requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 35 de la Ley 640 de 2001; ***“FALTA DE INTEGRACIÓN DEL CONTRADICTORIO – LITIS CONSORCIO NECESARIO”***, ***“VINCULACIÓN DE LITISCONSORTE”*** e ***“INEPTITUD SUSTANCIAL DE LA DEMANDA POR FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DE LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL”***, alegando que la entidad no ostenta potestad nominadora ni administra el personal docente y administrativo de los planteles educativos y, por tanto, no expide actos de reconocimiento de prestaciones sociales, lo cual es función de las secretarías de educación de cada entidad territorial; ***“INEXISTENCIA DEL DEMANDADO –FALTA DE RELACIÓN CON EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO, CONEXO O DERIVADO DEL ACTO ADMINISTRATIVO EXPEDIDO POR LA ENTIDAD TERRITORIAL CERTIFICADA. FALTA DE COMPETENCIA DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN PARA EXPEDIR EL ACTO ADMINISTRATIVO Y RECONOCER EL DERECHO RECLAMADO”***, aduciendo que no existe relación de causalidad o vínculo entre la Nación – Ministerio de Educación Nacional y el derecho solicitado por el docente; ***“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DEMANDADA POR INEXISTENCIA DE CAUSA JURÍDICA”***, teniendo en cuenta que el ajuste de la pensión de jubilación es el establecido en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, y no el previsto en la Ley 71 de 1988; además, la Ley 812 de 2003, integró a los docentes al régimen pensional de prima media, con lo cual se deriva la derogación tácita de la normatividad anterior; ***“CADUCIDAD DE LA ACCIÓN NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO”***, en el entendimiento que la demanda se presentó transcurridos los cuatros meses desde la expedición del acto administrativo que denegó el derecho; ***“PRESCRIPCIÓN”*** sobre aquellos derechos económicos reclamados que superen el lapso de tres años desde que la obligación se hizo exigible hasta la

presentación de la demanda; **“COBRO DE LO NO DEBIDO”**, en tanto la entidad no tiene competencia en el trámite para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes, y además los recursos son manejados por la sociedad de economía mixta fiduciaria, por lo que cualquier gasto que afecte el presupuesto de la fiduciaria debe contar con la respectiva apropiación presupuestal; **“BUENA FE”** con la que ha actuado la demandada, siempre con estricto apego a la ley aplicable; y **“GENÉRICA”**, en el evento que en el curso del proceso se hallare como probada cualquier otra excepción.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El 27 de agosto de 2019, el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia (fls. 76 a 84, C.1), a través de la cual: **i)** declaró no probadas las excepciones de **“FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”**; **ii)** declaró fundada la excepción de *“inexistencia de la obligación demandada por inexistencia de causa jurídica”*; y **iii)** negó las pretensiones de la demanda. Lo anterior, con fundamento en lo siguiente.

Precisó inicialmente que lo relacionado con el reconocimiento y pago de las prestaciones del personal docente nacional o nacionalizado está a cargo de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, de acuerdo con el procedimiento que para tal efecto ha sido dispuesto por el Legislador, en armonía con los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad consagrados en los artículos 288 de la Constitución Política.

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

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

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

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

Trajo a colación pronunciamiento del Consejo de Estado (2010-00007-00(3294-14)), en el cual explicó las razones por las cuales no es aplicable el

incremento previsto en la Ley 71 de 1988 para efectos de determinar el porcentaje de incremento de las pensiones de jubilación.

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

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

RECURSO DE APELACIÓN

Mediante memorial obrante de folios 96 a 107 del cuaderno principal, la parte demandante recurrió la sentencia de primera instancia, solicitando revocar la providencia y acceder a las pretensiones de la demanda, con fundamento en lo siguiente.

Precisó inicialmente que el artículo 1º de la Ley 71 de 1988 se encuentra vigente para cierto grupo de docentes y no ha sido declarado nulo.

Manifestó que la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 para el reajuste pensional de los docentes va en contravía del principio de favorabilidad y del espíritu del Legislador, pues con la promulgación de la Ley 238 de 1995 se pretendía recuperar el poder adquisitivo de las pensiones y mantener el régimen especial que se aplicaba para los docentes, esto es, la Ley 71 de 1988.

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

Indicó que para los docentes que se hubieren vinculado antes de la expedición de la Ley 812 de 2003, sus prestaciones sociales se rigen por la Ley 91 de 1989. En ese sentido, explicó que como la Ley 238 de 1995 adicionó el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, no es procedente afirmar que hubiera complementado o reformado la Ley 91 de 1989 o la Ley 71 de 1988,

máxime cuando los afiliados al FOMAG se encuentran excluidos del Sistema General de Seguridad Social.

Afirmó que el artículo 148 del CPACA, en desarrollo del artículo 4 de la Constitución Política, autoriza al Juez para inaplicar, con efectos inter partes, los actos administrativos, cuando éstos vulneren la Constitución o la ley, que para el presente asunto se concreta en los artículos 48 y 53 de la Carta Política y 1º de la Ley 71 de 1988.

Resaltó que el acto administrativo de reconocimiento estableció expresamente que la pensión de jubilación se reajustaría de conformidad con lo dispuesto por la Ley 71 de 1988. De manera que al no haber sido dicho acto anulado por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, es de obligatorio cumplimiento.

Finalmente manifestó que si bien resultó vencida en el trámite de primera instancia, lo cierto es que para la condena en costas se requiere acreditar que éstas se causaron y en la medida de su comprobación.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante (fls. 9 a 16, C.2). Intervino en esta etapa procesal para reiterar los planteamientos formulados en el recurso de apelación interpuesto.

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

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no emitió concepto en el presente asunto.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Reparto. Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 1 de noviembre de 2019, y allegado el 28 de enero del 2020 al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (fl. 2, C.2).

Admisión y alegatos. Por auto del 28 de enero de 2020 se admitió el recurso de apelación y se corrió traslado para alegatos (fl. 2, C.2), derecho del cual solo hizo uso la parte demandante (fls. 9 a 16, C.2). El Ministerio Público no rindió concepto en esta oportunidad.

Paso a Despacho para sentencia. El 10 de marzo de 2020 el proceso ingresó a Despacho para sentencia (fl. 17, C.2), la que se dicta en seguida, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA. Se precisa que por tratarse de un asunto que versa sobre un caso similar a los ya decididos por esta Corporación, y en procura de la celeridad y agilidad para dar solución a dichos temas, se profiere este fallo sin tener en cuenta el orden de ingreso del proceso a Despacho para tal efecto, tal como se autoriza por el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, en armonía con lo previsto por el artículo 115 de la Ley 1395 de 2010.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

Problema jurídico

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

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

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** hechos probados; **ii)** Sistema General de Seguridad Social; y **iii)** ajuste de pensiones en el Sistema General de Seguridad Social para los afiliados al sector público y régimen general de pensiones.

Hechos debidamente acreditados

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

1. Por Resolución nº 4957 del 11 de octubre de 2011 (fls. 25 y 26, C.1), la Secretaría de Educación del Municipio de Manizales en nombre y representación del Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, reconoció pensión de jubilación a favor de la parte accionante, en cuantía de \$1.747.224, efectiva a partir del 29 de enero de 2011.

2. La parte actora radicó ante la entidad accionada solicitud tendiente a que se reajustara su pensión de jubilación, tomando como base el porcentaje del incremento del salario mínimo legal mensual vigente del año inmediatamente anterior, en los eventos en que fuera superior al IPC (fls. 21 a 24, C.1).
3. En virtud de la configuración del acto ficto o presunto con ocasión de la petición anterior, el Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, negó el reajuste de la pensión de jubilación con base en el incremento del salario mínimo.

Sistema General de Seguridad Social

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

(...)

Ahora bien: que el índice de precios al consumidor aumenta en proporción superior al porcentaje en que se incrementa el salario mínimo, es un argumento

que esgrime el demandante, pero que no se ajusta a la realidad, pues como se demostrará en seguida, estos valores no han sido constantes, y no podían serlo, por que (sic) su comportamiento depende de una serie de circunstancias económicas y políticas que resultan variables, y en consecuencia, no es posible determinar con certeza el porcentaje en que cada uno de esos dos factores aumentará.

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

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

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

Así las cosas, no le asiste razón al demandante, pues no es posible afirmar con certeza cuál de los dos sistemas podría resultar más benéfico para el pensionado, ya que éllo (sic) dependerá del comportamiento que presente cada uno de esos factores a través del tiempo, de manera que habrá ocasiones en que el índice de precios al consumidor sea superior al porcentaje en que se 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 en el salario mínimo sólo para los pensionados que devengan la pensión mínima, en aras de salvaguardar los derechos

constitucionales de los pensionados que se encuentran en debilidad manifiesta frente a los demás ciudadanos; y que el aumento en el IPC para los demás pensionados, se ajusta a factores y circunstancias económicas y políticas.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

(...)

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

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

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

⁸ Cita de cita: *Ibidem*.

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

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

(...)

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

(...)

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

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

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

¹⁰ Cita de cita: Ibídem.

cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida.

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

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

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

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

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

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

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

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

las pensiones y de contrarrestar el fenómeno de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

Conclusión

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

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

Costas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, en concordancia con los numerales 3 y 8 del artículo 365 del Código General del Proceso – CGP, este Tribunal se abstendrá de condenar en costas por estimar que no se causaron en el curso de esta instancia.

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

FALLA

Primero. CONFÍRMASE la sentencia del veintisiete (27) de agosto de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Luz Marina Isaza Salazar contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

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

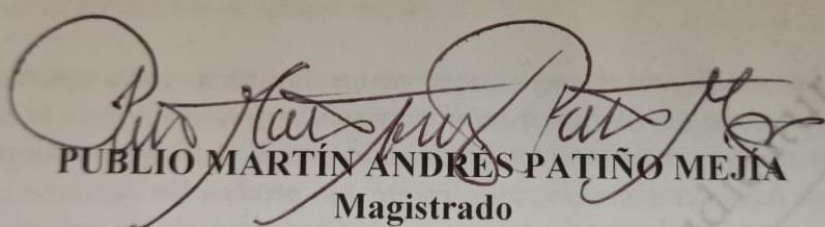
Tercero. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

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

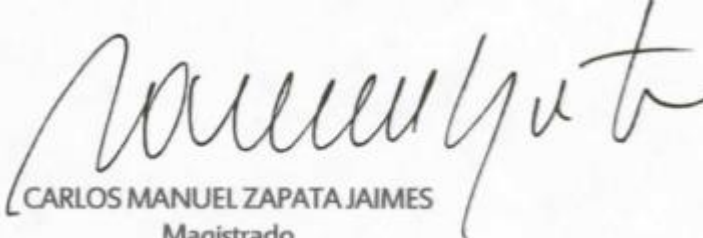
Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

No. 16
FECHA: 2 de febrero de 2021



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.: 009

Asunto:	Sentencia de segunda instancia
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-33-003-2018-00427-02
Demandante:	Aleyda Correa Serna
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n° 003 del 29 de enero de 2021

Manizales, veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, corresponde a esta Sala de Decisión desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del veintidós (22) de agosto de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las súplicas de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Aleyda Correa Serna contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG²).

DEMANDA

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 28 de septiembre de 2018 (fls. 4 a 17, C.1), se solicitó lo siguiente:

Pretensiones

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, FOMAG.

1. Que se declare la nulidad parcial de la Resolución n° 3948-6 del 27 de abril de 2018, en tanto la pensión de jubilación de la parte actora fue reconocida sin incluir todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio anterior al retiro definitivo del servicio.
2. Que se declare que a la parte actora le asiste derecho a que le sea reconocida y pagada pensión de jubilación a partir del 15 de enero de 2018, equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los doce meses anteriores al momento en que se efectuó el retiro definitivo del servicio.
3. Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la entidad demandada a reliquidar y pagar la pensión de jubilación de la parte demandante, de la manera descrita anteriormente.
4. Que se ordene a la accionada descontar del valor que resulte a favor de la parte demandante, lo reconocido y cancelado en virtud de la Resolución n° 3948-6 del 27 de abril de 2018.
5. Que se ordene a la demandada que sobre el monto inicial de la pensión reconocida, aplique los reajustes de ley para cada año, como lo ordena la Constitución y la ley.
6. Que se ordene a la entidad accionada realizar el respectivo pago de las mesadas atrasadas desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en nómina; y que el pago del incremento decretado se siga realizando en las mesadas futuras como reparación integral del daño.
7. Que se ordene a la entidad demandada dar cumplimiento al fallo en los términos previstos en el artículo 192 y siguientes del CPACA.
8. Que se condene a la parte accionada a reconocer y pagar los ajustes de valor a que hubiere lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de cada una de las diferencias en las mesadas pensionales ordenadas, por tratarse de sumas de tracto sucesivo, tomando como base la variación del IPC.
9. Que se ordene a la entidad demandada reconocer y pagar intereses moratorios a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y hasta cuando se cumpla la totalidad de la condena.

10. Que se condene en costas a la parte accionada.

Hechos

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

1. La señora Aleyda Correa Serna laboró más de 20 años al servicio de la docencia oficial y cumplió los requisitos establecidos en la ley para el reconocimiento de una pensión de jubilación.
2. La base de liquidación con la cual fue reconocida la prestación incluyó sólo la asignación básica y omitió la prima de navidad, la prima de vacaciones y demás factores salariales percibidos por la actividad docente durante el último año de servicios anterior al cumplimiento del status jurídico de pensionada.
3. La entidad llamada a restablecer el derecho es la Nación – Ministerio de Educación – FOMAG.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte actora estimó como violadas las siguientes disposiciones: Ley 33 de 1985: artículo 1; Ley 62 de 1985; Ley 91 de 1989: artículo 15; y Decreto 1045 de 1978.

Explicó que de conformidad con el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 que estableció el régimen prestacional de los docentes, el régimen pensional de éstos depende de la fecha de su vinculación. Así, si aquella fue anterior a la entrada en vigencia de la ley referida (27 de junio de 2003), como en el presente caso, el régimen corresponderá al previsto en la Ley 91 de 1989; pero si se dio de manera posterior, la normativa aplicable será la Ley 100 de 1993.

Indicó que para la liquidación de la pensión de jubilación debe acudir a la Ley 33 de 1985, la cual si bien no estableció de manera taxativa los factores salariales que debían incluirse, lo cierto es que tal circunstancia no es un impedimento para tener en cuenta todo lo devengado por el trabajador en el último año de servicios, tal como lo ha entendido la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Adujo que el acto demandado desconoce la previsión hecha por el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, que remitió al Decreto 1045 de 1978, con base en el

cual, la liquidación de la pensión debe incluir la totalidad de los factores devengados por el empleado.

Acotó que en el evento de no haberse realizado los respectivos aportes a pensión por concepto de los factores a incluir, la entidad debe disponer los descuentos correspondientes.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG no contestó la demanda.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El 22 de agosto de 2019, el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia (fls. 116 a 121, C.1), a través de la cual negó las pretensiones de la demanda y se abstuvo de condenar en costas. Lo anterior, con fundamento en lo siguiente.

Explicó que dada la fecha de vinculación de la parte actora, el régimen pensional aplicable era la Ley 91 de 1989, que remitió al régimen general de prestaciones sociales del sector público, esto es, a la Ley 33 de 1985.

En cuanto a los factores salariales, indicó que acogería la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 25 de abril de 2019 (radicado: 2015-00569-01), con base en la cual sólo procede la inclusión de aquellos enlistados en el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, sobre los que se hubiere cotizado al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.

De conformidad con lo anterior, consideró el Juez *a quo* que no le asistía razón a la parte demandante de solicitar la reliquidación de su pensión de jubilación, pues el factor reclamado se encuentra por fuera de los establecidos en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 y además no se aportó prueba que indique que sobre dicho factor se hubiesen efectuado cotizaciones y que pese a ello no fue incluido en la respectiva liquidación.

RECURSO DE APELACIÓN

Mediante memorial obrante de folios 123 a 130 del cuaderno principal, la parte demandante recurrió la sentencia de primera instancia, alegando que en desarrollo de lo que la jurisprudencia ha denominado confianza legítima en la administración de justicia y por respeto al principio de seguridad

jurídica, el proceso debe ser resuelto conforme al precedente que existía para el momento en el cual fue radicada la demanda.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante (fls. 6 a 14, C.2)

Reiteró los planteamientos expuestos en el recurso de apelación, particularmente el relacionado con el principio de seguridad jurídica.

Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG (fls. 16 a 19, C.2)

Manifestó que al caso concreto son aplicables las Leyes 33 y 62 de 1985, que previeron expresamente los factores salariales a incluir en la liquidación pensional, y que no pueden adicionarse como lo pretende la parte actora, so pena de desconocer los principios constitucionales de sostenibilidad financiera y solidaridad.

Aclaró que de conformidad con la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019 del Consejo de Estado, los factores a incluir en las pensiones de los docentes son aquellos previstos en la Ley 33 de 1985 y sobre los que se hubiere realizado el aporte o cotización.

Adujo entonces que la sentencia de primera instancia debe ser revocada.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no emitió concepto en el presente asunto.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Reparto. Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 5 de noviembre de 2019, y allegado el 28 de enero de 2020 al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (fl. 2, C.2).

Admisión y alegatos. Por auto del 28 de enero de 2020 se admitió el recurso de apelación y se ordenó correr traslado para alegatos en caso de no existir solicitud de pruebas por practicar en segunda instancia (fl. 2, C.2). Ambas partes alegaron de conclusión (fls. 6 a 14 y 16 a 19, ibídem). El Ministerio Público no rindió concepto en esta oportunidad.

Paso a Despacho para sentencia. El 10 de marzo de 2020 el proceso ingresó a Despacho para sentencia (fl. 21, C.2), la que se dicta en seguida, en

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

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

Problema jurídico

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

- *¿Es procedente para el caso concreto reliquidar la pensión de jubilación de la señora Aleyda Correa Serna, teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios?*
- *En caso afirmativo, ¿cuál es la entidad encargada de asumir la reliquidación de la pensión de jubilación de la parte accionante?*

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** hechos probados; **ii)** régimen pensional aplicable; **iii)** ingreso base de liquidación y factores salariales a incluir en la pensión de jubilación de docentes; **iv)** aplicación de la nueva jurisprudencia sobre los factores salariales a incluir en la liquidación de las pensiones de jubilación de los docentes; y **v)** reconocimiento y liquidación de la pensión de jubilación de la parte demandante.

Hechos debidamente acreditados

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

1. Con Resolución nº 3948-6 del 27 de abril de 2018 (fl. 18, C.1), la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en nombre y representación

del Ministerio de Educación Nacional – FOMAG reliquidó la pensión de jubilación de la parte accionante, en cuantía de \$2'965.576, efectiva a partir del 15 de enero de 2018.

Para la reliquidación de la prestación se aplicó el 75% del salario promedio mensual devengado durante el último año de servicio, incluyendo además del sueldo, la prima de navidad, la prima de vacaciones, la prima de alimentación, la bonificación mensual y las horas extras.

2. Conforme a la Resolución nº 3948-6 del 27 de abril de 2018 (fl. 18, C.1) y a la copia de la cédula de ciudadanía (fl. 19, ibídem), la señora Aleyda Correa Serna nació el 23 de diciembre de 1952, le fue reconocida pensión de jubilación el 17 de abril de 2008 y se retiró del servicio a partir del 15 de enero de 2018.
3. Según Formato Único para la Expedición de Certificado de Salarios del FOMAG nº 4910 del 23 de octubre de 2018 (fl. 97, C.1), entre el período comprendido entre el 1º de enero de 2018 y el 14 de enero de 2018, la parte demandante devengó además de la asignación básica mensual, prima de alimentación, prima de navidad, prima de servicios y bonificación mensual.

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 2003³, 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.

³ “Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario”.

El Acto Legislativo nº 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, dispuso en el parágrafo 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)

Para el caso concreto, de conformidad con lo manifestado en la parte motiva de la Resolución n° 3948-6 del 27 de abril de 2018 (fl. 18, C.1), se entiende que la señora Aleyda Correa Serna se vinculó en el ramo de la educación con anterioridad a la Ley 812 de 2003. En ese orden de ideas, le es aplicable en materia pensional el régimen vigente para los pensionados del sector público nacional, es decir, el previsto en la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año.

Así lo precisó igualmente el Consejo de Estado en reciente sentencia de unificación del 25 de abril de 2019⁴, en la que indicó que *“El régimen pensional para los servidores públicos del orden nacional a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, era el previsto en la Ley 33 de 1985. Por lo tanto, el régimen aplicable a los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados⁵, y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, por remisión de la misma Ley 91 de 1989, es el previsto en la citada Ley 33 de 1985⁶”*.

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

Ingreso base de liquidación pensional y factores salariales a reconocer

Como se indicó anteriormente, el literal b) del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 dispuso que los docentes que cumplieran los requisitos de ley, tendrían derecho a una pensión de jubilación equivalente al 75% sobre el salario mensual promedio del último año de servicio. Los requisitos de ley en cuanto a edad y tiempo de servicios son los señalados en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985.

En lo que respecta al ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación y a la manera de establecerlo, debe precisarse que a la parte demandante no le es aplicable la Ley 100 de 1993 ni el régimen de transición previsto en

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Dr. César Palomino Cortés. Sentencia de unificación del 25 de abril de 2019. Radicado número: 68001-23-33-000-2015-00569-01(0935-2017).

⁵ Cita de cita: Se fijó el 1 de enero de 1981, tal y consta en los antecedentes históricos de la norma, por ser el momento de la nacionalización de la educación a la luz de la Ley 43 de 1975.

⁶ Cita de cita: “Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público”.

dicha normativa en razón de la fecha de su vinculación al servicio docente y, por ende, no le es predicable la regla⁷ y primera subregla⁸ establecidas en la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2018⁹, relacionadas con la interpretación adecuada del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Por el contrario, tal como quedó expuesto en sentencia de unificación del Consejo de Estado del 25 de abril de 2019, *“La regla que rige para el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a periodo y factores. Lo que quiere decir que el periodo es el de un (1) año y los factores son únicamente los que se señalan en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985”*.

En punto a los factores salariales que deben tenerse en cuenta en la respectiva liquidación, el Consejo de Estado fijó la siguiente regla en la misma sentencia de unificación referida: *“En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo”*.

El artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, estableció la liquidación de las pensiones de jubilación de la siguiente manera:

⁷ De conformidad con la sentencia de unificación, la regla es la siguiente: *“El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985”* (negrilla es del texto).

⁸ Atendiendo lo indicado en la sentencia de unificación, la primera subregla es la siguiente:

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

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

⁹ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. César Palomino Cortés. Sentencia del 28 de agosto de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 52001-23-33-000-2012-00143-01(IJ).

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

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

Aplicación de la nueva jurisprudencia sobre los factores salariales a incluir en la liquidación de las pensiones de jubilación de los docentes

En la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019 ya citada, el Consejo de Estado precisó los efectos de la decisión con la cual se fijaron las reglas jurisprudenciales en materia de los factores que deben incluirse en la liquidación de la mesada pensional obtenida bajo la Ley 33 de 1985, específicamente para el caso de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003. Indicó que el nuevo criterio señalado se aplicaría en forma retrospectiva, esto es, a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias, salvo aquellos en los que hubiere operado la cosa juzgada, que en virtud del principio de seguridad jurídica resultarían inmodificables.

Para resolver este caso la Sala considera que debe acudir al precedente vigente sobre la materia, dado que el presente asunto se encuentra pendiente de decisión y no ha operado cosa juzgada.

Reconocimiento y liquidación de la pensión de jubilación de la parte demandante

Para el caso que convoca la atención de esta Sala, se observa que a la señora Aleyda Correa Serna le reliquidaron su pensión de jubilación por retiro definitivo del servicio, en cuya liquidación se incluyeron la asignación básica mensual así como las primas de navidad, de vacaciones, de alimentación, la bonificación mensual y las horas extras.

En la demanda promovida, la parte actora reprocha que se hubiera omitido incluir la prima de navidad, la prima de vacaciones y demás factores salariales devengados en el último año de servicio.

Conforme a la regla fijada por el Consejo de Estado en materia de ingreso base de liquidación de las pensiones de jubilación de los docentes vinculados antes de la Ley 812 de 2003, los factores que deben tenerse en cuenta son sólo aquellos sobre los que se hubieran efectuado los aportes, esto es, únicamente los señalados expresamente en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, así: asignación básica mensual, gastos de representación, primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación cuando fueran factor de salario, dominicales y festivos, horas extras, bonificación por servicios prestados, y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

En ese orden de ideas, la parte demandante no tiene derecho a la reliquidación que reclama, pues no puede tomarse como factor salarial la prima de servicios, dado que ésta no constituye base de liquidación de los aportes.

Debe precisarse que el Decreto 1545 de 2013 que creó la prima de servicios para el personal docente y directivo docente oficial de las instituciones educativas de preescolar, básica y media, estableció que aquella constituiría factor salarial desde el momento de su causación, únicamente para efectos de la liquidación de las siguientes prestaciones económicas: vacaciones, prima de vacaciones, cesantías y prima de navidad.

Aclara el Tribunal que no obstante que la Resolución nº 3948-6 del 27 de abril de 2018 tuvo en cuenta las primas de navidad, de vacaciones, de alimentación y la bonificación mensual para liquidar la pensión de jubilación de la parte demandante –factores que no están incluidos en la Ley 62 de 1985–, dicho acto de reliquidación pensional no puede modificarse en ese aspecto, en tanto la nulidad solicitada respecto del mismo fue parcial y sólo en lo que correspondía a la inclusión de la prima de servicios como factor adicional.

Llegar a una conclusión diferente implicaría, como lo sostuvo el Consejo de Estado¹⁰, no sólo desbordar el objeto del litigio fijado sino que afectaría principios y derechos constitucionales como el debido proceso, la confianza legítima y la tutela efectiva de los derechos que pretende quien impugna una decisión administrativa a través de este medio de control.

¹⁰ Así lo precisó en la sentencia de unificación del 29 del 25 de abril de 2019 ya citada.

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 su pensión de jubilación se reliquide en los términos por ella solicitados, esto es, incluyendo la prima de servicios como factor salarial devengado en el último año de servicio.

En ese sentido, se confirmará la sentencia dictada en primera instancia.

Costas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, este Tribunal considera que en el presente asunto no debe condenarse en costas, pues la demanda fue interpuesta conforme a la jurisprudencia vigente del Consejo de Estado para dicha época.

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

FALLA

Primero. CONFÍRMASE la sentencia del veintidós (22) de agosto de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Aleyda Correa Serna contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

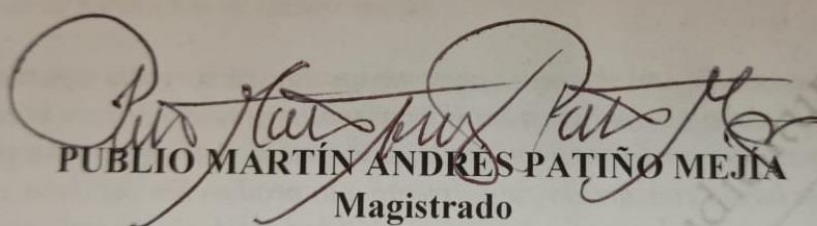
Segundo. ABSTIÉNESE de condenar en costas en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

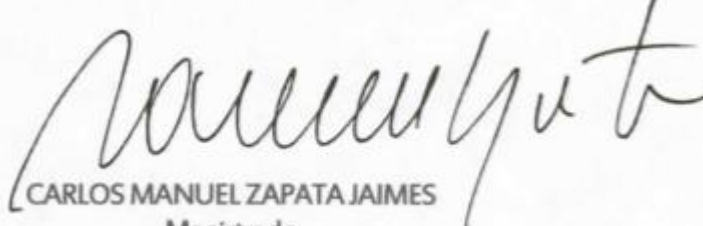
Tercero. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

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

Notifíquese y cúmplase


AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado


PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado


CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

No. 16
FECHA: 2 de febrero de 2021



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Segunda de Decisión

Magistrado Ponente: Jairo Ángel Gómez Peña

Manizales, veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021)

Radicado.	17-001-33-33-003-2018-00460-02
Clase:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante:	Ariel Ospina Osorio
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Providencia:	Sentencia N°. 14

Asunto

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

I. Antecedentes

1. Pretensiones

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

- Se declare la nulidad de la Resolución N° 8587-6 de 3 de noviembre de 2017.
- Se declare que la parte actora pertenece al régimen exceptuado previsto en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, que su situación se halla cobijada por el régimen especial previsto para los docentes vinculados antes del 27 de junio de 2003, y por ende, que su pensión de jubilación debe ser reajustada anualmente con base en lo previsto en las Leyes 91 de 1989 y 71 de 1988.

- Se condene a la parte accionada a aplicar el porcentaje previsto en el artículo 8 ordinal 5° de la Ley 91 de 1989 para los descuentos en salud, equivalente al 5%, cesando los actuales aportes del 12%.
- Se disponga el reajuste pensional de manera retroactiva, aplicando lo previsto en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, esto es, con base en el incremento anual del salario mínimo y no el IPC.
- Se reintegren las sumas que han sido descontadas de su mesada pensional, superiores al 5% de las mesadas de julio y diciembre.
- Se paguen a la parte demandante las diferencias resultantes entre la mesada pensional reajustada y la que actualmente recibe.
- Se indexen las sumas reconocidas, y se condene en costas y agencias en derecho a la demandada.
- A título de pretensión subsidiaria, impetra que de llegar a considerarse por el Tribunal que su régimen pensional es el consagrado en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, se ordene reintegrar a favor del accionante lo descontado equivalente al 12% de las mesadas de junio y diciembre, se ordene cesar dichos aportes y se condene en costas a la accionada.

2. Hechos

Se relataron los que a continuación se resumen:

- Se vinculó a la docencia oficial con anterioridad al 27 de junio de 2003, y al cumplir los requisitos de ley le fue reconocida pensión de jubilación, de la cual le han venido descontando el 12% de cada mesada pensional, incluidas las adicionales de junio y diciembre, con destino al sistema de salud.
- Pese a que en el acto de reconocimiento se dijo que el reajuste anual pensional se daría en virtud de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, dichos incrementos se han hecho conforme lo dispone el mandato 14 de la Ley 100 de 1993.
- Desde la promulgación de la Ley 100 de 1993, los incrementos anuales de las pensiones ordenados en el artículo 53 de la Carta Política vienen dándose con la aplicación del Índice de Precios al Consumidor (IPC), según lo consagrado en el canon 14 de dicho dispositivo legal.
- El 23 de octubre de 2017 presentó solicitud ante la entidad demandada con el fin de

que su pensión fuera incrementada conforme lo dispone el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, igualmente que el descuento con destino al sistema de salud se ajustara al 5% de cada mesada, peticiones negadas a través del acto demandado.

3. Normas violadas

Como disposiciones violadas se citaron las siguientes:

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

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

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

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

4. Contestación de la demanda

4.1. Departamento de Caldas

Contestó la demanda con el escrito de folios 117 a 120 del mismo cuaderno. Formuló como excepciones las de *‘falta de legitimación en la causa por pasiva’*, fundamentada

en que no le asiste competencia para el reconocimiento y pago de las prestaciones docentes, las cuales están en cabeza del FNPSM; *‘inaplicabilidad de las normas que regulan los descuentos en salud régimen docente e inexistencia del derecho reclamado’*, anotando que los artículos 5 y 8 de la Ley 91 de 1989 contemplan los descuentos sobre las mesadas adicionales; *‘buena fe’* atendiendo a que su actuación se ha ceñido a los postulados legales; y *‘prescripción’*, con base en los Decretos 3135 de 1968 y 1838 de 1969.

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

Guardó silencio.

5. Sentencia de Primera Instancia

El a quo negó las pretensiones de la parte demandante y la condenó en costas.

Para ello analizó el régimen normativo aplicable a los descuentos para salud de las mesadas de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio concluyendo que, la remisión a las normas de la Ley 100 de 1993 se contrae al valor de la tasa de cotización que los docentes afiliados al fondo deben hacer por concepto de salud. Que de conformidad con el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, la cotización al régimen contributivo de salud es del 12% del ingreso o salario base de cotización.

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

En cuanto al incremento anual de las pensiones con fundamento en el salario mínimo señaló que éste está dado únicamente para las pensiones que se otorgan con ese rango constitucional. Con apoyo en el pronunciamiento de la Corte Constitucional en sentencia C-435 del 1994 expuso que, con el reajuste de la pensión con fundamento en el Índice de Precios al Consumidor (IPC) no se vulneran los postulados del Estado Social de Derecho ni el principio de favorabilidad previsto en el artículo 53 de la Constitución Política. Expuso que para el caso bajo examine, se debe incrementar la pensión conforme a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993. (fls. 135-145,

C. 1)

6. Recurso de Apelación

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

Respecto de los aportes en salud, citó apartes de las sentencias T-348 de 1997; C-956 de 2001 y C-980 de 2002, según las cuales, en el caso de los docentes vinculados al servicio estatal antes del 27 de junio de 2003 que se encuentran pensionados por el FNPSM, el descuento de la cotización del 5% para la salud se hace sobre cada mesada pensional incluidas las adicionales; en el caso de docentes vinculados a partir del 27 de junio de 2003 que se encuentran pensionados por el referido fondo, la cotización del 12% para salud se descuenta de la respectiva mesada pensional mensual y no de las mesadas adicionales. Considera que aplicar el 12% de descuento para el sistema de salud sobre las mesadas adicionales, desconoce el principio de indivisibilidad en la aplicación de los regímenes pensionales; es decir, que el tomar elementos de uno y otro régimen – de la Ley 812 de 2003 y de la Ley 91 de 1989 – para resolver un mismo aspecto – descuentos en salud respecto de la pensión de afiliados al FNPSM – implica la creación de un tercer régimen. (fls. 148-159, C. 1)

7. Alegatos de conclusión segunda instancia

7.1. La parte demandante reiteró los argumentos expuestos en primera instancia.

7.2. Nación - Ministerio de Educación - FNPSM. Guardó silencio.

II. Consideraciones

Atendiendo a la postura erigida por la parte apelante y a lo expuesto en el fallo de primer grado, los problemas jurídicos a resolver en el presente asunto se contraen a la

dilucidación de los siguientes interrogantes:

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

1. Ajuste periódico de las pensiones

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

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

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

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

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

“Artículo 1º.- Las pensiones de jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, y en el sector privado, así como las que paga el Instituto Colombiano de los

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

Seguros Sociales a excepción de las pensiones por incapacidad permanente parcial, se reajustarán de oficio, cada año, en la siguiente forma:

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

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

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

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

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

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

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

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

de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incrementa dicho salario por el Gobierno.” /Resaltado del Tribunal/.

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

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

(...) Así las cosas, no le asiste razón al demandante, pues no es posible afirmar con certeza cuál de los dos sistemas podría resultar más benéfico para el pensionado, ya que ello dependerá del comportamiento que presente cada uno de esos factores a través del tiempo, de manera que habrá ocasiones en que el índice de precios al consumidor sea superior al porcentaje en que se 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” /Destacado del Tribunal/.

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

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

«(...) A partir del 1.º de enero de 1989 y hasta la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, todas las pensiones que fueron reconocidas en

² MP. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

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

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

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

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

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

“ (...) Lo anterior, hasta el punto de que en su demanda no sólo solicita declarar inexecutable el apartado demandado, según el cual las pensiones “se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior”, sino que incluso le pide a la Corte señalar que lo más favorable para el pensionado es “la medición del poder adquisitivo constante de las pensiones por el método de medición de la equivalencia de las pensiones en relación con el Salario Mínimo Legal Vigente”[85], como si este fuese expresamente el mandato constitucional

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

Al mismo tiempo que, se reitera, el constituyente impuso al legislador el deber general de actualizar el monto de las pensiones para que fuesen consistentes con el fenómeno de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, pero no impuso un modelo específico de actualización, motivo por el cual el Congreso cuenta con un amplio

⁴ M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

margen de configuración para fijar las fórmulas específicas a través de las cuales se materializa este deber genérico, sin que se encuentre obligado a acoger un esquema económico que, a juicio del accionante, resulte más favorable a los intereses de los pensionados entre todos los posibles” /Resaltados del Tribunal/.

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

“ARTÍCULO 1o. Adiciónese al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, con el siguiente parágrafo: (...)

“Parágrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados”. /Resaltado de la Sala/

Recogiendo los elementos presentes en el marco normativo y jurisprudencial reproducido en las líneas que anteceden, los cuestionamientos vertidos por la parte demandante contra el fallo de primer grado, y con ellas las súplicas de la demanda, no encuentran eco de prosperidad, por diversas razones.

De un lado, la jurisprudencia constitucional justifica el establecimiento de un marco diferencial de protección a las personas que devengan pensiones cuyo valor es equivalente a un (1) salario mínimo mensual, respecto a aquellos pensionados que devengan una mesada superior, como medida positiva encaminada a lograr el mandato de igualdad real y efectiva (art. 13 C.P.). En todo caso, la Corte deja en claro que el salario mínimo y el I.P.C. responden a factores y realidades diferentes, no siempre predecibles, por lo que no puede realizarse un juicio de comparación puro y simple entre ambos.

Adicional a ello, es de suma importancia resaltar que el canon 53 de la Carta, al paso que consagra el mandato de incremento periódico de las pensiones de tal forma que mantengan su poder adquisitivo, no sujeta este postulado a un método específico, dejando en manos del legislador la materialización de este cometido, lo cual precisamente ocurre con el artículo 14 de la Ley 100/93, expedido en uso de la libertad de configuración que sobre el particular le asiste al Congreso de la República.

⁵ “(...) Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida. (...)” /Subrayado de la Sala/.

Justamente, al referirse a dicho texto legal, tanto la Corte Constitucional como el supremo órgano de lo contencioso administrativo son contestes en aludir que el artículo 1 de la Ley 71 de 1988 ha de entenderse derogado por el canon 14 de la Ley 100/93, incluso, respecto a quienes obtuvieron su derecho pensional con anterioridad a aquella disposición, todo ello bajo el entendido de que el porcentaje de incremento o reajuste pensional anual no constituye un derecho adquirido.

Bajo esta óptica, ha de concluirse que si bien los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 cuentan con un régimen pensional especial y diferente al general consagrado en la Ley 100 de 1993, de ello no se sigue que al amparo de este régimen puedan acudir a la Ley 71/88 para obtener un incremento pensional anual diferente al vigente, pues este aspecto no integra el régimen pensional propiamente dicho.

Ante este panorama, tampoco resulta de recibo el argumento relacionado con el principio de favorabilidad, pues existe una disposición expresa sobre la forma en la que proceden los aumentos pensionales, y la existencia de aumentos pensionales con base en el salario mínimo únicamente se justifica en el caso de las pensiones cuyo monto equivale a este salario.

Así las cosas, abordados los pormenores del caso, resulta evidente que la pensión reconocida por el FNPSM a favor del señor Ariel Ospina Osorio supera el valor del salario mínimo legal mensual vigente /fl. 41 cdno. 1/, por lo que la entidad demandada, al negar el incremento pretendido al tenor del artículo 1 de la Ley 71 de 1988 se ajustó plenamente al ordenamiento jurídico, lo que derivaba en una decisión negativa frente a las pretensiones de la demanda, como en efecto ocurrió.

2. Descuentos con destino al sistema de salud

El principio de solidaridad constituye uno de los pilares del Sistema General de Seguridad Social tanto en salud como en pensiones, y de él se derivan algunas obligaciones de los afiliados, como lo es contribuir a su financiación a través de aportes (art. 48 C.P.). En el mismo sentido se encuentra concebido el servicio de salud en el canon 49 constitucional, soportado en la solidaridad como elemento medular de su prestación.

En relación con los pensionados, la Ley 100 de 1993 los cataloga como afiliados con capacidad de pago, por lo que se encuentran en el régimen contributivo del sistema de salud (art. 175, lit. A, num. 1), incluso, el canon 143 de ese esquema disposicional

establece que quienes hayan obtenido el reconocimiento pensional antes de la entrada en vigencia de la norma, tendrían derecho al reajuste mensual según la tasa de cotización en salud, además, instituye que la obligación de cotizar en salud se halla en cabeza de los pensionados en su totalidad.

Al pronunciarse sobre la obligación de los pensionados de cotizar con destino al sistema de salud, la Corte Constitucional⁶ expresó:

“(…) Entonces, incluso los regímenes de excepción tienen el deber de cotizar al Sistema General de Seguridad Social, para la prestación de los servicios médico asistenciales, situación que no varió con la expedición de la Ley 100 de 1993. Esto encuentra respaldo en el principio de solidaridad que caracteriza este sistema. Así en las sentencias C-1000 de 2007, la Corte reiteró la posición de la obligación de cotizar al Sistema, señalada en la C-548 de 1998 y sobre los aportes que deben efectuar los pensionados señaló:

“(…) frente al deber que tienen los pensionados de cotizar en materia de salud, la Corte ha estimado que (i) es un desarrollo natural de los preceptos constitucionales que la ley ordene brindar asistencia médica a los pensionados y que prevea que éstos paguen una cotización para tal efecto, ya que la seguridad social no es gratuita sino que se financia, en parte, con los mismos aportes de los beneficiarios, de conformidad con los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad; y (ii) no viola la constitución que el legislador establezca que los pensionados deben cotizar en materia de salud.”

En conclusión todo pensionado debe contribuir a la sostenibilidad y eficiencia del sistema General de Salud, no sólo para recibir los distintos beneficios, sino para financiar el sistema en su conjunto, colaborando con sus aportes a la prestación de la asistencia médica de todas las personas que pertenecen al régimen subsidiado, en desarrollo del principio de solidaridad consagrado en la Constitución. (…)/Resalta el Tribunal/”.

En cuanto al monto sobre el cual se deben realizar los aportes en salud, las normas anteriores a la Ley 100 de 1993 contenían porcentajes que regularmente equivalían al 5%, como ocurría en el caso de la Ley 4ª de 1966 para el caso de los pensionados de la extinta Caja Nacional de Previsión Social – CAJANAL. En el mismo sentido, el Decreto 3135 de 1968 dispuso:

“A los pensionados por invalidez, jubilación y retiro por vejez se les prestará por la entidad que les pague la pensión, asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria. Para este efecto el pensionado cotizará mensualmente un cinco por ciento (5%) de su pensión”.

En el caso de los educadores, la Ley 91 de 1989, creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que tiene como uno de sus objetivos garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales de los profesores, y en el artículo 8 de la citada ley se establece que esta cuenta se haya constituida, entre otros, por *‘El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados’*.

⁶ Sentencia T-835 de 2014.

Sin embargo, el porcentaje fue modificado con posterioridad con la expedición de la Ley 812 de 2003, que introdujo modificaciones sustanciales al régimen pensional docente. En el artículo 81 esta norma prescribe:

“ARTÍCULO 81. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

Los servicios de salud para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán prestados de conformidad con la Ley 91 de 1989, las prestaciones correspondientes a riesgos profesionales serán las que hoy tiene establecido el Fondo para tales efectos.

El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones”
/Subraya el Tribunal/.

En atención a la remisión normativa de que trata el canon citado, la Ley 100 de 1993 consagra el monto de las cotizaciones con destino al sistema de salud a cargo de los afiliados en el artículo 204, por cuyo ministerio:

“(…) La cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al sistema general de seguridad social en salud según las normas del presente régimen, será máximo del 12% del salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. Dos terceras partes de la cotización estarán a cargo del empleador y una tercera parte a cargo del trabajador. Un punto de la cotización será trasladado al fondo de solidaridad y garantía para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado”
/Resalta la Sala/.

Debe anotarse que esta preceptiva fue objeto de dos modificaciones relacionadas con el valor o monto de las cotizaciones al sistema de salud, de la siguiente manera:

- (i) Mediante la Ley 1122 de 2007, artículo 10, la cotización al régimen contributivo en salud a partir del 1º de enero de 2007 pasó a ser *‘del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado’.*
- (ii) Luego, la Ley 1250 de 2008 adicionó el canon 204 de la Ley 100/93 al prescribir que *‘La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional’.*

De igual manera, el deber de cotizar al sistema de salud en cabeza de los pensionados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM), así como el monto de los aportes, fue objeto de pronunciamiento por el Consejo de Estado⁷, que en reciente oportunidad puntualizó lo siguiente:

“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 Magisterio

Ley 91 de 1989 artículo 8-5	5%
Ley 812 de 2003, ⁸ , artículo 81	El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo

⁷ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda -Subsección B- Consejero ponente: César Palomino Cortés-, diez (10) de mayo de dos mil dieciocho (2018) -Radicación número: 68001-23-31-000-2010-00624-01(0340-14)

⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-529 de 23 de junio de 2010

	<i>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 (...)" /Subrayado del Tribunal/.

A voces de las normas parcialmente reproducidas, el ordenamiento constitucional atribuye a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social – *entre ellos los pensionados*- el deber de materializar el principio de solidaridad a través de los aportes o cotizaciones destinados a generar su viabilidad financiera. Así mismo, aun cuando la Ley 91 de 1989 originalmente previó un porcentaje del 5% como monto de la cotización, este asciende en la actualidad al 12%, en virtud de la modificación introducida por la Ley 812 de 2003, que remite a los mandatos de orden pensional general.

Finalmente, en lo que atañe a los descuentos sobre mesadas adicionales, estos se hallan previstos en la Ley 91/89, según la cual el FNPSM se halla constituido, entre otros recursos, por *‘El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados’*, disposición que goza de plena vigencia en la medida que no ha sido objeto de derogatoria, bien sea tácita o expresa.

En este sentido, aun cuando la Ley 100 de 1993 no contempla la realización de descuentos sobre las mesadas adicionales, la Ley 91 de 1989 –*régimen especial para los docentes afiliados al FNPSM*- sí contiene dicha obligación, por lo que la extensión del régimen de cotizaciones de la Ley 100/93 a los profesores ha de entenderse exclusivamente ceñida al aumento del monto de la cotización (del 5% al 12%), y no conlleva la derogatoria del canon 8 de la Ley 91/89, en cuanto prescribe que tales mesadas serán objeto de aportes con destino al sistema de salud.

Finalmente, el Tribunal trae a colación los planteamientos esbozados por el Consejo de Estado⁹ al abordar las pretensiones de devolución de aportes realizados sobre las mesadas adicionales de un pensionado afiliado al FNPSM:

⁹ Sentencia de 14 de septiembre de 2017.

“(…) A partir de lo anterior, esta Sala advierte, en síntesis, que el tribunal, señaló que aunque la Ley 812 de 2003 gobierna el monto de las cotizaciones a salud de los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es necesario remitirse a la Ley 91 de 1989, en lo que toca con la posibilidad de efectuar dichos descuentos sobre las mesadas adicionales.

En ese sentido, consideró viable el descuento por salud sobre la mesada catorce percibida por la accionante, por cuanto, aunque las Leyes 42 de 1982 y 43 de 1984, prohibían descuento alguno sobre las mesadas adicionales, en su criterio, estas normas fueron derogadas tácitamente por la Ley 91 de 1989, por haber sido expedida de forma posterior, la cual, contempló dichos descuentos sobre las mesadas adicionales, inclusive.

En esta perspectiva, advierte la Sala que el análisis normativo efectuado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca es razonable, toda vez que se sustentó en la vigencia de las normas relevantes al asunto puesto en consideración, por lo que no es posible colegir que la providencia judicial cuestionada constituya un error sustantivo.”/Subraya el Tribunal/.

Por modo, aun cuando los descuentos sobre las mesadas adicionales no se encuentren previstos de manera explícita en la Ley 812 de 2003, la Sala es del criterio que dicha obligación no ha cesado, pues en atención al principio de solidaridad que informa todo el Sistema de Seguridad Social, los descuentos por este concepto se avienen al ordenamiento jurídico.

En conclusión, el acto demandado se ajusta a la legalidad en tanto dispone realizar los descuentos previstos expresamente en la Ley 91 de 1989 sobre las mesadas adicionales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, obligación que les asiste a los educadores por disposición de la norma en mención, y que no ha de entenderse suprimida, cesada o derogada por el hecho de que la Ley 812 de 2003 no haya reproducido de manera expresa dicho contenido.

Por ende, se confirmará la sentencia de primer grado.

3. Costas

Se condenará en costas a la apelante, en virtud del supuesto previsto en el numeral 3 del artículo 365 del Código General del Proceso. Sin agencias en derecho en esta instancia comoquiera que no fueron causadas.

4. Consideración final

En razón a que procesos similares al presente ya han sido decididos mediante sentencia por esta Corporación, la Sala ha procedido a dictar fallo dentro de este, por autorizarlo así el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, lo que hace también en aplicación

de los principios de economía y celeridad.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Administrativo de Caldas, Sala Segunda de Decisión**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

III. Falla

Primero: Se confirma la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, el 12 de julio de 2019, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda, en el proceso promovido en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, por el señor Ariel Ospina Osorio contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Segundo: Se condena en costas a la parte demandante, las cuales se liquidarán conforme a los artículos 365 y subsiguientes del Código General del Proceso. Sin agencias en derecho en esta instancia.

Tercero: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

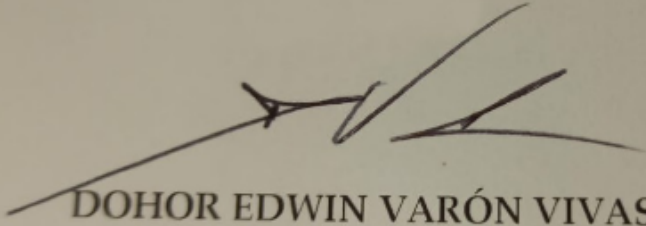
Notifíquese y cúmplase.

Discutida y aprobada en Sala de Decisión Ordinaria celebrada en la fecha.

Los integrantes de la Sala Segunda de Decisión,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Jairo Ángel Gómez Peña', is written over a light blue background.

Jairo Ángel Gómez Peña
Magistrado ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

CONSTANCIA SECRETARIAL: A Despacho del señor Magistrado el presente Medio de Control, recibido por ventanilla virtual, proveniente del Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales con apelación de sentencia, para decidir sobre su admisión.

Manizales, primero (01) de febrero de dos mil veintiuno (2021)



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, primero (01) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

RADICADO	17001-33-33-003-2018-00550-02
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	MARÍA DORIS ALZATE ECHEVERRY
DEMANDADO	NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DEPARTAMENTO DE CALDAS

De conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹ **SE ADMITE** el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante el 13 de febrero de 2020 (Págs. 155 a 169 Cuaderno Principal Juzgado) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de

¹ También CPACA

Manizales el 04 de febrero de 2020, 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 04 de febrero de 2020.

Vencido el término de ejecutoria de la admisión del recurso, y en caso de que no exista solicitud de pruebas por practicar en segunda instancia, según lo dispuesto en el artículo 247 numeral 4 del CPACA, modificado por el artículo 623 del Código General del Proceso, al considerar innecesario citar a audiencia de alegaciones y juzgamiento, **CÓRRASE** traslado común a las partes por el término de diez (10) días, para que presenten sus alegaciones de conclusión.

Vencido el término concedido a las partes, el Ministerio Público dispondrá igualmente de diez (10) días para emitir su concepto, sin retiro del expediente.

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
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a las partes por Estado Electrónico No. 16 de fecha 02 de febrero de 2021. Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico. Manizales, _____  HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA Secretario



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
- Sala Quinta de Decisión -

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.I.: 12

Asunto:	Decreta prueba de oficio
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-33-004-2018-00333-02
Demandante:	Gabriela Castaño Montoya
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

**Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta nº
003 del 29 de enero de 2021**

Manizales, veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021).

Encontrándose el proceso de la referencia a Despacho para sentencia, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 213 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA, esta Sala de Decisión considera necesario decretar de oficio la práctica de la siguiente prueba de carácter documental.

Por la Secretaría de esta Corporación, **OFÍCIESE** a la Secretaría de Educación del Municipio de Manizales para que en un término no mayor a diez (10) días siguientes al recibo de la correspondiente comunicación, remita con destino a este proceso, certificación de los factores salariales devengados por la señora Gabriela Castaño Montoya en el último año de servicios en la docencia oficial.

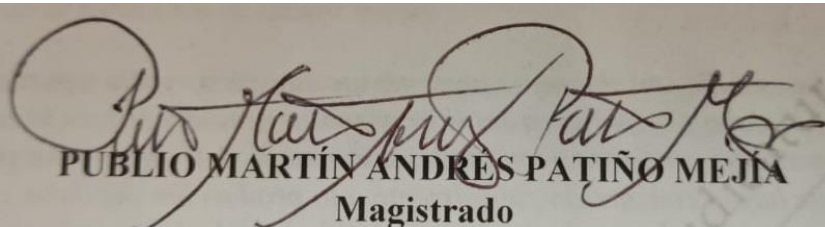
Aportada la prueba en mención, por la Secretaría de la Corporación, **CÓRRASE** traslado de la misma a las partes, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 110 del Código General del Proceso.

Surtido lo anterior, **REGRESE** inmediatamente el expediente al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia para proyectar la decisión que en derecho corresponda.

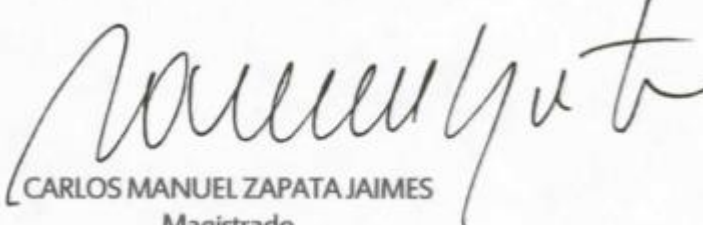
Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

No. 16
FECHA: 2 de febrero de 2021



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.: 015

Asunto:	Sentencia de segunda instancia
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-33-004-2018-00527-02
Demandante:	Luz Marina Herrera de García
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Departamento de Caldas

**Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n°
003 del 29 de enero de 2021**

Manizales, veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021)

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, corresponde a esta Sala de Decisión desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del nueve (9) de octubre de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las súplicas de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Luz Marina Herrera de García contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG²) – Departamento de Caldas.

DEMANDA

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, FOMAG.

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 30 de noviembre de 2018 (fls. 2 a 33, C.1), se solicitó lo siguiente:

Pretensiones

1. Que se declare la nulidad absoluta de la Resolución nº 8316-6 del 30 de octubre de 2017, en cuanto negó el reconocimiento y pago del reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme lo establece el numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989 y la Ley 71 de 1988.
2. Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la entidad demandada a reconocer y pagar:
 - De acuerdo con la Ley 91 de 1989: la aplicación y devolución de los descuentos de aportes al sistema de salud, a la mesada pensional en el porcentaje del 5%, incluyendo las mesadas adicionales, ordenando cesar el descuento del 12% como actualmente se realiza; y se reintegre las sumas de dinero superiores al 5% de dichas mesadas pensionales, sin que se continúe efectuando dicho descuento.
 - Respecto de la Ley 71 de 1988: Al reajuste anual de la mesada pensional en el porcentaje que cada año se incrementa para el salario mínimo legal mensual, de forma retroactiva al año en que consolidó su derecho pensional y de manera constante para las mesadas subsiguientes y futuras.
 - Las diferencias resultantes entre mesada pensional y los reajustes solicitados, cancelados de manera indexada, con los ajustes de valor y los intereses corrientes y moratorios a que haya lugar, y conforme al 192 del CPACA, y al pago de condena en costas.
3. Como pretensión subsidiaria, solicitó el reintegro de los dineros de las mesadas adicionales de junio y diciembre, equivalente al aporte en salud del 12%, de forma indexada y con la inclusión de los ajustes de valor, intereses moratorios; y ordenar a la Fiduciaria la Previsora no continuar el descuento de las mesadas adicionales con destino al sistema de salud.

4. Que se condene en costas a la parte accionada.

Hechos

Como fundamento fáctico de la demanda, la parte actora expuso lo siguiente:

1. El accionante se vinculó a la docencia oficial con anterioridad al 27 de junio de 2003, al cumplir los requisitos de edad y tiempo de servicio le fue reconocida pensión de jubilación mediante Resolución n° 1767 del 29 de junio de 1993, expedida por la Secretaria de Educación del Departamento de Caldas, actuando en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
2. El FOMAG por intermedio de la entidad fiduciaria encargada de su administración, ha venido descontando al accionante el equivalente al 12% de cada mesada pensional, incluyendo las mesadas adicionales de junio y diciembre, como aportes dirigidos a la prestación del servicio de salud.
3. En el acto administrativo de reconocimiento pensional se consagro expresamente que esta seria reajustada anualmente conforme al artículo 1° de la Ley 71 de 1988, no obstante, la mesada ha venido siendo incrementada con base a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, es decir, en el mismo porcentaje certificado por el DANE para el Índice de Precios al Consumidor del año inmediatamente anterior.³
4. Mediante petición radicada bajo el SAC 2017PQR16460 del 23 de octubre de 2017, se solicitó ante el FOMAG la aplicación del numeral 5° del artículo 8° de la Ley 91 de 1989, respecto a los descuentos de las mesadas pensionales realizados a título de aportes al sistema de salud, indicando que este debe corresponder al 5% del valor de cada mesada, exigiendo en consecuencia la devolución de los valores pagados en exceso.

³ En adelante IPC

Igualmente se solicitó la aplicación del artículo 1° de la Ley 71 de 1988, como fórmula tendiente al reajuste oficioso de sus mesadas pensionales, en contraprestación a los incrementos indebidamente aplicados conforme al IPC (artículo 14 de la Ley 100 de 1993).

En caso de determinarse que el Régimen General de Pensiones le resulte aplicable a la demandante, a título de pretensión subsidiaria se solicitó el cese de los descuentos en salud realizados en las mesadas adicionales de junio y diciembre, ordenando el reintegro de los valores cobrados por dicho concepto.

5. Mediante la Resolución n° 8316-6 del 30 de octubre de 2017, la Secretaria de Educación del Departamento de Caldas actuando en representación de la Nación – Ministerio de Educación – FOMAG, resolvió negativamente los deprecados reajustes pensionales, guardando silencio respecto a la pretensión subsidiaria.
6. Se acudió a la administración de justicia en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento de derecho, con la finalidad de obtener el reajuste de las mesadas pensionales del demandante, conforme a los incrementos fijados por el gobierno para el salario mínimo legal en Colombia, e igualmente el descuento de los aportes en salud conforme al régimen exceptuado aplicable a los pensionados por el FOMAG en la Ley 91 de 1989.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte actora estimó como violadas las siguientes disposiciones: el preámbulo, los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29, 48, 53, 90, 121, 125 y 209 de la Constitución Política; artículos 137 de la Ley 1437 de 2011; 1° de la Ley 71 de 1978; 15.2.a de la Ley 91 de 1989; 115 de Ley 115 de 1994; 279 de la Ley 100 de 1993; 1° de la Ley 238 de 1995; 4 de la Ley 700 de 2001; 9° de la Ley 797 de 2003; 81 de la Ley 812 de 2003; 160 de la Ley 1151 del 2007; Ley 33 de 1985; y parágrafos transitorios 1 y 2 del Acto Legislativo 01 de 2005.

Consideró que en el régimen jurídico del personal docente, los profesores vinculados antes de la expedición de la Ley 812 de 2003 se encuentran

exceptuados de la Ley 100 de 1993, y los principios de favorabilidad e irrenunciabilidad.

Respecto de los aportes en salud cuestionó que se le han descontado a la parte demandante en exceso, al haberse vinculado con anterioridad a la referida ley 812 de 2013, y reconocer la pensión de jubilación conforme a la Ley 33 de 1985, por lo que el monto de descuento debe ser del 5% según la Ley 91 de 1989, misma que es aplicable a las mesadas adicionales, y no el 12% para los que se rigen por la Ley 100 de 1993.

Sobre el incremento anual de la pensión indicó que no le es aplicable el aumento estipulado en el artículo 14 de la disposición precitada con base en el IPC, sino el incremento indicado en la Ley 71 de 1988 con el salario mínimo legal mensual vigente, toda vez que obtuvo dicha prestación antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG

Dentro del término otorgado, la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG contestó la demanda (fls. 55 a 58, C.1), para oponerse a las pretensiones de la misma, toda vez que lo hecho por la demandada se encuentra amparado por la presunción de legalidad contenida en el artículo 88 de la Ley 1437 de 2011 y de la misma manera se encuentra ajustado a derecho.

Manifestó que el régimen pensional de todos los docentes vinculados al servicio público educativo oficial sería el establecido con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 812 de 2003, es decir, la Ley 91 de 1980, misma que estipula que en dicho descuento deben estar incluidas las mesadas adicionales.

Concluyó que con la Ley 812 de 2003, se dio un amplio alcance al régimen de cotización en salud previsto en la Ley 100 de 1993 a los docentes afiliados al FOMAG, situación que conllevó que a los mismo se les aumentara el monto de cotización al sistema de salud respecto de sus mesadas pensionales.

Propuso las excepciones de mérito que denominó: ***“LEGALIDAD DE LOS ACTOS ATACADOS DE NULIDAD”*** con fundamento en que los actos emitidos por la administración se encuentran ajustados a derecho; ***INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN O COBRO DE LO NO DEBIDO*** los descuentos aplicados con destino a la cotización al sistema de salud se efectuaron de conformidad con la normatividad legal vigente aplicable al docente; ***“PRESCRIPCIÓN DE MESADAS”*** sobre aquellos derechos económicos reclamados que superen el lapso de tres años desde que la obligación se hizo exigible hasta la presentación de la demanda; ***“GENÉRICA”*** con el propósito que el juez declare probados los hechos que encuentre demostrados en el proceso”.

Departamento de Caldas

El Departamento de Caldas presentó contestación a la demanda (fls. 83 a 85, C.1), indicando que su función es recibir y radicar las solicitudes de los docentes que pertenezcan a la entidad territorial.

Expresó que el pensionado tiene la obligación de cancelar un aporte en salud del 12% de conformidad con lo dispuesto en la ley 91 de 1989, Ley 812 de 2003 y Ley 100 de 1993.

Refirió que en materia de incremento de la mesada pensional se debe aplicar lo previsto en el artículo 14 de la ley 100 de 1993.

Propuso las excepciones que denominó: ***“FALTA DE LEGITIMIDAD EN LA CAUSA POR PASIVA”***, expresando que la entidad encargada del reconocimiento,, liquidación y pago de pensiones es el Ministerio de Educación Nacional; ***“BUENA FE”*** en cuanto el Departamento de Caldas ha actuado con diligencia y cumpliendo los términos estipulados en la ley; y ***“PRESCRIPCIÓN”*** sobre aquellos derechos económicos reclamados que superen el lapso de tres años desde que la obligación se hizo exigible hasta la presentación de la demanda.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El nueve (9) de octubre de 2019, el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia (fls. 101 a 115, C.1), a través de la cual: **i)** negó las pretensiones principales y subsidiarias de la demandada; y **ii)** condenó en costas a la parte demandante. Lo anterior, con fundamento en lo siguiente.

Precisó inicialmente que lo relacionado con el reconocimiento y pago de las prestaciones del personal docente nacional o nacionalizado está a cargo de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, de acuerdo con el procedimiento que para tal efecto ha sido dispuesto por el Legislador en armonía con los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad consagrados en los artículos 288 de la Constitución Política.

Hizo referencia al incremento anual de las pensiones previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, conforme al cual se aplica la variación del IPC.

Indicó que conforme al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al FOMAG se encuentran exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social contenidos en dicha ley.

Precisó que el artículo 1 de la Ley 238 de 1995 adicionó un parágrafo al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, en el sentido de precisar que las excepciones en la aplicación del Sistema Integral de Seguridad Social no implicarían negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 para aquellos pensionados.

Manifestó que el artículo 289 de la Ley 100 de 1993 derogó expresamente el aumento anual de la pensión que establecía la Ley 71 de 1989.

Trajo a colación pronunciamiento de la H. Corte Constitucional (C-435 de 2017), en el cual explicó las razones por las cuales no es aplicable el incremento previsto en la Ley 71 de 1988 para efectos de determinar el porcentaje de incremento de las pensiones de jubilación.

En ese entendimiento, sostuvo que no le asiste razón a la parte actora en cuanto a la aplicación de la Ley 71 de 1988 para el aumento anual de su pensión de jubilación.

Finalmente precisó que con la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 no se vulnera el principio de favorabilidad previsto en el artículo 53 de la Constitución Política, por cuanto la citada norma es clara en establecer que el incremento pensional es aplicable aún para aquellos sectores exceptuados de la Ley 100.

RECURSO DE APELACIÓN

Mediante memorial obrante de folios 126 a 137 del cuaderno principal, la parte demandante recurrió la sentencia de primera instancia, solicitando revocar la providencia y acceder a las pretensiones de la demanda, con fundamento en lo siguiente.

Recalcó que el juzgado incurrió en una grave violación del debido proceso materializando los principios de congruencia, contradicción e igualdad al traer como referente jurisprudencial aplicables sentencias que no corresponden a idénticos hechos, fundamentos de derecho y pretensiones.

Expuso que el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 que hace referencia al incremento de la pensión con base en el IPC, se estudió en la sentencia C-387 de 1994, la cual no hace referencia al régimen exceptuado de los docentes ni se pronunció sobre la Ley 71 de 1988 que señala el aumento con base en el salario mínimo. Agregó que el Consejo de Estado en sentencia del 17 de agosto de 2017, señaló que la Ley 71 de 1988 no era aplicable a los pensionados antes de la Ley 100 de 1993.

Aclaró que la Ley 238 de 1995 adicionó un párrafo al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, de los regímenes exceptuados, donde previó que sí se aplicaría el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, pero en lo que les fuera beneficioso.

Indicó que el Acto Legislativo 01 de 2005 mantuvo el régimen del magisterio como exceptuado para los docentes vinculados antes del 26 de junio de 2003, por lo que se les aplica las leyes 33 de 1985 y 91 de 1989 y no puede aplicarse el incremento anual de la pensión establecido en la Ley 100 de 1993 sino el dispuesto por el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, según el salario mínimo.

Afirmó que el objeto real del proceso era determinar la fórmula más equitativa de incremento pensional para el régimen exceptuado del magisterio.

Con relación a los descuentos de para salud de las mesadas pensionales, incluidas las adicionales de junio y diciembre, resaltó que la Corte Constitucional, en sentencias T-348 de 1997, C-956 de 2001 y C-980 de 2002 precisó que el descuento para aportes de salud de los docentes es del 5%.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante (fls. 7 a 14, C.2). Intervino en esta etapa procesal para reiterar los planteamientos formulados en el recurso de apelación interpuesto.

Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG. Guardó silencio.

Departamento de Caldas, guardó silencio.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no emitió concepto en el presente asunto.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Reparto. Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 14 de noviembre de 2019, y allegado el 28 de enero de 2020 al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (fl. 3, C.2).

Admisión y alegatos. Por auto del 28 de enero de 2020 se admitió el recurso de apelación y se corrió traslado para alegatos (fl. 3, C.2), derecho del cual las partes no hicieron uso. El Ministerio Público no rindió concepto en esta oportunidad.

Paso a Despacho para sentencia. El 10 de marzo de 2020 el proceso ingresó a Despacho para sentencia (fl. 15, C.2), la que se dicta en seguida, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA. Se precisa que por tratarse de un asunto que versa sobre un caso similar a los ya decididos por esta

Corporación, y en procura de la celeridad y agilidad para dar solución a dichos temas, se profiere este fallo sin tener en cuenta el orden de ingreso del proceso a Despacho para tal efecto, tal como se autoriza por el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, en armonía con lo previsto por el artículo 115 de la Ley 1395 de 2010.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, en los estrictos términos en que aquel fue presentado.

Problema jurídico

El asunto jurídico a resolver en el sub examine se centra en dilucidar los siguientes interrogantes:

- 1. ¿Tiene derecho la parte demandante al reconocimiento y pago del reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme lo establece la Ley 71 de 1988, teniendo en cuenta la variación del salario mínimo legal mensual vigente?*
- 2. ¿Se debe reembolsar a la parte actora algún porcentaje, por concepto de descuentos por los aportes de salud, descontados de la pensión de jubilación de manera mensual y de las mesadas adicionales de junio y diciembre?*

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** hechos probados; **ii)** Sistema General de Seguridad Social; **iii)** ajuste de pensiones en el Sistema General de Seguridad Social para los afiliados al sector público y régimen general de pensiones; **iv)** aplicación del régimen en salud para los afiliados al sector público y al fondo de prestaciones sociales del magisterio y al sistema general de seguridad social en salud; y **v)** descuento de salud sobre las mesadas adicionales.

Hechos debidamente acreditados

La siguiente es la relación de los hechos debidamente probados que resultan relevantes para solucionar el caso concreto:

1. Por Resolución n° 1767 del 29 de junio de 1993 (fl 42, C.1), la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en nombre y representación del Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, reconoció pensión de jubilación a favor de la parte accionante.

El FOMAG ha descontado al accionante el equivalente al 12% de la mesada pensional como aportes dirigidos a la prestación del servicio de salud.

2. La parte actora radicó ante la entidad accionada una petición relacionada a los descuentos de las mesadas pensionales a título de aportes de salud, refiriendo que dichos aportes corresponden a un 5% y no a un 12%, exigiendo la devolución de los valores pagados en exceso, de igual manera se solicitó la aplicación del artículo 1° de la Ley 71 de 1988. (fl. 34, C.1).
3. Con Resolución n° 8316-6 del 30 de octubre de 2017 (fl. 44, C.1), la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en nombre y representación del Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, negó el reajuste de la pensión de jubilación con base en el incremento del salario mínimo y devolución de los aportes al servicio de salud.

Como fundamento de la negativa se manifestó que la aplicación del IPC como fórmula de incremento periódico de las mesadas pensionales no entraña *per se* violación de derecho constitucional alguno, máxime cuando la mesada ha sido reconocida en monto superior al salario mínimo, lo que significa que el IPC le permite mantener su poder adquisitivo.

Sistema General de Seguridad Social

El artículo 48 de la Constitución Política concibe la seguridad social como un servicio público obligatorio que debe prestarse bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Así mismo, lo consagra como un derecho irrenunciable de garantía universal para todos los administrados; y precisa que la ley definirá

los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante.

A su vez, el artículo 53 de la misma Carta Política establece que el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

El Sistema de Seguridad Social Integral previsto en la Ley 100 de 1993 tuvo como objeto garantizar los derechos de las personas y comunidad, en aras de mejorar la calidad de vida y la dignidad humana, a través de las instituciones públicas y privadas prestadoras de los servicios, como un servicio esencial prestado bajo los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación.

El artículo 11 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 797 de 2003, prevé su campo de aplicación, así:

El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando y respetando, adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una Pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de Prima Media y del sector privado en general.

Lo anterior será sin perjuicio del derecho de denuncia que le asiste a las partes y que el tribunal de arbitramento dirima las diferencias entre las partes.

Ajuste de pensiones en el Sistema General de Seguridad Social para los afiliados al sector público y Régimen General de Pensiones

El artículo 1 de la Ley 4ª de 1976⁴ determinó que las pensiones de los sectores público, oficial, semioficial y privado, así como los afiliados al Instituto Seguro Social, a excepción de las pensiones por incapacidad permanente parcial, se reajustarían de oficio, cada año, teniendo en cuenta la elevación del salario mínimo mensual legal más alto, con una suma fija igual a la mitad de la diferencia entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, más una suma equivalente a la mitad del porcentaje que represente el incremento entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, esto último aplicado a la correspondiente pensión.

Luego, el artículo 1 de la Ley 71 de 1988⁵ precisó que las pensiones referidas en el artículo 1 de la Ley 4ª de 1976, la de incapacidad permanente parcial y las compartidas, serían reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que fuera incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.

La citada norma fue reglamentada por el Decreto 1160 de 1989, que precisó respecto del ajuste de las pensiones en el artículo 1, lo siguiente:

ARTICULO 1o. Reajuste pensional. *Las pensiones de jubilación, invalidez, vejez, incapacidad permanente parcial, compartidas y de sobrevivientes, de los sectores público, privado y del Instituto de Seguros Sociales, se reajustarán de oficio y en forma simultánea con el salario mínimo legal, en el mismo porcentaje en que éste sea incrementado por el Gobierno Nacional.*

Del recuento normativo citado, se concluye que por mandato constitucional es deber del Estado garantizar el reajuste periódico de las pensiones, inicialmente desde la Ley 4ª de 1976 y la Ley 71 de 1988 con un ajuste a los beneficiarios de los regímenes del sector público, oficial y privado, teniendo en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente más alto.

⁴ “Por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones”.

⁵ “Por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones”.

Posteriormente, el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 dispuso un ajuste de las pensiones con base en la variación del IPC, excepto aquellas pensiones iguales al salario mínimo que se incrementaban conforme al mismo:

ARTÍCULO 14. REAJUSTE DE PENSIONES. *Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice (sic) de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, 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, donde señaló que el incremento por el IPC o por el salario mínimo cumple el objetivo del reajuste periódico de las pensiones, y es facultad del legislador determinar el mismo:

Para la Corte es evidente que ese tratamiento distinto ante situaciones iguales, a la luz de los cánones constitucionales, tiene una justificación clara y razonable, cual es la de dar especial protección a aquellos pensionados que por devengar una pensión mínima se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás. En consecuencia, ha decidido el legislador que el valor de la pensión para esas personas se reajuste en un porcentaje igual al del salario mínimo legal mensual, con el fin de que dicho ingreso conserve su poder adquisitivo y así pueda el beneficiario satisfacer sus necesidades básicas y llevar una vida digna.

(...)

Las instituciones del salario mínimo y de la pensión mínima, se enmarcan dentro de aquellas políticas destinadas a lograr una justicia social, pues son medidas especiales de protección a quienes por su condición económica se encuentran en situación de debilidad manifiesta. Busca así el legislador

menguar la desigualdad y de esta manera cumplir con el propósito señalado por el constituyente en el artículo 13 de la Carta, que ordena al Estado promover las condiciones requeridas para que la igualdad sea real y efectiva, mediante la adopción de medidas en favor de grupos discriminados o marginados, como también proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica o física se encuentran en situación de debilidad manifiesta.

(...)

Ahora bien: que el índice de precios al consumidor aumenta en proporción superior al porcentaje en que se incrementa el salario mínimo, es un argumento que esgrime el demandante, pero que no se ajusta a la realidad, pues como se demostrará en seguida, estos valores no han sido constantes, y no podían serlo, por que (sic) su comportamiento depende de una serie de circunstancias económicas y políticas que resultan variables, y en consecuencia, no es posible determinar con certeza el porcentaje en que cada uno de esos dos factores aumentará.

Veamos el comportamiento de la tasa de inflación y el porcentaje de incremento del salario mínimo, durante los últimos diez años:

<i>año</i>	<i>inflación</i>	<i>salario mínimo</i>
1983	16.64	22%
1984	18.28	22%
1985	22.45	20%
1986	20.95	24%
1987	24.02	22%
1988	28.12	25%
1989	26.12	27%
1990	32.36	26%
1991	26.82	26.07%
1992	25.13	26.04%
1993	22.6	21.09%”

Obsérvese que en los años 1983, 1984, 1986, 1989 y 1992 el salario mínimo se incrementó en cuantía superior al índice (sic) de inflación, y en los

demás años, sucedió lo contrario, esto es, que la inflación fue mayor que el porcentaje en que subió el salario mínimo.

Así las cosas, no le asiste razón al demandante, pues no es posible afirmar con certeza cuál de los dos sistemas podría resultar más benéfico para el pensionado, ya que ello (sic) dependerá del comportamiento que presente cada uno de esos factores a través del tiempo, de manera que habrá ocasiones en que el índice de precios al consumidor sea superior al porcentaje en que se incrementa el salario mínimo, y en otras, éste sea inferior a aquél, o pueden existir casos en que los dos sean iguales.

De otra parte, estima la Corte pertinente agregar que la Constitución al consagrar el derecho al reajuste periódico de las pensiones (art. 53 inc. 2o.), no señala la proporción en que éstas deben incrementarse, como tampoco la oportunidad o frecuencia en que debe llevarse a cabo, quedando en manos del legislador la regulación de estos aspectos, como en efecto lo hace la norma parcialmente impugnada.

En este sentido, el Máximo Tribunal Constitucional alude a la determinación de incrementar las pensiones en el salario mínimo sólo para los pensionados que devengan la pensión mínima, en aras de salvaguardar los derechos constitucionales de los pensionados que se encuentran en debilidad manifiesta frente a los demás ciudadanos; y que el aumento en el IPC para los demás pensionados, se ajusta a factores y circunstancias económicas y políticas.

Bajo el tema en cuestión referente al reajuste de las mesadas en aplicación de la Ley 100 de 1993, la Sección Segunda el Consejo de Estado, en providencia del 17 de agosto del 2017⁶, al pronunciarse dentro de la acción pública de nulidad contra el artículo 40 del Decreto 692 de 1994, expuso que el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 derogó el dispuesto por la Ley 71 de 1988, y que esto es aplicable a las pensiones causadas con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993:

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 17 de agosto de 2017. Radicación número: 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14).

Ahora bien, en criterio de la parte demandante, la mesada de quienes se pensionaron con anterioridad al 1.º de abril de 1994 debe incrementarse en la forma prevista por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, esto es, en el mismo porcentaje en que se ajustaba el salario mínimo, afirmación frente a la cual debe indicarse que el hecho de que el porcentaje en el cual se reajusta la pensión no sea un derecho adquirido, implica que el sistema definido por la Ley 100 de 1993 podía regular válidamente la proporción del aumento de la prestación, derogando el enunciado normativo que venía rigiendo hasta ese momento, tal y como lo admitió la Corte Constitucional en la sentencia C-110 de 1996, al señalar:

«[...] A partir del 1.º de enero de 1989 y hasta la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, todas las pensiones que fueron reconocidas en el país, tanto en el sector público como en el privado, se reajustaron anualmente conforme a la formula prevista en la Ley 71 de 1988, esto es, en el mismo porcentaje en que se incrementó por el Gobierno el salario mínimo legal mensual. Con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigencia, las pensiones reconocidas antes y después de dicha ley, se vienen reajustando en la forma prevista por su artículo 14 y teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 142 y 143 ibídem, lo que significa que el referido reajuste se produce anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior, más la mesada adicional y el reajuste equivalente a la elevación en la cotización para salud, a favor de los pensionados con anterioridad al 1º de enero de 1994.[...]»

En esas condiciones, no le asiste razón a la parte demandante cuando estima que al hacer extensivo el porcentaje de reajuste de la mesada pensional que se decreta para quienes se pensionan con posterioridad al 1.º de abril de 1994 a aquellos que ya tenían la prestación reconocida para ese momento, la norma demandada hace una inclusión no prevista en la ley que reglamenta y desconoce los derechos adquiridos de estos últimos, pues se reitera, la protección de los derechos adquiridos en materia pensional no comprende la proporción del incremento de la mesada.

Conclusión: *Conforme a las consideraciones expuestas, el porcentaje de reajuste de la mesada pensional no es un derecho adquirido, por lo tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha considerado que el legislador está habilitado para modificar las normas que consagran la proporción en que se realizarán los aumentos de las mesadas pensionales.*

De acuerdo con lo anterior, el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 sí es aplicable a quienes les fue reconocida la pensión antes del 1.º de abril de 1994 y no el definido por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, toda vez que esta última quedó derogada por aquella.

En consideración al postulado jurisprudencial precitado se extrae que si bien quienes se pensionaron con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, cuentan con un régimen anterior al del Sistema de Seguridad Social Integral, esto no quiere decir que el incremento de la mesada pensional deba realizarse conforme lo contempla la Ley 71 de 1988, ajustado al salario mínimo, toda vez que con la entrada en vigencia del régimen general de pensiones, esta norma quedó derogada por aquella, que dispuso que los ajustes de las mesadas pensionales fueran incrementadas conforme a la variación del IPC.

Referente a los motivos que alega el libelista de aplicar el artículo 1 de la Ley 71 de 1989 al ajuste de la mesada pensional en armonía con el principio de favorabilidad, es pertinente traer a colación el pronunciamiento expuesto por la Máxima Corporación Constitucional en sentencia C-435 de 2017, proferida en el marco de la acción pública de constitucionalidad en la que se demandó la nulidad parcial del artículo 14 de la Ley 100 de 1993, y en la que precisó lo siguiente en relación con el reajuste de pensiones según la variación porcentual del IPC:

*Así, para decirlo de otra forma, pero con sus propias palabras, el actor entiende que el principio de favorabilidad también resulta aplicable a los pensionados “porque son trabajadores en receso [...] y, porque también, uno de los principios fundamentales del trabajo es la **garantía de la seguridad social**” y es precisamente a partir de esa consideración que concluye que “[e]n caso de duda en la medición del **poder adquisitivo constante de las pensiones**, porque no hay ley que establezca como se*

*mide [...] debe aplicarse el método **más favorable al pensionado**". Lo anterior, hasta el punto de que en su demanda no sólo solicita declarar inexecutable el apartado demandado, según el cual las pensiones "se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior", sino que incluso le pide a la Corte señalar que lo más favorable para el pensionado es "la **medición del poder adquisitivo constante de las pensiones por el método de medición de la equivalencia de las pensiones en relación con el Salario Mínimo Legal Vigente**"⁷, como si este fuese expresamente el mandato constitucional.*

(...)

Lo anterior pues, como también se ha explicado en la jurisprudencia constitucional, sin perjuicio de que toda pensión "tiene como objetivo primordial proteger a las personas de la tercera edad, quienes por sus condiciones físicas, ya sea por razón de la edad o por enfermedad, se encuentran imposibilitados para obtener otra clase de recursos para su propia subsistencia y la de su familia", las personas cuya pensión no supera el valor del salario mínimo legal mensual vigente o que reciben una pensión mínima, como también se la ha denominado, "se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás". De tal forma que ellas también requieren de un incremento periódico mínimo que, precisamente, garantice también los fines del salario mínimo, como son "satisfacer no sólo sus propias necesidades sino también las de su familia, en el orden material, social, cultural, educativo"⁸.

(...)

Siendo así, se tiene que en la norma demandada el legislador específicamente dispuso que el criterio o parámetro de actualización fuera el IPC en tanto que, como claramente explicó el DANE en su intervención, éste precisamente "es una estadística que mide la variación porcentual de

⁷ Cita de cita: Folio 19 (negrillas en el texto original).

⁸ Cita de cita: *Ibidem*.

los precios de un conjunto representativo de los bienes y servicios de consumo de los hogares del país”. Pero, simultáneamente, el legislador distinguió entre las pensiones superiores e inferiores al salario mínimo legal mensual vigente (SMLMV), estableciendo que únicamente éstas últimas se incrementaran en el mismo porcentaje que ese salario, “con el fin de que dicho ingreso conserve su poder adquisitivo y así pueda el beneficiario satisfacer sus necesidades básicas y llevar una vida digna”⁹.

Lo anterior pues, como también se ha explicado en la jurisprudencia constitucional, sin perjuicio de que toda pensión “tiene como objetivo primordial proteger a las personas de la tercera edad, quienes por sus condiciones físicas, ya sea por razón de la edad o por enfermedad, se encuentran imposibilitados para obtener otra clase de recursos para su propia subsistencia y la de su familia”, las personas cuya pensión no supera el valor del salario mínimo legal mensual vigente o que reciben una pensión mínima, como también se la ha denominado, “se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás”. De tal forma que ellas también requieren de un incremento periódico mínimo que, precisamente, garantice también los fines del salario mínimo, como son “satisfacer no sólo sus propias necesidades sino también las de su familia, en el orden material, social, cultural, educativo”¹⁰.

(...)

Por lo tanto, se concluye que además de que la propia Constitución faculta al legislador a decidir, con autonomía política, de qué manera reajustar periódicamente el valor pensiones, de tal forma que no hay lugar aquí para la aplicación del principio de favorabilidad en materia laboral del que trata el artículo 53 superior, en todo caso los índices o referencias de actualización a los que acudió el legislador para actualizar las pensiones de forma diferenciada según su valor (IPC y SMLMV) tienen un origen, una explicación y unos propósitos diferentes, al mismo tiempo que se relacionan entre ellos de una forma particular.

⁹ Cita de cita: Sentencia C-387 de 1994 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).

¹⁰ Cita de cita: Ibídem.

(...)

Al mismo tiempo que, se reitera, el constituyente impuso al legislador el deber general de actualizar el monto de las pensiones para que fuesen consistentes con el fenómeno de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, pero no impuso un modelo específico de actualización, motivo por el cual el Congreso cuenta con un amplio margen de configuración para fijar las fórmulas específicas a través de las cuales se materializa este deber genérico, sin que se encuentre obligado a acoger un esquema económico que, a juicio del accionante, resulte más favorable a los intereses de los pensionados entre todos los posibles.

De otra parte, la Ley 100 de 1993 en su artículo 279 contempló los regímenes exceptuados, entre otros el personal docente vinculado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio:

ARTÍCULO 279. EXCEPCIONES. *El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.*

Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida.

Este artículo fue adicionado por la Ley 238 de 1995¹¹, que dispuso la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 a los regímenes exceptuados previstos en dicha disposición, o sea, el incremento de las pensiones conforme al IPC:

¹¹ “Por la cual se adiciona el artículo 279 de la Ley 100 de 1993”.

ARTÍCULO 1o. *Adiciónese al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, con el siguiente párrafo:*

"Párrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados".

De esta manera, el incremento de las pensiones de los docentes pensionados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 no se rige por el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, toda vez que el factor de incremento anual de las pensiones no forma parte del régimen pensional por el cual se rigen los docentes, como son la edad, el monto, el ingreso base de liquidación y la tasa, y como lo señaló el Consejo de Estado¹². Además, el reajuste de la mesada pensional no es un derecho adquirido, por lo que el legislador está habilitado para modificar las normas que consagran la proporción del aumento anual. Es del caso agregar que la norma que pretende la parte demandante que se aplique al incremento de su mesada, el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, fue derogado por la Ley 100 de 1993.

Lógicamente, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario.

En consecuencia, conforme a los pronunciamientos jurisprudenciales citados, se tiene que la Constitución Política facultó al Legislador bajo su autonomía de fijar el reajuste periódico de las pensiones, teniendo en cuenta el IPC, parámetro que se adoptó obedeciendo a las satisfacciones de las necesidades del orden familiar, material, social, cultural y educativo, y con el fin de garantizar los fines del salario mínimo, en aras actualizar el monto de las pensiones y de contrarrestar el fenómeno de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

¹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 17 de agosto de 2017. Radicación número: 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14).

Sobre los descuentos por los aportes de salud en la pensión de jubilación de manera mensual y de las mesadas adicionales de junio y diciembre

El artículo 157 de la Ley 100 de 1993 establece que son afiliados al SGSS en salud todos los residentes en Colombia que se encuentren afiliados al régimen contributivo o al subsidiado y los vinculados temporalmente. Al régimen contributivo pertenecen los afiliados con capacidad de pago, como cotizantes están los pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sobreviviente, tanto del sector público como del privado.

Por su parte, el artículo 143 ibídem, previó para los pensionados antes del 1 de abril de 1994, el reajuste mensual equivalente a la elevación en la cotización para salud que resulte de la aplicación de dicha norma, así mismo dispuso, la cotización para salud a cargo de los pensionados, quienes podrían cancelarla mediante una cotización complementaria durante su período de vinculación laboral.

A su vez, el artículo 280 de la Ley 100 de 1993, dispuso sobre la obligatoriedad y sin excepciones de aportar para los fondos de solidaridad en los regímenes de salud y pensiones, a partir del 1 de abril de 1994 en las instituciones, regímenes y con respecto también a las personas que por cualquier circunstancia gocen de excepciones totales o parciales previstas en esta Ley.

Aplicación del régimen en salud para los afiliados al sector público y al fondo de prestaciones sociales del magisterio y al sistema general de seguridad social en salud

La Ley 4 de 1966, determinó para los afiliados a los Caja Nacional de Previsión Social, el deber de cotizar el porcentaje del 5%, a favor de la entidad de previsión, sobre la mesada pensional.

Lo anterior es reiterado por el Decretos 3135 de 1968¹³, en cuyo artículo 37, se dispone: "*Prestaciones para pensionados. A los pensionados por invalidez, jubilación y retiro por vejez se les prestará por la entidad que les pague la pensión, asistencia*

¹³ "por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales"

médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria. Para este efecto el pensionado cotizará mensualmente un cinco por ciento (5%) de su pensión".

Posteriormente la Ley 91 de 1989¹⁴, por el cual se creó el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en su artículo 8 numeral 2, señaló como objetivos de dicho fondo, garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales, y fue constituido entre otros: "...El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados."

El artículo 15 de la citada disposición, determinó el régimen aplicable para el personal docente dependiente de la vinculación así:

"ARTÍCULO 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

(Ver art. 6 Ley 60 de 1993)

1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley."

Por su parte, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003¹⁵, estableció el régimen prestacional de los docentes nacionales y nacionalizados vinculados antes de la vigencia de esta ley, es el señalado en las normas establecidas con

¹⁴ https://www.mineduacion.gov.co/1621/articles-85852_archivo_pdf.pdf

¹⁵

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0812_2003.html#1

anterioridad a la misma y **los vinculados a partir de la entrada en vigencia** de la citada norma, afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres, norma declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-369-04.

Adicionalmente precisó en el inciso tercero y cuarto de dicha normativa, en cuanto a los servicios de salud para los afiliados a dicho Fondo, **prestados conforme lo estipula la Ley 91 de 1989 y el valor de las cotizaciones por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores.**

Posteriormente, el primer párrafo transitorio del Acto Legislativo 01 de 2005, dispuso que: *“El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de ésta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003.”*

En cuanto al monto de la contribución de cotizaciones el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, establecía:

*“(…) La cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al sistema general de seguridad social en salud según las normas del presente régimen, será máximo **del 12% del salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo.** Dos terceras partes de la cotización estarán a cargo del empleador y una tercera parte a cargo del trabajador. Un punto de la cotización será trasladado al fondo de solidaridad y garantía para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado”. (Resalta la Sala)*

Dicha preceptiva fue modificada por el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007, que dispuso:

“Artículo 204. Monto y distribución de las cotizaciones. La cotización al Régimen Contributivo de Salud será, a partir del primero (1º) de enero del año 2007, del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado. Las cotizaciones que hoy tienen para salud los regímenes especiales y de excepción se incrementarán en cero punto cinco por ciento (0,5%), a cargo del empleador, que será destinado a la subcuenta de solidaridad para completar el uno punto cinco a los que hace referencia el presente artículo. El cero punto cinco por ciento (0,5%) adicional reemplaza en parte el incremento del punto en pensiones aprobado en la Ley 797 de 2003, el cual sólo será incrementado por el Gobierno Nacional en cero punto cinco por ciento (0,5%).

Y finalmente, por virtud de la Ley 1250 de 2008¹², por medio del artículo 1 adicionó el 204 de la Ley 100 de 1993, en el sentido de que la cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional.

De las normas señaladas se evidencia que el objetivo del Legislador fue efectuar aportes para salud tanto en los regímenes especiales como del Sistema General de Seguridad Social, incluidos los pensionados, afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En lo atinente al porcentaje de la cotización para los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio se dispuso inicialmente con la Ley 91 de 1989, una cotización del 5% y posteriormente con la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, se habilitó un valor total de la cotización correspondiente a la suma de aportes que para salud y pensiones establezca las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

En consecuencia se deriva que las cotizaciones que se deducen de la mesada pensional de los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio equivalen al mismo porcentaje que se debe descontar al Régimen General de Seguridad Social.

Por su parte, la Máxima Corporación Constitucional en sentencia T-835 de 2014, sobre la obligatoriedad en la cotización a los pensionados al Sistema General de Salud, tanto para regímenes especiales, como la pensión gracia, y el ordinario dispuso:

*“Entonces, **incluso los regímenes de excepción** tienen el deber de cotizar al Sistema General de Seguridad Social, para la prestación de los servicios médico asistenciales, situación que no varió con la expedición de la Ley 100 de 1993. Esto encuentra respaldo en el principio de solidaridad que caracteriza este sistema. Así en las sentencia C-1000 de 2007, la Corte reiteró la posición de la obligación de cotizar al Sistema, señalada en la C-548 de 1998 y sobre los aportes que deben efectuar los pensionados señaló:*

“(...) frente al deber que tienen los pensionados de cotizar en materia de salud, la Corte ha estimado que (i) es un desarrollo natural de los preceptos constitucionales que la ley ordene brindar asistencia médica a los pensionados y que prevea que éstos paguen una cotización para tal efecto, ya que la seguridad social no es gratuita sino que se financia, en parte, con los mismos aportes de los beneficiarios, de conformidad con los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad; y (ii) no viola la constitución que el legislador establezca que los pensionados deben cotizar en materia de salud.”

*En conclusión **todo pensionado debe contribuir a la sostenibilidad y eficiencia del sistema General de Salud, no sólo para recibir los distintos beneficios, sino para financiar el sistema en su conjunto, colaborando con sus aportes a la prestación de la asistencia médica de todas las personas que pertenecen al régimen subsidiado, en desarrollo del principio de solidaridad consagrado en la Constitución.** (...) Rft”*

Respecto del monto de las cotizaciones que deben realizar los docentes pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por concepto de salud, respecto del porcentaje del Régimen General de

Pensiones, la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado, en sentencia del 10 de mayo de 2018¹⁶, precisó:

*“ 3. Por otro lado, la Ley 91 de 1989, fijó como otro de los objetivos del **Fondo Nacional de prestaciones sociales del Magisterio**: Garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales, para contratará con entidades de acuerdo con instrucciones que imparta el Consejo Directivo del Fondo. Entonces, a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales el Magisterio tiene a cargo las prestaciones sociales de los afiliados al Magisterio, entre estas, (i) la pensión ordinaria y (ii) **garantizar la prestación la prestación de los servicios médico asistenciales. Lo que indica que los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterios, por disposición de la ley, tienen un régimen especial de seguridad social en salud.***

(...)

*Del análisis de la normatividad referida [artículos 2 de la Ley 4 de 1966 y 8.5 de la Ley 91 de 1989 que tratan del descuento del 5% para el Fondo incluidas las mesadas adicionales], se evidencia que el legislador, se sentó para todos los afiliados a la Caja Nacional forzosos y voluntarios e incluidos los pensionados la obligación de cotizar para salud, **deber que también opera para los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales. Actualmente, con el sistema de seguridad social integral previsto en la Ley 100 de 1993, del cual hace parte el subsistema de seguridad social en salud, una de las obligaciones de los afiliados es justamente efectuar las cotizaciones. (Artículo 161 Ley 100 de 1993).** Lo propio hizo el artículo 8º de la Ley 91 de 1989, respecto del personal afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, **que incluye también a los pensionados. (Pensión ordinaria)***

(...)

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION SEGUNDA -SUBSECCIÓN B- Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS- Bogotá, D.C., diez (10) de mayo de dos mil dieciocho (2018) -Radicación número: 68001-23-31-000-2010-00624-01 (0340-14)

6.2. Afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterios

Ley 91 de 1989 artículo 8-5	5%
Ley 812 de 2003, 17, artículo 81	El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.

Así las cosas, la cotización para salud del sistema general de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, es el mismo porcentaje del régimen general.

(...)

La jurisprudencia de la Corte Constitucional, y teniendo en cuenta que los docentes gozan de un sistema de salud, especial, señaló:

“22. Ahora bien, bajo el entendido que los docentes gozan de un sistema de salud diferente al señalado en la Ley 100 de 1993, corresponde al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio prestarle

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-529 de 23 de junio de 2010

*los servicios de salud a que tienen derecho y a la Caja Nacional de Previsión Social hoy UGPP, **efectuar los aportes correspondientes al Sistema General de Seguridad Social en Salud** al Fondo de Seguridad y Garantía - FOSYGA como lo determina el artículo 14 del Decreto 1703 de 2002, “Por el cual se adoptan medidas para promover y controlar la afiliación y el pago de aportes en el Sistema General de Seguridad Social en Salud”, según el cual:*

“Artículo 14. Régimen de excepción. Para efecto de evitar el pago doble de cobertura y la desviación de recursos, las personas que se encuentren excepcionadas por ley para pertenecer al Sistema General de Seguridad Social en Salud, de conformidad con lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, no podrán utilizar simultáneamente los servicios del Régimen de Excepción y del Sistema General de Seguridad Social en Salud como cotizantes o beneficiarios.

***Cuando la persona afiliada como cotizante a un régimen de excepción tenga una relación laboral o ingresos adicionales sobre los cuales esté obligado a cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud, su empleador o administrador de pensiones deberá efectuar la respectiva cotización al Fosyga en los formularios que para tal efecto defina el Ministerio de Salud.** Los servicios asistenciales serán prestados, exclusivamente a través del régimen de excepción; las prestaciones económicas a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, serán cubiertas por el Fosyga en proporción al Ingreso Base de cotización sobre el cual se realizaron los respectivos aportes. Para tal efecto el empleador hará los trámites respectivos...”.*

De conformidad con el anterior artículo es completamente válido -y legal que quien se encuentra percibiendo una pensión de vejez, y a su vez recibe pensión gracia, cotice sobre las dos pensiones en materia de salud. Una cotización será girada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y la otra al FOSYGA, recursos con los cuales se financia el Sistema de Seguridad Social en Salud.

23. Como se puede observar ni el artículo 52 del Decreto 806 de 1998, ni en el artículo 14 de Decreto 1703 de 2002, excluyeron de la obligación

de cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud a los beneficiarios de la pensión gracia, por lo tanto, los mismos se encuentran obligados a efectuar aportes con destino al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en los términos señalados en la ley y en las normas reglamentarias aplicables.

24. Sobre el monto del aporte a salud con anterioridad a la Ley 100 de 1993, los pensionados del sector oficial, incluyendo los beneficiarios de la pensión gracia, cotizaban sobre el 5% de su mesada pensional, con fin que se les prestaran los servicios médico asistenciales; porcentaje diferenciado respecto al establecido para los pensionados del sector privado afiliados al Instituto de Seguros Sociales.

Con la expedición de la Ley 100 de 1993, artículo 143, se estableció de manera general que la tasa de cotización para financiar el Sistema General de Seguridad Social en Salud sería hasta del 12 %, motivo por el cual, con el fin de no afectar los ingresos efectivos de los pensionados, y mantener el poder adquisitivo de sus mesadas, se consagró un incremento en el monto de las pensiones equivalente a la diferencia entre el valor de la cotización establecida en la Ley 100 de 1993 (12%), y el valor del aporte que se le venía efectuando al beneficiario de la pensión gracia (5%).

De esta manera, por virtud de la misma disposición, a los beneficiarios de la denominada pensión gracia también se les incrementó correlativamente el valor de su mesada en el monto del incremento de su aporte a salud, con el fin de no afectar los ingresos reales que venían percibiendo.

*25. En conclusión, no existe disposición que excluya a los regímenes de excepción del deber de cotizar al Sistema General de Seguridad Social, por el contrario se encuentra demostrado, que a través del tiempo los beneficiarios de la pensión gracia han estado obligados a efectuar los aportes correspondientes al sistema de salud para la prestación de los servicios médico asistenciales, situación que no varió con la expedición de la Ley 100 de 1993. **El pago de las cotizaciones en salud es obligatorio**, independientemente de que se preste o no el servicio de*

salud, en acatamiento del principio de solidaridad que rige el sistema de Seguridad Social en Colombia, conforme lo establece el artículo 48 de la Constitución, definido en el literal c) del artículo 2 de la Ley 100 de 1993,

...

*26. De lo expuesto se puede concluir que **todo pensionado debe contribuir a la sostenibilidad** y eficiencia del sistema General de Salud, no sólo para recibir los distintos beneficios, **sino para financiar el sistema en su conjunto, colaborando con sus aportes** a la prestación de la asistencia médica de todas las personas que pertenecen al régimen subsidiado, en desarrollo del principio de solidaridad consagrado en la Constitución. ..."-sft-*

De las normas anotadas y los postulados jurisprudenciales esgrimidos, se colige que los pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al ser beneficiarios del régimen especial en pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, no los exonera de realizar los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, por disposición expresa de la Ley 812 de 2003.

Descuento de salud sobre las mesadas adicionales

El Sistema General de Seguridad Social en Salud no establece descuento alguno sobre las mesadas adicionales, sin embargo, la Ley 91 de 1989 que parte del régimen especial de los docentes afiliados al FNPSM, sí lo permite de manera expresa en el numeral 5º del artículo 8º; luego entonces, aun cuando la Ley 812 de 2003 extendió el régimen de cotización en materia de salud a los pensionados afiliados al FNPSM, ello, sólo conllevó a que se incrementara el porcentaje de cotización de los docentes, del 5% al 12%, más no tiene virtualidad de derogar expresa ni tácitamente lo previsto en el régimen especial en punto de la posibilidad de hacer los descuentos de salud sobre las mesadas adicionales.

De igual manera, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en providencia de tutela del 14 de septiembre de 2017¹⁸, denegó la solicitud sobre la

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION SEGUNDA - SUBSECCIÓN A- Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ- Bogotá, D.C., catorce (14) de

devolución de aportes de salud sobre las mesadas adicionales de los pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, basado en los siguientes argumentos:

“(...) A partir de lo anterior, esta Sala advierte, en síntesis, que el tribunal, señaló que aunque la Ley 812 de 2003 gobierna el monto de las cotizaciones a salud de los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es necesario remitirse a la Ley 91 de 1989, en lo que toca con la posibilidad de efectuar dichos descuentos sobre las mesadas adicionales.

En ese sentido, consideró viable el descuento por salud sobre la mesada catorce percibida por la accionante, por cuanto, aunque las Leyes 42 de 1982 y 43 de 1984, prohibían descuento alguno sobre las mesadas adicionales, en su criterio, estas normas fueron derogadas tácitamente por la Ley 91 de 1989, por haber sido expedida de forma posterior, la cual, contempló dichos descuentos sobre las mesadas adicionales, inclusive.

En esta perspectiva, advierte la Sala que el análisis normativo efectuado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca es razonable, toda vez que se sustentó en la vigencia de las normas relevantes al asunto puesto en consideración, por lo que no es posible colegir que la providencia judicial cuestionada constituya un error sustantivo.

En suma, concluye esta Sala de decisión que en la providencia cuestionada no se evidencia ninguna causal de procedencia de la acción de tutela, pues como se demostró, no fue producto de un actuar caprichoso del Colegiado demandado, sino de la conjunción en la apreciación de las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica y la interpretación legal de las normas aplicables al caso concreto.”

En ese orden de ideas, considera la Sala que los descuentos por concepto de salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre fueron previstas en

la Ley 91 de 1989, para los afiliados del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y, a pesar de no mencionarse taxativamente en la Ley 812 de 2003, no significa que hubiese cesado la obligación de cotizar sobre dichas mesadas, pues en atención al principio de solidaridad que erige el Sistema de Seguridad Social, y en aras de preservar la contribución al sistema para lograr la sostenibilidad, eficacia y financiación del mismo, es procedente realizar los descuentos sobre la mesadas adicionales recibidas por los pensionados afiliados a dicho Fondo.

Considera la Sala, que no le asiste razón al impugnante al indicar que la parte actora, por ingresar con anterioridad al 27 de junio de 2003; y en aplicación a la Ley 91 de 1989 se debe descontar por concepto de cotización a salud el 5% sobre las mesadas pensionales, incluidas las mesadas adicionales.

Por lo anterior, se denegarán las pretensiones de la demanda y se confirmará la sentencia de primera instancia.

Conclusión

Considera la Sala que no se encuentra demostrada la vulneración de los derechos invocados por la parte actora, dado que, conforme a los presupuestos normativos y jurisprudenciales antes citados, se observa que no le asiste razón a la parte accionante al indicar que el reajuste de las mesadas pensionales se debe realizar conforme al artículo 1 de la Ley 71 de 1989, esto es, conforme al salario mínimo, norma derogada por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

Así mismo se tiene que los descuentos por concepto de salud aplicados a los pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio sobre la mesada ordinaria y adicionales de los meses de junio y diciembre deben hacerse aplicando los porcentajes previstos por las normas anteriormente señaladas.

Por lo anterior, se denegarán las pretensiones de la demanda y se confirmará la sentencia de primera instancia.

Costas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, en concordancia con los numerales 3 y 8 del artículo 365 del Código General del Proceso – CGP, este Tribunal se abstendrá de condenar en costas por estimar que no se causaron en el curso de esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

Primero. CONFÍRMASE la sentencia del nueve (9) de octubre de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Luz Marina Herrera de García contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el Departamento de Caldas.

Segundo. ABSTIÉNESE de condenar en costas en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

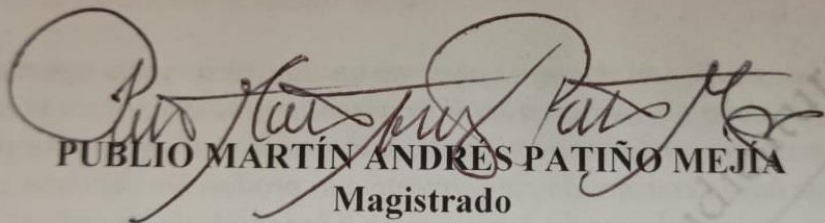
Tercero. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

Cuarto. Ejecutoriada esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen y HÁGANSE las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

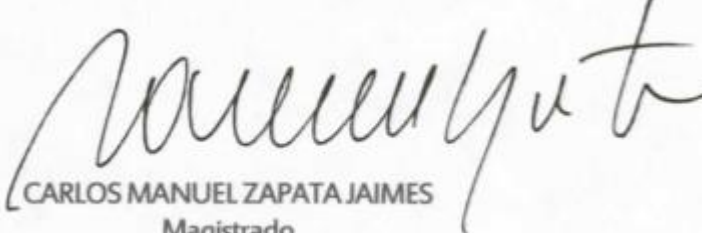
Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

No. 16
FECHA: 2 de febrero de 2021

A handwritten signature in green ink, consisting of several vertical strokes and a horizontal base, followed by a long vertical line extending downwards.

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS **-Sala Quinta de Decisión-**

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.: 016

Asunto:	Sentencia de segunda instancia
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-39-004-2019-00002-02
Demandante:	Esperanza Trejos Ortiz
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Departamento de Caldas

**Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta nº
003 del 29 de enero de 2021**

Manizales, veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, corresponde a esta Sala de Decisión desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del nueve (9) de octubre de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las súplicas de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Esperanza Trejos Ortiz contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG²) – Departamento de Caldas.

DEMANDA

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, FOMAG.

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 14 de enero de 2019 (fls. 4 a 34, C.1), se solicitó lo siguiente:

Pretensiones

1. Que se declare la nulidad absoluta de la Resolución nº 9333-6 del 28 de noviembre de 2017, en cuanto negó el reconocimiento y pago del reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme lo establece el numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989 y la Ley 71 de 1988.
2. Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la entidad demandada a reconocer y pagar:
 - De acuerdo con la Ley 91 de 1989: la aplicación y devolución de los descuentos de aportes al sistema de salud, a la mesada pensional en el porcentaje del 5%, incluyendo las mesadas adicionales, ordenando cesar el descuento del 12% como actualmente se realiza; y se reintegre las sumas de dinero superiores al 5% de dichas mesadas pensionales, sin que se continúe efectuando dicho descuento.
 - Respecto de la Ley 71 de 1988: Al reajuste anual de la mesada pensional en el porcentaje que cada año se incrementa para el salario mínimo legal mensual, de forma retroactiva al año en que consolidó su derecho pensional y de manera constante para las mesadas subsiguientes y futuras.
 - Las diferencias resultantes entre mesada pensional y los reajustes solicitados, cancelados de manera indexada, con los ajustes de valor y los intereses corrientes y moratorios a que haya lugar, y conforme al 192 del CPACA, y al pago de condena en costas.
3. Como pretensión subsidiaria, solicitó el reintegro de los dineros de las mesadas adicionales de junio y diciembre, equivalente al aporte en salud del 12%, de forma indexada y con la inclusión de los ajustes de valor, intereses moratorios; y ordenar a la Fiduciaria la Previsora no continuar el descuento de las mesadas adicionales con destino al sistema de salud.

4. Que se condene en costas a la parte accionada.

Hechos

Como fundamento fáctico de la demanda, la parte actora expuso lo siguiente:

1. El accionante se vinculó a la docencia oficial con anterioridad al 27 de junio de 2003, al cumplir los requisitos de edad y tiempo de servicio le fue reconocida pensión de jubilación mediante Resolución n° 4765 del 4 de septiembre de 2012, expedida por la Secretaria de Educación del Departamento de Caldas, actuando en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
2. El FOMAG por intermedio de la entidad fiduciaria encargada de su administración, ha venido descontando al accionante el equivalente al 12% de cada mesada pensional, incluyendo las mesadas adicionales de junio y diciembre, como aportes dirigidos a la prestación del servicio de salud.
3. En el acto administrativo de reconocimiento pensional se consagro expresamente que esta seria reajustada anualmente conforme al artículo 1° de la Ley 71 de 1988, no obstante, la mesada ha venido siendo incrementada con base a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, es decir, en el mismo porcentaje certificado por el DANE para el Índice de Precios al Consumidor del año inmediatamente anterior.³
4. Mediante petición radicada bajo el SAC 2017PQR17001 del 2 de noviembre de 2017, se solicitó ante el FOMAG la aplicación del numeral 5° del artículo 8° de la Ley 91 de 1989, respecto a los descuentos de las mesadas pensionales realizados a título de aportes al sistema de salud, indicando que este debe corresponder al 5% del valor de cada mesada, exigiendo en consecuencia la devolución de los valores pagados en exceso.

³ En adelante IPC

Igualmente se solicitó la aplicación del artículo 1° de la Ley 71 de 1988, como fórmula tendiente al reajuste oficioso de sus mesadas pensionales, en contraprestación a los incrementos indebidamente aplicados conforme al IPC (artículo 14 de la Ley 100 de 1993).

En caso de determinarse que el Régimen General de Pensiones le resulte aplicable a la demandante, a título de pretensión subsidiaria se solicitó el cese de los descuentos en salud realizados en las mesadas adicionales de junio y diciembre, ordenando el reintegro de los valores cobrados por dicho concepto.

5. Mediante la Resolución n° 9333-6 del 28 de noviembre de 2017, la Secretaria de Educación del Departamento de Caldas actuando en representación de la Nación – Ministerio de Educación – FOMAG, resolvió negativamente los deprecados reajustes pensionales, guardando silencio respecto a la pretensión subsidiaria.
6. Se acudió a la administración de justicia en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento de derecho, con la finalidad de obtener el reajuste de las mesadas pensionales del demandante, conforme a los incrementos fijados por el gobierno para el salario mínimo legal en Colombia, e igualmente el descuento de los aportes en salud conforme al régimen exceptuado aplicable a los pensionados por el FOMAG en la Ley 91 de 1989.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte actora estimó como violadas las siguientes disposiciones: el preámbulo, los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29, 48, 53, 90, 121, 125 y 209 de la Constitución Política; artículos 137 de la Ley 1437 de 2011; 1° de la Ley 71 de 1978; 15.2.a de la Ley 91 de 1989; 115 de Ley 115 de 1994; 279 de la Ley 100 de 1993; 1° de la Ley 238 de 1995; 4 de la Ley 700 de 2001; 9° de la Ley 797 de 2003; 81 de la Ley 812 de 2003; 160 de la Ley 1151 del 2007; Ley 33 de 1985; y párrafos transitorios 1 y 2 del Acto Legislativo 01 de 2005.

Consideró que en el régimen jurídico del personal docente, los profesores vinculados antes de la expedición de la Ley 812 de 2003 se encuentran exceptuados de la Ley 100 de 1993, y los principios de favorabilidad e irrenunciabilidad.

Respecto de los aportes en salud cuestionó que se le han descontado a la parte demandante en exceso, al haberse vinculado con anterioridad a la referida ley 812 de 2013, y reconocer la pensión de jubilación conforme a la Ley 33 de 1985, por lo que el monto de descuento debe ser del 5% según la Ley 91 de 1989, misma que es aplicable a las mesadas adicionales, y no el 12% para los que se rigen por la Ley 100 de 1993.

Sobre el incremento anual de la pensión indicó que no le es aplicable el aumento estipulado en el artículo 14 de la disposición precitada con base en el IPC, sino el incremento indicado en la Ley 71 de 1988 con el salario mínimo legal mensual vigente, toda vez que obtuvo dicha prestación antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, no contestó la demanda.

Departamento de Caldas

El Departamento de Caldas presentó contestación a la demanda (fls. 59 a 64, C.1), indicando que su función es recibir y radicar las solicitudes de los docentes que pertenezcan a la entidad territorial.

Expresó que el pensionado tiene la obligación de cancelar un aporte en salud del 12% de conformidad con lo dispuesto en la ley 91 de 1989, Ley 812 de 2003 y Ley 100 de 1993.

Refirió que en materia de incremento de la mesada pensional se debe aplicar lo previsto en el artículo 14 de la ley 100 de 1993.

Propuso las excepciones que denominó: “FALTA DE LEGITIMIDAD EN LA CAUSA POR PASIVA”, expresando que la entidad encargada del reconocimiento,, liquidación y pago de pensiones es el Ministerio de Educación Nacional; “INAPLICABILIDAD DE LAS NORMAS QUE REGULAN LOS DESCUENTOS EN SALUD RÉGIMEN DOCENTE E INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO”, indicando que la ley 812 de 2003 en su artículo 81 inciso 4 solo habla del monto de la tasa sobre la que se realiza el descuento no sobre las mesadas a las que se le aplica, por lo que continua vigente el contenido de la Ley 91 de 1989; “BUENA FE” en cuanto el Departamento de Caldas ha actuado con diligencia y cumpliendo los términos estipulados en la ley; y “PRESCRIPCIÓN” sobre aquellos derechos económicos reclamados que superen el lapso de tres años desde que la obligación se hizo exigible hasta la presentación de la demanda.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El nueve (9) de octubre de 2019, el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia (fls. 70 a 83, C.1), a través de la cual: i) negó las pretensiones principales y subsidiarias de la demandada; y ii) condenó en costas a la parte demandante. Lo anterior, con fundamento en lo siguiente.

Precisó inicialmente que lo relacionado con el reconocimiento y pago de las prestaciones del personal docente nacional o nacionalizado está a cargo de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, de acuerdo con el procedimiento que para tal efecto ha sido dispuesto por el Legislador en armonía con los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad consagrados en los artículos 288 de la Constitución Política.

Hizo referencia al incremento anual de las pensiones previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, conforme al cual se aplica la variación del IPC.

Indicó que conforme al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al FOMAG se encuentran exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social contenidos en dicha ley.

Precisó que el artículo 1 de la Ley 238 de 1995 adicionó un párrafo al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, en el sentido de precisar que las excepciones en la aplicación del Sistema Integral de Seguridad Social no implicarían negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 para aquellos pensionados.

Manifestó que el artículo 289 de la Ley 100 de 1993 derogó expresamente el aumento anual de la pensión que establecía la Ley 71 de 1989.

Trajo a colación pronunciamiento de la H. Corte Constitucional (C-435 de 2017), en el cual explicó las razones por las cuales no es aplicable el incremento previsto en la Ley 71 de 1988 para efectos de determinar el porcentaje de incremento de las pensiones de jubilación.

En ese entendimiento, sostuvo que no le asiste razón a la parte actora en cuanto a la aplicación de la Ley 71 de 1988 para el aumento anual de su pensión de jubilación.

Finalmente precisó que con la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 no se vulnera el principio de favorabilidad previsto en el artículo 53 de la Constitución Política, por cuanto la citada norma es clara en establecer que el incremento pensional es aplicable aún para aquellos sectores exceptuados de la Ley 100.

RECURSO DE APELACIÓN

Mediante memorial obrante de folios 93 a 104 del cuaderno principal, la parte demandante recurrió la sentencia de primera instancia, solicitando revocar la providencia y acceder a las pretensiones de la demanda, con fundamento en lo siguiente.

Recalcó que el juzgado incurrió en una grave violación del debido proceso materializando los principios de congruencia, contradicción e igualdad al traer como referente jurisprudencial aplicables sentencias que no corresponden a idénticos hechos, fundamentos de derecho y pretensiones.

Expuso que el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 que hace referencia al incremento de la pensión con base en el IPC, se estudió en la sentencia C-387 de 1994, la cual no hace referencia al régimen exceptuado de los docentes ni se pronunció sobre la Ley 71 de 1988 que señala el aumento con base en el salario mínimo. Agregó que el Consejo de Estado en sentencia del 17 de agosto de 2017, señaló que la Ley 71 de 1988 no era aplicable a los pensionados antes de la Ley 100 de 1993.

Aclaró que la Ley 238 de 1995 adicionó un párrafo al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, de los regímenes exceptuados, donde previó que sí se aplicaría el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, pero en lo que les fuera beneficioso.

Indicó que el Acto Legislativo 01 de 2005 mantuvo el régimen del magisterio como exceptuado para los docentes vinculados antes del 26 de junio de 2003, por lo que se les aplica las leyes 33 de 1985 y 91 de 1989 y no puede aplicarse el incremento anual de la pensión establecido en la Ley 100 de 1993 sino el dispuesto por el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, según el salario mínimo.

Afirmó que el objeto real del proceso era determinar la fórmula más equitativa de incremento pensional para el régimen exceptuado del magisterio.

Con relación a los descuentos de para salud de las mesadas pensionales, incluidas las adicionales de junio y diciembre, resaltó que la Corte Constitucional, en sentencias T-348 de 1997, C-956 de 2001 y C-980 de 2002 precisó que el descuento para aportes de salud de los docentes es del 5%.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante (fls. 7 a 14, C.2). Intervino en esta etapa procesal para reiterar los planteamientos formulados en el recurso de apelación interpuesto.

Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG. Se pronunció en escrito que obra a folio 16 expresando que respecto del porcentaje de cotización de salud, los pensionados afiliados al FOMAG se gobiernan por lo establecido en la Ley 100 de 1993.

Departamento de Caldas, guardó silencio.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no emitió concepto en el presente asunto.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Reparto. Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 14 de noviembre de 2019, y allegado el 28 de enero de 2020 al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (fl. 3, C.2).

Admisión y alegatos. Por auto del 28 de enero de 2020 se admitió el recurso de apelación y se corrió traslado para alegatos (fl. 3, C.2), derecho del cual hizo uso la parte demandante y la Nación Ministerio de Educación Nacional. El Ministerio Público no rindió concepto en esta oportunidad.

Paso a Despacho para sentencia. El 10 de marzo de 2020 el proceso ingresó a Despacho para sentencia (fl. 21, C.2), la que se dicta en seguida, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA. Se precisa que por tratarse de un asunto que versa sobre un caso similar a los ya decididos por esta Corporación, y en procura de la celeridad y agilidad para dar solución a dichos temas, se profiere este fallo sin tener en cuenta el orden de ingreso del proceso a Despacho para tal efecto, tal como se autoriza por el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, en armonía con lo previsto por el artículo 115 de la Ley 1395 de 2010.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, en los estrictos términos en que aquel fue presentado.

Problema jurídico

El asunto jurídico a resolver en el sub examine se centra en dilucidar los siguientes interrogantes:

1. *¿Tiene derecho la parte demandante al reconocimiento y pago del reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme lo establece la Ley 71 de 1988, teniendo en cuenta la variación del salario mínimo legal mensual vigente?*
2. *¿Se debe reembolsar a la parte actora algún porcentaje, por concepto de descuentos por los aportes de salud, descontados de la pensión de jubilación de manera mensual y de las mesadas adicionales de junio y diciembre?*

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** hechos probados; **ii)** Sistema General de Seguridad Social; **iii)** ajuste de pensiones en el Sistema General de Seguridad Social para los afiliados al sector público y régimen general de pensiones; **iv)** aplicación del régimen en salud para los afiliados al sector público y al fondo de prestaciones sociales del magisterio y al sistema general de seguridad social en salud; y **v)** descuento de salud sobre las mesadas adicionales.

Hechos debidamente acreditados

La siguiente es la relación de los hechos debidamente probados que resultan relevantes para solucionar el caso concreto:

1. Por Resolución nº 4765 del 4 de septiembre de 2012 (fl 44, C.1), la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en nombre y representación del Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, reconoció pensión de jubilación a favor de la parte accionante.

El FOMAG ha descontado al accionante el equivalente al 12% de la mesada pensional como aportes dirigidos a la prestación del servicio de salud.

2. La parte actora radicó ante la entidad accionada una petición relacionada a los descuentos de las mesadas pensionales a título de aportes de salud, refiriendo que dichos aportes corresponden a un 5% y no a un 12%, exigiendo la devolución de los valores pagados en exceso, de igual manera se solicitó la aplicación del artículo 1º de la Ley 71 de 1988. (fl. 35, C.1).

3. Con Resolución nº 9333-6 del 28 de noviembre de 2017 (fl. 46, C.1), la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en nombre y representación del Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, negó el reajuste de la pensión de jubilación con base en el incremento del salario mínimo y devolución de los aportes al servicio de salud.

Como fundamento de la negativa se manifestó que la aplicación del IPC como fórmula de incremento periódico de las mesadas pensionales no entraña *per se* violación de derecho constitucional alguno, máxime cuando la mesada ha sido reconocida en monto superior al salario mínimo, lo que significa que el IPC le permite mantener su poder adquisitivo.

Sistema General de Seguridad Social

El artículo 48 de la Constitución Política concibe la seguridad social como un servicio público obligatorio que debe prestarse bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Así mismo, lo consagra como un derecho irrenunciable de garantía universal para todos los administrados; y precisa que la ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante.

A su vez, el artículo 53 de la misma Carta Política establece que el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

El Sistema de Seguridad Social Integral previsto en la Ley 100 de 1993 tuvo como objeto garantizar los derechos de las personas y comunidad, en aras de mejorar la calidad de vida y la dignidad humana, a través de las instituciones públicas y privadas prestadoras de los servicios, como un servicio esencial prestado bajo los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación.

El artículo 11 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 797 de 2003, prevé su campo de aplicación, así:

El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando y respetando, adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una Pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de Prima Media y del sector privado en general.

Lo anterior será sin perjuicio del derecho de denuncia que le asiste a las partes y que el tribunal de arbitramento dirima las diferencias entre las partes.

Ajuste de pensiones en el Sistema General de Seguridad Social para los afiliados al sector público y Régimen General de Pensiones

El artículo 1 de la Ley 4ª de 1976⁴ determinó que las pensiones de los sectores público, oficial, semioficial y privado, así como los afiliados al Instituto Seguro Social, a excepción de las pensiones por incapacidad permanente parcial, se reajustarían de oficio, cada año, teniendo en cuenta la elevación del salario mínimo mensual legal más alto, con una suma fija igual a la mitad de la diferencia entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, más una suma equivalente a la mitad del porcentaje que represente el incremento entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, esto último aplicado a la correspondiente pensión.

Luego, el artículo 1 de la Ley 71 de 1988⁵ precisó que las pensiones referidas en el artículo 1 de la Ley 4ª de 1976, la de incapacidad permanente parcial y las compartidas, serían reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que fuera incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.

⁴ “Por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones”.

⁵ “Por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones”.

La citada norma fue reglamentada por el Decreto 1160 de 1989, que precisó respecto del ajuste de las pensiones en el artículo 1, lo siguiente:

ARTICULO 1o. Reajuste pensional. *Las pensiones de jubilación, invalidez, vejez, incapacidad permanente parcial, compartidas y de sobrevivientes, de los sectores público, privado y del Instituto de Seguros Sociales, se reajustarán de oficio y en forma simultánea con el salario mínimo legal, en el mismo porcentaje en que éste sea incrementado por el Gobierno Nacional.*

Del recuento normativo citado, se concluye que por mandato constitucional es deber del Estado garantizar el reajuste periódico de las pensiones, inicialmente desde la Ley 4ª de 1976 y la Ley 71 de 1988 con un ajuste a los beneficiarios de los regímenes del sector público, oficial y privado, teniendo en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente más alto.

Posteriormente, el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 dispuso un ajuste de las pensiones con base en la variación del IPC, excepto aquellas pensiones iguales al salario mínimo que se incrementaban conforme al mismo:

ARTÍCULO 14. REAJUSTE DE PENSIONES. *Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice (sic) de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, 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, donde señaló que el incremento por el IPC o por el salario mínimo cumple el objetivo del reajuste periódico de las pensiones, y es facultad del legislador determinar el mismo:

Para la Corte es evidente que ese tratamiento distinto ante situaciones iguales, a la luz de los cánones constitucionales, tiene una justificación clara y razonable, cual es la de dar especial protección a aquellos pensionados que por devengar una pensión mínima se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás. En consecuencia, ha decidido el legislador que el valor de la pensión para esas personas se reajuste en un porcentaje igual al del salario mínimo legal mensual, con el fin de que dicho ingreso conserve su poder adquisitivo y así pueda el beneficiario satisfacer sus necesidades básicas y llevar una vida digna.

(...)

Las instituciones del salario mínimo y de la pensión mínima, se enmarcan dentro de aquellas políticas destinadas a lograr una justicia social, pues son medidas especiales de protección a quienes por su condición económica se encuentran en situación de debilidad manifiesta. Busca así el legislador menguar la desigualdad y de esta manera cumplir con el propósito señalado por el constituyente en el artículo 13 de la Carta, que ordena al Estado promover las condiciones requeridas para que la igualdad sea real y efectiva, mediante la adopción de medidas en favor de grupos discriminados o marginados, como también proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica o física se encuentran en situación de debilidad manifiesta.

(...)

Ahora bien: que el índice de precios al consumidor aumenta en proporción superior al porcentaje en que se incrementa el salario mínimo, es un argumento que esgrime el demandante, pero que no se ajusta a la realidad, pues como se demostrará en seguida, estos valores no han sido constantes, y no podían serlo, por que (sic) su comportamiento depende de una serie de circunstancias económicas y políticas que resultan variables, y en consecuencia, no es posible determinar con certeza el porcentaje en que cada uno de esos dos factores aumentará.

Veamos el comportamiento de la tasa de inflación y el porcentaje de incremento del salario mínimo, durante los últimos diez años:

<i>año</i>	<i>inflación</i>	<i>salario mínimo</i>
1983	16.64	22%
1984	18.28	22%
1985	22.45	20%
1986	20.95	24%
1987	24.02	22%
1988	28.12	25%
1989	26.12	27%
1990	32.36	26%
1991	26.82	26.07%
1992	25.13	26.04%
1993	22.6	21.09%”

Obsérvese que en los años 1983, 1984, 1986, 1989 y 1992 el salario mínimo se incrementó en cuantía superior al índice (sic) de inflación, y en los demás años, sucedió lo contrario, esto es, que la inflación fue mayor que el porcentaje en que subió el salario mínimo.

Así las cosas, no le asiste razón al demandante, pues no es posible afirmar con certeza cuál de los dos sistemas podría resultar más benéfico para el pensionado, ya que élllo (sic) dependerá del comportamiento que presente cada uno de esos factores a través del tiempo, de manera que habrá ocasiones en que el índice de precios al consumidor sea superior al porcentaje en que se incrementa el salario mínimo, y en otras, éste sea inferior a aquél, o pueden existir casos en que los dos sean iguales.

De otra parte, estima la Corte pertinente agregar que la Constitución al consagrar el derecho al reajuste periódico de las pensiones (art. 53 inc. 2o.), no señala la proporción en que éstas deben incrementarse, como tampoco la oportunidad o frecuencia en que debe llevarse a cabo, quedando en manos del legislador la regulación de estos aspectos, como en efecto lo hace la norma parcialmente impugnada.

En este sentido, el Máximo Tribunal Constitucional alude a la determinación de incrementar las pensiones en el salario mínimo sólo para los pensionados que devenguen la pensión mínima, en aras de salvaguardar los derechos constitucionales de los pensionados que se encuentran en debilidad manifiesta frente a los demás ciudadanos; y que el aumento en el IPC para los demás pensionados, se ajusta a factores y circunstancias económicas y políticas.

Bajo el tema en cuestión referente al reajuste de las mesadas en aplicación de la Ley 100 de 1993, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en providencia del 17 de agosto del 2017⁶, al pronunciarse dentro de la acción pública de nulidad contra el artículo 40 del Decreto 692 de 1994, expuso que el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 derogó el dispuesto por la Ley 71 de 1988, y que esto es aplicable a las pensiones causadas con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993:

Ahora bien, en criterio de la parte demandante, la mesada de quienes se pensionaron con anterioridad al 1.º de abril de 1994 debe incrementarse en la forma prevista por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, esto es, en el mismo porcentaje en que se ajustaba el salario mínimo, afirmación frente a la cual debe indicarse que el hecho de que el porcentaje en el cual se reajusta la pensión no sea un derecho adquirido, implica que el sistema definido por la Ley 100 de 1993 podía regular válidamente la proporción del aumento de la prestación, derogando el enunciado normativo que venía rigiendo hasta ese momento, tal y como lo admitió la Corte Constitucional en la sentencia C-110 de 1996, al señalar:

«[...] A partir del 1.º de enero de 1989 y hasta la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, todas las pensiones que fueron reconocidas en el país, tanto en el sector público como en el privado, se reajustaron anualmente conforme a la 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

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 17 de agosto de 2017. Radicación número: 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14).

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 1° de enero de 1994.[...]»

En esas condiciones, no le asiste razón a la parte demandante cuando estima que al hacer extensivo el porcentaje de reajuste de la mesada pensional que se decreta para quienes se pensionan con posterioridad al 1.º de abril de 1994 a aquellos que ya tenían la prestación reconocida para ese momento, la norma demandada hace una inclusión no prevista en la ley que reglamenta y desconoce los derechos adquiridos de estos últimos, pues se reitera, la protección de los derechos adquiridos en materia pensional no comprende la proporción del incremento de la mesada.

Conclusión: *Conforme a las consideraciones expuestas, el porcentaje de reajuste de la mesada pensional no es un derecho adquirido, por lo tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha considerado que el legislador está habilitado para modificar las normas que consagran la proporción en que se realizarán los aumentos de las mesadas pensionales.*

De acuerdo con lo anterior, el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 sí es aplicable a quienes les fue reconocida la pensión antes del 1.º de abril de 1994 y no el definido por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, toda vez que esta última quedó derogada por aquella.

En consideración al postulado jurisprudencial precitado se extrae que si bien quienes se pensionaron con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, cuentan con un régimen anterior al del Sistema de Seguridad Social Integral, esto no quiere decir que el incremento de la mesada pensional deba realizarse conforme lo contempla la Ley 71 de 1988, ajustado al salario mínimo, toda vez que con la entrada en vigencia del régimen general de pensiones, esta norma quedó derogada por aquella, que dispuso que los

ajustes de las mesadas pensionales fueran incrementadas conforme a la variación del IPC.

Referente a los motivos que alega el libelista de aplicar el artículo 1 de la Ley 71 de 1989 al ajuste de la mesada pensional en armonía con el principio de favorabilidad, es pertinente traer a colación el pronunciamiento expuesto por la Máxima Corporación Constitucional en sentencia C-435 de 2017, proferida en el marco de la acción pública de constitucionalidad en la que se demandó la nulidad parcial del artículo 14 de la Ley 100 de 1993, y en la que precisó lo siguiente en relación con el reajuste de pensiones según la variación porcentual del IPC:

*Así, para decirlo de otra forma, pero con sus propias palabras, el actor entiende que el principio de favorabilidad también resulta aplicable a los pensionados “porque son trabajadores en receso [...] y, porque también, uno de los principios fundamentales del trabajo es la **garantía de la seguridad social**” y es precisamente a partir de esa consideración que concluye que “[e]n caso de duda en la medición del **poder adquisitivo constante de las pensiones**, porque no hay ley que establezca como se mide [...] debe aplicarse el método **más favorable al pensionado**”. Lo anterior, hasta el punto de que en su demanda no sólo solicita declarar inexecutable el apartado demandado, según el cual las pensiones “se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior”, sino que incluso le pide a la Corte señalar que lo más favorable para el pensionado es “la **medición del poder adquisitivo constante de las pensiones por el método de medición de la equivalencia de las pensiones en relación con el Salario Mínimo Legal Vigente**”⁷, como si este fuese expresamente el mandato constitucional.*

(...)

Lo anterior pues, como también se ha explicado en la jurisprudencia constitucional, sin perjuicio de que toda pensión “tiene como objetivo

⁷ Cita de cita: Folio 19 (negrillas en el texto original).

primordial proteger a las personas de la tercera edad, quienes por sus condiciones físicas, ya sea por razón de la edad o por enfermedad, se encuentran imposibilitados para obtener otra clase de recursos para su propia subsistencia y la de su familia”, las personas cuya pensión no supera el valor del salario mínimo legal mensual vigente o que reciben una pensión mínima, como también se la ha denominado, “se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás”. De tal forma que ellas también requieren de un incremento periódico mínimo que, precisamente, garantice también los fines del salario mínimo, como son “satisfacer no sólo sus propias necesidades sino también las de su familia, en el orden material, social, cultural, educativo”⁸.

(...)

Siendo así, se tiene que en la norma demandada el legislador específicamente dispuso que el criterio o parámetro de actualización fuera el IPC en tanto que, como claramente explicó el DANE en su intervención, éste precisamente “es una estadística que mide la variación porcentual de los precios de un conjunto representativo de los bienes y servicios de consumo de los hogares del país”. Pero, simultáneamente, el legislador distinguió entre las pensiones superiores e inferiores al salario mínimo legal mensual vigente (SMLMV), estableciendo que únicamente éstas últimas se incrementaran en el mismo porcentaje que ese salario, “con el fin de que dicho ingreso conserve su poder adquisitivo y así pueda el beneficiario satisfacer sus necesidades básicas y llevar una vida digna”⁹.

Lo anterior pues, como también se ha explicado en la jurisprudencia constitucional, sin perjuicio de que toda pensión “tiene como objetivo primordial proteger a las personas de la tercera edad, quienes por sus condiciones físicas, ya sea por razón de la edad o por enfermedad, se encuentran imposibilitados para obtener otra clase de recursos para su propia subsistencia y la de su familia”, las personas cuya pensión no supera el valor del salario mínimo legal mensual vigente o que reciben una pensión mínima, como también se la ha denominado, “se encuentran, por razones

⁸ Cita de cita: *Ibíd.*

⁹ Cita de cita: Sentencia C-387 de 1994 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).

económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás”. De tal forma que ellas también requieren de un incremento periódico mínimo que, precisamente, garantice también los fines del salario mínimo, como son “satisfacer no sólo sus propias necesidades sino también las de su familia, en el orden material, social, cultural, educativo”¹⁰.

(...)

Por lo tanto, se concluye que además de que la propia Constitución faculta al legislador a decidir, con autonomía política, de qué manera reajustar periódicamente el valor pensiones, de tal forma que no hay lugar aquí para la aplicación del principio de favorabilidad en materia laboral del que trata el artículo 53 superior, en todo caso los índices o referencias de actualización a los que acudió el legislador para actualizar las pensiones de forma diferenciada según su valor (IPC y SMLMV) tienen un origen, una explicación y unos propósitos diferentes, al mismo tiempo que se relacionan entre ellos de una forma particular.

(...)

Al mismo tiempo que, se reitera, el constituyente impuso al legislador el deber general de actualizar el monto de las pensiones para que fuesen consistentes con el fenómeno de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, pero no impuso un modelo específico de actualización, motivo por el cual el Congreso cuenta con un amplio margen de configuración para fijar las fórmulas específicas a través de las cuales se materializa este deber genérico, sin que se encuentre obligado a acoger un esquema económico que, a juicio del accionante, resulte más favorable a los intereses de los pensionados entre todos los posibles.

De otra parte, la Ley 100 de 1993 en su artículo 279 contempló los regímenes exceptuados, entre otros el personal docente vinculado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio:

¹⁰ Cita de cita: Ibídem.

ARTÍCULO 279. EXCEPCIONES. *El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.*

Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida.

Este artículo fue adicionado por la Ley 238 de 1995¹¹, que dispuso la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 a los regímenes exceptuados previstos en dicha disposición, o sea, el incremento de las pensiones conforme al IPC:

ARTÍCULO 1o. *Adiciónese al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, con el siguiente párrafo:*

"Párrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados".

De esta manera, el incremento de las pensiones de los docentes pensionados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 no se rige por el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, toda vez que el factor de incremento anual de las pensiones no forma parte del régimen pensional por el cual se rigen los docentes, como son la edad, el monto, el ingreso base de liquidación y la tasa, y como lo señaló el Consejo de Estado¹². Además, el reajuste de la mesada pensional no es un derecho adquirido, por lo que el legislador está habilitado para modificar las

¹¹ "Por la cual se adiciona el artículo 279 de la Ley 100 de 1993".

¹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 17 de agosto de 2017. Radicación número: 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14).

normas que consagran la proporción del aumento anual. Es del caso agregar que la norma que pretende la parte demandante que se aplique al incremento de su mesada, el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, fue derogado por la Ley 100 de 1993.

Lógicamente, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario.

En consecuencia, conforme a los pronunciamientos jurisprudenciales citados, se tiene que la Constitución Política facultó al Legislador bajo su autonomía de fijar el reajuste periódico de las pensiones, teniendo en cuenta el IPC, parámetro que se adoptó obedeciendo a las satisfacciones de las necesidades del orden familiar, material, social, cultural y educativo, y con el fin de garantizar los fines del salario mínimo, en aras actualizar el monto de las pensiones y de contrarrestar el fenómeno de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

Sobre los descuentos por los aportes de salud en la pensión de jubilación de manera mensual y de las mesadas adicionales de junio y diciembre

El artículo 157 de la Ley 100 de 1993 establece que son afiliados al SGSS en salud todos los residentes en Colombia que se encuentren afiliados al régimen contributivo o al subsidiado y los vinculados temporalmente. Al régimen contributivo pertenecen los afiliados con capacidad de pago, como cotizantes están los pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sobreviviente, tanto del sector público como del privado.

Por su parte, el artículo 143 ibídem, previó para los pensionados antes del 1 de abril de 1994, el reajuste mensual equivalente a la elevación en la cotización para salud que resulte de la aplicación de dicha norma, así mismo dispuso, la cotización para salud a cargo de los pensionados, quienes podrían cancelarla mediante una cotización complementaria durante su período de vinculación laboral.

A su vez, el artículo 280 de la Ley 100 de 1993, dispuso sobre la obligatoriedad y sin excepciones de aportar para los fondos de solidaridad en los regímenes

de salud y pensiones, a partir del 1 de abril de 1994 en las instituciones, regímenes y con respecto también a las personas que por cualquier circunstancia gocen de excepciones totales o parciales previstas en esta Ley.

Aplicación del régimen en salud para los afiliados al sector público y al fondo de prestaciones sociales del magisterio y al sistema general de seguridad social en salud

La Ley 4 de 1966, determinó para los afiliados a los Caja Nacional de Previsión Social, el deber de cotizar el porcentaje del 5%, a favor de la entidad de previsión, sobre la mesada pensional.

Lo anterior es reiterado por el Decretos 3135 de 1968¹³, en cuyo artículo 37, se dispone: "*Prestaciones para pensionados. A los pensionados por invalidez, jubilación y retiro por vejez se les prestará por la entidad que les pague la pensión, asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria. Para este efecto el pensionado cotizará mensualmente un cinco por ciento (5%) de su pensión*".

Posteriormente la Ley 91 de 1989¹⁴, por el cual se creó el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en su artículo 8 numeral 2, señaló como objetivos de dicho fondo, garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales, y fue constituido entre otros: "*...El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.*"

El artículo 15 de la citada disposición, determinó el régimen aplicable para el personal docente dependiente de la vinculación así:

"ARTÍCULO 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

(Ver art. 6 Ley 60 de 1993)

¹³ "por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales"

¹⁴ https://www.mineducacion.gov.co/1621/articles-85852_archivo_pdf.pdf

1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.”

Por su parte, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003¹⁵, estableció el régimen prestacional de los docentes nacionales y nacionalizados vinculados antes de la vigencia de esta ley, es el señalado en las normas establecidas con anterioridad a la misma y **los vinculados a partir de la entrada en vigencia** de la citada norma, afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres, norma declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-369-04.

Adicionalmente precisó en el inciso tercero y cuarto de dicha normativa, en cuanto a los servicios de salud para los afiliados a dicho Fondo, **prestados conforme lo estipula la Ley 91 de 1989 y el valor de las cotizaciones por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores.**

Posteriormente, el primer párrafo transitorio del Acto Legislativo 01 de 2005, dispuso que: “El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el

15

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0812_2003.html#1

Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de ésta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003.”

En cuanto al monto de la contribución de cotizaciones el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, establecía:

*“(…) La cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al sistema general de seguridad social en salud según las normas del presente régimen, será máximo **del 12% del salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo.** Dos terceras partes de la cotización estarán a cargo del empleador y una tercera parte a cargo del trabajador. Un punto de la cotización será trasladado al fondo de solidaridad y garantía para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado”. (Resalta la Sala)*

Dicha preceptiva fue modificada por el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007, que dispuso:

*“**Artículo 204. Monto y distribución de las cotizaciones.** La cotización al Régimen Contributivo de Salud será, a partir del primero (1º) de enero del año 2007, **del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado.** Las cotizaciones que hoy tienen para salud los regímenes especiales y de excepción se incrementarán en cero punto cinco por ciento (0,5%), a cargo del empleador, que será destinado a la subcuenta de solidaridad para completar el uno punto cinco a los que hace referencia el presente artículo. El cero punto cinco por ciento (0,5%) adicional reemplaza en parte el incremento del punto en pensiones aprobado en la Ley 797 de 2003, el cual sólo será incrementado por el Gobierno Nacional en cero punto cinco por ciento (0,5%).*

Y finalmente, por virtud de la Ley 1250 de 2008¹², por medio del artículo 1 adicionó el 204 de la Ley 100 de 1993, en el sentido de que la cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional.

De las normas señaladas se evidencia que el objetivo del Legislador fue efectuar aportes para salud tanto en los regímenes especiales como del Sistema General de Seguridad Social, incluidos los pensionados, afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En lo atinente al porcentaje de la cotización para los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio se dispuso inicialmente con la Ley 91 de 1989, una cotización del 5% y posteriormente con la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, se habilitó un valor total de la cotización correspondiente a la suma de aportes que para salud y pensiones establezca las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

En consecuencia se deriva que las cotizaciones que se deducen de la mesada pensional de los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio equivalen al mismo porcentaje que se debe descontar al Régimen General de Seguridad Social.

Por su parte, la Máxima Corporación Constitucional en sentencia T-835 de 2014, sobre la obligatoriedad en la cotización a los pensionados al Sistema General de Salud, tanto para regímenes especiales, como la pensión gracia, y el ordinario dispuso:

*“Entonces, **incluso los regímenes de excepción** tienen el deber de cotizar al Sistema General de Seguridad Social, para la prestación de los servicios médico asistenciales, situación que no varió con la expedición de la Ley 100 de 1993. Esto encuentra respaldo en el principio de solidaridad que caracteriza este sistema. Así en las sentencia C-1000 de 2007, la Corte reiteró la posición de la obligación de cotizar al Sistema, señalada en la C-548 de 1998 y sobre los aportes que deben efectuar los pensionados señaló:*

“(...) frente al deber que tienen los pensionados de cotizar en materia de salud, la Corte ha estimado que (i) es un desarrollo natural de los preceptos

constitucionales que la ley ordene brindar asistencia médica a los pensionados y que prevea que éstos paguen una cotización para tal efecto, ya que la seguridad social no es gratuita sino que se financia, en parte, con los mismos aportes de los beneficiarios, de conformidad con los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad; y (ii) no viola la constitución que el legislador establezca que los pensionados deben cotizar en materia de salud.”

En conclusión todo pensionado debe contribuir a la sostenibilidad y eficiencia del sistema General de Salud, no sólo para recibir los distintos beneficios, sino para financiar el sistema en su conjunto, colaborando con sus aportes a la prestación de la asistencia médica de todas las personas que pertenecen al régimen subsidiado, en desarrollo del principio de solidaridad consagrado en la Constitución. (...) Rft”

Respecto del monto de las cotizaciones que deben realizar los docentes pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por concepto de salud, respecto del porcentaje del Régimen General de Pensiones, la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado, en sentencia del 10 de mayo de 2018¹⁶, precisó:

*“ 3. Por otro lado, la Ley 91 de 1989, fijó como otro de los objetivos del **Fondo Nacional de prestaciones sociales del Magisterio**: Garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales, para contratará con entidades de acuerdo con instrucciones que imparta el Consejo Directivo del Fondo. Entonces, a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales el Magisterio tiene a cargo las prestaciones sociales de los afiliados al Magisterio, entre estas, (i) la pensión ordinaria y (ii) garantizar la prestación la prestación de los servicios médico asistenciales. Lo que indica que los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterios, por disposición de la ley, tienen un régimen especial de seguridad social en salud.*

(...)

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION SEGUNDA -SUBSECCIÓN B- Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS- Bogotá, D.C., diez (10) de mayo de dos mil dieciocho (2018) -Radicación número: 68001-23-31-000-2010-00624-01 (0340-14)

*Del análisis de la normatividad referida [artículos 2 de la Ley 4 de 1966 y 8.5 de la Ley 91 de 1989 que tratan del descuento del 5% para el Fondo incluidas las mesadas adicionales], se evidencia que el legislador, se sentó para todos los afiliados a la Caja Nacional forzosos y voluntarios e incluidos los pensionados la obligación de cotizar para salud, deber **que también opera para los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales. Actualmente, con el sistema de seguridad social integral previsto en la Ley 100 de 1993, del cual hace parte el subsistema de seguridad social en salud, una de las obligaciones de los afiliados es justamente efectuar las cotizaciones. (Artículo 161 Ley 100 de 1993).** Lo propio hizo el artículo 8º de la Ley 91 de 1989, respecto del personal afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, **que incluye también a los pensionados. (Pensión ordinaria)***

(...)

6.2. Afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterios

<i>Ley 91 de 1989 artículo 8-5</i>	<i>5%</i>
<i>Ley 812 de 2003, 17, artículo 81</i>	<i>El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional</i>

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-529 de 23 de junio de 2010

	de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.

Así las cosas, la cotización para salud del sistema general de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, es el mismo porcentaje del régimen general.

(...)

La jurisprudencia de la Corte Constitucional, y **teniendo en cuenta que los docentes gozan de un sistema de salud, especial**, señaló:

“22. Ahora bien, bajo el entendido que **los docentes gozan de un sistema de salud diferente al señalado en la Ley 100 de 1993**, corresponde al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio prestarle los servicios de salud a que tienen derecho y a la Caja Nacional de Previsión Social hoy UGPP, **efectuar los aportes correspondientes al Sistema General de Seguridad Social en Salud** al Fondo de Seguridad y Garantía - FOSYGA como lo determina el artículo 14 del Decreto 1703 de 2002, “Por el cual se adoptan medidas para promover y controlar la afiliación y el pago de aportes en el Sistema General de Seguridad Social en Salud”, según el cual:

“Artículo 14. Régimen de excepción. Para efecto de evitar el pago doble de cobertura y la desviación de recursos, las personas que se encuentren excepcionadas por ley para pertenecer al Sistema General de Seguridad Social en Salud, de conformidad con lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, no podrán utilizar simultáneamente los servicios del Régimen de Excepción y del Sistema General de Seguridad Social en Salud como cotizantes o beneficiarios.

Cuando la persona afiliada como cotizante a un régimen de excepción tenga una relación laboral o ingresos adicionales sobre los cuales esté obligado a cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud, su empleador o administrador de pensiones deberá efectuar la respectiva cotización al Fosyga en los formularios que para tal efecto defina el Ministerio de Salud. Los servicios asistenciales serán prestados, exclusivamente a través del régimen de excepción; las prestaciones económicas a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, serán cubiertas por el Fosyga en proporción al Ingreso Base de cotización sobre el cual se realizaron los respectivos aportes. Para tal efecto el empleador hará los trámites respectivos...".

De conformidad con el anterior artículo es completamente válido -y legal que quien se encuentra percibiendo una pensión de vejez, y a su vez recibe pensión gracia, cotice sobre las dos pensiones en materia de salud. Una cotización será girada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y la otra al FOSYGA, recursos con los cuales se financia el Sistema de Seguridad Social en Salud.

23. Como se puede observar ni el artículo 52 del Decreto 806 de 1998, ni en el artículo 14 de Decreto 1703 de 2002, excluyeron de la obligación de cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud a los beneficiarios de la pensión gracia, por lo tanto, los mismos se encuentran obligados a efectuar aportes con destino al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en los términos señalados en la ley y en las normas reglamentarias aplicables.

24. Sobre el monto del aporte a salud con anterioridad a la Ley 100 de 1993, los pensionados del sector oficial, incluyendo los beneficiarios de la pensión gracia, cotizaban sobre el 5% de su mesada pensional, con fin que se les prestaran los servicios médico asistenciales; porcentaje diferenciado respecto al establecido para los pensionados del sector privado afiliados al Instituto de Seguros Sociales.

Con la expedición de la Ley 100 de 1993, artículo 143, se estableció de manera general que la tasa de cotización para financiar el Sistema General de Seguridad Social en Salud sería hasta del 12 %, motivo por

el cual, con el fin de no afectar los ingresos efectivos de los pensionados, y mantener el poder adquisitivo de sus mesadas, se consagró un incremento en el monto de las pensiones equivalente a la diferencia entre el valor de la cotización establecida en la Ley 100 de 1993 (12%), y el valor del aporte que se le venía efectuando al beneficiario de la pensión gracia (5%).

De esta manera, por virtud de la misma disposición, a los beneficiarios de la denominada pensión gracia también se les incrementó correlativamente el valor de su mesada en el monto del incremento de su aporte a salud, con el fin de no afectar los ingresos reales que venían percibiendo.

*25. En conclusión, no existe disposición que excluya a los regímenes de excepción del deber de cotizar al Sistema General de Seguridad Social, por el contrario se encuentra demostrado, que a través del tiempo los beneficiarios de la pensión gracia han estado obligados a efectuar los aportes correspondientes al sistema de salud para la prestación de los servicios médico asistenciales, situación que no varió con la expedición de la Ley 100 de 1993. **El pago de las cotizaciones en salud es obligatorio**, independientemente de que se preste o no el servicio de salud, en acatamiento del principio de solidaridad que rige el sistema de Seguridad Social en Colombia, conforme lo establece el artículo 48 de la Constitución, definido en el literal c) del artículo 2 de la Ley 100 de 1993,*

...

*26. De lo expuesto se puede concluir que **todo pensionado debe contribuir a la sostenibilidad** y eficiencia del sistema General de Salud, no sólo para recibir los distintos beneficios, **sino para financiar el sistema en su conjunto, colaborando con sus aportes** a la prestación de la asistencia médica de todas las personas que pertenecen al régimen subsidiado, en desarrollo del principio de solidaridad consagrado en la Constitución. ..."-sft-*

De las normas anotadas y los postulados jurisprudenciales esgrimidos, se colige que los pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al ser beneficiarios del régimen especial en pensiones previsto en

la Ley 100 de 1993, no los exonera de realizar los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, por disposición expresa de la Ley 812 de 2003.

Descuento de salud sobre las mesadas adicionales

El Sistema General de Seguridad Social en Salud no establece descuento alguno sobre las mesadas adicionales, sin embargo, la Ley 91 de 1989 que parte del régimen especial de los docentes afiliados al FNPSM, sí lo permite de manera expresa en el numeral 5º del artículo 8º; luego entonces, aun cuando la Ley 812 de 2003 extendió el régimen de cotización en materia de salud a los pensionados afiliados al FNPSM, ello, sólo conllevó a que se incrementara el porcentaje de cotización de los docentes, del 5% al 12%, más no tiene virtualidad de derogar expresa ni tácitamente lo previsto en el régimen especial en punto de la posibilidad de hacer los descuentos de salud sobre las mesadas adicionales.

De igual manera, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en providencia de tutela del 14 de septiembre de 2017¹⁸, denegó la solicitud sobre la devolución de aportes de salud sobre las mesadas adicionales de los pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, basado en los siguientes argumentos:

“(...) A partir de lo anterior, esta Sala advierte, en síntesis, que el tribunal, señaló que aunque la Ley 812 de 2003 gobierna el monto de las cotizaciones a salud de los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es necesario remitirse a la Ley 91 de 1989, en lo que toca con la posibilidad de efectuar dichos descuentos sobre las mesadas adicionales.

En ese sentido, consideró viable el descuento por salud sobre la mesada catorce percibida por la accionante, por cuanto, aunque las Leyes 42 de 1982 y 43 de 1984, prohibían descuento alguno sobre las mesadas adicionales, en

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION SEGUNDA - SUBSECCIÓN A- Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ- Bogotá, D.C., catorce (14) de septiembre de dos mil diecisiete (2017) -Radicación número: 11001-03-15-000-2017-01998-00(AC). <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2108186>

su criterio, estas normas fueron derogadas tácitamente por la Ley 91 de 1989, por haber sido expedida de forma posterior, la cual, contempló dichos descuentos sobre las mesadas adicionales, inclusive.

En esta perspectiva, advierte la Sala que el análisis normativo efectuado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca es razonable, toda vez que se sustentó en la vigencia de las normas relevantes al asunto puesto en consideración, por lo que no es posible colegir que la providencia judicial cuestionada constituya un error sustantivo.

En suma, concluye esta Sala de decisión que en la providencia cuestionada no se evidencia ninguna causal de procedencia de la acción de tutela, pues como se demostró, no fue producto de un actuar caprichoso del Colegiado demandado, sino de la conjunción en la apreciación de las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica y la interpretación legal de las normas aplicables al caso concreto.”

En ese orden de ideas, considera la Sala que los descuentos por concepto de salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre fueron previstas en la Ley 91 de 1989, para los afiliados del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y, a pesar de no mencionarse taxativamente en la Ley 812 de 2003, no significa que hubiese cesado la obligación de cotizar sobre dichas mesadas, pues en atención al principio de solidaridad que erige el Sistema de Seguridad Social, y en aras de preservar la contribución al sistema para lograr la sostenibilidad, eficacia y financiación del mismo, es procedente realizar los descuentos sobre la mesadas adicionales recibidas por los pensionados afiliados a dicho Fondo.

Considera la Sala, que no le asiste razón al impugnante al indicar que la parte actora, por ingresar con anterioridad al 27 de junio de 2003; y en aplicación a la Ley 91 de 1989 se debe descontar por concepto de cotización a salud el 5% sobre las mesadas pensionales, incluidas las mesadas adicionales.

Por lo anterior, se denegarán las pretensiones de la demanda y se confirmará la sentencia de primera instancia.

Conclusión

Considera la Sala que no se encuentra demostrada la vulneración de los derechos invocados por la parte actora, dado que, conforme a los presupuestos normativos y jurisprudenciales antes citados, se observa que no le asiste razón a la parte accionante al indicar que el reajuste de las mesadas pensionales se debe realizar conforme al artículo 1 de la Ley 71 de 1989, esto es, conforme al salario mínimo, norma derogada por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

Así mismo se tiene que los descuentos por concepto de salud aplicados a los pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio sobre la mesada ordinaria y adicionales de los meses de junio y diciembre deben hacerse aplicando los porcentajes previstos por las normas anteriormente señaladas.

Por lo anterior, se denegarán las pretensiones de la demanda y se confirmará la sentencia de primera instancia.

Costas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, en concordancia con los numerales 3 y 8 del artículo 365 del Código General del Proceso – CGP, este Tribunal se abstendrá de condenar en costas por estimar que no se causaron en el curso de esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

Primero. CONFÍRMASE la sentencia del nueve (9) de octubre de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Esperanza Trejos Ortiz contra la Nación –

Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el Departamento de Caldas.

Segundo. ABSTIÉNESE de condenar en costas en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

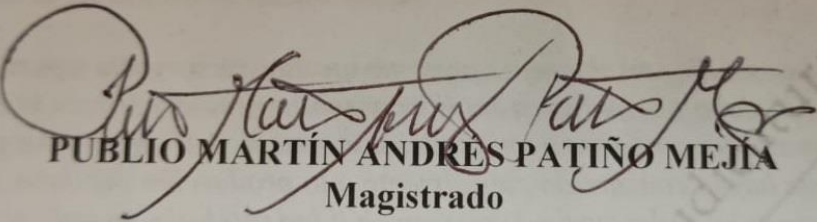
Tercero. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

Cuarto. Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático “*Justicia Siglo XXI*”.

Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLICO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

No. 16
FECHA: 2 de febrero de 2021

A handwritten signature in green ink, consisting of several vertical strokes and a horizontal base, followed by a long vertical line extending downwards.

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.: 010

Asunto:	Sentencia de segunda instancia
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-33-004-2019-00087-02
Demandante:	Edilberto Cardona Pineda
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n° 003 del 29 de enero de 2021

Manizales, veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, corresponde a esta Sala de Decisión desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del trece (13) de diciembre de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las súplicas de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor Edilberto Cardona Pineda contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG²).

DEMANDA

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 15 de febrero de 2019 (fls. 1 a 16, C.1), se solicitó lo siguiente:

Pretensiones

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, FOMAG.

1. Que se declare la nulidad parcial de la Resolución nº 3411 del 10 de agosto de 2007, en tanto la pensión de jubilación de la parte actora fue reconocida sin incluir todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio anterior al cumplimiento del status pensional.
2. Que se declare la nulidad parcial de la Resolución nº 10041-6 del 13 de diciembre de 2018, que negó el reajuste de la pensión de jubilación.
3. Que se declare que a la parte actora le asiste derecho a que le sea reconocida y pagada pensión de jubilación a partir del 21 de diciembre de 2006, equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los doce meses anteriores al momento en que adquirió su status pensional y/o subsidiariamente aquellos percibidos en el año inmediatamente anterior al retiro definitivo del servicio.
4. Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la entidad demandada a reliquidar y pagar la pensión de jubilación de la parte demandante, de la manera descrita anteriormente.
5. Que se ordene a la accionada descontar del valor que resulte a favor de la parte demandante, lo reconocido y cancelado en virtud de la Resolución nº 3411 del 10 de agosto de 2007.
6. Que se ordene a la demandada que sobre el monto inicial de la pensión reconocida, aplique los reajustes de ley para cada año, como lo ordena la Constitución y la ley.
7. Que se ordene a la entidad accionada realizar el respectivo pago de las mesadas atrasadas desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en nómina; y que el pago del incremento decretado se siga realizando en las mesadas futuras como reparación integral del daño.
8. Que se ordene a la entidad demandada dar cumplimiento al fallo en los términos previstos en el artículo 192 y siguientes del CPACA.
9. Que se condene a la parte accionada a reconocer y pagar los ajustes de valor a que hubiere lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de cada una de las diferencias en las mesadas pensionales ordenadas, por tratarse de sumas de tracto sucesivo, tomando como base la variación del IPC.

10. Que se ordene a la entidad demandada reconocer y pagar intereses moratorios a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y hasta cuando se cumpla la totalidad de la condena.
11. Que se condene en costas a la parte accionada.

Hechos

Como fundamento fáctico de la demanda, la parte actora expuso lo siguiente:

1. El señor Edilberto Cardona Pineda laboró más de 20 años al servicio de la docencia oficial y cumplió los requisitos establecidos en la ley para el reconocimiento de una pensión de jubilación.
2. La base de liquidación con la cual fue reconocida la prestación incluyó sólo la asignación básica y omitió la prima de navidad, la prima de vacaciones y demás factores salariales percibidos por la actividad docente durante el último año de servicios anterior al cumplimiento del status jurídico de pensionado.
3. La entidad llamada a restablecer el derecho es la Nación – Ministerio de Educación – FOMAG.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte actora estimó como violadas las siguientes disposiciones: Ley 33 de 1985: artículo 1; Ley 62 de 1985; Ley 91 de 1989: artículo 15; y Decreto 1045 de 1978.

Explicó que de conformidad con el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 que estableció el régimen prestacional de los docentes, el régimen pensional de éstos depende de la fecha de su vinculación. Así, si aquella fue anterior a la entrada en vigencia de la ley referida (27 de junio de 2003), como en el presente caso, el régimen corresponderá al previsto en la Ley 91 de 1989; pero si se dio de manera posterior, la normativa aplicable será la Ley 100 de 1993.

Indicó que para la liquidación de la pensión de jubilación debe acudir a la Ley 33 de 1985, la cual si bien no estableció de manera taxativa los factores salariales que debían incluirse, lo cierto es que tal circunstancia no es un impedimento para tener en cuenta todo lo devengado por el trabajador en el

último año de servicios, tal como lo ha entendido la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Adujo que el acto demandado desconoce la previsión hecha por el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, que remitió al Decreto 1045 de 1978, con base en el cual, la liquidación de la pensión debe incluir la totalidad de los factores devengados por el empleado.

Acotó que en el evento de no haberse realizado los respectivos aportes a pensión por concepto de los factores a incluir, la entidad debe disponer los descuentos correspondientes.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG no contestó la demanda.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El 13 de diciembre de 2019, el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia (fls. 42 vuelto a 47, C.1), a través de la cual: i) negó las pretensiones de la demanda; y ii) se abstuvo de condenar en costas. Lo anterior, con fundamento en lo siguiente.

Explicó que dada la fecha de vinculación de la parte actora, el régimen pensional aplicable era la Ley 91 de 1989, que remitió al régimen general de prestaciones sociales del sector público, esto es, a las Leyes 33 y 62 de 1985.

En cuanto a los factores salariales, indicó que acogería la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 25 de abril de 2019 (radicado: 2015-00569-01), con base en la cual sólo procede la inclusión de aquellos enlistados en el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, sobre los que se hubiere cotizado.

De conformidad con lo anterior, consideró la Juez *a quo* que no le asistía razón a la parte demandante de solicitar la reliquidación de su pensión de jubilación, pues la entidad demandada tuvo en cuenta en el acto de reconocimiento, todos los factores consagrados en la Ley 62 de 1985 y que fueron devengados en el último año anterior al status.

RECURSO DE APELACIÓN

Mediante memorial obrante de folios 58 a 65 del cuaderno principal, la parte demandante recurrió la sentencia de primera instancia, solicitando que en desarrollo de lo que la jurisprudencia ha denominado como confianza legítima en la administración de justicia y por respeto al principio de seguridad jurídica, el proceso sea resuelto conforme al precedente que existía para el momento en el cual fue radicada la demanda.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante (fls. 6 a 8, C.2)

Reiteró los planteamientos expuestos en el recurso de apelación.

Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG

Guardó silencio.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no emitió concepto en el presente asunto.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Reparto. Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 12 de marzo de 2020, y allegado el 15 de julio del mismo año al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (fl. 2, C.2).

Admisión y alegatos. Por auto del 15 de julio de 2020 se admitió el recurso de apelación y se ordenó correr traslado para alegatos en caso de no existir solicitud de pruebas por practicar en segunda instancia (fl. 2, C.2). La parte demandante alegó de conclusión (fls. 6 a 8, ibídem). El Ministerio Público no rindió concepto en esta oportunidad.

Paso a Despacho para sentencia. El 9 de septiembre de 2020 el proceso ingresó a Despacho para sentencia (fl. 9, C.2), la que se dicta en seguida, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA. Se precisa que por tratarse de un asunto que versa sobre un caso similar a los ya decididos por esta Corporación, y en procura de la celeridad y agilidad para dar solución a dichos temas, se profiere este fallo sin tener en cuenta el orden de ingreso del proceso a Despacho para tal efecto, tal como se autoriza por el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, en armonía con lo previsto por el artículo 115 de la Ley 1395 de 2010.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, en los estrictos términos en que aquel fue presentado.

Problema jurídico

El asunto jurídico a resolver en el sub examine se centra en dilucidar los siguientes cuestionamientos:

- *¿Es procedente para el caso concreto reliquidar la pensión de jubilación del señor Edilberto Cardona Pineda, teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios anterior a la adquisición del status pensional?*
- *En caso afirmativo, ¿cuál es la entidad encargada de asumir la reliquidación de la pensión de jubilación de la accionante?*

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** hechos probados; **ii)** régimen pensional aplicable; **iii)** ingreso base de liquidación y factores salariales a incluir en la pensión de jubilación de docentes; **iv)** aplicación de la nueva jurisprudencia sobre los factores salariales a incluir en la liquidación de las pensiones de jubilación de los docentes; y **v)** reconocimiento y liquidación de la pensión de jubilación de la parte demandante.

Hechos debidamente acreditados

La siguiente es la relación de los hechos debidamente probados que resultan relevantes para solucionar el caso concreto:

1. Por Resolución nº 3411 del 10 de agosto de 2007 (fls. 22 y 23, C.1), la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en nombre y representación del Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, reconoció pensión de jubilación a favor de la parte accionante, en cuantía de \$1'173.569, efectiva a partir del 3 de febrero de 2003.

Para la liquidación de la prestación se aplicó el 75% del salario promedio mensual devengado durante el último año de servicio antes de la consolidación del status pensional, incluyendo solamente el sueldo.

2. Conforme a la Resolución nº 3411 del 10 de agosto de 2007 (fls. 22 y 23, C.1) y al Formato Único para la Expedición de Certificado de Historia Laboral nº 5323 del 7 de noviembre de 2018 (fls. 24 y 25, ibídem), el señor Edilberto Cardona Pineda nació el 21 de diciembre de 1951, laboró como docente desde el 21 de marzo de 1972, y adquirió su status pensional el 21 de diciembre de 2006.
3. Con Resolución nº 10041-6 del 13 de diciembre de 2018 (fls. 20 y 21, C.1), la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en nombre y representación del Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, negó la reliquidación de la pensión de jubilación.
4. Según Formato Único para la Expedición de Certificado de Salarios del FOMAG nº 5323 del 7 de noviembre de 2018 (fls. 24 y 25, C.1), entre el período comprendido entre el 1º de enero de 2004 y el 1º de mayo de 2005 –fecha de retiro–, la parte demandante devengó además de la asignación básica mensual, prima de alimentación, prima de vacaciones y prima de navidad.

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 2003³, 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 nº 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, dispuso en el parágrafo transitorio 1º, lo siguiente:

³ “Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario”.

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 registrarán 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.

(...) (Negritas fuera de texto)

Para el caso concreto, de conformidad con lo manifestado en la parte motiva

de la Resolución nº 3411 del 10 de agosto de 2007 (fls. 22 y 23, C.1), el señor Edilberto Cardona Pineda prestó sus servicios en el ramo de la educación **desde el 21 de marzo de 1972**, esto es, con anterioridad a la Ley 812 de 2003. En ese orden de ideas, le es aplicable en materia pensional el régimen vigente para los pensionados del sector público nacional, es decir, el previsto en la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año.

Así lo precisó igualmente el Consejo de Estado en reciente sentencia de unificación del 25 de abril de 2019⁴, en la que indicó que *“El régimen pensional para los servidores públicos del orden nacional a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, era el previsto en la Ley 33 de 1985. Por lo tanto, el régimen aplicable a los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados⁵, y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, por remisión de la misma Ley 91 de 1989, es el previsto en la citada Ley 33 de 1985⁶”*.

El artículo 1º de la Ley 33 de 1985 dispuso: *“El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.”*.

Ingreso base de liquidación pensional y factores salariales a reconocer

Como se indicó anteriormente, el literal b) del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 dispuso que los docentes que cumplieran los requisitos de ley, tendrían derecho a una pensión de jubilación equivalente al 75% sobre el salario mensual promedio del último año de servicio. Los requisitos de ley en cuanto a edad y tiempo de servicios son los señalados en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985.

En lo que respecta al ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación y a la manera de establecerlo, debe precisarse que a la parte demandante no le es aplicable la Ley 100 de 1993 ni el régimen de transición previsto en dicha normativa en razón de la fecha de su vinculación al servicio docente y, por ende, no le es predicable la regla⁷ y primera subregla⁸ establecidas en la

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Dr. César Palomino Cortés. Sentencia de unificación del 25 de abril de 2019. Radicado número: 68001-23-33-000-2015-00569-01(0935-2017).

⁵ Cita de cita: Se fijó el 1 de enero de 1981, tal y consta en los antecedentes históricos de la norma, por ser el momento de la nacionalización de la educación a la luz de la Ley 43 de 1975.

⁶ Cita de cita: “Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público”.

⁷ De conformidad con la sentencia de unificación, la regla es la siguiente: *“El Ingreso Base de*

sentencia de unificación del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2018⁹, relacionadas con la interpretación adecuada del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Por el contrario, tal como quedó expuesto en sentencia de unificación del Consejo de Estado del 25 de abril de 2019, *“La regla que rige para el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a periodo y factores. Lo que quiere decir que el periodo es el de un (1) año y los factores son únicamente los que se señalan en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985”*.

En punto a los factores salariales que deben tenerse en cuenta en la respectiva liquidación, el Consejo de Estado fijó la siguiente regla en la misma sentencia de unificación referida: *“En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo”*.

El artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, estableció la liquidación de las pensiones de jubilación de la siguiente manera:

Artículo 1º. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha

Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985” (negrilla es del texto).

⁸ Atendiendo lo indicado en la sentencia de unificación, la primera subregla es la siguiente:

“La primera subregla es que para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es:

- *Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.*
- *Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.”*

⁹ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. César Palomino Cortés. Sentencia del 28 de agosto de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 52001-23-33-000-2012-00143-01(IJ).

Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.

Aplicación de la nueva jurisprudencia sobre los factores salariales a incluir en la liquidación de las pensiones de jubilación de los docentes

En la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019 ya citada, el Consejo de Estado precisó los efectos de la decisión con la cual se fijaron las reglas jurisprudenciales en materia de los factores que deben incluirse en la liquidación de la mesada pensional obtenida bajo la Ley 33 de 1985, específicamente para el caso de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003. Indicó que el nuevo criterio señalado se aplicaría en forma retrospectiva, esto es, a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias, salvo aquellos en los que hubiere operado la cosa juzgada, que en virtud del principio de seguridad jurídica resultarían inmodificables.

Para resolver este caso la Sala considera que debe acudir al precedente vigente sobre la materia, dado que el presente asunto se encuentra pendiente de decisión y no ha operado cosa juzgada.

Reconocimiento y liquidación de la pensión de jubilación de la parte demandante

Para el caso que convoca la atención de esta Sala, se observa que al señor Edilberto Cardona Pineda le reconocieron pensión de jubilación, en cuya liquidación se incluyó únicamente la asignación básica mensual.

En la demanda promovida, la parte actora reprocha que se hubiera omitido incluir la prima de navidad, la prima de vacaciones y demás factores salariales devengados en el último año de servicio anterior a la adquisición del status pensional.

Conforme a la regla fijada por el Consejo de Estado en materia de ingreso base de liquidación de las pensiones de jubilación de los docentes vinculados antes de la Ley 812 de 2003, los factores que deben tenerse en cuenta son sólo aquellos sobre los que se hubieran efectuado los aportes, esto es, únicamente los señalados expresamente en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, así: asignación básica mensual, gastos de representación, primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación cuando fueran factor de salario, dominicales y festivos, horas extras, bonificación por servicios prestados, y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

En ese orden de ideas, la parte demandante no tiene derecho a la reliquidación que reclama, pues no pueden tomarse como factores salariales las primas de alimentación, de vacaciones y de navidad, dado que éstas no constituyen base de liquidación de los aportes.

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 su pensión de jubilación se reliquide en los términos por ella solicitados, esto es, incluyendo las primas de alimentación, de vacaciones y de navidad como factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del status pensional.

En ese sentido, se confirmará la sentencia dictada en primera instancia.

Costas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, este Tribunal considera que en el presente asunto no debe condenarse en costas, pues la demanda fue interpuesta conforme a la jurisprudencia vigente del Consejo de Estado para dicha época.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

Primero. CONFÍRMASE la sentencia del trece (13) de diciembre de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor Edilberto Cardona Pineda contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Segundo. ABSTIÉNESE de condenar en costas en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

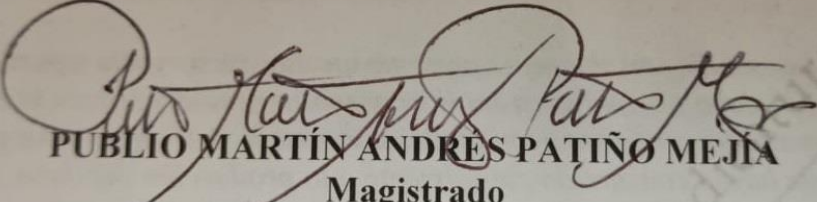
Tercero. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

Cuarto. Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático “*Justicia Siglo XXI*”.

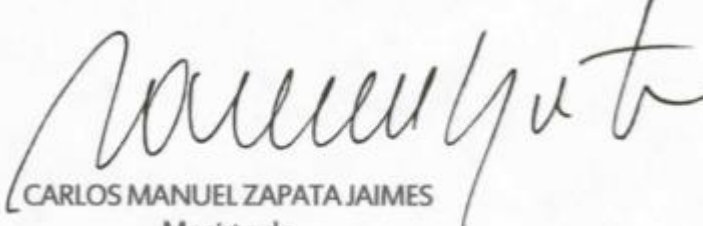
Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

No. 16
FECHA: 2 de febrero de 2021



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.: 011

Asunto:	Sentencia de segunda instancia
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-39-006-2018-00097-02
Demandante:	Yolanda Jiménez Medina
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n° 003 del 29 de enero de 2021

Manizales, veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021)

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, corresponde a esta Sala de Decisión desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del doce (12) de junio de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las súplicas de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Yolanda Jiménez Medina contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG²).

DEMANDA

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 6 de marzo de 2018 (fls. 3 a 18, C.1), se solicitó lo siguiente:

Pretensiones

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, FOMAG.

1. Que se declare la nulidad del acto administrativo ficto surgido con ocasión de la petición elevada el 14 de octubre de 2016, en lo que tiene que ver con la determinación de la cuantía de la mesada pensional, por no incluir la prima de servicios y la bonificación por servicios prestados de acuerdo a sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas.
2. Que se declare que a la parte actora le asiste derecho a que le sea reconocida y pagada pensión de jubilación a partir del 13 de noviembre de 2007 –fecha del status pensional–, incluyendo la prima de servicios y la bonificación por servicios prestados, reconocidas a través de sentencia del 18 de abril de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas.
3. Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la entidad demandada a reliquidar y pagar la pensión de jubilación de la parte demandante, de la manera descrita anteriormente.
4. Que se ordene a la accionada que sobre el monto inicial de la pensión reconocida, aplique los reajustes de ley para cada año, como lo ordena la Constitución y la ley.
5. Que se ordene a la entidad demandada realizar el respectivo pago de las mesadas atrasadas desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en nómina; y que el pago del incremento decretado se siga realizando en las mesadas futuras como reparación integral del daño.
6. Que se condene a la parte accionada a reconocer y pagar los ajustes de valor a que hubiere lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de cada una de las diferencias en las mesadas pensionales ordenadas, por tratarse de sumas de tracto sucesivo y demás emolumentos, conforme al inciso final del artículo 187 del CPACA.
7. Que se ordene a la entidad demandada a reconocer y pagar intereses moratorios a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y hasta cuando se cumpla la totalidad de la condena, como lo dispone el inciso 3º del artículo 192 del CPACA.
8. Que se condene en costas a la parte accionada.
9. Que de las sumas que resultaren a favor de la demandante, se

descuento lo cancelado en virtud de la resolución que reconoció el derecho a la pensión de jubilación.

Hechos

Como fundamento fáctico de la demanda, la parte actora expuso lo siguiente:

1. La señora Yolanda Jiménez Medina laboró más de 20 años al servicio de la docencia oficial y cumplió los requisitos establecidos en la ley para el reconocimiento de una pensión de jubilación.
2. Con Resolución nº 0653 del 9 de mayo de 2008, se reconoció pensión de jubilación, incluyendo en la base de liquidación sólo la asignación básica, la prima de navidad y la prima de vacaciones.
3. La señora Yolanda Jiménez Medina adquirió el status jurídico de pensionada el 13 de noviembre de 2007.
4. Mediante sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas el 18 de abril de 2013, se modificó el fallo del Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, y se reconoció a la parte actora la prima de servicios y la bonificación por servicios prestados, a partir del 18 de junio de 2005 como factores salariales.
5. La parte demandante solicitó ante la entidad accionada la reliquidación de la pensión de jubilación con la inclusión de los factores salariales reconocidos mediante sentencia.
6. Con el acto administrativo ficto se entiende que la demandada negó la solicitud efectuada en el anterior sentido.
7. La entidad llamada a restablecer el derecho es la Nación – Ministerio de Educación – FOMAG.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte actora estimó como violadas las siguientes disposiciones: Ley 33 de 1985: artículo 1; Ley 62 de 1985; Ley 91 de 1989: artículo 15 y Decreto 1045 de 1978.

Explicó que de conformidad con el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 que estableció el régimen prestacional de los docentes, el régimen pensional de

éstos depende de la fecha de su vinculación. Así, si aquella fue anterior a la entrada en vigencia de la ley referida (27 de junio de 2003), como en el presente caso, el régimen corresponderá al previsto en la Ley 91 de 1989; pero si se dio de manera posterior, la normativa aplicable será la Ley 100 de 1993.

Indicó que para la liquidación de la pensión de jubilación debe acudir a la Ley 33 de 1985, la cual si bien no estableció de manera taxativa los factores salariales que debían incluirse, lo cierto es que tal circunstancia no es un impedimento para tener en cuenta todo lo devengado por el trabajador en el último año de servicios, tal como lo ha entendido la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Adujo que el acto demandado desconoce la previsión hecha por el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, que remitió al Decreto 1045 de 1978, con base en el cual, la liquidación de la pensión debe incluir la totalidad de los factores devengados por el empleado.

Acotó que en el evento de no haberse realizado los respectivos aportes a pensión por concepto de los factores a incluir, la entidad debe disponer los descuentos correspondientes.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Dentro del término otorgado, la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG contestó la demanda (fls. 88 a 101, C.1), para oponerse a las pretensiones de la misma, aduciendo que no tiene obligación alguna de incluir factores salariales distintos a los cotizados para obtener la pensión de jubilación, pues ello comportaría el desconocimiento de la normativa vigente aplicable al reconocimiento y pago de pensiones para educadores.

Manifestó que, en todo caso, el derecho a devolución de aportes se encontraría prescrito, por haber transcurrido más de tres años desde que se hizo exigible la obligación hasta cuando se interpuso la demanda.

Propuso las excepciones que denominó: ***“INEPTITUD SUSTANCIAL DE LA DEMANDA POR FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DE LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL”***, alegando que la entidad no ostenta potestad nominadora ni administra el personal docente y administrativo de los planteles educativos y, por tanto, no expide actos de reconocimiento de prestaciones sociales, lo cual es función de las secretarías de educación de cada entidad territorial; ***“INEXISTENCIA DEL DEMANDADO –FALTA DE RELACIÓN CON EL***

RECONOCIMIENTO DEL DERECHO, CONEXO O DERIVADO DEL ACTO ADMINISTRATIVO EXPEDIDO POR LA ENTIDAD TERRITORIAL CERTIFICADA. FALTA DE COMPETENCIA DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN PARA EXPEDIR EL ACTO ADMINISTRATIVO Y RECONOCER EL DERECHO RECLAMADO", con fundamento en que no existe relación de causalidad o vínculo entre la Nación – Ministerio de Educación Nacional y el derecho solicitado por el docente; **"INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DEMANDADA POR INEXISTENCIA DE CAUSA JURÍDICA"**, teniendo en cuenta que la obligación que se pretende es ilegal y desconoce lo previsto por el Decreto 3752 de 2003; **"PRESCRIPCIÓN"** sobre aquellos derechos económicos reclamados que superen el lapso de tres años desde que la obligación se hizo exigible hasta la presentación de la demanda; **"BUENA FE"** con la que ha actuado la demandada, siempre con estricto apego a la ley aplicable; y **"GENÉRICA"**, en el evento que en el curso del proceso se hallare como probada cualquier otra excepción.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El 12 de junio de 2019, el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia (fls. 145 a 153, C.1), a través de la cual negó las pretensiones de la demanda y se abstuvo de condenar en costas a la demandada. Lo anterior, con fundamento en lo siguiente.

Precisó inicialmente que lo relacionado con el reconocimiento y pago de las prestaciones del personal docente nacional o nacionalizado está a cargo de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, sin perjuicio de que a las entidades territoriales respectivas las corresponda expedir los actos administrativos correspondientes.

Explicó que dada la fecha de vinculación de la parte actora, el régimen pensional aplicable era la Ley 91 de 1989, que remitió al régimen general de prestaciones sociales del sector público, esto es, a la Ley 33 de 1985.

En cuanto a los factores salariales, indicó que acogería la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 25 de abril de 2019 (radicado: 2015-00569-01), con base en la cual sólo procede la inclusión de aquellos enlistados en el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, sobre los que se hubiere cotizado.

De conformidad con lo anterior, la Juez *a quo* consideró que no le asistía razón a la parte demandante de solicitar la reliquidación de su pensión de jubilación, pues los factores reclamados no aparecen en los enlistados en el

artículo 1º de la Ley 62 de 1985 y tampoco hay prueba de que hubieran servido para calcular el monto sobre el cual se hicieron los aportes.

RECURSO DE APELACIÓN

Mediante memorial obrante de folios 157 a 160 del cuaderno principal, la parte demandante recurrió la sentencia de primera instancia, solicitando que se acceda a incluir la bonificación por servicios prestados, pues tal factor salarial figura en los enlistados en la Ley 62 de 1985.

Alegó que al empleado no le corresponde verificar si la entidad empleadora ha efectuado los pagos a seguridad social sobre todos los factores salariales.

Sin perjuicio de lo anterior, manifestó que como la sentencia de este Tribunal que ordenó el reconocimiento y pago de la bonificación por servicios prestados ya había sido cumplida, allegaba nuevamente copia de la resolución que dio cumplimiento a la providencia, en la cual consta que se ordenó la cancelación de aportes para pensión por concepto de bonificación por servicios prestados.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante (fl. 5 a 7, C.2)

Intervino en esta etapa procesal para ratificarse en los fundamentos de hecho y de derecho expuestos en el recurso de apelación.

Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG (fl. 8, C.2)

Manifestó que como la parte actora estuvo vinculada al servicio oficial antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, para la liquidación de su pensión de jubilación deben tenerse en cuenta los factores salariales sobre los que se hubieren hecho aportes y que estuvieren expresamente consagrados en las Leyes 33 y 62 de 1985. Lo anterior, atendiendo lo sostenido por el Consejo de Estado en sentencia de unificación del 25 de abril de 2019.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no emitió concepto en el presente asunto.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Reparto. Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 27 de septiembre de 2019, y allegado el 18 de noviembre del mismo año al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (fl. 3, C.2).

Admisión y alegatos. Por auto del 18 de noviembre de 2019 se admitió el recurso de apelación y se ordenó correr traslado para alegatos en caso de no existir solicitud de pruebas por practicar en segunda instancia (fl. 3, C.2). Ambas partes alegaron de conclusión (fls. 5 a 7 y 8, C.2). El Ministerio Público no rindió concepto en esta oportunidad.

Paso a Despacho para sentencia. El 4 de febrero de 2020 el proceso ingresó a Despacho para sentencia (fl. 16, C.2), la que se dicta en seguida, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA. Se precisa que por tratarse de un asunto que versa sobre un caso similar a los ya decididos por esta Corporación, y en procura de la celeridad y agilidad para dar solución a dichos temas, se profiere este fallo sin tener en cuenta el orden de ingreso del proceso a Despacho para tal efecto, tal como se autoriza por el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, en armonía con lo previsto por el artículo 115 de la Ley 1395 de 2010.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, en los estrictos términos en que aquel fue presentado.

Problema jurídico

El asunto jurídico a resolver en el sub examine se centra en dilucidar los siguientes cuestionamientos:

- *¿Es procedente para el caso concreto reliquidar la pensión de jubilación de la señora Yolanda Jiménez Medina, teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios anterior a la adquisición del status pensional?*
- *En caso afirmativo, ¿cuál es la entidad encargada de asumir la reliquidación de la pensión de jubilación de la accionante?*

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** hechos probados; **ii)** régimen pensional aplicable; **iii)** ingreso base de liquidación y factores salariales a incluir en la pensión de jubilación de docentes; **iv)** aplicación de la nueva jurisprudencia sobre los factores salariales a incluir en la liquidación de las pensiones de jubilación de los docentes; **v)** reconocimiento y liquidación de la pensión de jubilación de la parte demandante; y **vi)** entidad responsable de asumir la reliquidación pensional y determinación de responsabilidad por aportes del empleador.

Hechos debidamente acreditados

La siguiente es la relación de los hechos debidamente probados que resultan relevantes para solucionar el caso concreto:

1. Por Resolución nº 0653 del 9 de mayo de 2008 (fls. 24 y 25, C.1), la Secretaría de Educación del Municipio de Manizales en nombre y representación del Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, reconoció pensión de jubilación a favor de la parte accionante, en cuantía de \$1'697.357, efectiva a partir del 14 de noviembre de 2007.

Para la liquidación de la prestación se aplicó el 75% del salario promedio mensual devengado durante el último año de servicio anterior a la consolidación del status pensional, incluyendo además del sueldo, las primas de navidad y de vacaciones.

2. Conforme a la Resolución nº 0653 del 9 de mayo de 2008 (fls. 24 y 25, C.1), la señora Yolanda Jiménez Medina nació el 13 de noviembre de 1952, laboró como docente desde el 22 de febrero de 1978 y adquirió su status pensional el 13 de noviembre de 2007.
3. A través de sentencia del 18 de abril de 2013 (fls. 47 a 62, C.1), el Tribunal Administrativo de Caldas revocó el fallo del 25 de enero de 2012 proferido por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales y, en su lugar, declaró la nulidad del acto administrativo allí demandado, ordenando como restablecimiento del derecho el pago de la prima de servicios y de la bonificación por servicios prestados causadas con posterioridad al 18 de junio de 2005.
4. Mediante Resolución nº 1663 (fls. 26 y 27, C.1), la Secretaría de Educación del Municipio de Manizales en nombre y representación del Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, dio cumplimiento a la sentencia del 18 de abril de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas, con la cual se ordenó el reconocimiento y pago indexado a favor de la parte

actora de la prima de servicios y de la bonificación por servicios prestados causadas con posterioridad al 18 de junio de 2005.

En la liquidación efectuada, la entidad territorial reconoce no sólo un valor por prima de servicios y bonificación por servicios prestados, sino también por prima de vacaciones, prima de navidad y vacaciones. Del mismo modo, reconoce indexación y aplica un descuento con destino a Seguridad Social, sin que se precise sobre qué factor o factores recayó.

5. El 14 de octubre de 2016 la parte accionante elevó solicitud de reliquidación pensional a la entidad demandada, con ocasión de los factores salariales reconocidos en sentencia del 18 de abril de 2013 –prima de servicios y bonificación por servicios prestados– (fls. 20 a 22, C.1).
6. Según Formato Único para la Expedición de Certificado de Salarios del FOMAG nº 6935 del 21 de julio de 2015 (fls. 65 y 66, C.1), entre el período comprendido entre el 1º de enero de 2005 y el 31 de diciembre de 2008, la parte demandante devengó además de la asignación básica mensual, las primas de navidad y de vacaciones.

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 2003³, 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 nº 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, dispuso en el parágrafo transitorio 1º, lo siguiente:

³ “Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario”.

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 registrarán 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.

(...) (Negritas fuera de texto)

Para el caso concreto, de conformidad con lo manifestado en la parte motiva

de la Resolución nº 0653 del 9 de mayo de 2008 expedida por la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas (fls. 24 y 25, C.1), la señora Yolanda Jiménez Medina prestó sus servicios en el ramo de la educación **desde el 22 de febrero de 1978**, esto es, con anterioridad a la Ley 812 de 2003. En ese orden de ideas, le es aplicable en materia pensional el régimen vigente para los pensionados del sector público nacional, es decir, el previsto en la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año.

Así lo precisó igualmente el Consejo de Estado en reciente sentencia de unificación del 25 de abril de 2019⁴, en la que indicó que *“El régimen pensional para los servidores públicos del orden nacional a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, era el previsto en la Ley 33 de 1985. Por lo tanto, el régimen aplicable a los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados⁵, y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, por remisión de la misma Ley 91 de 1989, es el previsto en la citada Ley 33 de 1985⁶”*.

El artículo 1º de la Ley 33 de 1985 dispuso: *“El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.”*.

Ingreso base de liquidación pensional y factores salariales a reconocer

Como se indicó anteriormente, el literal b) del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 dispuso que los docentes que cumplieran los requisitos de ley, tendrían derecho a una pensión de jubilación equivalente al 75% sobre el salario mensual promedio del último año de servicio. Los requisitos de ley en cuanto a edad y tiempo de servicios son los señalados en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985.

En lo que respecta al ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación y a la manera de establecerlo, debe precisarse que a la parte demandante no le es aplicable la Ley 100 de 1993 ni el régimen de transición previsto en dicha normativa en razón de la fecha de su vinculación al servicio docente y,

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Dr. César Palomino Cortés. Sentencia de unificación del 25 de abril de 2019. Radicado número: 68001-23-33-000-2015-00569-01(0935-2017).

⁵ Cita de cita: Se fijó el 1 de enero de 1981, tal y consta en los antecedentes históricos de la norma, por ser el momento de la nacionalización de la educación a la luz de la Ley 43 de 1975.

⁶ Cita de cita: “Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público”.

por ende, no le es predicable la regla⁷ y primera subregla⁸ establecidas en la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2018⁹, relacionadas con la interpretación adecuada del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Por el contrario, tal como quedó expuesto en sentencia de unificación del Consejo de Estado del 25 de abril de 2019, *“La regla que rige para el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a periodo y factores. Lo que quiere decir que el periodo es el de un (1) año y los factores son únicamente los que se señalan en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985”*.

En punto a los factores salariales que deben tenerse en cuenta en la respectiva liquidación, el Consejo de Estado fijó la siguiente regla en la misma sentencia de unificación referida: *“En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo”*.

El artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, estableció la liquidación de las pensiones de jubilación de la siguiente manera:

⁷ De conformidad con la sentencia de unificación, la regla es la siguiente: *“El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985”* (negrilla es del texto).

⁸ Atendiendo lo indicado en la sentencia de unificación, la primera subregla es la siguiente:

“La primera subregla es que para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es:

- *Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.*
- *Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.”*

⁹ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. César Palomino Cortés. Sentencia del 28 de agosto de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 52001-23-33-000-2012-00143-01(IJ).

Artículo 1º. *Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.*

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.

Aplicación de la nueva jurisprudencia sobre los factores salariales a incluir en la liquidación de las pensiones de jubilación de los docentes

En la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019 ya citada, el Consejo de Estado precisó los efectos de la decisión con la cual se fijaron las reglas jurisprudenciales en materia de los factores que deben incluirse en la liquidación de la mesada pensional obtenida bajo la Ley 33 de 1985, específicamente para el caso de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003. Indicó que el nuevo criterio señalado se aplicaría en forma retrospectiva, esto es, a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias, salvo aquellos en los que hubiere operado la cosa juzgada, que en virtud del principio de seguridad jurídica resultarían inmodificables.

Para resolver este caso la Sala considera que debe acudir al precedente vigente sobre la materia, dado que el presente asunto se encuentra pendiente de decisión y no ha operado cosa juzgada.

Reconocimiento y liquidación de la pensión de jubilación de la parte demandante

Para el caso que convoca la atención de esta Sala, se observa que a la señora Yolanda Jiménez Medina le reconocieron pensión de jubilación, en cuya liquidación se incluyeron la asignación básica mensual así como las primas de navidad y de vacaciones.

En la demanda promovida, la parte actora reprocha que se hubiera omitido incluir la prima de servicios y la bonificación por servicios prestados, pues con ocasión de sentencia proferida por esta Corporación, aquellas también

fueron devengadas en el último año de servicio anterior a la adquisición del status pensional.

Conforme a la regla fijada por el Consejo de Estado en materia de ingreso base de liquidación de las pensiones de jubilación de los docentes vinculados antes de la Ley 812 de 2003, los factores que deben tenerse en cuenta son sólo aquellos sobre los que se hubieran efectuado los aportes, esto es, únicamente los señalados expresamente en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, así: asignación básica mensual, gastos de representación, primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación cuando fueran factor de salario, dominicales y festivos, horas extras, bonificación por servicios prestados, y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

En ese orden de ideas, la parte demandante no tiene derecho a que la prima de servicios se tome como factor salarial, dado que aquella no constituye base de liquidación de los aportes; circunstancia esta que no se ve afectada por el solo hecho que su pago se hubiere reconocido por orden judicial.

Situación diferente se predica de la bonificación por servicios prestados, pues además de que dicho factor sí se encuentra contemplado en la Ley 62 de 1985, sobre el mismo se efectuaron descuentos a pensión, según se infiere de la resolución con la cual se dio cumplimiento al fallo que ordenó su pago (fls. 26 y 27, C.1).

Así pues, la Sala de Decisión encuentra que la reliquidación pensional reclamada procede sólo respecto de la bonificación por servicios prestados.

Aclara el Tribunal que no obstante que la Resolución nº 0653 del 9 de mayo de 2008 tuvo en cuenta las primas de navidad y de vacaciones para liquidar la pensión de jubilación de la parte demandante –factores que no están incluidos en la Ley 62 de 1985–, dicho acto de reconocimiento pensional no puede modificarse en ese aspecto, en tanto no fue demandado y la nulidad solicitada respecto del acto ficto correspondía a la inclusión de la prima de servicios y de la bonificación por servicios prestados como factores adicionales.

Llegar a una conclusión diferente implicaría, como lo sostuvo el Consejo de Estado¹⁰, no sólo desbordar el objeto del litigio fijado sino que afectaría principios y derechos constitucionales como el debido proceso, la confianza legítima y la tutela efectiva de los derechos que pretende quien impugna una decisión administrativa a través de este medio de control.

¹⁰ Así lo precisó en la sentencia de unificación del 29 del 25 de abril de 2019 ya citada.

Entidad u órgano competente para reliquidar la pensión de jubilación de los docentes

El Decreto 2277 de 1979 que es el Estatuto Docente, previó en su artículo 36 entre los derechos de los docentes, el relativo a obtener el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de ley.

El artículo 2 de la Ley 91 de 1989, *“por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”*, estableció en su numeral 5:

Las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado [y de los que se vinculen con posterioridad a su promulgación conforme lo dispone artículo 4º] 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 hicieren 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. (Anotación entre corchetes y negrilla son de la Sala).

Según tal norma no cabe duda alguna que las prestaciones sociales del Magisterio a partir de la promulgación de la Ley 91 de 1989, están a cargo de la Nación, y que su pago se hace por medio del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Este es un fondo independiente, como también lo es su contabilidad y estadística, carece de personalidad jurídica, y constituye una cuenta de la Nación, como se desprende del artículo 3 de la misma ley mencionada¹¹.

La Ley 962 de 2005, *“por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos”*, estableció en su artículo 56 que:

¹¹ El art. 3 de la Ley 91 de 1989 dispone: *“Créase 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. Para tal efecto, el Gobierno Nacional suscribirá el correspondiente contrato de fiducia mercantil, que contendrá las estipulaciones necesarias para el debido cumplimiento de la presente Ley y fijará la Comisión que, en desarrollo del mismo, deberá cancelarse a la sociedad fiduciaria, la cual será una suma fija, o variable determinada con base en los costos administrativos que se generen. La celebración del contrato podrá ser delegada en el Ministro de Educación Nacional”*. (Resalta la Sala).

Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial. (Negrillas fuera de texto).

El Decreto 2831 de 2005 reglamentó los artículos 3 y 7 de la Ley 91 de 1989, así como el citado artículo 56 de la Ley 962 de 2005, estableciendo en el capítulo II el “Trámite para el reconocimiento de prestaciones económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”.

Conforme a lo anterior se concluye que el reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes corresponde exclusivamente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, quedando las entidades territoriales a través de sus Secretarías de Educación como meras tramitadoras de las solicitudes en la materia, por lo que en este sentido la responsabilidad recae única y exclusivamente en tal fondo y no en el ente local.

Sobre el tema, el Consejo de Estado en providencia del 5 de marzo de 2015, confirmó una decisión proferida en audiencia inicial por este Tribunal, en la cual se declaró infundada la excepción denominada, “no comprender la demanda todos los litisconsortes necesarios”¹².

¹² Consejo de Estado. Sección Segunda. Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Auto del 5 de marzo de 2015. Radicación número: 17001-23-33-000-2013-00654-01. Se indicó en tal ocasión:

De acuerdo con lo regulado por el artículo 61 del Código General del Proceso y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, el litisconsorcio se considera necesario cuando tiene la connotación o importancia de impedir que el proceso se adelante si uno de los sujetos que integran la parte activa o pasiva y resulta afectado con la decisión, no está enterado del proceso; entonces, es requisito sine qua non que tal sujeto de la relación jurídica o acto jurídico integre el proceso y pueda ejercer sus derechos de defensa y debido proceso.

En este orden de ideas, se considera que en el caso que se decide, la Secretaría de Educación del ente territorial, no es litisconsorte necesario de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, toda vez que es a ésta quien por ley está obligada al pago de las prestaciones sociales del magisterio, y que las secretarías de educación de los entes territoriales solo actúan como colaboradoras de la entidad nacional mencionada.

Así, pues, en el sub examine, el proceso se puede tramitar y decidir sin que se requiera la presencia, en este caso, de la Secretaría de Educación de Manizales como lo pretende la excepción formulada por la apoderada de la entidad demandada, pues, se repite, ésta no es litisconsorcio necesario de aquella.

Con fundamento en lo anterior así como en la posición sostenida uniformemente por el Consejo de Estado en su Sección Segunda¹³, esta Corporación reitera el criterio según el cual la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, efectivamente es la entidad legalmente llamada no sólo a pagar las prestaciones sociales de los docentes, entre estas las pensiones de jubilación que los afiliados soliciten a la referida cuenta especial, sino que también le compete hacer el reconocimiento de las mismas.

Prescripción

Respecto al tema de la prescripción de los derechos salariales y prestacionales, el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 preceptúa:

*1. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y este decreto, prescriben en tres (3) años, **contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.***

2. El simple reclamo escrito del empleado oficial, formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual. (Negrillas fuera de texto)

Considera la Sala que el fenómeno de la prescripción no se configuró en el asunto bajo examen, toda vez que no transcurrieron más de tres años desde el momento en que quedó ejecutoriada la sentencia de este Tribunal que ordenó el reconocimiento y pago de la bonificación por servicios prestados – 29 de abril de 2014– y la fecha de presentación de la reclamación administrativa –14 de octubre de 2016–.

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 su pensión de jubilación se reliquide incluyendo la prima de servicios como factor salarial devengado en el año anterior a la adquisición del status pensional. Sin embargo, sí procede la reliquidación frente a la bonificación por servicios prestados percibida en el mismo lapso.

¹³ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 21 de octubre de 2011. Consejero Ponente: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Radicación número: 19001-23-31-000-2003-01299-01(0672-09).

En ese sentido, se modificará la sentencia dictada en primera instancia para acceder parcialmente a las súplicas de la demanda.

Las sumas que resulten a favor de la parte demandante deberán actualizarse por razones de equidad, tal como lo ha sostenido reiteradamente el Consejo de Estado en su Sección Segunda, en los términos del artículo 187 del CPACA, aplicando la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por la parte accionante desde la fecha en que se retiró del servicio, hasta la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el número que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el índice inicial vigente para la fecha en que debió hacerse el pago, según se dispuso en la parte motiva de esta providencia.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes empezando por la primera mesada pensional que se debió reliquidar, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

La entidad demandada dará cumplimiento al presente fallo en los términos previstos por el artículo 192 del CPACA, sin perjuicio de la carga impuesta a la parte actora en el inciso segundo de la disposición en mención.

Costas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, este Tribunal considera que en el presente asunto no debe condenarse en costas, pues la demanda fue interpuesta conforme a la jurisprudencia vigente del Consejo de Estado para dicha época.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

Primero. MODIFÍCASE la sentencia del doce (12) de junio de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Yolanda Jiménez Medina contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en el sentido de **acceder parcialmente** a las súplicas de la demanda, según se indica a continuación. Lo anterior, atendiendo las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Segundo. DECLÁRANSE infundadas las excepciones propuestas por la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y que denominó *“INEPTITUD SUSTANCIAL DE LA DEMANDA POR FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DE LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL”, “INEXISTENCIA DEL DEMANDADO – FALTA DE RELACIÓN CON EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO, CONEXO O DERIVADO DEL ACTO ADMINISTRATIVO EXPEDIDO POR LA ENTIDAD TERRITORIAL CERTIFICADA. FALTA DE COMPETENCIA DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN PARA EXPEDIR EL ACTO ADMINISTRATIVO Y RECONOCER EL DERECHO RECLAMADO”, “PRESCRIPCIÓN”, “BUENA FE” y “GENÉRICA”,* de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Tercero. DECLÁRASE probado parcialmente el medio exceptivo formulado por la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y que denominó *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DEMANDADA POR INEXISTENCIA DE CAUSA JURÍDICA”,* por lo señalado en este fallo.

Cuarto. DECLÁRASE la nulidad del acto administrativo ficto surgido con ocasión de la petición elevada el 14 de octubre de 2016, en tanto negó la reliquidación de la pensión de jubilación de la señora Yolanda Jiménez Medina, en el sentido de incluir la bonificación por servicios prestados como factor salarial, conforme a las consideraciones de esta sentencia.

Quinto. En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, **ORDÉNASE** a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reliquidar la pensión de jubilación de la señora Yolanda Jiménez Medina, en cuantía del 75% de todo lo devengado por aquel en el año anterior a la adquisición del status pensional –13 de noviembre de 2006 a 13 de noviembre de 2007–, incluyendo

además de los factores salariales ya reconocidos, la bonificación por servicios prestados.

Sexto. Las sumas que resulten a favor de la parte demandante serán canceladas de acuerdo con lo antes expresado, y hasta que se haga efectiva la reliquidación pensional dentro de los términos fijados por el artículo 192 del CPACA y debidamente indexadas mediante la aplicación de los ajustes de valor, para lo cual, se tendrá en cuenta la fórmula indicada en la parte motiva de esta providencia y la forma como deberán hacer dichos ajustes. Lo anterior, atendiendo las motivaciones de este fallo.

Séptimo. La entidad demandada dará cumplimiento al presente fallo en los términos previstos por el artículo 192 del CPACA, sin perjuicio de la carga impuesta a la parte actora en el inciso segundo de la disposición en mención.

Octavo. **CONFÍRMASE** la sentencia objeto de apelación en tanto negó las demás pretensiones de la demanda.

Noveno. **ABSTIÉNESE** de condenar en costas en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

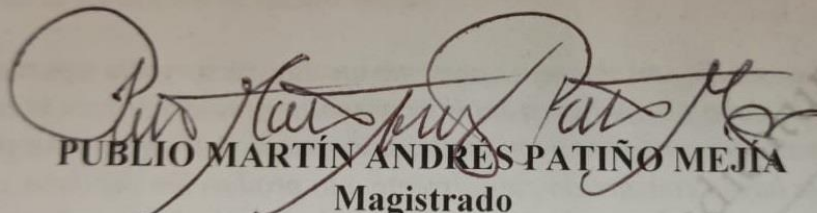
Décimo. **NOTIFÍQUESE** conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

Undécimo. Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático "*Justicia Siglo XXI*".

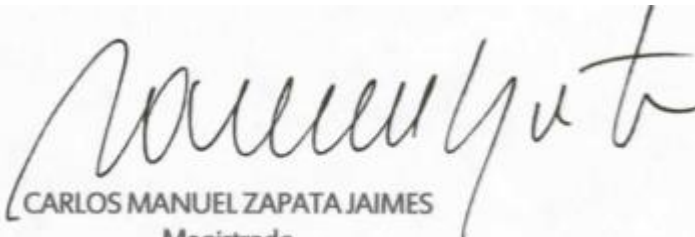
Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLICIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

No. 16
FECHA: 2 de febrero de 2021



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS **-Sala Quinta de Decisión-**

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.: 017

Asunto:	Sentencia de segunda instancia
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-39-006-2018-00337-02
Demandante:	Norman Agudelo Hurtado
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Departamento de Caldas

**Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n°
003 del 29 de enero de 2021**

Manizales, veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021)

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, corresponde a esta Sala de Decisión desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del trece (13) de diciembre de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las súplicas de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Norman Agudelo Hurtado contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG²) – Departamento de Caldas.

DEMANDA

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, FOMAG.

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 10 de julio de 2018 (fls. 3 a 30, C.1), se solicitó lo siguiente:

Pretensiones

1. Que se declare la nulidad absoluta de la Resolución nº 7592-6 del 4 de octubre de 2017, en cuanto negó el reconocimiento y pago del reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme lo establece el numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989 y la Ley 71 de 1988.
2. Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la entidad demandada a reconocer y pagar:
 - De acuerdo con la Ley 91 de 1989: la aplicación y devolución de los descuentos de aportes al sistema de salud, a la mesada pensional en el porcentaje del 5%, incluyendo las mesadas adicionales, ordenando cesar el descuento del 12% como actualmente se realiza; y se reintegre las sumas de dinero superiores al 5% de dichas mesadas pensionales, sin que se continúe efectuando dicho descuento.
 - Respecto de la Ley 71 de 1988: Al reajuste anual de la mesada pensional en el porcentaje que cada año se incrementa para el salario mínimo legal mensual, de forma retroactiva al año en que consolidó su derecho pensional y de manera constante para las mesadas subsiguientes y futuras.
 - Las diferencias resultantes entre mesada pensional y los reajustes solicitados, cancelados de manera indexada, con los ajustes de valor y los intereses corrientes y moratorios a que haya lugar, y conforme al 192 del CPACA, y al pago de condena en costas.
3. Como pretensión subsidiaria, solicitó el reintegro de los dineros de las mesadas adicionales de junio y diciembre, equivalente al aporte en salud del 12%, de forma indexada y con la inclusión de los ajustes de valor, intereses moratorios; y ordenar a la Fiduciaria la Previsora no continuar el descuento de las mesadas adicionales con destino al sistema de salud.

4. Que se condene en costas a la parte accionada.

Hechos

Como fundamento fáctico de la demanda, la parte actora expuso lo siguiente:

1. El accionante se vinculó a la docencia oficial con anterioridad al 27 de junio de 2003, al cumplir los requisitos de edad y tiempo de servicio le fue reconocida pensión de jubilación mediante Resolución n° 1696 del 8 de junio de 1993, expedida por la Secretaria de Educación del Departamento de Caldas, actuando en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
2. El FOMAG por intermedio de la entidad fiduciaria encargada de su administración, ha venido descontando al accionante el equivalente al 12% de cada mesada pensional, incluyendo las mesadas adicionales de junio y diciembre, como aportes dirigidos a la prestación del servicio de salud.
3. En el acto administrativo de reconocimiento pensional se consagro expresamente que esta seria reajustada anualmente conforme al artículo 1° de la Ley 71 de 1988, no obstante, la mesada ha venido siendo incrementada con base a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, es decir, en el mismo porcentaje certificado por el DANE para el Índice de Precios al Consumidor del año inmediatamente anterior.³
4. Mediante petición radicada bajo el SAC 2017PQR14356 del 20 de septiembre de 2017, se solicitó ante el FOMAG la aplicación del numeral 5° del artículo 8° de la Ley 91 de 1989, respecto a los descuentos de las mesadas pensionales realizados a título de aportes al sistema de salud, indicando que este debe corresponder al 5% del valor de cada mesada, exigiendo en consecuencia la devolución de los valores pagados en exceso.

³ En adelante IPC

Igualmente se solicitó la aplicación del artículo 1° de la Ley 71 de 1988, como fórmula tendiente al reajuste oficioso de sus mesadas pensionales, en contraprestación a los incrementos indebidamente aplicados conforme al IPC (artículo 14 de la Ley 100 de 1993).

En caso de determinarse que el Régimen General de Pensiones le resulte aplicable a la demandante, a título de pretensión subsidiaria se solicitó el cese de los descuentos en salud realizados en las mesadas adicionales de junio y diciembre, ordenando el reintegro de los valores cobrados por dicho concepto.

5. Mediante la Resolución n° 7592-6 del 4 de octubre de 2017, la Secretaria de Educación del Departamento de Caldas actuando en representación de la Nación – Ministerio de Educación – FOMAG, resolvió negativamente los deprecados reajustes pensionales, guardando silencio respecto a la pretensión subsidiaria.
6. Se acudió a la administración de justicia en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento de derecho, con la finalidad de obtener el reajuste de las mesadas pensionales del demandante, conforme a los incrementos fijados por el gobierno para el salario mínimo legal en Colombia, e igualmente el descuento de los aportes en salud conforme al régimen exceptuado aplicable a los pensionados por el FOMAG en la Ley 91 de 1989.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte actora estimó como violadas las siguientes disposiciones: el preámbulo, los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29, 48, 53, 90, 121, 125 y 209 de la Constitución Política; artículos 137 de la Ley 1437 de 2011; 1° de la Ley 71 de 1978; 15.2.a de la Ley 91 de 1989; 115 de Ley 115 de 1994; 279 de la Ley 100 de 1993; 1° de la Ley 238 de 1995; 4 de la Ley 700 de 2001; 9° de la Ley 797 de 2003; 81 de la Ley 812 de 2003; 160 de la Ley 1151 del 2007; Ley 33 de 1985; y parágrafos transitorios 1 y 2 del Acto Legislativo 01 de 2005.

Consideró que en el régimen jurídico del personal docente, los profesores vinculados antes de la expedición de la Ley 812 de 2003 se encuentran exceptuados de la Ley 100 de 1993, y los principios de favorabilidad e irrenunciabilidad.

Respecto de los aportes en salud cuestionó que se le han descontado a la parte demandante en exceso, al haberse vinculado con anterioridad a la referida ley 812 de 2013, y reconocer la pensión de jubilación conforme a la Ley 33 de 1985, por lo que el monto de descuento debe ser del 5% según la Ley 91 de 1989, misma que es aplicable a las mesadas adicionales, y no el 12% para los que se rigen por la Ley 100 de 1993.

Sobre el incremento anual de la pensión indicó que no le es aplicable el aumento estipulado en el artículo 14 de la disposición precitada con base en el IPC, sino el incremento indicado en la Ley 71 de 1988 con el salario mínimo legal mensual vigente, toda vez que obtuvo dicha prestación antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, no contestó la demanda.

Departamento de Caldas

El Departamento de Caldas presentó contestación a la demanda (fls. 58 a 63, C.1), indicando que su función es recibir y radicar las solicitudes de los docentes que pertenezcan a la entidad territorial.

Expresó que el pensionado tiene la obligación de cancelar un aporte en salud del 12% de conformidad con lo dispuesto en la ley 91 de 1989, Ley 812 de 2003 y Ley 100 de 1993.

Refirió que en materia de incremento de la mesada pensional se debe aplicar lo previsto en el artículo 14 de la ley 100 de 1993.

Propuso las excepciones que denominó: “FALTA DE LEGITIMIDAD EN LA CAUSA POR PASIVA”, expresando que la entidad encargada del reconocimiento,, liquidación y pago de pensiones es el Ministerio de Educación Nacional; “INAPLICABILIDAD DE LAS NORMAS QUE REGULAN LOS DESCUENTOS EN SALUD RÉGIMEN DOCENTE E INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO”, indicando que la ley 812 de 2003 en su artículo 81 inciso 4 solo habla del monto de la tasa sobre la que se realiza el descuento no sobre las mesadas a las que se le aplica, por lo que continua vigente el contenido de la Ley 91 de 1989; “BUENA FE” en cuanto el Departamento de Caldas ha actuado con diligencia y cumpliendo los términos estipulados en la ley; y “PRESCRIPCIÓN” sobre aquellos derechos económicos reclamados que superen el lapso de tres años desde que la obligación se hizo exigible hasta la presentación de la demanda.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El trece (13) de diciembre de 2019, el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia (fls. 84 a 94, C.1), a través de la cual: i) negó las pretensiones principales y subsidiarias de la demandada; y ii) condenó en costas a la parte demandante. Lo anterior, con fundamento en lo siguiente.

Precisó inicialmente que lo relacionado con el reconocimiento y pago de las prestaciones del personal docente nacional o nacionalizado está a cargo de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, de acuerdo con el procedimiento que para tal efecto ha sido dispuesto por el Legislador en armonía con los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad consagrados en los artículos 288 de la Constitución Política.

Hizo referencia al incremento anual de las pensiones previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, conforme al cual se aplica la variación del IPC.

Indicó que conforme al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al FOMAG se encuentran exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social contenidos en dicha ley.

Precisó que el artículo 1 de la Ley 238 de 1995 adicionó un párrafo al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, en el sentido de precisar que las excepciones en la aplicación del Sistema Integral de Seguridad Social no implicarían negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 para aquellos pensionados.

Manifestó que el artículo 289 de la Ley 100 de 1993 derogó expresamente el aumento anual de la pensión que establecía la Ley 71 de 1989.

Trajo a colación pronunciamiento de la H. Corte Constitucional (C-435 de 2017), en el cual explicó las razones por las cuales no es aplicable el incremento previsto en la Ley 71 de 1988 para efectos de determinar el porcentaje de incremento de las pensiones de jubilación.

En ese entendimiento, sostuvo que no le asiste razón a la parte actora en cuanto a la aplicación de la Ley 71 de 1988 para el aumento anual de su pensión de jubilación.

Finalmente precisó que con la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 no se vulnera el principio de favorabilidad previsto en el artículo 53 de la Constitución Política, por cuanto la citada norma es clara en establecer que el incremento pensional es aplicable aún para aquellos sectores exceptuados de la Ley 100.

RECURSO DE APELACIÓN

Mediante memorial obrante de folios 97 a 108 del cuaderno principal, la parte demandante recurrió la sentencia de primera instancia, solicitando revocar la providencia y acceder a las pretensiones de la demanda, con fundamento en lo siguiente.

Recalcó que el juzgado incurrió en una grave violación del debido proceso materializando los principios de congruencia, contradicción e igualdad al traer como referente jurisprudencial aplicables sentencias que no corresponden a idénticos hechos, fundamentos de derecho y pretensiones.

Expuso que el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 que hace referencia al incremento de la pensión con base en el IPC, se estudió en la sentencia C-387 de 1994, la cual no hace referencia al régimen exceptuado de los docentes ni se pronunció sobre la Ley 71 de 1988 que señala el aumento con base en el salario mínimo. Agregó que el Consejo de Estado en sentencia del 17 de agosto de 2017, señaló que la Ley 71 de 1988 no era aplicable a los pensionados antes de la Ley 100 de 1993.

Aclaró que la Ley 238 de 1995 adicionó un párrafo al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, de los regímenes exceptuados, donde previó que sí se aplicaría el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, pero en lo que les fuera beneficioso.

Indicó que el Acto Legislativo 01 de 2005 mantuvo el régimen del magisterio como exceptuado para los docentes vinculados antes del 26 de junio de 2003, por lo que se les aplica las leyes 33 de 1985 y 91 de 1989 y no puede aplicarse el incremento anual de la pensión establecido en la Ley 100 de 1993 sino el dispuesto por el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, según el salario mínimo.

Afirmó que el objeto real del proceso era determinar la fórmula más equitativa de incremento pensional para el régimen exceptuado del magisterio.

Con relación a los descuentos de para salud de las mesadas pensionales, incluidas las adicionales de junio y diciembre, resaltó que la Corte Constitucional, en sentencias T-348 de 1997, C-956 de 2001 y C-980 de 2002 precisó que el descuento para aportes de salud de los docentes es del 5%.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante. No intervino en esta etapa procesal.

Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG. No intervino en esta etapa procesal.

Departamento de Caldas, guardó silencio.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no emitió concepto en el presente asunto.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Reparto. Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 18 de febrero de 2020, y allegado el 13 de julio de 2020 al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (fl. 3, C.2).

Admisión y alegatos. Por auto del 13 de julio de 2020 se admitió el recurso de apelación y se corrió traslado para alegatos (fl. 3, C.2), derecho del cual no hicieron las partes. El Ministerio Público no rindió concepto en esta oportunidad.

Paso a Despacho para sentencia. El 9 de septiembre de 2020 el proceso ingresó a Despacho para sentencia (fl. 7, C.2), la que se dicta en seguida, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA. Se precisa que por tratarse de un asunto que versa sobre un caso similar a los ya decididos por esta Corporación, y en procura de la celeridad y agilidad para dar solución a dichos temas, se profiere este fallo sin tener en cuenta el orden de ingreso del proceso a Despacho para tal efecto, tal como se autoriza por el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, en armonía con lo previsto por el artículo 115 de la Ley 1395 de 2010.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, en los estrictos términos en que aquel fue presentado.

Problema jurídico

El asunto jurídico a resolver en el sub examine se centra en dilucidar los siguientes interrogantes:

1. *¿Tiene derecho la parte demandante al reconocimiento y pago del reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme lo establece la Ley 71 de 1988, teniendo en cuenta la variación del salario mínimo legal mensual vigente?*
2. *¿Se debe reembolsar a la parte actora algún porcentaje, por concepto de descuentos por los aportes de salud, descontados de la pensión de jubilación de manera mensual y de las mesadas adicionales de junio y diciembre?*

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** hechos probados; **ii)** Sistema General de Seguridad Social; **iii)** ajuste de pensiones en el Sistema General de Seguridad Social para los afiliados al sector público y régimen general de pensiones; **iv)** aplicación del régimen en salud para los afiliados al sector público y al fondo de prestaciones sociales del magisterio y al sistema general de seguridad social en salud; y **v)** descuento de salud sobre las mesadas adicionales.

Hechos debidamente acreditados

La siguiente es la relación de los hechos debidamente probados que resultan relevantes para solucionar el caso concreto:

1. Por Resolución nº 1696 del 8 de junio de 1993 (fl. 39, C.1), la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en nombre y representación del Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, reconoció pensión de jubilación a favor de la parte accionante.

El FOMAG ha descontado al accionante el equivalente al 12% de la mesada pensional como aportes dirigidos a la prestación del servicio de salud.

2. La parte actora radicó ante la entidad accionada una petición relacionada a los descuentos de las mesadas pensionales a título de aportes de salud, refiriendo que dichos aportes corresponden a un 5% y no a un 12%, exigiendo la devolución de los valores pagados en exceso, de igual manera se solicitó la aplicación del artículo 1º de la Ley 71 de 1988. (fl. 31, C.1).
3. Con Resolución nº 7592-6 del 4 de octubre de 2017 (fl. 41, C.1), la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en nombre y representación del

Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, negó el reajuste de la pensión de jubilación con base en el incremento del salario mínimo y devolución de los aportes al servicio de salud.

Como fundamento de la negativa se manifestó que la aplicación del IPC como fórmula de incremento periódico de las mesadas pensionales no entraña *per se* violación de derecho constitucional alguno, máxime cuando la mesada ha sido reconocida en monto superior al salario mínimo, lo que significa que el IPC le permite mantener su poder adquisitivo.

Sistema General de Seguridad Social

El artículo 48 de la Constitución Política concibe la seguridad social como un servicio público obligatorio que debe prestarse bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Así mismo, lo consagra como un derecho irrenunciable de garantía universal para todos los administrados; y precisa que la ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante.

A su vez, el artículo 53 de la misma Carta Política establece que el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

El Sistema de Seguridad Social Integral previsto en la Ley 100 de 1993 tuvo como objeto garantizar los derechos de las personas y comunidad, en aras de mejorar la calidad de vida y la dignidad humana, a través de las instituciones públicas y privadas prestadoras de los servicios, como un servicio esencial prestado bajo los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación.

El artículo 11 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 797 de 2003, prevé su campo de aplicación, así:

El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando y respetando, adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y

beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una Pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de Prima Media y del sector privado en general.

Lo anterior será sin perjuicio del derecho de denuncia que le asiste a las partes y que el tribunal de arbitramento dirima las diferencias entre las partes.

Ajuste de pensiones en el Sistema General de Seguridad Social para los afiliados al sector público y Régimen General de Pensiones

El artículo 1 de la Ley 4^a de 1976⁴ determinó que las pensiones de los sectores público, oficial, semioficial y privado, así como los afiliados al Instituto Seguro Social, a excepción de las pensiones por incapacidad permanente parcial, se reajustarían de oficio, cada año, teniendo en cuenta la elevación del salario mínimo mensual legal más alto, con una suma fija igual a la mitad de la diferencia entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, más una suma equivalente a la mitad del porcentaje que represente el incremento entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, esto último aplicado a la correspondiente pensión.

Luego, el artículo 1 de la Ley 71 de 1988⁵ precisó que las pensiones referidas en el artículo 1 de la Ley 4^a de 1976, la de incapacidad permanente parcial y las compartidas, serían reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que fuera incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.

La citada norma fue reglamentada por el Decreto 1160 de 1989, que precisó respecto del ajuste de las pensiones en el artículo 1, lo siguiente:

⁴ “Por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones”.

⁵ “Por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones”.

ARTICULO 1o. Reajuste pensional. *Las pensiones de jubilación, invalidez, vejez, incapacidad permanente parcial, compartidas y de sobrevivientes, de los sectores público, privado y del Instituto de Seguros Sociales, se reajustarán de oficio y en forma simultánea con el salario mínimo legal, en el mismo porcentaje en que éste sea incrementado por el Gobierno Nacional.*

Del recuento normativo citado, se concluye que por mandato constitucional es deber del Estado garantizar el reajuste periódico de las pensiones, inicialmente desde la Ley 4ª de 1976 y la Ley 71 de 1988 con un ajuste a los beneficiarios de los regímenes del sector público, oficial y privado, teniendo en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente más alto.

Posteriormente, el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 dispuso un ajuste de las pensiones con base en la variación del IPC, excepto aquellas pensiones iguales al salario mínimo que se incrementaban conforme al mismo:

ARTÍCULO 14. REAJUSTE DE PENSIONES. *Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice (sic) de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, 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, donde señaló que el incremento por el IPC o por el salario mínimo cumple el objetivo del reajuste periódico de las pensiones, y es facultad del legislador determinar el mismo:

Para la Corte es evidente que ese tratamiento distinto ante situaciones iguales, a la luz de los cánones constitucionales, tiene una justificación clara y razonable, cual es la de dar especial protección a aquellos

pensionados que por devengar una pensión mínima se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás. En consecuencia, ha decidido el legislador que el valor de la pensión para esas personas se reajuste en un porcentaje igual al del salario mínimo legal mensual, con el fin de que dicho ingreso conserve su poder adquisitivo y así pueda el beneficiario satisfacer sus necesidades básicas y llevar una vida digna.

(...)

Las instituciones del salario mínimo y de la pensión mínima, se enmarcan dentro de aquellas políticas destinadas a lograr una justicia social, pues son medidas especiales de protección a quienes por su condición económica se encuentran en situación de debilidad manifiesta. Busca así el legislador menguar la desigualdad y de esta manera cumplir con el propósito señalado por el constituyente en el artículo 13 de la Carta, que ordena al Estado promover las condiciones requeridas para que la igualdad sea real y efectiva, mediante la adopción de medidas en favor de grupos discriminados o marginados, como también proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica o física se encuentran en situación de debilidad manifiesta.

(...)

Ahora bien: que el índice de precios al consumidor aumenta en proporción superior al porcentaje en que se incrementa el salario mínimo, es un argumento que esgrime el demandante, pero que no se ajusta a la realidad, pues como se demostrará en seguida, estos valores no han sido constantes, y no podían serlo, por que (sic) su comportamiento depende de una serie de circunstancias económicas y políticas que resultan variables, y en consecuencia, no es posible determinar con certeza el porcentaje en que cada uno de esos dos factores aumentará.

Veamos el comportamiento de la tasa de inflación y el porcentaje de incremento del salario mínimo, durante los últimos diez años:

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 (sic) de inflación, y en los demás años, sucedió lo contrario, esto es, que la inflación fue mayor que el porcentaje en que subió el salario mínimo.

Así las cosas, no le asiste razón al demandante, pues no es posible afirmar con certeza cuál de los dos sistemas podría resultar más benéfico para el pensionado, ya que éllo (sic) dependerá del comportamiento que presente cada uno de esos factores a través del tiempo, de manera que habrá ocasiones en que el índice de precios al consumidor sea superior al porcentaje en que se incrementa el salario mínimo, y en otras, éste sea inferior a aquél, o pueden existir casos en que los dos sean iguales.

De otra parte, estima la Corte pertinente agregar que la Constitución al consagrar el derecho al reajuste periódico de las pensiones (art. 53 inc. 2o.), no señala la proporción en que éstas deben incrementarse, como tampoco la oportunidad o frecuencia en que debe llevarse a cabo, quedando en manos del legislador la regulación de estos aspectos, como en efecto lo hace la norma parcialmente impugnada.

En este sentido, el Máximo Tribunal Constitucional alude a la determinación de incrementar las pensiones en el salario mínimo sólo para los pensionados que devengan la pensión mínima, en aras de salvaguardar los derechos constitucionales de los pensionados que se encuentran en debilidad manifiesta frente a los demás ciudadanos; y que el aumento en el IPC para los

demás pensionados, se ajusta a factores y circunstancias económicas y políticas.

Bajo el tema en cuestión referente al reajuste de las mesadas en aplicación de la Ley 100 de 1993, la Sección Segunda el Consejo de Estado, en providencia del 17 de agosto del 2017⁶, al pronunciarse dentro de la acción pública de nulidad contra el artículo 40 del Decreto 692 de 1994, expuso que el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 derogó el dispuesto por la Ley 71 de 1988, y que esto es aplicable a las pensiones causadas con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993:

Ahora bien, en criterio de la parte demandante, la mesada de quienes se pensionaron con anterioridad al 1.º de abril de 1994 debe incrementarse en la forma prevista por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, esto es, en el mismo porcentaje en que se ajustaba el salario mínimo, afirmación frente a la cual debe indicarse que el hecho de que el porcentaje en el cual se reajusta la pensión no sea un derecho adquirido, implica que el sistema definido por la Ley 100 de 1993 podía regular válidamente la proporción del aumento de la prestación, derogando el enunciado normativo que venía rigiendo hasta ese momento, tal y como lo admitió la Corte Constitucional en la sentencia C-110 de 1996, al señalar:

«[...] A partir del 1.º de enero de 1989 y hasta la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, todas las pensiones que fueron reconocidas en el país, tanto en el sector público como en el privado, se reajustaron anualmente conforme a la formula prevista en la Ley 71 de 1988, esto es, en el mismo porcentaje en que se incrementó por el Gobierno el salario mínimo legal mensual. Con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigencia, las pensiones reconocidas antes y después de dicha ley, se vienen reajustando en la forma prevista por su artículo 14 y teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 142 y 143 ibídem, lo que significa que el referido reajuste se produce anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 17 de agosto de 2017. Radicación número: 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14).

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 1° de enero de 1994.[...]»

En esas condiciones, no le asiste razón a la parte demandante cuando estima que al hacer extensivo el porcentaje de reajuste de la mesada pensional que se decreta para quienes se pensionan con posterioridad al 1.º de abril de 1994 a aquellos que ya tenían la prestación reconocida para ese momento, la norma demandada hace una inclusión no prevista en la ley que reglamenta y desconoce los derechos adquiridos de estos últimos, pues se reitera, la protección de los derechos adquiridos en materia pensional no comprende la proporción del incremento de la mesada.

Conclusión: *Conforme a las consideraciones expuestas, el porcentaje de reajuste de la mesada pensional no es un derecho adquirido, por lo tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha considerado que el legislador está habilitado para modificar las normas que consagran la proporción en que se realizarán los aumentos de las mesadas pensionales.*

De acuerdo con lo anterior, el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 sí es aplicable a quienes les fue reconocida la pensión antes del 1.º de abril de 1994 y no el definido por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, toda vez que esta última quedó derogada por aquella.

En consideración al postulado jurisprudencial precitado se extrae que si bien quienes se pensionaron con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, cuentan con un régimen anterior al del Sistema de Seguridad Social Integral, esto no quiere decir que el incremento de la mesada pensional deba realizarse conforme lo contempla la Ley 71 de 1988, ajustado al salario mínimo, toda vez que con la entrada en vigencia del régimen general de pensiones, esta norma quedó derogada por aquella, que dispuso que los ajustes de las mesadas pensionales fueran incrementadas conforme a la variación del IPC.

Referente a los motivos que alega el libelista de aplicar el artículo 1 de la Ley 71 de 1989 al ajuste de la mesada pensional en armonía con el principio de

favorabilidad, es pertinente traer a colación el pronunciamiento expuesto por la Máxima Corporación Constitucional en sentencia C-435 de 2017, proferida en el marco de la acción pública de constitucionalidad en la que se demandó la nulidad parcial del artículo 14 de la Ley 100 de 1993, y en la que precisó lo siguiente en relación con el reajuste de pensiones según la variación porcentual del IPC:

*Así, para decirlo de otra forma, pero con sus propias palabras, el actor entiende que el principio de favorabilidad también resulta aplicable a los pensionados “porque son trabajadores en receso [...] y, porque también, uno de los principios fundamentales del trabajo es la **garantía de la seguridad social**” y es precisamente a partir de esa consideración que concluye que “[e]n caso de duda en la medición del **poder adquisitivo constante de las pensiones**, porque no hay ley que establezca como se mide [...] debe aplicarse el método **más favorable al pensionado**”. Lo anterior, hasta el punto de que en su demanda no sólo solicita declarar inexecutable el apartado demandado, según el cual las pensiones “se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior”, sino que incluso le pide a la Corte señalar que lo más favorable para el pensionado es “la **medición del poder adquisitivo constante de las pensiones por el método de medición de la equivalencia de las pensiones en relación con el Salario Mínimo Legal Vigente**”⁷, como si este fuese expresamente el mandato constitucional.*

(...)

Lo anterior pues, como también se ha explicado en la jurisprudencia constitucional, sin perjuicio de que toda pensión “tiene como objetivo primordial proteger a las personas de la tercera edad, quienes por sus condiciones físicas, ya sea por razón de la edad o por enfermedad, se encuentran imposibilitados para obtener otra clase de recursos para su propia subsistencia y la de su familia”, las personas cuya pensión no supera el valor del salario mínimo legal mensual vigente o que reciben una pensión

⁷ Cita de cita: Folio 19 (negrillas en el texto original).

mínima, como también se la ha denominado, “se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás”. De tal forma que ellas también requieren de un incremento periódico mínimo que, precisamente, garantice también los fines del salario mínimo, como son “satisfacer no sólo sus propias necesidades sino también las de su familia, en el orden material, social, cultural, educativo”⁸.

(...)

Siendo así, se tiene que en la norma demandada el legislador específicamente dispuso que el criterio o parámetro de actualización fuera el IPC en tanto que, como claramente explicó el DANE en su intervención, éste precisamente “es una estadística que mide la variación porcentual de los precios de un conjunto representativo de los bienes y servicios de consumo de los hogares del país”. Pero, simultáneamente, el legislador distinguió entre las pensiones superiores e inferiores al salario mínimo legal mensual vigente (SMLMV), estableciendo que únicamente éstas últimas se incrementaran en el mismo porcentaje que ese salario, “con el fin de que dicho ingreso conserve su poder adquisitivo y así pueda el beneficiario satisfacer sus necesidades básicas y llevar una vida digna”⁹.

Lo anterior pues, como también se ha explicado en la jurisprudencia constitucional, sin perjuicio de que toda pensión “tiene como objetivo primordial proteger a las personas de la tercera edad, quienes por sus condiciones físicas, ya sea por razón de la edad o por enfermedad, se encuentran imposibilitados para obtener otra clase de recursos para su propia subsistencia y la de su familia”, las personas cuya pensión no supera el valor del salario mínimo legal mensual vigente o que reciben una pensión mínima, como también se la ha denominado, “se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás”. De tal forma que ellas también requieren de un incremento periódico mínimo que, precisamente, garantice también los fines del salario mínimo, como

⁸ Cita de cita: Ibídem.

⁹ Cita de cita: Sentencia C-387 de 1994 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).

son “satisfacer no sólo sus propias necesidades sino también las de su familia, en el orden material, social, cultural, educativo”¹⁰.

(...)

Por lo tanto, se concluye que además de que la propia Constitución faculta al legislador a decidir, con autonomía política, de qué manera reajustar periódicamente el valor pensiones, de tal forma que no hay lugar aquí para la aplicación del principio de favorabilidad en materia laboral del que trata el artículo 53 superior, en todo caso los índices o referencias de actualización a los que acudió el legislador para actualizar las pensiones de forma diferenciada según su valor (IPC y SMLMV) tienen un origen, una explicación y unos propósitos diferentes, al mismo tiempo que se relacionan entre ellos de una forma particular.

(...)

Al mismo tiempo que, se reitera, el constituyente impuso al legislador el deber general de actualizar el monto de las pensiones para que fuesen consistentes con el fenómeno de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, pero no impuso un modelo específico de actualización, motivo por el cual el Congreso cuenta con un amplio margen de configuración para fijar las fórmulas específicas a través de las cuales se materializa este deber genérico, sin que se encuentre obligado a acoger un esquema económico que, a juicio del accionante, resulte más favorable a los intereses de los pensionados entre todos los posibles.

De otra parte, la Ley 100 de 1993 en su artículo 279 contempló los regímenes exceptuados, entre otros el personal docente vinculado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio:

ARTÍCULO 279. EXCEPCIONES. *El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir*

¹⁰ Cita de cita: Ibídem.

de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.

Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida.

Este artículo fue adicionado por la Ley 238 de 1995¹¹, que dispuso la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 a los regímenes exceptuados previstos en dicha disposición, o sea, el incremento de las pensiones conforme al IPC:

ARTÍCULO 1o. *Adiciónese al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, con el siguiente párrafo:*

"Párrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados".

De esta manera, el incremento de las pensiones de los docentes pensionados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 no se rige por el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, toda vez que el factor de incremento anual de las pensiones no forma parte del régimen pensional por el cual se rigen los docentes, como son la edad, el monto, el ingreso base de liquidación y la tasa, y como lo señaló el Consejo de Estado¹². Además, el reajuste de la mesada pensional no es un derecho adquirido, por lo que el legislador está habilitado para modificar las normas que consagran la proporción del aumento anual. Es del caso agregar que la norma que pretende la parte demandante que se aplique al incremento de su mesada, el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, fue derogado por la Ley 100 de 1993.

¹¹ "Por la cual se adiciona el artículo 279 de la Ley 100 de 1993".

¹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 17 de agosto de 2017. Radicación número: 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14).

Lógicamente, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario.

En consecuencia, conforme a los pronunciamientos jurisprudenciales citados, se tiene que la Constitución Política facultó al Legislador bajo su autonomía de fijar el reajuste periódico de las pensiones, teniendo en cuenta el IPC, parámetro que se adoptó obedeciendo a las satisfacciones de las necesidades del orden familiar, material, social, cultural y educativo, y con el fin de garantizar los fines del salario mínimo, en aras actualizar el monto de las pensiones y de contrarrestar el fenómeno de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

Sobre los descuentos por los aportes de salud en la pensión de jubilación de manera mensual y de las mesadas adicionales de junio y diciembre

El artículo 157 de la Ley 100 de 1993 establece que son afiliados al SGSS en salud todos los residentes en Colombia que se encuentren afiliados al régimen contributivo o al subsidiado y los vinculados temporalmente. Al régimen contributivo pertenecen los afiliados con capacidad de pago, como cotizantes están los pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sobreviviente, tanto del sector público como del privado.

Por su parte, el artículo 143 ibídem, previó para los pensionados antes del 1 de abril de 1994, el reajuste mensual equivalente a la elevación en la cotización para salud que resulte de la aplicación de dicha norma, así mismo dispuso, la cotización para salud a cargo de los pensionados, quienes podrían cancelarla mediante una cotización complementaria durante su período de vinculación laboral.

A su vez, el artículo 280 de la Ley 100 de 1993, dispuso sobre la obligatoriedad y sin excepciones de aportar para los fondos de solidaridad en los regímenes de salud y pensiones, a partir del 1 de abril de 1994 en las instituciones, regímenes y con respecto también a las personas que por cualquier circunstancia gocen de excepciones totales o parciales previstas en esta Ley.

Aplicación del régimen en salud para los afiliados al sector público y al fondo de prestaciones sociales del magisterio y al sistema general de seguridad social en salud

La Ley 4 de 1966, determinó para los afiliados a los Caja Nacional de Previsión Social, el deber de cotizar el porcentaje del 5%, a favor de la entidad de previsión, sobre la mesada pensional.

Lo anterior es reiterado por el Decretos 3135 de 1968¹³, en cuyo artículo 37, se dispone: "*Prestaciones para pensionados. A los pensionados por invalidez, jubilación y retiro por vejez se les prestará por la entidad que les pague la pensión, asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria. Para este efecto el pensionado cotizará mensualmente un cinco por ciento (5%) de su pensión*".

Posteriormente la Ley 91 de 1989¹⁴, por el cual se creó el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en su artículo 8 numeral 2, señaló como objetivos de dicho fondo, garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales, y fue constituido entre otros: "*...El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.*"

El artículo 15 de la citada disposición, determinó el régimen aplicable para el personal docente dependiente de la vinculación así:

"ARTÍCULO 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

(Ver art. 6 Ley 60 de 1993)

1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido

¹³ "por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales"

¹⁴ https://www.mineducacion.gov.co/1621/articles-85852_archivo_pdf.pdf

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 registrarán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.”

Por su parte, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003¹⁵, estableció el régimen prestacional de los docentes nacionales y nacionalizados vinculados antes de la vigencia de esta ley, es el señalado en las normas establecidas con anterioridad a la misma y **los vinculados a partir de la entrada en vigencia** de la citada norma, afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres, norma declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-369-04.

Adicionalmente precisó en el inciso tercero y cuarto de dicha normativa, en cuanto a los servicios de salud para los afiliados a dicho Fondo, **prestados conforme lo estipula la Ley 91 de 1989 y el valor de las cotizaciones por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores.**

Posteriormente, el primer párrafo transitorio del Acto Legislativo 01 de 2005, dispuso que: *“El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de ésta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán*

15

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0812_2003.html#1

los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003.”

En cuanto al monto de la contribución de cotizaciones el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, establecía:

*“(…) La cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al sistema general de seguridad social en salud según las normas del presente régimen, será máximo **del 12% del salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo.** Dos terceras partes de la cotización estarán a cargo del empleador y una tercera parte a cargo del trabajador. Un punto de la cotización será trasladado al fondo de solidaridad y garantía para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado”. (Resalta la Sala)*

Dicha preceptiva fue modificada por el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007, que dispuso:

*“**Artículo 204. Monto y distribución de las cotizaciones.** La cotización al Régimen Contributivo de Salud será, a partir del primero (1º) de enero del año 2007, **del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado.** Las cotizaciones que hoy tienen para salud los regímenes especiales y de excepción se incrementarán en cero punto cinco por ciento (0,5%), a cargo del empleador, que será destinado a la subcuenta de solidaridad para completar el uno punto cinco a los que hace referencia el presente artículo. El cero punto cinco por ciento (0,5%) adicional reemplaza en parte el incremento del punto en pensiones aprobado en la Ley 797 de 2003, el cual sólo será incrementado por el Gobierno Nacional en cero punto cinco por ciento (0,5%).*

Y finalmente, por virtud de la Ley 1250 de 2008¹², por medio del artículo 1 adicionó el 204 de la Ley 100 de 1993, en el sentido de que la cotización

mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional.

De las normas señaladas se evidencia que el objetivo del Legislador fue efectuar aportes para salud tanto en los regímenes especiales como del Sistema General de Seguridad Social, incluidos los pensionados, afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En lo atinente al porcentaje de la cotización para los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio se dispuso inicialmente con la Ley 91 de 1989, una cotización del 5% y posteriormente con la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, se habilitó un valor total de la cotización correspondiente a la suma de aportes que para salud y pensiones establezca las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

En consecuencia se deriva que las cotizaciones que se deducen de la mesada pensional de los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio equivalen al mismo porcentaje que se debe descontar al Régimen General de Seguridad Social.

Por su parte, la Máxima Corporación Constitucional en sentencia T-835 de 2014, sobre la obligatoriedad en la cotización a los pensionados al Sistema General de Salud, tanto para regímenes especiales, como la pensión gracia, y el ordinario dispuso:

“Entonces, incluso los regímenes de excepción tienen el deber de cotizar al Sistema General de Seguridad Social, para la prestación de los servicios médico asistenciales, situación que no varió con la expedición de la Ley 100 de 1993. Esto encuentra respaldo en el principio de solidaridad que caracteriza este sistema. Así en las sentencia C-1000 de 2007, la Corte reiteró la posición de la obligación de cotizar al Sistema, señalada en la C-548 de 1998 y sobre los aportes que deben efectuar los pensionados señaló:

“(…) frente al deber que tienen los pensionados de cotizar en materia de salud, la Corte ha estimado que (i) es un desarrollo natural de los preceptos constitucionales que la ley ordene brindar asistencia médica a los pensionados y que prevea que éstos paguen una cotización para tal efecto, ya que la seguridad

social no es gratuita sino que se financia, en parte, con los mismos aportes de los beneficiarios, de conformidad con los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad; y (ii) no viola la constitución que el legislador establezca que los pensionados deben cotizar en 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”

Respecto del monto de las cotizaciones que deben realizar los docentes pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por concepto de salud, respecto del porcentaje del Régimen General de Pensiones, la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado, en sentencia del 10 de mayo de 2018¹⁶, precisó:

*“ 3. Por otro lado, la Ley 91 de 1989, fijó como otro de los objetivos del **Fondo Nacional de prestaciones sociales del Magisterio**: Garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales, para contratará con entidades de acuerdo con instrucciones que imparta el Consejo Directivo del Fondo. Entonces, a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales el Magisterio tiene a cargo las prestaciones sociales de los afiliados al Magisterio, entre estas, (i) la pensión ordinaria y (ii) garantizar la prestación la prestación de los servicios médico asistenciales. Lo que indica que los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterios, por disposición de la ley, tienen un régimen especial de seguridad social en salud.*

(...)

Del análisis de la normatividad referida [artículos 2 de la Ley 4 de 1966 y 8.5 de la Ley 91 de 1989 que tratan del descuento del 5% para el

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION SEGUNDA -SUBSECCIÓN B- Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS- Bogotá, D.C., diez (10) de mayo de dos mil dieciocho (2018) -Radicación número: 68001-23-31-000-2010-00624-01 (0340-14)

Fondo incluidas las mesadas adicionales], se evidencia que el legislador, se sentó para todos los afiliados a la Caja Nacional forzosos y voluntarios e incluidos los pensionados la obligación de cotizar para salud, deber *que también opera para los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales. Actualmente, con el sistema de seguridad social integral previsto en la Ley 100 de 1993, del cual hace parte el subsistema de seguridad social en salud, una de las obligaciones de los afiliados es justamente efectuar las cotizaciones. (Artículo 161 Ley 100 de 1993).* Lo propio hizo el artículo 8º de la Ley 91 de 1989, respecto del personal afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, *que incluye también a los pensionados. (Pensión ordinaria)*

(...)

6.2. Afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterios

Ley 91 de 1989 artículo 8-5	5%
Ley 812 de 2003, 17, artículo 81	El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-529 de 23 de junio de 2010

	correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.

Así las cosas, la cotización para salud del sistema general de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, es el mismo porcentaje del régimen general.

(...)

La jurisprudencia de la Corte Constitucional, y teniendo en cuenta que los docentes gozan de un sistema de salud, especial, señaló:

“22. Ahora bien, bajo el entendido que los docentes gozan de un sistema de salud diferente al señalado en la Ley 100 de 1993, corresponde al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio prestarle los servicios de salud a que tienen derecho y a la Caja Nacional de Previsión Social hoy UGPP, efectuar los aportes correspondientes al Sistema General de Seguridad Social en Salud al Fondo de Seguridad y Garantía - FOSYGA como lo determina el artículo 14 del Decreto 1703 de 2002, “Por el cual se adoptan medidas para promover y controlar la afiliación y el pago de aportes en el Sistema General de Seguridad Social en Salud”, según el cual:

“Artículo 14. Régimen de excepción. Para efecto de evitar el pago doble de cobertura y la desviación de recursos, las personas que se encuentren excepcionadas por ley para pertenecer al Sistema General de Seguridad Social en Salud, de conformidad con lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, no podrán utilizar simultáneamente los servicios del Régimen de Excepción y del Sistema General de Seguridad Social en Salud como cotizantes o beneficiarios.

Cuando la persona afiliada como cotizante a un régimen de excepción tenga una relación laboral o ingresos adicionales sobre los cuales esté obligado a cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud, su empleador o administrador de pensiones deberá efectuar la respectiva cotización al Fosyga en los formularios que para tal efecto defina el Ministerio de Salud. Los servicios asistenciales serán prestados, exclusivamente a través del régimen de excepción; las prestaciones económicas a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, serán cubiertas por el Fosyga en proporción al Ingreso Base de cotización sobre el cual se realizaron los respectivos aportes. Para tal efecto el empleador hará los trámites respectivos...".

De conformidad con el anterior artículo es completamente válido -y legal que quien se encuentra percibiendo una pensión de vejez, y a su vez recibe pensión gracia, cotice sobre las dos pensiones en materia de salud. Una cotización será girada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y la otra al FOSYGA, recursos con los cuales se financia el Sistema de Seguridad Social en Salud.

23. Como se puede observar ni el artículo 52 del Decreto 806 de 1998, ni en el artículo 14 de Decreto 1703 de 2002, excluyeron de la obligación de cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud a los beneficiarios de la pensión gracia, por lo tanto, los mismos se encuentran obligados a efectuar aportes con destino al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en los términos señalados en la ley y en las normas reglamentarias aplicables.

24. Sobre el monto del aporte a salud con anterioridad a la Ley 100 de 1993, los pensionados del sector oficial, incluyendo los beneficiarios de la pensión gracia, cotizaban sobre el 5% de su mesada pensional, con fin que se les prestaran los servicios médico asistenciales; porcentaje diferenciado respecto al establecido para los pensionados del sector privado afiliados al Instituto de Seguros Sociales.

Con la expedición de la Ley 100 de 1993, artículo 143, se estableció de manera general que la tasa de cotización para financiar el Sistema General de Seguridad Social en Salud sería hasta del 12 %, motivo por

el cual, con el fin de no afectar los ingresos efectivos de los pensionados, y mantener el poder adquisitivo de sus mesadas, se consagró un incremento en el monto de las pensiones equivalente a la diferencia entre el valor de la cotización establecida en la Ley 100 de 1993 (12%), y el valor del aporte que se le venía efectuando al beneficiario de la pensión gracia (5%).

De esta manera, por virtud de la misma disposición, a los beneficiarios de la denominada pensión gracia también se les incrementó correlativamente el valor de su mesada en el monto del incremento de su aporte a salud, con el fin de no afectar los ingresos reales que venían percibiendo.

*25. En conclusión, no existe disposición que excluya a los regímenes de excepción del deber de cotizar al Sistema General de Seguridad Social, por el contrario se encuentra demostrado, que a través del tiempo los beneficiarios de la pensión gracia han estado obligados a efectuar los aportes correspondientes al sistema de salud para la prestación de los servicios médico asistenciales, situación que no varió con la expedición de la Ley 100 de 1993. **El pago de las cotizaciones en salud es obligatorio**, independientemente de que se preste o no el servicio de salud, en acatamiento del principio de solidaridad que rige el sistema de Seguridad Social en Colombia, conforme lo establece el artículo 48 de la Constitución, definido en el literal c) del artículo 2 de la Ley 100 de 1993,*

...

*26. De lo expuesto se puede concluir que **todo pensionado debe contribuir a la sostenibilidad** y eficiencia del sistema General de Salud, no sólo para recibir los distintos beneficios, **sino para financiar el sistema en su conjunto, colaborando con sus aportes** a la prestación de la asistencia médica de todas las personas que pertenecen al régimen subsidiado, en desarrollo del principio de solidaridad consagrado en la Constitución. ..."-sft-*

De las normas anotadas y los postulados jurisprudenciales esgrimidos, se colige que los pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al ser beneficiarios del régimen especial en pensiones previsto en

la Ley 100 de 1993, no los exonera de realizar los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, por disposición expresa de la Ley 812 de 2003.

Descuento de salud sobre las mesadas adicionales

El Sistema General de Seguridad Social en Salud no establece descuento alguno sobre las mesadas adicionales, sin embargo, la Ley 91 de 1989 que parte del régimen especial de los docentes afiliados al FNPSM, sí lo permite de manera expresa en el numeral 5º del artículo 8º; luego entonces, aun cuando la Ley 812 de 2003 extendió el régimen de cotización en materia de salud a los pensionados afiliados al FNPSM, ello, sólo conllevó a que se incrementara el porcentaje de cotización de los docentes, del 5% al 12%, más no tiene virtualidad de derogar expresa ni tácitamente lo previsto en el régimen especial en punto de la posibilidad de hacer los descuentos de salud sobre las mesadas adicionales.

De igual manera, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en providencia de tutela del 14 de septiembre de 2017¹⁸, denegó la solicitud sobre la devolución de aportes de salud sobre las mesadas adicionales de los pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, basado en los siguientes argumentos:

“(...) A partir de lo anterior, esta Sala advierte, en síntesis, que el tribunal, señaló que aunque la Ley 812 de 2003 gobierna el monto de las cotizaciones a salud de los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es necesario remitirse a la Ley 91 de 1989, en lo que toca con la posibilidad de efectuar dichos descuentos sobre las mesadas adicionales.

En ese sentido, consideró viable el descuento por salud sobre la mesada catorce percibida por la accionante, por cuanto, aunque las Leyes 42 de 1982 y 43 de 1984, prohibían descuento alguno sobre las mesadas adicionales, en

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION SEGUNDA - SUBSECCIÓN A- Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ- Bogotá, D.C., catorce (14) de septiembre de dos mil diecisiete (2017) -Radicación número: 11001-03-15-000-2017-01998-00(AC). <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2108186>

su criterio, estas normas fueron derogadas tácitamente por la Ley 91 de 1989, por haber sido expedida de forma posterior, la cual, contempló dichos descuentos sobre las mesadas adicionales, inclusive.

En esta perspectiva, advierte la Sala que el análisis normativo efectuado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca es razonable, toda vez que se sustentó en la vigencia de las normas relevantes al asunto puesto en consideración, por lo que no es posible colegir que la providencia judicial cuestionada constituya un error sustantivo.

En suma, concluye esta Sala de decisión que en la providencia cuestionada no se evidencia ninguna causal de procedencia de la acción de tutela, pues como se demostró, no fue producto de un actuar caprichoso del Colegiado demandado, sino de la conjunción en la apreciación de las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica y la interpretación legal de las normas aplicables al caso concreto.”

En ese orden de ideas, considera la Sala que los descuentos por concepto de salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre fueron previstas en la Ley 91 de 1989, para los afiliados del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y, a pesar de no mencionarse taxativamente en la Ley 812 de 2003, no significa que hubiese cesado la obligación de cotizar sobre dichas mesadas, pues en atención al principio de solidaridad que erige el Sistema de Seguridad Social, y en aras de preservar la contribución al sistema para lograr la sostenibilidad, eficacia y financiación del mismo, es procedente realizar los descuentos sobre la mesadas adicionales recibidas por los pensionados afiliados a dicho Fondo.

Considera la Sala, que no le asiste razón al impugnante al indicar que la parte actora, por ingresar con anterioridad al 27 de junio de 2003; y en aplicación a la Ley 91 de 1989 se debe descontar por concepto de cotización a salud el 5% sobre las mesadas pensionales, incluidas las mesadas adicionales.

Por lo anterior, se denegarán las pretensiones de la demanda y se confirmará la sentencia de primera instancia.

Conclusión

Considera la Sala que no se encuentra demostrada la vulneración de los derechos invocados por la parte actora, dado que, conforme a los presupuestos normativos y jurisprudenciales antes citados, se observa que no le asiste razón a la parte accionante al indicar que el reajuste de las mesadas pensionales se debe realizar conforme al artículo 1 de la Ley 71 de 1989, esto es, conforme al salario mínimo, norma derogada por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

Así mismo se tiene que los descuentos por concepto de salud aplicados a los pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio sobre la mesada ordinaria y adicionales de los meses de junio y diciembre deben hacerse aplicando los porcentajes previstos por las normas anteriormente señaladas.

Por lo anterior, se denegarán las pretensiones de la demanda y se confirmará la sentencia de primera instancia.

Costas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, en concordancia con los numerales 3 y 8 del artículo 365 del Código General del Proceso – CGP, este Tribunal se abstendrá de condenar en costas por estimar que no se causaron en el curso de esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

Primero. CONFÍRMASE la sentencia del trece (13) de diciembre de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor Norman Agudelo Hurtado contra la Nación –

Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el Departamento de Caldas.

Segundo. ABSTIÉNESE de condenar en costas en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

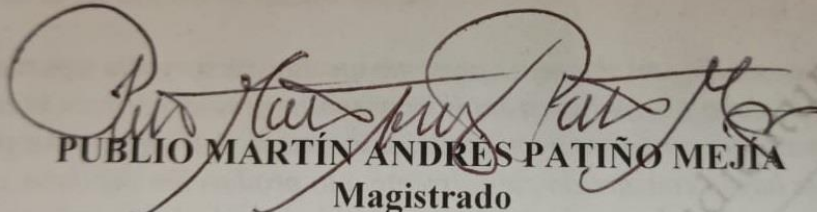
Tercero. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

Cuarto. Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático “*Justicia Siglo XXI*”.

Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLICO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

No. 16
FECHA: 2 de febrero de 2021

A handwritten signature in green ink, consisting of several vertical strokes and a horizontal base, resembling a stylized 'H' or a series of parallel lines.

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA PRIMERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES**

Manizales, veintiocho (28) de enero de dos mil veintiuno (2021)

Procede el Tribunal Administrativo de Caldas a decidir sobre el impedimento manifestado por la Juez Sexta Administrativo del Circuito de Manizales para conocer el proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por **WILLIAM HERNANDEZ CHICA** contra la **NACIÓN – RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL**.

ANTECEDENTES

Con libelo presentado el 5 de marzo de 2020, el señor **HERNANDEZ CHICA**, entre otras pretensiones, solicitó se declare la nulidad de la Resolución No. DESAJMZR19 -262 del 6 de marzo de 2019, suscrita por el Director Ejecutivo Seccional de Administración Judicial de Manizales, y del acto ficto o presunto negativo originado en el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución en mención, por medio del cual se negó el reconocimiento de la bonificación judicial consagrada en el Decreto 0383 de 2013.

A título de restablecimiento del derecho, impetra se condene a la entidad accionada a liquidar y pagar la señalada bonificación del decreto 383 de 2013, con la inclusión de la misma en su asignación básica y así tener incidencia directa en las prestaciones sociales y demás emolumentos que percibidos como servidor judicial.

EL IMPEDIMENTO

La Juez Sexta Administrativa del Circuito de Manizales, el 8 de julio de 2020 manifestó su impedimento para conocer de la demanda con fundamento en la causal del numeral 1 del artículo 141 del C.G.P., por remisión que hace el artículo 130 del CPACA, puesto que, en su sentir, tiene interés directo en las resultas del proceso, causal de impedimento que, igualmente señala, cobija a los demás Jueces Administrativos del Circuito de Manizales.

**CONSIDERACIONES
DE LA
SALA DE DECISIÓN**

Los impedimentos tienen como fundamento la integridad moral del funcionario que los declara, quien en razón de la existencia de ciertas situaciones comprobadas puede sentirse

condicionado, bien en su fuero interno o en sus circunstancias externas. Sobre el particular, el Honorable Consejo de Estado ha expresado que:

“...los impedimentos como las recusaciones son mecanismos jurídicos dirigidos a garantizar que las decisiones judiciales se adopten con sujeción a los principios de imparcialidad, independencia y transparencia que gobiernan la labor judicial. Por tanto, cuando se presenta alguna situación que puede dar lugar a una decisión parcializada, es decir que comprometa el recto entendimiento y aplicación del orden jurídico a un caso concreto, es necesario que el operador judicial en forma anticipada y con fundamento en las causales determinadas taxativamente por el Legislador exprese tal circunstancia, como lo ordena el artículo 149 del Código de Procedimiento Civil. Así cada persona que acude a un Juzgado o Tribunal puede tener la confianza plena de que las decisiones adoptadas se proferirán dentro del margen de objetividad, imparcialidad y justicia que se demandan de los titulares de la función jurisdiccional....”¹.

El artículo 130 de la Ley 1437 de 2011, además de remitir al artículo 150 del CPC (entiéndase artículo 131 del Código General del Proceso) prevé las causales de impedimento y recusación de los jueces y magistrados de esta jurisdicción especializada. El numeral 1 del artículo 141 del CGP indica como motivos de recusación:

“1. Tener el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, interés directo o indirecto en el proceso
...
...”

La “bonificación judicial” que pretende la parte nulidisciente sea incluida como factor salarial y prestacional se encuentra prevista en el Decreto 383 de 2013², cuyo artículo 1º dispone también el reconocimiento de dicho rubro en favor de los Jueces del Circuito:

“ARTÍCULO 1º. Créase para los servidores de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar a quienes se les aplica el régimen salarial y prestacional establecido en los Decretos números 57 y 110 de 1993, 106 de 1994, 43 de 1995 y que vienen rigiéndose por el Decreto número 874 de 2012 y las disposiciones que lo modifiquen o sustituyan, una bonificación judicial, la cual se reconocerá mensualmente y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

La bonificación judicial se reconocerá a partir del 1º de enero de 2013, se percibirá mensualmente, mientras el servidor público permanezca en el servicio y corresponde para cada año al valor que se fija en las siguientes tablas, así:

¹ Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda, 3 de febrero de 2011. Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Álvaro Arcila. Radicación: 25000-23-25-000-2010-00749-01(2350-10).

² Expedido por el Departamento Administrativo de la Función Pública “Por el cual se crea una bonificación judicial para los servidores públicos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar y se dictan otras disposiciones”.

(...)

3. Para los cargos de los Juzgados de Circuito, Especializado, Juzgados de Tribunal Penal Militar y Juzgados de Justicia Penal Militar, relacionados a continuación la bonificación judicial, será:

DENOMINACIÓN DEL CARGO	MONTO DE LA BONIFICACIÓN JUDICIAL A PAGAR MENSUALMENTE CADA AÑO		
	Año 2016	Año 2017	Año 2018
Juez Penal del Circuito Especializado	2.509.062	2.990.321	3.583.675
Coordinador de Juzgado Penal del Circuito Especializado	2.509.062	2.990.321	3.583.675
Juez de Dirección o inspección	2.509.062	2.990.321	3.583.675
Fiscal ante Juez de Dirección o de Inspección	2.509.062	2.990.321	3.583.675
Auditor de Guerra de Dirección o de Inspección	2.491.678	2.969.604	3.558.846
Juez del Circuito	2.196.230	2.617.486	3.136.860
Juez de División o de Fuerza Naval, o de Comando Aéreo o de Policía Metropolitana	2.196.230	2.617.486	3.136.860
Fiscal ante Juez de División o de fuerza naval o de Comando Aéreo o de Policía Metropolitana	2.196.230	2.617.486	3.136.860
Auditor de Guerra de División o de fuerza naval o de Comando Aéreo o de Policía Metropolitana	2.272.185	2.708.010	3.245.346
Juez de Brigada o de base Aérea o de Grupo Aéreo o de Escuela de Formación o de Departamento de Policía	2.358.938	2.811.402	3.369.253
Fiscal ante Juez de Brigada o de base aérea, o de Grupo Aéreo o de Escuela de Formación o Departamento de Policía	2.358.938	2.811.402	3.369.253
Juez de Instrucción Penal Militar	2.358.938	2.811.402	3.369.253
Auditor de Guerra de Brigada, o de Base Aérea, o de Grupo Aéreo, o de Escuela de	2.358.938	2.811.402	3.369.253

formación o de Departamento de Policía			
Asistente Social Grado 1	1.901.012	2.265.642	2.715.201
Secretario	1.688.165	2.011.969	2.411.194
Oficial Mayor o Sustanciador	1.416.093	1.687.712	2.022.596
Asistente Social Grado 2	1.168.486	1.392.611	1.668.940
Escribiente	1.008.526	1.201.969	1.440.469

(...)” /Negrillas de la Sala/.

En el sub-lite la señora Juez Administrativo manifestó que le asiste un interés directo en las resultas del proceso en la medida que tiene el mismo derecho deprecado por el actor, aspecto que a juicio de esta Sala de Decisión legitiman el óbice manifestado por el funcionario, y que cobija así mismo a los demás Jueces Administrativos de Manizales y por ende, fuerza a resolver favorablemente la declaración materia de estudio.

En consecuencia, de conformidad con el numeral 2 del artículo 131 de la Ley 1437/11 y el artículo 30 del Acuerdo 209 de 1997³ del Consejo Superior de la Judicatura, **FÍJASE** como fecha y hora para la elección pública del conjuer de manera virtual que deba actuar en el presente trámite, el día **VIERNES DOCE (12) DE FEBRERO DE DOS MIL VEINTIUNO (2021) A LAS NUEVE Y MEDIA (9:30) DE LA MAÑANA**, diligencia que será dirigida por el Magistrado Ponente, de manera virtual, conforme la autorización de la Sala Plena del Tribunal Administrativo.

Para el efecto, por la Secretaría **CONVÓCASE** a la parte demandante y a los conjueces que integran la lista.

Por lo discurrido, el Tribunal Administrativo de Caldas **SALA DE DECISIÓN**,

RESUELVE

PRIMERO: ACÉPTASE la declaración de **IMPEDIMENTO** manifestada por la Juez Sexta Administrativa del Circuito de Manizales, el que igualmente cobija a los demás jueces administrativos del circuito de Manizales, para conocer de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho impetrada por **WILLIAM HERNANDEZ CHICA** contra la **NACIÓN – RAMA JUDICIAL - DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL**.

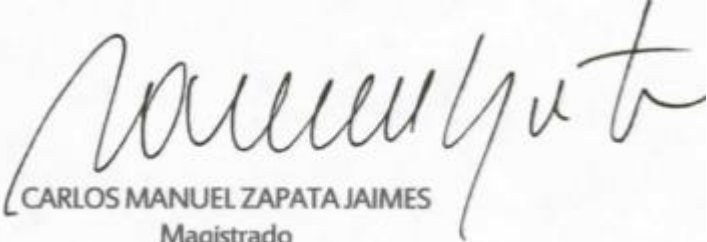
SEGUNDO: FÍJASE como fecha y hora para el sorteo de conjuer que deba actuar en el presente trámite, el día **VIERNES DOCE (12) DE FEBRERO DE DOS MIL VEINTIUNO (2021) A LAS NUEVE Y MEDIA (9:30) DE LA MAÑANA** de manera virtual.

³ “Por el cual se establecen las reglas generales para el funcionamiento de los tribunales administrativos.”, modificado por el Acuerdo No. PSAA12-9482 de 30 de mayo de 2012.

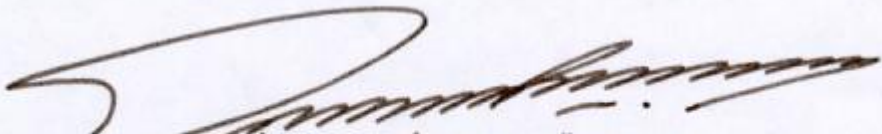
TERCERO: COMUNÍQUESE el presente auto a todos los Jueces Administrativos del Circuito de Manizales, para los fines pertinentes.

NOTIFÍQUESE

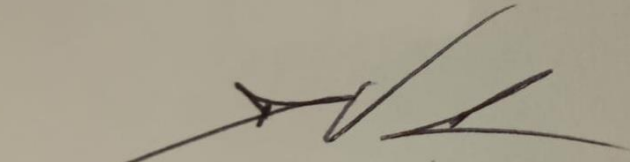
Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión Virtual celebrada el 28 de enero de 2021, conforme Acta n° 004 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
Magistrado



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 016 del 02 de febrero de 2021.
Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.

Manizales, _____

A handwritten signature in green ink, consisting of several vertical strokes and a horizontal base, with a long vertical line extending downwards from the base.

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.: 018

Asunto:	Sentencia de segunda instancia
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-39-007-2018-00186-02
Demandante:	Rosario Cuervo López
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n° 003 del 29 de enero de 2021

Manizales, veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, corresponde a esta Sala de Decisión desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del dieciocho (18) de julio de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las súplicas de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Rosario Cuervo López contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG²).

DEMANDA

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 4 de mayo de 2018 (fls. 3 a 18, C.1), se solicitó lo siguiente:

Pretensiones

1. Que se declare la nulidad parcial del acto ficto o presunto que surgió de

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, FOMAG.

la petición del 3 de febrero de 2016, en cuanto negó el reconocimiento y pago del reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme lo establece la Ley 71 de 1988.

2. Que se declare que a la parte actora le asiste derecho a que le sea reconocido y pagado el reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme lo establece la Ley 71 de 1988.
3. Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la entidad demandada a reconocer y pagar la diferencia entre lo pagado y lo que se le ha debido cancelar desde el año siguiente al inicio de disfrute de la pensión de jubilación, es decir, desde el año 1996 con efectos fiscales a partir del 17 de marzo de 2011 por prescripción trienal de las mesadas.
4. Que se ordene a la entidad accionada dar cumplimiento al fallo en los términos del artículo 192 del CPACA.
5. Que se condene en costas a la parte accionada.

Hechos

Como fundamento fáctico de la demanda, la parte actora expuso lo siguiente:

1. Con Resolución nº 721 del 6 de diciembre de 2012, le fue reconocida a la parte actora pensión de jubilación en cuantía de \$2.083.040, por haber cumplido los requisitos de ley para tal efecto.
2. El acto de reconocimiento pensional estableció que el beneficiario de la prestación tiene derecho a que se reajuste su pensión en armonía con lo dispuesto en las Leyes 71 de 1988 y 238 de 1995, aplicables a las Leyes 6ª de 1945, 33 de 1985, 91 de 1989, 238 de 1995 y 812 de 2003, así como al Decreto 3752 de 2003.
3. El FOMAG, en calidad de encargado de pagar la mesada pensional de la parte actora, ha venido realizado los ajustes anuales de incremento salarial desde el año 2012, con base en lo dispuesto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, esto es, con el incremento del Índice de Precios al Consumidor – IPC³ del año inmediatamente anterior, sin tener en cuenta que dicho reajuste debe efectuarse con el porcentaje de incremento del salario mínimo legal mensual vigente, conforme lo

³ En adelante, IPC.

prevé la Ley 71 de 1988, por remisión expresa del artículo 279 de la Ley 100 de 1993.

4. El 3 de febrero de 2016, la parte actora solicitó a la entidad demandada el reajuste periódico de sus mesadas pensionales conforme a la Ley 71 de 1988; petición que fue resuelta de manera desfavorable a través de acto ficto o presunto.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte actora estimó como violadas las siguientes disposiciones: Constitución Política: artículos 48, 53 y 58; Ley 71 de 1988: artículo 1; Ley 91 de 1989: artículos 5, 9 y 15; Ley 100 de 1993: artículos 14 y 279; Ley 238 de 1995; y Decreto 2831 de 2005.

Consideró que al no haberse reajustado su pensión de jubilación con el porcentaje de incremento del salario mínimo para los años 1996 y siguientes, se vulneró el artículo 53 de la Constitución Política, pues con ello se afecta el poder adquisitivo de la mesada pensional.

Explicó cómo se realizan los ajustes en las mesadas pensionales conforme a las Leyes 71 de 1988 y 100 de 1993.

Expuso que la entidad demandada reajustó las pensiones de jubilación a partir del año 1995 conforme al artículo 14 de la Ley 100 de 1993; y que para los años 1996, 1998, 2000 y siguientes hasta el año 2016, los reajustes anuales de las pensiones de jubilación se realizaron por debajo del aumento del salario mínimo legal mensual vigente, teniendo en cuenta la excepción prevista en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, que excluye su aplicación a los afiliados del FOMAG.

Aludió a los presupuestos normativos contenidos en el artículo 58 de la Constitución Política y a pronunciamientos jurisprudenciales del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, respecto al alcance de los derechos adquiridos y los supuestos sustanciales que los caracteriza.

De otra parte, indicó que se vulneró el principio de favorabilidad al omitir el estudio de la normatividad prevista en las Leyes 71 de 1989 y 238 de 1995, y no ajustar las mesadas pensionales conforme al incremento del salario mínimo.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Dentro del término otorgado, la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG contestó la demanda (fls. 38 a 54, C.1), para oponerse a las pretensiones de la misma, aduciendo que no tiene obligación alguna de incluir factores salariales distintos a los cotizados para obtener la pensión de jubilación, pues ello comportaría el desconocimiento de la normativa vigente aplicable al reconocimiento y pago de pensiones para educadores.

Pese a que lo expuesto anteriormente por la entidad accionada no corresponde al tema debatido, la Sala observa que a lo largo de la contestación presentada, sí hace alusión específica al reajuste pensional solicitado.

En efecto, manifestó que reajustar la pensión de jubilación en los términos solicitados por la parte actora equivaldría a desconocer la normatividad vigente relacionada con el tema, a la cual se ajusta el acto atacado.

Propuso las excepciones que denominó: ***“OMISIÓN DE REQUISITO DE PROCEBILIDAD”***, con fundamento en que no se aportó a la demanda el requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 35 de la Ley 640 de 2001; ***“FALTA DE INTEGRACIÓN DEL CONTRADICTORIO – LITIS CONSORCIO NECESARIO”***, ***“VINCULACIÓN DE LITISCONSORTE”*** e ***“INEPTITUD SUSTANCIAL DE LA DEMANDA POR FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DE LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL”***, alegando que la entidad no ostenta potestad nominadora ni administra el personal docente y administrativo de los planteles educativos y, por tanto, no expide actos de reconocimiento de prestaciones sociales, lo cual es función de las secretarías de educación de cada entidad territorial; ***“INEXISTENCIA DEL DEMANDADO –FALTA DE RELACIÓN CON EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO, CONEXO O DERIVADO DEL ACTO ADMINISTRATIVO EXPEDIDO POR LA ENTIDAD TERRITORIAL CERTIFICADA. FALTA DE COMPETENCIA DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN PARA EXPEDIR EL ACTO ADMINISTRATIVO Y RECONOCER EL DERECHO RECLAMADO”***, aduciendo que no existe relación de causalidad o vínculo entre la Nación – Ministerio de Educación Nacional y el derecho solicitado por el docente; ***“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DEMANDADA POR INEXISTENCIA DE CAUSA JURÍDICA”***, teniendo en cuenta que el ajuste de la pensión de jubilación es el establecido en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, y no el previsto en la Ley 71 de 1988; además, la Ley 812 de 2003, integró a los docentes al régimen pensional de prima media, con lo cual se deriva la derogación tácita de la normatividad anterior; ***“CADUCIDAD DE LA ACCIÓN NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO”***, en el entendimiento que la demanda se presentó transcurridos los cuatros meses

desde la expedición del acto administrativo que denegó el derecho; ***“PRESCRIPCIÓN”*** sobre aquellos derechos económicos reclamados que superen el lapso de tres años desde que la obligación se hizo exigible hasta la presentación de la demanda; ***“COBRO DE LO NO DEBIDO”***, en tanto la entidad no tiene competencia en el trámite para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes, y además los recursos son manejados por la sociedad de economía mixta fiduciaria, por lo que cualquier gasto que afecte el presupuesto de la fiduciaria debe contar con la respectiva apropiación presupuestal; ***“BUENA FE”*** con la que ha actuado la demandada, siempre con estricto apego a la ley aplicable; y ***“GENÉRICA”***, en el evento que en el curso del proceso se hallare como probada cualquier otra excepción.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El 18 de julio de 2019, el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia (fls. 67 a 79, C.1), a través de la cual: **i)** declaró no probadas las excepciones de ***“INEPTITUD SUSTANCIAL DE LA DEMANDA POR FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DE LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL”***; ***“INEXISTENCIA DEL DEMANDADO –FALTA DE RELACIÓN CON EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO, CONEXO O DERIVADO DEL ACTO ADMINISTRATIVO EXPEDIDO POR LA ENTIDAD TERRITORIAL CERTIFICADA. FALTA DE COMPETENCIA DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN PARA EXPEDIR EL ACTO ADMINISTRATIVO Y RECONOCER EL DERECHO RECLAMADO”*** **ii)** declaró fundada la excepción de inexistencia de la causa por inexistencia de causa jurídica; y **iii)** negó las pretensiones de la demanda. Lo anterior, con fundamento en lo siguiente.

Precisó inicialmente que lo relacionado con el reconocimiento y pago de las prestaciones del personal docente nacional o nacionalizado está a cargo de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, de acuerdo con el procedimiento que para tal efecto ha sido dispuesto por el Legislador, en armonía con los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad consagrados en los artículos 288 de la Constitución Política.

Hizo referencia al incremento anual de las pensiones previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, conforme al cual se aplica la variación del IPC.

Indicó que conforme al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al FOMAG se encuentran exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social contenidos en dicha ley.

Precisó que el artículo 1 de la Ley 238 de 1995 adicionó un párrafo al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, en el sentido de precisar que las excepciones en la aplicación del Sistema Integral de Seguridad Social no implicarían negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 para aquellos pensionados.

Manifestó que el artículo 289 de la Ley 100 de 1993 derogó expresamente el aumento anual de la pensión que establecía la Ley 71 de 1989.

Trajo a colación pronunciamiento del Consejo de Estado (2010-00007-00(3294-14)), en el cual explicó las razones por las cuales no es aplicable el incremento previsto en la Ley 71 de 1988 para efectos de determinar el porcentaje de incremento de las pensiones de jubilación.

En ese entendimiento, sostuvo que no le asiste razón a la parte actora en cuanto a la aplicación de la Ley 71 de 1988 para el aumento anual de su pensión de jubilación.

Finalmente precisó que con la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 no se vulnera el principio de favorabilidad previsto en el artículo 53 de la Constitución Política, por cuanto la citada norma es clara en establecer que el incremento pensional es aplicable aún para aquellos sectores exceptuados de la Ley 100.

RECURSO DE APELACIÓN

Mediante memorial obrante de folios 81 a 92 del cuaderno principal, la parte demandante recurrió la sentencia de primera instancia, solicitando revocar la providencia y acceder a las pretensiones de la demanda, con fundamento en lo siguiente.

Precisó inicialmente que el artículo 1º de la Ley 71 de 1988 se encuentra vigente para cierto grupo de docentes y no ha sido declarado nulo.

Manifestó que la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 para el reajuste pensional de los docentes va en contravía del principio de favorabilidad y del espíritu del Legislador, pues con la promulgación de la Ley 238 de 1995 se pretendía recuperar el poder adquisitivo de las pensiones y mantener el régimen especial que se aplicaba para los docentes, esto es, la Ley 71 de 1988.

Aludió a los reajustes prestacionales aplicados a los miembros de la Fuerza Pública afiliados a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional; y con

apoyo en pronunciamientos jurisprudenciales de la Sección Segunda del Consejo de Estado, precisó que este sector, como los docentes del Magisterio, es exceptuado de la Ley 100 de 1993, pero bajo el principio de favorabilidad puede aplicársele la Ley 238 de 1995 en caso de que el régimen general sea más beneficioso.

Indicó que para los docentes que se hubieren vinculado antes de la expedición de la Ley 812 de 2003, sus prestaciones sociales se rigen por la Ley 91 de 1989. En ese sentido, explicó que como la Ley 238 de 1995 adicionó el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, no es procedente afirmar que hubiera complementado o reformado la Ley 91 de 1989 o la Ley 71 de 1988, máxime cuando los afiliados al FOMAG se encuentran excluidos del Sistema General de Seguridad Social.

Afirmó que el artículo 148 del CPACA, en desarrollo del artículo 4 de la Constitución Política, autoriza al Juez para inaplicar, con efectos inter partes, los actos administrativos, cuando éstos vulneren la Constitución o la ley, que para el presente asunto se concreta en los artículos 48 y 53 de la Carta Política y 1º de la Ley 71 de 1988.

Resaltó que el acto administrativo de reconocimiento estableció expresamente que la pensión de jubilación se reajustaría de conformidad con lo dispuesto por la Ley 71 de 1988. De manera que al no haber sido dicho acto anulado por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, es de obligatorio cumplimiento.

Finalmente manifestó que si bien resultó vencida en el trámite de primera instancia, lo cierto es que para la condena en costas se requiere acreditar que éstas se causaron y en la medida de su comprobación.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante (fls. 5 a 18, C.2). Intervino en esta etapa procesal para reiterar los planteamientos formulados en el recurso de apelación interpuesto.

La Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG. (fls. 19 a 25, C.2). Actuó en el término de traslado indicando que el reajuste pensional conforme al porcentaje de incremento anual del salario mínimo es improcedente por cuanto no se trata de un derecho adquirido.

Aludió al contenido del Acto Legislativo 01 de 2005 para concluir que dejó sin efectos a partir del 31 de julio de 2010 los regímenes pensionales

especiales como el establecido en la Ley 71 de 1988 al margen que los docentes afiliados al FOMAG fueron excluidos de la ley 100 de 1993 en virtud del artículo 279 de dicha disposición.

Indicó que no hay lugar a la aplicación del principio de favorabilidad dado que no hay coexistencia de normas vigentes ante la derogatoria tácita de la ley 71 de 1988.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no emitió concepto en el presente asunto.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Reparto. Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 10 de diciembre de 2019, y allegado el 10 de febrero del 2020 al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (fl. 2, C.2).

Admisión y alegatos. Por auto del 10 de febrero de 2020 se admitió el recurso de apelación y se corrió traslado para alegatos (fl. 2, C.2), derecho del cual hizo uso la parte demandante (fls. 5 a 18, C.2) y el Ministerio de Educación (fl.19 a 25). El Ministerio Público no rindió concepto en esta oportunidad.

Paso a Despacho para sentencia. El 7 de septiembre de 2020 el proceso ingresó a Despacho para sentencia (fl. 33, C.2), la que se dicta en seguida, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA. Se precisa que por tratarse de un asunto que versa sobre un caso similar a los ya decididos por esta Corporación, y en procura de la celeridad y agilidad para dar solución a dichos temas, se profiere este fallo sin tener en cuenta el orden de ingreso del proceso a Despacho para tal efecto, tal como se autoriza por el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, en armonía con lo previsto por el artículo 115 de la Ley 1395 de 2010.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, en los estrictos términos en que aquel fue presentado.

Problema jurídico

El asunto jurídico a resolver en el sub examine se centra en dilucidar los siguientes cuestionamientos:

¿Tiene derecho la parte demandante al reconocimiento y pago del reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme lo establece la Ley 71 de 1988, teniendo en cuenta la variación del salario mínimo legal mensual vigente?

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** hechos probados; **ii)** Sistema General de Seguridad Social; y **iii)** ajuste de pensiones en el Sistema General de Seguridad Social para los afiliados al sector público y régimen general de pensiones.

Hechos debidamente acreditados

La siguiente es la relación de los hechos debidamente probados que resultan relevantes para solucionar el caso concreto:

1. Por Resolución nº 721 del 6 de diciembre de 2012 (fls. 22 y 23, C.1), la Secretaría de Educación del Municipio de Manizales en nombre y representación del Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, reconoció pensión de jubilación a favor de la parte accionante, en cuantía de \$2.083.040, efectiva a partir del 29 de abril de 2012.
2. La parte actora radicó ante la entidad accionada solicitud tendiente a que se reajustara su pensión de jubilación, tomando como base el porcentaje del incremento del salario mínimo legal mensual vigente del año inmediatamente anterior, en los eventos en que fuera superior al IPC (fls. 19 y 20, C.1).
3. En virtud de la configuración del acto ficto o presunto con ocasión de la petición anterior, el Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, negó el reajuste de la pensión de jubilación con base en el incremento del salario mínimo.

Sistema General de Seguridad Social

El artículo 48 de la Constitución Política concibe la seguridad social como un servicio público obligatorio que debe prestarse bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Así mismo, lo consagra como un derecho irrenunciable de garantía universal para todos los administrados; y precisa

que la ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante.

A su vez, el artículo 53 de la misma Carta Política establece que el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

El Sistema de Seguridad Social Integral previsto en la Ley 100 de 1993 tuvo como objeto garantizar los derechos de las personas y comunidad, en aras de mejorar la calidad de vida y la dignidad humana, a través de las instituciones públicas y privadas prestadoras de los servicios, como un servicio esencial prestado bajo los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación.

El artículo 11 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 797 de 2003, prevé su campo de aplicación, así:

El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando y respetando, adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una Pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de Prima Media y del sector privado en general.

Lo anterior será sin perjuicio del derecho de denuncia que le asiste a las partes y que el tribunal de arbitramento dirima las diferencias entre las partes.

Ajuste de pensiones en el Sistema General de Seguridad Social para los afiliados al sector público y Régimen General de Pensiones

El artículo 1 de la Ley 4ª de 1976⁴ determinó que las pensiones de los sectores público, oficial, semioficial y privado, así como los afiliados al Instituto Seguro Social, a excepción de las pensiones por incapacidad permanente parcial, se reajustarían de oficio, cada año, teniendo en cuenta la elevación del salario mínimo mensual legal más alto, con una suma fija igual a la mitad de la diferencia entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, más una suma equivalente a la mitad del porcentaje

⁴ “Por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones”.

que represente el incremento entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, esto último aplicado a la correspondiente pensión.

Luego, el artículo 1 de la Ley 71 de 1988⁵ precisó que las pensiones referidas en el artículo 1 de la Ley 4ª de 1976, la de incapacidad permanente parcial y las compartidas, serían reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que fuera incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.

La citada norma fue reglamentada por el Decreto 1160 de 1989, que precisó respecto al ajuste de las pensiones en el artículo 1, lo siguiente:

ARTICULO 1o. Reajuste pensional. *Las pensiones de jubilación, invalidez, vejez, incapacidad permanente parcial, compartidas y de sobrevivientes, de los sectores público, privado y del Instituto de Seguros Sociales, se reajustarán de oficio y en forma simultánea con el salario mínimo legal, en el mismo porcentaje en que éste sea incrementado por el Gobierno Nacional.*

Del recuento normativo citado, se concluye que por mandato constitucional es deber del Estado garantizar el reajuste periódico de las pensiones, inicialmente desde la Ley 4ª de 1976 y la Ley 71 de 1988 con un ajuste a los beneficiarios de los regímenes del sector público, oficial y privado, teniendo en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente más alto.

Posteriormente, el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 dispuso un ajuste de las pensiones con base en la variación del IPC, excepto aquellas pensiones iguales al salario mínimo que se incrementaban conforme al mismo:

ARTÍCULO 14. REAJUSTE DE PENSIONES. *Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice (sic) de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. No 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, donde señaló que el incremento por el IPC o por el salario mínimo cumple el objetivo del reajuste periódico de las pensiones, y es facultad del legislador determinar el mismo:

⁵ “Por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones”.

Para la Corte es evidente que ese tratamiento distinto ante situaciones iguales, a la luz de los cánones constitucionales, tiene una justificación clara y razonable, cual es la de dar especial protección a aquellos pensionados que por devengar una pensión mínima se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás. En consecuencia, ha decidido el legislador que el valor de la pensión para esas personas se reajuste en un porcentaje igual al del salario mínimo legal mensual, con el fin de que dicho ingreso conserve su poder adquisitivo y así pueda el beneficiario satisfacer sus necesidades básicas y llevar una vida digna.

(...)

Las instituciones del salario mínimo y de la pensión mínima, se enmarcan dentro de aquellas políticas destinadas a lograr una justicia social, pues son medidas especiales de protección a quienes por su condición económica se encuentran en situación de debilidad manifiesta. Busca así el legislador menguar la desigualdad y de esta manera cumplir con el propósito señalado por el constituyente en el artículo 13 de la Carta, que ordena al Estado promover las condiciones requeridas para que la igualdad sea real y efectiva, mediante la adopción de medidas en favor de grupos discriminados o marginados, como también proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica o física se encuentran en situación de debilidad manifiesta.

(...)

Ahora bien: que el índice de precios al consumidor aumenta en proporción superior al porcentaje en que se incrementa el salario mínimo, es un argumento que esgrime el demandante, pero que no se ajusta a la realidad, pues como se demostrará en seguida, estos valores no han sido constantes, y no podían serlo, por que (sic) su comportamiento depende de una serie de circunstancias económicas y políticas que resultan variables, y en consecuencia, no es posible determinar con certeza el porcentaje en que cada uno de esos dos factores aumentará.

Veamos el comportamiento de la tasa de inflación y el porcentaje de incremento del salario mínimo, durante los últimos diez años:

<i>año</i>	<i>inflación</i>	<i>salario mínimo</i>
1983	16.64	22%
1984	18.28	22%
1985	22.45	20%
1986	20.95	24%
1987	24.02	22%
1988	28.12	25%
1989	26.12	27%
1990	32.36	26%
1991	26.82	26.07%

1992	25.13	26.04%
1993	22.6	21.09%”

Obsérvese que en los años 1983, 1984, 1986, 1989 y 1992 el salario mínimo se incrementó en cuantía superior al índice (sic) de inflación, y en los demás años, sucedió lo contrario, esto es, que la inflación fue mayor que el porcentaje en que subió el salario mínimo.

Así las cosas, no le asiste razón al demandante, pues no es posible afirmar con certeza cuál de los dos sistemas podría resultar más benéfico para el pensionado, ya que éllo (sic) dependerá del comportamiento que presente cada uno de esos factores a través del tiempo, de manera que habrá ocasiones en que el índice de precios al consumidor sea superior al porcentaje en que se 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 en el salario mínimo sólo para los pensionados que devengan la pensión mínima, en aras de salvaguardar los derechos constitucionales de los pensionados que se encuentran en debilidad manifiesta frente a los demás ciudadanos; y que el aumento en el IPC para los demás pensionados, se ajusta a factores y circunstancias económicas y políticas.

Bajo el tema en cuestión referente al reajuste de las mesadas en aplicación de la Ley 100 de 1993, la Sección Segunda el Consejo de Estado, en providencia del 17 de agosto del 2017⁶, al pronunciarse dentro de la acción pública de nulidad contra el artículo 40 del Decreto 692 de 1994, expuso que el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 derogó el dispuesto por la Ley 71 de 1988, y que esto es aplicable a las pensiones causadas con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993:

Ahora bien, en criterio de la parte demandante, la mesada de quienes se pensionaron con anterioridad al 1.º de abril de 1994 debe incrementarse en la forma prevista por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, esto es, en el mismo

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 17 de agosto de 2017. Radicación número: 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14).

porcentaje en que se ajustaba el salario mínimo, afirmación frente a la cual debe indicarse que el hecho de que el porcentaje en el cual se reajusta la pensión no sea un derecho adquirido, implica que el sistema definido por la Ley 100 de 1993 podía regular válidamente la proporción del aumento de la prestación, derogando el enunciado normativo que venía rigiendo hasta ese momento, tal y como lo admitió la Corte Constitucional en la sentencia C-110 de 1996, al señalar:

«[...] A partir del 1.º de enero de 1989 y hasta la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, todas las pensiones que fueron reconocidas en el país, tanto en el sector público como en el privado, se reajustaron anualmente conforme a la formula prevista en la Ley 71 de 1988, esto es, en el mismo porcentaje en que se incrementó por el Gobierno el salario mínimo legal mensual. Con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigencia, las pensiones reconocidas antes y después de dicha ley, se vienen reajustando en la forma prevista por su artículo 14 y teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 142 y 143 ibídem, lo que significa que el referido reajuste se produce anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior, más la mesada adicional y el reajuste equivalente a la elevación en la cotización para salud, a favor de los pensionados con anterioridad al 1º de enero de 1994.[...]»

En esas condiciones, no le asiste razón a la parte demandante cuando estima que al hacer extensivo el porcentaje de reajuste de la mesada pensional que se decreta para quienes se pensionan con posterioridad al 1.º de abril de 1994 a aquellos que ya tenían la prestación reconocida para ese momento, la norma demandada hace una inclusión no prevista en la ley que reglamenta y desconoce los derechos adquiridos de estos últimos, pues se reitera, la protección de los derechos adquiridos en materia pensional no comprende la proporción del incremento de la mesada.

Conclusión: *Conforme a las consideraciones expuestas, el porcentaje de reajuste de la mesada pensional no es un derecho adquirido, por lo tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha considerado que el legislador está habilitado para modificar las normas que consagran la proporción en que se realizarán los aumentos de las mesadas pensionales.*

De acuerdo con lo anterior, el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 sí es aplicable a quienes les fue reconocida la pensión antes del 1.º de abril de 1994 y no el definido por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, toda vez que esta última quedó derogada por aquella.

En consideración al postulado jurisprudencial precitado se extrae que si bien quienes se pensionaron con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, cuentan con un régimen anterior al del Sistema de Seguridad

Social Integral, esto no quiere decir que el incremento de la mesada pensional deba realizarse conforme lo contempla la Ley 71 de 1988, ajustado al salario mínimo, toda vez que con la entrada en vigencia del régimen general de pensiones, esta norma quedó derogada por aquella, que dispuso que los ajustes de las mesadas pensionales fueran incrementadas conforme a la variación del IPC.

Referente a los motivos que alega el libelista de aplicar el artículo 1 de la Ley 71 de 1989 al ajuste de la mesada pensional en armonía con el principio de favorabilidad, es pertinente traer a colación el pronunciamiento expuesto por la Máxima Corporación Constitucional en sentencia C-435 de 2017, proferida en el marco de la acción pública de constitucionalidad en la que se demandó la nulidad parcial del artículo 14 de la Ley 100 de 1993, y en la que precisó lo siguiente en relación con el reajuste de pensiones según la variación porcentual del IPC:

*Así, para decirlo de otra forma, pero con sus propias palabras, el actor entiende que el principio de favorabilidad también resulta aplicable a los pensionados “porque son trabajadores en receso [...] y, porque también, uno de los principios fundamentales del trabajo es la **garantía de la seguridad social**” y es precisamente a partir de esa consideración que concluye que “[e]n caso de duda en la medición del **poder adquisitivo constante de las pensiones**, porque no hay ley que establezca como se mide [...] debe aplicarse el método **más favorable al pensionado**”. Lo anterior, hasta el punto de que en su demanda no sólo solicita declarar inexecutable el apartado demandado, según el cual las pensiones “se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior”, sino que incluso le pide a la Corte señalar que lo más favorable para el pensionado es “la **medición del poder adquisitivo constante de las pensiones por el método de medición de la equivalencia de las pensiones en relación con el Salario Mínimo Legal Vigente**”⁷, como si este fuese expresamente el mandato constitucional.*

(...)

Lo anterior pues, como también se ha explicado en la jurisprudencia constitucional, sin perjuicio de que toda pensión “tiene como objetivo primordial proteger a las personas de la tercera edad, quienes por sus condiciones físicas, ya sea por razón de la edad o por enfermedad, se encuentran imposibilitados para obtener otra clase de recursos para su propia subsistencia y la de su familia”, las personas cuya pensión no supera el valor del salario mínimo legal mensual vigente o que reciben una pensión mínima, como también se la ha denominado, “se encuentran, por razones económicas, en

⁷ Cita de cita: Folio 19 (negrillas en el texto original).

situación de debilidad manifiesta frente a los demás”. De tal forma que ellas también requieren de un incremento periódico mínimo que, precisamente, garantice también los fines del salario mínimo, como son “satisfacer no sólo sus propias necesidades sino también las de su familia, en el orden material, social, cultural, educativo”⁸.

(...)

Siendo así, se tiene que en la norma demandada el legislador específicamente dispuso que el criterio o parámetro de actualización fuera el IPC en tanto que, como claramente explicó el DANE en su intervención, éste precisamente “es una estadística que mide la variación porcentual de los precios de un conjunto representativo de los bienes y servicios de consumo de los hogares del país”. Pero, simultáneamente, el legislador distinguió entre las pensiones superiores e inferiores al salario mínimo legal mensual vigente (SMLMV), estableciendo que únicamente éstas últimas se incrementaran en el mismo porcentaje que ese salario, “con el fin de que dicho ingreso conserve su poder adquisitivo y así pueda el beneficiario satisfacer sus necesidades básicas y llevar una vida digna”⁹.

Lo anterior pues, como también se ha explicado en la jurisprudencia constitucional, sin perjuicio de que toda pensión “tiene como objetivo primordial proteger a las personas de la tercera edad, quienes por sus condiciones físicas, ya sea por razón de la edad o por enfermedad, se encuentran imposibilitados para obtener otra clase de recursos para su propia subsistencia y la de su familia”, las personas cuya pensión no supera el valor del salario mínimo legal mensual vigente o que reciben una pensión mínima, como también se la ha denominado, “se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás”. De tal forma que ellas también requieren de un incremento periódico mínimo que, precisamente, garantice también los fines del salario mínimo, como son “satisfacer no sólo sus propias necesidades sino también las de su familia, en el orden material, social, cultural, educativo”¹⁰.

(...)

Por lo tanto, se concluye que además de que la propia Constitución faculta al legislador a decidir, con autonomía política, de qué manera reajustar periódicamente el valor pensiones, de tal forma que no hay lugar aquí para la aplicación del principio de favorabilidad en materia laboral del que trata el artículo 53 superior, en todo caso los índices o referencias de actualización a los que acudió el legislador para actualizar las pensiones de forma diferenciada según su valor (IPC y SMLMV) tienen un origen, una explicación y unos

⁸ Cita de cita: Ibídem.

⁹ Cita de cita: Sentencia C-387 de 1994 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).

¹⁰ Cita de cita: Ibídem.

propósitos diferentes, al mismo tiempo que se relacionan entre ellos de una forma particular.

(...)

Al mismo tiempo que, se reitera, el constituyente impuso al legislador el deber general de actualizar el monto de las pensiones para que fuesen consistentes con el fenómeno de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, pero no impuso un modelo específico de actualización, motivo por el cual el Congreso cuenta con un amplio margen de configuración para fijar las fórmulas específicas a través de las cuales se materializa este deber genérico, sin que se encuentre obligado a acoger un esquema económico que, a juicio del accionante, resulte más favorable a los intereses de los pensionados entre todos los posibles.

De otra parte, la Ley 100 de 1993 en su artículo 279 contempló los regímenes exceptuados, entre otros el personal docente vinculado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio:

ARTÍCULO 279. EXCEPCIONES. *El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.*

Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida.

Este artículo fue adicionado por la Ley 238 de 1995¹¹, que dispuso la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 a los regímenes exceptuados previstos en dicha disposición, o sea, el incremento de las pensiones conforme al IPC:

ARTÍCULO 1o. *Adiciónese al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, con el siguiente párrafo:*

"Párrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados".

¹¹ "Por la cual se adiciona el artículo 279 de la Ley 100 de 1993".

De esta manera, el incremento de las pensiones de los docentes pensionados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 no se rige por el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, toda vez que el factor de incremento anual de las pensiones no forma parte del régimen pensional por el cual se rigen los docentes, como son la edad, el monto, el ingreso base de liquidación y la tasa, y como lo señaló el Consejo de Estado¹². Además, el reajuste de la mesada pensional no es un derecho adquirido, por lo que el legislador está habilitado para modificar las normas que consagran la proporción del aumento anual. Es del caso agregar que la norma que pretende la parte demandante que se aplique al incremento de su mesada, el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, fue derogado por la Ley 100 de 1993.

Lógicamente, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario.

En consecuencia, conforme a los pronunciamientos jurisprudenciales citados, se tiene que la Constitución Política facultó al Legislador bajo su autonomía de fijar el reajuste periódico de las pensiones, teniendo en cuenta el IPC, parámetro que se adoptó obedeciendo a las satisfacciones de las necesidades del orden familiar, material, social, cultural y educativo, y con el fin de garantizar los fines del salario mínimo, en aras actualizar el monto de las pensiones y de contrarrestar el fenómeno de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

Conclusión

Considera la Sala que no se encuentra demostrada la vulneración de los derechos invocados por la parte actora, dado que conforme a los presupuestos normativos y jurisprudenciales antes citados, se observa que no le asiste razón a la parte accionante al indicar que el reajuste de las mesadas pensionales se debe realizar conforme al artículo 1 de la Ley 71 de 1989, esto es, conforme al salario mínimo, norma derogada por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

Por lo anterior, se denegarán las pretensiones de la demanda y se confirmará la sentencia de primera instancia.

Costas

¹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 17 de agosto de 2017. Radicación número: 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, en concordancia con los numerales 3 y 8 del artículo 365 del Código General del Proceso – CGP, este Tribunal se abstendrá de condenar en costas por estimar que no se causaron en el curso de esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

Primero. CONFÍRMASE la sentencia del dieciocho (18) de julio de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Rosario Cuervo López contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Segundo. ABSTIÉNESE de condenar en costas en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

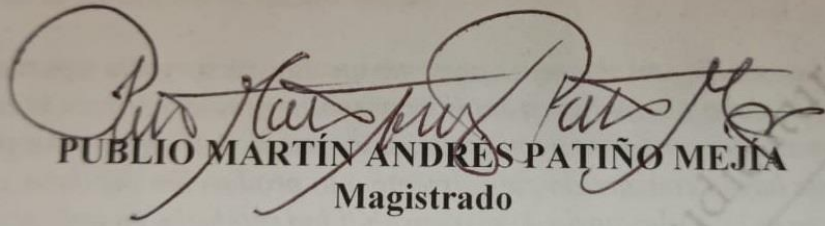
Tercero. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

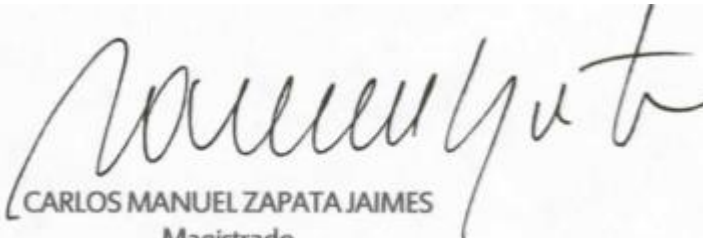
Cuarto. Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado


PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado


CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

No. 16
FECHA: 2 de febrero de 2021



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS **-Sala Quinta de Decisión-**

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.: 019

Asunto:	Sentencia de segunda instancia
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-39-007-2018-00302-02
Demandante:	Gilberto Tabares Valencia
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta nº 003 del 29 de enero de 2021

Manizales, veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, corresponde a esta Sala de Decisión desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del doce (12) de diciembre de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las súplicas de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor Gilberto Tabares Valencia contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG²) –.

DEMANDA

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, FOMAG.

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 12 de julio de 2018 (fls. 3 a 30, C.1), se solicitó lo siguiente:

Pretensiones

1. Que se declare la nulidad absoluta de la Resolución nº 7758-6 del 11 de octubre de 2017, en cuanto negó el reconocimiento y pago del reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme lo establece el numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989 y la Ley 71 de 1988.
2. Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la entidad demandada a reconocer y pagar:
 - De acuerdo con la Ley 91 de 1989: la aplicación y devolución de los descuentos de aportes al sistema de salud, a la mesada pensional en el porcentaje del 5%, incluyendo las mesadas adicionales, ordenando cesar el descuento del 12% como actualmente se realiza; y se reintegre las sumas de dinero superiores al 5% de dichas mesadas pensionales, sin que se continúe efectuando dicho descuento.
 - Respecto de la Ley 71 de 1988: Al reajuste anual de la mesada pensional en el porcentaje que cada año se incrementa para el salario mínimo legal mensual, de forma retroactiva al año en que consolidó su derecho pensional y de manera constante para las mesadas subsiguientes y futuras.
 - Las diferencias resultantes entre mesada pensional y los reajustes solicitados, cancelados de manera indexada, con los ajustes de valor y los intereses corrientes y moratorios a que haya lugar, y conforme al 192 del CPACA, y al pago de condena en costas.
3. Como pretensión subsidiaria, solicitó el reintegro de los dineros de las mesadas adicionales de junio y diciembre, equivalente al aporte en salud del 12%, de forma indexada y con la inclusión de los ajustes de valor, intereses moratorios; y ordenar a la Fiduciaria la Previsora no continuar el descuento de las mesadas adicionales con destino al sistema de salud.

4. Que se condene en costas a la parte accionada.

Hechos

Como fundamento fáctico de la demanda, la parte actora expuso lo siguiente:

1. El accionante se vinculó a la docencia oficial con anterioridad al 27 de junio de 2003, al cumplir los requisitos de edad y tiempo de servicio le fue reconocida pensión de jubilación mediante Resolución n° 7809-6 del 12 de diciembre de 2013, expedida por la Secretaria de Educación del Departamento de Caldas, actuando en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
2. El FOMAG por intermedio de la entidad fiduciaria encargada de su administración, ha venido descontando al accionante el equivalente al 12% de cada mesada pensional, incluyendo las mesadas adicionales de junio y diciembre, como aportes dirigidos a la prestación del servicio de salud.
3. En el acto administrativo de reconocimiento pensional se consagró expresamente que esta sería reajustada anualmente conforme al artículo 1° de la Ley 71 de 1988, no obstante, la mesada ha venido siendo incrementada con base a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, es decir, en el mismo porcentaje certificado por el DANE para el Índice de Precios al Consumidor del año inmediatamente anterior.³
4. Mediante petición radicada bajo el SAC 2017PQR14330 del 19 de septiembre de 2017, se solicitó ante el FOMAG la aplicación del numeral 5° del artículo 8° de la Ley 91 de 1989, respecto a los descuentos de las mesadas pensionales realizados a título de aportes al sistema de salud, indicando que este debe corresponder al 5% del valor de cada mesada, exigiendo en consecuencia la devolución de los valores pagados en exceso.

³ En adelante IPC

Igualmente se solicitó la aplicación del artículo 1° de la Ley 71 de 1988, como fórmula tendiente al reajuste oficioso de sus mesadas pensionales, en contraprestación a los incrementos indebidamente aplicados conforme al IPC (artículo 14 de la Ley 100 de 1993).

En caso de determinarse que el Régimen General de Pensiones le resulte aplicable a la demandante, a título de pretensión subsidiaria se solicitó el cese de los descuentos en salud realizados en las mesadas adicionales de junio y diciembre, ordenando el reintegro de los valores cobrados por dicho concepto.

5. Mediante la Resolución n° 7758-6 del 11 de octubre de 2017, la Secretaria de Educación del Departamento de Caldas actuando en representación de la Nación – Ministerio de Educación – FOMAG, resolvió negativamente los deprecados reajustes pensionales, guardando silencio respecto a la pretensión subsidiaria.
6. Se acudió a la administración de justicia en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento de derecho, con la finalidad de obtener el reajuste de las mesadas pensionales del demandante, conforme a los incrementos fijados por el gobierno para el salario mínimo legal en Colombia, e igualmente el descuento de los aportes en salud conforme al régimen exceptuado aplicable a los pensionados por el FOMAG en la Ley 91 de 1989.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte actora estimó como violadas las siguientes disposiciones: el preámbulo, los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29, 48, 53, 90, 121, 125 y 209 de la Constitución Política; artículos 137 de la Ley 1437 de 2011; 1° de la Ley 71 de 1978; 15.2.a de la Ley 91 de 1989; 115 de Ley 115 de 1994; 279 de la Ley 100 de 1993; 1° de la Ley 238 de 1995; 4 de la Ley 700 de 2001; 9° de la Ley 797 de 2003; 81 de la Ley 812 de 2003; 160 de la Ley 1151 del 2007; Ley 33 de 1985; y parágrafos transitorios 1 y 2 del Acto Legislativo 01 de 2005.

Consideró que en el régimen jurídico del personal docente, los profesores vinculados antes de la expedición de la Ley 812 de 2003 se encuentran exceptuados de la Ley 100 de 1993, y los principios de favorabilidad e irrenunciabilidad.

Respecto de los aportes en salud cuestionó que se le han descontado a la parte demandante en exceso, al haberse vinculado con anterioridad a la referida ley 812 de 2013, y reconocer la pensión de jubilación conforme a la Ley 33 de 1985, por lo que el monto de descuento debe ser del 5% según la Ley 91 de 1989, misma que es aplicable a las mesadas adicionales, y no el 12% para los que se rigen por la Ley 100 de 1993.

Sobre el incremento anual de la pensión indicó que no le es aplicable el aumento estipulado en el artículo 14 de la disposición precitada con base en el IPC, sino el incremento indicado en la Ley 71 de 1988 con el salario mínimo legal mensual vigente, toda vez que obtuvo dicha prestación antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG

No contestó la demanda.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El doce (12) de diciembre de 2019, el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia (fls. 89 a 86, C.1), a través de la cual negó las pretensiones principales y subsidiarias de la demandada. Lo anterior, con fundamento en lo siguiente.

Precisó inicialmente que lo relacionado con el reconocimiento y pago de las prestaciones del personal docente nacional o nacionalizado está a cargo de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, de acuerdo con el procedimiento que para tal efecto ha sido dispuesto por el Legislador en armonía con los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad consagrados en los artículos 288 de la Constitución Política.

Hizo referencia al incremento anual de las pensiones previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, conforme al cual se aplica la variación del IPC.

Indicó que conforme al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al FOMAG se encuentran exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social contenidos en dicha ley.

Precisó que el artículo 1 de la Ley 238 de 1995 adicionó un párrafo al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, en el sentido de precisar que las excepciones en la aplicación del Sistema Integral de Seguridad Social no implicarían negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 para aquellos pensionados.

Manifestó que el artículo 289 de la Ley 100 de 1993 derogó expresamente el aumento anual de la pensión que establecía la Ley 71 de 1989.

Trajo a colación pronunciamiento de la H. Corte Constitucional (C-435 de 2017), en el cual explicó las razones por las cuales no es aplicable el incremento previsto en la Ley 71 de 1988 para efectos de determinar el porcentaje de incremento de las pensiones de jubilación.

En ese entendimiento, sostuvo que no le asiste razón a la parte actora en cuanto a la aplicación de la Ley 71 de 1988 para el aumento anual de su pensión de jubilación.

Finalmente precisó que con la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 no se vulnera el principio de favorabilidad previsto en el artículo 53 de la Constitución Política, por cuanto la citada norma es clara en establecer que el incremento pensional es aplicable aún para aquellos sectores exceptuados de la Ley 100.

RECURSO DE APELACIÓN

Mediante memorial obrante de folios 95 a 106 del cuaderno principal, la parte demandante recurrió la sentencia de primera instancia, solicitando revocar la

providencia y acceder a las pretensiones de la demanda, con fundamento en lo siguiente.

Recalcó que el juzgado incurrió en una grave violación del debido proceso materializando los principios de congruencia, contradicción e igualdad al traer como referente jurisprudencial aplicables sentencias que no corresponden a idénticos hechos, fundamentos de derecho y pretensiones.

Expuso que el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 que hace referencia al incremento de la pensión con base en el IPC, se estudió en la sentencia C-387 de 1994, la cual no hace referencia al régimen exceptuado de los docentes ni se pronunció sobre la Ley 71 de 1988 que señala el aumento con base en el salario mínimo. Agregó que el Consejo de Estado en sentencia del 17 de agosto de 2017, señaló que la Ley 71 de 1988 no era aplicable a los pensionados antes de la Ley 100 de 1993.

Aclaró que la Ley 238 de 1995 adicionó un párrafo al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, de los regímenes exceptuados, donde previó que sí se aplicaría el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, pero en lo que les fuera beneficioso.

Indicó que el Acto Legislativo 01 de 2005 mantuvo el régimen del magisterio como exceptuado para los docentes vinculados antes del 26 de junio de 2003, por lo que se les aplica las leyes 33 de 1985 y 91 de 1989 y no puede aplicarse el incremento anual de la pensión establecido en la Ley 100 de 1993 sino el dispuesto por el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, según el salario mínimo.

Afirmó que el objeto real del proceso era determinar la fórmula más equitativa de incremento pensional para el régimen exceptuado del magisterio.

Con relación a los descuentos de para salud de las mesadas pensionales, incluidas las adicionales de junio y diciembre, resaltó que la Corte Constitucional, en sentencias T-348 de 1997, C-956 de 2001 y C-980 de 2002 precisó que el descuento para aportes de salud de los docentes es del 5%.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante. No intervino en esta etapa procesal.

Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG. Guardó silencio.

Departamento de Caldas, guardó silencio.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no emitió concepto en el presente asunto.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Reparto. Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 6 de marzo de 2020, y allegado el 15 de julio de 2020 al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (fl. 2, C.2).

Admisión y alegatos. Por auto del 15 de julio de 2020 se admitió el recurso de apelación y se corrió traslado para alegatos (fl. 2, C.2), derecho del cual las partes no hicieron uso. El Ministerio Público no rindió concepto en esta oportunidad.

Paso a Despacho para sentencia. El 9 de septiembre de 2020 el proceso ingresó a Despacho para sentencia (fl. 4, C.2), la que se dicta en seguida, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA. Se precisa que por tratarse de un asunto que versa sobre un caso similar a los ya decididos por esta Corporación, y en procura de la celeridad y agilidad para dar solución a dichos temas, se profiere este fallo sin tener en cuenta el orden de ingreso del proceso a Despacho para tal efecto, tal como se autoriza por el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, en armonía con lo previsto por el artículo 115 de la Ley 1395 de 2010.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, en los estrictos términos

en que aquel fue presentado.

Problema jurídico

El asunto jurídico a resolver en el sub examine se centra en dilucidar los siguientes interrogantes:

1. *¿Tiene derecho la parte demandante al reconocimiento y pago del reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme lo establece la Ley 71 de 1988, teniendo en cuenta la variación del salario mínimo legal mensual vigente?*
2. *¿Se debe reembolsar a la parte actora algún porcentaje, por concepto de descuentos por los aportes de salud, descontados de la pensión de jubilación de manera mensual y de las mesadas adicionales de junio y diciembre?*

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** hechos probados; **ii)** Sistema General de Seguridad Social; **iii)** ajuste de pensiones en el Sistema General de Seguridad Social para los afiliados al sector público y régimen general de pensiones; **iv)** aplicación del régimen en salud para los afiliados al sector público y al fondo de prestaciones sociales del magisterio y al sistema general de seguridad social en salud; y **v)** descuento de salud sobre las mesadas adicionales.

Hechos debidamente acreditados

La siguiente es la relación de los hechos debidamente probados que resultan relevantes para solucionar el caso concreto:

1. Por Resolución n° 7809-6 del 12 de diciembre de 2013 (fl 39, C.1), la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en nombre y representación del Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, reconoció pensión de jubilación a favor de la parte accionante.

El FOMAG ha descontado al accionante el equivalente al 12% de la mesada pensional como aportes dirigidos a la prestación del servicio de salud.

2. La parte actora radicó ante la entidad accionada una petición relacionada a los descuentos de las mesadas pensionales a título de aportes de salud, refiriendo que dichos aportes corresponden a un 5% y no a un 12%, exigiendo la devolución de los valores pagados en exceso, de igual manera se solicitó la aplicación del artículo 1° de la Ley 71 de 1988. (fl. 31, C.1).
3. Con Resolución nº 7758-6 del 11 de octubre de 2017 (fl. 41, C.1), la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en nombre y representación del Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, negó el reajuste de la pensión de jubilación con base en el incremento del salario mínimo y devolución de los aportes al servicio de salud.

Como fundamento de la negativa se manifestó que la aplicación del IPC como fórmula de incremento periódico de las mesadas pensionales no entraña *per se* violación de derecho constitucional alguno, máxime cuando la mesada ha sido reconocida en monto superior al salario mínimo, lo que significa que el IPC le permite mantener su poder adquisitivo.

Sistema General de Seguridad Social

El artículo 48 de la Constitución Política concibe la seguridad social como un servicio público obligatorio que debe prestarse bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Así mismo, lo consagra como un derecho irrenunciable de garantía universal para todos los administrados; y precisa que la ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante.

A su vez, el artículo 53 de la misma Carta Política establece que el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

El Sistema de Seguridad Social Integral previsto en la Ley 100 de 1993 tuvo como objeto garantizar los derechos de las personas y comunidad, en aras de mejorar la calidad de vida y la dignidad humana, a través de las instituciones públicas y privadas prestadoras de los servicios, como un servicio esencial

prestado bajo los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación.

El artículo 11 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 797 de 2003, prevé su campo de aplicación, así:

El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando y respetando, adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una Pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de Prima Media y del sector privado en general.

Lo anterior será sin perjuicio del derecho de denuncia que le asiste a las partes y que el tribunal de arbitramento dirima las diferencias entre las partes.

Ajuste de pensiones en el Sistema General de Seguridad Social para los afiliados al sector público y Régimen General de Pensiones

El artículo 1 de la Ley 4ª de 1976⁴ determinó que las pensiones de los sectores público, oficial, semioficial y privado, así como los afiliados al Instituto Seguro Social, a excepción de las pensiones por incapacidad permanente parcial, se reajustarían de oficio, cada año, teniendo en cuenta la elevación del salario mínimo mensual legal más alto, con una suma fija igual a la mitad de la diferencia entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, más una suma equivalente a la mitad del porcentaje que represente el incremento entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, esto último aplicado a la correspondiente pensión.

⁴ “Por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones”.

Luego, el artículo 1 de la Ley 71 de 1988⁵ precisó que las pensiones referidas en el artículo 1 de la Ley 4ª de 1976, la de incapacidad permanente parcial y las compartidas, serían reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que fuera incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.

La citada norma fue reglamentada por el Decreto 1160 de 1989, que precisó respecto del ajuste de las pensiones en el artículo 1, lo siguiente:

ARTICULO 1o. Reajuste pensional. *Las pensiones de jubilación, invalidez, vejez, incapacidad permanente parcial, compartidas y de sobrevivientes, de los sectores público, privado y del Instituto de Seguros Sociales, se reajustarán de oficio y en forma simultánea con el salario mínimo legal, en el mismo porcentaje en que éste sea incrementado por el Gobierno Nacional.*

Del recuento normativo citado, se concluye que por mandato constitucional es deber del Estado garantizar el reajuste periódico de las pensiones, inicialmente desde la Ley 4ª de 1976 y la Ley 71 de 1988 con un ajuste a los beneficiarios de los regímenes del sector público, oficial y privado, teniendo en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente más alto.

Posteriormente, el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 dispuso un ajuste de las pensiones con base en la variación del IPC, excepto aquellas pensiones iguales al salario mínimo que se incrementaban conforme al mismo:

ARTÍCULO 14. REAJUSTE DE PENSIONES. *Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice (sic) de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente,*

⁵ “Por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones”.

serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incrementa dicho salario por el Gobierno.

Dicha normativa fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-387 de 1994, donde señaló que el incremento por el IPC o por el salario mínimo cumple el objetivo del reajuste periódico de las pensiones, y es facultad del legislador determinar el mismo:

Para la Corte es evidente que ese tratamiento distinto ante situaciones iguales, a la luz de los cánones constitucionales, tiene una justificación clara y razonable, cual es la de dar especial protección a aquellos pensionados que por devengar una pensión mínima se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás. En consecuencia, ha decidido el legislador que el valor de la pensión para esas personas se reajuste en un porcentaje igual al del salario mínimo legal mensual, con el fin de que dicho ingreso conserve su poder adquisitivo y así pueda el beneficiario satisfacer sus necesidades básicas y llevar una vida digna.

(...)

Las instituciones del salario mínimo y de la pensión mínima, se enmarcan dentro de aquellas políticas destinadas a lograr una justicia social, pues son medidas especiales de protección a quienes por su condición económica se encuentran en situación de debilidad manifiesta. Busca así el legislador menguar la desigualdad y de esta manera cumplir con el propósito señalado por el constituyente en el artículo 13 de la Carta, que ordena al Estado promover las condiciones requeridas para que la igualdad sea real y efectiva, mediante la adopción de medidas en favor de grupos discriminados o marginados, como también proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica o física se encuentran en situación de debilidad manifiesta.

(...)

Ahora bien: que el índice de precios al consumidor aumenta en proporción superior al porcentaje en que se incrementa el salario mínimo, es un

argumento que esgrime el demandante, pero que no se ajusta a la realidad, pues como se demostrará en seguida, estos valores no han sido constantes, y no podían serlo, por que (sic) su comportamiento depende de una serie de circunstancias económicas y políticas que resultan variables, y en consecuencia, no es posible determinar con certeza el porcentaje en que cada uno de esos dos factores aumentará.

Veamos el comportamiento de la tasa de inflación y el porcentaje de incremento del salario mínimo, durante los últimos diez años:

<i>año</i>	<i>inflación</i>	<i>salario mínimo</i>
1983	16.64	22%
1984	18.28	22%
1985	22.45	20%
1986	20.95	24%
1987	24.02	22%
1988	28.12	25%
1989	26.12	27%
1990	32.36	26%
1991	26.82	26.07%
1992	25.13	26.04%
1993	22.6	21.09%”

Obsérvese que en los años 1983, 1984, 1986, 1989 y 1992 el salario mínimo se incrementó en cuantía superior al índice (sic) de inflación, y en los demás años, sucedió lo contrario, esto es, que la inflación fue mayor que el porcentaje en que subió el salario mínimo.

Así las cosas, no le asiste razón al demandante, pues no es posible afirmar con certeza cuál de los dos sistemas podría resultar más benéfico para el pensionado, ya que élló (sic) dependerá del comportamiento que presente cada uno de esos factores a través del tiempo, de manera que habrá ocasiones en que el índice de precios al consumidor sea superior al porcentaje en que se 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 en el salario mínimo sólo para los pensionados que devengan la pensión mínima, en aras de salvaguardar los derechos constitucionales de los pensionados que se encuentran en debilidad manifiesta frente a los demás ciudadanos; y que el aumento en el IPC para los demás pensionados, se ajusta a factores y circunstancias económicas y políticas.

Bajo el tema en cuestión referente al reajuste de las mesadas en aplicación de la Ley 100 de 1993, la Sección Segunda el Consejo de Estado, en providencia del 17 de agosto del 2017⁶, al pronunciarse dentro de la acción pública de nulidad contra el artículo 40 del Decreto 692 de 1994, expuso que el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 derogó el dispuesto por la Ley 71 de 1988, y que esto es aplicable a las pensiones causadas con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993:

Ahora bien, en criterio de la parte demandante, la mesada de quienes se pensionaron con anterioridad al 1.º de abril de 1994 debe incrementarse en la forma prevista por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, esto es, en el mismo porcentaje en que se ajustaba el salario mínimo, afirmación frente a la cual debe indicarse que el hecho de que el porcentaje en el cual se reajusta la pensión no sea un derecho adquirido, implica que el sistema definido por la Ley 100 de 1993 podía regular válidamente la proporción del aumento de la prestación, derogando el enunciado normativo que venía rigiendo hasta ese momento, tal y como lo admitió la Corte Constitucional en la sentencia C-110 de 1996, al señalar:

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 17 de agosto de 2017. Radicación número: 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14).

«[...] A partir del 1.º de enero de 1989 y hasta la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, todas las pensiones que fueron reconocidas en el país, tanto en el sector público como en el privado, se reajustaron anualmente conforme a la formula prevista en la Ley 71 de 1988, esto es, en el mismo porcentaje en que se incrementó por el Gobierno el salario mínimo legal mensual. Con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigencia, las pensiones reconocidas antes y después de dicha ley, se vienen reajustando en la forma prevista por su artículo 14 y teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 142 y 143 ibídem, lo que significa que el referido reajuste se produce anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior, más la mesada adicional y el reajuste equivalente a la elevación en la cotización para salud, a favor de los pensionados con anterioridad al 1º de enero de 1994.[...]»

En esas condiciones, no le asiste razón a la parte demandante cuando estima que al hacer extensivo el porcentaje de reajuste de la mesada pensional que se decreta para quienes se pensionan con posterioridad al 1.º de abril de 1994 a aquellos que ya tenían la prestación reconocida para ese momento, la norma demandada hace una inclusión no prevista en la ley que reglamenta y desconoce los derechos adquiridos de estos últimos, pues se reitera, la protección de los derechos adquiridos en materia pensional no comprende la proporción del incremento de la mesada.

Conclusión: *Conforme a las consideraciones expuestas, el porcentaje de reajuste de la mesada pensional no es un derecho adquirido, por lo tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha considerado que el legislador está habilitado para modificar las normas que consagran la proporción en que se realizarán los aumentos de las mesadas pensionales.*

De acuerdo con lo anterior, el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 sí es aplicable a quienes les fue reconocida la pensión antes del 1.º de abril de 1994 y no el definido por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, toda vez que esta última quedó derogada por aquella.

En consideración al postulado jurisprudencial precitado se extrae que si bien quienes se pensionaron con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, cuentan con un régimen anterior al del Sistema de Seguridad Social Integral, esto no quiere decir que el incremento de la mesada pensional deba realizarse conforme lo contempla la Ley 71 de 1988, ajustado al salario mínimo, toda vez que con la entrada en vigencia del régimen general de pensiones, esta norma quedó derogada por aquella, que dispuso que los ajustes de las mesadas pensionales fueran incrementadas conforme a la variación del IPC.

Referente a los motivos que alega el libelista de aplicar el artículo 1 de la Ley 71 de 1989 al ajuste de la mesada pensional en armonía con el principio de favorabilidad, es pertinente traer a colación el pronunciamiento expuesto por la Máxima Corporación Constitucional en sentencia C-435 de 2017, proferida en el marco de la acción pública de constitucionalidad en la que se demandó la nulidad parcial del artículo 14 de la Ley 100 de 1993, y en la que precisó lo siguiente en relación con el reajuste de pensiones según la variación porcentual del IPC:

*Así, para decirlo de otra forma, pero con sus propias palabras, el actor entiende que el principio de favorabilidad también resulta aplicable a los pensionados “porque son trabajadores en receso [...] y, porque también, uno de los principios fundamentales del trabajo es la **garantía de la seguridad social**” y es precisamente a partir de esa consideración que concluye que “[e]n caso de duda en la medición del **poder adquisitivo constante de las pensiones**, porque no hay ley que establezca como se mide [...] debe aplicarse el método **más favorable al pensionado**”. Lo anterior, hasta el punto de que en su demanda no sólo solicita declarar inexecutable el apartado demandado, según el cual las pensiones “se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior”, sino que incluso le pide a la Corte señalar que lo más favorable para el pensionado es “la **medición del poder adquisitivo constante de las pensiones por el método de medición de la equivalencia de las pensiones en relación con el***

Salario Mínimo Legal Vigente”⁷, como si este fuese expresamente el mandato constitucional.

(...)

Lo anterior pues, como también se ha explicado en la jurisprudencia constitucional, sin perjuicio de que toda pensión “tiene como objetivo primordial proteger a las personas de la tercera edad, quienes por sus condiciones físicas, ya sea por razón de la edad o por enfermedad, se encuentran imposibilitados para obtener otra clase de recursos para su propia subsistencia y la de su familia”, las personas cuya pensión no supera el valor del salario mínimo legal mensual vigente o que reciben una pensión mínima, como también se la ha denominado, “se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás”. De tal forma que ellas también requieren de un incremento periódico mínimo que, precisamente, garantice también los fines del salario mínimo, como son “satisfacer no sólo sus propias necesidades sino también las de su familia, en el orden material, social, cultural, educativo”⁸.

(...)

Siendo así, se tiene que en la norma demandada el legislador específicamente dispuso que el criterio o parámetro de actualización fuera el IPC en tanto que, como claramente explicó el DANE en su intervención, éste precisamente “es una estadística que mide la variación porcentual de los precios de un conjunto representativo de los bienes y servicios de consumo de los hogares del país”. Pero, simultáneamente, el legislador distinguió entre las pensiones superiores e inferiores al salario mínimo legal mensual vigente (SMLMV), estableciendo que únicamente éstas últimas se incrementarían en el mismo porcentaje que ese salario, “con el fin de que dicho ingreso conserve su poder adquisitivo y así pueda el beneficiario satisfacer sus necesidades básicas y llevar una vida digna”⁹.

⁷ Cita de cita: Folio 19 (negritas en el texto original).

⁸ Cita de cita: *Ibidem*.

⁹ Cita de cita: Sentencia C-387 de 1994 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).

Lo anterior pues, como también se ha explicado en la jurisprudencia constitucional, sin perjuicio de que toda pensión “tiene como objetivo primordial proteger a las personas de la tercera edad, quienes por sus condiciones físicas, ya sea por razón de la edad o por enfermedad, se encuentran imposibilitados para obtener otra clase de recursos para su propia subsistencia y la de su familia”, las personas cuya pensión no supera el valor del salario mínimo legal mensual vigente o que reciben una pensión mínima, como también se la ha denominado, “se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás”. De tal forma que ellas también requieren de un incremento periódico mínimo que, precisamente, garantice también los fines del salario mínimo, como son “satisfacer no sólo sus propias necesidades sino también las de su familia, en el orden material, social, cultural, educativo”¹⁰.

(...)

Por lo tanto, se concluye que además de que la propia Constitución faculta al legislador a decidir, con autonomía política, de qué manera reajustar periódicamente el valor pensiones, de tal forma que no hay lugar aquí para la aplicación del principio de favorabilidad en materia laboral del que trata el artículo 53 superior, en todo caso los índices o referencias de actualización a los que acudió el legislador para actualizar las pensiones de forma diferenciada según su valor (IPC y SMLMV) tienen un origen, una explicación y unos propósitos diferentes, al mismo tiempo que se relacionan entre ellos de una forma particular.

(...)

Al mismo tiempo que, se reitera, el constituyente impuso al legislador el deber general de actualizar el monto de las pensiones para que fuesen consistentes con el fenómeno de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, pero no impuso un modelo específico de actualización, motivo por el cual el Congreso cuenta con un amplio margen de configuración para fijar las fórmulas específicas a través de las cuales se materializa este deber genérico, sin que se encuentre obligado a acoger un esquema económico

¹⁰ Cita de cita: Ibídem.

que, a juicio del accionante, resulte más favorable a los intereses de los pensionados entre todos los posibles.

De otra parte, la Ley 100 de 1993 en su artículo 279 contempló los regímenes exceptuados, entre otros el personal docente vinculado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio:

ARTÍCULO 279. EXCEPCIONES. *El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.*

Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida.

Este artículo fue adicionado por la Ley 238 de 1995¹¹, que dispuso la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 a los regímenes exceptuados previstos en dicha disposición, o sea, el incremento de las pensiones conforme al IPC:

ARTÍCULO 1o. *Adiciónese al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, con el siguiente párrafo:*

"Párrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados".

De esta manera, el incremento de las pensiones de los docentes pensionados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 no se rige por el artículo 1º de la Ley

¹¹ "Por la cual se adiciona el artículo 279 de la Ley 100 de 1993".

71 de 1988, toda vez que el factor de incremento anual de las pensiones no forma parte del régimen pensional por el cual se rigen los docentes, como son la edad, el monto, el ingreso base de liquidación y la tasa, y como lo señaló el Consejo de Estado¹². Además, el reajuste de la mesada pensional no es un derecho adquirido, por lo que el legislador está habilitado para modificar las normas que consagran la proporción del aumento anual. Es del caso agregar que la norma que pretende la parte demandante que se aplique al incremento de su mesada, el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, fue derogado por la Ley 100 de 1993.

Lógicamente, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario.

En consecuencia, conforme a los pronunciamientos jurisprudenciales citados, se tiene que la Constitución Política facultó al Legislador bajo su autonomía de fijar el reajuste periódico de las pensiones, teniendo en cuenta el IPC, parámetro que se adoptó obedeciendo a las satisfacciones de las necesidades del orden familiar, material, social, cultural y educativo, y con el fin de garantizar los fines del salario mínimo, en aras actualizar el monto de las pensiones y de contrarrestar el fenómeno de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

Sobre los descuentos por los aportes de salud en la pensión de jubilación de manera mensual y de las mesadas adicionales de junio y diciembre

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.

¹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 17 de agosto de 2017. Radicación número: 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14).

Por su parte, el artículo 143 ibídem, previó para los pensionados antes del 1 de abril de 1994, el reajuste mensual equivalente a la elevación en la cotización para salud que resulte de la aplicación de dicha norma, así mismo dispuso, la cotización para salud a cargo de los pensionados, quienes podrían cancelarla mediante una cotización complementaria durante su período de vinculación laboral.

A su vez, el artículo 280 de la Ley 100 de 1993, dispuso sobre la obligatoriedad y sin excepciones de aportar para los fondos de solidaridad en los regímenes de salud y pensiones, a partir del 1 de abril de 1994 en las instituciones, regímenes y con respecto también a las personas que por cualquier circunstancia gocen de excepciones totales o parciales previstas en esta Ley.

Aplicación del régimen en salud para los afiliados al sector público y al fondo de prestaciones sociales del magisterio y al sistema general de seguridad social en salud

La Ley 4 de 1966, determinó para los afiliados a los Caja Nacional de Previsión Social, el deber de cotizar el porcentaje del 5%, a favor de la entidad de previsión, sobre la mesada pensional.

Lo anterior es reiterado por el Decretos 3135 de 1968¹³, en cuyo artículo 37, se dispone: "*Prestaciones para pensionados. A los pensionados por invalidez, jubilación y retiro por vejez se les prestará por la entidad que les pague la pensión, asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria. Para este efecto el pensionado cotizará mensualmente un cinco por ciento (5%) de su pensión*".

Posteriormente la Ley 91 de 1989¹⁴, por el cual se creó el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en su artículo 8 numeral 2, señaló como objetivos de dicho fondo, garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales, y fue constituido entre otros: "*...El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.*"

¹³ "por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales"

¹⁴ https://www.mineducacion.gov.co/1621/articles-85852_archivo_pdf.pdf

El artículo 15 de la citada disposición, determinó el régimen aplicable para el personal docente dependiente de la vinculación así:

“ARTÍCULO 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

(Ver art. 6 Ley 60 de 1993)

1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se registrarán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.”

Por su parte, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003¹⁵, estableció el régimen prestacional de los docentes nacionales y nacionalizados vinculados antes de la vigencia de esta ley, es el señalado en las normas establecidas con anterioridad a la misma y **los vinculados a partir de la entrada en vigencia** de la citada norma, afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres, norma declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-369-04.

Adicionalmente precisó en el inciso tercero y cuarto de dicha normativa, en cuanto a los servicios de salud para los afiliados a dicho Fondo, **prestados**

15

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0812_2003.html#1

conforme lo estipula la Ley 91 de 1989 y el valor de las cotizaciones por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores.

Posteriormente, el primer párrafo transitorio del Acto Legislativo 01 de 2005, dispuso que: *“El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de ésta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003.”*

En cuanto al monto de la contribución de cotizaciones el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, establecía:

*“(…) La cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al sistema general de seguridad social en salud según las normas del presente régimen, será máximo **del 12% del salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo.** Dos terceras partes de la cotización estarán a cargo del empleador y una tercera parte a cargo del trabajador. Un punto de la cotización será trasladado al fondo de solidaridad y garantía para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado”. (Resalta la Sala)*

Dicha preceptiva fue modificada por el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007, que dispuso:

*“**Artículo 204. Monto y distribución de las cotizaciones.** La cotización al Régimen Contributivo de Salud será, a partir del primero (1º) de enero del año 2007, **del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los***

***beneficiarios del régimen subsidiado.** Las cotizaciones que hoy tienen para salud los regímenes especiales y de excepción se incrementarán en cero punto cinco por ciento (0,5%), a cargo del empleador, que será destinado a la subcuenta de solidaridad para completar el uno punto cinco a los que hace referencia el presente artículo. El cero punto cinco por ciento (0,5%) adicional reemplaza en parte el incremento del punto en pensiones aprobado en la Ley 797 de 2003, el cual sólo será incrementado por el Gobierno Nacional en cero punto cinco por ciento (0,5%).*

Y finalmente, por virtud de la Ley 1250 de 2008¹², por medio del artículo 1 adicionó el 204 de la Ley 100 de 1993, en el sentido de que la cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional.

De las normas señaladas se evidencia que el objetivo del Legislador fue efectuar aportes para salud tanto en los regímenes especiales como del Sistema General de Seguridad Social, incluidos los pensionados, afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En lo atinente al porcentaje de la cotización para los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio se dispuso inicialmente con la Ley 91 de 1989, una cotización del 5% y posteriormente con la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, se habilitó un valor total de la cotización correspondiente a la suma de aportes que para salud y pensiones establezca las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

En consecuencia se deriva que las cotizaciones que se deducen de la mesada pensional de los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio equivalen al mismo porcentaje que se debe descontar al Régimen General de Seguridad Social.

Por su parte, la Máxima Corporación Constitucional en sentencia T-835 de 2014, sobre la obligatoriedad en la cotización a los pensionados al Sistema General de Salud, tanto para regímenes especiales, como la pensión gracia, y el ordinario dispuso:

“Entonces, incluso los regímenes de excepción tienen el deber de cotizar al Sistema General de Seguridad Social, para la prestación de los servicios médico asistenciales, situación que no varió con la expedición de la Ley 100 de 1993. Esto encuentra respaldo en el principio de solidaridad que caracteriza este sistema. Así en las sentencia C-1000 de 2007, la Corte reiteró la posición de la obligación de cotizar al Sistema, señalada en la C-548 de 1998 y sobre los aportes que deben efectuar los pensionados señaló:

“(…) frente al deber que tienen los pensionados de cotizar en materia de salud, la Corte ha estimado que (i) es un desarrollo natural de los preceptos constitucionales que la ley ordene brindar asistencia médica a los pensionados y que prevea que éstos paguen una cotización para tal efecto, ya que la seguridad social no es gratuita sino que se financia, en parte, con los mismos aportes de los beneficiarios, de conformidad con los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad; y (ii) no viola la constitución que el legislador establezca que los pensionados deben cotizar en materia de salud.”

En conclusión todo pensionado debe contribuir a la sostenibilidad y eficiencia del sistema General de Salud, no sólo para recibir los distintos beneficios, sino para financiar el sistema en su conjunto, colaborando con sus aportes a la prestación de la asistencia médica de todas las personas que pertenecen al régimen subsidiado, en desarrollo del principio de solidaridad consagrado en la Constitución. (...) Rft”

Respecto del monto de las cotizaciones que deben realizar los docentes pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por concepto de salud, respecto del porcentaje del Régimen General de Pensiones, la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado, en sentencia del 10 de mayo de 2018¹⁶, precisó:

“ 3. Por otro lado, la Ley 91 de 1989, fijó como otro de los objetivos del Fondo Nacional de prestaciones sociales del Magisterio: Garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales, para contratará con entidades de acuerdo

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION SEGUNDA -SUBSECCIÓN B- Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS- Bogotá, D.C., diez (10) de mayo de dos mil dieciocho (2018) -Radicación número: 68001-23-31-000-2010-00624-01 (0340-14)

con instrucciones que imparta el Consejo Directivo del Fondo. Entonces, a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales el Magisterio tiene a cargo las prestaciones sociales de los afiliados al Magisterio, entre estas, (i) la pensión ordinaria y (ii) garantizar la prestación la prestación de los servicios médico asistenciales. Lo que indica que los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterios, por disposición de la ley, tienen un régimen especial de seguridad social en salud.

(...)

Del análisis de la normatividad referida [artículos 2 de la Ley 4 de 1966 y 8.5 de la Ley 91 de 1989 que tratan del descuento del 5% para el Fondo incluidas las mesadas adicionales], se evidencia que el legislador, se sentó para todos los afiliados a la Caja Nacional forzosos y voluntarios e incluidos los pensionados la obligación de cotizar para salud, deber que también opera para los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales. Actualmente, con el sistema de seguridad social integral previsto en la Ley 100 de 1993, del cual hace parte el subsistema de seguridad social en salud, una de las obligaciones de los afiliados es justamente efectuar las cotizaciones. (Artículo 161 Ley 100 de 1993). Lo propio hizo el artículo 8º de la Ley 91 de 1989, respecto del personal afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que incluye también a los pensionados. (Pensión ordinaria)

(...)

6.2. Afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterios

Ley 91 de 1989 artículo 8-5	5%

Ley 812 de 2003, 17, artículo 81	El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.

Así las cosas, la cotización para salud del sistema general de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, es el mismo porcentaje del régimen general.

(...)

La jurisprudencia de la Corte Constitucional, y teniendo en cuenta que los docentes gozan de un sistema de salud, especial, señaló:

“22. Ahora bien, bajo el entendido que los docentes gozan de un sistema de salud diferente al señalado en la Ley 100 de 1993, corresponde al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio prestarle los servicios de salud a que tienen derecho y a la Caja Nacional de Previsión Social hoy UGPP, efectuar los aportes correspondientes al Sistema General de Seguridad Social en Salud al Fondo de

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-529 de 23 de junio de 2010

Seguridad y Garantía - FOSYGA como lo determina el artículo 14 del Decreto 1703 de 2002, “Por el cual se adoptan medidas para promover y controlar la afiliación y el pago de aportes en el Sistema General de Seguridad Social en Salud”, según el cual:

“Artículo 14. Régimen de excepción. Para efecto de evitar el pago doble de cobertura y la desviación de recursos, las personas que se encuentren excepcionadas por ley para pertenecer al Sistema General de Seguridad Social en Salud, de conformidad con lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, no podrán utilizar simultáneamente los servicios del Régimen de Excepción y del Sistema General de Seguridad Social en Salud como cotizantes o beneficiarios.

Cuando la persona afiliada como cotizante a un régimen de excepción tenga una relación laboral o ingresos adicionales sobre los cuales esté obligado a cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud, su empleador o administrador de pensiones deberá efectuar la respectiva cotización al Fosyga en los formularios que para tal efecto defina el Ministerio de Salud. Los servicios asistenciales serán prestados, exclusivamente a través del régimen de excepción; las prestaciones económicas a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, serán cubiertas por el Fosyga en proporción al Ingreso Base de cotización sobre el cual se realizaron los respectivos aportes. Para tal efecto el empleador hará los trámites respectivos...”.

De conformidad con el anterior artículo es completamente válido -y legal que quien se encuentra percibiendo una pensión de vejez, y a su vez recibe pensión gracia, cotice sobre las dos pensiones en materia de salud. Una cotización será girada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y la otra al FOSYGA, recursos con los cuales se financia el Sistema de Seguridad Social en Salud.

23. Como se puede observar ni el artículo 52 del Decreto 806 de 1998, ni en el artículo 14 de Decreto 1703 de 2002, excluyeron de la obligación de cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud a los beneficiarios de la pensión gracia, por lo tanto, los mismos se encuentran obligados a efectuar aportes con destino al Sistema General

de Seguridad Social en Salud, en los términos señalados en la ley y en las normas reglamentarias aplicables.

24. Sobre el monto del aporte a salud con anterioridad a la Ley 100 de 1993, los pensionados del sector oficial, incluyendo los beneficiarios de la pensión gracia, cotizaban sobre el 5% de su mesada pensional, con fin que se les prestaran los servicios médico asistenciales; porcentaje diferenciado respecto al establecido para los pensionados del sector privado afiliados al Instituto de Seguros Sociales.

Con la expedición de la Ley 100 de 1993, artículo 143, se estableció de manera general que la tasa de cotización para financiar el Sistema General de Seguridad Social en Salud sería hasta del 12 %, motivo por el cual, con el fin de no afectar los ingresos efectivos de los pensionados, y mantener el poder adquisitivo de sus mesadas, se consagró un incremento en el monto de las pensiones equivalente a la diferencia entre el valor de la cotización establecida en la Ley 100 de 1993 (12%), y el valor del aporte que se le venía efectuando al beneficiario de la pensión gracia (5%).

De esta manera, por virtud de la misma disposición, a los beneficiarios de la denominada pensión gracia también se les incrementó correlativamente el valor de su mesada en el monto del incremento de su aporte a salud, con el fin de no afectar los ingresos reales que venían percibiendo.

*25. En conclusión, no existe disposición que excluya a los regímenes de excepción del deber de cotizar al Sistema General de Seguridad Social, por el contrario se encuentra demostrado, que a través del tiempo los beneficiarios de la pensión gracia han estado obligados a efectuar los aportes correspondientes al sistema de salud para la prestación de los servicios médico asistenciales, situación que no varió con la expedición de la Ley 100 de 1993. **El pago de las cotizaciones en salud es obligatorio**, independientemente de que se preste o no el servicio de salud, en acatamiento del principio de solidaridad que rige el sistema de Seguridad Social en Colombia, conforme lo establece el artículo 48 de la Constitución, definido en el literal c) del artículo 2 de la Ley 100 de*

1993,

...

26. De lo expuesto se puede concluir que **todo pensionado debe contribuir a la sostenibilidad** y eficiencia del sistema General de Salud, no sólo para recibir los distintos beneficios, **sino para financiar el sistema en su conjunto, colaborando con sus aportes** a la prestación de la asistencia médica de todas las personas que pertenecen al régimen subsidiado, en desarrollo del principio de solidaridad consagrado en la Constitución. ..."-sft-

De las normas anotadas y los postulados jurisprudenciales esgrimidos, se colige que los pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al ser beneficiarios del régimen especial en pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, no los exonera de realizar los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, por disposición expresa de la Ley 812 de 2003.

Descuento de salud sobre las mesadas adicionales

El Sistema General de Seguridad Social en Salud no establece descuento alguno sobre las mesadas adicionales, sin embargo, la Ley 91 de 1989 que parte del régimen especial de los docentes afiliados al FNPSM, sí lo permite de manera expresa en el numeral 5º del artículo 8º; luego entonces, aun cuando la Ley 812 de 2003 extendió el régimen de cotización en materia de salud a los pensionados afiliados al FNPSM, ello, sólo conllevó a que se incrementara el porcentaje de cotización de los docentes, del 5% al 12%, más no tiene virtualidad de derogar expresa ni tácitamente lo previsto en el régimen especial en punto de la posibilidad de hacer los descuentos de salud sobre las mesadas adicionales.

De igual manera, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en providencia de tutela del 14 de septiembre de 2017¹⁸, denegó la solicitud sobre la devolución de aportes de salud sobre las mesadas adicionales de los

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION SEGUNDA - SUBSECCIÓN A- Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ- Bogotá, D.C., catorce (14) de septiembre de dos mil diecisiete (2017) -Radicación número: 11001-03-15-000-2017-01998-00(AC). <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2108186>

pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, basado en los siguientes argumentos:

“(…) A partir de lo anterior, esta Sala advierte, en síntesis, que el tribunal, señaló que aunque la Ley 812 de 2003 gobierna el monto de las cotizaciones a salud de los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es necesario remitirse a la Ley 91 de 1989, en lo que toca con la posibilidad de efectuar dichos descuentos sobre las mesadas adicionales.

En ese sentido, consideró viable el descuento por salud sobre la mesada catorce percibida por la accionante, por cuanto, aunque las Leyes 42 de 1982 y 43 de 1984, prohibían descuento alguno sobre las mesadas adicionales, en su criterio, estas normas fueron derogadas tácitamente por la Ley 91 de 1989, por haber sido expedida de forma posterior, la cual, contempló dichos descuentos sobre las mesadas adicionales, inclusive.

En esta perspectiva, advierte la Sala que el análisis normativo efectuado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca es razonable, toda vez que se sustentó en la vigencia de las normas relevantes al asunto puesto en consideración, por lo que no es posible colegir que la providencia judicial cuestionada constituya un error sustantivo.

En suma, concluye esta Sala de decisión que en la providencia cuestionada no se evidencia ninguna causal de procedencia de la acción de tutela, pues como se demostró, no fue producto de un actuar caprichoso del Colegiado demandado, sino de la conjunción en la apreciación de las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica y la interpretación legal de las normas aplicables al caso concreto.”

En ese orden de ideas, considera la Sala que los descuentos por concepto de salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre fueron previstas en la Ley 91 de 1989, para los afiliados del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y, a pesar de no mencionarse taxativamente en la Ley 812 de 2003, no significa que hubiese cesado la obligación de cotizar sobre dichas mesadas, pues en atención al principio de solidaridad que erige el Sistema de Seguridad

Social, y en aras de preservar la contribución al sistema para lograr la sostenibilidad, eficacia y financiación del mismo, es procedente realizar los descuentos sobre la mesadas adicionales recibidas por los pensionados afiliados a dicho Fondo.

Considera la Sala, que no le asiste razón al impugnante al indicar que la parte actora, por ingresar con anterioridad al 27 de junio de 2003; y en aplicación a la Ley 91 de 1989 se debe descontar por concepto de cotización a salud el 5% sobre las mesadas pensionales, incluidas las mesadas adicionales.

Por lo anterior, se denegarán las pretensiones de la demanda y se confirmará la sentencia de primera instancia.

Conclusión

Considera la Sala que no se encuentra demostrada la vulneración de los derechos invocados por la parte actora, dado que, conforme a los presupuestos normativos y jurisprudenciales antes citados, se observa que no le asiste razón a la parte accionante al indicar que el reajuste de las mesadas pensionales se debe realizar conforme al artículo 1 de la Ley 71 de 1989, esto es, conforme al salario mínimo, norma derogada por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

Así mismo se tiene que los descuentos por concepto de salud aplicados a los pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio sobre la mesada ordinaria y adicionales de los meses de junio y diciembre deben hacerse aplicando los porcentajes previstos por las normas anteriormente señaladas.

Por lo anterior, se denegarán las pretensiones de la demanda y se confirmará la sentencia de primera instancia.

Costas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, en concordancia con los numerales 3 y 8 del artículo 365 del Código General del

Proceso – CGP, este Tribunal se abstendrá de condenar en costas por estimar que no se causaron en el curso de esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

Primero. CONFÍRMASE la sentencia del doce (12) de diciembre de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor Gilberto Tabares Valencia contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Segundo. ABSTIÉNESE de condenar en costas en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

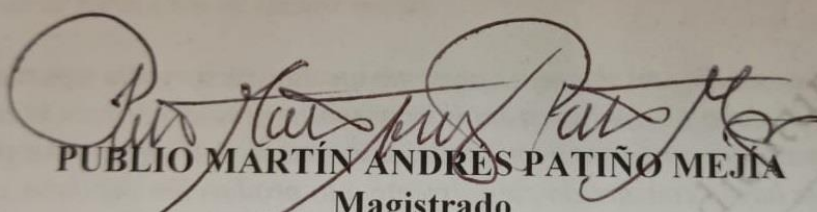
Tercero. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

Cuarto. Ejecutoriada esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen y HÁGANSE las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS <u>NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO</u> No. 16 FECHA: 2 de febrero de 2021  HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA Secretario



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS **-Sala Quinta de Decisión-**

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.: 20

Asunto:	Sentencia de segunda instancia
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-39-007-2018-00367-02
Demandante:	María Irene Torres Murillo
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n° 003 del 29 de enero de 2021

Manizales, veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021)

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, corresponde a esta Sala de Decisión desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del doce (12) de diciembre de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las súplicas de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor María Irene Torres Murillo contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG²) –.

DEMANDA

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, FOMAG.

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 24 de agosto de 2018 (fls. 3 a 32, C.1), se solicitó lo siguiente:

Pretensiones

1. Que se declare la nulidad absoluta de la Resolución nº 8303-6 del 30 de octubre de 2017, en cuanto negó el reconocimiento y pago del reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme lo establece el numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989 y la Ley 71 de 1988.
2. Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la entidad demandada a reconocer y pagar:
 - De acuerdo con la Ley 91 de 1989: la aplicación y devolución de los descuentos de aportes al sistema de salud, a la mesada pensional en el porcentaje del 5%, incluyendo las mesadas adicionales, ordenando cesar el descuento del 12% como actualmente se realiza; y se reintegre las sumas de dinero superiores al 5% de dichas mesadas pensionales, sin que se continúe efectuando dicho descuento.
 - Respecto de la Ley 71 de 1988: Al reajuste anual de la mesada pensional en el porcentaje que cada año se incrementa para el salario mínimo legal mensual, de forma retroactiva al año en que consolidó su derecho pensional y de manera constante para las mesadas subsiguientes y futuras.
 - Las diferencias resultantes entre mesada pensional y los reajustes solicitados, cancelados de manera indexada, con los ajustes de valor y los intereses corrientes y moratorios a que haya lugar, y conforme al 192 del CPACA, y al pago de condena en costas.
3. Como pretensión subsidiaria, solicitó el reintegro de los dineros de las mesadas adicionales de junio y diciembre, equivalente al aporte en salud del 12%, de forma indexada y con la inclusión de los ajustes de valor, intereses moratorios; y ordenar a la Fiduciaria la Previsora no continuar el descuento de las mesadas adicionales con destino al sistema de salud.

4. Que se condene en costas a la parte accionada.

Hechos

Como fundamento fáctico de la demanda, la parte actora expuso lo siguiente:

1. El accionante se vinculó a la docencia oficial con anterioridad al 27 de junio de 2003, al cumplir los requisitos de edad y tiempo de servicio le fue reconocida pensión de jubilación mediante Resolución n° 4260 del 31 de agosto de 2011, expedida por la Secretaria de Educación del Departamento de Caldas, actuando en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
2. El FOMAG por intermedio de la entidad fiduciaria encargada de su administración, ha venido descontando al accionante el equivalente al 12% de cada mesada pensional, incluyendo las mesadas adicionales de junio y diciembre, como aportes dirigidos a la prestación del servicio de salud.
3. En el acto administrativo de reconocimiento pensional se consagró expresamente que esta sería reajustada anualmente conforme al artículo 1° de la Ley 71 de 1988, no obstante, la mesada ha venido siendo incrementada con base a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, es decir, en el mismo porcentaje certificado por el DANE para el Índice de Precios al Consumidor del año inmediatamente anterior.³
4. Mediante petición radicada bajo el SAC 2017PQR15521 del 14 de octubre de 2017, se solicitó ante el FOMAG la aplicación del numeral 5° del artículo 8° de la Ley 91 de 1989, respecto a los descuentos de las mesadas pensionales realizados a título de aportes al sistema de salud, indicando que este debe corresponder al 5% del valor de cada mesada, exigiendo en consecuencia la devolución de los valores pagados en exceso.

³ En adelante IPC

Igualmente se solicitó la aplicación del artículo 1° de la Ley 71 de 1988, como fórmula tendiente al reajuste oficioso de sus mesadas pensionales, en contraprestación a los incrementos indebidamente aplicados conforme al IPC (artículo 14 de la Ley 100 de 1993).

En caso de determinarse que el Régimen General de Pensiones le resulte aplicable a la demandante, a título de pretensión subsidiaria se solicitó el cese de los descuentos en salud realizados en las mesadas adicionales de junio y diciembre, ordenando el reintegro de los valores cobrados por dicho concepto.

5. Mediante la Resolución n° 8303-6 del 30 de octubre de 2017, la Secretaria de Educación del Departamento de Caldas actuando en representación de la Nación – Ministerio de Educación – FOMAG, resolvió negativamente los deprecados reajustes pensionales, guardando silencio respecto a la pretensión subsidiaria.
6. Se acudió a la administración de justicia en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento de derecho, con la finalidad de obtener el reajuste de las mesadas pensionales del demandante, conforme a los incrementos fijados por el gobierno para el salario mínimo legal en Colombia, e igualmente el descuento de los aportes en salud conforme al régimen exceptuado aplicable a los pensionados por el FOMAG en la Ley 91 de 1989.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte actora estimó como violadas las siguientes disposiciones: el preámbulo, los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29, 48, 53, 90, 121, 125 y 209 de la Constitución Política; artículos 137 de la Ley 1437 de 2011; 1° de la Ley 71 de 1978; 15.2.a de la Ley 91 de 1989; 115 de Ley 115 de 1994; 279 de la Ley 100 de 1993; 1° de la Ley 238 de 1995; 4 de la Ley 700 de 2001; 9° de la Ley 797 de 2003; 81 de la Ley 812 de 2003; 160 de la Ley 1151 del 2007; Ley 33 de 1985; y parágrafos transitorios 1 y 2 del Acto Legislativo 01 de 2005.

Consideró que en el régimen jurídico del personal docente, los profesores vinculados antes de la expedición de la Ley 812 de 2003 se encuentran

exceptuados de la Ley 100 de 1993, y los principios de favorabilidad e irrenunciabilidad.

Respecto de los aportes en salud cuestionó que se le han descontado a la parte demandante en exceso, al haberse vinculado con anterioridad a la referida ley 812 de 2013, y reconocer la pensión de jubilación conforme a la Ley 33 de 1985, por lo que el monto de descuento debe ser del 5% según la Ley 91 de 1989, misma que es aplicable a las mesadas adicionales, y no el 12% para los que se rigen por la Ley 100 de 1993.

Sobre el incremento anual de la pensión indicó que no le es aplicable el aumento estipulado en el artículo 14 de la disposición precitada con base en el IPC, sino el incremento indicado en la Ley 71 de 1988 con el salario mínimo legal mensual vigente, toda vez que obtuvo dicha prestación antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG

No contestó la demanda.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El doce (12) de diciembre de 2019, el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia (fls. 56 a 73, C.1), a través de la cual negó las pretensiones principales y subsidiarias de la demanda. Lo anterior, con fundamento en lo siguiente.

Precisó inicialmente que lo relacionado con el reconocimiento y pago de las prestaciones del personal docente nacional o nacionalizado está a cargo de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, de acuerdo con el procedimiento que para tal efecto ha sido dispuesto por el Legislador en armonía con los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad consagrados en los artículos 288 de la Constitución Política.

Hizo referencia al incremento anual de las pensiones previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, conforme al cual se aplica la variación del IPC.

Indicó que conforme al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al FOMAG se encuentran exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social contenidos en dicha ley.

Precisó que el artículo 1 de la Ley 238 de 1995 adicionó un párrafo al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, en el sentido de precisar que las excepciones en la aplicación del Sistema Integral de Seguridad Social no implicarían negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 para aquellos pensionados.

Manifestó que el artículo 289 de la Ley 100 de 1993 derogó expresamente el aumento anual de la pensión que establecía la Ley 71 de 1989.

Trajo a colación pronunciamiento de la H. Corte Constitucional (C-435 de 2017), en el cual explicó las razones por las cuales no es aplicable el incremento previsto en la Ley 71 de 1988 para efectos de determinar el porcentaje de incremento de las pensiones de jubilación.

En ese entendimiento, sostuvo que no le asiste razón a la parte actora en cuanto a la aplicación de la Ley 71 de 1988 para el aumento anual de su pensión de jubilación.

Finalmente precisó que con la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 no se vulnera el principio de favorabilidad previsto en el artículo 53 de la Constitución Política, por cuanto la citada norma es clara en establecer que el incremento pensional es aplicable aún para aquellos sectores exceptuados de la Ley 100.

RECURSO DE APELACIÓN

Mediante memorial obrante de folios 75 a 86 del cuaderno principal, la parte demandante recurrió la sentencia de primera instancia, solicitando revocar la providencia y acceder a las pretensiones de la demanda, con fundamento en lo siguiente.

Recalcó que el juzgado incurrió en una grave violación del debido proceso materializando los principios de congruencia, contradicción e igualdad al traer como referente jurisprudencial aplicables sentencias que no corresponden a idénticos hechos, fundamentos de derecho y pretensiones.

Expuso que el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 que hace referencia al incremento de la pensión con base en el IPC, se estudió en la sentencia C-387 de 1994, la cual no hace referencia al régimen exceptuado de los docentes ni se pronunció sobre la Ley 71 de 1988 que señala el aumento con base en el salario mínimo. Agregó que el Consejo de Estado en sentencia del 17 de agosto de 2017, señaló que la Ley 71 de 1988 no era aplicable a los pensionados antes de la Ley 100 de 1993.

Aclaró que la Ley 238 de 1995 adicionó un párrafo al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, de los regímenes exceptuados, donde previó que sí se aplicaría el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, pero en lo que les fuera beneficioso.

Indicó que el Acto Legislativo 01 de 2005 mantuvo el régimen del magisterio como exceptuado para los docentes vinculados antes del 26 de junio de 2003, por lo que se les aplica las leyes 33 de 1985 y 91 de 1989 y no puede aplicarse el incremento anual de la pensión establecido en la Ley 100 de 1993 sino el dispuesto por el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, según el salario mínimo.

Afirmó que el objeto real del proceso era determinar la fórmula más equitativa de incremento pensional para el régimen exceptuado del magisterio.

Con relación a los descuentos de para salud de las mesadas pensionales, incluidas las adicionales de junio y diciembre, resaltó que la Corte Constitucional, en sentencias T-348 de 1997, C-956 de 2001 y C-980 de 2002 precisó que el descuento para aportes de salud de los docentes es del 5%.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante. No intervino en esta etapa procesal.

Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG. Se pronunció en escrito que obra de folio 4 a 8 del cuaderno 2.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no emitió concepto en el presente asunto.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Reparto. Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 5 de marzo de 2020, y allegado el 15 de julio de 2020 al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (fl. 2, C.2).

Admisión y alegatos. Por auto del 15 de julio de 2020 se admitió el recurso de apelación y se corrió traslado para alegatos (fl. 2, C.2), derecho del cual únicamente hizo uso la parte demandada. El Ministerio Público no rindió concepto en esta oportunidad.

Paso a Despacho para sentencia. El 9 de septiembre de 2020 el proceso ingresó a Despacho para sentencia (fl. 13, C.2), la que se dicta en seguida, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA. Se precisa que por tratarse de un asunto que versa sobre un caso similar a los ya decididos por esta Corporación, y en procura de la celeridad y agilidad para dar solución a dichos temas, se profiere este fallo sin tener en cuenta el orden de ingreso del proceso a Despacho para tal efecto, tal como se autoriza por el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, en armonía con lo previsto por el artículo 115 de la Ley 1395 de 2010.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, en los estrictos términos en que aquel fue presentado.

Problema jurídico

El asunto jurídico a resolver en el sub examine se centra en dilucidar los siguientes interrogantes:

1. *¿Tiene derecho la parte demandante al reconocimiento y pago del reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme lo establece la Ley 71 de 1988, teniendo en cuenta la variación del salario mínimo legal mensual vigente?*
2. *¿Se debe reembolsar a la parte actora algún porcentaje, por concepto de descuentos por los aportes de salud, descontados de la pensión de jubilación de manera mensual y de las mesadas adicionales de junio y diciembre?*

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** hechos probados; **ii)** Sistema General de Seguridad Social; **iii)** ajuste de pensiones en el Sistema General de Seguridad Social para los afiliados al sector público y régimen general de pensiones; **iv)** aplicación del régimen en salud para los afiliados al sector público y al fondo de prestaciones sociales del magisterio y al sistema general de seguridad social en salud; y **v)** descuento de salud sobre las mesadas adicionales.

Hechos debidamente acreditados

La siguiente es la relación de los hechos debidamente probados que resultan relevantes para solucionar el caso concreto:

1. Por Resolución nº 4260 del 31 de agosto de 2011 (fl 41, C.1), la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en nombre y representación del Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, reconoció pensión de jubilación a favor de la parte accionante.

El FOMAG ha descontado al accionante el equivalente al 12% de la mesada pensional como aportes dirigidos a la prestación del servicio de salud.

2. La parte actora radicó ante la entidad accionada una petición relacionada a los descuentos de las mesadas pensionales a título de aportes de salud, refiriendo que dichos aportes corresponden a un 5% y no a un 12%,

exigiendo la devolución de los valores pagados en exceso, de igual manera se solicitó la aplicación del artículo 1° de la Ley 71 de 1988. (fl. 33, C.1).

3. Con Resolución n° 8303-6 del 30 de octubre de 2017 (fl. 43, C.1), la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en nombre y representación del Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, negó el reajuste de la pensión de jubilación con base en el incremento del salario mínimo y devolución de los aportes al servicio de salud.

Como fundamento de la negativa se manifestó que la aplicación del IPC como fórmula de incremento periódico de las mesadas pensionales no entraña *per se* violación de derecho constitucional alguno, máxime cuando la mesada ha sido reconocida en monto superior al salario mínimo, lo que significa que el IPC le permite mantener su poder adquisitivo.

Sistema General de Seguridad Social

El artículo 48 de la Constitución Política concibe la seguridad social como un servicio público obligatorio que debe prestarse bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Así mismo, lo consagra como un derecho irrenunciable de garantía universal para todos los administrados; y precisa que la ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante.

A su vez, el artículo 53 de la misma Carta Política establece que el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

El Sistema de Seguridad Social Integral previsto en la Ley 100 de 1993 tuvo como objeto garantizar los derechos de las personas y comunidad, en aras de mejorar la calidad de vida y la dignidad humana, a través de las instituciones públicas y privadas prestadoras de los servicios, como un servicio esencial prestado bajo los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación.

El artículo 11 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 797 de 2003, prevé su campo de aplicación, así:

El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando y respetando, adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una Pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de Prima Media y del sector privado en general.

Lo anterior será sin perjuicio del derecho de denuncia que le asiste a las partes y que el tribunal de arbitramento dirima las diferencias entre las partes.

Ajuste de pensiones en el Sistema General de Seguridad Social para los afiliados al sector público y Régimen General de Pensiones

El artículo 1 de la Ley 4ª de 1976⁴ determinó que las pensiones de los sectores público, oficial, semioficial y privado, así como los afiliados al Instituto Seguro Social, a excepción de las pensiones por incapacidad permanente parcial, se reajustarían de oficio, cada año, teniendo en cuenta la elevación del salario mínimo mensual legal más alto, con una suma fija igual a la mitad de la diferencia entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, más una suma equivalente a la mitad del porcentaje que represente el incremento entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, esto último aplicado a la correspondiente pensión.

Luego, el artículo 1 de la Ley 71 de 1988⁵ precisó que las pensiones referidas en el artículo 1 de la Ley 4ª de 1976, la de incapacidad permanente parcial y

⁴ “Por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones”.

⁵ “Por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones”.

las compartidas, serían reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que fuera incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.

La citada norma fue reglamentada por el Decreto 1160 de 1989, que precisó respecto del ajuste de las pensiones en el artículo 1, lo siguiente:

ARTICULO 1o. Reajuste pensional. *Las pensiones de jubilación, invalidez, vejez, incapacidad permanente parcial, compartidas y de sobrevivientes, de los sectores público, privado y del Instituto de Seguros Sociales, se reajustarán de oficio y en forma simultánea con el salario mínimo legal, en el mismo porcentaje en que éste sea incrementado por el Gobierno Nacional.*

Del recuento normativo citado, se concluye que por mandato constitucional es deber del Estado garantizar el reajuste periódico de las pensiones, inicialmente desde la Ley 4ª de 1976 y la Ley 71 de 1988 con un ajuste a los beneficiarios de los regímenes del sector público, oficial y privado, teniendo en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente más alto.

Posteriormente, el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 dispuso un ajuste de las pensiones con base en la variación del IPC, excepto aquellas pensiones iguales al salario mínimo que se incrementaban conforme al mismo:

ARTÍCULO 14. REAJUSTE DE PENSIONES. *Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice (sic) de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, 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, donde señaló que el incremento por el IPC o por el

salario mínimo cumple el objetivo del reajuste periódico de las pensiones, y es facultad del legislador determinar el mismo:

Para la Corte es evidente que ese tratamiento distinto ante situaciones iguales, a la luz de los cánones constitucionales, tiene una justificación clara y razonable, cual es la de dar especial protección a aquellos pensionados que por devengar una pensión mínima se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás. En consecuencia, ha decidido el legislador que el valor de la pensión para esas personas se reajuste en un porcentaje igual al del salario mínimo legal mensual, con el fin de que dicho ingreso conserve su poder adquisitivo y así pueda el beneficiario satisfacer sus necesidades básicas y llevar una vida digna.

(...)

Las instituciones del salario mínimo y de la pensión mínima, se enmarcan dentro de aquellas políticas destinadas a lograr una justicia social, pues son medidas especiales de protección a quienes por su condición económica se encuentran en situación de debilidad manifiesta. Busca así el legislador menguar la desigualdad y de esta manera cumplir con el propósito señalado por el constituyente en el artículo 13 de la Carta, que ordena al Estado promover las condiciones requeridas para que la igualdad sea real y efectiva, mediante la adopción de medidas en favor de grupos discriminados o marginados, como también proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica o física se encuentran en situación de debilidad manifiesta.

(...)

Ahora bien: que el índice de precios al consumidor aumenta en proporción superior al porcentaje en que se incrementa el salario mínimo, es un argumento que esgrime el demandante, pero que no se ajusta a la realidad, pues como se demostrará en seguida, estos valores no han sido constantes, y no podían serlo, por que (sic) su comportamiento depende de una serie de circunstancias económicas y políticas que resultan variables, y en

consecuencia, no es posible determinar con certeza el porcentaje en que cada uno de esos dos factores aumentará.

Veamos el comportamiento de la tasa de inflación y el porcentaje de incremento del salario mínimo, durante los últimos diez años:

<i>año</i>	<i>inflación</i>	<i>salario mínimo</i>
1983	16.64	22%
1984	18.28	22%
1985	22.45	20%
1986	20.95	24%
1987	24.02	22%
1988	28.12	25%
1989	26.12	27%
1990	32.36	26%
1991	26.82	26.07%
1992	25.13	26.04%
1993	22.6	21.09% "

Obsérvese que en los años 1983, 1984, 1986, 1989 y 1992 el salario mínimo se incrementó en cuantía superior al índice (sic) de inflación, y en los demás años, sucedió lo contrario, esto es, que la inflación fue mayor que el porcentaje en que subió el salario mínimo.

Así las cosas, no le asiste razón al demandante, pues no es posible afirmar con certeza cuál de los dos sistemas podría resultar más benéfico para el pensionado, ya que élllo (sic) dependerá del comportamiento que presente cada uno de esos factores a través del tiempo, de manera que habrá ocasiones en que el índice de precios al consumidor sea superior al porcentaje en que se incrementa el salario mínimo, y en otras, éste sea inferior a aquél, o pueden existir casos en que los dos sean iguales.

De otra parte, estima la Corte pertinente agregar que la Constitución al consagrar el derecho al reajuste periódico de las pensiones (art. 53 inc. 2o.), no señala la proporción en que éstas deben incrementarse, como tampoco la oportunidad o frecuencia en que debe llevarse a cabo, quedando en manos

del legislador la regulación de estos aspectos, como en efecto lo hace la norma parcialmente impugnada.

En este sentido, el Máximo Tribunal Constitucional alude a la determinación de incrementar las pensiones en el salario mínimo sólo para los pensionados que devengan la pensión mínima, en aras de salvaguardar los derechos constitucionales de los pensionados que se encuentran en debilidad manifiesta frente a los demás ciudadanos; y que el aumento en el IPC para los demás pensionados, se ajusta a factores y circunstancias económicas y políticas.

Bajo el tema en cuestión referente al reajuste de las mesadas en aplicación de la Ley 100 de 1993, la Sección Segunda el Consejo de Estado, en providencia del 17 de agosto del 2017⁶, al pronunciarse dentro de la acción pública de nulidad contra el artículo 40 del Decreto 692 de 1994, expuso que el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 derogó el dispuesto por la Ley 71 de 1988, y que esto es aplicable a las pensiones causadas con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993:

Ahora bien, en criterio de la parte demandante, la mesada de quienes se pensionaron con anterioridad al 1.º de abril de 1994 debe incrementarse en la forma prevista por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, esto es, en el mismo porcentaje en que se ajustaba el salario mínimo, afirmación frente a la cual debe indicarse que el hecho de que el porcentaje en el cual se reajusta la pensión no sea un derecho adquirido, implica que el sistema definido por la Ley 100 de 1993 podía regular válidamente la proporción del aumento de la prestación, derogando el enunciado normativo que venía rigiendo hasta ese momento, tal y como lo admitió la Corte Constitucional en la sentencia C-110 de 1996, al señalar:

«[...] A partir del 1.º de enero de 1989 y hasta la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, todas las pensiones que fueron reconocidas en el país, tanto en el sector público como en el privado, se reajustaron

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 17 de agosto de 2017. Radicación número: 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14).

anualmente conforme a la formula prevista en la Ley 71 de 1988, esto es, en el mismo porcentaje en que se incrementó por el Gobierno el salario mínimo legal mensual. Con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigencia, las pensiones reconocidas antes y después de dicha ley, se vienen reajustando en la forma prevista por su artículo 14 y teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 142 y 143 ibídem, lo que significa que el referido reajuste se produce anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior, más la mesada adicional y el reajuste equivalente a la elevación en la cotización para salud, a favor de los pensionados con anterioridad al 1° de enero de 1994.[...]»

En esas condiciones, no le asiste razón a la parte demandante cuando estima que al hacer extensivo el porcentaje de reajuste de la mesada pensional que se decreta para quienes se pensionan con posterioridad al 1.º de abril de 1994 a aquellos que ya tenían la prestación reconocida para ese momento, la norma demandada hace una inclusión no prevista en la ley que reglamenta y desconoce los derechos adquiridos de estos últimos, pues se reitera, la protección de los derechos adquiridos en materia pensional no comprende la proporción del incremento de la mesada.

Conclusión: *Conforme a las consideraciones expuestas, el porcentaje de reajuste de la mesada pensional no es un derecho adquirido, por lo tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha considerado que el legislador está habilitado para modificar las normas que consagran la proporción en que se realizarán los aumentos de las mesadas pensionales.*

De acuerdo con lo anterior, el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 sí es aplicable a quienes les fue reconocida la pensión antes del 1.º de abril de 1994 y no el definido por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, toda vez que esta última quedó derogada por aquella.

En consideración al postulado jurisprudencial precitado se extrae que si bien quienes se pensionaron con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, cuentan con un régimen anterior al del Sistema de Seguridad Social Integral, esto no quiere decir que el incremento de la mesada pensional

deba realizarse conforme lo contempla la Ley 71 de 1988, ajustado al salario mínimo, toda vez que con la entrada en vigencia del régimen general de pensiones, esta norma quedó derogada por aquella, que dispuso que los ajustes de las mesadas pensionales fueran incrementadas conforme a la variación del IPC.

Referente a los motivos que alega el libelista de aplicar el artículo 1 de la Ley 71 de 1989 al ajuste de la mesada pensional en armonía con el principio de favorabilidad, es pertinente traer a colación el pronunciamiento expuesto por la Máxima Corporación Constitucional en sentencia C-435 de 2017, proferida en el marco de la acción pública de constitucionalidad en la que se demandó la nulidad parcial del artículo 14 de la Ley 100 de 1993, y en la que precisó lo siguiente en relación con el reajuste de pensiones según la variación porcentual del IPC:

*Así, para decirlo de otra forma, pero con sus propias palabras, el actor entiende que el principio de favorabilidad también resulta aplicable a los pensionados “porque son trabajadores en receso [...] y, porque también, uno de los principios fundamentales del trabajo es la **garantía de la seguridad social**” y es precisamente a partir de esa consideración que concluye que “[e]n caso de duda en la medición del **poder adquisitivo constante de las pensiones**, porque no hay ley que establezca como se mide [...] debe aplicarse el método **más favorable al pensionado**”. Lo anterior, hasta el punto de que en su demanda no sólo solicita declarar inexecutable el apartado demandado, según el cual las pensiones “se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior”, sino que incluso le pide a la Corte señalar que lo más favorable para el pensionado es “la **medición del poder adquisitivo constante de las pensiones por el método de medición de la equivalencia de las pensiones en relación con el Salario Mínimo Legal Vigente**”⁷, como si este fuese expresamente el mandato constitucional.*

(...)

⁷ Cita de cita: Folio 19 (negrillas en el texto original).

Lo anterior pues, como también se ha explicado en la jurisprudencia constitucional, sin perjuicio de que toda pensión “tiene como objetivo primordial proteger a las personas de la tercera edad, quienes por sus condiciones físicas, ya sea por razón de la edad o por enfermedad, se encuentran imposibilitados para obtener otra clase de recursos para su propia subsistencia y la de su familia”, las personas cuya pensión no supera el valor del salario mínimo legal mensual vigente o que reciben una pensión mínima, como también se la ha denominado, “se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás”. De tal forma que ellas también requieren de un incremento periódico mínimo que, precisamente, garantice también los fines del salario mínimo, como son “satisfacer no sólo sus propias necesidades sino también las de su familia, en el orden material, social, cultural, educativo”⁸.

(...)

Siendo así, se tiene que en la norma demandada el legislador específicamente dispuso que el criterio o parámetro de actualización fuera el IPC en tanto que, como claramente explicó el DANE en su intervención, éste precisamente “es una estadística que mide la variación porcentual de los precios de un conjunto representativo de los bienes y servicios de consumo de los hogares del país”. Pero, simultáneamente, el legislador distinguió entre las pensiones superiores e inferiores al salario mínimo legal mensual vigente (SMLMV), estableciendo que únicamente éstas últimas se incrementarían en el mismo porcentaje que ese salario, “con el fin de que dicho ingreso conserve su poder adquisitivo y así pueda el beneficiario satisfacer sus necesidades básicas y llevar una vida digna”⁹.

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

⁸ Cita de cita: *Ibídem*.

⁹ Cita de cita: Sentencia C-387 de 1994 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).

propia subsistencia y la de su familia”, las personas cuya pensión no supera el valor del salario mínimo legal mensual vigente o que reciben una pensión mínima, como también se la ha denominado, “se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás”. De tal forma que ellas también requieren de un incremento periódico mínimo que, precisamente, garantice también los fines del salario mínimo, como son “satisfacer no sólo sus propias necesidades sino también las de su familia, en el orden material, social, cultural, educativo”¹⁰.

(...)

Por lo tanto, se concluye que además de que la propia Constitución faculta al legislador a decidir, con autonomía política, de qué manera reajustar periódicamente el valor pensiones, de tal forma que no hay lugar aquí para la aplicación del principio de favorabilidad en materia laboral del que trata el artículo 53 superior, en todo caso los índices o referencias de actualización a los que acudió el legislador para actualizar las pensiones de forma diferenciada según su valor (IPC y SMLMV) tienen un origen, una explicación y unos propósitos diferentes, al mismo tiempo que se relacionan entre ellos de una forma particular.

(...)

Al mismo tiempo que, se reitera, el constituyente impuso al legislador el deber general de actualizar el monto de las pensiones para que fuesen consistentes con el fenómeno de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, pero no impuso un modelo específico de actualización, motivo por el cual el Congreso cuenta con un amplio margen de configuración para fijar las fórmulas específicas a través de las cuales se materializa este deber genérico, sin que se encuentre obligado a acoger un esquema económico que, a juicio del accionante, resulte más favorable a los intereses de los pensionados entre todos los posibles.

¹⁰ Cita de cita: Ibídem.

De otra parte, la Ley 100 de 1993 en su artículo 279 contempló los regímenes exceptuados, entre otros el personal docente vinculado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio:

ARTÍCULO 279. EXCEPCIONES. *El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.*

Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida.

Este artículo fue adicionado por la Ley 238 de 1995¹¹, que dispuso la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 a los regímenes exceptuados previstos en dicha disposición, o sea, el incremento de las pensiones conforme al IPC:

ARTÍCULO 1o. *Adiciónese al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, con el siguiente párrafo:*

"Párrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados".

De esta manera, el incremento de las pensiones de los docentes pensionados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 no se rige por el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, toda vez que el factor de incremento anual de las pensiones no forma parte del régimen pensional por el cual se rigen los docentes, como son la edad, el monto, el ingreso base de liquidación y la tasa, y como lo señaló el

¹¹ "Por la cual se adiciona el artículo 279 de la Ley 100 de 1993".

Consejo de Estado¹². Además, el reajuste de la mesada pensional no es un derecho adquirido, por lo que el legislador está habilitado para modificar las normas que consagran la proporción del aumento anual. Es del caso agregar que la norma que pretende la parte demandante que se aplique al incremento de su mesada, el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, fue derogado por la Ley 100 de 1993.

Lógicamente, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario.

En consecuencia, conforme a los pronunciamientos jurisprudenciales citados, se tiene que la Constitución Política facultó al Legislador bajo su autonomía de fijar el reajuste periódico de las pensiones, teniendo en cuenta el IPC, parámetro que se adoptó obedeciendo a las satisfacciones de las necesidades del orden familiar, material, social, cultural y educativo, y con el fin de garantizar los fines del salario mínimo, en aras actualizar el monto de las pensiones y de contrarrestar el fenómeno de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

Sobre los descuentos por los aportes de salud en la pensión de jubilación de manera mensual y de las mesadas adicionales de junio y diciembre

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

¹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 17 de agosto de 2017. Radicación número: 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14).

cotización para salud a cargo de los pensionados, quienes podrían cancelarla mediante una cotización complementaria durante su período de vinculación laboral.

A su vez, el artículo 280 de la Ley 100 de 1993, dispuso sobre la obligatoriedad y sin excepciones de aportar para los fondos de solidaridad en los regímenes de salud y pensiones, a partir del 1 de abril de 1994 en las instituciones, regímenes y con respecto también a las personas que por cualquier circunstancia gocen de excepciones totales o parciales previstas en esta Ley.

Aplicación del régimen en salud para los afiliados al sector público y al fondo de prestaciones sociales del magisterio y al sistema general de seguridad social en salud

La Ley 4 de 1966, determinó para los afiliados a los Caja Nacional de Previsión Social, el deber de cotizar el porcentaje del 5%, a favor de la entidad de previsión, sobre la mesada pensional.

Lo anterior es reiterado por el Decretos 3135 de 1968¹³, en cuyo artículo 37, se dispone: "*Prestaciones para pensionados. A los pensionados por invalidez, jubilación y retiro por vejez se les prestará por la entidad que les pague la pensión, asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria. Para este efecto el pensionado cotizará mensualmente un cinco por ciento (5%) de su pensión*".

Posteriormente la Ley 91 de 1989¹⁴, por el cual se creó el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en su artículo 8 numeral 2, señaló como objetivos de dicho fondo, garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales, y fue constituido entre otros: "*...El 5% de cada mesada pensional 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:

¹³ "por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales"

¹⁴ https://www.mineducacion.gov.co/1621/articles-85852_archivo_pdf.pdf

“ARTÍCULO 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

(Ver art. 6 Ley 60 de 1993)

1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se registrarán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.”

Por su parte, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003¹⁵, estableció el régimen prestacional de los docentes nacionales y nacionalizados vinculados antes de la vigencia de esta ley, es el señalado en las normas establecidas con anterioridad a la misma y **los vinculados a partir de la entrada en vigencia** de la citada norma, afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres, norma declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-369-04.

Adicionalmente precisó en el inciso tercero y cuarto de dicha normativa, en cuanto a los servicios de salud para los afiliados a dicho Fondo, **prestados conforme lo estipula la Ley 91 de 1989 y el valor de las cotizaciones por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones**

15

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0812_2003.html#1

establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores.

Posteriormente, el primer párrafo transitorio del Acto Legislativo 01 de 2005, dispuso que: *“El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de ésta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003.”*

En cuanto al monto de la contribución de cotizaciones el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, establecía:

*“(…) La cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al sistema general de seguridad social en salud según las normas del presente régimen, será máximo **del 12% del salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo.** Dos terceras partes de la cotización estarán a cargo del empleador y una tercera parte a cargo del trabajador. Un punto de la cotización será trasladado al fondo de solidaridad y garantía para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado”. (Resalta la Sala)*

Dicha preceptiva fue modificada por el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007, que dispuso:

*“**Artículo 204. Monto y distribución de las cotizaciones.** La cotización al Régimen Contributivo de Salud será, a partir del primero (1º) de enero del año 2007, **del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado.** Las cotizaciones que hoy tienen para salud los regímenes especiales y de excepción se incrementarán en cero punto cinco por ciento (0,5%), a cargo del empleador, que será destinado a*

la subcuenta de solidaridad para completar el uno punto cinco a los que hace referencia el presente artículo. El cero punto cinco por ciento (0,5%) adicional reemplaza en parte el incremento del punto en pensiones aprobado en la Ley 797 de 2003, el cual sólo será incrementado por el Gobierno Nacional en cero punto cinco por ciento (0,5%).

Y finalmente, por virtud de la Ley 1250 de 2008¹², por medio del artículo 1 adicionó el 204 de la Ley 100 de 1993, en el sentido de que la cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional.

De las normas señaladas se evidencia que el objetivo del Legislador fue efectuar aportes para salud tanto en los regímenes especiales como del Sistema General de Seguridad Social, incluidos los pensionados, afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En lo atinente al porcentaje de la cotización para los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio se dispuso inicialmente con la Ley 91 de 1989, una cotización del 5% y posteriormente con la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, se habilitó un valor total de la cotización correspondiente a la suma de aportes que para salud y pensiones establezca las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

En consecuencia se deriva que las cotizaciones que se deducen de la mesada pensional de los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio equivalen al mismo porcentaje que se debe descontar al Régimen General de Seguridad Social.

Por su parte, la Máxima Corporación Constitucional en sentencia T-835 de 2014, sobre la obligatoriedad en la cotización a los pensionados al Sistema General de Salud, tanto para regímenes especiales, como la pensión gracia, y el ordinario dispuso:

*“Entonces, **incluso los regímenes de excepción** tienen el deber de cotizar al Sistema General de Seguridad Social, para la prestación de los servicios médico asistenciales, situación que no varió con la expedición de la Ley 100 de 1993. Esto encuentra respaldo en el principio de solidaridad que caracteriza este*

sistema. Así en las sentencia C-1000 de 2007, la Corte reiteró la posición de la obligación de cotizar al Sistema, señalada en la C-548 de 1998 y sobre los aportes que deben efectuar los pensionados señaló:

“(...) frente al deber que tienen los pensionados de cotizar en materia de salud, la Corte ha estimado que (i) es un desarrollo natural de los preceptos constitucionales que la ley ordene brindar asistencia médica a los pensionados y que prevea que éstos paguen una cotización para tal efecto, ya que la seguridad social no es gratuita sino que se financia, en parte, con los mismos aportes de los beneficiarios, de conformidad con los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad; y (ii) no viola la constitución que el legislador establezca que los pensionados deben cotizar en 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”

Respecto del monto de las cotizaciones que deben realizar los docentes pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por concepto de salud, respecto del porcentaje del Régimen General de Pensiones, la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado, en sentencia del 10 de mayo de 2018¹⁶, precisó:

*“ 3. Por otro lado, la Ley 91 de 1989, fijó como otro de los objetivos del **Fondo Nacional de prestaciones sociales del Magisterio**: Garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales, para contratará con entidades de acuerdo con instrucciones que imparta el Consejo Directivo del Fondo. Entonces, a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales el Magisterio tiene a cargo las prestaciones sociales de los afiliados al Magisterio, entre estas, (i) la pensión ordinaria y (ii) garantizar la prestación la prestación de los servicios*

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION SEGUNDA -SUBSECCIÓN B- Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS- Bogotá, D.C., diez (10) de mayo de dos mil dieciocho (2018) -Radicación número: 68001-23-31-000-2010-00624-01 (0340-14)

médico asistenciales. Lo que indica que los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterios, por disposición de la ley, tienen un régimen especial de seguridad social en salud.

(...)

Del análisis de la normatividad referida [artículos 2 de la Ley 4 de 1966 y 8.5 de la Ley 91 de 1989 que tratan del descuento del 5% para el Fondo incluidas las mesadas adicionales], se evidencia que el legislador, se sentó para todos los afiliados a la Caja Nacional forzosos y voluntarios e incluidos los pensionados la obligación de cotizar para salud, deber que también opera para los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales. Actualmente, con el sistema de seguridad social integral previsto en la Ley 100 de 1993, del cual hace parte el subsistema de seguridad social en salud, una de las obligaciones de los afiliados es justamente efectuar las cotizaciones. (Artículo 161 Ley 100 de 1993). Lo propio hizo el artículo 8º de la Ley 91 de 1989, respecto del personal afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que incluye también a los pensionados. (Pensión ordinaria)

(...)

6.2. Afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterios

Ley 91 de 1989 artículo 8-5	5%
Ley 812 de 2003, 17, artículo 81	El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-529 de 23 de junio de 2010

	2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.

Así las cosas, la cotización para salud del sistema general de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, es el mismo porcentaje del régimen general.

(...)

La jurisprudencia de la Corte Constitucional, y **teniendo en cuenta que los docentes gozan de un sistema de salud, especial**, señaló:

“22. Ahora bien, bajo el entendido que **los docentes gozan de un sistema de salud diferente al señalado en la Ley 100 de 1993**, corresponde al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio prestarle los servicios de salud a que tienen derecho y a la Caja Nacional de Previsión Social hoy UGPP, **efectuar los aportes correspondientes al Sistema General de Seguridad Social en Salud** al Fondo de Seguridad y Garantía - FOSYGA como lo determina el artículo 14 del Decreto 1703 de 2002, “Por el cual se adoptan medidas para promover y controlar la afiliación y el pago de aportes en el Sistema General de Seguridad Social en Salud”, según el cual:

“Artículo 14. Régimen de excepción. Para efecto de evitar el pago doble de cobertura y la desviación de recursos, las personas que se encuentren excepcionadas por ley para pertenecer al Sistema General de Seguridad Social en Salud, de conformidad con lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, no podrán utilizar simultáneamente los servicios del Régimen de Excepción y del Sistema General de Seguridad Social

en Salud como cotizantes o beneficiarios.

Cuando la persona afiliada como cotizante a un régimen de excepción tenga una relación laboral o ingresos adicionales sobre los cuales esté obligado a cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud, su empleador o administrador de pensiones deberá efectuar la respectiva cotización al Fosyga en los formularios que para tal efecto defina el Ministerio de Salud.

Los servicios asistenciales serán prestados, exclusivamente a través del régimen de excepción; las prestaciones económicas a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, serán cubiertas por el Fosyga en proporción al Ingreso Base de cotización sobre el cual se realizaron los respectivos aportes. Para tal efecto el empleador hará los trámites respectivos...”.

De conformidad con el anterior artículo es completamente válido -y legal que quien se encuentra percibiendo una pensión de vejez, y a su vez recibe pensión gracia, cotice sobre las dos pensiones en materia de salud. Una cotización será girada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y la otra al FOSYGA, recursos con los cuales se financia el Sistema de Seguridad Social en Salud.

23. Como se puede observar ni el artículo 52 del Decreto 806 de 1998, ni en el artículo 14 de Decreto 1703 de 2002, excluyeron de la obligación de cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud a los beneficiarios de la pensión gracia, por lo tanto, los mismos se encuentran obligados a efectuar aportes con destino al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en los términos señalados en la ley y en las normas reglamentarias aplicables.

24. Sobre el monto del aporte a salud con anterioridad a la Ley 100 de 1993, los pensionados del sector oficial, incluyendo los beneficiarios de la pensión gracia, cotizaban sobre el 5% de su mesada pensional, con fin que se les prestaran los servicios médico asistenciales; porcentaje diferenciado respecto al establecido para los pensionados del sector privado afiliados al Instituto de Seguros Sociales.

Con la expedición de la Ley 100 de 1993, artículo 143, se estableció de

manera general que la tasa de cotización para financiar el Sistema General de Seguridad Social en Salud sería hasta del 12 %, motivo por el cual, con el fin de no afectar los ingresos efectivos de los pensionados, y mantener el poder adquisitivo de sus mesadas, se consagró un incremento en el monto de las pensiones equivalente a la diferencia entre el valor de la cotización establecida en la Ley 100 de 1993 (12%), y el valor del aporte que se le venía efectuando al beneficiario de la pensión gracia (5%).

De esta manera, por virtud de la misma disposición, a los beneficiarios de la denominada pensión gracia también se les incrementó correlativamente el valor de su mesada en el monto del incremento de su aporte a salud, con el fin de no afectar los ingresos reales que venían percibiendo.

*25. En conclusión, no existe disposición que excluya a los regímenes de excepción del deber de cotizar al Sistema General de Seguridad Social, por el contrario se encuentra demostrado, que a través del tiempo los beneficiarios de la pensión gracia han estado obligados a efectuar los aportes correspondientes al sistema de salud para la prestación de los servicios médico asistenciales, situación que no varió con la expedición de la Ley 100 de 1993. **El pago de las cotizaciones en salud es obligatorio**, independientemente de que se preste o no el servicio de salud, en acatamiento del principio de solidaridad que rige el sistema de Seguridad Social en Colombia, conforme lo establece el artículo 48 de la Constitución, definido en el literal c) del artículo 2 de la Ley 100 de 1993,*

...

*26. De lo expuesto se puede concluir que **todo pensionado debe contribuir a la sostenibilidad** y eficiencia del sistema General de Salud, no sólo para recibir los distintos beneficios, **sino para financiar el sistema en su conjunto, colaborando con sus aportes** a la prestación de la asistencia médica de todas las personas que pertenecen al régimen subsidiado, en desarrollo del principio de solidaridad consagrado en la Constitución. ..."-sft-*

De las normas anotadas y los postulados jurisprudenciales esgrimidos, se colige que los pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al ser beneficiarios del régimen especial en pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, no los exonera de realizar los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, por disposición expresa de la Ley 812 de 2003.

Descuento de salud sobre las mesadas adicionales

El Sistema General de Seguridad Social en Salud no establece descuento alguno sobre las mesadas adicionales, sin embargo, la Ley 91 de 1989 que parte del régimen especial de los docentes afiliados al FNPSM, sí lo permite de manera expresa en el numeral 5º del artículo 8º; luego entonces, aun cuando la Ley 812 de 2003 extendió el régimen de cotización en materia de salud a los pensionados afiliados al FNPSM, ello, sólo conllevó a que se incrementara el porcentaje de cotización de los docentes, del 5% al 12%, más no tiene virtualidad de derogar expresa ni tácitamente lo previsto en el régimen especial en punto de la posibilidad de hacer los descuentos de salud sobre las mesadas adicionales.

De igual manera, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en providencia de tutela del 14 de septiembre de 2017¹⁸, denegó la solicitud sobre la devolución de aportes de salud sobre las mesadas adicionales de los pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, basado en los siguientes argumentos:

“(...) A partir de lo anterior, esta Sala advierte, en síntesis, que el tribunal, señaló que aunque la Ley 812 de 2003 gobierna el monto de las cotizaciones a salud de los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es necesario remitirse a la Ley 91 de 1989, en lo que toca con la posibilidad de efectuar dichos descuentos sobre las mesadas adicionales.

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION SEGUNDA - SUBSECCIÓN A- Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ- Bogotá, D.C., catorce (14) de septiembre de dos mil diecisiete (2017) -Radicación número: 11001-03-15-000-2017-01998-00(AC). <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2108186>

En ese sentido, consideró viable el descuento por salud sobre la mesada catorce percibida por la accionante, por cuanto, aunque las Leyes 42 de 1982 y 43 de 1984, prohibían descuento alguno sobre las mesadas adicionales, en su criterio, estas normas fueron derogadas tácitamente por la Ley 91 de 1989, por haber sido expedida de forma posterior, la cual, contempló dichos descuentos sobre las mesadas adicionales, inclusive.

En esta perspectiva, advierte la Sala que el análisis normativo efectuado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca es razonable, toda vez que se sustentó en la vigencia de las normas relevantes al asunto puesto en consideración, por lo que no es posible colegir que la providencia judicial cuestionada constituya un error sustantivo.

En suma, concluye esta Sala de decisión que en la providencia cuestionada no se evidencia ninguna causal de procedencia de la acción de tutela, pues como se demostró, no fue producto de un actuar caprichoso del Colegiado demandado, sino de la conjunción en la apreciación de las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica y la interpretación legal de las normas aplicables al caso concreto.”

En ese orden de ideas, considera la Sala que los descuentos por concepto de salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre fueron previstas en la Ley 91 de 1989, para los afiliados del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y, a pesar de no mencionarse taxativamente en la Ley 812 de 2003, no significa que hubiese cesado la obligación de cotizar sobre dichas mesadas, pues en atención al principio de solidaridad que erige el Sistema de Seguridad Social, y en aras de preservar la contribución al sistema para lograr la sostenibilidad, eficacia y financiación del mismo, es procedente realizar los descuentos sobre la mesadas adicionales recibidas por los pensionados afiliados a dicho Fondo.

Considera la Sala, que no le asiste razón al impugnante al indicar que la parte actora, por ingresar con anterioridad al 27 de junio de 2003; y en aplicación a la Ley 91 de 1989 se debe descontar por concepto de cotización a salud el 5% sobre las mesadas pensionales, incluidas las mesadas adicionales.

Por lo anterior, se denegarán las pretensiones de la demanda y se confirmará la sentencia de primera instancia.

Conclusión

Considera la Sala que no se encuentra demostrada la vulneración de los derechos invocados por la parte actora, dado que, conforme a los presupuestos normativos y jurisprudenciales antes citados, se observa que no le asiste razón a la parte accionante al indicar que el reajuste de las mesadas pensionales se debe realizar conforme al artículo 1 de la Ley 71 de 1989, esto es, conforme al salario mínimo, norma derogada por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

Así mismo se tiene que los descuentos por concepto de salud aplicados a los pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio sobre la mesada ordinaria y adicionales de los meses de junio y diciembre deben hacerse aplicando los porcentajes previstos por las normas anteriormente señaladas.

Por lo anterior, se denegarán las pretensiones de la demanda y se confirmará la sentencia de primera instancia.

Costas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, en concordancia con los numerales 3 y 8 del artículo 365 del Código General del Proceso – CGP, este Tribunal se abstendrá de condenar en costas por estimar que no se causaron en el curso de esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

Primero. CONFÍRMASE la sentencia del doce (12) de diciembre de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor María Irene Torres Murillo contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Segundo. ABSTIÉNESE de condenar en costas en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

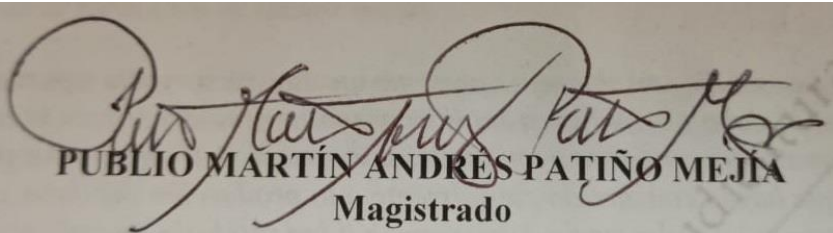
Tercero. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

Cuarto. Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático “*Justicia Siglo XXI*”.

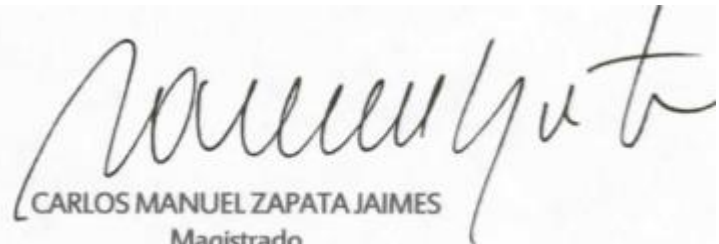
Notifíquese y cúmplase



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

No. 16
FECHA: 2 de febrero de 2021

A handwritten signature in green ink, consisting of several vertical strokes followed by a horizontal line and a long, sweeping tail.

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA PRIMERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, veintiocho (28) de enero de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO No.	17-001-33-39-007-2018-00134-02
CLASE	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	CECILIA PINEDA ISAZA
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 a pretensiones, proferido por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, el 12 de diciembre de 2019, dentro del proceso de la referencia.

PRETENSIONES

Solicitó declarar la nulidad parcial de la Resolución nº 0201-6 del 14 de enero de 2014, en cuanto negó el reconocimiento y pago del reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme lo establecido en la Ley 71 de 1988.

Que, como consecuencia de la declaración de nulidad, se declare que se tiene derecho al reajuste conforme lo establece la Ley 71 de 1988.

A título de restablecimiento solicita se ordene el reconocimiento y pago de la diferencia entre lo pagado y lo que se le ha debido cancelar, a partir del año 2013.

Se ordene el cumplimiento del fallo en los términos del artículo 192 y siguientes del CPACA.

HECHOS

La señora Cecilia Pineda Isaza al cumplir con los requisitos de ley le fue reconocida una pensión mediante la Resolución nº 0201-6 del 14 de enero, por valor de 2.196.360.oo. , con los reajustes

previstos en la Ley 71 de 1988 y 238 de 1995, disposiciones aplicables a la Ley 6 de 1945; 33 de 1985; 91 de 1989; 238 de 1995; 812 de 2003; y Decreto 3752 de 2003.

Esbozó que el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, es la entidad encargada de pagar la mesada pensional de la parte actora, y de realizar los ajustes anuales de incremento salarial desde el año 2013, fecha en que adquirió el estatus pensional, tomando el incremento para su ajuste conforme lo establece el artículo 14 de la Ley 100 de 1993; esto es, el incremento del índice de precios al consumidor (IPC), del año inmediatamente anterior, sin tener en cuenta que dicho reajuste debe realizarse teniendo en cuenta el porcentaje establecido con base en el salario mínimo mensual legal vigente, conforme lo prevé la Ley 71 de 1988, por remisión expresa del artículo 279 de la Ley 100 de 1993.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Consideró como violados los artículos 53 de la Constitución Política; 5, 9 y 15 de la Ley 91 de 1989; 1; de la Ley 71 de 1988; 238 de 1995; 14, 279 de la Ley 100 de 1993; Decreto 2831 de 2005.

Expresó que se vulneró el artículo 53 de la Constitución Política, al no haber tomado el porcentaje del incremento del salario mínimo vigente para los años 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014, 2015, 2016, 2017, y 2018; además que a través del acto demandado se resolvió negativamente la petición del reajuste mensual de las mesadas pensionales.

Analizó el régimen jurídico que reguló los ajustes en las mesadas pensionales, teniendo en cuenta el incremento del salario mínimo legal mensual vigente, establecido en la Ley 71 de 1989 y posteriormente en las Leyes 91 de 1989 y 100 de 1993; teniendo en cuenta las excepciones previstas en el artículo 279 de ésta última disposición.

Expuso que la Nación Ministerio de Educación Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, reajustó las pensiones de jubilación a partir del año 1995, conforme al artículo 14 de la Ley 100 de 1993; y que para los años 1996, 1998, 2000 y siguientes hasta el año 2018 los reajustes anuales de las pensiones de jubilación se realizaron por debajo del aumento del salario mínimo legal mensual vigente, teniendo en cuenta la excepción prevista en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, que excluye su aplicación a los afiliados de dicho fondo.

Aludió a los presupuestos normativos contenidos en el artículo 58 de la Constitución Política y pronunciamientos jurisprudenciales del Honorable Consejo de Estado y la Corte Constitucional, respecto al alcance de los derechos adquiridos y los supuestos sustanciales que la caracteriza.

Indicó que se vulneró el principio de favorabilidad, al omitir el estudio de la normatividad prevista en las Leyes 71 de 1989 y 238 de 1995, al no ajustar las mesadas pensionales al ajuste del salario mínimo legal.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Nación - Ministerio de Educación - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio: al contestar la demanda manifiesta que se opone a todas y cada una de las pretensiones de la parte actora.

Como excepciones propone las que denomina:

OMISIÓN DE REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD: Esgrimió a la vulneración del derecho de defensa y al debido proceso previsto en el artículo 29 de la Constitución Política; al no aportarse a la demanda el requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 35 de la Ley 640 de 2001.

FALTA DE INTEGRACIÓN DEL CONTRADICTORIO – LITIS CONSORCIO NECESARIO: Consideró en virtud de las Leyes 715 de 2001, 91 de 1989, 60 de 1993, por el cual se atribuye a los entes territoriales la participación educativa, y las obligaciones prestacionales del personal docente, y conforme al trámite para su reconocimiento previsto en el Decreto 2831 de 2005, a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, vincular al Departamento de Caldas, y a la fiduciaria la Previsora S.A., en virtud del contrato de fiducia mercantil 83 de 1990, suscrito con el Ministerio de Educación Nacional, por el cual se transfiere al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio administrar los recursos destinados al pago de prestaciones sociales.

VINCULACIÓN DE LITISCONSORTE: Solicitó la vinculación de la **Fiduprevisora la Previsora S.A.**, en virtud del contrato mercantil 83 de 1990 suscrito con el Ministerio de Educación Nacional.

INEPTITUD SUSTANCIAL DE LA DEMANDA POR FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DE LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL: Describió en armonía a lo preceptuado en el artículo 52 de la Ley 962 de 2005, la Ley 715 de 2001, que definió las competencias de la entidad en materia de educación, cuya función es la de ser ente rector de las políticas educativas dada su función de trazar los lineamientos generales en la prestación del servicio de educación, por tanto no presta el servicio de educación, ni administra las plantas de personal, como tampoco es empleador de los docente del Magisterio.

INEXISTENCIA DEL DEMANDADO – FALTA DE RELACIÓN CON EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO, CONEXO O DERIVADO DEL ACTO ADMINISTRATIVO EXPEDIDO POR LA ENTIDAD TERRITORIAL CERTIFICADA. FALTA DE COMPETENCIA DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN PARA EXPEDIR EL ACTO ADMINISTRATIVO Y RECONOCER EL DERECHO RECLAMADO: Hizo alusión a los elementos esenciales del acto administrativo e indicó que no existe causalidad o vínculo entre la

Nación – Ministerio de Educación Nacional, y el derecho solicitado por el accionante, toda vez que el procedimiento de reconocimiento y pago de las prestaciones sociales se encuentra en cabeza de la entidad territorial certificada y de la sociedad fiduciaria administradora del fondo, siendo esta última y con fundamento en el contrato de fiducia mercantil 83 de 1990, quien administra y paga con recursos del fondo las obligaciones que en materia de prestaciones reclamen los docentes afiliados al FOMAG; indicó que el Ministerio de Educación nacional no interviene en el trámite de reconocimiento y pago de la prestación, no revisa ni analiza la viabilidad del pago de la misma, no tiene competencia para la expedición del acto administrativo de reconocimiento, no ordena el pago, ni destina los recursos para el pago de las prestaciones.

CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO: Con base en el artículo 164 del CPACA, argumentó que la demanda se presentó transcurridos los cuatros meses desde la expedición del acto administrativo que denegó el derecho, por lo que debe prosperar la presente excepción.

INEXISTENCIA DE LA CAUSA POR INEXISTENCIA JURÍDICA: Apuntó que el ajuste de la pensión de jubilación, es el establecido en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993; y no el previsto en la Ley 71 de 1988; además que la Ley 812 de 2003, integró a los docentes al régimen pensional de prima media, con lo cual se deriva la derogación tácita de la normatividad anterior.

PRESCRIPCIÓN: Solicitó se declare la prescripción de los derechos reclamados, prevista en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968.

COBRO DE LO NO DEBIDO: Indicó que la entidad no tiene competencia en el trámite para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes; además, que los recursos son manejados por la sociedad de economía mixta fiduciaria; y por tanto, cualquier gasto que afecte el presupuesto de la fiduciaria, deben contar con la respectiva apropiación presupuestal.

BUENA FE: Enfatizó que el pago no las prestaciones sociales de los docentes no depende del diligenciamiento de los actos administrativos por parte del ente territorial y del visto bueno de la entidad fiduciaria, sino de la disponibilidad presupuestal conforme lo prevé la Ley 38 de 1989.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 12 de diciembre de 2019, negó las pretensiones de la demanda.

La juez de instancia analizó el régimen jurídico del Sistema General de Seguridad Social, en cuanto al incremento anual de las pensiones, previsto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, que ordena

el reajuste anual, conforme a la variación de Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE, y a las excepciones contempladas en el artículo 279 de dicha disposición, y la Ley 238 de 1995.

Con apoyo en el pronunciamiento jurisprudencial proferido en las sentencias del 14 de junio y del 17 de agosto del 2017, por el Honorable Consejo de Estado, precisó que la norma contenida en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988 tuvo vigencia hasta que comenzó a regir el art. 14 de la Ley 100 de 1993, norma que por demás es aplicable a las pensiones; y, y de la Honorable Corte Constitucional en sentencia C-387 del 2017, expuso que no le asiste razón a la parte actora en cuanto a la práctica de dicha disposición, en lo relacionado con el aumento anual de la pensión; además, que no se vulneró el principio de favorabilidad previsto en el artículo 53 de la Constitución Política; con la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte actora, precisó sobre la excepción del régimen general de pensiones y su aplicación en armonía desde el principio de favorabilidad pensional, contemplado para los docentes vinculados antes de la Ley 812 de 2003, bajo la previsión establecida en el Ley 71 de 1988.

Refirió a los alcances de la Ley 238 de 1995, en el sentido que no pretendió modificar el sistema actualizado pensional de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio; toda vez, que la disposición busca recuperar el poder adquisitivo de FGHI las pensiones y en el caso de los docentes se mantuviera, aplicando el régimen especial.

Aludió a los reajustes prestacionales aplicados a los miembros de la Fuerza Pública, afiliados a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional; y con apoyo en los pronunciamientos jurisprudenciales, de la Sección Segunda del Consejo de Estado, precisó, que éste sector, como los docentes del Magisterio, son exceptuados de la Ley 100 de 1993; pero en caso, de ser el régimen general más beneficioso se le puede aplicar la Ley 238 de 1995, bajo el principio de favorabilidad.

Afirmó que por disposición normativa los docentes afiliados hasta la expedición de la Ley 812 de 2003, se encontraban bajo la disposición contenida en la Ley 91 de 1989 y Ley 71 de 1988; para el reajuste de las pensiones; luego, con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003, se reajuste la prestación al Índice de Precios al Consumidor; en consecuencia, dado que el actor fue vinculado antes del 27 de junio de 2003, el régimen que se debe aplicar es el previsto en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988.

Insistió que conforme a lo previsto en los artículos 40 y 41 del Decreto 692 de 1994; y la sentencia C-432 de 2004, y sentencia de unificación 014-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019, si bien, existe dos regímenes pensionales, a los docentes vinculados con anterioridad al 27 de junio de 2003, se debe aplicar la Ley 71 de 1989, reajustando la pensión al salario mínimo legal mensual vigente.

Solicitó inaplicar con efectos inter partes los actos administrativos demandados conforme lo prevé el artículo 4 de la Constitución Política y 148 de CPACA, por vulnerar los artículos 48 y 53 de la Carta Política y 1 de la Ley 71 de 1988; y con base en el artículo 91 del CPACA, aludió a la eficacia del acto administrativo; y en consecuencia al reconocimiento de las pretensiones de la demanda.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante: se ratificó en los argumentos expuestos en la demanda.

Ministerio de Educación Nacional - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio: guardó silencio.

Ministerio Público: el Ministerio al pronunciarse manifiesta que el incremento anual que se debe aplicar a los pensionados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es el establecido en el artículo 14 de la Ley 100 de 1983, toda vez que el artículo 1 de la Ley 71 de 1988 no se encuentra vigente después de la entrada en vigencia del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.

Es por ello que solicita se confirme el fallo impugnado.

CONSIDERACIONES

La Sala no observa irregularidades procedimentales que conlleven a decretar la nulidad parcial o total de lo hasta aquí actuado, y procederá en consecuencia a fallar de fondo la litis.

Problema jurídico

¿Tiene derecho la parte demandante al reconocimiento y pago del reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme lo establece la Ley 71 de 1988, teniendo en cuenta la variación del salario mínimo legal mensual vigente?

Lo probado

Del material probatorio que reposa en el expediente, se destaca lo siguiente:

- Que mediante la Resolución nº 0201-6 del 14 de enero de 2014, reconoció la pensión de

jubilación por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio a favor de PINEDA ISAZA, en cuantía de \$2.196.360.00. (Fol. 19, C.1)

➤ Que mediante la Resolución nº 11237-6 del 31 de enero de 2018, se niega el reajuste periódico de la pensión de jubilación con base en el incremento del salario mínimo mensual legal vigente a PINEDA ISAZA (Fol. 17-18 C1).

➤ Certificación expedida por la Fiduprevisora de extractos de pagos de los años del 2013- 2017, en la que consta las mesadas percibidas y los descuentos por concepto de salud sobre las mesadas ordinarias y adicionales. (Fol. 21, C.1).

Fundamento jurídico

Régimen general de seguridad social

El artículo 48 de la Carta Política concibe la seguridad social como un servicio público obligatorio que debe prestarse bajo la dirección coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; asimismo se garantiza como un derecho irrenunciable, servicio prestado por entidades públicas y privadas, que brinda los recursos destinados al poder adquisitivo de las pensiones.

A su vez, el artículo 53 del mandato constitucional, establece que el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

El Sistema de Seguridad Social Integral, previsto en la Ley 100 de 1993¹, tuvo como objeto garantizar los derechos de las personas y comunidad, en aras de mejorar la calidad de vida, y la dignidad humana, a través de las instituciones públicas y privadas prestadora de los servicios, como un servicio esencial bajo los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación.

Por su parte, el artículo 11 ibídem, modificado por el artículo 1 de la Ley 797 de 2003; prevé su campo de aplicación, así:

*“El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente ley, **se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional**, conservando y respetando, adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para*

¹ http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html#1

acceder a una Pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de Prima Media y del sector privado en general.

Lo anterior será sin perjuicio del derecho de denuncia que le asiste a las partes y que el tribunal de arbitramento dirima las diferencias entre las partes”.

Ajuste de pensiones en el régimen de seguridad social para los afiliados al sector público y régimen general de pensiones

El artículo 1 de la Ley 4 de 1976², determinó que las pensiones de los sectores público, oficial, semioficial y privado, así como los afiliados al Instituto Seguro Social a excepción de las pensiones por incapacidad permanente parcial, se reajustarían de oficio, cada año, teniendo en cuenta la elevación del salario mínimo mensual legal más alto, con una suma fija igual a la mitad de la diferencia entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, más una suma equivalente a la mitad del porcentaje que represente el incremento entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, esto último aplicado a la correspondiente pensión.

Luego, el artículo 1 de la Ley 71 de 1988³ precisó que las pensiones referidas en el artículo 1 de la Ley 4 de 1976, la de incapacidad permanente parcial y las compartidas, serían reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que sea incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.

La citada norma fue reglamentada por el Decreto 1160 de 1989, precisó respecto al ajuste de las pensiones en el artículo 1 lo siguiente:

“Reajuste pensional. Las pensiones de jubilación, invalidez, vejez, incapacidad permanente parcial, compartidas y de sobrevivientes, de los sectores público, privado y del Instituto de Seguros Sociales, se reajustarán de oficio y en forma simultánea con el salario mínimo legal, en el mismo porcentaje en que éste sea incrementado por el Gobierno Nacional”.

Del recuento normativo citado, se concluye que por mandato constitucional, es deber del Estado garantizar el reajuste periódico de las pensiones, que inicialmente desde la Ley 4 de 1976, se determinó un ajuste a los beneficiarios de los regímenes del sector público, oficial y privado, teniendo en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente más alto.

² Ley 4 de 1989, “Por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones.”
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=1165>

³ Ley 71 de 1988 por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=307>

Luego, el artículo 1 de la Ley 71 de 1988⁴ precisó que las pensiones referidas en el artículo 1 de la Ley 4 de 1976, la de incapacidad permanente parcial y las compartidas, serían reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que sea incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.

La citada norma fue reglamentada por el Decreto 1160 de 1989, precisó respecto al ajuste de las pensiones en el artículo 1 lo siguiente:

“Reajuste pensional. Las pensiones de jubilación, invalidez, vejez, incapacidad permanente parcial, compartidas y de sobrevivientes, de los sectores público, privado y del Instituto de Seguros Sociales, se reajustarán de oficio y en forma simultánea con el salario mínimo legal, en el mismo porcentaje en que éste sea incrementado por el Gobierno Nacional”.

Del recuento normativo citado, se concluye que por mandato constitucional, es deber del Estado garantizar el reajuste periódico de las pensiones, que inicialmente desde la Ley 4 de 1976, se determinó un ajuste a los beneficiarios de los regímenes del sector público, oficial y privado, teniendo en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente más alto.

Posteriormente, el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 dispuso un ajuste de las pensiones con base en la variación del Índice de Precios al Consumidor –IPC-, excepto aquellas pensiones iguales al salario mínimo que se incrementaban conforme al mismo:

“ARTÍCULO 14. REAJUSTE DE PENSIONES. Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario por el Gobierno.”-sft-

Dicha normativa fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-387 de 1994⁵, donde señaló que el incremento por el IPC o por el salario mínimo cumplen el objetivo del reajuste periódico de las pensiones, y es facultad del legislador determinar el mismo:

*“Para la Corte es evidente que ese tratamiento distinto ante situaciones iguales, a la luz de los cánones constitucionales, tiene una justificación clara y razonable, cual es la de dar especial protección a aquellos pensionados que por devengar una pensión mínima se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás. **En consecuencia, ha***

⁴ Ley 71 de 1988 por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones, <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=307>

⁵ Corte Constitucional sentencia C- 387 de 1994; MP. Dr. Carlos Gaviria Díaz, 1 de septiembre de 1994; REF.: expediente No. D-529. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/c-387-94.htm>

decidido el legislador que el valor de la pensión para esas personas se reajuste en un porcentaje igual al del salario mínimo legal mensual, con el fin de que dicho ingreso conserve su poder adquisitivo y así pueda el beneficiario satisfacer sus necesidades básicas y llevar una vida digna.

“...

“Las instituciones del salario mínimo y de la pensión mínima, se enmarcan dentro de aquellas políticas destinadas a lograr una justicia social, pues son medidas especiales de protección a quienes por su condición económica se encuentran en situación de debilidad manifiesta. Busca así el legislador menguar la desigualdad y de esta manera cumplir con el propósito señalado por el constituyente en el artículo 13 de la Carta, que ordena al Estado promover las condiciones requeridas para que la igualdad sea real y efectiva, mediante la adopción de medidas en favor de grupos discriminados o marginados, como también proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica o física se encuentran en situación de debilidad manifiesta.

“....

Ahora bien: que el índice de precios al consumidor aumenta en proporción superior al porcentaje en que se incrementa el salario mínimo, es un argumento que esgrime el demandante, pero que no se ajusta a la realidad, pues como se demostrará en seguida, estos valores no han sido constantes, y no podían serlo, por que 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 en 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; y que el aumento en el índice de precios al consumidor para los demás pensionados, se ajusta a factores circunstancias económicas y políticas.

Bajo el tema en cuestión referente al reajuste de las mesadas en aplicación de la Ley 100 de 1993, la Sección Segunda el Honorable Consejo de Estado⁶, en providencia del 17 de agosto del 2017, en pronunciamiento dentro de la acción pública de nulidad en contra del artículo 40 del Decreto 692 de 1994; expuso que el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 derogó el dispuesto por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, y que esto es aplicable a las pensiones causadas con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993:

“Ahora bien, en criterio de la parte demandante, la mesada de quienes se pensionaron con anterioridad al 1.º de abril de 1994 debe incrementarse en la forma prevista por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, esto es, en el mismo porcentaje en que se ajustaba el salario mínimo, afirmación frente a la cual debe indicarse que el hecho de que el porcentaje en el cual se reajusta la pensión no sea un derecho adquirido, implica que el sistema definido por la Ley 100 de 1993 podía regular válidamente la proporción del aumento de la prestación, derogando el enunciado normativo que venía rigiendo hasta ese momento, tal y como lo admitió la Corte Constitucional en la sentencia C-110 de 1996, al señalar:

«[...] A partir del 1.º de enero de 1989 y hasta la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, todas las pensiones que fueron reconocidas en el país, tanto en el sector público como en el privado, se reajustaron anualmente conforme a la formula prevista en la Ley 71 de 1988, esto es, en el mismo porcentaje en que se incrementó por el Gobierno el salario mínimo legal mensual. Con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigencia, las pensiones reconocidas antes y después de dicha ley, se vienen reajustando en la forma prevista por su artículo 14 y teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 142 y 143 ibídem, lo que significa que el referido reajuste se produce anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior, más la mesada adicional y el reajuste equivalente a la elevación en la cotización para salud, a favor de los pensionados con

⁶ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION SEGUNDA - SUBSECCIÓN A- Consejero ponente: WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ - Bogotá, D.C., diecisiete (17) de agosto de dos mil diecisiete (2017) -Radicación número: 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14). <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2102915>

anterioridad al 1° de enero de 1994.[...]

En esas condiciones, no le asiste razón a la parte demandante cuando estima que al hacer extensivo el porcentaje de reajuste de la mesada pensional que se decreta para quienes se pensionan con posterioridad al 1.º de abril de 1994 a aquellos que ya tenían la prestación reconocida para ese momento, la norma demandada hace una inclusión no prevista en la ley que reglamenta y desconoce los derechos adquiridos de estos últimos, pues se reitera, la protección de los derechos adquiridos en materia pensional no comprende la proporción del incremento de la mesada.

Conclusión: Conforme a las consideraciones expuestas, el porcentaje de reajuste de la mesada pensional no es un derecho adquirido, por lo tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha considerado que el legislador está habilitado para modificar las normas que consagran la proporción en que se realizarán los aumentos de las mesadas pensionales.

De acuerdo con lo anterior, el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 sí es aplicable a quienes les fue reconocida la pensión antes del 1.º de abril de 1994 y no el definido por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, toda vez que esta última quedó derogada por aquella”

En consideración al postulado jurisprudencial precitado se extrae, que si bien quienes se pensionaron con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, cuentan con un régimen anterior al del Sistema de Seguridad Social Integral, esto no quiere decir que el incremento de la mesada pensional deba realizarse conforme lo contempla la Ley 71 de 1988, ajustado al salario mínimo, toda vez que con la entrada en vigencia del régimen general de pensiones, esta norma quedó derogada por aquella, que dispuso que los ajustes de las mesadas pensionales fueran incrementadas conforme a la variación del índice de precios al consumidor.

Referente a los motivos que alega el libelista, de aplicar artículo 1 de la Ley 71 de 1989 al ajuste de la mesada pensional, en armonía con el principio de favorabilidad, es pertinente traer a colación el pronunciamiento expuesto por la Máxima Corporación Constitucional en sentencia C-435 de 2017, bajo la acción pública de constitucionalidad se demanda la nulidad parcial del artículo 14 de la Ley 100 de 1993, concerniente al reajuste de pensiones, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, así:

“Así, para decirlo de otra forma, pero con sus propias palabras, el actor entiende que el principio de favorabilidad también resulta aplicable a los pensionados “porque son trabajadores en receso [...] y, porque también, uno de los principios fundamentales del trabajo es la garantía de la seguridad social” y es precisamente a partir de esa consideración que concluye que “[e]n caso de duda en la medición del poder adquisitivo constante de las pensiones, porque no hay ley que establezca como se mide [...] debe aplicarse el método más favorable al pensionado”. Lo anterior, hasta el punto de que en su demanda no sólo solicita declarar inexecutable el apartado demandado, según el cual las pensiones “se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año

inmediatamente anterior”, sino que incluso le pide a la Corte señalar que lo más favorable para el pensionado es “la medición del poder adquisitivo constante de las pensiones por el método de medición de la equivalencia de las pensiones en relación con el Salario Mínimo Legal Vigente”[85], como si este fuese expresamente el mandato constitucional.

(...)

Lo anterior pues, como también se ha explicado en la jurisprudencia constitucional, sin perjuicio de que toda pensión “tiene como objetivo primordial proteger a las personas de la tercera edad, quienes por sus condiciones físicas, ya sea por razón de la edad o por enfermedad, se encuentran imposibilitados para obtener otra clase de recursos para su propia subsistencia y la de su familia”, las personas cuya pensión no supera el valor del salario mínimo legal mensual vigente o que reciben una pensión mínima, como también se la ha denominado, “se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás”. De tal forma que ellas también requieren de un incremento periódico mínimo que, precisamente, garantice también los fines del salario mínimo, como son “satisfacer no sólo sus propias necesidades sino también las de su familia, en el orden material, social, cultural, educativo”

(...)

Siendo así, se tiene que en la norma demandada el legislador específicamente dispuso que el criterio o parámetro de actualización fuera el IPC en tanto que, como claramente explicó el DANE en su intervención, éste precisamente “es una estadística que mide la variación porcentual de los precios de un conjunto representativo de los bienes y servicios de consumo de los hogares del país”. Pero, simultáneamente, el legislador distinguió entre las pensiones superiores e inferiores al salario mínimo legal mensual vigente (SMLMV), estableciendo que únicamente éstas últimas se incrementarían en el mismo porcentaje que ese salario, “con el fin de que dicho ingreso conserve su poder adquisitivo y así pueda el beneficiario satisfacer sus necesidades básicas y llevar una vida digna”[94].

Lo anterior pues, como también se ha explicado en la jurisprudencia constitucional, sin perjuicio de que toda pensión “tiene como objetivo primordial proteger a las personas de la tercera edad, quienes por sus condiciones físicas, ya sea por razón de la edad o por enfermedad, se encuentran imposibilitados para obtener otra clase de recursos para su propia subsistencia y la de su familia”, las personas cuya pensión no supera el valor del salario mínimo legal mensual vigente o que reciben una pensión mínima, como también se la ha denominado, “se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás”. De tal forma que ellas también requieren de un incremento periódico mínimo que, precisamente, garantice también los fines del salario mínimo, como son “satisfacer no sólo sus propias necesidades sino también las de su familia, en el orden material, social, cultural, educativo”[95].

Por lo tanto, se concluye que además de que la propia Constitución faculta al legislador a decidir, con autonomía política, de qué manera reajustar periódicamente el valor pensiones, de tal forma que no hay lugar aquí para la aplicación del principio de favorabilidad en materia laboral del que trata el artículo 53 superior, en todo caso los índices o referencias de actualización a los que acudió el legislador para actualizar las pensiones de forma diferenciada según su valor (IPC y SMLMV) tienen un origen, una explicación y unos propósitos diferentes, al mismo tiempo que se relacionan entre ellos de una forma particular.”.

(...)

*Al mismo tiempo que, se reitera, el constituyente impuso al legislador el deber general de actualizar el monto de las pensiones para que fuesen consistentes con el fenómeno de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, pero no impuso un modelo específico de actualización, motivo por el cual el Congreso cuenta con un amplio **margen de configuración para fijar las fórmulas específicas a través de las cuales se materializa este deber genérico, sin que se encuentre obligado a acoger un esquema económico que, a juicio del accionante, resulte más favorable a los intereses de los pensionados entre todos los posibles.***"

De otra parte, la Ley 100 de 1993 en su artículo 279 contempló los regímenes exceptuados, entre otros el personal docente vinculado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio:

"ARTÍCULO 279. Excepciones. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto-Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.

Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida. (...)"

Este artículo fue adicionado por la Ley 238 de 1995⁷, que dispuso la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 a los regímenes exceptuados previstos en dicha disposición; o sea, el incremento de las pensiones conforme al IPC:

"ARTÍCULO 1o. Adiciónese al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, con el siguiente párrafo:

*"Parágrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los **beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados**".*

De esta manera, el incremento de las pensiones de los docentes pensionados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 no se rige por el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, toda vez que el factor de incremento anual de las pensiones no forma parte del Régimen Pensional por el cual se rigen los docentes, como son la edad, el monto, el ingreso base de liquidación y la tasa, y como lo señaló el

⁷ Ley 238 de 1995; http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0238_1995.html

Consejo de Estado⁸. Además, el reajuste de la mesada pensional no es un derecho adquirido, por lo que el legislador está habilitado para modificar las normas que consagran la proporción del aumento anual. Es del caso agregar que la norma que pretende la parte demandante que se aplique al incremento de su mesada, el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, fue derogado por la Ley 100 de 1993.

Lógicamente, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario.

En consecuencia, conforme a los pronunciamientos jurisprudenciales citados, se tiene que la Constitución Política facultó al Legislador bajo su autonomía de fijar el reajuste periódico de las pensiones, teniendo en cuenta el índice de precios al consumidor, parámetro que se adoptó obedeciendo a las satisfacciones de las necesidades del orden familiar, material, social, cultural y educativo, y con el fin de garantizar los fines del salario mínimo, en aras actualizar el monto de las pensiones y de contrarrestar el fenómeno de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

En ese orden de ideas, considera la Sala que no se encuentra demostrada la vulneración de los derechos invocados en la parte actora, dado que conforme a los presupuestos normativos y jurisprudenciales antes citados, se observa que no le asiste razón al accionante al indicar que el reajuste de las mesadas pensionales se deben realizar conforme al artículo 1 de la Ley 71 de 1989, esto es, conforme al salario mínimo, norma derogada por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

Por lo anterior, se denegarán las pretensiones de la demanda y se confirmará la sentencia de primera instancia.

COSTAS EN ESTA INSTANCIA.

No se condena en segunda instancia toda vez que la parte demandada no ejerció actividad alguna que justifique la condena.

Por lo discurrido, la Sala Primera de Decisión del Honorable Tribunal Administrativo de Caldas, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

⁸ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION SEGUNDA - SUBSECCIÓN A- Consejero ponente: WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ - Bogotá, D.C., diecisiete (17) de agosto de dos mil diecisiete (2017) -Radicación número: 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14). <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2102915>

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia dictada el 12 de diciembre de 2019 por Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por **CECILIA PINEDA ISAZA** en contra de la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

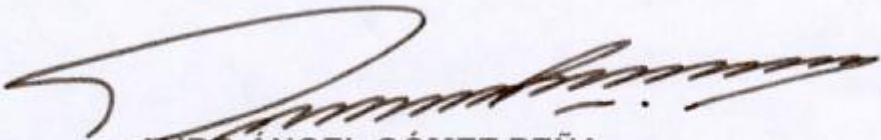
TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

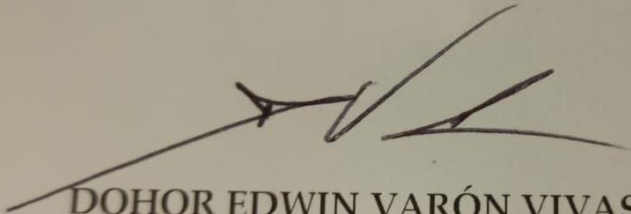
Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Virtual celebrada el 28 de enero de 2021, conforme Acta n°004 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
Magistrado



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 016 del 02 de febrero de 2021.

Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.

Manizales, _____



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA

Secretario

CONSTANCIA SECRETARIAL:

17001-23-33-000-2018-00113-00

***María Isabel Grisales Gómez Vrs DEAJ-Rama Judicial
Nulidad y restablecimiento del derecho***

Informando al señor Conjuez **Dr. José Norman Salazar González** que ya se cumplió el término de contestación de la demanda y el 1 de abril de 2020 se corrió el traslado de las excepciones, y ninguna de las partes realizó solicitud especial de pruebas, por tanto y a la luz del artículo 13 n° 1 del Decreto Legislativo 806 de 2020, es posible omitir la celebración de la audiencia inicial (art. 180 del CPACA), y pasar a la etapa de alegatos.

Manizales, veintiocho (28) de enero de dos mil veintiuno (2021)



HECTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala De Conjuces-

Manizales, primero (1) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Auto de sustanciación n° 003

17001-23-33-000-2018-00113-00

Revisado el proceso el Despacho pudo constatar que en efecto ninguna de las partes hizo solicitud especial de pruebas, en consecuencia y de conformidad con el artículo 182 de la Ley 1437 de 2011 en concordancia con el artículo 13 n° 1 del Decreto Legislativo 806 de 2020, se corre traslado común a las partes y al Ministerio Público, por el término de diez (10) días, para que presenten sus alegatos de conclusión.

Notifíquese y cúmplase

JOSE NORMAN SALAZAR GONZALEZ
Conjuez

REPUBLICA DE COLOMBIA TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la(s) parte(s) por anotación en el Estado Electrónico n°. <u>016</u> de <u>2 de febrero de 2020</u>. HECTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA Secretario

CONSTANCIA SECRETARIAL:

17001-23-33-000-2018-00258-00
Bertha Diva López García Vrs DEAJ-Rama Judicial
Nulidad y restablecimiento del derecho

Informando al señor Conjuez **Dr. José Norman Salazar González** que ya se cumplió el término de contestación de la demanda y el 1 de abril de 2020 se corrieron excepciones, además, de las partes en conflicto solo la demandante solicita una prueba, la cual está contenida en el expediente y visible a folios 52-68 del C.1; por tanto y a la luz del artículo 13 n° 1 del Decreto Legislativo 806 de 2020, es posible omitir la celebración de la audiencia inicial (art. 180 del CPACA), y pasar a la etapa de alegatos.

Manizales, veintiocho (28) de enero de dos mil veintiuno (2021)



HECTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala De Conjueces-

Manizales, primero (1) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

A.S. 002

17001-23-33-000-2018-00258-00

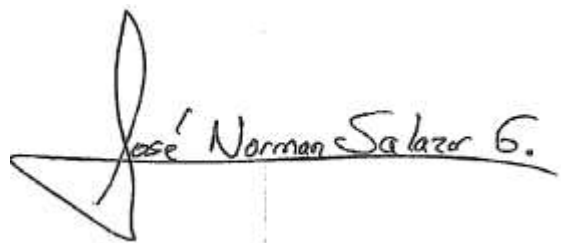
Procede el Despacho a estudiar la viabilidad de omitir la audiencia inicial y en su lugar parar a la etapa de alegaciones finales, o por el contrario, decretar la prueba solicitada por la parte demandante en el escrito de la demanda. Solicitó el demandante oficiar al ***“Director Seccional de Administración Judicial en la ciudad de Manizales para que certifique, debidamente discriminado, todo lo devengado por la Dra. BERTHA DIVA LOPEZ GARCÍA desde el 03 de marzo de 2014 hasta el día de expedición de la citada certificación, especificando claramente año por año, cada uno de los rubros recibidos”*** y agregó como fin de la prueba ***“...demostrar lo indicado en los hechos de la demanda y el concepto de violación”***.

Ahora bien, según la constancia Secretaría anterior, obra a folio 52 del C.1., constancia n° 0163 de 12 de febrero de 2018, en la que menciona todos los cargos ocupados por la Dra. López García hasta esa fecha y además, hace un recuento de todos los emolumentos cancelados a ella, mes a mes y año por año, desde febrero de 1993 y hasta diciembre de 2017. De allí que el Despacho considere que existe en el expediente la

información probatoria suficiente para establecer la veracidad de los hechos y la teoría presentada en el concepto de la violación y si el pues el motivo de la prueba ya fue satisfecho, resulta innecesaria pedir el tiempo restante.

En consecuencia y de conformidad con el artículo 182 de la Ley 1437 de 2011 en concordancia con el artículo 13 n° 1 del Decreto Legislativo 806 de 2020, se corre traslado común a las partes y al Ministerio Público, por el término de diez (10) días, para que presenten sus alegatos de conclusión.

Notifíquese y cúmplase



JOSE NORMAN SALAZAR GONZALEZ
Conjuez

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la(s) parte(s) por anotación en el Estado Electrónico nº. 016 de 2 de febrero de 2020.



HECTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA

Secretario

CONSTANCIA SECRETARIAL:

17001-23-33-000-2018-00263-00

***María Olga Vallejo Murillo Vrs DEAJ-Rama Judicial
Nulidad y restablecimiento del derecho***

Informando al señor Conjuez **Dr. José Norman Salazar González** que ya se cumplió el término de contestación de la demanda y el 1 de abril de 2020 se corrió el traslado de las excepciones, y ninguna de las partes realizó solicitud especial de pruebas, por tanto y a la luz del artículo 13 n° 1 del Decreto Legislativo 806 de 2020, es posible omitir la celebración de la audiencia inicial (art. 180 del CPACA), y pasar a la etapa de alegatos.

Manizales, veintiocho (28) de enero de dos mil veintiuno (2021)




HECTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala De Conjuces-

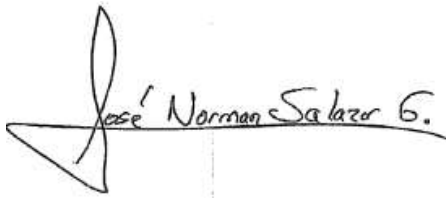
Manizales, primero (1) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Auto de sustanciación n° 004

17001-23-33-000-2018-00363-00

Revisado el proceso el Despacho pudo constatar que en efecto ninguna de las partes hizo solicitud especial de pruebas, en consecuencia y de conformidad con el artículo 182 de la Ley 1437 de 2011 en concordancia con el artículo 13 n° 1 del Decreto Legislativo 806 de 2020, se corre traslado común a las partes y al Ministerio Público, por el término de diez (10) días, para que presenten sus alegatos de conclusión.

Notifíquese y cúmplase



JOSE NORMAN SALAZAR GONZALEZ
Conjuez

REPUBLICA DE COLOMBIA  TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la(s) parte(s) por anotación en el Estado Electrónico n°. <u>016</u> de <u>2 de febrero de 2020</u>.  HECTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA Secretario



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS **-Sala Quinta de Decisión-**

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.I.: 10

Asunto:	Auto decide excepciones
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-23-33-000-2017-00522-00
Demandante:	William Morales Castaño
Demandado:	Nación -Ministerio de Educación Nacional y Departamento de Caldas

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta nº 003 del 29 de enero de 2021

Manizales, veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO

De conformidad con lo dispuesto por el inciso final del artículo 12 del Decreto Legislativo 806 de 2020, *“Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”*, en concordancia con los artículos 100, 101 y 102 del Código General del Proceso – CGP¹ por remisión expresa de la norma antes mencionada, procede esta Sala de Decisión a pronunciarse respecto de las excepciones propuestas dentro del proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

Demanda

El 26 de julio de 2017, a través de escrito que obra de folios 3 a 12 del expediente y actuando por intermedio de apoderado judicial, el señor William Morales Castaño, interpuso demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, con el fin de obtener la declaratoria de nulidad del acto administrativo UJSED – 918 del 20 de diciembre de 2016, con las cuales se negó el reconocimiento y pago del retroactivo de la homologación y nivelación salarial.

¹ En adelante, CGP.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, la parte actora solicitó que se ordene a la entidad demandada a reconocer y pagar la homologación y nivelación salarial a que tiene derecho por el periodo comprendido entre el 22 de agosto de 1997 hasta el 22 de julio de 2002.

Así mismo, solicitó que se condene a las entidades accionadas a que paguen a la parte demandante el retroactivo adeudado y la indexación e intereses de mora a que haya lugar.

El conocimiento del asunto correspondió por reparto al Despacho del Magistrado ponente de esta providencia, quien por autos del 1 de junio de 2018 y 19 de septiembre de la misma anualidad, realizó requerimientos previos a la parte demandante, al Municipio de Manizales y al Departamento de Caldas para obtener información necesaria para la admisión de la demanda (fls 80 y 102).

Por auto del 17 de octubre de 2018 se admitió la demanda (fl. 113, C.1).

La parte demandante radicó escrito de reforma de la demanda el 20 de marzo de 2019 y por auto del 22 de octubre de la misma anualidad se admitió el mencionado escrito y se ordenó integrar la demanda inicial y su reforma.

Proposición de excepciones

Surtido el trámite procesal correspondiente, la parte accionada contestó la demanda de manera oportuna, según se evidencia en la constancia secretarial obrante a folio 205 del cuaderno 1.

Con la contestación de la demanda, la Nación -Ministerio de Educación Nacional y el Departamento de Caldas formularon excepciones (fls. 144 a 162 C.1 y 170 a 175, ibidem); de las cuales se corrió el traslado correspondiente (fls. 203, C.1), y frente a las que la parte actora no se pronunció (fl.104, C.1).

El 13 de diciembre de 2019, el proceso ingresó a Despacho del Magistrado ponente para convocar a audiencia inicial (fl. 205, C.1A).

El Consejo Superior de la Judicatura a través de los Acuerdos PCSJA20-11517, PCSJA20-11518, PCSJA20-11519, PCSJA20-11521, PCSJA20-11526, PCSJA20-11527, PCSJA20-11528, PCSJA20- 11529, PCSJA20-11532, PCSJA20-11546, PCSJA20-11549 y PCSJA20-11556 suspendió los términos judiciales, y adoptó otras medidas por motivos de salubridad pública y fuerza mayor con ocasión

de la pandemia de la COVID-19, desde el 16 de marzo hasta el 30 de junio de 2020.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Pronunciamiento respecto de las excepciones

El artículo 12 del Decreto Legislativo 806 de 2020, a través del cual se adoptaron medidas para agilizar los procesos judiciales, previó lo siguiente en relación con la decisión de excepciones en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo:

Artículo 12. Resolución de excepciones en la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. De las excepciones presentadas se correrá traslado por el término de tres (3) días en la forma regulada en el artículo 110 del Código General del Proceso, o el que lo sustituya. En este término, la parte demandante podrá pronunciarse sobre ellas y, si fuere el caso, subsanar los defectos anotados en las excepciones previas.

Las excepciones previas se formularán y decidirán según lo regulado en los artículos 100, 101 Y 102 del Código General del Proceso. Cuando se requiera la práctica de pruebas a que se refiere el inciso segundo del artículo 101 del citado código, el juzgador las decretará en el auto que cita a la audiencia inicial, y en el curso de esta las practicará. Allí mismo, resolverá las excepciones previas que requirieron pruebas y estén pendientes de decisión.

Las excepciones de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva, se tramitarán y decidirán en los términos señalados anteriormente.

La providencia que resuelva las excepciones mencionadas deberá ser adoptada en primera instancia por el juez, subsección, sección o sala de conocimiento. Contra esta decisión procederá el recurso apelación, el cual será resuelto por la subsección, sección o sala del tribunal o Consejo de Estado. Cuando esta decisión se profiera en única instancia por los tribunales y Consejo de Estado se decidirá por el magistrado ponente y será suplicable.

Según se indicó en el acápite de antecedentes, en el presente asunto la parte demandada Nación -Ministerio de Educación Nacional formuló las siguientes excepciones a la demanda (fls. 144 a 162, C.1A):

“FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL”, con fundamento en que, de un lado, no fue la autoridad que expidió los actos administrativos demandados, y de otro, sólo ejerció una actividad de acompañamiento a las entidades

territoriales para adelantar el proceso de nivelación y homologación salarial, pues éste recaía en cada municipio, cuyos costos adicionales tuvieron que ser asumidos por la Nación.

“INEPTITUD DE LA DEMANDA”, toda vez que el Ministerio no tuvo la oportunidad de pronunciarse en relación con el tema de la demanda.

“CADUCIDAD”, al haberse vencido el término previsto por el artículo 164 del CPACA para iniciar la acción.

“PRESCRIPCIÓN”, de conformidad con lo previsto por el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral y 41 del Decreto 3135 de 1968 en concordancia con el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969.

“GENÉRICA”, en tanto se declare oficiosamente probada cualquier excepción, conforme lo autoriza el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil – CPC.

Departamento de Caldas (fls. 98 a 101, C.1)

Se opuso a las súplicas de la demanda, con fundamento en los medios exceptivos que denominó: ***“FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”***, con fundamento en que fue el Ministerio de Educación Nacional quien elevó solicitud de consulta en relación con la posibilidad de homologación y nivelación salarial de los empleados administrativos, indicó a las entidades territoriales cuál era el procedimiento a seguir en estos casos y giró los recursos para tales efectos; ***“CADUCIDAD DE LA ACCIÓN”***, con fundamento en que ha transcurrido un periodo superior a cuatro meses desde el reconocimiento y pago de la homologación o nivelación salarial; ***“BUENA FE”***, por cuanto la entidad siempre ha obrado correctamente en la expedición de los actos administrativos correspondientes a la homologación y nivelación salarial, aclarando que es competencia del Ministerio de Educación Nacional efectuar los respectivos pagos; ***“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY”***, como quiera que la parte demandante pretende la aplicación de dos sanciones simultáneas respecto de una misma obligación que no sólo fue debidamente indexada sino que además no se encuentra en cabeza del Departamento de Caldas sino del Ministerio de Educación Nacional; ***“INAPLICABILIDAD DE LOS INTERESES MORATORIOS”***, teniendo en cuenta que los dineros recibidos por la parte actora fueron debidamente indexados y provenían de recursos del Sistema General de Participaciones, producto de un proceso de homologación y nivelación salarial y no de pago de cesantías como se pretender hacer ver, y ***“PRESCRIPCIÓN”***, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 102 del

Decreto 1848 de 1969 y el Decreto 3115 de 1965.

Para resolver la excepción previa (INEPTA DEMANDA) y las excepciones mixtas (FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, CADUCIDAD y PRESCRIPCIÓN) propuestas por las entidades demandadas en este proceso, se tiene que el inciso segundo del artículo 12 del Decreto 806 de 2020, remitió a los artículos 100, 101 y 102 del Código General del Proceso.

Las disposiciones del estatuto procesal general mencionadas, además de enlistar las excepciones previas, establecieron su oportunidad y trámite, así como la inoponibilidad posterior de los mismos hechos.

Pronunciamiento frente a las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inepta demanda y prescripción

En lo que respecta a los medios exceptivos de *falta de legitimación en la causa por pasiva* propuestos tanto por la Nación – Ministerio de Educación Nacional como por el Departamento de Caldas, así como el de *inepta demanda* formulado por dicho Ministerio, considera la Sala que los argumentos que sustentan el primero de ellos corresponden a un debate relativo a la legitimación material en la causa, en tanto alegan la ausencia de participación o responsabilidad en la pretensión económica que se demanda; lo cual debe ser resuelto al decidir el fondo de la controversia y no en esta etapa procesal.

En cuanto a la excepción de inepta demanda, debe precisarse que se configura ante la ausencia de los requisitos formales para acceder a la administración de justicia, aspecto que no se discute en este caso al plantear dicha excepción, sino que la Nación se limita a controvertir la legitimación que le asiste para actuar en este proceso, situación ésta que ya fue dilucidada en el medio exceptivo precedente. A este respecto se insiste por el Tribunal en señalar que la determinación de la responsabilidad de cada una de las entidades demandadas es un asunto que se analizará al resolver el fondo de la controversia.

Respecto de la excepción de *prescripción*, se indica que el mencionado medio de defensa está relacionado directamente con la cuestión litigiosa, por lo que su análisis también habrá de realizarse con el fondo de la controversia.

Pronunciamiento frente a la excepción de caducidad de la acción propuesta tanto por el Ministerio de Educación Nacional como por el Departamento de Caldas.

En relación con la oportunidad para presentar la demanda, el CPACA previó

en el artículo 164, los siguientes términos so pena de que opere la caducidad:

ARTÍCULO 164. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA. *La demanda deberá ser presentada:*

(...)

2. *En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:*

(...)

d) Cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda deberá presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, salvo las excepciones establecidas en otras disposiciones legales;

En el caso concreto, analizados los oficios SED 978 del 22 de diciembre de 2008, UJSED -918 del 20 de diciembre de 2016 y la Resolución 8636-6 del 8 de noviembre de 2017 (fls. 13, 25 y 135, C.1), que son los actos administrativos demandados en este asunto, se advierte que la respuesta en ellas contenida corresponde a la petición en la que se pretendió ante la administración departamental el reconocimiento de los intereses moratorios que ahora son objeto de demanda.

Ante este panorama, el Tribunal concluye que la excepción de caducidad no tiene asidero, pues el acto que se demanda en el presente asunto es el que resolvió negar en sede administrativa lo que ahora se pretende vía judicial, y teniendo en cuenta que el oficio demandado fue notificado el 20 de diciembre de 2016, la demanda fue interpuesta en término, pues lo fue el 26 de julio de 2017².

En efecto, la conciliación prejudicial se radicó el 9 de marzo de 2017 y la constancia de no conciliación se expidió el 26 de abril de 2017 (fl.47, C.1), por lo que el término se suspendió entre dichas fechas y no operó el fenómeno de la caducidad.

En este orden de ideas se declara no probada la excepción de caducidad del medio de control.

Pronunciamiento frente a las demás excepciones

En lo que respecta a los demás medios exceptivos formulados, además de que

² Folio 1, C.1.

no aparecen enlistados en el numeral 6 del artículo 180 del CPACA ni en el artículo 100 del Código General del Proceso – CGP, guardan relación directa con la cuestión litigiosa, por lo que su análisis también habrá de realizarse con el fondo de la controversia.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión

RESUELVE

Primero. DIFERIR la decisión de la excepción de *falta de legitimación en la causa por pasiva* propuesta tanto por la Nación – Ministerio de Educación Nacional como por el Departamento de Caldas, y de la excepción de *prescripción* propuesta por ésta última entidad, para el momento de proferir sentencia en el presente asunto.

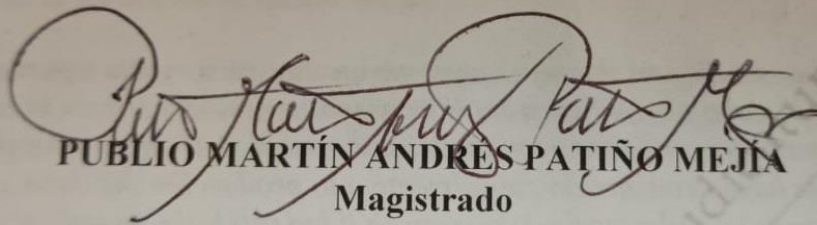
Segundo. NEGAR las excepciones de *inepta demanda* propuesta por la Nación – Ministerio de Educación Nacional y *caducidad* formulada por esa entidad del orden nacional y el Departamento de Caldas.

Tercero. Ejecutoriada esta providencia, pase el expediente a Despacho del Magistrado ponente de esta decisión para resolver respecto de las pruebas aportadas y pedidas por las partes.

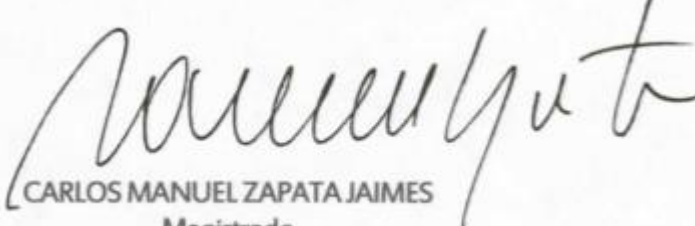
Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

No. 16
FECHA: 2 de febrero de 2021



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.I.11

Asunto:	Resuelve excepciones
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-23-33-000-2018-00203-00
Demandante:	Héctor Fabio Jaramillo Posada
Demandados:	Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n° 003 del 29 de enero de 2021

Manizales, veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO

Encontrándose a Despacho el proceso de la referencia pendiente de convocar a las partes a audiencia inicial, procede la Sala de Decisión a pronunciarse en relación con las excepciones propuestas en el presente proceso. Lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto Legislativo 806 de 2020.

ANTECEDENTES

El 19 de abril de 2018, fue interpuesto el medio de control de la referencia (fls. 2 a 27, C.1), con el fin de obtener la declaratoria de nulidad del oficio n° 2-2017-003282 del 27 de julio de 2017, con la cual, se negó el reconocimiento y pago de conceptos laborales causados en la relación laboral de derecho público que existió entre la parte actora y el Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA en los años 2007 a 2014 en virtud de contratos de prestación de servicios como instructor.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, la parte actora solicitó se ordene a las entidades demandadas reconocer y pagar diferentes acreencias laborales en igualdad de condiciones a las que perciben empleados de planta de la entidad, indemnización moratoria entre otras prestaciones.

El conocimiento del asunto correspondió por reparto inicialmente al Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, Despacho que declaró la falta de competencia por lo que el expediente fue remitido a este Tribunal el 13 de julio de 2018, quien inadmitió la demanda por auto del 22 de enero de 2019 (fls. 136, C.1).

Una vez corregida la demanda, el Despacho Ponente realizó la admisión por auto del 9 de septiembre de 2019 (fls.167 y 168, C.1).

Surtido el trámite procesal correspondiente, el SENA, contestó la demanda de manera oportuna, según se evidencia en la constancia secretarial obrante a folio 198 del cuaderno uno.

Con la contestación de la demanda, la entidad demandada presentó excepciones (fls. 173 a 187, C.1); de las que se corrió el traslado correspondiente (fls. 191, ibídem), y frente a las cuales la parte demandante se pronunció en escrito que obra a folio 193 ibidem.

El 18 de febrero de 2020, el proceso ingresó a Despacho para convocar a audiencia inicial (fl. 1198, C.1).

El Consejo Superior de la Judicatura a través de los Acuerdos PCSJA20-11517, PCSJA20-11518, PCSJA20-11519, PCSJA20-11521, PCSJA20-11526, PCSJA20-11527, PCSJA20-11528, PCSJA20- 11529, PCSJA20-11532, PCSJA20-11546, PCSJA20-11549 y PCSJA20-11556 suspendió los términos judiciales, y adoptó otras medidas por motivos de salubridad pública y fuerza mayor con ocasión de la pandemia de la COVID-19, desde el 16 de marzo hasta el 30 de junio de 2020.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

En esta providencia el Tribunal se referirá a las excepciones propuestas por la entidad demandada.

Sobre las excepciones propuestas.

El artículo 12 del Decreto Legislativo 806 de 2020, con el cual el Gobierno Nacional adoptó medidas para agilizar los procesos judiciales, previó lo siguiente en relación con la decisión de excepciones en los asuntos de conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo:

Artículo 12. Resolución de excepciones en la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. De las excepciones presentadas se correrá

traslado por el término de tres (3) días en la forma regulada en el artículo 110 del Código General del Proceso, o el que lo sustituya. En este término, la parte demandante podrá pronunciarse sobre ellas y, si fuere el caso, subsanar los defectos anotados en las excepciones previas.

Las excepciones previas se formularán y decidirán según lo regulado en los artículos 100, 101 Y 102 del Código General del Proceso. Cuando se requiera la práctica de pruebas a que se refiere el inciso segundo del artículo 101 del citado código, el juzgador las decretará en el auto que cita a la audiencia inicial, y en el curso de esta las practicará. Allí mismo, resolverá las excepciones previas que requirieron pruebas y estén pendientes de decisión.

Las excepciones de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva, se tramitarán y decidirán en los términos señalados anteriormente.

La providencia que resuelva las excepciones mencionadas deberá ser adoptada en primera instancia por el juez, subsección, sección o sala de conocimiento. Contra esta decisión procederá el recurso apelación, el cual será resuelto por la subsección, sección o sala del tribunal o Consejo de Estado. Cuando esta decisión se profiera en única instancia por los tribunales y Consejo de Estado se decidirá por el magistrado ponente y será suplicable.

Las excepciones propuestas por el Sena

Según se indicó en el acápite de antecedentes, en el presente asunto la parte demandada SENA formuló excepciones (fls. 173 a 187, C.1). Entre ellas propuso las excepciones de mérito que denominó: “INEXISTENCIA DE MANIFESTACIÓN POR EL ACCIONANTE DE DESEQUILIBRIO CONTRACTUAL”, “INEXISTENCIA LOS (sic) ELEMENTOS PROPIOS DEL CONTRATO REALIDAD, CONSECUENTEMENTE INEXISTENCIA O RELACIÓN LABORAL”, “INTERRUPCIÓN CONTRACTUAL”, “COBRO DE LO NO DEBIDO” Y “COMPENSACIÓN”.

Así mismo, el SENA formuló las siguientes excepciones mixtas:

“PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA TRIENAL Y BIENAL”, “PRESCRIPCIÓN A LA LUZ DE LA SENTENCIA CE-SUJ2-005 DEL 25/08/2016”, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 y el Decreto 3115 de 1965.

“CADUCIDAD DE LA ACCIÓN”, expresando que se alega por el tiempo transcurrido entre la notificación del auto que se demanda y la fecha de presentación de la demanda ante la oficina judicial.

Decisión de las excepciones mixtas propuestas por el SENA

Una vez enlistadas las excepciones, procede el Despacho a estudiar el fundamento y vocación de prosperidad de las mismas.

Sobre la caducidad

En relación con este medio de defensa, que en estricto sentido se trata de una excepción mixta respecto de la cual se encuentra consagrada la manera de definirla en el artículo 180 del CPACA y en el 12 del Decreto 806 de 2020, debe precisar la Sala que en el presente asunto no se configuró dicho fenómeno procesal, conforme se explica.

El numeral 2, literal d), del artículo 164 del CPACA, establece que cuando se pretenda la nulidad de un acto y el restablecimiento del derecho, *“(...) la demanda deberá presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, salvo las excepciones establecidas en otras disposiciones legales”*, so pena de que opere el fenómeno de la caducidad.

En el presente asunto se demandó la nulidad del oficio n°2-2017-003182 del 27 de julio de 2017, y el escrito de demanda se radicó en la Oficina Judicial de Manizales el 30 de agosto del mismo año (fl.1, C.1), correspondiendo el conocimiento del asunto inicialmente al Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales.

En ese orden de ideas, no prospera el medio exceptivo propuesto por el SENA al no haber transcurrido un término superior al previsto en la norma mencionada.

Sobre la Prescripción

Respecto de las excepciones de *“PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA TRIENAL Y BIENAL”*, *“PRESCRIPCIÓN A LA LUZ DE LA SENTENCIA CE-SUJ2-005 DEL 25/08/2016”*, se indica por la Sala que el mencionado medio de defensa está relacionado directamente con la cuestión litigiosa, por lo que su análisis habrá de realizarse con el fondo de la controversia.

Pronunciamiento frente a las demás excepciones

En lo que respecta a los demás medios exceptivos formulados, además de que no aparecen enlistados en el numeral 6 del artículo 180 del CPACA ni en el artículo 100 del Código General del Proceso¹, guardan relación directa con la cuestión litigiosa, por lo que su análisis habrá de realizarse al desatar el fondo de la controversia.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión,

RESUELVE

Primero. DIFIÉRESE para el momento de proferir sentencia en el presente asunto la decisión de las excepciones propuestas por el Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA y que denominó “PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA TRIENAL Y BIENAL”, “PRESCRIPCIÓN A LA LUZ DE LA SENTENCIA CE-SUJ2-005 DEL 25/08/2016”, “INEXISTENCIA DE MANIFESTACIÓN POR EL ACCIONANTE DE DESEQUILIBRIO CONTRACTUAL”, “INEXISTENCIA LOS (sic) ELEMENTOS PROPIOS DEL CONTRATO REALIDAD, CONSECUENTEMENTE INEXISTENCIA O RELACIÓN LABORAL”, “INTERRUPCIÓN CONTRACTUAL”, “COBRO DE LO NO DEBIDO” Y “COMPENSACIÓN”.

Segundo. NIÉGASE la excepción de “CADUCIDAD DE LA ACCIÓN” formulada por la misma entidad.

Tercero. Ejecutoriada esta providencia, REGRESE inmediatamente el expediente a este Despacho para fijar fecha para audiencia inicial.

Cuarto. ADVIÉRTESE a las partes que todo memorial debe ser allegado únicamente al correo dispuesto para tal fin, esto es, a la cuenta sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co. Cualquier documento enviado a otra dirección de correo, se tendrá por no presentado.

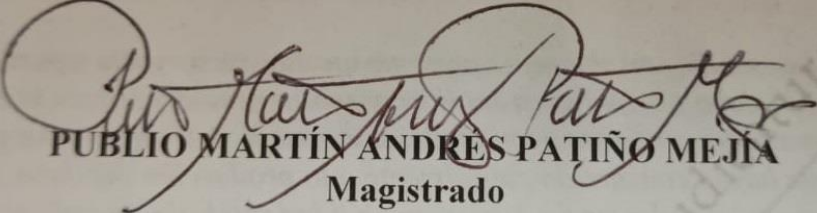
Quinto. RECONÓCESE personería jurídica al abogado ANDRÉS MAURICIO LÓPEZ RIVERA, identificado con cédula de ciudadanía n° 1.060.646.698 y tarjeta profesional n° 197.356 del C.S. de la J., para actuar en nombre y representación del Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA, en los términos y facultades señaladas en el poder conferido visible a folio 131 del cuaderno uno.

¹ En adelante, CGP.

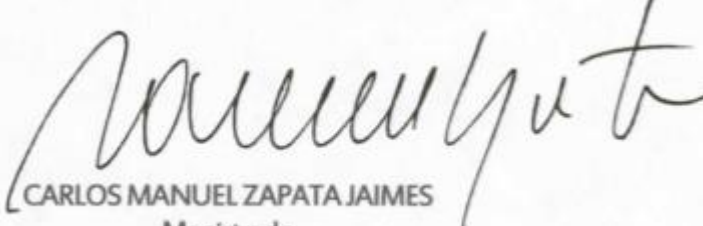
Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

No. 16
FECHA: 2 de febrero de 2021

A handwritten signature in green ink, consisting of several vertical strokes followed by a horizontal line and a small loop at the end.

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA UNITARIA DE DECISIÓN

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, primero (1) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

A.I. 013

RADICADO: 17-001-23-33-000-2019-00576-00
NATURALEZA: Electoral
DEMANDANTE: Jorge Hernán Restrepo Cardona
DEMANDADO: Mauricio Jaramillo Martínez

De conformidad con el pacto procesal celebrado en la audiencia inicial del 4 de marzo de 2020, se **CORRE TRASLADO** a las partes por el término de **DIEZ (10) DÍAS** para que presenten sus alegatos de conclusión, en la misma oportunidad señalada para alegar podrá el Ministerio Público presentar el concepto si a bien lo tiene.

Notificar



DOHOR EDWIN VARÓN VÍVAS
Magistrado