



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.I. 74

Asunto:	Resuelve impedimento Juez
Medio de Control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-33-003-2020-00143-02
Demandante:	Julián Augusto Jaramillo González
Demandado:	Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta nº 012 del 19 de marzo de 2021

Manizales, diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO

Procede esta Sala de Decisión a resolver sobre la declaración de impedimento formulado por el Dr. Juan Guillermo Ángel Trejos, en calidad de Juez Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, para conocer de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho de la referencia, en la cual aduce encontrarse incurso en la causal prevista en el numeral 1 del artículo 141 del Código General del Proceso¹, aplicable por remisión expresa del artículo 130 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo².

ANTECEDENTES

El señor Julián Augusto Jaramillo González, actuando debidamente representado, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda contra la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, con el fin de obtener la declaratoria de nulidad de los actos administrativos que negaron el reconocimiento y pago de la “Bonificación Judicial” como factor salarial y prestacional.

¹ En adelante CGP

² En adelante CPACA

Como consecuencia de lo anterior, se inaplique por ilegal e inconstitucional la expresión “*y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Seguridad Social en Salud*” contenida en el artículo 1º del Decreto 0383 de 2013.

Se solicitó que se le reconociera y pagara la bonificación judicial señalada en el Decreto 383 de 2013 y Decreto 1016 de 2013 como factor salarial y prestacional desde el momento de su creación, con incidencia en los emolumentos prestacionales que por imperio de la ley devenga.

El conocimiento del citado proceso correspondió, por reparto, al Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, del cual es titular el Dr. Juan Guillermo Ángel Trejos.

Por auto del 23 de noviembre de 2020, el citado funcionario se declaró impedido para conocer del asunto, manifestando que tiene interés directo en el resultado del proceso, al tener este servidor judicial los mismos intereses salariales perseguidos por la parte demandante dentro del presente caso.

Como consecuencia, el Juez de conocimiento remitió el expediente a este Tribunal para que se surta el trámite legal que corresponda, con fundamento en lo dispuesto por el numeral 2 del artículo 131 del CPACA.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

El artículo 131 del CPACA reguló lo relativo al trámite de los impedimentos, fijando entre otras, la siguiente regla:

“Artículo 131. Trámite de los impedimentos. Para el trámite de los impedimentos se observarán las siguientes reglas:

(...)

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

En razón a lo anterior, corresponde a este Tribunal resolver sobre la manifestación de impedimento presentado por el Juez Tercero Administrativo del Circuito de Manizales.

Al respecto, debe precisarse preliminarmente que los artículos 141 del CGP y 130 del CPACA establecen las causales de impedimento y recusación en

las que pueden incurrir los magistrados y jueces. Dichas causales han sido previstas de manera taxativa con la finalidad de preservar el principio de imparcialidad en los procesos judiciales, tal como lo ha indicado el Supremo Tribunal de lo Contencioso Administrativo³.

Así las cosas, tan pronto el funcionario judicial tenga conocimiento de que se halla inmerso en una de dichas causales debe expresar su impedimento para que, conforme a lo indicado anteriormente, su superior se pronuncie sobre el mismo, para salvaguardar la imparcialidad judicial como atributo que debe revestir a los juzgadores que tienen a su cargo el ejercicio de la función jurisdiccional, frente a lo cual el H. Consejo de Estado⁴ ha fraguado al respecto que:

“El impedimento y la recusación han sido concebidos como instrumentos idóneos establecidos por el legislador para hacer efectiva la condición de imparcialidad del juez o del funcionario judicial en la toma de decisiones. Uno y otra son figuras legales que permiten observar la transparencia dentro del proceso judicial y que autorizan a los funcionarios judiciales a alejarse del conocimiento del mismo. Las causales de impedimento son taxativas y de aplicación restrictiva, comportan una excepción al cumplimiento de la función jurisdiccional que le corresponde al Juez, y como tal, están debidamente delimitadas por el legislador y no pueden extenderse o ampliarse a criterio del juez o de las partes, por cuanto, la escogencia de quien decide no es discrecional. Para que se configuren debe existir un “interés particular, personal, cierto y actual, que tenga relación, al menos mediata, con el caso objeto de juzgamiento de manera que impida una decisión imparcial.”. Se trata de situaciones que afecten el criterio del fallador, que comprometan su independencia, serenidad de ánimo o transparencia en el proceso. La imparcialidad e independencia judicial, como objetivos superiores, están orientadas a garantizar que las actuaciones se ajusten a los principios de equidad, rectitud, honestidad y moralidad, sobre los cuales descansa el ejercicio de la función pública, artículo 209 de la Constitución Política”.

Como se puede apreciar, la causal invocada por la Juez Tercero Administrativo del Circuito de Manizales es la prevista en el numeral 1 del artículo 141 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 130 del CPACA, por cuyo ministerio se dispuso lo siguiente:

“Son causales de recusación las siguientes:

³ Auto de 11 de mayo de 2006; Consejero Ponente Alier Eduardo Hernández Enríquez; Exp. 47001-23-31-000-2005-00949-01(32362)

⁴ Auto de 21 de abril de dos mil nueve 2009; Consejero Ponente Víctor Hernando Alvarado; Exp. 11001-03-25-000-2005-00012-01(IMP)II; Consejo de Estado Sala Plena de lo Contencioso Administrativo

(...)

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”*

En relación con el alcance de la expresión “*interés directo*” contenida en el numeral 1 del artículo 141 del CGP, la H. Corte Constitucional en auto n° 334 del 2 de diciembre de 2009⁵ explicó que aquélla no sólo tiene una connotación patrimonial sino moral, y que además para que se configure, el interés debe ser actual y directo, en los siguientes términos:

“(…)

Es directo cuando el juzgador obtiene, para sí (sic) o para los suyos, una ventaja o provecho de tipo patrimonial o moral, y es actual, cuando el vicio que se endilga de la capacidad interna del juzgador, se encuentra latente o concomitante al momento de tomar la decisión. De suerte que, ni los hechos pasados, ni los hechos futuros tienen la entidad suficiente para deslegitimar la competencia subjetiva del juez.

En este orden de ideas, para que exista un interés directo en los magistrados de esta Corporación, es indispensable que frente a ellos sea predicable la existencia de alguna ventaja de tipo patrimonial a partir de las resultas del proceso. De igual manera, si lo que se pretende probar es la existencia de un interés moral, debe acreditarse con absoluta claridad la afectación de su fuero interno, o en otras palabras, de su capacidad subjetiva para deliberar y fallar”⁶. (Líneas son del texto).

Por su parte, la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia, en auto del 13 de diciembre de 2007⁷, sostuvo en relación con lo que debe entenderse por “*interés en el proceso*”, lo que se desprenderá a continuación:

“(…)

6. *Sobre la causal que está sometida a debate en el presente asunto la Sala ha expresado, en forma reiterada y pacífica*⁸, *lo siguiente:*

⁵ H. Corte Constitucional. Magistrada Ponente: Dra. María Victoria Calle Correa. Auto n° 334 del 2 de diciembre de 2009. Referencia: expedientes D-7882 y 7909 acum. Recusación formulada contra el Procurador General de la Nación.

⁶ Cita de cita: Cfr., Auto 080A de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, en el cual se resolvían recusaciones contra los magistrados de la Corte Constitucional.

⁷ H. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Magistrado Ponente: Dr. Yesid Ramírez Bastidas. Auto del 13 de diciembre de 2007.

⁸ Cita de cita: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de 13 de agosto de 2005, radicación 23903 y decisiones allí citadas.

“El “interés en el proceso”, debe entenderse como aquella expectativa manifiesta por la posible utilidad o menoscabo, no sólo de índole patrimonial, sino también intelectual o moral, que la solución del asunto en una forma determinada acarrearía al funcionario judicial o a sus parientes cercanos, y que, por aparecer respaldada en serios elementos de juicio, compromete la ponderación e imparcialidad del juzgador, tornando imperiosa su separación del conocimiento del proceso.

“Por lo anterior, el interés que causa el impedimento tiene que ser real, existir verdaderamente. No basta la afirmación que haga un Magistrado a su arbitrio, pues de aceptarse ese proceder, la posibilidad de apartarse del conocimiento de un caso quedaría sometida solamente a la voluntad del juez o magistrado.

“Por lo tanto, se trata de establecer “si la intervención del juez recusado o impedido en el caso concreto implicaría la obtención de un provecho, utilidad o ganancia, para sí, para su cónyuge o compañero permanente, o para sus parientes; o si el Juez, su cónyuge o compañero permanente, o alguno de sus parientes en el rango que establece la ley, profesa un sentimiento respecto de alguno de los sujetos procesales, con suficiente intensidad para hacerle inclinar su ánimo; o si existe un interés creado por otro tipo de circunstancias que permita vislumbrar la ausencia de ecuanimidad”.

Se ha agregado que:

“El interés a que alude la disposición es aquel que surge del trámite y decisión del asunto. En modo alguno de un comportamiento extraprocesal de uno de los intervinientes”⁹. (Subraya la Sala).

En el caso particular, el impedimento se fundamenta en el hecho que la prestación negada por las resoluciones cuya nulidad se solicita, es percibida en igualdad de condiciones por todos los Jueces Administrativos del Circuito, lo que en su sentir configura un interés directo en el asunto.

Para esta Sala es claro que se presenta un interés directo en cuanto a las prestaciones económicas que devengan los Jueces en el ejercicio de sus funciones, y en este caso en concreto los Jueces de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo del Circuito de Manizales, ya que patrimonialmente se obtendrían beneficios en el caso de que eventualmente se fallare a favor del accionante, y por tanto habría lugar a que se perturbe el fuero interno y la ecuanimidad del fallador encargado de este caso.

⁹ Cita de cita: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de 13 de agosto de 2005, radicación 23903 y decisiones allí citadas.

En otras palabras, se considera por esta Sala que, en efecto, cualquier decisión que sea adoptada en el asunto de la referencia puede afectar la objetividad e imparcialidad que deben gobernar a los Jueces Administrativos del Circuito en el ejercicio de la función jurisdiccional, pues se trata de la definición de aspectos salariales de funcionarios y empleados de la Rama Judicial.

En ese orden de ideas, al configurarse la causal discutida y al abarcar ésta a la totalidad de los Jueces Administrativos del Circuito, habrá de designarse Conjuez para resolver sobre el particular, tal como lo dispone el numeral 2 del artículo 131 del CPACA y el artículo 30 del Acuerdo 209 de 1997, *“Por el cual se establecen las reglas generales para el funcionamiento de los tribunales administrativos”*.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS,

RESUELVE:

Primero. DECLÁRASE fundado el impedimento propuesto por el Dr. Juan Guillermo Ángel Trejos, en calidad de Juez Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, que comprende así mismo a todos los Jueces Administrativos del Circuito, para conocer del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por el señor Julián Augusto Jaramillo González contra la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, por encontrarse incurso en la causal contenida en el numeral 1 del artículo 141 del CGP, aplicable por remisión del artículo 130 del CPACA, en atención a lo expuesto. En consecuencia,

Segundo. SEPÁRASE del conocimiento del presente asunto a los Jueces Administrativos de este Circuito.

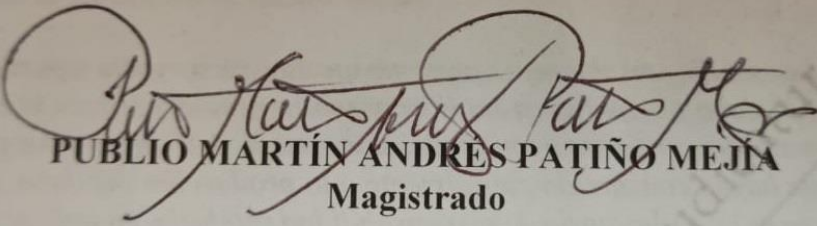
Tercero. FÍJASE como fecha para el sorteo de conjuez el día **miércoles siete (7) de abril de dos mil veintiuno (2021), a las once y treinta de la mañana (11:30 a.m.)**.

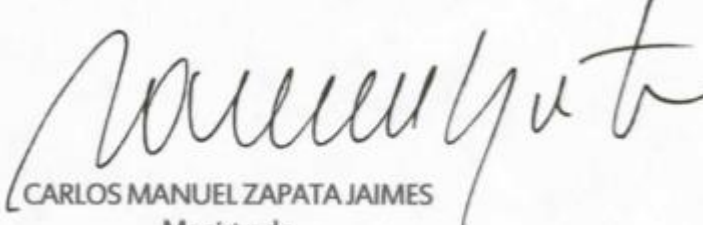
Cuarto. HÁGANSE las anotaciones pertinentes en el programa informático *“Justicia Siglo XXI”*.

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

No. 050

FECHA: 23/03/2021



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA

SECRETARIO

17001-23-33-000-2021-00012-00

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª UNITARIA ORAL

Magistrado Sustanciador: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, dieciocho (18) de MARZO de dos mil veintiuno (2021)

A.I. 082

Procede esta Sala Unitaria a decidir sobre el recurso de reposición interpuesto contra el auto que ordenó corregir la demanda de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** presentada por el señor **RIGOBERTO ESCUDERO OSORIO** contra la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP -**.

ANTECEDENTES

Con proveído de 4 de febrero último, y de conformidad con lo previsto en el artículo 170 del C/CA, se ordenó a la parte actora que enmendara la demanda en los siguientes aspectos:

1. “Deberá estimar razonadamente la cuantía, teniendo en cuenta, que al tratarse de una prestación periódica, la estimación se determina por el valor de lo que se pretenda por concepto de pagos, contados desde que se causaron (enero 19 de 2004), hasta la presentación de la demanda, sin pasar de tres (3) años (Artículos 152 numeral 2, 157 inciso final y 162 numeral 6 C/CA).
2. De conformidad con lo previsto en el artículo 6 inciso 4º del Decreto 806 de 2020 (vigente para la fecha de presentación de la demanda), y el artículo 35 de la Ley 2080 de 2021, deberá remitir copia de la demanda y de sus anexos, a través de mensaje de datos a la entidad demandada, y acreditar dicho envío ante este Tribunal”.

Con memorial obrante en 4 folios, la parte demandante presentó recurso de reposición contra el auto que ordenó corregir la demanda de conformidad con las siguientes consideraciones:

- i) En punto a la primera orden de corrección, sostuvo que tanto el H. Consejo de Estado, como algunos Tribunales Administrativos del país, tienen una interpretación diferente del artículo 157 del C/CA para la estimación de la cuantía cuando se pretende el reconocimiento y pago de prestaciones periódicas, y como sustento de ello, se remitió al siguiente extracto jurisprudencial¹:

“Cuando se reclame el pago de prestaciones periódicas de término indefinido, como pensiones, la cuantía se determinará por el valor de lo que se pretenda por tal concepto desde cuando se causaron y hasta la presentación de la demanda, sin pasar de tres (3) años; al respecto debe clarificarse que el entendimiento correcto de la norma conlleva a que la misma se cuantifique sobre la base de los emolumentos reclamados causados durante los tres últimos años anteriores a la formulación de la demanda, tiempo que está acorde con el término general de prescripción de los derechos laborales previstos por la ley, para evitar así que puedan incluirse dentro de la estimación de la cuantía de la demanda sumas periódicas que seguramente serán objeto de declaratoria de prescripción en la decisión del caso...”

No obstante la manifestación de oposición frente a la decisión adoptada por este Despacho, el apoderado de la parte demandante corrigió la estimación de la cuantía, en atención a las directrices indicadas en el proveído que ordenó la subsanación.

- ii) Con relación al segundo aspecto de corrección, el mandatario judicial de la parte actora aseguró que el canal electrónico dispuesto para la presentación de

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, C.P. William Hernández Gómez. Radicado 11-001-03-25-000-2014- 01191-00 (3848-2014).

demandas², no permite hacer tal remisión. Empero lo anterior, en acatamiento de la orden dictada por este Despacho y de las normas que la amparan, anexó las constancias de envío del escrito de demanda y de subsanación a la UGPP, a la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado y a la Procuraduría General de la Nación.

Para resolver, se

CONSIDERA

i) Sobre la estimación de la cuantía

El artículo 157 del Código de lo Contencioso Administrativo contenido en la Ley 1437/11, sobre la determinación de la cuantía consagró:

“(…)

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

En tal sentido, teniendo en cuenta que por tratarse la demanda sobre el reconocimiento y pago de sumas provenientes de una prestación periódica (pensión gracia), la referida estimación se determina por el valor de lo que se pretenda por ese concepto contado desde el momento en que se causó el derecho pensional hasta la presentación de la demanda sin pasar de tres (3) años. Por lo anterior, ante la claridad de la norma en cita, esta se aparta respetuosamente de la interpretación jurisprudencial que trae el actor, pues la disposición ni plantea una contabilización regresiva, como tampoco impide que el cálculo de la cuantía en la forma ordenada impida declarar la prescripción de sumas derivadas de la pretensión perseguida.

Por modo, la estimación de la cuantía realizada por la parte accionante en el escrito inicial no se ajustó, *strictu sensu*, a lo dispuesto en el artículo 157 inciso

² <http://190.217.24.24/ramajudicialmanizales/>

final ibídem, en tanto tuvo en cuenta el valor correspondiente a tres (3) años, empero contados desde la presentación de la demanda hacia atrás, lo que, se itera, no se ajusta al texto legal, razón suficiente para confirmar sobre este aspecto el proveído recurrido.

Ahora bien, tal como se precisó en el acápite anterior, la parte actora luego de recurrir la orden de corrección, estimó la cuantía conforme a lo dispuesto por el citado artículo 157 en atención a lo indicado por este Despacho, tomando como base la fecha de causación del derecho sin pasar de tres años, esto es, desde el 19 de enero de 2004, hasta el 18 de enero de 2007, para un total de \$51'160.222,40.

El artículo 152 de la Ley 1437/11, establece los asuntos en los que los Tribunales Administrativos son competentes para asumir su conocimiento en primera instancia, habiéndose consagrado en su numeral 2 que conocen:

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

De esta manera, corresponde a esta Corporación el conocimiento del presente asunto en razón a que la cuantía, luego de realizada la corrección, supera los cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes³, equivalentes a \$45'426.300 para el momento de la presentación de la demanda⁴.

ii) Sobre la remisión de la demanda y los anexos a la entidad demandada

El artículo 6° del Decreto 806 de 2020, aplicable para el momento de presentación de la demanda (20 de enero de 2020)⁵, dispuso:

³ Artículo 155 numeral 2° Ley 1437/11.

⁴ El salario mínimo legal mensual vigente para el año 2021 es de \$908.526 pesos.

⁵ El artículo 35 de la ley 2080 de 2021, adicionó un numeral al artículo 162 de la Ley 1437 de 2011, en el sentido ya definido por el inciso 4 del artículo 6° del Decreto 806 de 2020.

“(…)

En cualquier jurisdicción, incluido el proceso arbitral y las autoridades administrativas que ejerzan funciones jurisdiccionales, salvo cuando se soliciten medidas cautelares previas o se desconozca el lugar donde recibirá notificaciones el demandado, el demandante, al presentar la demanda, simultáneamente deberá enviar por medio electrónico copia de ella y de sus anexos a los demandados. Del mismo modo deberá proceder el demandante cuando al inadmitirse la demanda presente el escrito de subsanación. El secretario o el funcionario que haga sus veces velará por el cumplimiento de este deber, sin cuya acreditación la autoridad judicial inadmitirá la demanda. De no conocerse el canal de digital de la parte demandada, se acreditará con la demanda el envío físico de la misma con sus anexos.

(…)”/Subraya el Despacho

Así las cosas, teniendo en cuenta que la parte actora agregó al memorial de recurso y subsanación las constancias de envío de la demanda y del escrito de corrección a la entidad demandada, a la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado y a la Procuraduría General de la Nación; y al haberse subsanado la estimación de la cuantía en atención a lo previsto por el artículo 157 del C/CA, habrá de admitirse la demanda.

Por lo expuesto,

RESUELVE:

CONFÍRMASE el proveído dictado el 4 de febrero de 2021, con el cual se ordenó la corrección del libelo demandador de la referencia.

Sin embargo, en atención al acatamiento de la orden de corrección, y por reunir los requisitos legales,

ADMÍTESE la demanda de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovida por el señor **RIGOBERTO ESCUDERO OSORIO** contra la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP -**.

En consecuencia, para su tramitación se dispone (artículo 171 del C/CA):

1. **NOTIFÍQUESE** personalmente este auto al representante legal de la entidad demandada, conforme lo dispone el artículo 199 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 48 de la ley 2080 de 2021.
2. **NOTIFÍQUESE** este proveído por estado a la parte actora, atendiendo lo dispuesto en el artículo 50 de la Ley 2080 de 2021, que modificó el inciso tercero del artículo 201 del C/CA.
3. **NOTIFÍQUESE** este proveído al **Ministerio Público** y a la **Agencia de Defensa Jurídica del Estado** (artículos 171 numeral 2 y 199 inciso final, del C/CA, modificado por el artículo 48 de la ley 2080 de 2021).
4. Al tenor de lo dispuesto en el artículo 50 de la Ley 2080 de 2021, al mensaje de datos se anexará el archivo virtual de la demanda, la corrección y sus anexos. El término de 30 días previsto en el artículo 172 de la Ley 1437 de 2011 comenzará a correr 2 días después del envío del mensaje de datos de notificación, al tenor de lo dispuesto en los artículos 48 y 52 de la referida Ley 2080.
5. **PREVÉNGASE** a la entidad demandada para que según el Parágrafo 1 del artículo 175 de la Ley 1437/11 y dentro del término de traslado de la demanda, allegue el expediente administrativo que contenga los antecedentes de la actuación objeto del proceso.

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del mismo precepto, en dicho lapso deberá allegar todas las pruebas que se encuentren en su poder y que pretenda hacer valer en el proceso.

6. **ADVIÉRTASE** a la accionada que al momento de contestar la demanda deberá efectuar un pronunciamiento expreso y puntual sobre cada uno de los hechos y las pretensiones del libelo demandador, al tenor de lo dispuesto en el artículo 175 núm.. 2 de la Ley 1437/11.

RECONÓCESE personería al abogado **LUIS CARLOS AVELLANEDA TARAZONA**, identificado con la C.C. N° 19'138.292 y la T.P. N° 15.338, como apoderado de la parte actora, en los términos del poder a él conferido /pág. 2, archivo digital '02DEMANDAANEXOSYPRUEBAS'.

SE PREVIENE a las partes y demás intervinientes en el proceso, para que al tenor de lo establecido en el artículo 3 inciso 1° del Decreto 806 de 2020, aporten todos sus memoriales a través de mensaje de datos, que deberá ser enviado al correo electrónico "sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co" único medio oficial para la recepción de documentos. **Por ende, cualquier mensaje enviado a otra dirección, no será tenido en cuenta.**

NOTIFÍQUESE

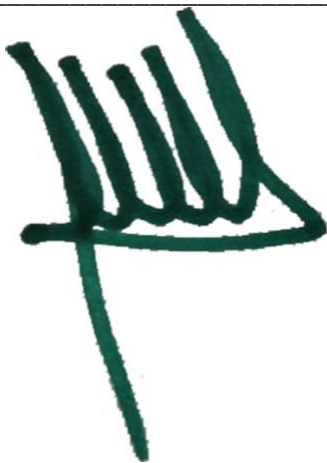


AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado Ponente

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 050 de fecha 23 de Marzo de 2021.
Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.

Manizales,



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

17001-23-33-000-2021-00015-00

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, diecinueve (19) de MARZO de dos mil veintiuno (2021)

A.I. 082

Procede la Sala Plural de Decisión a decidir sobre la admisibilidad de la demanda de acción **POPULAR** instaurada por el señor **JULIÁN RICARDO BETANCUR CASTAÑEDA**, en calidad de Personero Municipal de Supía, Caldas, contra la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA -ANI-**, el **MINISTERIO DE TRANSPORTE**, y la **CONCESIÓN PACÍFICO TRES S.A.S.**,

ANTECEDENTES

a. LA DEMANDA.

Con libelo de 24 folios obrante en el archivo digital ‘02DEMANDAACCIÓNPOPULAR’, la parte actora pretende se protejan los derechos colectivos al goce de un ambiente sano; al goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público; al acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública; y a la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes.

En consecuencia, solicita, en suma:

- Detener la demolición de inmuebles hasta que sea estrictamente necesario para la intervención del proyecto vial la Vereda Puerto Nuevo (Supía).

- Reubicar temporalmente los establecimientos e inmuebles que sirven como centros logísticos para el transporte.
- Abstenerse de realizar negociaciones con propietarios de inmuebles del sector, o que las mismas garanticen el debido proceso administrativo de los propietarios y respetando los valores reales de los predios.
- Ordenar a CORPOCALDAS la remoción de escombros originados con las demoliciones.

b. LA INADMISIÓN DEL LIBELO INTRODUCTOR.

Con el proveído de 26 de febrero último, con fundamento en los artículos 18 y 20 de la Ley 472 de 1998, se ordenó a la parte actora que enmendara la demanda en los siguientes aspectos:

“(…)

1. Si bien el demandante afirma que no debe ser exigible el requisito de reclamación previa que contemplan el inciso final del artículo 144 y 161 numeral 4 de la Ley 1437/11, dada la inminencia de un perjuicio irremediable sobre los derechos colectivos que invoca, no lo estima así esta Sala Unitaria, pues observa el Despacho que tal como fueron expuestos los argumentos en el libelo demandador, aquel se predica de situaciones particulares y no propiamente de derechos colectivos en riesgo, por lo que deberá allegar prueba del cumplimiento del requisito de procedibilidad, atendiendo estrictamente lo establecido en los artículos 144 y 161 numeral 4 de la Ley 1437 de 2011 respecto de la todas las entidades demandadas.
2. Deberá precisar en qué calidad pretende la intervención del DEPARTAMENTO DE CALDAS, del MUNICIPIO DE SUPÍA y de la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CALDAS - CORPOCALDAS-, pues si bien manifestó en la parte

introductoria del escrito de demanda que las mismas deben comparecer en calidad de vinculadas por tener conocimiento de los hechos, en el acápite de pretensiones solicita la protección de los derechos colectivos que se encuentran “amenazados y/o vulnerados por la omisión y/o extralimitación” por esas mismas entidades, sumado a que la pretensión contenida en el ordinal 7° se dirige expresamente a CORPOCALDAS.

En caso de que su intervención en el presente asunto sea en calidad de demandadas, deberá acreditar el cumplimiento del requisito de procedibilidad, atendiendo estrictamente lo establecido en los artículos 144 y 161 numeral 4 de la Ley 1437 de 2011. En caso contrario deberá adecuar las pretensiones de la demanda.

3. Deberá precisar de manera clara y puntual las situaciones específicas de presunta vulneración de derechos colectivos contenida en el hecho 7° de la demanda y en las pretensiones contenidas en los ordinales 5° y 6°, ya que exclusivamente hacen alusión a circunstancias de índole particular, que no son objeto del medio de control formulado.
4. De conformidad con lo previsto en el artículo 6 inciso 4° del Decreto 806 de 2020 (vigente para la fecha de presentación de la demanda), y el artículo 35 de la Ley 2080 de 2021, deberá remitir copia de la demanda y sus anexos, a través de mensaje de datos a la entidad demandada, y acreditar dicho envío ante este Tribunal.

(...)”

Según constancia obrante en el archivo digital '10Constancia', el demandante no aportó escrito de corrección.

CONSIDERACIONES**DE LA****SALA DE DECISIÓN**

Se contrae la atención de la Sala a dilucidar si es admisible la demanda de acción popular, ya identificada, aspecto sobre el cual establece el artículo 20 de la Ley 472 de 1998 a la letra:

“ARTICULO 20. ADMISIÓN DE LA DEMANDA. Dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la presentación de la demanda o petición inicial, el juez competente se pronunciará sobre su admisión.

Inadmitirá la demanda que no cumpla con los requisitos señalados en esta ley, precisando los defectos de que adolezca para que el demandante los subsane en el término de tres (3) días. Si éste no lo hiciere, el juez la rechazará” /Resalta la Sala/.

Por su parte, el artículo 144 de la Ley 1437 de 2011 dispone en cuanto al medio judicial referido,

“ARTÍCULO 144. PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS. Cualquier persona puede demandar la protección de los derechos e intereses colectivos para lo cual podrá pedir que se adopten las medidas necesarias con el fin de evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los mismos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible (...)

Antes de presentar la demanda para la protección de los derechos e intereses colectivos, el demandante debe solicitar a la autoridad o al particular en ejercicio de funciones administrativas que adopte las medidas necesarias de protección del derecho o interés colectivo amenazado o violado. Si la autoridad no atiende dicha reclamación dentro de los quince (15) días siguientes a la presentación de la solicitud o se niega a ello, podrá acudir ante el juez.

Excepcionalmente, se podrá prescindir de este requisito, cuando exista inminente peligro de ocurrir un perjuicio irremediable en contra de los derechos e intereses colectivos, situación que deberá sustentarse en la demanda” /Resalta el Tribunal/.

Dicho requisito se reitera el artículo 161 numeral 4 del mismo ordenamiento legal que prescribe que “Cuando se pretenda la protección de los derechos e intereses colectivos se deberá efectuar la reclamación prevista en el artículo 144 de este Código”, y en el caso concreto, pese a haber transcurrido el término de corrección previsto en el artículo 20 del ordenamiento legal primeramente citado este no ha sido allegado.

Con base en el mandato del artículo 144 del C/CA, no se halla en el cuerpo del libelo demandador sustento alguno que avale la ausencia del requisito en mención, tal como lo exige la norma, y tampoco advierte la Sala del relato de los hechos o los documentos aportados la inminencia de un perjuicio irremediable que legitime tal omisión, pues, se itera, que tal como fueron expuestos los argumentos en el libelo demandador, aquel se predica de situaciones particulares y no propiamente de derechos colectivos en riesgo, todo lo cual fuerza el rechazo de la demanda.

Por lo expuesto es que el **Tribunal Administrativo de Caldas, SALA DE DECISIÓN,**

RESUELVE

RECHÁZASE la demanda de acción **POPULAR** instaurada por el señor **CARLOS ALBERTO GÓMEZ** contra el **MUNICIPIO DE SALAMINA (CALDAS)** y la **CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CALDAS -CORPOCALDAS.**

Ejecutoriado este auto, **ARCHÍVESE** el expediente, **DEVUÉLVANSE** los anexos sin necesidad de desglose y **HÁGANSE** las anotaciones que sean del caso en el Programa Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE

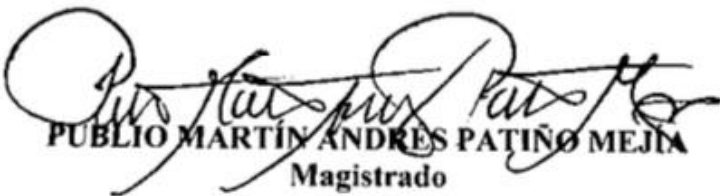
Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión, celebrada en la fecha, según Acta N° 013 de 2021.



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 050 de fecha 23 de Marzo de 2021.

Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.

Manizales,



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS **-Sala Plena de Decisión-**

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

Asunto:	Manifestación de impedimento
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-23-33-000-2020-00230-00
Demandante:	Luz María Zuluaga González
Demandada:	Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

Manizales, diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO

De conformidad con lo previsto en los artículos 130 y 131 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, los Magistrados que conformamos este Tribunal nos consideramos incursos en la causal de impedimento prevista en el numeral uno del artículo 141 del Código General del Proceso – CGP², por lo cual se remitirá el expediente a la Sala Plena del Consejo de Estado, de acuerdo con los siguientes:

ANTECEDENTES

El 24 de agosto de 2020, la señora Luz María Zuluaga González, actuando por intermedio de apoderado judicial, promovió demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, con el fin de obtener la declaratoria de nulidad de la Resolución nº DESAJMZR16-1353 del 12 de agosto de 2016 y del acto ficto o presunto, con los cuales se negó la reliquidación de la prima especial de servicios y de las prestaciones sociales percibidas por la actora en su calidad de Juez de la República desde el 19 de octubre de 2015 hasta la fecha de presentación de la demanda y en lo sucesivo, en razón de la liquidación errónea de la prima especial de servicios establecida en el artículo 14 de la Ley 4º de 1992.

El expediente correspondió por reparto a este Tribunal el 24 de agosto de 2020, y fue allegado el 1º de septiembre de 2020 por la Secretaría de la Corporación al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (documentos nº 01 y 05 del expediente digital).

IMPEDIMENTO PARA CONOCER DEL ASUNTO

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.

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, CGP.

El CPACA señala en su artículo 130 que serán causales de recusación e impedimento para los Consejeros, Magistrados y Jueces Administrativos, entre otras, las previstas en el artículo 141 del CGP.

El estatuto procedimental civil reza en el numeral 1 del artículo 141:

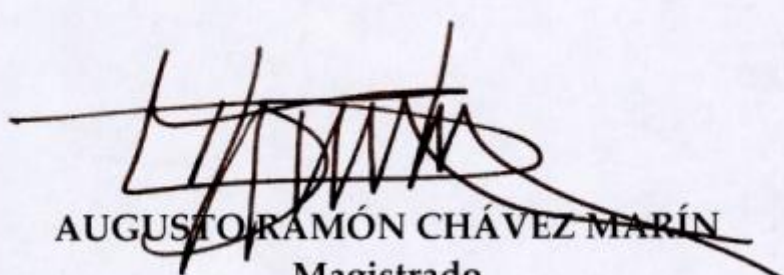
ARTÍCULO 141. CAUSALES DE RECUSACIÓN. *Son causales de recusación las siguientes:*

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

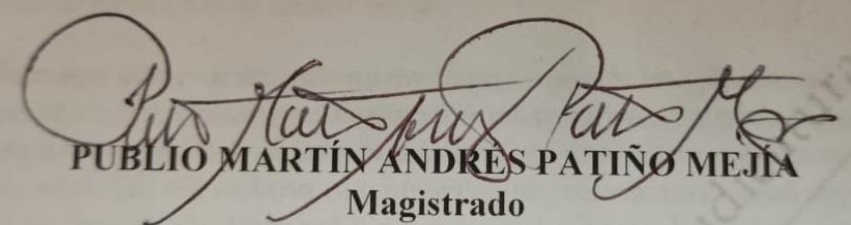
Respetuosamente consideramos que en nuestra calidad de Magistrados de este Tribunal y debido a la naturaleza del reajuste salarial pretendido, tenemos interés directo en el resultado del proceso, circunstancia que se ajusta al contenido del numeral uno del artículo 141 del CGP citado, razón que a juicio de los suscritos, constituye impedimento para conocer del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho de la referencia.

Por lo anterior, y de conformidad con lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 131 del CPACA, por la Secretaría de esta Corporación y previa anotación en el programa informático “Justicia Siglo XXI”, **REMÍTASE** el expediente al Consejo de Estado –Sala Plena–, para lo pertinente.

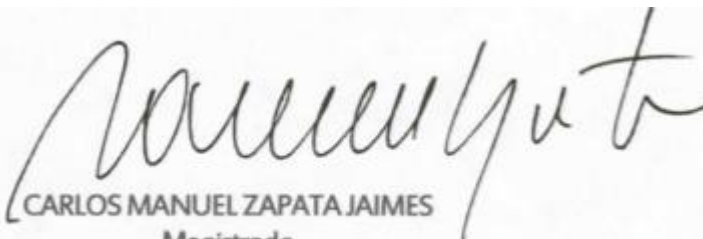
Cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

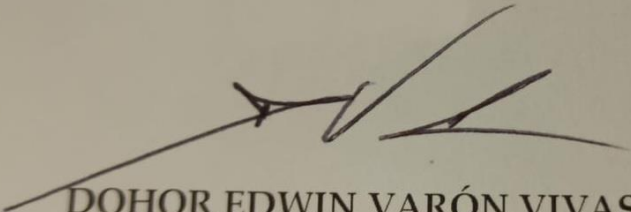


PUBLICO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
Ausente por incapacidad



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

No. 050

FECHA: 23 de marzo de 2021



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.S.: 66

Asunto:	Fija fecha audiencia inicial
Medio de control:	Nulidad Electoral
Radicados:	17001-23-33-000-2020-00271-00 17001-23-33-000-2020-00064-00
Demandante:	Sindicato de Procuradores Judiciales - PROCURAR
Demandados:	Procuraduría General de la Nación Julio César Antonio Rodas Monsalve (Procurador 29 Judicial II Administrativo de Manizales)

Manizales, diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

Al tenor de lo dispuesto por el artículo 283 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA, en concordancia con el artículo 180 *ibídem*, **CONVÓCASE** a las partes a **AUDIENCIA INICIAL** dentro del proceso de la referencia, para el día **miércoles siete (7) de abril de dos mil veintiuno (2021), a las nueve de la mañana (9:00 a.m.)**.

La citada audiencia se realizará a través de la plataforma Microsoft Teams, para lo cual se enviará invitación a los correos electrónicos informados por las partes, los apoderados y el Ministerio Público, quienes deberán conectarse desde un equipo con micrófono y cámara de video, atendiendo las indicaciones generales que se señalarán en la respectiva citación.

Se advierte a las partes y demás intervinientes que en el evento que requieran allegar poderes, sustituciones de poder u otros documentos para que sean tenidos en cuenta en la audiencia, deberán remitirlos a más tardar el día anterior a la celebración de la misma, únicamente al correo dispuesto para tal fin, esto es, a la dirección sgtadminclad@notificacionesrj.gov.co. Cualquier documento enviado a otra dirección de correo, se tendrá por no presentado.

RECONÓCESE personería jurídica al abogado GABRIEL JULIÁN PORRAS CASTILLO, identificado con la cédula de ciudadanía n° 91'495.411 expedida en Bucaramanga, y portador de la tarjeta profesional n° 124.513 del Consejo

Superior de la Judicatura, para actuar como apoderado de la Procuraduría General de la Nación conforme al poder obrante en el documento n° 115 del expediente digital.

El 25 de febrero del año en curso, el abogado Gabriel Julián Porras Castillo radicó memorial (documento n° 113 del expediente digital), a través del cual solicitó corregir las anotaciones hechas en la página de la Rama Judicial respecto del proceso de la referencia, por considerar que no figura allí la contestación de la demanda que fue presentada por la Procuraduría y de la cual anexó copia para constancia.

En relación con lo anterior, el Despacho indica inicialmente que la contestación de la demanda no es una actuación que se registre en el programa informático *Justicia Siglo XXI* y, por tanto, aquella no figura cuando se realiza la consulta del proceso. Lo anterior no significa en modo alguno que se desconozca la presentación oportuna de una contestación de la demanda.

De otra parte, el suscrito Magistrado advierte que en el proceso radicado con el número 2020-00064, la Procuraduría no intervino; mientras que en el expediente 2020-00271, la entidad lo hizo a través del abogado Sergio Alfredo Segura Alfonso, tal como consta en el documento n° 064 del expediente digital.

Se aclara que el escrito a través del cual el abogado Rafael Eduardo Bernal Vilaró supuestamente dio respuesta al libelo, y que es nuevamente allegado por el actual apoderado de la Procuraduría, se presentó antes de ser admitida la demanda y, con posterioridad a dicho hecho, una vez notificada debidamente la entidad, ésta allegó nuevo escrito de contestación, que por su oportunidad fue tenido en cuenta por este Despacho al momento de resolver las excepciones previas propuestas.

De manera que, al no poder actuar dos apoderados de la Procuraduría de manera simultánea, como expresamente lo prohíbe el artículo 75 del Código General del Proceso, el Despacho tuvo por contestada la demanda con el escrito presentado dentro del término oportuno para ello, esto es, el allegado por el abogado Sergio Alfredo Segura Alfonso (documento n° 064 del expediente digital).

NOTIFÍQUESE el presente auto por estado electrónico, según lo dispone el artículo 201 del CPACA, modificado por el artículo 50 de la Ley 2080 de 2021.

Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS <u>NOTIFICACIÓN POR ESTADO</u> No. 050 FECHA: 23/03/2021  HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA SECRETARIO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.I.: 073

Asunto:	Rechaza demanda
Medio de control:	Nulidad
Radicación:	17001-23-33-000-2020-00286-00
Demandante:	Gustavo Angulo Mira
Demandados:	Municipio de La Dorada
	Empresa de Obras Sanitarias de Caldas –
	EMPOCALDAS S.A. E.S.P.

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n° 012 del 19 de marzo de 2021

Manizales, diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 171 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, esta Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas procede a resolver sobre la admisión de la demanda del medio de control de la referencia.

ANTECEDENTES

El 3 de noviembre de 2020, el señor Gustavo Angulo Mira, actuando en nombre propio, interpuso el medio de control de la referencia (documentos n° 01 y 02 del expediente digital), con el fin de obtener la declaratoria de nulidad del convenio interadministrativo celebrado en el mes de septiembre de 1993, entre el señor Alcalde de la época y el entonces Gerente de la Empresa de Obras Sanitarias de Caldas – EMPOCALDAS S.A. E.S.P.², para la ejecución de un sistema de alcantarillado regional por gravedad en el Municipio de La Dorada y el corregimiento de Guarinocito.

Lo anterior, con fundamento en que, contrario a lo manifestado en el citado

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, EMPOCALDAS.

convenio interadministrativo, el Concejo Municipal de La Dorada no autorizó al Alcalde de dicha entidad territorial para su firma, tal como se extrae del Acuerdo n° 014 de 1992.

Por lo demás, la parte actora no brindó argumentos adicionales al expuesto.

Como consecuencia de la declaratoria de nulidad, el actor solicitó que una vez quede ejecutoriada la sentencia que ponga fin al proceso, se les comunique a las autoridades administrativas que profirieron “los actos”, para los efectos legales consiguientes.

El proceso correspondió por reparto al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia, al cual fue allegado en la misma fecha (documento n° 04 del expediente digital).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

El medio de control de nulidad se encuentra previsto en el artículo 137 del CPACA en los siguientes términos:

ARTÍCULO 137. NULIDAD. *Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.*

Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.

También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro.

Excepcionalmente podrá pedirse la nulidad de actos administrativos de contenido particular en los siguientes casos:

- 1. Cuando con la demanda no se persiga o de la sentencia de nulidad que se produjere no se genere el restablecimiento automático de un derecho subjetivo a favor del demandante o de un tercero.*
- 2. Cuando se trate de recuperar bienes de uso público.*
- 3. Cuando los efectos nocivos del acto administrativo afecten en materia grave el orden público, político, económico, social o ecológico.*
- 4. Cuando la ley lo consagre expresamente.*

PARÁGRAFO. *Si de la demanda se desprendiere que se persigue el restablecimiento automático de un derecho, se tramitará conforme a las reglas del artículo siguiente. (Líneas fuera de texto).*

De conformidad con el texto de la demanda, se advierte que, acudiendo al medio de control de nulidad indicado anteriormente, el accionante pretende se declare nulo un convenio interadministrativo.

Con el fin de establecer si a la demanda debe dársele trámite, la Sala se referirá a continuación a la naturaleza jurídica de un convenio interadministrativo y a la diferenciación que existe entre éste y un acto administrativo.

Los convenios interadministrativos hacen parte de la actividad contractual del Estado, y a través de ellos se concreta el mandato constitucional de colaboración interinstitucional³, tal como se extrae del artículo 95 de la Ley 489 de 1998:

ARTICULO 95. ASOCIACION ENTRE ENTIDADES PUBLICAS. *Las entidades públicas podrán asociarse con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, mediante la celebración de convenios interadministrativos o la conformación de personas jurídicas sin ánimo de lucro.*

(...)

En concepto del 9 de diciembre de 2016⁴, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado señaló lo siguiente en relación con las características propias de los convenios interadministrativos:

La nota distintiva de los convenios interadministrativos la constituye la concurrencia de dos o más entidades estatales para la realización de finés comunes a ambas partes, respecto del cual cada entidad está interesada u obligada desde sus propias funciones o atribuciones legales⁵. Se da pues un

³ El artículo 113 de la Constitución Política señala que “(...) Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines”; mientras que el artículo 209 prevé que “(...) Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley”.

⁴ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Dr. Álvaro Namén Vargas. Concepto del 9 de diciembre de 2016. Radicación número: 11001-03-06-000-2016-00129-00(2308).

⁵ Cita de cita: “El objeto de los convenios de la administración implica siempre la conjunción de voluntades en torno a intereses que son mutuos compartidos por ambos contratantes. Se trata de lograr la realización de objetivos o fines que son comunes a todas las partes que celebran el negocio jurídico. Lo anterior significa

ánimo de cooperación entre organismos o entidades públicas con funciones interrelacionadas o complementarias. Como se ha indicado, se habla de cooperación porque la entidad pública celebra el convenio “cuando tiene algo que aportar desde su ámbito funcional, obligándose a ejecutar actividades que contribuyen directamente al fin común de los sujetos contratantes, compartiendo tareas entre ellas.”⁶ Esa finalidad común y ánimo de cooperación, agrega en esta oportunidad la Sala, se da en el ámbito de un “paralelismo de intereses”⁷, por lo que no existe preeminencia del contratante respecto del contratista, sino más bien las relaciones se desarrollan en un plano de igualdad o equivalencia, esto es, sin que existan prerrogativas en favor de una parte a costa de la otra.

Los convenios interadministrativos son mecanismos de gestión conjunta de competencias administrativas que se instrumentan a través de acuerdos celebrados entre dos o más entidades públicas, en los cuales las contrayentes aúnan esfuerzos para el logro de los fines de la Administración regidos por los principios de coordinación y cooperación sin que ello suponga la cesión de la competencia encomendada a cada una de ellas⁸. Como lo sostuvo la Sala en el Concepto 1881 de 2008, es de la esencia del convenio interadministrativo, que cada una de las entidades partes contratantes realice los cometidos estatales a su cargo, “[p]ues es obvio que ninguna puede buscar fines públicos diferentes de aquellos que le fueron expresamente encomendados. En desarrollo de estos convenios, cada uno de los contratantes buscará ejecutar las tareas que le fueron asignadas, sin que esto signifique que necesariamente sea la misma, pues frecuentemente se trata de fines complementarios.”⁹

Para que pueda hablarse de convenios interadministrativos, a más de la voluntad de las partes dirigidas a un resultado, debe tenerse en cuenta la finalidad pública de interés común que las entidades estatales buscan cumplir

excluir de esta clase de acuerdos aquellos compromisos que implican una contradicción de intereses, en los cuales las partes buscan la satisfacción de objetivos que no les son comunes”. CHAVES Marín, Augusto Ramón. *Los Convenios de la Administración*. Entre la Gestión Pública y la Actividad Contractual. Editorial Temis, Bogotá. D.C., Tercera Edición. 2015. Pág. 76.

⁶ Cita de cita: Vid. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1982 de 2010.

⁷ Cita de cita: “El paralelismo de los intereses, del que nace el mencionado paralelismo de voluntades (y de las correspondientes declaraciones), debe considerarse, desde el punto de vista de la estructura, como el carácter diferencial básico del acuerdo con respecto al contrato, donde los intereses en conflicto reciben composición”. MESSINEO, Op. Cit. p. 63.

⁸ Cita de cita: “Los convenios se reservan en forma exclusiva para regular mediante acuerdo el cumplimiento de los fines impuestos en la Constitución y la ley. Son convenios interadministrativos los que se celebran entre entidades estatales para aunar esfuerzos que le permitan a cada una de ellas cumplir con su misión u objetivos. Cuando las entidades estatales concurren en un acuerdo de voluntades desprovisto de todo interés particular y egoísta, cuando la pretensión fundamental es dar cumplimiento a obligaciones previstas en el ordenamiento jurídico, la inexistencia de intereses opuestos genera la celebración de convenios. Los convenios celebrados de esta forma deben tener un régimen especial y, por consiguiente, distinto al de los contratos”. PINO Ricci, Jorge. *El Régimen Jurídico de los Contratos Estatales*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, Pág. 463.

⁹ Cita de cita: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 30 de abril de 2008, Radicación Número: 1881, Actor: Ministerio de Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial.

con el convenio, pues, en el derecho público, al lado de la voluntad, es esencial la finalidad, dado que la “mera liberalidad no puede ser ni causa ni fin”¹⁰ de la actividad contractual de la Administración.

De este modo los convenios interadministrativos puros o genuinos no tienen por objeto prestaciones patrimoniales propias de los contratos o intereses puramente económicos¹¹ (es decir, destinados a obtener una ganancia). Por eso, según la jurisprudencia de la Corporación:

“De conformidad con lo anterior los Convenios Institucionales, se podrían definir como todos aquellos acuerdos de voluntades celebrados por la entidad con personas de derecho público, que tienen por objeto el cumplimiento de las obligaciones constitucionales, legales y reglamentarias de la entidad, para el logro de objetivos comunes. Los Convenios pueden no tener un contenido patrimonial, en términos generales y en ellos no se persigue un interés puramente económico. Con ellos se busca primordialmente cumplir con objetivos de carácter general, ya sean estos sociales, culturales o de colaboración estratégica.”¹²

Así, es viable distinguir entre “convenios interadministrativos” (denominación dada por las partes) de contenido patrimonial, los cuales se someterán al régimen de los contratos interadministrativos, y otros que si bien implican obligaciones y responsabilidades para los intervinientes, no tienen un interés puramente económico (es decir, destinados a obtener una ganancia), al girar en torno solamente a la forma de complementar y articular las funciones de cada entidad, mediante el intercambio de información, el apoyo logístico, la facilitación de infraestructuras, etc., para mejorar la eficiencia de la gestión pública, así como la utilización conjunta de medios y servicios públicos en el ámbito de los principios constitucionales de economía, celeridad y eficacia para el logro del bien común.

Lógicamente, en los convenios interadministrativos propiamente dichos, es posible que cada entidad incurra en costos y gastos¹³, y en ejecución de su propio presupuesto para cumplir sus funciones y los compromisos adquiridos

¹⁰ Cita de cita: Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil, Ídem.

¹¹ Cita de cita: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 23 de mayo de 2012, Exp. 1998-01471.

¹² Cita de cita: Ibídem.

¹³ Cita de cita: Por ejemplo, en el derecho español, la Ley 40 de 2015, “Régimen jurídico del sector público”, dispone en el artículo 48 -“Requisitos de validez y eficacia de los convenios”-, lo siguiente: “(...) 4. La gestión, justificación y resto de actuaciones relacionadas con los gastos derivados de los convenios que incluyan compromisos financieros para la Administración Pública o cualquiera de sus organismos públicos o entidades de derecho público vinculados o dependientes que lo suscriban, así como con los fondos comprometidos en virtud de dichos convenios, se ajustarán a lo dispuesto en la legislación presupuestaria”// 5. Los convenios que incluyan compromisos financieros deberán ser financieramente sostenibles, debiendo quienes los suscriban tener capacidad para financiar los asumidos durante la vigencia del convenio// 6. Las aportaciones financieras que se comprometan a realizar los firmantes no podrán ser superiores a los gastos derivados de la ejecución del convenio (...).”

para con la otra, razón por la cual bien pueden comprender la asunción de aportes económicos o financieros, pero sin que su objeto esencial lo constituyan prestaciones propias de los contratos interadministrativos, o el pago un precio o una remuneración por un servicio prestado o por un bien adquirido o por una obra realizada por una a favor de la otra, pues en tales eventos se estará en presencia de verdaderos contratos, tal y como lo ha señalado la Sección Tercera del Consejo de Estado:

“En tal sentido, si bien es cierto que en la práctica de las relaciones que se establecen en desarrollo de las actividades de la Administración se suele utilizar en algunas oportunidades la misma denominación, ‘convenios interadministrativos’, para calificar otro tipo de negocios que no corresponden a su naturaleza y efectos –como los acuerdos interorgánicos y como aquellos en los que se presenta un concurso de voluntades, pero que no generan obligaciones susceptibles de ser exigidas jurídicamente– en realidad, los convenios en los cuales las partes se obligan patrimonialmente constituyen contratos en toda la extensión del concepto y con todos los efectos de esa particular institución jurídica.”¹⁴ (Subraya la Sala).

De otra parte, es preciso señalar que los convenios interadministrativos se someten a los principios constitucionales y legales de la actividad contractual del Estado (transparencia, planeación, buena fe, entre otros) y, obviamente, a los principios de la función administrativa previstos en el artículo 209 CP (moralidad, economía, celeridad, entre otros)¹⁵, en virtud del carácter vinculante de los mismos, dentro del contexto de un ánimo de cooperación que se refleja en el plano de igualdad o equivalencia en que se celebran y ejecutan, lo que significa ausencia de prerrogativas en favor de una parte a costa de la otra. (Líneas son del texto).

En sentencia del 7 de octubre de 2009¹⁶, la Sección Tercera del Consejo de Estado indicó que el convenio interadministrativo que allí se debatía era de carácter contractual y no un acto administrativo. Sobre el particular, precisó:

(...) la decisión contenida [en el convenio interadministrativo] es el producto de la integración y confluencia de las voluntades de distintas autoridades administrativas.¹⁷ Sin lugar a dudas esta circunstancia se

¹⁴ Cita de cita: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 23 de junio de 2010, Exp. 1998-00261.

¹⁵ Cita de cita: C.P. “Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones...”.

¹⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Dr. Enrique Gil Botero. Sentencia del 7 de octubre de 2009. Radicación número: 25000-23-24-000-2000-00754-01(35476).

¹⁷ Cita de cita: La jurisprudencia de esta Corporación ha señalado respecto de la categoría de acto

presenta¹⁸ y este es uno de los elementos de la categoría, se puede sostener que el principal, no obstante no es suficiente, es necesario precisar si las demás características que la doctrina y jurisprudencia han identificado se encuentran o no presentes. En primer lugar debe constatarse unidad en cuanto a la materia sobre la cual recae su objeto y respecto de la finalidad que se persigue; además, las voluntades integradas no pueden poseer existencia jurídica separada, deben corresponder a un todo, no tienen trascendencia si pueden llegar a analizarse de forma independiente.¹⁹ Al respecto esta Corporación ha sostenido:

“Las dos resoluciones acusadas constituyen en realidad un solo acto administrativo, integrado por las declaraciones de voluntad de dos autoridades distintas, en ejercicio de la función administrativa, con unidad de contenido y con unidad de fin, por lo cual constituyen un acto administrativo complejo, en cuanto dichas declaraciones se fusionan en una unidad, para darle nacimiento o perfeccionar el acto, sin que ninguna de ellas pueda considerarse como un acto de trámite respecto de la otra. Tampoco se pueden tomar como parte o desarrollo de un procedimiento administrativo, como erradamente lo plantean los actores...”²⁰

La sala constata fácilmente la unidad de objeto y fin en el Convenio Interadministrativo cuestionado; en efecto, la materia fue precisada por las autoridades administrativas en el momento de la suscripción: la organización del transporte público de pasajeros en el corredor vial Soacha - Bogotá.²¹ La unidad de fin también salta a la vista: la regulación conjunta del transporte de pasajeros para mejorar las condiciones de seguridad en las que se presta el servicio²². No obstante, la inescindibilidad de las voluntades contenidas no se constata, de hecho, éstas “pueden separarse para su análisis y juzgamiento”, cualidad que desnaturaliza la posible existencia de un acto administrativo y ubica la discusión en un plano distinto: el de la convención o negocio jurídico en donde la bilateralidad es un presupuesto.²³ Se está ante una manifestación

administrativo complejo, la necesidad de que la voluntad de la Administración se integre por la intervención de dos organismos pertenecientes a la misma entidad o a entidades diferentes. Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 26 de enero de 1996. C. P. Ernesto Rafael Ariza Muñoz. Exp. 3416; Sección primera. Sentencia de mayo 11 de 2000. C. P. Olga Inés Navarrete Forero. Exp. 5887; Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de abril 20 de 2006. C. P. Flavio Augusto Rodríguez Arce.

¹⁸ Cita de cita: El convenio de Cooperación es suscrito por el Ministro de Transporte, el Alcalde Mayor de Bogotá, el Alcalde Municipal de Soacha y el Gobernador de Cundinamarca.

¹⁹ Cita de cita: Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta, Sentencia de abril 16 de 2008. C. P. Filemón Jiménez Ochoa. Exp. 00033-00.

²⁰ Cita de cita: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de agosto 1 de 2002. C.P. Manuel Santiago Urueta Ayola. Exp. 6674.

²¹ Cita de cita: Cláusula Primera del Convenio Interadministrativo de cooperación sin número para la regulación del Transporte público dentro del corredor Bogotá – Soacha.

²² Cita de cita: Ver las consideraciones Segunda y Tercera del Convenio Interadministrativo demandado.

²³ Cita de cita: Cfr. SANTOS RODRÍGUEZ, Jorge Enrique. Consideraciones sobre los contratos y convenios interadministrativos. En: Revista Digital de Derecho Administrativo No. 1. www.uexternado.edu.co.

conjunta de voluntades de la cual se desprende el cumplimiento de obligaciones concretas para quienes suscribieron el convenio: la creación de un Comité Asesor y de Seguimiento y, específicamente para las autoridades de tránsito del Distrito de Bogotá y del Municipio de Soacha, el compromiso de adoptar las reglamentaciones necesarias para implementar las sugerencias que el comité en cuestión realice en ejercicio de las funciones asignadas.²⁴ (Subraya la Sala).

Por lo anterior, el Tribunal estima que los convenios interadministrativos constituyen una categoría jurídica diferente e independiente del acto administrativo, entendido éste como una manifestación unilateral de la voluntad de la administración.

En ese entendimiento, la simple nulidad a la cual acudió el actor no es procedente para debatir la legalidad del convenio interadministrativo suscrito por el Municipio de La Dorada y EMPOCALDAS, pues el objeto de dicho medio de control se predica exclusivamente de los actos administrativos y no de aquellos acuerdos bilaterales que en desarrollo de la colaboración interinstitucional suscriba la administración.

A igual conclusión llegó el Consejo de Estado en providencia del 22 de julio de 2019²⁵, en la que manifestó que: *“En ese sentido, el despacho observa que la pretensión de nulidad de un convenio interadministrativo no es propia del medio de control de nulidad del artículo 137 del CPACA²⁶ sino del medio de control de controversias contractuales del artículo 141 del mismo estatuto²⁷, (...)”*.

Ahora bien, aun cuando en principio debiera dársele el trámite de una controversia contractual a esta demanda e inadmitirla para que la misma se adecúe al medio de control correspondiente, el Tribunal advierte que, además de que no se acreditó el interés directo para obtener la nulidad del convenio interadministrativo –conforme lo existe el artículo 141 del

²⁴ Cita de cita: Cláusula sexta del Convenio Interadministrativo de cooperación sin número para la regulación del Transporte público dentro del corredor Bogotá – Soacha.

²⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Consejera Ponente: Dra. Marta Nubia Velásquez Rico. Auto del 22 de julio de 2019. Radicación número: 11001-03-26-000-2019-00102-00(64248).

²⁶ Cita de cita: “CPACA. Artículo 137. Nulidad. Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general. (...)”.

²⁷ Cita de cita: “CPACA. Artículo 141. Controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley. (...)”.

CPACA²⁸–, lo cierto es que se encuentra ampliamente vencido el término de caducidad previsto para tal efecto²⁹, como quiera que el convenio que

²⁸ En providencia del 22 de julio de 2019 (Radicación número: 11001-03-26-000-2019-00102-00(64248)), el Consejo de Estado sostuvo sobre el particular, que:

“No obstante lo anterior, observa el despacho que, aún si se tratara del medio de control de controversias contractuales, la parte actora, como tercero que es, debe acreditar el interés directo que exige el artículo 141 del CPACA, para pedir que se declare la nulidad del convenio interadministrativo, con mayor si se tratara de los regulados por el artículo 95 de la Ley 489 de 1998²⁸ – aspecto este último que no puede aún ser dilucidado puesto que no se aportó el texto del convenio ni tampoco la prueba de la solicitud de la copia de este, pese a haberle enlistado en la demanda –.

En el contexto de la norma que en el CCA consagró el mismo requisito respecto de la acción de controversias contractuales – lo cual no obsta para hacer extensivas las consideraciones al artículo 141 del CPACA –, de acuerdo con la Corte Constitucional²⁸:

“(…) en el régimen actual, el legislador no habilita a interponer la acción de nulidad absoluta de los contratos estatales, a quienes no tengan un interés directo que los conduzca a impetrar la nulidad del contrato; ni a quienes simplemente persigan tutelar la legalidad abstracta de la actuación de la administración.

“(…)”

Entiende la Corte que ‘el interés directo’ connota la legitimación que puede derivarse del hecho o circunstancia que lo vincula a la necesidad, no de promover un proceso para definir lo relativo a la nulidad, sino para intervenir en el mismo en razón de que las resultas pueden incidir, repercutir o afectar en cualquier forma o modo su situación e intereses, o el goce o efectividad de sus derechos -no sólo económicamente”.

“(…)”

“Desde esta perspectiva, la Corte estima pertinente observar que, la restricción establecida por la norma impugnada es razonable pues pretende alcanzar una finalidad constitucionalmente importante, en tanto busca evitar que la amplitud de la titularidad de la acción de lugar a que se planteen controversias contractuales con fines y propósitos ajenos a los que inspiran la acción de nulidad absoluta de los contratos estatales, con perjuicio para las partes, pues el derecho de estas a obtener una decisión definitiva sobre la validez del contrato en un tiempo razonable, es igualmente digno de protección constitucional.

“La restricción de la titularidad de la acción de nulidad absoluta de los contratos estatales a los terceros que demuestren un interés directo en el contrato, cumple una finalidad constitucionalmente relevante, en tanto cierra la posibilidad de que la acción pueda emplearse con intereses y finalidades ajenas a las que inspiraron su consagración legal. (subrayado fuera del texto).”.

²⁹ **“ARTÍCULO 164. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA.** La demanda deberá ser presentada:

(…)”

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

(…)”

j) En las relativas a contratos el término para demandar será de dos (2) años que se contarán a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

Cuando se pretenda la nulidad absoluta o relativa del contrato, el término para demandar será de dos (2) años que se empezarán a contar desde el día siguiente al de su perfeccionamiento. En todo caso, podrá demandarse la nulidad absoluta del contrato mientras este se encuentre vigente.

En los siguientes contratos, el término de dos (2) años se contará así:

i) En los de ejecución instantánea desde el día siguiente a cuando se cumplió o debió cumplirse el objeto del contrato;

ii) En los que no requieran de liquidación, desde el día siguiente al de la terminación del contrato por cualquier causa;

iii) En los que requieran de liquidación y esta sea efectuada de común acuerdo por las partes, desde el día siguiente al de la firma del acta;

iv) En los que requieran de liquidación y esta sea efectuada unilateralmente por la administración, desde el día siguiente al de la ejecutoria del acto administrativo que la apruebe;

concentra la atención de esta Sala fue perfeccionado en el mes de septiembre de 1993, fecha a partir de la cual surgieron los motivos de hecho y de derecho que fundamentan la demanda.

Así las cosas, de conformidad con el numeral 3 del artículo 169 del CPACA, es necesario rechazar de plano la demanda promovida.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS,

RESUELVE

Primero. RECHÁZASE la demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad instauró en nombre propio el señor Gustavo Angulo Mira contra el Municipio de La Dorada y la Empresa de Obras Sanitarias de Caldas – EMPOCALDAS S.A. E.S.P.

Segundo. Ejecutoriado este auto, ARCHÍVENSE las diligencias, previas las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

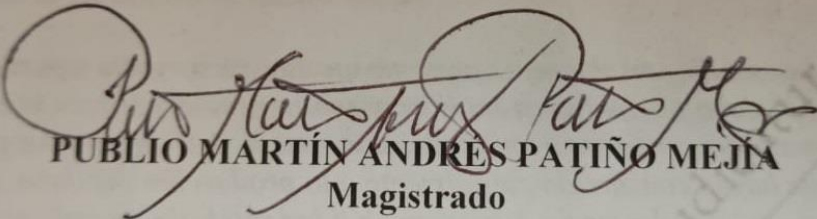
Tercero. NOTIFÍQUESE el presente auto a la parte demandante por estado electrónico, según lo dispone el inciso 3º del artículo 201 del CPACA, modificado por el artículo 50 de la Ley 2080 de 2021.

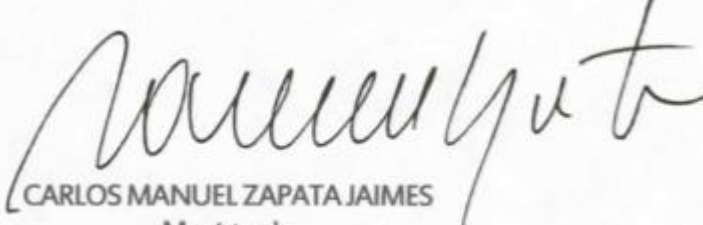
Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

v) En los que requieran de liquidación y esta no se logre por mutuo acuerdo o no se practique por la administración unilateralmente, una vez cumplido el término de dos (2) meses contados a partir del vencimiento del plazo convenido para hacerlo bilateralmente o, en su defecto, del término de los cuatro (4) meses siguientes a la terminación del contrato o la expedición del acto que lo ordene o del acuerdo que la disponga;”.


PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado


CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 050
FECHA: 23/03/2021



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
SECRETARIO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.: 067

Asunto:	Sentencia de segunda instancia
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-33-004-2019-00205-02
Demandante:	María Victoria Ospina Alzate
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n° 012 del 19 de marzo de 2021

Manizales, diecinueve (19) de marzo 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 decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del tres (3) de marzo de dos mil veinte (2020), 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 María Victoria Ospina Alzate contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio².

LA DEMANDA

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 20 de marzo de 2019 (página 1 del documento n° 01 del expediente digital), se solicitó lo siguiente:

Pretensiones

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, FOMAG.

1. Que se declare la nulidad del acto ficto o presunto surgido con ocasión de la petición presentada el 2 de octubre de 2018, que negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria que prevé la Ley 1071 de 2006 por el pago tardío de las cesantías.
2. Que se declare que a la parte actora le asiste derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria referida.
3. Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la entidad demandada al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contados desde los 60 días hábiles después de haber radicado la solicitud de cesantía ante la entidad y hasta cuando el pago de la misma se hizo efectivo.
4. Que se ordene a la demandada a dar cumplimiento al fallo en los términos del artículo 192 del CPACA.
5. Que se condene en costas a la parte accionada.

Hechos de la demanda

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

1. El FOMAG fue creado por el artículo 3 de la Ley 91 de 1989, y le fue asignada la función de pagar las cesantías a los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial (artículo 15 *ibidem*).
2. Teniendo en cuenta lo anterior y dado que la parte accionante labora como docente, el 30 de octubre de 2017 elevó solicitud ante el FOMAG de reconocimiento y pago de la cesantía a que tenía derecho.
3. Con Resolución nº 4537-6 del 23 de mayo de 2018, le fue reconocida a la parte demandante la cesantía solicitada; la cual fue pagada el 21 de julio de 2018.
4. El plazo para cancelar la cesantía requerida vencía el 30 de enero de 2018, pero esto sólo se surtió el 21 de julio de 2018, transcurriendo así 170 días de mora contados a partir de los 60 días hábiles que tenía la entidad para el reconocimiento y pago, teniendo en cuenta la renuncia de términos.

5. El 2 de octubre de 2018, la parte accionante solicitó ante la entidad demandada el reconocimiento y pago de la sanción moratoria; petición que fue atendida desfavorablemente en forma ficta o presunta.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte demandante estimó como violadas las siguientes disposiciones: Ley 91 de 1989: artículos 5, 9 y 15; Ley 244 de 1995: artículos 1 y 2; Ley 1071 de 2006: artículos 4 y 5; y Decreto 2831 de 2005.

Refirió que a través de las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 se reguló el pago de las cesantías parciales y definitivas a los servidores públicos, señalando un término de quince (15) días para su reconocimiento, contado a partir de la radicación de la solicitud, y cuarenta y cinco (45) días para su pago contado a partir de la expedición del acto administrativo correspondiente.

Manifestó que no obstante que la jurisprudencia ha reiterado que entre el reconocimiento y pago de las cesantías no debe superar los 70 días hábiles después de haber radicado la respectiva solicitud, el FOMAG insiste en cancelarlas tardíamente, haciéndose acreedor de la sanción equivalente a un día de salario por cada día de mora, contado desde que venció el término y hasta cuando se haga efectiva la prestación solicitada.

Como fundamento de lo anterior, trajo a colación apartes de varias providencias proferidas por el Consejo de Estado, insistiendo con ello, en que se acceda a las súplicas de la demanda.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Actuando debidamente representada y dentro del término legal otorgado, la Nación – Ministerio de Educación – FOMAG contestó la demanda (páginas 77 a 86 del documento nº 01 del expediente digital) para oponerse a la prosperidad de las pretensiones con sustento en que el acto atacado está ajustado a derecho.

Expuso que en virtud de las competencias y disposiciones del Decreto 2831 de 2005, la atención de las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales que paga el FOMAG, son efectuadas a través de las Secretarías de Educación de las entidades territoriales certificadas o la dependencia que haga sus veces.

Manifestó que dicho decreto es de carácter especial por medio del cual se reglamentó el inciso 2 del artículo 3 y el numeral 6 del artículo 7 de la Ley 91

de 1989 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, por la que se creó un procedimiento exclusivo para el trámite de las solicitudes de reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes afiliados al FOMAG.

Con fundamento en sentencia C-448 de 1996 de la Corte Constitucional y sentencia de unificación del Consejo de Estado, indicó que es improcedente reclamar indexación además de la sanción moratoria, por cuanto se entiende que ésta no sólo cubre la actualización monetaria sino que incluso es superior a ella.

Propuso como excepciones las que denominó: “**FALTA DE INTEGRACIÓN DEL LITISCONSORCIO NECESARIO**”, por considerar que el trámite de reconocimiento y pago de las prestaciones económicas a cargo del FOMAG es efectuado a través de las Secretarías de Educación en asocio con la fiduciaria La Previsora, de manera que el Ministerio de Educación no tiene injerencia alguna sobre el particular; y “**COBRO DE LO NO DEBIDO**”, por cuanto la suma por concepto de cesantías quedó a disposición de la parte demandante oportunamente, y fue ésta quien no hizo el retiro en el tiempo establecido, siendo necesario reprogramar la transacción. Adicionalmente expuso que es improcedente la indexación de la sanción moratoria.

LA SENTENCIA APELADA

El 3 de marzo de 2020, el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia en el asunto de la referencia (páginas 185 a 194 del documento nº 01 del expediente digital), a través de la cual negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte actora. Lo anterior, con fundamento en las siguientes consideraciones.

Inicialmente explicó que la Ley 1071 de 2006 es aplicable a los docentes, según precisión hecha por el Consejo de Estado en sentencia de unificación del 18 de julio de 2018.

A continuación se refirió a la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, precisando el momento a partir del cual se causa, conforme a las reglas adoptadas por el Consejo de Estado en la referida sentencia de unificación.

Sostuvo que a la luz de la normativa y jurisprudencia aplicables al caso concreto, a la parte actora no le asiste derecho al reconocimiento y pago de sanción moratoria derivada de [un ajuste a las cesantías definitivas](#) reconocidas, en tanto la mora no se causa por el reajuste de la prestación sino por el retardo en el reconocimiento y pago de la misma. Precisó que la

sanción castiga la demora en el pago pero no el error en la liquidación. Sobre el particular, trajo apartes de providencias del Consejo de Estado.

Finalmente y con base en pronunciamiento del Consejo de Estado, la Juez *a quo* acudió a un criterio objetivo para la condena en costas, al constatar que, independientemente de la conducta de las partes, aquellas se causaron al menos en lo que respecta a las agencias en derecho.

EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada por la Juez *a quo*, actuando dentro del término legal, la parte actora interpuso recurso de apelación contra el fallo de primera instancia (páginas 199 a 205 del documento nº 01 del expediente digital), manifestando que de conformidad con la teleología de las cesantías, la sanción moratoria es procedente, habida cuenta que tanto el acto inicial de reconocimiento de la prestación como aquél que posteriormente la ajustó, reconocieron valores a la parte actora por concepto de cesantías.

En efecto, expuso que la actuación para el reconocimiento y pago del excedente de las cesantías no reconocido inicialmente transgredió los términos de la Ley 1071 de 2006 y, por tanto, procede la sanción moratoria.

Precisó que los apartes jurisprudenciales no aplican al caso concreto, toda vez que no se discute si el nominador dispuso en tiempo los valores correspondientes a la liquidación anual de cesantías.

Adujo que no puede estimarse la omisión de la entidad, pues luego de omitir factores salariales para la liquidación de las cesantías y de corregir el yerro, vulneró los términos para reconocer y pagar la suma pendiente de la prestación.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante

Guardó silencio.

Nación – Ministerio de Educación – FOMAG (documento nº 10 del expediente digital)

Intervino para manifestar que no es posible acceder a las pretensiones de la demanda, como quiera que, de conformidad con la normatividad y jurisprudencia aplicable, no hay lugar a la configuración de la sanción

moratoria por el reconocimiento y/o pago tardío del reajuste de la prestación económica. Sobre el particular, citó apartes de pronunciamientos del Consejo de Estado.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Agente del Ministerio Público emitió concepto en este asunto (documento n° 15 del expediente digital), a través del cual solicitó confirmar la providencia recurrida, por considerar que la sanción por mora no aplica en caso de reajustes de las cesantías ya reconocidas o pagadas.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Reparto. Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 30 de septiembre de 2020 (documento n° 06 del expediente digital), y allegado el 27 de noviembre del mismo año al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (documento n° 07, ibídem).

Admisión y alegatos. Por auto del 27 de noviembre 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 (documento n° 07 del expediente digital). La parte demandada alegó de conclusión (documento n° 10, ibídem). El Ministerio Público emitió concepto en esta oportunidad (documento n° 15 del expediente digital).

Paso a Despacho para sentencia. El 17 de febrero de 2021 el proceso de la referencia ingresó a Despacho para sentencia (documento n° 16 del expediente digital), la que procede a dictarse a continuación, 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 actora contra la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, en los estrictos términos propuestos en aquél.

Problema jurídico

En el presente asunto, el problema jurídico se contrae a despejar los siguientes interrogantes:

- *¿Le asiste derecho a la parte actora a que con fundamento en el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, se le reconozca y pague sanción moratoria, con ocasión del nuevo pago que hizo la parte demandada en virtud del reajuste de las cesantías ya reconocidas y pagadas?*
- *En caso positivo, deberá establecerse ¿a qué entidad le corresponde el reconocimiento y pago de la sanción moratoria?, ¿cuál es el salario base para liquidar la sanción moratoria?, y si ¿la condena al pago debe reajustarse tal y como lo ordena el inciso final del artículo 187 del CPACA?*

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** hechos probados; **ii)** sanción moratoria por el pago extemporáneo de cesantías; **iii)** causación de la sanción moratoria; **iv)** unificación jurisprudencial sobre la materia; **v)** sanción moratoria por el ajuste de la cesantía; y **vi)** examen del caso concreto.

1. Hechos debidamente acreditados

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

- a) El 14 de septiembre de 2015, la señora María Victoria Ospina Alzate solicitó el reconocimiento y pago de cesantía definitiva, correspondiente a los servicios prestados como docente en el Departamento de Caldas (página 27 del documento n° 03 del expediente digital).
- b) Por Resolución n° 1871-6 del 3 de marzo de 2016 (páginas 27 y 28 del documento n° 03 del expediente digital), la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, actuando en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, reconoció cesantía definitiva a favor de la parte accionante.
- c) El 30 de octubre de 2017, la parte actora solicitó reajustar las cesantías reconocidas incluyendo en la liquidación de las mismas la prima de servicios y la bonificación mensual. Adicionalmente, pidió que sobre el monto de la reliquidación se ordenara el reconocimiento de indexación o

intereses hasta la fecha en que se efectuara el pago (páginas 39 a 41 del documento n° 01 del expediente digital).

- d) Con Resolución n° 4537-6 del 23 de mayo de 2018 (páginas 43 y 44 del documento n° 01 del expediente digital), la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas modificó la Resolución n° 1871-6 del 3 de marzo de 2016, incrementando el valor a reconocer por liquidación definitiva de cesantías, por lo que ordenó cancelar las diferencias causadas por tal concepto.
- e) El citado acto administrativo fue notificado el 28 de mayo de 2018 a la parte actora, la cual renunció a términos (página 44 del documento n° 01 del expediente digital).
- f) De conformidad con certificación expedida por la FIDUPREVISORA S.A. (página 45 del documento n° 01 del expediente digital), el 21 de julio de 2018 fue puesto a disposición de la parte demandante el valor por concepto de cesantías reconocido mediante Resolución n° 4537-6 del 23 de mayo de 2018.
- g) Según se asegura en la demanda, el 2 de octubre de 2018, la parte accionante solicitó ante la entidad demandada el reconocimiento y pago de sanción moratoria desde cuando radicó la solicitud de cesantías hasta cuando se hizo efectivo el pago de las mismas (páginas 55 a 61 del documento n° 01 del expediente digital).
- h) La entidad accionada no profirió acto expreso negando la petición presentada por la parte accionante.

2. Sanción moratoria por el pago extemporáneo de cesantías

El artículo 4 de la Ley 1071 de 2006³ estableció que la entidad a cargo del reconocimiento y pago de las cesantías tiene un plazo máximo de quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, para expedir la resolución correspondiente, si el solicitante reúne todos los requisitos determinados en la ley⁴.

³ “Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación”.

⁴ El artículo 4 de la Ley 1071 de 2006 dispone: “**ARTÍCULO 4o. TÉRMINOS.** Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley. **PARÁGRAFO.** En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informársele al

Por su parte, el artículo 5º de la misma Ley 1071 de 2006, relativo a la mora en el pago de tal prestación, en su primer inciso prevé que para efectuar el pago la entidad dispone de un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles contado a partir de la fecha en que quede en firme el acto administrativo que lo ordena⁵.

Las normas citadas se encuentran dotadas de enunciados propios de las reglas deónticas o regulativas, que mandan, permiten, prohíben o castigan. De ahí que este Tribunal Administrativo haya sostenido en múltiples providencias que la Ley 1071 de 2006 es una típica regla o norma jurídica de acción, destinada a evitar ponderación alguna por parte de la administración, por cuanto una vez reunidas las condiciones de aplicación, los términos empleados en la preceptiva legal son concluyentes y perentorios, tal como acaece respecto del reconocimiento y pago oportuno de las cesantías.

En sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado del 27 de marzo 2007, con ponencia del Dr. Jesús María Lemus Bustamante⁶, se precisó que “(...) la Ley 244 de 1995, artículo 1, al establecer un término perentorio para la liquidación de las cesantías definitivas buscó que la administración expidiera la resolución en forma oportuna y expedita para evitar corrupción, favorecimientos indebidos y perjuicios a los trabajadores. (...)”; afirmación que se predica igualmente frente a la Ley 1071 de 2006, modificatoria de la Ley 244 de 1995.

En la exposición de motivos del proyecto de ley que a la postre se convirtió en la Ley 244 de 1995, la cual fue adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006, se precisó que la finalidad de la norma era la de lograr el pago puntual de las cesantías del servidor público, mediante un cronograma y un procedimiento ágil, que evitaran que aquél recibiera una suma devaluada⁷.

petionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes. Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo”.

⁵ Preceptúa el artículo 5º de la Ley 1071 de 2006: “**ARTÍCULO 5º. MORA EN EL PAGO.** La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la (sic) cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro”.

⁶ Rad. 76001-23-31-000-2000-02513-01(IJ). Consejero Ponente: Jesús María Lemos Bustamante.

⁷ Ver Gaceta del Congreso 225 de 1995, página 1. En efecto, en aquella oportunidad se indicó: “(...) Si bien es cierto el inciso tercero del artículo 53 de la Constitución Nacional establece que ‘...el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales...’, ello no significa que las demás prestaciones y retribuciones por el trabajo no deban ser pagadas oportunamente. Todo lo contrario, los salarios y prestaciones sociales deben ser pagados oportunamente entre otras razones porque ese fruto es el sustento de los trabajadores y de sus familias. // No obstante lo anterior, la vida diaria enseña que una persona especialmente en relación a los servidores públicos, comienza un largo proceso de burocracia y de

La Corte Constitucional ha reconocido en innumerables ocasiones que las cesantías deben pagarse completa y oportunamente a los trabajadores, so pena de violar sus derechos fundamentales⁸.

Por otra parte, debe aclararse que la exigencia contenida en el artículo 14 de la Ley 344 de 1996, en punto al deber de contar con apropiación presupuestal para todo gasto público, no constituye una excusa para no reconocer y pagar oportunamente las cesantías a los trabajadores, pues el tiempo prudencial concedido por la Ley 1071 de 2006 en armonía con el artículo 345 de la Carta Política, que se ha calculado en total en 65 o 70 días, es suficiente para efectuar los trámites administrativos correspondientes.

Adicionalmente, hay que considerar que el reconocimiento y pago oportuno no se opone al cumplimiento del orden en que debe pagarse las cesantías, conforme lo manda el artículo 6 de la Ley 1071 de 2006, porque la teleología de la norma es la pronta atención de las solicitudes de liquidación de las cesantías (parciales o definitivas). No puede olvidarse que las cesantías son ahorros del servidor público, que está administrando el Estado-empleador, para entregar al servidor en el momento que lo necesite, bien cuando quede cesante de manera definitiva, o bien en los eventos contemplados en la ley, que autoriza el anticipo parcial de las mismas, para vivienda o educación, básicamente.

Lo anterior permite colegir que, sin importar que en el trámite para el reconocimiento y pago de las cesantías deban concurrir o no varias entidades, los términos perentorios contenidos en la Ley 1071 de 2006 sobre el particular, deben cumplirse so pena de la sanción moratoria de un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago, que prevé el parágrafo de su artículo 5⁹.

tramitología para lograr el cobro de sus cesantías, bien porque requiera la liquidación parcial o porque ha terminado su vinculación laboral con la administración; circunstancias éstas que traen consigo, como es sabido, la posibilidad y efectividad de corrupción, porque ante la necesidad económica del trabajador, se hace presente la mordida o coima para los funcionarios que están en la obligación de hacer esos trámites (...).

⁸ En la sentencia T-777 de 2008, la Corte expresó lo siguiente sobre las cesantías parciales: “(...) (iv) igualmente reiteró que desde el punto de vista de la entidad pública obligada, ésta, de conformidad con el artículo 345 de la Constitución, no podría efectuar el correspondiente gasto público sin la suficiente disponibilidad presupuestal, pero no lo es menos que, por una parte, el tiempo que transcurra entre la liquidación y el desembolso, inclusive por causas presupuestales, implica un deterioro del poder adquisitivo de la moneda, y por otra, que el costo respectivo no debe asumirlo el trabajador sino el patrono. Si éste desea que tal costo disminuya, habrá de procurar el pronto pago, mediante la agilización de los trámites presupuestales, pero no le será lícito prolongar indefinidamente la iniciación de los mismos, cargando al trabajador con las consecuencias. (...)”.

⁹ El parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006 prevé: “En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la

3. Causación de la sanción moratoria

En sentencia del Consejo de Estado del 27 de marzo de 2007¹⁰, se expuso con suficiencia que de reconocerse y pagarse las cesantías tardíamente, se debe computar el término desde la fecha de presentación de la solicitud de liquidación o anticipo. Además, el Alto Tribunal sostuvo que cuando la Administración resuelve la solicitud de liquidación de cesantías en forma tardía, el término para que se genere la indemnización moratoria debe contarse desde la fecha en la cual el interesado radicó la petición de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, es decir, quince (15) días hábiles que tiene la entidad para expedir la resolución, más cinco (5) días hábiles que corresponden a la ejecutoria, más cuarenta y cinco (45) días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución, para un total de 65 días hábiles, transcurridos los cuales se causará la sanción moratoria¹¹.

Hay que tener en cuenta que cuando el Consejo de Estado en la mencionada sentencia hizo relación a 5 días de ejecutoria, se refería a las disposiciones del anterior Código Contencioso Administrativo, pero actualmente hay que entender que si la solicitud se hace en vigencia de la Ley 1437 de 2011, como la ejecutoria del acto administrativo se configura a los 10 días, deberán sumarse 5 días más para el cálculo que hizo entonces el Alto Tribunal, quedando un total de 70 días hábiles.

4. Unificación de jurisprudencia

entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este”.

¹⁰ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Jesús María Lemos Bustamante. Sentencia del 27 de marzo de 2007. Radicado número: 76001-23-31-000-2000-02513-01(IJ).

¹¹ Señaló textualmente en dicha providencia el Consejo de Estado: “Cuando la Administración resuelve el requerimiento del servidor público sobre la liquidación de sus cesantías en forma tardía buscando impedir la efectividad conminatoria de la sanción de que trata el artículo 2 de la Ley 244 de 1995 [entiéndase también la Ley 1071 de 2006], el tiempo a partir del cual comienza a correr el término para que se genere la indemnización moratoria debe contarse desde la fecha en la cual el interesado radicó la petición de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, es decir, quince (15) días hábiles que tiene la entidad para expedir la resolución, más cinco (5) días hábiles que corresponden a la ejecutoria, en el evento de que la resolución de reconocimiento hubiere sido expedida, con la salvedad a que alude el mismo precepto, más cuarenta y cinco (45) días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución, para un total de 65 días hábiles, transcurridos los cuales se causará la sanción moratoria. // Para la Sala resulta claro que ante la ausencia de pronunciamiento sobre la liquidación de las cesantías definitivas deben contarse los términos en la forma indicada para que la norma tenga efecto útil y hacer efectiva la capacidad conminatoria de la sanción prevista por la Ley 244 de 1995, pues, de no acudir a este medio, el cometido proteccionista de los derechos del servidor público que animó a la ley, se vería, paradójicamente, burlado por la propia ley dado que la administración simplemente se abstendría de proferir la resolución de reconocimiento de las cesantías definitivas para no poner en marcha el término para contabilizar la sanción, produciéndose un efecto perverso con una medida instituida para proteger al ex servidor público cesante”.

En sentencia de unificación proferida el 18 de julio de 2018¹², el Consejo de Estado se pronunció en relación con la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías a los docentes, sentando las siguientes reglas jurisprudenciales:

3.5.1 **Unificar jurisprudencia** en la sección segunda del Consejo de Estado, para señalar que el **docente oficial**, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.

3.5.2 **Sentar jurisprudencia** precisando que cuando el acto que reconoce las cesantías se expide por fuera del término de ley, o cuando no se profiere; la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, término que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago.

194. Así mismo, en cuanto a que el acto que reconoce la cesantía debe ser notificado al interesado en las condiciones previstas en el CPACA, y una vez se verifica la notificación, iniciará el cómputo del término de ejecutoria. Pero si el acto no fue notificado, para determinar cuándo corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley para que la entidad intentara notificarlo personalmente, esto es, 5 días para citar al peticionario a recibir la notificación, 5 días para esperar que compareciera, 1 para entregarle el aviso, y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio. De igual modo, que cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto de reconocimiento adquiere firmeza a partir del día que así lo manifieste. En ninguno de estos casos, los términos de notificación correrán en contra del empleador como computables para sanción moratoria.

195. De otro lado, también se **sienta jurisprudencia** precisando que cuando se interpone el recurso, la ejecutoria correrá 1 día después que se notifique el acto que lo resuelva. Si el recurso no es resuelto, los 45 días para el pago de la cesantía, correrán pasados 15 días de interpuesto.

3.5.3 **Sentar jurisprudencia** señalando que, tratándose de cesantías definitivas, el salario base para calcular la sanción moratoria será la asignación básica vigente en la fecha en que se produjo el retiro del servicio del servidor público; a diferencia de las cesantías parciales, donde se deberá tener en cuenta para el mismo efecto la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora, sin que varíe por la prolongación en el tiempo.

3.5.4 **Sentar jurisprudencia**, reiterando que es improcedente la indexación de la sanción moratoria. Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 187 del

¹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Sentencia del 18 de julio de 2018. Radicación número: 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15).

CPACA.” (Resaltado original del texto).

5. Sanción moratoria por el ajuste de la cesantía

En relación con el reconocimiento de sanción moratoria por un nuevo pago hecho en virtud de una reliquidación de las cesantías ya reconocidas y pagadas, el Consejo de Estado se pronunció en providencia del 13 de agosto de 2018¹³, en la que expuso:

Sobre la sanción moratoria en relación con la reliquidación de las cesantías

51. Por otra parte, el demandante pretende que se le pague la indemnización moratoria sobre el valor que resulte de la reliquidación de las cesantías con la inclusión de los factores salariales prima de servicios y prima de vacaciones. Al respecto, la corporación ha efectuados pronunciamientos en los cuales ha señalado que las (sic) finalidad del legislador fue determinar el término perentorio dentro del cual, la entidad debe reconocer y pagar las cesantías definitivas de los servidores públicos, y que una diferencia en la liquidación de aquellas no conlleva a la autoridad judicial a imponer la sanción frente a una circunstancia fáctica que no se encuentra prevista en la ley¹⁴.

52. Conforme a lo anterior, se tiene que precisar que si bien es cierto que en éste se causó una diferencia en la liquidación de las cesantías, al no tenerse en cuenta los factores prima de servicio y de vacaciones, también lo es que el pago tardío de dicha diferencia, no se puede considerar como mora en la pago de la prestación y, por ende, tenga la connotación de generar la sanción a que alude la norma, pues, es precisamente ésta la que no contempla esa posibilidad, es decir, que sobre el pago tardío de una diferencia resultante en la liquidación de la cesantía, la entidad pueda ser condenada al pago de la sanción moratoria que fue creada por la ley únicamente para los casos en que exista mora en el reconocimiento y pago de la prestación, y no de su reliquidación. En consecuencia, no hay lugar al reconocimiento de la sanción moratoria en los casos en los cuales haya reliquidación de las cesantías, al no incluirse algún factor salarial. (Líneas fuera de texto).

En igual sentido, dicha Corporación sostuvo lo siguiente en sentencia del 4

¹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Sentencia del 13 de agosto de 2018. Radicación número: 73001-23-33-000-2014-00539-01(4485-15).

¹⁴ Cita de cita: Al respecto: Subsección A. Sentencia de 9 de abril de 2014. Rad. 13001-23-31-000-2007-00225-01(1483-13). C.P. Luis Rafael Vergara Quintero.; Subsección B. Sentencia de 8 de septiembre de 2017. Rad. 08001233300020140035501. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. En el mismo sentido, sentencias de 17 de agosto de 2017. Rad. 08001233300020140035501; Sentencia de 18 de mayo de 2017. Rad. 66001233300020130021301.

de octubre de 2018¹⁵:

Para tal efecto, la Sala considera que no hay lugar al reconocimiento solicitado conforme a lo prescrito en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en el entendido que no se tiene como fundamento el pago tardío del auxilio de cesantías, sino el no pago oportuno de los reajustes salariales y prestacionales, o, lo que es mejor, la diferencia de valor que se generó por el reajuste ordenado tardíamente por la entidad.

Al respecto, esta Corporación, en reiteradas ocasiones, ha sostenido que la sanción moratoria por la inoportuna consignación de las cesantías no procede respecto de las diferencias de valor de dicha prestación, en los siguientes términos:

*En el caso analizado, la entidad demandada sí reconoció oportunamente las prestaciones y cesantías definitivas del demandante al momento de su desvinculación¹⁶; sin embargo, con ocasión de la expedición de la sentencia C- 1433 de 2000 y del Decreto 2720 de diciembre 27 de 2000, se **causó una diferencia en la liquidación de las mismas, pero el pago inoportuno de esa diferencia no puede considerarse mora en la consignación de tal prestación, que tenga la magnitud de generar la sanción a que alude la norma trascrita.***¹⁷ (Resaltado fuera de texto).

Esta Subsección, en sentencia del 17 de octubre de 2017, dentro del expediente con radicación No. 080012333000201200017101 (2839-14), con ponencia de la doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez, señaló:

“(…) En tal sentido, si bien se causó una diferencia en la liquidación de las cesantías definitivas, la cancelación pago inoportuna de esa diferencia no puede considerarse mora en la pago de tal prestación, que tenga la magnitud de generar la sanción a que alude la norma señalada.

(…)

*La Sección Segunda del Consejo de Estado, ha sostenido que la finalidad del legislador con la norma aludida, fue determinar el término perentorio para el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas de los servidores públicos, sin que una diferencia en la liquidación de la prestación social, conlleve a la autoridad judicial a imponer la sanción frente a una circunstancia fáctica que no se encuentra prevista en la ley*¹⁸. (Negrilla y

¹⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejero Ponente: Dr. César Palomino Cortés. Sentencia del 4 de octubre de 2018. Radicación número: 08001-23-33-000-2014-00420-01(3490-15).

¹⁶ Cita propia del texto transcrito: Folios 14 a 16.

¹⁷ Cita de cita: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 9 de abril de 2014, radicación 13001-23-31-000-2007-00225-01, número interno 1483-13. M.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

¹⁸ Cita propia del texto transcrito: Al respecto: Subsección A. Sentencia de 9 de abril de 2014. Rad.

líneas son del texto).

También en sentencia del 16 de mayo de 2019¹⁹, el Consejo de Estado ratificó la anterior posición de la siguiente manera:

*Sobre el particular, esta Subsección²⁰ expresó que, «como lo estableció la sentencia de unificación CE-SUJ2 No. 004 de 2016,²¹ **la sanción moratoria no es accesoria a la prestación social – cesantías**, pues si bien se causan en torno a ella, no dependen directamente de su reconocimiento o en este caso, de un ajuste de la asignación salarial base de liquidación de la prestación social, pues su origen es excepcional y tiene lugar por disposición de la ley a título de correctivo pecuniario por la inobservancia de la fecha en que se debe efectuar la consignación del valor correspondiente por el auxilio causado en cada anualidad, tiene como finalidad penalizar a las entidades que incurran en mora, en atención a la importancia de dicho emolumento, según lo señalado por la Corte Constitucional²²».*

En pocas palabras, por el reajuste de la liquidación de cesantías, después de haberse cancelado el monto que se adeudaba, no puede imponérsele a la Administración una pena de mora tan severa (de un día de salario por uno de retardo), puesto que, además de no estar establecida en disposición legal alguna para los casos de ajuste, desborda la finalidad para la que fue creada: castigar el retraso en el pago.

De lo anterior puede concluirse que el Máximo Tribunal en lo Contencioso Administrativo ha sido reiterativo en considerar que el legislador no previó dentro de los supuestos de hecho que generan la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990 o de la Ley 244 de 1995 (modificada por la Ley 1071 de 2006) el pago tardío de reajuste de las cesantías reconocidas en acto anterior, sino que dicha sanción únicamente es procedente frente al reconocimiento y pago tardío de las cesantías liquidadas inicialmente, mas no así, se insiste, en relación con el pago tardío de un reajuste reconocido respecto de las mismas.

13001-23-31-000-2007-00225-01(1483-13). C.P. Luis Rafael Vergara Quintero.; Subsección B. Sentencia de 8 de septiembre de 2017. Rad. 08001233300020140035501. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. En el mismo sentido, sentencias de 17 de agosto de 2017. Rad. 08001233300020140035501; Sentencia de 18 de mayo de 2017. Rad. 66001233300020130021301.

¹⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejero Ponente: Dr. Carmelo Perdomo Cuéter. Sentencia del 16 de mayo de 2019. Radicación número: 17001-23-33-000-2013-00576-01(4738-14).

²⁰ Cita de cita: Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sentencia de 8 de septiembre de 2017, expediente: 08001 23 33 000 2014 00355 01 (3310-2015), consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, actor: Filberto Franco Núñez, demandado: departamento del Atlántico, Contraloría General del Atlántico.

²¹ Cita de cita: Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sentencia de 25 de agosto de 2016, expediente: 08001 23 31 000 2011 00628-01 (0528-14), unificación jurisprudencial CE-SUJ004 de 2016, consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, actora: Yesenia Esther Hereira Castillo.

²² Corte Constitucional, sentencia C-448 de 1996. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

6. Examen del caso concreto

Descendiendo al caso que convoca la atención de esta Sala, se encuentra acreditado que la parte actora presentó una solicitud inicial de reconocimiento de cesantías definitivas el 14 de septiembre de 2015, la cual fue resuelta mediante Resolución n° 1871-6 del 3 de marzo de 2016, sin que se conozca la fecha en que dicho pago fue puesto a disposición de la parte demandante. Se precisa que en la demanda no se reclama que este desembolso hubiera sido tardío.

Encuentra la Sala que posteriormente la parte actora presentó una petición de reajuste de las cesantías, y que luego solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria. Se observa que las cesantías fueron reajustadas y que se negó lo relativo a la sanción moratoria.

Conforme a lo anterior, es claro para este Tribunal que la parte actora solicita el reconocimiento de la sanción moratoria por estimar que la misma se causa por la liquidación inexacta de las cesantías al no haberse incluido la prima de servicios y la bonificación mensual, lo que implicó la expedición de un nuevo acto administrativo que reajustó la prestación social.

Al respecto, tal como se anotó en acápite anterior, este Tribunal considera que el reajuste de las cesantías o la diferencia originada por la reliquidación de las mismas, no se encuentra enmarcada dentro de los supuestos normativos para que se genere la sanción moratoria, pues ello no implica que la prestación se hubiese pagado en forma inoportuna o de forma tardía.

Debe tenerse en cuenta que el FOMAG reconoció la cesantía definitiva y la canceló de conformidad con la liquidación que dio a conocer a la parte actora; decisión contra la cual la parte interesada no interpuso recurso alguno y sólo hasta el 30 de octubre de 2017, es decir, más de 2 años después de haberse reconocido las cesantías, solicitó la reliquidación de tal prestación. Por lo anterior, no sería razonable ni ajustado a derecho imponer al Estado una sanción económica por el tiempo durante el cual la parte actora no ejecutó ninguna acción para la defensa de sus intereses y el acto administrativo de reconocimiento se encontraba en firme.

De otra parte, debe advertirse que la mora es una sanción y, por tanto, conforme a la dogmática sancionatoria, se requiere una norma especial que establezca cuál es la causal para imponerla. La Sala observa que en el presente asunto no se invocó por la parte demandante disposición alguna que prevea una sanción moratoria en caso de reliquidación o reajuste de

cesantías, y al no poder aplicarse por analogía la penalidad establecida para el pago tardío de las cesantías iniciales, el derecho reclamado no puede reconocerse.

Finalmente es preciso recordar que este Tribunal Administrativo ya ha emitido pronunciamientos en el mismo sentido en casos semejantes al que convoca la atención de esta Sala.

Conclusión

De conformidad con lo expuesto en esta providencia, estima esta Corporación que la parte demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria que reclama por la supuesta inoportuna consignación del valor reconocido por concepto del reajuste de sus cesantías definitivas, razón por la cual habrá de confirmarse la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales.

Costas

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

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

FALLA

Primero. CONFÍRMASE la sentencia del tres (3) de marzo de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las pretensiones de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora María Victoria Ospina Alzate 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. RECONÓCESE personería jurídica a la abogada TANIA HIRLENY CELEITA BOLAÑOS, identificada con la cédula de ciudadanía n° 1.018'469.452 expedida en Bogotá, y portadora de la tarjeta profesional n° 274.993 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar como apoderada de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio conforme a la sustitución de poder que obra en el documento n° 11 del expediente digital.

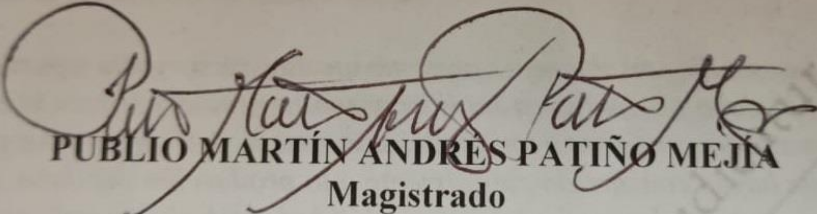
Cuarto. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

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

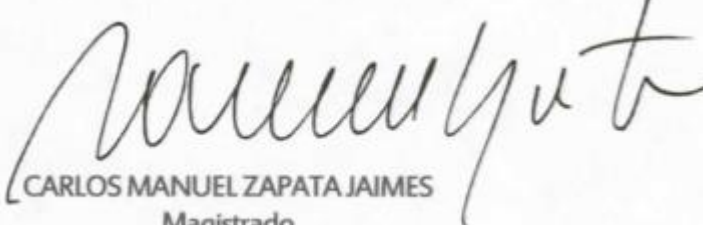
Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 050

FECHA: 23/03/2021

HÉCTOR JAIME
CASTAÑEDA



SECRETARIO

CASTRO



República de Colombia
Honorable Tribunal Administrativo de Caldas
Sala quinta especial de decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Decide solicitud aclaración y adición

Asunto:	Sentencia de segunda instancia
Medio de control:	Nulidad Electoral
Radicación:	17001-33-33-004-2020-00009-02
Demandante:	Astrid Lorena Aristizábal Serna
Demandados:	Escuela Superior de Administración Pública – ESAP Concejo Municipal de Risaralda - Maryuri Álvarez Pérez
Acto judicial	Auto interlocutorio 032

Manizales, dieciséis (16) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

Proyecto discutido y aprobado en sala ordinaria de la fecha.

§01. **Síntesis:** La señora MARYURI ÁLVAREZ PÉREZ, demandada, solicitó se aclare la sentencia proferida en el proceso de la referencia, sobre la forma de aplicar la sentencia. La sala niega la petición, porque se refiere a aspectos que debieron ser solicitados en la apelación de la sentencia de primera instancia, la cual fue confirmada en su integridad por la Sala.

§02. La sala de decisión del Tribunal Administrativo de Caldas decide la solicitud presentada por la señora MARYURI ÁLVAREZ PÉREZ, demandada, para la aclaración de la sentencia de segunda instancia proferida el 14 de diciembre de 2020 en la acción electoral promovida por Astrid Lorena Aristizábal Serna, parte demandante, en contra de Jorge William Hernández Rivera, el Concejo de Risaralda (Caldas), y la Escuela Superior de Administración Pública- ESAP-, parte demandada.

1. Antecedentes

§03. El 14 de diciembre de 2020 el Tribunal Administrativo de Caldas dictó sentencia de segunda instancia en el proceso de la referencia.

§04. En la sentencia se confirmó la sentencia de primera instancia proferida el 11 de septiembre de 2020 por el Juzgado Cuarto Administrativo del circuito de Manizales, que declaró la nulidad de la elección de la señora Maryuri Álvarez Pérez como personera municipal del Municipio de Risaralda. Además, añadió:

“TERCERO. - ORDENAR a la ESCUELA SUPERIOR DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA-ESAP, que a la mayor brevedad, integre nuevamente y remita al Concejo Municipal de Risaralda- Caldas la Lista de Elegibles para el cargo de Personero Municipal vigencia 2020-2024, incluyendo en la misma a los participantes del concurso de méritos que hicieron uso de la posibilidad de multi-inscripción el 1 de noviembre de 2019, optando para ese municipio, y que alcanzaron la puntuación requerida para acceder a la misma.

CUARTO. - ORDENAR al CONCEJO MUNICIPAL DE RISARADA- CALDAS, que una vez recibida la nueva Lista de Elegibles proceda a agotar la etapa de entrevista a sus integrantes, defina quién ocupará el cargo de Personero Municipal para la vigencia 2020-2024 y programe su posesión a la mayor brevedad.”

§05. La sentencia fue notificada personalmente por correo electrónico a las partes (art. 8 Dec. 806/2020) y en estado del 18 de diciembre de 2020.

§06. El 13 de enero de 2020 la apoderada de la señora MARYURI ÁLVAREZ PÉREZ, demandada, solicitó la aclaración de la sentencia en los siguientes términos:

§06.1. En la sentencia de primera instancia parece que se entendiera que la lista de elegibles se debe agregar con quienes hicieron uso de la multi-inscripción y superaron las pruebas. Esto implica que deben calificarse todas las pruebas, pues la reclasificación implica la modificación de los puntajes en relación con los aspirantes que se presenten en el concurso por el municipio de Risaralda.

§06.2. Seguidamente, se enlistaron una serie de situaciones hipotéticas que podrían pasar debido a que se tenga en cuenta a las personas que en la etapa de multi-inscripción optaron por la personería del municipio de Risaralda.

§06.3. De esta manera, se redactan los siguientes interrogantes:

“1. ¿Debe respetarse el puntaje de las personas que se inscribieron por única vez al municipio de Risaralda, Caldas, los cuales quedaron plasmados en la lista de elegibles remitida el 30 de diciembre de 2019 al Concejo de la misma municipalidad, y sólo calificar la prueba de los multi-inscritos a este municipio y complementar la lista de elegibles que ya existe?

2. Por el contrario, debe volverse a recalificar todos los exámenes de las personas que se inscribieron en el municipio de Risaralda, Caldas como única opción, como de aquéllos que se multi-inscribieron, lo cual puede generar mayores traumatismos por las consecuencias arriba mencionadas (que personas que hubiesen superado la prueba de conocimientos y tuvieran puntajes altos, tengan un puntaje menor o incluso que sean eliminadas, y viceversa)?

3. En uno u otro caso, ¿debe adelantarse de nuevo una etapa de reclamaciones para que las personas recurran los puntajes obtenidos en cada una de las fases, esto es, la prueba de conocimientos, la prueba de competencias laborales y la evaluación de antecedentes?

4. *Mientras se surte el proceso de recalificación o de complementación de la lista de elegibles quien quedará a cargo de la Personería Municipal de Risaralda, Caldas, teniendo en cuenta que las labores desempeñadas por el (la) Personero (a) son esenciales para garantizar los derechos fundamentales de la comunidad risaraldita y de los sujetos de especial protección constitucional como niños, ancianos, víctimas del conflicto armado, mujeres en estado de gravidez, reclusos, entre otros.”*

§07. Para resolver la solicitud objeto de análisis, se hacen las siguientes,

2. Consideraciones

§8. Los artículos 285, 286 y 287 del Código General del Proceso (CGP)¹, aplicables por remisión del artículo 306 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA)², establecen en relación con la aclaración, corrección y adición de las providencias, lo siguiente:

ARTÍCULO 285. ACLARACIÓN. *La sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la pronunció. Sin embargo, podrá ser aclarada, de oficio o a solicitud de parte, cuando contenga conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidas en la parte resolutive de la sentencia o influyan en ella.*

En las mismas circunstancias procederá la aclaración de auto. La aclaración procederá de oficio o a petición de parte formulada dentro del término de ejecutoria de la providencia.

La providencia que resuelva sobre la aclaración no admite recursos, pero dentro de su ejecutoria podrán interponerse los que procedan contra la providencia objeto de aclaración.

ARTÍCULO 286. CORRECCIÓN DE ERRORES ARITMÉTICOS Y OTROS. *Toda providencia en que se haya incurrido en error puramente aritmético puede ser corregida por el juez que la dictó en cualquier tiempo, de oficio o a solicitud de parte, mediante auto.*

Si la corrección se hiciere luego de terminado el proceso, el auto se notificará por aviso.

Lo dispuesto en los incisos anteriores se aplica a los casos de error por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén contenidas en la parte resolutive o influyan en ella.

ARTÍCULO 287. ADICIÓN. *Cuando la sentencia omita resolver sobre cualquiera de los extremos de la litis o sobre cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento, deberá adicionarse por medio de sentencia complementaria, dentro de la ejecutoria, de oficio o a solicitud de parte presentada en la misma oportunidad.*

¹ En adelante, CGP.

² En adelante, CPACA.

El juez de segunda instancia deberá complementar la sentencia del inferior siempre que la parte perjudicada con la omisión haya apelado; pero si dejó de resolver la demanda de reconvención o la de un proceso acumulado, le devolverá el expediente para que dicte sentencia complementaria.

Los autos solo podrán adicionarse de oficio dentro del término de su ejecutoria, o a solicitud de parte presentada en el mismo término.

Dentro del término de ejecutoria de la providencia que resuelva sobre la complementación podrá recurrirse también la providencia principal.

§9. Como se observa, la aclaración de la sentencia procede de oficio o a solicitud de parte dentro del término de ejecutoria de esta.

§10. A voces del artículo 302 del CGP, la providencia dictada fuera de audiencia queda ejecutoriada tres (3) días después de notificada, cuando carece de recursos, como ocurre en el presente caso.

§11. Para el caso concreto, la sentencia del Tribunal fue notificada el 18 de diciembre de 2020 en forma personal a los correos electrónicos de las partes, conforme al artículo 8 del Decreto 806 de 2020.

§12. En ese sentido, a la luz de lo dispuesto en el artículo 290 del CPACA, la aclaración de la sentencia puede solicitarse dentro de los dos días siguientes del CGP antes citado, la providencia quedó en firme el 14 de enero de 2021, de manera que la solicitud de aclaración radicada el 13 del mismo mes y año, fue presentada en término.

§13. Analizado el memorial de aclaración presentado por la Doctora MARYURI ÁLVAREZ PÉREZ, demandada, se harán las siguientes observaciones:

§13.1. La sentencia de segunda instancia confirmó el veredicto del juzgado en su integridad. Y este último acto judicial fue el que estableció la forma como debía procederse luego de declarada la nulidad.

§13.2. Según el artículo 320 del CGP, “... *El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión.*”

§13.3. Revisado el recurso de apelación, la parte demandada no presentó los actuales argumentos para que fueran revisados por la segunda instancia.

§13.4. En cambio, la apelación del concejo de Risaralda sí postuló como uno de sus argumentos la crítica a la forma como la sentencia de primera instancia determinó

la aplicación de la sentencia, que ahora critica la Doctora MARYURI ÁLVAREZ PÉREZ.

§13.5. Específicamente en cuanto a la aclaración de la sentencia que decidió la apelación, la demandada no señala cuáles son los “...conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidas en la parte resolutive de la sentencia o influyan en ella.”

§14. Bajo el anterior entendimiento, considera la Sala que la solicitud de aclaración debe ser negada.

§15. La sala sexta de decisión del Tribunal Administrativo de Caldas resuelve,

Sentencia

Primero: Negar la solicitud presentada por Doctora MARYURI ÁLVAREZ PÉREZ, para la aclaración de la sentencia de segunda instancia proferida el 14 de diciembre de 2020 en la acción electoral promovida por Astrid Lorena Aristizábal Serna, parte demandante, en contra de Maryuri Álvarez Pérez, el Concejo de Risaralda (Caldas), y la Escuela Superior de Administración Pública- ESAP-

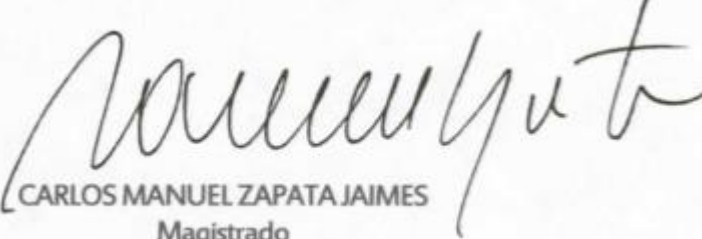
Segundo: Ejecutoriado este acto judicial, procédase de conformidad con la parte resolutive de la sentencia.

Notifíquese y Cúmplase

Los Magistrados



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado


AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO
No.050
FECHA:23-mar-2021

República de Colombia
Rama Judicial



Honorable Tribunal Administrativo de Caldas
Sala sexta de decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Sentencia de segunda instancia

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho – Laboral
Demandante: Rosa María Reyes Aricapa
Demandado: Gobernación de Caldas
Radicado: 170001-33-33-004-2014-00168-02
Acto judicial: Sentencia 027

Manizales, dieciséis (16) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

Proyecto discutido y aprobado en sala extraordinaria de la fecha.

§01. **Síntesis:** La demandante solicita la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes de su cónyuge fallecido, que laboró en la Contraloría de Caldas antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, y en 2012 llegó a la edad para pensionarse sin cumplir el tiempo de servicios. La demandada se opuso porque cuando finalizó los servicios el causante no estaba vigente la ley 100 y no se realizaron aportes para pensión porque no era afiliado a una caja de previsión. El juzgado de primera instancia accedió a las pretensiones al desestimar las razones de la accionada. La sala confirma la sentencia.

§02. La sala dicta sentencia de segunda instancia en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por la señora Rosa María Reyes Aricapa, demandante, contra la Gobernación de Caldas, demandada. El objeto de la decisión es decidir la apelación interpuesta por la gobernación contra la sentencia proferida el 28 de junio de 2018 por la Señoría del Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, que accedió a las pretensiones de la demanda.

1. Antecedentes

1.1. La Demanda que solicita el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de vejez a cargo de la demandada que no hizo los aportes a pensiones¹

§03. La demandante solicitó que se declaren nulas las **resoluciones 0207 del 10 de septiembre de 2013 y 7101-9 del 14 de noviembre 2013**, que negaron el reconocimiento de la indemnización de pensión de sobreviviente del causante Jaen de Jesús Escobar Ballesteros, en sede administrativa y de apelación respectivamente.

¹ Fl 2 a 17 C1.

§04. A título de restablecimiento del derecho, pidió se reconozca el pago de la indemnización de la pensión de sobrevivientes por suma de \$4.000.000 y la indexación de los valores reconocidos.

§05. La demanda describió que el señor Jean de Jesús Escobar Ballesteros laboró como auditor fiscal para la Contraloría General de Caldas entre el 8 de marzo de 1979 y el 30 de julio de 1987. Durante la vinculación las entidades públicas no le hicieron los aportes a una administradora de pensiones.

§06. De los anexos de la demanda se desprende que el señor Escobar Ballesteros contrajo matrimonio con la señora Rosa María Reyes Aricapa el 29 de agosto de 1983. El señor Escobar murió el 7 de marzo de 2012.

§07. Refirió que el 3 de septiembre de 2013, la demandante solicitó a la Gobernación de Caldas – Secretaría de la Unidad de Prestaciones Económicas el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes.

§08. Dicha solicitud fue negada mediante la Resolución 0207 de 2013, la cual fue confirmada en sede de apelación mediante la resolución 7101-9 del 14 de noviembre de 2013.

§09. La demanda señaló como normas violadas el preámbulo y el artículo 48 de la Constitución Política; los artículos 1, 2, 3, 15, 17, 22, 23, 24, 37, y 53 de la Ley 100 de 1993 y 1, 2 del Decreto 1730 de 2001.

§10. En el concepto de la violación, la demanda indica que el 25 de febrero de 2012 el señor Escobar, causante, cumplió 55 años de edad, por lo que la viuda tiene derecho la indemnización sustitutiva de la pensión establecida en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, reglamentada por el Decreto 1730 de 2001. En su apoyo citó la sentencia T-286 de 2008 de la Honorable Corte Constitucional, que señala el derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión, incluso frente a entidades que no hicieron los aportes para pensión que le correspondían.

1.2. La gobernación de Caldas contestó la demanda precisando que antes de la ley 100 no tenía obligación de hacer descuentos para pensión por no ser un fondo pensional²

§11. Se opuso a las pretensiones. En cuanto a los hechos puntualizó que fue el causante quien no hizo los aportes a pensión, porque antes de la Ley 100 de 1993 la gobernación de Caldas no era administradora ni fondo de pensiones, por lo que no tenía la obligación de hacer los descuentos a pensión. Aunque reconoce que la entidad sí jubilaba a sus empleados con sus recursos. Además, la indemnización sustitutiva no existía para la época en que el causante prestó sus servicios.

§12. Propuso los siguientes medios exceptivos:

² Fl. 86 a 91 C1

§12.1. **Cobro de lo no debido:** Argumentó que el reconocimiento del derecho solicitado corresponde a las cajas de pensiones y no a la gobernación.

§12.2. **Inexistencia de la obligación:** Expuso que el servidor no estuvo afiliado a caja de pensiones y por ello no se hicieron descuentos de su salario para pensiones.

§12.3. **Prescripción de la mesada:** Según lo previsto el artículo 152 del CST.

1.3. De la vinculación del hijo del causante como posible beneficiario de la indemnización sustitutiva³

§13. En instancia de la audiencia inicial celebrada el 17 de mayo de 2016, el juzgado dispuso la vinculación de los herederos del señor Escobar Ballesteros, causante. Para el efecto la parte demandante allegó la documentación del parentesco del señor Pablo David Escobar Reyes, quien fue notificado del proceso el 25 de agosto de 2016, y no hizo pronunciamiento al respecto.

1.4. La sentencia que accedió a las pretensiones⁴

§14. El Juzgado Cuarto Administrativo del circuito de Manizales, profirió sentencia el 28 de junio de 2018, accediendo a las pretensiones en los siguientes términos:

*“**PRIMERO: DECLARAR** no próspera la excepción de “PRESCRIPCIÓN” propuesta por el DEPARTAMENTO DE CALDAS, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. Así como tampoco las excepciones de “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN” y “COBRO DE LO NO DEBIDO”.*

***SEGUNDO: DECLARAR** la nulidad de las Resoluciones No. 207 del 10 de septiembre de 2013 y 7101-9 del 14 de noviembre de 2013, proferidas por el Departamento de Caldas, por medio de las cuales negó el derecho al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobreviviente del grupo familiar el causante, señores **ROSA MARÍA REYES ARICAPA** y **PABLO DAVID ESCOBAR REYES**.*

***TERCERO:** Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se ordena al **DEPARTAMENTO DE CALDAS**, reconocer y pagar a los señores **ROSA MARÍA REYES ARICAPA** y **PABLO DAVID ESCOBAR REYES** la indemnización sustitutiva de la pensión de sobreviviente, en los términos expuestos en la parte considerativa de la sentencia.*

***CUARTO: ORDENAR** al DEPARTAMENTO DE CALDAS, que debe reajustar el valor d las diferencias adeudadas a los señores **ROSA MARÍA REYES ARICAPA** y **PABLO DAVID ESCOBAR REYES**, conforme al índice de precios al consumidor, aplicando las fórmulas referenciadas en la parte motiva de este fallo.*

***QUINTO: CONDENAR** en costas al DEPARTAMENTO DE CALDAS, cuya liquidación y ejecución se hará conforme las normas del CGP.”*

³ Fl. 158 a 168 C1

⁴ Fl. 158 a 168 C1

§15. El juzgado hizo una síntesis de las posturas de las partes, y formuló como problema jurídico: *¿La demandante cumple con los requisitos para acceder a la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes?*

§16. La primera instancia abordó como cuestión previa, la legitimación en la causa por activa que tienen los beneficiarios de la sustitución, la señora Rosa María Reyes Aricapa como demandante cónyuge supérstite, y el señor Pablo David Escobar Reyes como vinculado al proceso e hijo del causante.

§17. El juzgado indicó que el caso ya había sido resuelto jurisprudencialmente por múltiples sentencias del Consejo de Estado, la Corte Constitucional y el Tribunal Administrativo de Caldas. En efecto, con soporte en los artículos 46, 48 de la Constitución Política, 11, 13 y 37 de la Ley 100 de 1993, las corporaciones judiciales concluyeron que desde la Ley 6ª de 1945 los todos los empleadores eran responsables de las prestaciones de los trabajadores, incluso de la indemnización sustitutiva.

§18. En el caso concreto, la indemnización sustitutiva se causó en 2006, cuando el actor cumplió 55 años, por lo que es aplicable el régimen de la ley 100.

§19. De esta manera, le corresponde a la esposa y al hijo sobrevivientes el derecho a la sustitución, por lo que ordenó la nulidad de los actos demandados.

§20. La sentencia indicó que el derecho a solicitar la indemnización sustitutiva no tiene prescripción. (Sent. T-579/2009. C. Const.)

1.5. La gobernación apeló la sentencia insistiendo en que el causante no cotizó para pensión y el organismo territorial no es una caja de previsión⁵

§21. La gobernación solicitó que se revoque la sentencia, insistiendo en los argumentos de la contestación de la demanda: el causante no hizo aportes para pensión por lo que no puede hacérsele alguna devolución a través de la indemnización, y a la entidad no le correspondía realizar los descuentos porque no era una entidad de previsión.

§22. En cuanto a las sentencias citadas por la sentencia, la demandada indicó que tienen efectos interpartes.

1.6. Actuación y alegatos

§23. Mediante proveído del 05 de octubre del 2018⁶, se admitió el recurso de apelación interpuesto, y por auto del 16 de octubre de 2018⁷, se corrió traslado de alegatos.

⁵ Fl. 171 a 174 C1

⁶ Fl. 3 C4

⁷ Fl. 6 C4

§24. Las partes permanecieron silentes, y el Ministerio Público no se pronunció⁸.

2. Consideraciones

2.1. Competencia

§25. El tribunal es competente para decidir la apelación conforme al artículo 153 del C.P.A.C.A.

2.2. Problema Jurídico

§26. ¿La señora Rosa María Reyes Aricapa y su hijo Pablo David Escobar Reyes tienen derecho al reconocimiento de la indemnización sustitutiva de pensión con ocasión del fallecimiento de su esposo y padre?

2.3. La indemnización sustitutiva de la pensión

§27. El artículo 10 del Decreto 2767 de 1945 estableció para los empleados oficiales territoriales las prestaciones sociales contenidas inicialmente en el artículo 17 de la Ley 6a de 1945 y Decreto 1600 del mismo año, las cuales contemplan la pensión vitalicia de jubilación.

§28. El derecho a la pensión de jubilación no sólo se adquiría por haberse efectuado los aportes de ley a la respectiva Caja de Previsión Social, sino también cuando el empleado no se encontraba afiliado a ninguna Caja, pues en este caso, la entidad nominadora debía reconocer tal derecho

§29. Para el régimen pensional anterior a la Ley 100 de 1993, las entidades territoriales que pagaran pensiones se entendían como *cajas de previsión*, según el artículo 13 ídem: “Artículo 13. Para efectos de esta ley, se entiende por cajas de previsión las entidades del orden nacional, departamental, intendencial, comisarial, municipal o del Distrito Especial de Bogotá que, por ley, reglamento o estatutos, tengan entre otras, la función de pagar pensiones a empleados oficiales de cualesquiera de dichos órdenes.”- rft-

§30. Por lo anterior, la gobernación de Caldas tenía carácter de *caja de previsión* por tener la función de pagar las pensiones de sus empleados.

§31. El artículo 48 de la Constitución Política de 1991⁹ prescribió el derecho a la seguridad social como irrenunciable.

⁸ Constancia Secretarial del 20 de noviembre de 2018. Fl. 9 C4

⁹

http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991_pr001.html#:~:text=ARTICULO%2048,t%C3%A9rminos%20que%20establezca%20la%20Ley.

§32. En vigencia de la Ley 100 de 1993, el artículo 13 estableció la obligatoriedad de la afiliación al Sistema General de Pensiones.¹⁰.

§33. El artículo 37 ídem estableció la *indemnización sustitutiva* para la pensión de vejez, con el fin de garantizar la devolución de los aportes realizados al sistema de seguridad social, de las personas que no acreditaron los requisitos para acceder a la pensión de jubilación:

“ARTÍCULO 37 INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE VEJEZ. Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado.”

§34. Esta norma fue reglamentada por el artículo 1º del Decreto 1730 de 2001¹¹. Esta disposición impuso las siguientes condiciones para la indemnización: (i) se generaba con posterioridad a la entrada en vigor del régimen de seguridad social; (iii) uno de los eventos para obtener esta prestación era el afiliado se retire del servicio habiendo cumplido con la edad, pero sin cumplir el número de semanas para tener derecho a la pensión; y (iii) se declare su imposibilidad de seguir cotizando.

§35. Como se pasará a ver, los apartes subrayados del anterior párrafo fueron anulados o interpretados por el Consejo de Estado.

§36. La sección segunda del Consejo de Estado, en sentencia de 27 de octubre de 2005¹², indicó que el derecho a la sustitución no está condicionado a que se cumpla la edad del estatus en servicio activo.

10 Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”

¹¹ DECRETO 1730 DE 2001 por medio del cual se reglamentan los artículos 37, 45 y 49 de la Ley 100 de 1993 referentes a la indemnización Sustitutiva del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida.

“Causación del derecho. Habrá lugar al reconocimiento de la indemnización sustitutiva prevista en la Ley 100 de 1993, por parte de las administradoras del régimen de prima media con prestación definida, cuando con posterioridad a la vigencia del sistema general de pensiones se presente una de las siguientes situaciones:

- a) Que el afiliado se retire del servicio habiendo cumplido con la edad, pero sin el número de semanas de cotización exigido para tener derecho a la pensión de vejez y declare su imposibilidad de seguir cotizando;
- b) Que el afiliado se invalide por riesgo común sin contar con el número de semanas cotizadas exigidas para tener derecho a la pensión de invalidez, conforme al artículo 39 de la Ley 100 de 1993;
- c) Que el afiliado fallezca sin haber cumplido con los requisitos necesarios para que su familiar adquiriera el derecho a la pensión de sobrevivientes, conforme al artículo 46 de la Ley 100 de 1993;
- d) Que el afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales se invalide o muera con posterioridad a la vigencia del Decreto – Ley 1295 de 1994, como consecuencia de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, la cual genere para él o sus beneficiarios pensión de invalidez o sobrevivencia de conformidad con lo previsto en el artículo 53 del Decreto ley 1295 de 1994.”

¹² Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, sentencia de 27 de octubre de 2005, expediente: 11001-03-25-000-2002-0168-01(3299-02), consejero ponente: Tarsicio Cáceres Toro, actor: Julio César Carrillo Guarán

§37. Sobre el requisito de la declaración de imposibilidad de cotizar, la sentencia interpretó de que si está laborando deberá retirarse por cuanto no puede continuar prestando el servicio sin cotizar y a la vez obtener la citada indemnización:

“En la norma legal se observa que el cumplimiento de la edad pensional, uno de los requisitos legales para ser acreedor al derecho de la indemnización sustitutiva, no está condicionado en forma alguna, a que cuando se llegue a dicha edad, se esté en servicio; ahora si lo está no es obstáculo para que pudiera reclamar el derecho regulado en el art. 37 de la Ley 100 de 1993.

Pero, como se exige la declaración que no puede seguir cotizando para completar los aportes exigidos por la ley para la pensión de vejez, se entiende que si está laborando deberá retirarse por cuanto no puede continuar prestando el servicio sin cotizar y a la vez obtener la citada indemnización.”-sft-

§38. La sentencia del 14 de abril de 2005¹³ del Consejo de Estado anuló la condición que la indemnización solo se causaba «*Con posterioridad a la vigencia del Sistema General de Pensiones*», contenida en el artículo 1º del citado Decreto 1730 de 2001.

§39. Asimismo, el 11 de marzo de 2010 el Consejo de Estado también anuló la palabra «afiliado» comprendido en la misma letra a) del artículo 1º del Decreto 1730 de 2001.¹⁴

§40. A su vez, la Corte Constitucional en sentencia T-681 de 2013¹⁵, abordó el tema de las obligaciones de las entidades públicas, específicamente de la gobernación de Caldas, de reconocer la indemnización sustitutiva a trabajadores que no hayan sido afiliados a las cajas de previsión, con anterioridad en vigencia de la Ley 100 de 1993, sin que pueda atenderse que no hayan hecho aportes:

“4.2.2.1. En cuanto al proceso T-3.918.123, es claro que la señora H----- laboró como educadora para el Departamento de Caldas entre el 1º de marzo de 1954 y el 31 de marzo de 1960. También se evidencia que nunca fue afiliada al seguro obligatorio, pues el citado Departamento asumía directamente las prestaciones sociales de los trabajadores a su cargo. Adicionalmente, a partir de los medios probatorios obrantes en el expediente y de los argumentos expuestos por la Unidad de Prestaciones Sociales de la Gobernación de Caldas, se desprende que el motivo por el cual la entidad territorial negó la indemnización sustitutiva radica en que nunca cotizó a nombre de la demandante y que, al haber laborado antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, dichas semanas no podían ser tenidas en cuenta para el otorgamiento de prestación alguna.

Como se señaló en las consideraciones generales de esta providencia, tales alegaciones no son de recibo, pues incluso el artículo 33 de la Ley

¹³ 11001-03-25-000-2003-00112-01(0477-03)

¹⁴ Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, sentencia de 11 de marzo de 2010, expediente: 11001-03-24-000-2006-00322-00(0984-07), consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero.

¹⁵ Corte Constitucional sentencia T- 681 de 2013 MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez, expediente T-3.918.123, T-3.919.580, T-3.924.020, T-3.927.410, T-3.928.436 y T-3.928.584. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-681-13.htm>

100 de 1993 contempla que el tiempo laborado con anterioridad a su vigencia como servidor público ha de tenerse en cuenta para el reconocimiento de las prestaciones en ella establecidas. Así las cosas, la accionante tiene derecho a que se le reconozca y pague la indemnización sustitutiva correspondiente al tiempo laborado entre el 1º de marzo de 1954 y el 31 de marzo de 1960.

Finalmente, como el juez de primera instancia declaró improcedente el amparo y dicha decisión fue confirmada por el ad-quem, la Sala revocará esas providencias y, en su lugar, ordenará a la Unidad de Prestaciones Sociales del Departamento de Caldas reconocer y pagar la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez a la señora Herenia Álzate de Gómez, conforme a lo establecido en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993”.

§41. Conforme a los anteriores pronunciamientos de las Altas Cortes, se colige que las entidades públicas deben garantizar los derechos a la seguridad social de los trabajadores. Como el caso de la indemnización sustitutiva, cuando se cumplan los mandatos normativos contemplados establecidos en la Ley 100 de 1993 y sus modificaciones. Sin interesar que el trabajador haya realizado aportes con anterioridad a la Ley 100 de 1993.

2.4. Indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes

§42. El artículo 46 de la Ley 100 de 1993 establece que tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes: (i) Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca; y (ii) Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento.

§43. El artículo 47 ídem identifica los miembros del grupo familiar beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, que para interés del proceso serían la cónyuge en forma vitalicia, y los hijos mayores de 18 años estudiantes hasta los 25 años de edad, o inválidos que dependían del causante:

a) **En forma vitalicia, el cónyuge** o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;

b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que

tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente;

c) Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuando hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993;

d) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de este;

e) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, padres e hijos con derecho, serán beneficiarios los hermanos inválidos del causante si dependían económicamente de éste.”

§44. En el caso de los familiares de una persona que haya fallecido sin reclamar la indemnización sustitutiva a la que tenía derecho, el artículo 49 de la ley 100 de 1993 establece la indemnización a su favor:

“ARTÍCULO 49. INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. Los miembros del grupo familiar del afiliado que al momento de su muerte no hubiese reunido los requisitos exigidos para la pensión de sobrevivientes, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a la que le hubiera correspondido en el caso de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, prevista en el artículo 37 de la presente Ley.

§45. A su vez, la Corte Constitucional en sentencia T- 695 A de 2010, en cuanto al derecho de los beneficiarios de la indemnización de sustitutiva, expuso:

“la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes es una acreencia laboral a la cual tienen derecho los miembros del grupo familiar del afiliado que al momento de su muerte no hubiese reunido los requisitos exigidos para la pensión de sobrevivientes. Se trata de una garantía de poder recuperar los aportes efectuados por el afiliado durante el periodo laboral, ante la imposibilidad de obtener la pensión, permitiéndole al grupo familiar mantener unas condiciones de vida digna.”

§46. En este sentido, conforme a la jurisprudencia precitada, se infiere que el derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión de sobreviviente surge como garantía del derecho a los beneficiarios del afiliado que no reunió los requisitos a la pensión.

§47. En cuanto a qué se entiende por miembros del grupo familiar que tienen derecho a la indemnización sustitutiva, la Corte Suprema de Justicia ha indicado que son los beneficiarios indicados para la pensión de sobrevivientes: “... *los miembros de su grupo familiar, una vez acreditaran su condición de beneficiarios en los términos del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, estaban facultados para reclamar el pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes.*”¹⁶

§48. Por ende, a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, les corresponde percibir la indemnización sustitutiva de esta pensión.

3. Caso Concreto.

§49. El señor Jean de Jesús Escobar Ballesteros nació el 27 de noviembre de 1951¹⁷, según el certificado de registro civil.

§50. El 29 de agosto de 1983 la señora Rosa María Reyes Aricapa y el señor Jean de Jesús Escobar Ballesteros contrajeron matrimonio.¹⁸ Procrearon a Pablo David Escobar Reyes.

§51. El señor Escobar Ballesteros, causante, prestó sus servicios a la Contraloría General de Caldas en el cargo de revisor auditoria en el municipio de la Merced desde el 8 de marzo de 1979 hasta el 6 de junio de 1987¹⁹, 18 años y 3 meses, según las certificaciones laborales aportadas.

§52. Conforme a la certificación de información laboral, contenidos en los formularios CLEBP expedidos por la Contraloría General de Caldas, al señor Escobar Ballesteros NO se le hicieron los aportes para seguridad social a CAJANAL.

§53. Para la fecha de entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, 1º de abril de 1994, el señor Escobar Ballesteros contaba con 42 años, por lo que estaría dentro del régimen de transición del artículo 36²⁰ de dicha ley. Y según el artículo 1º de la Ley 33 de 1985²¹, adquiriría los 55 años el 27 de noviembre de 2006.

¹⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN LABORAL Magistrado Ponente JORGE LUIS QUIROZ ALEMÁN SL6397-2016 Radicación n.º 42679

<https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/la/bsep2016/SL6397-2016.pdf>

¹⁷ Fl. 2 C 3

¹⁸ Fl. 28 C1

¹⁹ Fl. 38 39 40 52 C1

²⁰ La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o mas años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.

²¹ ARTÍCULO 1º.- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague

§54. El señor Escobar Ballesteros, falleció el 07 de marzo de 2012.²²

§55. De esta manera, a partir del 27 de noviembre de 2006 el señor Escobar había cumplido la edad para la pensión, pero sin llenar el requisito del tiempo de servicios.

§56. Como previamente se citó en la jurisprudencia, el señor Escobar no requería estar el servicio activo a los 55 años, ni haber cotizado a pensiones luego de la vigencia de la ley 100. Y como prestó sus servicios a una entidad central del departamento de Caldas, le corresponde a éste asumir el pago de las prestaciones a que tenía derecho, entre ellas, la indemnización sustitutiva de la pensión. Y dado que no la reclamó, a ella pueden acceder sus familiares sobrevivientes.

§57. En cuanto a los miembros del grupo familiar beneficiarios de la pensión, la señora Rosa María Reyes Aricapa en su condición de cónyuge es beneficiaria en forma vitalicia. No así el hijo, señor Pablo David Escobar Reyes al momento de vincularse al proceso tenía más de 25 años, porque nació el 17 de diciembre de 1987, y no demostró alguna condición de discapacidad.

§58. En este sentido, se modificarán los numerales segundo a cuarto de la sentencia de primera instancia, para reconocer la indemnización a la señora Rosa María Reyes Aricapa.

2.8. Costas en esta Instancia

§59. Con base en el artículo 365 del CGP, aplicable por virtud del precepto 188 de la Ley 1437 de 2011 y la Ley 2080 de 2021, dado que no se generaron gastos en esta instancia, la apelación prosperó parcialmente y la parte actora no demostró gestión procesal en esta instancia, no se condenará en costas en esta instancia.

§60. En mérito de lo expuesto, la sala sexta del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

Sentencia

Primero: Modificar los numerales segundo a cuarto de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito el 28 de junio de 2018 en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por **Rosa María Reyes Aricapa**, en contra de la Gobernación de Caldas, los cuales quedarán redactados de la siguiente manera:

“SEGUNDO: DECLARAR la nulidad de las Resoluciones No. 207 del 10 de septiembre de 2013 y 7101-9 del 14 de noviembre de 2013, proferidas por el Departamento de Caldas, por medio de las cuales negó el derecho al

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.

²² Fl. 32 C 1 registro civil de defunción

*reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobreviviente a la señora **ROSA MARÍA REYES ARICAPA**.*

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se ordena al **DEPARTAMENTO DE CALDAS**, reconocer y pagar a la señora **ROSA MARÍA REYES ARICAPA** la indemnización sustitutiva de la pensión de sobreviviente, en los términos expuestos en la parte considerativa de la sentencia.

CUARTO: ORDENAR al **DEPARTAMENTO DE CALDAS**, que debe reajustar el valor de las diferencias adeudadas a la señora **ROSA MARÍA REYES ARICAPA**, conforme al índice de precios al consumidor, aplicando las fórmulas referenciadas en la parte motiva de este fallo.”

Segundo: Se confirma en lo demás la sentencia de primera instancia.

Tercero: Sin condena en costas, por los argumentos expuestos en precedencia.

Cuarto: Se acepta la renuncia del poder allegado (fl. 12, c4), por la doctora Carmen Eugenia Cardona León portadora de la tarjeta profesional 55.114 del CS de la judicatura, conforme al artículo 76 del CGP.

Quinto: Ejecutoriada esta providencia, **devuélvase** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia Siglo XXI.

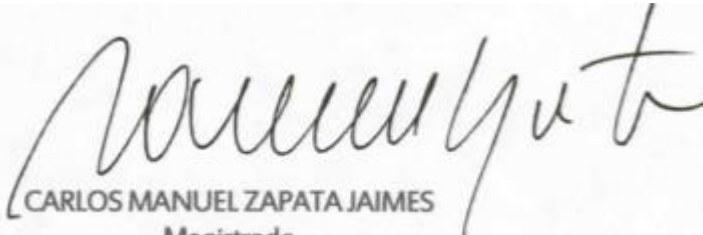
Sexto: **Notifíquese** conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

Notifíquese y Cúmplase

Los Magistrados,



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

-En incapacidad-

Dr. Jairo Ángel Gómez Peña)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



**Honorable Tribunal Administrativo de Caldas
Sala sexta de decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía**

Sentencia de Segunda Instancia

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento Del Derecho
Demandante: Centro Médico de Especialistas CME S.A. – Clínica Santillana
Demandado: Corporación Autónoma Regional de Caldas - CORPOCALDAS
Radicación: 17001-33-33-002-2016-00359-02
Acto judicial: Sentencia 026

Manizales, dieciséis (16) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

Proyecto discutido y aprobado en sala extraordinaria de la fecha.

Asunto

§01. **Síntesis:** La demandante pretende la nulidad de la multa impuesta por CORPOCALDAS por la infracción a las normas de control del ruido. La sentencia de primera instancia accedió a las pretensiones, porque la multa se calculó con base en fórmulas pertinentes al daño y no al riesgo ambiental. La Sala confirma la decisión de primera instancia, porque el ilícito ambiental era de riesgo, y en las resoluciones demandadas se usaron las fórmulas relacionadas con el daño ambiental.

§02. La sala dicta sentencia de segunda instancia en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta por el Centro Médico de Especialistas CME S.A. – Clínica Santillana, demandante, contra la Corporación Autónoma Regional de Caldas – CORPOCALDAS, demandada. El objeto de decisión es la apelación interpuesta por la entidad demandada contra la sentencia proferida del 30 de octubre del 2017 por la Señoría del Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, que accedió a las pretensiones.

1. Antecedentes

1.1. La demanda porque se impuso una sanción ambiental por la generación de un riesgo, pero la tasación de la multa correspondió a una afectación-daño ambiental¹

¹ (fs. 29 a 36 c. 1)

§03. La demandante pretende que se declare la nulidad de la Resolución 258 del 16 de agosto de 2013 expedida por CORPOCALDAS, la cual declaró la responsabilidad de la clínica Santillana en la comisión de infracciones ambientales y le impuso una multa. Y la Resolución 639 del 18 de diciembre de 2013, que confirmó el anterior acto en sede de reposición.

§04. En restablecimiento, solicitó se restituya la multa pagada por \$ 65.000.000, con la inclusión de la indexación.

§05. De la demanda como de los anexos, se pueden señalar los siguientes hechos:

§06. Los vecinos de la Clínica Santillana en la ciudad de Manizales presentaron quejas por los ruidos que producía la planta eléctrica de la clínica.

§07. El 22 de agosto de 2011 se realizó inspección al centro, encontrando que los niveles de ruido de la planta eléctrica en periodo diurno eran de 87.6 dB, superior al nivel permitido de 65 dB.

§08. CORPOCALDAS a través de auto 278 del 7 de octubre de 2011 inició un proceso sancionatorio en su contra.

§09. Posteriormente mediante la Resolución 258 del 16 de agosto de 2013 le impuso multa por el valor de \$ 67.261.344, alegando la ocurrencia de la infracción ambiental por violación de los artículos 9 y 26 de la Resolución 627 de 2006 y del Decreto 948 de 1995.

§10. La demandante interpuso recurso de reposición frente a la sanción, pero fue confirmada parcialmente por Resolución 639 del 18 de diciembre de 2013, que rebajó la multa a \$65.017.480.

§11. El 21 de febrero de 2014, la actora consignó el valor de la multa impuesta.

§12. La clínica consideró como normas violadas los artículos 29 y 83 de la Constitución Política; 5 de la Ley 1333 de 2009; 3 del Decreto 3678 de 2010 y la Resolución 2086 del 2010, expedida por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial-MAVDT.

§13. Preciso que los actos acusados no fueron debidamente motivados. Resaltó que las resoluciones no eran claras, porque señalaron en los cargos que se violaron las normas ambientales, pero en la tasación de la multa se utilizaron fórmulas aplicables a una afectación o daño ambiental.

§14. La demanda postuló los siguientes cargos:

§14.1. Ausencia de presentación de la variable (i) necesaria para despejar la fórmula de que trata el artículo 4 de la Resolución 2086 de 2010 del MAVDT.

La clínica argumentó que la Resolución 2086 de 2020 del MAVDT - adoptó la metodología para la tasación de multas ambientales.

El artículo 4º ídem trae unas fórmulas para establecer sanciones pecuniarias.

Entre estas fórmulas, es necesario calcular una variable, - *i* - Grado de afectación ambiental y/o evaluación del riesgo. En caso de afectación o daño ambiental esta variable se computa conforme al artículo 7º ídem.

La Corporación Autónoma Regional -CAR- le asignó a la variable - i – la cifra de 8, sin alguna motivación.

El ocultamiento de esta información hizo que el demandante no ejerciera adecuadamente su defensa.

§14.2. Ausencia de determinación de los elementos configurativos de la responsabilidad civil extracontractual (art. 5 Ley 1333 de 2009). El centro hospitalario señaló que en la motivación de los actos no existe un juicio de responsabilidad civil extracontractual completo. Esto lo ordena el artículo 5º de la Ley 1333 de 2009. O sea, los actos demandados que indicaron que se produjo un daño, no determinaron el hecho dañino, el daño y el nexo causal.

§14.3. Ausencia de determinación del título de imputación (riesgo o daño) por el cual se liquidó la sanción por infracción de la normatividad ambiental. Los actos no indicaron si la sanción impuesta era por la generación de riesgo o por afectación o daño ambiental. Solo se limitó a señalar las normas infringidas sin calificar la conducta que se proponía investigar y sancionar.

La importancia de este argumento radica en que el cálculo de la antes mencionada variable – i, es diferente si el título de imputación es por riesgo generado o por un daño-afectación.

§15. La demanda reiteró que las resoluciones sancionatorias están viciadas porque: (i) hay falsa motivación al exponer claramente cómo fue la forma que se estableció la variable - *i* – de la fórmula de tasación de la multa; (ii) los actos fueron irregularmente expedidos al no explicar el juicio de responsabilidad; y (iii) violación al derecho de defensa porque en los actos no se explicó la forma cómo la autoridad ambiental llegó a despejar la variable - i –, ni determinó el título de imputación de la sanción.

1.2. CORPOCALDAS contestó que se respetó el debido proceso, se aplicó claramente la fórmula que tasa la multa y la conducta sancionada fue por riesgo²

§16. La CAR se opuso a las pretensiones y admitió los hechos relacionados al trámite administrativo como la expedición de los actos demandados.

§17. La corporación hizo una ilustración sobre su competencia para las funciones de policía ambiental y el trámite adelantado contra la clínica. (art. 31, nums. 12 y 17, L.99/1993)

§18. Además, reprochó que la demanda se cimenta en argumentos no señalados en la vía administrativa.

§19. Propuso los siguientes medios exceptivos:

² (60-72, c1).

§19.1. Ejercicio de la facultad sancionatoria ambiental, atribución legal de las Corporaciones Autónomas Regionales Ley 99 de 1993 y Ley 1333 de 2009. La entidad defendió que respetó el debido proceso, pues a la clínica se le hicieron requerimientos previos. Ante la continuación del ruido, adelantó el trámite sancionador, con respecto del debido proceso. (arts.2, 18 a 30 L.1333/2009)

§19.2. Definición del término infracción en la Ley 1333 de 2009. La CAR resaltó que la ley 1333 hizo las siguientes innovaciones, entre ellas, estableció que el ilícito ambiental puede ser por dos tipos de conducta: por riesgo o por daño.

§19.3. Cumplimiento de los mandatos del principio del debido proceso. La demandada manifestó que el proceso sancionatorio se adelantó con las garantías del debido proceso: adelantado por funcionario competente, las decisiones adoptadas se basaron en las pruebas recaudadas, se hicieron las notificaciones pertinentes y el demandante presentó el recurso contra la sanción, con arreglo a los procedimientos legales.

§19.4. Correlación entre los hechos verificados y los cargos formulados. La autoridad indicó que en la investigación ambiental se imputaron los cargos por el presunto incumplimiento de tres normas: (i) el artículo 49 del Decreto 948 de 1995, por el cual las plantas eléctricas deben contar con silenciadores y sistemas de control de ruido; (ii) el artículo 9 de la Resolución 627 de 2006 del MAVDT, que establece los niveles permisibles de ruido; y (iii) el artículo 26 de la Resolución 627 de 2006 la cual ordena que las edificaciones cuenten con las medidas para que las instalaciones auxiliares no superen los estándares de ruido.

De la lectura del informe técnico que sirvió de prueba para la sanción, se evidencia la adecuada tipificación de la conducta.

§19.5. Apego a las normas que rigen el proceso sancionatorio ambiental y en especial a la tasación de la multa impuesta. La accionada explicó que el Decreto 3678 de 2010 estableció el proceso de individualización de la sanción, con una metodología para la tasación del valor de la multa.

En este caso específico, la infracción consistió en la omisión de la clínica en el cumplimiento de las normas ambientales: “... *si bien supone (el accionante) que existió un daño y que de esta manera debió enfocarse y liquidarse el valor de la multa a imponer, lo cierto es que la entidad en ninguna etapa del proceso sancionatorio ambiental le dio este enfoque a la infracción y por el contrario lo que se determinó fue un incumplimiento de las normas...*”-sft-

Luego la CAR explicó la fórmula que se aplica, donde aclaró que “... *el monto de la multa fue calculado por riesgo... al determinarse el valor de la sanción por el factor de riesgo, no se calculó i sino R (...)* R: Valor monetario del riesgo ...”-sft-

La corporación indicó que no se ocultó alguna información, porque la Resolución 2820 de 2010 del MAVDT señala el método para cuantificar la multa. Además, los actos demandados detallaron y justificaron cada uno de los valores. Y la accionante no explicó cuál fue el error en la tasación de la sanción.

§19.6. Causal de anulación propuesta por el accionante de los actos impugnados en esta demanda carecen de supuesto fáctico y jurídico. La demandante busca una nueva oportunidad para discutir situaciones que debieron ser expuestas en el trámite sancionatorio.

§19.7. Genérica.

1.3. La sentencia que accedió a las pretensiones, porque los actos acusados no son claros y se tasó la multa con fórmulas aplicables al ilícito por daño y no por riesgo³

§20. El Juzgado Segundo Administrativo del circuito de Manizales dictó sentencia, accediendo a las pretensiones de la parte actora, las que pasan a relacionarse:

“(…) PRIMERO: NEGAR la tacha, formulada por la parte demandante al testigo Mauricio Velasco García, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: DECLARAR no probados los medios de defensa propuestos por la entidad demandada, según lo explicado en la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO: DECLARAR la nulidad de la Resolución n° 258 del 16 de agosto de 2013, y la Resolución n° 639 del 18 de diciembre de 2013 expedidas por la entidad demandada, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: A título de restablecimiento del derecho, CONDENAR, a la demandada a la devolución de la sanción impuesta a la demandante, sumas que deberán indexarse conforme al artículo 187 del CPACA, es decir, actualizarse mediante la aplicación de los ajustes del valor, para lo cual, la entidad demandada tendrá en cuenta la fórmula citada en la parte motiva de esta providencia y la forma como deberá hacer esos ajustes.

QUINTO. La entidad demandada dará cumplimiento a la sentencia en los términos previstos en el artículo 192 del CPACA, pagará intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia, en cuanto se cumplan los supuestos de hecho previstos para ello en la citada norma.

SEXTO. CONDENAR EN COSTAS a la parte demandada, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma dispuesta en el Código General del Proceso. Se fijan Agencias en derecho por la suma de \$ 1.950.524, valor equivalente al 3% del valor de las pretensiones reconocidas en esta sentencia.”

§21. Se formularon estos problemas jurídicos:

“¿Los actos administrativos demandados cumplieron con los requisitos dispuestos por la Resolución no 2086 de 2010 para el cálculo de la multa impuesta?

¿Los actos administrativos demandados motivaron suficientemente la sanción impuesta, en cumplimiento a lo establecido por la Ley 1333 de 2009 y demás normas concordantes?

¿La demandante alega en esta instancia circunstancias y argumentos no planteados en el trámite sancionatorio? En caso afirmativo ¿Es ello procedente?”

§22. El juzgado hizo un recuento del procedimiento adelantado por la CAR contra la demandante.

³ fs. 196-213 c.1.

§23. Luego abordó la regulación del procedimiento sancionatorio ambiental (L.1333/2010), los criterios para la imposición de las multas (R.3678/2010 MAVDT), y la metodología para la tasación de las multas (R. 2086/2010 MAVDT).

§24. En el estudio de fondo, la primera instancia encontró:

§24.1. La conducta investigada era de riesgo y no de daño, porque se sancionó el incumplimiento de normas.

§24.2. En el cálculo de la multa, las resoluciones demandadas usaron las variables propias del daño ambiental (intensidad, extensión, persistencia, reversibilidad y recuperabilidad) y no las pertinentes al riesgo generado (probabilidad de ocurrencia y magnitud potencial).

§24.3. De esta manera se configuró una falsa motivación, que incidió en los derechos de defensa de la demandante.

§25. El juzgado estimó que la accionante podía presentar argumentos nuevos en la demanda, con apoyo en la sentencia proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado del 2 de julio de 2015.

§26. Por consiguiente, la primera instancia anuló las resoluciones acusadas y dispuso la devolución de la multa.

1.4.CORPOCALDAS apeló defendiendo que se aplicó correctamente la tasación por una conducta de riesgo y la demanda adicionó argumentos nuevos⁴

§27. CORPOCALDAS solicitó que se revoque la sentencia con los siguientes argumentos:

§28. **Critica al juzgado porque los actos acusados se sancionó una conducta por riesgo y no por daño.** La CAR adujo que en los actos acusados claramente se señaló que se sancionó a la accionante por violar normas ambientales, o sea, por riesgo. En ningún momento se mencionó la generación de daños.

§29. **Ineptitud de la demanda por incumplimiento del requisito de procedibilidad contemplado en el numeral 2) del artículo 161 de la Ley 1437 de 2011.** La autoridad indicó que la demanda adicionó argumentos que no fueron planteados en la vía administrativa.

§30. **Frente a la presunta errónea tasación de la multa.** La corporación explicó que:

§30.1. Las variables que se usan para calcular la afectación o daño (intensidad, extensión, persistencia, reversibilidad y recuperabilidad) también se usa en caso de riesgo generado.

§30.2. Las variables del riesgo: -m- y -o- sí fueron calculadas en los actos demandados.

⁴ (fs. 218 a 222, c. 1)

§30.3. Si se aplica la fórmula para tasar ilícitos por riesgo, indefectiblemente se confirmaría el resultado de CORPOCALDAS. Para ello, hizo el ejercicio de despejar la fórmula.

§31. **La presunta errónea tasación de la multa no implica la nulidad de los actos administrativos acusados.** En caso de yerro en los cálculos, lo procedente es ordenar a la autoridad ambiental que vuelva a liquidar la sanción.

1.5 Actuación y alegatos

§32. Mediante auto del 10 de mayo del 2018, se admitió el recurso de apelación interpuesto (fl. 3, cdno 2); y se ordenó correr traslado de alegatos a las partes y al ministerio público.

§33. Las partes presentaron alegatos de conclusión y el Ministerio Público guardó silencio.

§34. **La demandante**⁵ solicitó que se mantenga la sentencia. Expuso que los informes técnicos evaluaron “afectación ambiental”, según su tenor literal. Y en el cálculo de la multa, se utilizaron variables propias de la afectación-daño. Esto indujo a error a la clínica. Resaltó que en la resolución que decidió el recurso de reposición la corporación expresó: “... *la sanción impuesta se considera proporcional a la afectación...*”. La demandante indicó que ante la jurisdicción es posible plantear nuevos argumentos.

§35. **La demandada**⁶: Insistió en los argumentos expuestos en el recurso de apelación. Adicionó que la accionante no refutó los hechos que dieron lugar a la investigación ambiental.

2. Consideraciones

2.1. Competencia

§36. Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación, conforme al artículo 153 del CPACA⁷.

2.2. Problemas Jurídicos

§37. En los términos del recurso de apelación, se formulan los siguientes problemas:

§38. ¿Los actos administrativos demandados establecieron claramente si la sanción fue impuesta y tasada por un ilícito ambiental de afectación o riesgo?

§39. ¿Se presentó ineptitud de la demanda porque en la vía administrativa no se controvirtieron los argumentos presentados en la demanda?

⁵ Fls. 16-25, c1

⁶ Fls.10-15, c1

⁷ http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011_pr003.html#153

§40. ¿Existió un error en la aplicación de la multa de la tasa?

§41. Y si existió el error, ¿cuáles son las consecuencias respecto a la nulidad de los actos acusados?

§42. Para despejar el caso, se analizarán: (i) la diferencia de los ilícitos ambientales por riesgo y por afectación-daño; (ii) la diferencia en la tasación de las multas por riesgo y por afectación ambientales; (iii) si la investigación sancionatoria era por una conducta de riesgo o de afectación; (iv) si en las resoluciones acusadas se usaron las fórmulas pertinentes al ilícito investigado; (v) la posibilidad que accionante adicione nuevos argumentos en la demanda; y, (vi) la posibilidad para que la Sala tase la multa o que se ordene a la CAR liquide la sanción.

§43. Se aclara que este acto judicial toma las fórmulas digitalizadas en páginas oficiales, ya que se encuentran errores de transcripción en las intervenciones de las partes.

2.3. Los ilícitos ambientales puede ser por riesgo, por afectación-daño o por ambos

§44. El artículo 79 de la Constitución Política establece el derecho de las personas a gozar de un ambiente sano. Impone al Estado el deber de prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental. (L.99/1993)

§45. En materia de protección ambiental, se presentan dos tipos de infracciones: (i) por daño ambiental reconocida en el artículo 17 de la Ley 23 de 1973⁸; y (ii) por riesgo o transgresión formal de las normas, reconocida desde el artículo 84 de la Ley 99 de 1993⁹.

§46. En cuanto al tipo de ilícito ambiental por riesgo, la Corte Constitucional indicó que: *“La consecuencia del riesgo consiste en que el deterioro ambiental debe ser neutralizado desde sus propios orígenes y sin retardar la actuación hasta el momento mismo en que los efectos negativos se produzcan o generen mayor daño (...)”*¹⁰

§47. Ambos tipos de ilícitos fueron recogidos por el artículo 5º de la Ley 1333 de 2009¹¹, que adicionó la presunción por culpa o dolo:

“ARTÍCULO 5o. INFRACCIONES. Se considera infracción en materia ambiental toda acción u omisión que constituya violación de las normas contenidas en el Código de Recursos Naturales Renovables, Decreto-ley 2811 de 1974, en la Ley 99 de 1993, en la Ley 165 de 1994 y en las demás disposiciones ambientales vigentes en que las sustituyan o modifiquen y en los actos administrativos emanados de la autoridad ambiental

⁸ ARTICULO 17. Será sancionable conforme a la presente Ley, toda acción que conlleve contaminación del medio ambiente, en los términos y condiciones señaladas en el artículo cuarto de este mismo estatuto.

⁹ ARTÍCULO 84. Cuando ocurriere violación de las normas sobre protección ambiental o sobre manejo de recursos naturales renovables, el Ministerio del Medio Ambiente o las Corporaciones Autónomas Regionales impondrán las sanciones que se prevén en el artículo siguiente, según el tipo de infracción y la gravedad de la misma. Si fuere el caso, denunciarán el hecho ante las autoridades competentes para que se inicie la investigación penal respectiva.

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia C-703 de 2010, MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Expediente D-8019. Seis de septiembre de 2010. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-703-10.htm>

¹¹ Ley 1333 de 2009. Por la cual se establece el procedimiento sancionatorio ambiental y se dictan otras disposiciones. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1333_2009.html

competente. Será también constitutivo de infracción ambiental la comisión de un daño al medio ambiente, con las mismas condiciones que para configurar la responsabilidad civil extracontractual establece el Código Civil y la legislación complementaria, a saber: El daño, el hecho generador con culpa o dolo y el vínculo causal entre los dos. Cuando estos elementos se configuren darán lugar a una sanción administrativa ambiental, sin perjuicio de la responsabilidad que para terceros pueda generar el hecho en materia civil.

PARÁGRAFO 1o. En las infracciones ambientales se presume la culpa o dolo del infractor, quien tendrá a su cargo desvirtuarla.”-sft-

§48. Los artículos 6° a 8° de la ley 1333 prevén las causas de atenuación, agravación y eximentes de responsabilidad.

§49. El título IV ídem establece el procedimiento: indagación preliminar, inicio, imposición y levantamiento de medidas preventivas, verificación de los hechos, formulación de cargos, descargos, práctica de pruebas, determinación de la responsabilidad y de la sanción, y el recurso de reposición.

§50. El artículo 40 establece las sanciones, entre ellas las multas diarias hasta por 5.000 smmlv. Su parágrafo 2° indicó que el gobierno reglamentaría “...los criterios para la imposición de las sanciones de que trata el presente artículo, definiendo atenuantes y agravantes. Se tendrá en cuenta la magnitud del daño ambiental y las condiciones socioeconómicas del infractor.”

§51. El gobierno definió en el Decreto 3678 de 2010 los criterios para la imposición de las sanciones, según parámetros de razonabilidad y proporcionalidad.¹²

§52. El artículo 3° indicó que la motivación del acto que individualice la sanción:

“... deberá tener como fundamento el informe técnico en el que se determinen claramente los motivos de tiempo, modo y lugar que darán lugar a la sanción, detallando los grados de afectación ambiental, las circunstancias agravantes y/o atenuantes y la capacidad socioeconómica del infractor, de forma que pueda determinarse la debida aplicación de los criterios a que se refiere el presente reglamento.

Así mismo y en el evento en que la infracción haya generado daño ambiental, el informe técnico deberá indicar las características del daño causado por la infracción.”

§53. El artículo 11 ídem, ordenó que el ministerio de ambiente elaboraría y adoptaría la metodología para la tasación de las multas, lo cual hizo la cartera ministerial por la Resolución 2086 de 2010¹³.

2.3.1. Las multas por riesgo o por afectación-daño se calculan en forma diferente: en el riesgo se despeja la fórmula $r = o \times m$

¹² Manual Conceptual y Procedimental “Metodología para el Cálculo de Multas por Infracción a la Normatividad Ambiental” Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. Año 2010.

http://www.anla.gov.co/documentos/normativa/regimen_sancionatorio/metodologia_calculo_multas_por_infraccion_a_la_normativa_ambiental.pdf

¹³ https://www.minambiente.gov.co/images/BosquesBiodiversidadyServiciosEcosistemicos/pdf/Regimen-Sancionatorio-Ambiental/res_2086_251010.pdf

§54. El artículo 5º de la resolución 2086 de 2010 exige que “*Todo acto administrativo que imponga una multa deberá sustentar de manera clara y suficiente cada uno de los criterios tenidos en cuenta para su tasación.*”

§55. El artículo 4º estableció la siguiente fórmula para la tasación de las sanciones pecuniarias:

$$Multa = B + [(\alpha * i) * (1 + A) + Ca] + Cs$$

§56. Donde:

“B: Beneficio ilícito

α : Factor de temporalidad

i: Grado de afectación ambiental y/o evaluación del riesgo

A: Circunstancias agravantes y atenuantes

Ca: Costos asociados

Cs: Capacidad socioeconómica del infractor.” (art. 3º *idem*)

§57. Se resalta que la variable **-i-** depende si se investiga una afectación o un riesgo.

§58. La citada resolución 2086 en el artículo 7º define la forma de encontrar la subrayada variable **(i) Grado de afectación** en los casos de daño.

§59. Pero, en el artículo 8º precisa la “**EVALUACIÓN DEL RIESGO (r)**. Para aquellas infracciones que no se concretan en afectación ambiental, se evalúa el riesgo, ...”. En este caso, se utilizan otras fórmulas diferentes a la de daño, como se verá luego.

§60. O sea, en la fórmula de tasación de la multa, la variable **(i) Grado de afectación** se calcula si hay afectación-daño. Empero, si hay riesgo se calcula la **evaluación del riesgo**, que toma el signo de **(r)**.

§61. Incluso, la contestación de la demanda confirma la anterior inferencia. (f. 69 c.1)

§62. La diferencia entre los dos métodos es la siguiente:

§62.1. En el caso de **afectación-daño**, se calcula el *Grado de afectación ambiental* **(i)**:

•

- Se determina la **IMPORTANCIA DE LA AFECTACIÓN -I-** calificando los siguientes atributos: intensidad, extensión, persistencia, reversibilidad, recuperabilidad.
- Estos atributos se juntan en la fórmula $I = (3*IN) + (2*EX) + PE + RV + MC$.
- Luego el resultado es la **IMPORTANCIA DE AFECTACIÓN – I-**.
- Con este resultado se aplica la fórmula del *Grado de afectación ambiental -i-* en unidades monetarias: $i = (22.06*SMMLV)*I$.

- Con el valor -i- se vuelve a la fórmula de la tasación de la $Multa=B+[(\alpha * i)*(1+A)+Ca]+Cs$.

§62.2. Cuando la infracción es por **riesgo**, se hace la *Evaluación del riesgo (r)* con la fórmula $r = o \times m$, de esta manera:

- Se despeja -o- *Probabilidad de ocurrencia de la afectación*, entre una escala de muy alta de 1 hasta muy baja de 0.2.
- Se despeja -m- *Magnitud potencial de la afectación*. Para ello, debe estimarse la **IMPORTANCIA DE LA AFECTACIÓN -I-**, que también se calcula en la multa por afectación-daño, con los atributos de: intensidad, extensión, persistencia, reversibilidad, recuperabilidad.
- Luego de hallar la **IMPORTANCIA DE LA AFECTACIÓN -i-**, se correlaciona con una *Magnitud potencial -m-* así:

Criterio de valoración de afectación	IMPORTANCIA DE LA AFECTACIÓN (I)	Magnitud potencial de la afectación (m)
Irrelevante	8	20
Leve	9-20	35
Moderado	21-40	50
Severo	41-60	65
Crítico	61-80	80

- Con la o- *Probabilidad de ocurrencia de la afectación* y -m- *Magnitud potencial de la afectación* se aplica la fórmula es $r = o \times m$.
- Luego se despeja la fórmula del *Valor monetario de la importancia del riesgo*: $R = (11.03 \times SMMLV) \times r$.
- Después se vuelve a la fórmula de la tasación de la multa donde se coloca en el sitio de la variable -i-: $Multa =B+[(\alpha * i)*(1+A)+Ca]+Cs$.

§62.3. Si bien en ambos casos, de afectación-daño o **riesgo**, se calcula la **IMPORTANCIA DE LA AFECTACIÓN -i-**, los métodos difieren porque: cuando existe riesgo se debe despejar la fórmula $r = o \times m$; y en el valor monetario se aplican diferentes constantes: **22.06** y **11.03** respectivamente.

§62.4. En los casos en que se presente afectación y riesgo juntos, el párrafo 2º del artículo 8 ídem señala que: “... se procederá mediante el promedio simple de los resultados obtenidos al monetizar tales infracciones o riesgos.”

§62.5. Gráficamente esta es la diferencia:

Fórmula de la multa $Multa = B + [(\alpha * i) * (1 + A) + Ca] + Cs$	
Si es <u>afectación-daño</u> se toma como (i) y se aplica el artículo 7º de la resolución 2086	Si es solo riesgo , la (i) varía en (r) y se aplica el artículo 8º con la fórmula $r = o \times m$
ARTÍCULO 7o. GRADO DE AFECTACIÓN AMBIENTAL (i). Para la estimación de esta variable, se deberá estimar la	ARTÍCULO 8o. EVALUACIÓN DEL RIESGO (r) . Para aquellas infracciones que

IMPORTANCIA DE LA AFECTACIÓN mediante la calificación de cada uno de los atributos, atendiendo los criterios y valores presentados en la siguiente tabla:

Atributos	Definición	Calificación	Ponderación
Intensidad (IN)	Define el grado de incidencia de la acción sobre el bien de protección	Afectación de bien de protección representada en una desviación del estándar fijado por la norma y comprendida en el rango entre 0 y 33%.	1
		Afectación de bien de protección representada en una desviación del estándar fijado por la norma y comprendida en el rango entre 34% y 66%.	4
		Afectación de bien de protección representada en una desviación del estándar fijado por la norma y comprendida en el rango entre 67% y 99%.	8
		Afectación de bien de protección representada en una desviación del estándar fijado por la norma igual o superior o al 100%.	12
Extensión (EX)	Se refiere al área de influencia del impacto en relación con el entorno	Cuando la afectación puede determinarse en un área localizada e inferior a una (1) hectárea.	1
		Cuando la afectación incide en un área determinada entre una (1) hectárea y cinco (5) hectáreas.	4

no se concretan en afectación ambiental, se evalúa el riesgo, mediante la siguiente relación:

$r = o \times m$

Donde:

r Riesgo

o Probabilidad de ocurrencia de la afectación

m Magnitud potencial de la afectación

Probabilidad de ocurrencia de la afectación (o). La probabilidad de ocurrencia de la afectación se puede calificar como muy alta, alta, moderada, baja o muy baja y atendiendo los valores presentados en la siguiente tabla:

Calificación	Probabilidad de ocurrencia (o)
Muy alta	1
Alta	0.8
Moderada	0.6
Baja	0.4
Muy baja	0.2

Magnitud Potencial de la afectación (m). La magnitud o nivel potencial de la afectación se puede calificar como irrelevante, leve, moderado, severo o crítico, aplicando la metodología de valoración de la **IMPORTANCIA DE LA AFECTACIÓN** y suponiendo un “escenario con afectación”. Una vez obtenido el valor de (I) se determina la magnitud potencial de la afectación con base en la siguiente tabla:

Criterio de valoración de afectación	IMPORTANCIA DE LA AFECTACIÓN (i)	Magnitud potencial de la afectación (m)
Irrelevante	8	20
Leve	9-20	35
Moderado	21-40	50
Severo	41-60	65
Crítico	61-80	80

Una vez realizada la evaluación del riesgo, se procede a monetizar, mediante la siguiente relación:

$R = (11.03 \times SMMLV) \times r$

Donde:

R Valor monetario de la importancia del riesgo

SMMLV Salario mínimo mensual legal vigente

		Cuando la afectación se manifiesta en un área superior a cinco (5) hectáreas.	12	r Riesgo PARÁGRAFO 1o. En aquellos casos en los cuales confluyan dos o más infracciones que generen riesgo potencial de afectación, se realiza un promedio de sus valores.
Persistencia (PE)	Persistencia (PE): Se refiere al tiempo que permanecería el efecto desde su aparición y hasta que el bien de protección retorne a las condiciones previas a la acción	Si la duración del efecto es inferior a seis (6) meses.	1	
		Cuando la afectación no es permanente en el tiempo, se establece un plazo temporal de manifestación entre seis (6) meses y cinco (5) años.	3	
		Cuando el efecto supone una alteración, indefinida en el tiempo, de los bienes de protección o cuando la alteración es superior a 5 años.	5	
Reversibilidad (RV)	Capacidad del bien de protección ambiental afectado de volver a sus condiciones anteriores a la afectación por medios naturales, una vez se haya dejado de actuar sobre el ambiente.	Cuando la alteración puede ser asimilada por el entorno de forma medible en un periodo menor de 1 año.	1	
		Aquel en el que la alteración puede ser asimilada por el entorno de forma medible en el mediano plazo, debido al funcionamiento de los procesos naturales de la sucesión ecológica y de los mecanismos de autodepuración del medio. Es decir, entre uno (1) y diez (10) años.	3	
		Cuando la afectación es permanente o se supone la	5	

		imposibilidad o dificultad extrema de retornar, por medios naturales, a sus condiciones anteriores. Corresponde a un plazo superior a diez (10) años.	
Recuperabilidad (MC)	Capacidad de recuperación del bien de protección por medio de la implementación de medidas de gestión ambiental	Si se logra en un plazo inferior a seis (6) meses.	1
		Caso en que la afectación puede eliminarse por la acción humana, al establecerse las oportunas medidas correctivas, y así mismo, aquel en el que la alteración que sucede puede ser compensable en un periodo comprendido entre 6 meses y 5 años.	3
		Caso en que la alteración del medio o pérdida que supone es imposible de reparar, tanto por la acción natural como por la acción humana.	10

Una vez calificados cada uno de los atributos, se procede a determinar la importancia de la afectación de acuerdo con la siguiente relación:

$$I = (3*IN) + (2*EX) + PE + RV + MC$$

La importancia de la afectación, puede ser calificada como irrelevante, leve, moderada, severa o crítica, atendiendo los valores presentados en la siguiente tabla:

Calificación	Descripción	Medida Cualitativa	Rango
Importancia (I)	Medida cualitativa del impacto a partir del grado de incidencia de la alteración producida y de sus efectos.	Irrelevante	8
		Leve	9 -20
		Moderado	21-40
		Severo	41-60
		Crítico	61-80

Una vez determinada la <i>importancia de la afectación</i>, se procede a establecer el <i>grado de afectación ambiental</i> en unidades monetarias, mediante la siguiente relación, la cual ajusta el monto de la multa a lo establecido por ley: $i = (22.06 * SMMLV) * I$ Donde: <i>i</i>: Valor monetario de la importancia de la afectación <i>SMMLV</i>: Salario mínimo mensual legal vigente <i>I</i>: Importancia de la afectación PARÁGRAFO 1o. En aquellos casos en los cuales confluyan dos o más infracciones, se procede mediante el cálculo del promedio de la importancia de aquellas afectaciones que se consideren relevantes. PARÁGRAFO 2o. El grado de afectación ambiental (<i>i</i>) estará afectado por la variable alfa (<i>α</i>) como un factor de temporalidad que refleja el número de días de la afectación. PARÁGRAFO 3o. La variable alfa (<i>á</i>) se calculará aplicando la siguiente relación: $\alpha = \frac{3}{364} d + \left(1 - \frac{3}{364} \right)$ Donde: <i>d</i>: número de días continuos o discontinuos durante los cuales sucede el ilícito (entre 1 y 365).	

§63. En conclusión, la forma de tasación de la multa ambiental depende si la conducta investigada es tipificada como de riesgo o de afectación-daño. En el caso de riesgo se usa la fórmula $r = o \times m$. Y si se presentan ambos se hace un promedio simple de los resultados obtenidos.

2.4. Los hechos demostrados

§64. El 1º de octubre de 2010 la Subdirección de Recursos Naturales hizo una visita a la Clínica Santillana, ubicada en la carrera 24 56-60 de Manizales, para atender una solicitud por ruido de la planta eléctrica del centro hospitalario. En el oficio S.R.N. 262440 del 05 de octubre de 2010 se solicitó a la gerencia que presentara las acciones para mitigar los niveles de ruido.¹⁴

§65. El 7 de junio de 2011, ante la persistencia de las quejas, la subdirección de recursos naturales volvió a requerir a la clínica para que presentara el informe de las acciones respecto al ruido.¹⁵

¹⁴ Oficio SRN 262440 del 5 de octubre de 2010. F. 73, 74 c.1

¹⁵ PQR 4030AT radicado 355573 del 07 de junio de 2011, Oficio S.R.N No 35613 F. 75 c.1.

§66. El 5 de octubre de 2011 la subdirección presentó el informe técnico 500-13 del 5 de octubre de 2011¹⁶, en este sentido:

§66.1. El 22 de agosto de 2011 se realizó visita al lugar, donde constató que los niveles de ruido diurno eran de 87.6 dB, siendo el máximo permitido 65 dB. (art. 9 R.627/2006);

§66.2. La planta eléctrica de la clínica no cuenta con aislamiento, en contra de lo dispuesto por el artículo 49 del Decreto 948 de 1995; y,

§66.3. Proyectó la multa conforme a la Resolución 2086 de 2010 “... por contravención a la norma de emisión de ruido...”. Al final señaló: “... *El valor calculado de la multa por afectación con los anteriores parámetros en la ecuación (1) es de \$211'383.022.*”-sft- No aparece el cálculo de la fórmula por riesgo $r = o \times m$.

§67. A través del auto 278 del 7 de octubre de 2011¹⁷ CORPOCALDAS dispuso: (i) la suspensión temporal del funcionamiento de la planta eléctrica de la clínica; (ii) inició el proceso sancionatorio; y, (iii) formuló cargos a la sociedad Centro Médico de Especialistas C.M.E “... *por la presunta infracción de los artículos 9 y 26 de la Resolución no. 627 de 2006 expedida por el Ministerio de Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial y 49 del Decreto 948 de 1995*”.

§68. La representante del centro médico se notificó el 21 de octubre de 2011. El 8 de noviembre de 2011 presentó los descargos, insistiendo que la planta sí cuenta con sistema de aislamiento, solamente funciona en cortes de energía de poca duración, y solicitó que se tase la multa en 1 smlmv, conforme al artículo 121 del Decreto 948 de 1995.¹⁸

§69. El 21 de noviembre de 2011 la autoridad ambiental decretó pruebas para comprobar si hay sistemas u obras de insonorización, y si la planta funciona para situaciones de emergencia. La visita se realizó el 25 de noviembre de 2011 donde encontró que el sistema instalado no garantiza la insonorización de la planta eléctrica.¹⁹

§70. El 21 de noviembre de 2012 se volvió a presentar una queja ciudadana por el ruido de la planta eléctrica.²⁰

§71. El 19 de junio de 2013 la Subdirección de Recursos Naturales expidió el informe técnico 500-13 019²¹. Este informe fue la base con que se tasó la multa a la clínica Santillana, según lo ordena el artículo 3º del Decreto 3678 de 2010: “*Todo acto administrativo que imponga una sanción deberá tener como fundamento el informe técnico...*”

§71.1. Este informe calculó el grado de afectación ambiental con los siguientes atributos que calificó así: intensidad 1, extensión 1, persistencia 1, reversibilidad 1, recuperabilidad 1.

¹⁶ Fs. 73 -78 vto, c1.

¹⁷ Fs. 76 vto – 78 c1.

¹⁸ Fs 79-81 c.1.

¹⁹ Fs. 86 a 89 c.1

²⁰ F. 92 c.1.

²¹ Fl. 93-95, c1.

§71.2. El cual dio como resultado que, “El valor calculado de la multa por afectación con los anteriores parámetros en la ecuación (1) es de \$67.7261.344.”

§71.3. No se observa que en el informe se haya despejado la formula por riesgo ambiental **$r = o \times m$** .

Tabla 2 de Parámetros para Tasación de Multa.		
Parámetro	Detalle	Valor
SMMLV	Salario mínimo mensual legal vigente.	589.500
B	Beneficio Ilícito	20'000.000.
considerando a B como el costo evitado en inversiones que debió realizar en capital. Se considera que el cumplimiento de los límites de los niveles de presión sonora, la instrucción de un sistema de aislamiento acústico tiene un costo aproximado de veinte millones de pesos.		
d	Días	1
La duración del hecho es de un día, ya que los cortes de energía no ocurren en días horas v las molestias por ruido se presentan desde el año 2010.		

α	Factor de temporalidad.	1
El factor de temporalidad fue calculado teniendo en cuenta que el número de días de afectación, 1.		
i	Grado de afectación ambiental	8
La importancia de la afectación se determinó teniendo en cuenta las siguientes cinco variables.		
IN	intensidad	1
El grado de incidencia se asume uno, comparando los valores de la tabla 1, el nivel de presión sonora se desvía del estándar fijado por la norma en un 7,14% y 11,61 %, para el horario diurno y nocturno, respectivamente.		
EX	Extensión.	1
La afectación puede incidir en una hectárea, aunque el nivel de ruido puede atenuarse en un área menor a este valor.		
PE	Persistencia	1
La duración del efecto es inferior a seis meses, este se manifiesta durante el funcionamiento de la planta eléctrica de emergencia, con un uso intermitente.		
RV	Reversibilidad	1
La alteración es asimilada por el entorno en un periodo menor a un año, los niveles de ruido sin embargo pueden causar efectos de larga duración sobre la salud de los que habitan el sector afectado, al interrumpir la tranquilidad del descanso en horas de la noche.		
MC	Recuperabilidad	1
La alteración del medio sociocultural por niveles inadecuados de ruido, puede recuperarse cuando son eliminados con adecuadas medidas correctivas		
A	Circunstancias agravantes y atenuantes.	0.0
No existen circunstancias agravantes o atenuantes.		

Ca	Costos asociados.	1	-
No se tienen costos asociados, ya que la función de la autoridad ambiental es velar por el cumplimiento en normas ambientales en materia de ruido.			
Cs	Capacidad socioeconómica de infractor.	1	-
El tamaño de la empresa es pequeño, teniendo en cuenta la clasificación establecida en el artículo 2 de la ley 905 de 2004, para un número de activos registrados en la Cámara de Comercio 999'980.000, correspondiente a 1696 SMMLV			
$Multa = B + [(\alpha * i) * (1 + A) + Ca] + Cs$			Ecuación (1)
El valor calculado de la multa por afectación con los anteriores parámetros en la ecuación (1) es de \$67,261344			

§72. A través de la Resolución 258 del 16 de agosto de 2013²² CORPOCALDAS declaró responsable al Centro Médico de Especialistas CME S.A - Clínica Santillana.

§72.1. La corporación indicó que se demostró que la planta eléctrica producía un ruido superior al límite legal.

§72.2. Como normas violadas se señalaron: (i) el artículo 49 del Decreto 948 de 1995, por el cual las plantas eléctricas deben contar con silenciadores y sistemas de control de ruido; y, (ii) el artículo 9 de la Resolución 627 de 2006 del MAVDT, que establece los niveles permisibles de ruido; y (iii) el artículo 26 de la Resolución 627 de 2006 el cual ordena que las edificaciones cuenten con las medidas para que las instalaciones auxiliares no superen los estándares de ruido.

§72.3. En la motivación no indicó que se haya presentado un riesgo o una afectación o daño ambientales.

§72.4. En la tasación de la multa utilizó los mismos parámetros del informe técnico 500-13 019 antes citado. No se observa que haya usado la fórmula por riesgo ambiental $r = o \times m$.

§72.5. E impuso una multa por \$67.261.344.

§73. El 20 de septiembre de 2013 la clínica interpuso el recurso de reposición en contra de la resolución sancionatoria, donde sustentó los motivos de inconformidad:

§73.1. La competencia del ministerio del ambiente para definir la metodología de tasación de las sanciones fue suspendida por la jurisdicción administrativa. (art. 11 D.3678/ 2010);

§73.2. La fórmula para calcular la multa es inaplicable, debido a que depende de una variable -d- temporalidad, que se calcula en día, y el ruido producido fue de solo 21 horas.

§73.3. No hubo proporcionalidad de la multa, dada la situación económica del centro médico, y CORPOCALDAS reconoció que la situación es irrelevante en la variable -i- al puntearla con 8.²³

²² Fl. 98-101, c1

²³ Fls 109-113 c.1

§74. El 31 de octubre de 2013 la autoridad ordenó la práctica de pruebas.²⁴

§75. El 15 de diciembre de 2013 la subdirección de recursos naturales presentó el informe técnico 500-13-50, donde vuelve a tasar la multa. Se usaron los mismos parámetros del informe técnico que sirvió de base para la resolución que fue recurrida, rebajando el beneficio ilícito a \$13.000.000. La multa fue proyectada en \$65.017.480. Este informe no despejó la fórmula de ilícitos por riesgo: $r = o \times m$.

§76. A través de la Resolución 639 del 18 de diciembre de 2013²⁵ la CAR resolvió el recurso de reposición, con los siguientes aspectos:

§76.1. Respecto a la suspensión de la competencia del ministerio para definir la forma de calcular las multas, se encuentra en trámite el recurso de súplica en el Consejo de Estado.

§76.2. En cuanto al reproche que no puede calcularse la variable de temporalidad de la infracción ambiental - α -, la corporación indicó que para lapsos inferiores a 24 horas se aplica el menor valor que es 1.

§76.3. No se vulneró el principio de la proporcionalidad porque se comprobó la infracción ambiental y la tasación se hizo conforme a variados factores.

§76.4. De esta manera, confirmó la resolución SG- 258 del 16 de agosto de 2013, pero rebajó la multa a \$65.017.480.

§76.5. Esta resolución no despejó la fórmula $r = o \times m$ que se usa en el caso de ilícitos por riesgo.

§77. La clínica Santillana pagó la sanción el 21 de febrero de 2014.²⁶

2.5. Solución al primer problema, si los actos administrativos demandados establecieron claramente si la sanción fue impuesta y tasada por un ilícito ambiental de afectación o riesgo

§78. La autoridad apelante señala que en el trámite sancionatorio y en los actos demandados se manifestó que se sancionaba la violación de las normas ambientales. De lo cual se infiere que se trataba de un ilícito por riesgo ambiental.

§79. Como antes se ilustró, los ilícitos ambientales pueden clasificarse entre los que implican un riesgo, y en los que hubo una afectación-daño.

§80. El ilícito de riesgo es “... en materia ambiental toda acción u omisión que constituya violación de las normas...” (art. 5º L.1333/2009)

²⁴ F. 118 a 121 c.1.

²⁵ 125-130, c1.

²⁶ F.20, 21 c.1.

§81. Y el ilícito de afectación o daño se define como: “... la comisión de un daño al medio ambiente, con las mismas condiciones que para configurar la responsabilidad civil extracontractual establece el Código Civil y la legislación complementaria, a saber: El daño, el hecho generador con culpa o dolo y el vínculo causal entre los dos.” (art.5 ídem)

§82. Los actos demandados no señalaron si se investigaba una conducta de riesgo o de afectación-daño.

§83. Sin embargo, desde la formulación de cargos, los informes técnicos y los actos demandados enfatizaron que existía una presunta o probada “... infracción de los artículos 9 y 26 de la Resolución no. 627 de 2006 expedida por el Ministerio de Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial y 49 del Decreto 948 de 1995”²⁷

§84. De esta manera, se entiende que la CAR investigaba una conducta por riesgo. Esto excluye el estudio de responsabilidad civil extracontractual por algún daño.

§85. Pero, si la conducta sancionada era de riesgo, los actos que tasaron la multa y los actos demandados no despejaron la fórmula necesaria para establecer la *Evaluación del riesgo* (*r*) que es **$r = o \times m$** : los informes 500-13 del 5 de octubre de 2011²⁸, 500-13 019²⁹ del 19 de junio de 2013 y 500-13-50 del 15 de diciembre de 2013; como las resoluciones 258 del 16 de agosto de 2013 y 639 del 18 de diciembre de 2013.

§86. De esta manera, la actuación de la Corporación hace incurrir en errores de interpretación a los lectores del trámite administrativo: ¿si la sanción era por riesgo, porque no aparece despejada la fórmula de la *Evaluación del riesgo* **$r = o \times m$** ? o ¿Era una sanción daño y no era necesario despejar dicha fórmula?

§87. Los actos demandados incurrieron en falta de claridad, y tiene razón la clínica al criticar que no entendía si se investigaba una conducta de riesgo o de daño, así como la forma como se calculó la multa. Esto incidió en el derecho de defensa de la accionante, como lo estimó el juzgado de primera instancia.

§88. De esta manera, este cargo de la apelación no tiene vocación de prosperidad.

2.6. Solución al segundo problema, si se presentó ineptitud de la demanda porque en la vía administrativa no se controvirtieron los argumentos presentados en la demanda

§89. La apelante señala que los argumentos presentados en el recurso de reposición en la vía administrativa contra la Resolución 258 del 16 de agosto de 2013, no son los mismos que los expuestos en la demanda.

§90. En cuanto al debido agotamiento de la vía administrativa en lo relacionado con hechos o argumentos nuevos, el Consejo de Estado en sentencia del 20 de septiembre

²⁷ Fs. 76 vto – 78 c1.

²⁸ Fs. 73 -78 vto, c1.

²⁹ Fl. 93-95, c1.

de 2007³⁰ indicó que el debido agotamiento de la vía administrativa, se refiere a que las peticiones de la vía administrativa coincidan con las solicitadas ante la jurisdicción. No así los argumentos, que pueden mejorarse o ser nuevos:

“En ese orden, según la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo hay indebido agotamiento cuando se plantean asuntos o se hacen peticiones o solicitudes no formuladas en la vía gubernativa, respecto de las cuales no se cumpliría con ese presupuesto procesal; pero es viable plantear argumentos nuevos o mejores argumentos, y así se ha acogido por las diferentes secciones, v. gr. en las consideraciones expuestas por la Sección Cuarta en sentencia de 17 de marzo de 2005, exp. núm. 14113, Consejera Ponente, Dra. María Inés Ortiz Barbosa ...”-sft-

§91. Esta postura fue reiterada en sentencia del 6 de agosto de 2020³¹:

*“No obstante, lo anterior, en lo que respecta a la declaratoria de oficio de la excepción de indebido agotamiento de la vía gubernativa por parte del Juez de Primera Instancia, por considerar que las actuaciones contra el pliego de cargos no fueron alegadas en la vía gubernativa, cabe resaltar que tal decisión no es compartida por la Sala, toda vez que en reiterada jurisprudencia de esta sección se ha señalado que el demandante **puede plantear nuevos cargos en la vía judicial que no hubieren sido ventilados ante la administración en vía gubernativa [...]**” (destacado fuera de texto).”*

§92. Por lo que el demandante podía presentar nuevos argumentos en la demanda. Así, este cargo de la apelación no prospera.

2.7. Solución a los demás problemas sobre la existencia de errores en el despeje de la fórmula de tasación de la multa y su incidencia en la nulidad.

§93. El apelante insistió en que no hubo error en el cálculo de la sanción pecuniaria.

§94. Y en caso de existir, no daría lugar a la nulidad total de los actos demandados, sino a su nueva tasación.

§95. Al respecto, como se repetidamente se indicó, los actos demandados no hicieron el ejercicio de despejar la fórmula $r = o \times m$, necesaria en la tasación de las conductas de riesgo.

§96. Además, la Sala está en imposibilidad de analizar la tasación de la multa que hizo CORPOCALDAS, pues era necesario que determinar la variable: -o- *Probabilidad de ocurrencia de la afectación* que es imprescindible para la fórmula $r = o \times m$ por ilícitos de riesgo.

§97. En efecto, para despejar la citada fórmula CORPOCALDAS debió valorar la variable *Probabilidad de ocurrencia de la afectación* -o-, a través de la siguiente tabla:

³⁰ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION PRIMERA- Consejero ponente: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA - Bogotá, D.C., veinte (20) de septiembre de dos mil siete (2007)- Radicación número: 13001-23-31-000-1995-12217-01

³¹ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN PRIMERA- Consejero ponente: HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ- Bogotá, D.C., seis (6) de agosto de dos mil veinte (2020)- Radicación número: 13001-23-31-000-2008-00104-01

Calificación	Probabilidad de ocurrencia (o)
Muy alta	1
Alta	0.8
Moderada	0.6
Baja	0.4
Muy baja	0.2

§98. Esta variable (o) no aparece calculada en los actos demandados.

§99. Ante esta falta de información, la jurisdicción no puede examinar si la tasación de la multa fue correcta. Tampoco puede entrar a tasar cuál debe ser la multa.

§100. Pero esta falta no es suficiente para declarar la nulidad total de los actos demandados.

§101. Efectivamente, la demanda no controvierte la existencia de la conducta ambiental investigada, o sea, que sí se presentó la generación de un ruido que sobrepasó los niveles permitidos.

§102. Y si estuviera determinada la variable *Probabilidad de ocurrencia de la afectación -o-* podría esta instancia tasar la multa que debió imponerse.

§103. De esta manera, se revocará la sentencia de primera instancia, para declarar la nulidad parcial de los actos demandados en cuanto a la tasación de la multa.

§104. Se ordenará que CORPOCALDAS realice la nueva tasación, dentro de los treinta días siguientes a la notificación de este acto judicial.

§105. Como restablecimiento, y en caso de que deba devolverse alguna cantidad de dinero a la parte demandante, CORPOCALDAS lo hará en forma indexada, conforme a la siguiente fórmula:

$$Ra = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

§106. De donde Rh es el valor histórico para actualizar, Índice final es el índice de precios al consumidor a la fecha de ejecutoria de la sentencia, e Índice inicial es el índice de precios al consumidor en la fecha en que se pagó la multa.

3. Costas en esta instancia

§107. Con base en el artículo 365 del CGP, aplicable por virtud del precepto 188 de la Ley 1437 de 2011 y la Ley 2080 de 2021, en razón a que no se causaron costas, y las pretensiones fueron parcialmente aceptadas, no se condenará en costas de esta instancia.

§108. Por lo discurrido, la sala sexta de decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

Sentencia

PRIMERO: Revocar la sentencia dictada el 30 de octubre del 2017 por la Señoría del Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por **CENTRO MÉDICO DE ESPECIALISTAS CME S.A.**, en contra de la **CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL CALDAS - CORPOCALDAS**, por los argumentos motivo de la demanda.

SEGUNDO: Declarar la nulidad parcial de la Resolución 639 del 18 de diciembre de 2013 y de la Resolución 639 del 18 de diciembre de 2013.

TERCERO: Ordenar a CORPOCALDAS tase la multa a imponerse a la parte demandante por el riesgo generado, para lo cual deberá calcular detalladamente la sanción ambiental, con base en las fórmulas aplicables a la generación del riesgo. Lo anterior lo realizará por acto dentro de los treinta días siguientes a la ejecutoria de este acto judicial.

CUARTO: En restablecimiento, y en caso de que exista un exceso a favor de la demandante, CORPOCALDAS debe pagar la cantidad de dinero en forma indexada como se explica en la parte motiva de esta sentencia.

QUINTO: La entidad demandada dará cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del CPACA.

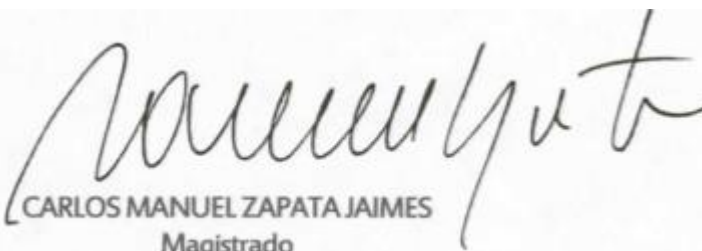
SEXTO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso. Remítase copia a la Agencia de Defensa Judicial del Estado.

Notifíquese y Cúmplase

Los Magistrados



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

-En incapacidad-
Dr. Jairo Ángel Gómez Peña)

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO
No.050
FECHA:23-mar-2021

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



**HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía**

Sentencia de segunda instancia

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Martha Lucía Trujillo Toro
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones
COLPENSIONES
Radicación: 17001333900720170040202
Acto judicial: Sentencia 025

Manizales, dieciséis (16) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

Proyecto discutido y aprobado en sala extraordinaria de la fecha.

§01. **Síntesis:** La parte demandante solicita: (i) se reliquide la pensión conforme al régimen de transición de los artículos 1º de la Ley 33 de 1985 y 36 de la Ley 100 de 1993; (ii) se indexe la primera mesada pensional. El juzgado de primera instancia negó las pretensiones. La sala confirma la decisión de primera instancia.

§02. La sala dicta sentencia de segunda instancia en el proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** interpuesto por **MARTHA LUCIA TRUJILLO TORO**, demandante, en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, demandada. El objeto de decisión es la apelación interpuesta por la parte **demandante** contra la sentencia dictada el 18 de julio de 2019 proferida por la Señoría del Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las pretensiones de la demanda.

1. Antecedentes

1.1. La demanda que solicita la reliquidación de la pensión conforme la Ley 33 de 1985 y la indexación de la primera mesada pensional¹

§03. La parte demandante pretende la nulidad de las resoluciones GNR 304929 del 5 de octubre del 2015, y VPB 76584 del 30 de diciembre del 2015 emitidas por COLPENSIONES, que negaron en vía administrativa y en sede de apelación la reliquidación de la pensión de la parte demandante con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el año anterior a la fecha de retiro del servicio, y la indexación de la primera mesada.

¹ (fs. 1 a 38 c.1)

§04. En restablecimiento solicitó:

§04.1. La reliquidación de la pensión con todos los factores devengados el último año, efectiva a partir del 15 de junio de 2011, fecha en que adquirió el estatus pensional, en el cual se incluya: la asignación básica mensual, el 15% de incentivo, recargo nocturno, dominicales y como factores salariales: prima de servicios, prima de navidad y demás factores salariales.

§04.2. Actualizar la base de liquidación para obtener el valor de la primera mesada pensional con el IPC que rigió año por año desde el año 2004 en el cual se retiró hasta el año 2011.

§05. Relató que a la parte demandante le fue reconocida una pensión a la **Resolución 201573 de 2012**. Se tuvo en cuenta el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, porque al 30 de junio de 1995 la demandante contaba con más de 35 años, porque nació el 15 de junio de 1956. Sin embargo, del régimen anterior de la Ley 33 de 1985 solo se le tuvo en cuenta la edad, tiempo de servicios y la tasa del 75%. Y el ingreso base se liquidó con el promedio de los aportes de los últimos 10 años de servicios.

§06. El 20 de noviembre de 2013 la actora presentó ante COLPENSIONES revocatoria directa del acto administrativo ya mencionado.

§07. Mediante Resolución GNR 352347 de diciembre 12 de 2013 COLPENSIONES ordenó la reliquidación de la pensión de la parte actora en cuantía de \$1.135.182, pero tomando en cuenta los aportes cotizados los últimos diez años de servicios.

§08. El 21 de julio de 2015 la demandante presentó solicitud de reliquidación de la pensión conforme al artículo 1º de la Ley 33 de 1985 en su integridad. Mediante la Resolución GNR 304929 de octubre 5 de 2015 la entidad reliquidó la pensión en cuantía mensual \$1.108.779 a partir de octubre 1 de 2012, pero sin tener en cuenta todos los factores devengados el último año de servicios.

§09. Inconforme con la decisión la demandante presentó apelación contra el acto administrativo, que fue confirmado por la Resolución VPB 76584 del 30 de diciembre de 2015.

1.2. COLPENSIONES rechazó las pretensiones ²

§10. Aceptó los hechos referidos a los actos administrativos que concedieron la pensión, resolvieron las peticiones de reliquidación, y se opuso a las pretensiones.

§11. Como normas aplicables enunció las Leyes 33, 62 de 1985, 100 de 1993, los Decretos 691 y 1158 de 1994.

§12. Propuso los siguientes medios exceptivos:

² 1.1. (fs. 171 a 182 c.1)

§13. **Ausencia del derecho reclamado aplicación normativa y reliquidación pensional.** Preciso que no es posible acceder a la reliquidación pensional en virtud porque según el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, a las pensiones de los beneficiarios del régimen de transición solo se les aplica lo atinente a edad, semanas y monto, más no la forma para calcular el IBL con el cual se liquida la prestación.

§14. **Improcedencia de reliquidar la prestación pensional.** Manifestó como quiera la parte demandante es beneficiaria del régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993, la pensión debe liquidarse conforme lo dispone la norma ibídem. Como a la accionante le faltaba más de 10 años para el cumplimiento de los requisitos para pensionarse, el ingreso base de liquidación será el promedio de lo aportado durante los últimos 10 años o el cotizado durante todo el tiempo si fuere superior.

§15. **Improcedencia de tomar todos los factores salariales devengados.** Conforme al Decreto 1158 de 1994 los factores salariales contenidos en dicha disposición se deben tener en cuenta para calcular las cotizaciones al sistema por parte de los empleados públicos.

§16. **Prescripción:** Solicitó se apliquen los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969.

§17. **Improcedencia de los intereses moratorios por no dar cumplimiento al fallo conforme lo dispuesto en el artículo 192 del CPACA.** Afirmó que, para la procedencia de los intereses moratorios, la reclamación debe presentarse ante la misma entidad y en los términos que la entidad dispone ya que éstos no surgen solo con la sentencia.

§18. **Buena Fe.** Con apoyo en el artículo 83 de la Constitución Política, señaló que las actuaciones adelantadas por la entidad han sido de buena fe y conforme a la normatividad.

§18.1. **Declarables de oficio.**

1.3. Sentencia que negó la reliquidación porque a los pensionados de la transición de la ley 100 se les aplica la edad, tiempo de servicios y edad del régimen anterior³

§19. El Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, el 6 de diciembre de 2017, luego de agotadas las demás etapas establecidas en el artículo 180 de la Ley 1437, dictó sentencia de la siguiente manera:

“PRIMERO: DECLARAR probada las excepciones denominadas “AUSENCIA DEL DERECHO RECLAMADO”, “IMPROCEDENCIA DE RELIQUIDAR LA PRESTACIÓN PENSIONAL”, “IMPROCEDENCIA DE

³ (fs. 191 a 198 c.1)

TOMAR TODOS LOS FACTORES SALARIALES DEVENGADOS PARA REALIZAR LA RELIQUIDACIÓN” Y “BUENA FE” propuestas por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demandante.

TERCERO: SIN COSTAS, por lo considerado.”

§20. Como problema jurídico a dilucidar determinó si *¿procede el reajuste de la pensión de jubilación de la parte demandante, con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios?*

§21. En el caso de las pensiones que se benefician del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, señaló los cambios jurisprudenciales en torno al ingreso base de liquidación. Optó por seguir la sentencia de unificación del Consejo de Estado, donde el IBL se calcula con el promedio de los aportes a pensión de los últimos diez años.

§22. En el caso concreto encontró que los actos demandados siguieron el mismo derrotero jurisprudencial, por lo que negó las pretensiones de la demanda.

1.4. La parte demandante apeló la sentencia para que se revoque íntegramente⁴

§23. La parte actora solicitó la revocatoria de la sentencia, con los siguientes argumentos.

§24. Insiste que como es beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, debe tenerse en cuenta el ingreso base de liquidación estipulado en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, con inclusión de todos los ingresos salariales percibidos el último año de servicios.

§25. Además, como el último año de servicios fue el 2004 y el estatus de la pensión se adquirió el 2011, debe indexarse la primera mesada pensional.

§26. Aunque la apelante no desconoce la unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2018, no es justo para la demandante se aplique un cambio jurisprudencial regresivo.

1.5. Alegatos de segunda instancia e intervención del Ministerio Público.

§27. La parte accionada presentó alegatos de conclusión; el Ministerio Público permaneció silente.

⁴ (FS. 200- 210, C1)

§28. La parte demandada⁵ rememoró los argumentos de la contestación de la demanda, reforzando su determinación de permanecer en la interpretación que defiende, conforme a las sentencias SU 230 de 2015 de la Corte Constitucional y la última unificación del Consejo de Estado.

2. Consideraciones

2.1. Competencia

§29. Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación, conforme al artículo 153 del CPACA⁶, los argumentos de los apelantes, los principios de congruencia y de la no REFORMATIO IN PEIUS, las normas o los principios previstos en la Constitución Política, los compromisos vinculantes asumidos por el Estado y las normas legales de carácter imperativo⁷.

2.2. Problemas jurídicos

§30. ¿Se debe reliquidar la pensión de jubilación de la señora Martha Lucia Trujillo, con el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta todos los factores salariales percibidos el último año de servicios?

§31. ¿Es procedente ordenar la indexación de la primera mesada pensional de la demandante?

§32. ¿En caso de acceder a la pretensión de reajuste salarial con lo devengado en el último año de servicios, en qué términos procede el descuento de aportes que no fueron realizados al sistema pensional por la nulidiscente?

2.3. Solución al problema jurídico: la procedencia de la reliquidación de la pensión de la parte demandante con los factores salariales percibidos en el último año de servicios.

§33. Conforme al artículo 36 de la Ley 100 de 1993⁸ quienes para la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones de la Ley 100 de 1993, tuvieran 35 o

⁵ (fs. 4 a 6 c.2)

⁶ http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011_pr003.html#153

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de febrero de 2012, exp. 21.060, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Reiterada en Sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera del 25 de septiembre de 2013. C.P. Enrique Gil Botero. Rad No. 05001-23-31-000-2001-00799-01(36460). En el mismo sentido sentencias 25279, 36.863 y 30.782

⁸ “Régimen de Transición. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

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

más años de edad si son mujeres, o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, se les aplicará el régimen anterior al cual se hallaban afiliados, esto es, la edad para acceder a la prestación pensional, el tiempo de servicio y el monto de la prestación.

§34. Para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, 1º de abril de 1994 (para empleados nacionales) o al 30 de junio de 1995 (para empleados territoriales).

§35. El Acto Legislativo 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la Constitución dispuso que *“El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente acto legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014”*.

§36. Por lo que las personas cobijadas por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, que no consoliden su derecho pensional antes de las fechas de expiración antes mencionadas, dejan de ser sujetos de este régimen, y en consecuencia se regirán por las normas de la Ley 100 de 1993.

2.3.1. Elementos del régimen de transición para tener en cuenta. Análisis jurisprudencial. Tesis acogida por el tribunal

§37. Con ocasión de la sentencia SU-230 de 2015 emanada de la Honorable Corte Constitucional, se ha generado una amplia discusión sobre si al régimen de transición pensional previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es procedente incluir en el ingreso base de liquidación los factores salariales percibidos el último año de servicios. El Tribunal Administrativo de Caldas⁹ evaluó los pronunciamientos por los Altos Tribunales Constitucional y Administrativo, acogiendo la de esta última expuesta en las sentencias de unificación del 4 de agosto de 2010, del 25 de febrero de 2016, de extensión de jurisprudencia del 24 de noviembre de 2016 y del 9 de febrero de 2017. En estas sentencias se indicaba que el monto de la pensión comprende el IBL del último año de servicios y el porcentaje asignado por la ley, siendo la única excepción las pensiones de los congresistas y asimilados, en virtud de la cosa juzgada constitucional con ocasión de la sentencia C-258 de 2013.

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

⁹ Al respecto, pueden consultarse las providencias del 8 de septiembre de 2017, radicadas con los números 17001-33-33-001-2014-00205-02 y 17001-33-33-001-2014-00480-02, con ponencia del Magistrado Augusto Ramón Chávez Marín.

§38. La sentencia SU-395 de 2017¹⁰ de la Honorable Corte Constitucional insistió en que el monto de la pensión se refiere a la tasa de reemplazo o porcentaje correspondiente y no el ingreso base de liquidación, el cual debe ser promediado, para todos los efectos, con la base del régimen general; y que sólo pueden incluirse los factores de liquidación de la pensión sobre los cuales se hubieren realizado las cotizaciones respectivas.

“(…) En la medida en que si el inciso tercero de la norma bajo análisis expresamente establece cuál debe ser el Ingreso Base de Liquidación para los beneficiarios del régimen de transición, entonces el monto se refiere al porcentaje aplicable a esa base que será el señalado por la normativa anterior que rija el caso concreto. En igual sentido, los factores salariales, al no determinar el monto de la pensión sino parte de la base de liquidación de la misma, serán los señalados por la normativa actual, en este caso, por el Decreto 1158 de 1994.”

§39. Ahora bien, el Consejo de Estado, respecto a los factores salariales y el IBL, para liquidar las pensiones de las personas beneficiarias del régimen de transición de la Ley 33 de 1985, en sentencias de unificación del 4 de agosto de 2010, y del 25 de febrero de 2015, señaló que se calculan con los factores salariales devengados en el último año de servicios, aunque no se haya mención taxativamente en la norma, y reiteró que el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 debe interpretarse de manera armónica, integral y en aplicación del principio de inescindibilidad de la norma.

§40. Más recientemente, la Sección Segunda del Consejo de Estado en providencia de unificación del 28 de agosto de 2018¹¹, sentó jurisprudencia de esta forma:

“Primero: Sentar como jurisprudencia del Consejo de Estado frente a la interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que consagra el régimen de transición pensional, lo siguiente:

1. 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.

2. Para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es:

¹⁰ Corte Constitucional. Sala Plena. Magistrado Ponente: Dr. Luis Guillermo Guerrero Pérez. Sentencia SU-395 del 22 de junio de 2017.

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero ponente: William Hernández Gómez, Bogotá, D.C., diez (10) de mayo de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 11001-03-15-000-2018-01102-00(AC). <http://www.consejodeestado.gov.co/busquedas/buscadord-jurisprudencia/>

- 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.

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

Segundo: Advertir a la comunidad en general que las consideraciones expuestas en esta providencia, en relación con los temas objeto de unificación, son obligatorias para todos los casos en discusión tanto en vía administrativa como judicial, en atención a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

De igual manera, debe precisarse que los casos respecto de los cuales ya ha operado la cosa juzgada, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.

Tercero: Las pensiones que han sido reconocidas o reliquidadas en el régimen de transición, con fundamento en la tesis que sostenía la Sección Segunda del Consejo de Estado, no pueden considerarse que lo fueron con abuso del derecho o fraude a la ley.

§41. En cuanto a la aplicación de la sentencia de unificación, el Consejo de Estado aclaró:

“La Sala Plena de esta Corporación, por regla general, ha dado aplicación al precedente en forma retrospectiva, método al que se acudirá en esta sentencia, disponiendo que las reglas jurisprudenciales que se fijaron en este pronunciamiento se aplican a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.

116. Para la Sala, los efectos que se dan a esta decisión garantizan la seguridad jurídica y dan prevalencia a los principios fundamentales de la Seguridad Social, por ello no puede invocarse el principio de igualdad, so pretexto de solicitar la no aplicación de esta sentencia.”

§42. Ante los reiterados pronunciamientos de la Corte Constitucional en relación con la manera como deben liquidarse las pensiones de jubilación reconocidas por el régimen de transición contemplado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esta Corporación ha decidido, en aras de procurar el respeto de los principios de seguridad jurídica y de sostenibilidad del Sistema General de Pensiones, modificar la posición que se había venido adoptando en estos temas de reliquidación pensional, para en su

lugar acogerse a la postura planteada por el Máximo Tribunal Constitucional, tal como lo ha hecho ya en sentencia del 23 de abril de 2018¹².

2.3.2. Del tiempo a tenerse en cuenta para la liquidación de la pensión

§43. Por tanto, para la liquidación de la prestación debe acudirse a lo dispuesto por el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y por el artículo 21 de la misma norma, dependiendo del tiempo que le faltare al interesado a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones para adquirir el derecho a la pensión.

§44. Ahora bien, cuando el beneficiario del régimen de transición hubiere cotizado 1.250 semanas como mínimo, puede optar por el promedio de los ingresos de toda su vida laboral actualizados con base en la variación del IPC, siempre y cuando este resultado sea superior al obtenido de la manera descrita en el párrafo anterior, esto es, a los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión.

§45. En consecuencia, se colige que la liquidación de la pensión de jubilación debe realizarse en los términos previstos en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, la liquidación de éste será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales hubiere cotizado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si éste fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del IPC.

§46. De esta forma no se puede acceder a la pretensión de la demanda para tener en cuenta únicamente los factores percibidos el último año de servicios, como pretende la demanda.

2.3.3. De los factores a tenerse en cuenta en la liquidación

§47. Bajo las disposiciones adoptadas en las sentencias de unificación del Máximo Órgano Constitucional, atinente a los factores salariales que pueden incluirse para determinar el IBL, son los devengados por el actor, durante el tiempo de liquidación referido y que sirvieron de base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones conforme al Decreto 1158 de 1994 que subrogó el artículo 6º del Decreto 691 de 1994¹³.

¹² Tribunal Administrativo de Caldas, Sala de Decisión, Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín. Sentencia del 23 de abril de 2018. Radicación número: 17001-23-33-000-2016-00716-00.

¹³ La citada norma es del siguiente tenor:

ARTICULO 1o. El artículo 6o del Decreto 691 de 1994, quedará así: "Base de Cotización".

El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:

- a) La asignación básica mensual;
- b) Los gastos de representación;
- c) **La prima técnica**, cuando sea factor de salario;
- d) Las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario.
- e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;
- f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;

§48. Con la demanda se aportó certificado de tiempo de servicios y factores salariales, que da cuenta de los factores salariales devengados que en el último año de servicios como son: salario ordinario, 1% de incentivo, recargo nocturno, dominicales, prima de navidad y prima de servicios.

§49. Sin embargo, conforme al Decreto 1158 de 1994, solamente se deben tener en cuenta los factores taxativamente señalados en dicha norma, como fue dispuesto en la Resolución GNR 123005 del 27 de abril de 2016 que ordenó reliquidar la prestación social.

2.3.4. Lo demostrado en el proceso

§50. La demandante nació el 15 de junio de 1956¹⁴.

§51. El tiempo de servicios de la parte demandante en la siguiente entidad: la ESE Hospital de Caldas, desde el 1 de mayo de 1976 hasta el 17 de noviembre de 2004; el cargo desempeñado fue de auxiliar de enfermería.¹⁵

§52. A la fecha de entrada en vigor de la ley 100, el 30 de junio de 1995, la parte demandante tenía más de 35 años, y le faltaban 10 años y 4 meses de edad. Por lo que el actor se encuentra en el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

§53. Mediante la Resolución 201573 del 2012 el ISS reconoció a la demandante la pensión en cuantía de \$713.224. Se reconoció que la actora estaba en el régimen de transición del artículo 36 de la ley 100, y se aplicó el 75% del ingreso base de liquidación del promedio de cotización de los últimos 10 años de servicios.¹⁶

§54. Posteriormente, la actora solicitó la reliquidación. COLPENSIONES expidió la Resolución GNR 352347 del 12 de diciembre del 2013, que reliquidó la pensión de jubilación, teniendo en cuenta que acreditó un total de 1790 semanas cotizadas. Reafirmó que la demandante está dentro del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Luego de evaluar las opciones de la pensión conforme a la Ley 33 de 1985, la Ley 71 de 1988 y la Ley 797 de 2003, encontró más favorable la primera. Se tomó como IBL el promedio de los factores previstos en el decreto 1158 de 1994, de los últimos diez años de servicios. Se fijó la mesada en \$1.108.143.¹⁷

§55. La parte demandante volvió a solicitar la reliquidación con la inclusión de todos los factores percibidos el último año de servicios e indexando la primera mesada pensional. COLPENSIONES expidió la Resolución GNR 304929 del 5 de octubre de 2015, que reliquidó en \$1.108.779, a partir del 1 de octubre de 2012. En la resolución

g) La bonificación por servicios prestados;-sft-

¹⁴ f.100v. c.1

¹⁵ (fl. 132, c.1)

¹⁶ (fl. 39-43, c1)

¹⁷ (fs. 67-76, c1)

se indicó que el promedio de los factores de los últimos 10 años de servicios fue actualizado.¹⁸

§56. La parte demandante interpuso apelación contra el anterior acto administrativo, y COLPENSIONES lo confirmó por la Resolución VPB 76584 del 30 de diciembre de 2015.¹⁹

2.3.5. Análisis en el caso concreto según lo demostrado

§57. Conforme a la jurisprudencia de unificación del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2018, “... *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.*”

§58. Además, en el caso de la demandante, “... *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.*”

§59. Y “... *Los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.*”

§60. Por lo anterior, no es procedente acceder a la solicitud de la parte demandante para reliquidar la pensión con la inclusión de todos los factores salariales percibidos el último año de servicios.

2.4. Indexación de la primera mesada pensional

§61. El artículo 53 de la Constitución Política ordena que el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

§62. La jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido pacífica al pregonar la indexación de las mesadas pensionales, incluyendo la primera de ellas, en los casos en que el(la) pensionado(a) dejó de prestar sus servicios años antes del cumplimiento del otro requisito previsto normativamente (la edad) para materializar su estatus pensional.

¹⁸ (fs. 100-103, c1)

¹⁹ (fs. 127-130, c1).

Esto, ante la palpable reducción de la capacidad adquisitiva de la moneda con el paso del tiempo, tal y como lo ha reseñado esa Alta Corporación²⁰:

“Negar la revalorización de la base de liquidación de la pensión de jubilación, argumentando ausencia de una disposición precisa que así lo establezca, no obstante la evidente pérdida del poder adquisitivo de la unidad monetaria, es desconocer la primacía de los principios y valores constitucionales que por mandato de nuestra Carta se deben observar en las actuaciones judiciales y se incurre en el pecado que señala el aforismo latino de “sumum jus summa injuria” – derecho estricto injusticia suprema – que se suele utilizar para indicar que al juez no puede considerársele como un autómatas, o esclavo de la norma escrita, por ley debe entenderse el ordenamiento jurídico como un todo. Incluso, en los casos como el aquí examinado, la doctrina constitucional permite dejar de lado el texto de la ley para no proferir decisiones que contraríen el orden justo, valor este constitutivo de nuestro ordenamiento Constitucional”.

§63. Está debidamente demostrado que la demandante laboró hasta el 17 de noviembre de 2004, obtuvo el estatus pensional el 15 de junio de 2012 y la pensión le fue reconocida por la Resolución 201573 de 2012, con una mesada de \$713.224 con inclusión en la nómina del octubre de 2012.

§64. Luego, la entidad demandada reliquidó la pensión por la Resolución GNR 352347 del 12 de diciembre del 2013. La resolución indicó que hizo la actualización de los factores por los que se habían cotizado de los últimos diez años de servicios, y fijó la mesada en \$1.108.143.²¹

§65. Posteriormente, la Resolución GNR 304929 del 5 de octubre de 2015 reliquidó la mesada en \$1.108.779.

§66. Sobre el particular, observa la Sala, según los certificados de factores salariales que obran en la actuación administrativa y teniendo en cuenta que el IBL de la actora según la hermenéutica traída a colación se obtiene según el artículo 36 de la Ley 100/93 (factores salariales enlistados en el Decreto 1158 de 1994) /fls. 135-151 cdno. 1/, la accionante devengó entre en el periodo comprendido entre diciembre de 1994 y diciembre de 2004, un promedio mensual de \$747.766, por lo que en la base que tomó COLPENSIONES para liquidar la pensión (\$1’478.372, fl.102 cdno.1) se vislumbra la actualización anual de dicha suma con base en el Índice de Precios al Consumidor (IPC) anual, lo que conlleva a desestimar esta pretensión de la demanda y en consonancia, a confirmar la sentencia que denegó las súplicas de la accionante.

²⁰ H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 2ª, Subsección “B”, sentencia del 12 de abril de 2012, Rad: 25000-23-25-000-2008-00800-01(0581-10), Consejero ponente Gerardo Arenas Monsalve. También ver entre otras: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, Radicación número: 25000-23-25-000-2003-07987-01(0836-08), sentencia del 18 de febrero de 2010. C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Además, en similares términos, ver Sentencia de idéntica data, Radicación número: 25000-23-25-000-2004-04269-01(1020-08). C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. También ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 2ª, Subsección B. Rad. 25000-23-25-000-2005-02335-01(1419-07), Sentencia del 16 de abril de 2009. C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

²¹ (fs. 67-76, c1)

2.5. Costas

§67. De conformidad con los artículos 365 del Código General del Proceso, 188 de la Ley 1437 de 2011 y 47 de Ley 2080 de 2021, teniendo en cuenta que esta decisión se fundamenta en un cambio jurisprudencial durante el trámite del proceso no se condenará en costas.

§68. La presente sentencia se profiere fuera del turno ordinario de procesos a despacho para sentencia por permitirlo el artículo 18 de la Ley 446 de 1998.

§69. Por lo discurrido, la Sala Sexta de Decisión del Honorable Tribunal Administrativo de Caldas, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

Sentencia

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 18 de julio del 2019 por la Señoría del Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, en la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por la señora MARTHA LUCIA TRUJILLO TORO en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES.

SEGUNDO: No se impondrá condena en **COSTAS**.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia Siglo XXI. Envíese copia de la sentencia a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado.

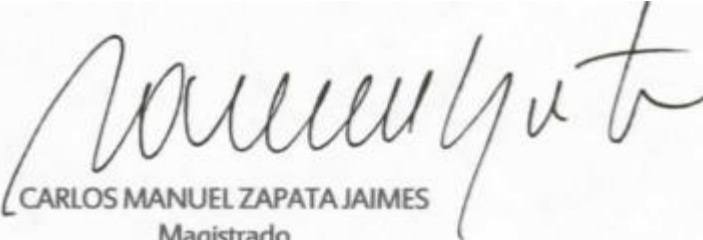
CUARTO: NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

Notifíquese y Cúmplase

Los Magistrados



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

**-En incapacidad-
Dr. Jairo Ángel Gómez Peña)**

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO
No.050
FECHA:23-mar-2021

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



**HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía**

Sentencia de segunda instancia

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: María Aleyda Arcila Gonzales
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones
COLPENSIONES
Radicación: 17001333300820170039502
Acto judicial: Sentencia 023

Manizales, quince (15) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

Proyecto discutido y aprobado en sala ordinaria de la fecha.

§01. **Síntesis:** La parte demandante solicita: (i) se reliquide la pensión conforme al régimen de transición de los artículos 1º de la Ley 33 de 1985 y 36 de la Ley 100 de 1993; (ii) se indexe la primera mesada pensional. El juzgado de primera instancia solamente accedió a la indexación de la primera mesadas. La sala confirma la decisión de primera instancia.

§02. La sala dicta sentencia de segunda instancia en el proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** interpuesto por **MARÍA ALEYDA ARCILA GONZÁLEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**. El objeto de decisión es la apelación interpuesta por la **demandada** en contra la sentencia dictada el 21 de agosto del 2019 proferida por la Señoría del Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales que ordenó la indexación de la primera mesada pensional.

Antecedentes

1.1. La demanda que solicita la reliquidación de la pensión conforme la Ley 33 de 1985 y la indexación de la primera mesada pensional ¹

§03. La demanda pretende la nulidad de los actos fictos proveniente del silencio administrativo negativo a la petición de la señora **MARÍA ALEYDA ARCILA**

¹ (fs. 5 a 38 c.1)

GONZÁLEZ dirigido a COLPENSIONES del 22 de julio de 2014 y al recurso de apelación interpuesto el 1º de diciembre de 2014, a través de los cuales se negó: (i) la solicitud de reliquidación de la pensión, conforme lo establece el artículo 1 de la ley 33 de 1985; y, (ii) la actualización de la base de liquidación para obtener el valor de la primera mesada pensional.

§04. A título de restablecimiento del derecho, se ordene a la entidad demandada a: (i) reliquidar la pensión de jubilación a partir del 19 de marzo de 2007, con inclusión de todos los factores salariales devengadas el último año de servicios; y (ii) actualizar la base de liquidación para obtener el valor de la primera mesada pensional con el IPC que rigió por el año 2004 hasta el año 2007, cuando adquirió el estatus pensional.

§05. Describió que la parte demandante prestó sus servicios a la ESE HOSPITAL DE CALDAS por más de 20 años.

§06. La actora relató que la **Resolución 4809 del 14 de julio de 2008** expedida por el ISS le fue reconocida una pensión conforme a la ley 33 de 1985, pero la liquidación se hizo según los dictados de las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

§07. El 22 de julio de 2014 la accionante solicitó a COLPENSIONES la reliquidación de la pensión, tomando como ingreso base de liquidación señalada en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, o sea, considerando todos los factores salariales percibidos el último año de servicios. La demandada no contestó la petición.

§08. El primero de diciembre 2014 la demandante presentó recurso de apelación en contra del acto presunto, sin recibir respuesta de la demandada.

§09. Como disposiciones que se estiman violadas invocó los artículos 1 de la ley 33 de 1985, 18 1 y 36 de 100 de 1993, 63 del decreto 1848 de 1969 y 53 de la constitución política.

§10. Consideró que la accionante es beneficiaria del régimen de transición, previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, razón por la cual tiene el derecho a que la entidad demandada reliquide la pensión teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio, así como la indexación de la primera mesada pensional.

1.2. COLPENSIONES rechazó las pretensiones ²

§11. La entidad se opuso a las pretensiones de la parte demandante toda vez que considera haber seguido con rigurosidad los preceptos normativos y jurisprudenciales aplicables al caso.

§12. Propuso los siguientes medios exceptivos:

§12.1. Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido. Explicó que en el caso de los pensionados beneficiarios del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, solamente de la Ley 33 de 1985 solo se aplica la edad, tiempo

² (fs. 111 a 116 c.1)

de servicios y la tasa. Pero el IBL se calcula conforme a los factores salariales que deben ser tomados son los indicado en el Decreto 1158 de 1994, durante los diez últimos años de prestación de servicios.

§12.2. **Buena Fe.** Señaló que la entidad actuó conforme a la ley.

§12.3. **Imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas.** Afirmó que la obligación demandada es imposible por ausencia de objeto jurídico.

§12.4. **Prescripción.** Indicó que es procedente aplicar la prescripción dispuesta en el artículo 151 del CPT.

§13. **Innominada.**

1.3. Sentencia que solo accedió a indexar la primera mesada ³

§14. El 21 de agosto de 2019 el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia de la siguiente manera:

***“PRIMERO: NEGAR** las pretensiones de la demanda, En cuanto la reliquidación de la pensión a favor de la demandante.*

***SEGUNDO: DECLARAR NO PROBADA** la excepción de “inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido” frente a la pretensión de indexación.*

***TERCERO: Declarar** la nulidad parcial del acto presunto, originado en el silencio administrativo negativo que se configuró respecto de la petición de indexación de la primera mesada pensional, presentada en 22 de julio de 2014, y del acto presunto, originado en el silencio administrativo negativo que se configuró frente al recurso de apelación del 1 de diciembre de 2014.*

CUARTO: A título de restablecimiento del derecho, se CONDENA a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES a reconocer y pagar a MARIA ALEYDA ARCILA GONZALEZ, la suma resultante de:

Actualizar el monto de la pensión de jubilación de la fecha de retiro de la demandante - 18 de noviembre de 2004 -, a la fecha en que adquirió el estatus pensional- 19 de marzo de 2007 -, aplicando para ello la fórmula establecida por el honorable consejo de estado:

R= RH x INDICE FINAL

³ (fs. 141 a 148 c.1)

INDICE INICIAL

Donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es el monto reconocido a la demandante por concepto de pensión, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha en que adquirió el estatus pensional, por el índice inicial vigente para la fecha de su retiro.

Actualizada en estos términos la base de liquidación de la pensión de jubilación de la demandante, COLPENSIONES pagará la diferencia que resulte entre lo pagó y lo que debió pagar en cada uno de los meses transcurridos entre la fecha en que adquirió el estatus pensional - 19 de marzo de 2007- y la fecha de cumplimiento de la sentencia, tomando en consideración los reajustes de la ley en cada uno de esos años.

Las sumas que resulten a favor de la demandante por concepto de la diferencia entre lo pague lo que debía pagarse en virtud de esta Providencia, Se ajustará en su valor, dando aplicación a la fórmula establecida por el consejo de estado, donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es la diferencia entre lo que se pagó en cada uno de los meses comprendidos entre la fecha en que la demandante cumplió los 55 años y la fecha de cumplimiento de la sentencia; y lo que debía pagarse de acuerdo a las bases enunciadas en párrafos precedentes, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor, vigente en cada uno de los meses en que se causó el derecho.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes.

En los meses sucesivos al cumplimiento de la sentencia, la entidad pagará el monto de la pensión de jubilación de la demandante sobre la base actualizada dispuesta en esta providencia.

Las sumas insolutas se reconocerán a partir del 22 de Julio 2011, en virtud de la prescripción trienal.

QUINTO: NO SE CONDENA EN COSTAS, por lo señalado en la parte motiva de esta providencia.”

§15. Como problemas jurídicos determinó:

¿La señora María Aleyda Arcila González tiene derecho a la liquidación de la pensión de jubilación, en cuantía del 75% con inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, anterior a la fecha de retiro definitivo?

¿Tiene derecho la demandante al reconocimiento y pago de la indexación de la primera mesada pensional?

§16. Consideró que conforme a la unificación jurisprudencial hecha por el Consejo de Estado el 28 de agosto de 2018, no es posible acceder a la reliquidación de la pensión en la forma solicitada por la demandante. Esto es, teniendo en cuenta el IBL consagrado en la ley 33 de 1985, con inclusión de todos los factores salariales devengados el último año de servicios.

§17. Con relación a la indexación de la primera mesada pensional, el juzgado estimó que los artículos 48 y 53 de la Constitución garantizan la actualización de las pensiones. Encontró demostradas las siguientes circunstancias:

- La demandante prestó sus servicios hasta el 17 de noviembre de 2004.
- La demandante adquirió el estatus pensional el 19 de marzo de 2007, fecha en que cumplió 55 años de edad.
- La pensión de vejez fue reconocida a la demandante mediante la resolución 4809 del 14 de julio de 2008, a partir del 19 de marzo 2007.
- La liquidación de la pensión se realizó con 1177 semanas, sobre un IBL de \$884.011, al que se le aplicó 65.98%.

§18. La primera instancia estimó que el salario liquidado en el acto de reconocimiento se devaluó desde la finalización de la prestación de servicios hasta la fecha de adquisición del estatus, por lo que se declaró la nulidad de los actos demandados y se dispuso de la indexación de la primera mesada. Además, reconoció la prescripción de las mesadas anteriores al otorgamiento de la prestación.

1.4. La demandada apeló para que se revoque la indexación de la primera mesada⁴

§19. La parte demandada solicitó se revoque la sentencia, porque el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 prevé el reajuste conforme al índice de precios al consumidor -IPC- para que las mesadas no pierdan su valor adquisitivo. Así, no puede accederse a los reajustes de valor consagrado por el CPACA.

§20. Expuso que los intereses por la mora en el pago de las mesadas pensionales dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 es incompatible con la indexación de la primera mesada pensional para quienes se retiran del servicio público antes de cumplir la edad para adquirir el estatus pensional, según la jurisprudencia del Consejo de Estado.

1.7. Alegatos de segunda instancia e intervención del ministerio público.

§21. La parte accionada presentó alegatos de conclusión donde reafirmó los mismos argumentos expuestos en la apelación⁵. El Ministerio Público y la parte actora permanecieron silentes.

⁴ (FS. 151- 155, C1)

⁵ (fs. 5 a 9* c.2)

2. Consideraciones

2.1. Competencia

§22. Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación, conforme al artículo 153 del CPACA⁶, los argumentos del apelante, los principios de congruencia y de la no REFORMATIO IN PEIUS, las normas o los principios previstos en la Constitución Política, los compromisos vinculantes asumidos por el Estado y las normas legales de carácter imperativo⁷.

2.2. Problema Jurídico

§23. ¿Se debe indexar la primera mesada pensional de la parte demandante al constatare que se retiró del servicio público antes de cumplir la edad para adquirir el estatus?

2.3. Indexación de la Primera Mesada

§24. El artículo 53 de la Constitución Política ordena que el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

§25. La jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido pacífica al pregonar la indexación de las mesadas pensionales, incluyendo la primera de ellas, en los casos en que el(la) pensionado(a) dejó de prestar sus servicios años antes del cumplimiento del otro requisito previsto normativamente (la edad) para materializar su estatus pensional. Esto, ante la palpable reducción de la capacidad adquisitiva de la moneda con el paso del tiempo, tal y como lo ha reseñado esa Alta Corporación⁸:

“Negar la revalorización de la base de liquidación de la pensión de jubilación, argumentando ausencia de una disposición precisa que así lo establezca, no obstante la evidente pérdida del poder adquisitivo de la unidad monetaria, es desconocer la primacía de los principios y valores constitucionales que por mandato de nuestra Carta se deben observar en las actuaciones judiciales y se incurre en el pecado que señala el aforismo latino de “sumum jus summa

⁶ http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011_pr003.html#153

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de febrero de 2012, exp. 21.060, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Reiterada en Sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera del 25 de septiembre de 2013. C.P. Enrique Gil Botero. Rad No. 05001-23-31-000-2001-00799-01(36460). En el mismo sentido sentencias 25279, 36.863 y 30.782

⁸ H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 2ª, Subsección “B”, sentencia del 12 de abril de 2012, Rad: 25000-23-25-000-2008-00800-01(0581-10), Consejero ponente Gerardo Arenas Monsalve. También ver entre otras: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, Radicación número: 25000-23-25-000-2003-07987-01(0836-08), sentencia del 18 de febrero de 2010. C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Además, en similares términos, ver Sentencia de idéntica data, Radicación número: 25000-23-25-000-2004-04269-01(1020-08). C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. También ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 2ª, Subsección B. Rad. 25000-23-25-000-2005-02335-01(1419-07), Sentencia del 16 de abril de 2009. C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

injuria” – derecho estricto injusticia suprema – que se suele utilizar para indicar que al juez no puede considerársele como un autómatas, o esclavo de la norma escrita, por ley debe entenderse el ordenamiento jurídico como un todo. Incluso, en los casos como el aquí examinado, la doctrina constitucional permite dejar de lado el texto de la ley para no proferir decisiones que contraríen el orden justo, valor este constitutivo de nuestro ordenamiento Constitucional”.

§26. Y en sentencia del 27 de octubre de 2019 el Consejo de Estado insistió:

“i) Frente a la indexación de la primera mesada pensional, si bien no existe norma expresa que la consagre, la jurisprudencia ha desarrollado con base en principios constitucionales, una posición en la que bajo criterios de justicia y equidad determina que la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y el fenómeno inflacionario son hechos notorios y que, por tanto, el trabajador no tiene que soportar las consecuencias negativas de dicha situación al tener que recibir al momento de pensionarse sumas de dinero desvalorizadas que no van en armonía con el valor real del salario que devengaba cuando prestaba sus servicios.

ii) La indexación de la primera mesada procede, cuando habiendo ocurrido el retiro del servicio en un año determinado, el pensionado alcanza a completar los demás requisitos para acceder al derecho cuando ha transcurrido uno o más años después del retiro, de modo que con ese transcurso de tiempo, el salario con que se liquidaría la pensión habría perdido su valor adquisitivo, por lo que se hace necesario traer a valor presente las sumas dinero que se tienen en cuenta para determinar el monto de la pensión, con el fin de que ésta se aproxime realmente al salario que la persona ganó mientras estuvo activa laboralmente.”⁹

§27. Es por lo que, si una persona se retira del servicio antes de adquirir el estatus pensional, tiene derecho a que se indexe la primera mesada por la pérdida del valor adquisitivo.

2.4. Caso concreto

§28. La actora nació el 19 de marzo de 1952, por lo que cumplió los 55 años el 19 de marzo de 2007.

§29. La parte demandante laboró en el Hospital de Caldas E.S.E. (Manizales) desde el 21 de mayo de 1979 al 17 de noviembre de 2004, desempeñando el cargo de auxiliar de enfermería.¹⁰

§30. Mediante la Resolución 4809 del 14 de julio de 2008, se ordenó el pago y reconocimiento en cuantía del \$583.270, liquidando un total de 1177 semanas, aplicando un IBL del 75% del ingreso base de liquidación del promedio de las

⁹ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN SEGUNDA- SUBSECCIÓN B- Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ- Bogotá, D.C., dos (2) de octubre de dos mil diecinueve (2019).- Radicación número: 25000-23-42-000-2013-02578-01(0439-17)

<http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2141564>

¹⁰ (fs. 87, c1).

cotizaciones de los últimos diez (10) años, supeditado el reconocimiento a la demostración del retiro del servicio.¹¹

§31. El 22 de julio de 2014 la demandante solicitó la reliquidación de pensión con inclusión de todos los factores salariales percibidos el último año de servicios, de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 33 de 1987, por estar dentro del régimen de transición dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Así mismo, la indexación de la primera mesada porque la actora se retiró antes de cumplir la edad para adquirir el estatus. COLPENSIONES permaneció silente.¹²

§32. El 1 de diciembre de 2014 la accionante presentó el recurso de apelación frente al acto ficto o presunto procedente del silencio administrativo negativo a la primera petición.¹³

§33. Al proceso se allegó el certificado de salarios y factores salariales devengados por el demandante expedido por el Hospital de Caldas¹⁴, el expediente administrativo y los certificados de salarios para aportes pensionales.¹⁵

§34. Una vez revisada la liquidación que sirvió de base a la Resolución 4809 del 14 de julio de 2008 que está en el expediente administrativo, se observa que se hizo un cálculo de los ingresos desde el 16 de enero de 1991 hasta el 17 de noviembre de 2004, en forma actualizada hasta el 2008/07/11.

§35. Sin embargo, se omitió en el cálculo la actualización de los ingresos percibidos entre febrero de 1997 al 1º de noviembre de 2000. Estos ingresos sí aparecen devengados por la demandante en el formato de certificación de salarios mes a mes.

§36. Es por esta razón que la entidad no realizó la actualización de los ingresos percibidos en todos los últimos diez años de servicios, por lo que no se indexó debidamente la primera mesada.

§37. Por lo que se impone la confirmación de la sentencia de primera instancia, que ordenó actualizar la primera mesada pensional, en razón a que la demandante se retiró del servicio el 17 de noviembre de 2004, pero cumplió la edad para el estatus pensional el 19 de marzo de 2007.

2.5. Costas

§38. De conformidad con los artículos 365 del Código General del Proceso, 188 del CPACA y 47 de la Ley 2080 de 2021, teniendo en cuenta que no se generaron gastos y la parte demandante no intervino en esta instancia, no se condenará en costas.

¹¹ (fs. 39-43, c1).

¹² (fs. 44-64, c1).

¹³ (fl. 65-84, c1).

¹⁴ (fs. 85 -86, c1)

¹⁵ (fs. 88-102, c1).

§39. La presente sentencia se profiere fuera del turno ordinario de procesos a despacho para sentencia por permitirlo el artículo 18 de la Ley 446 de 1998.

§40. Por lo discurrido, la Sala Sexta de Decisión del Honorable Tribunal Administrativo de Caldas, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

Sentencia

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 22 de noviembre de 2018 por la Señoría del Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES.

SEGUNDO: No se impondrá condena en **COSTAS**.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia Siglo XXI. Envíese copia de la sentencia a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado.

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

Notifíquese y Cúmplase

Los Magistrados



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

Magistrado (Encargado Despacho Dr. Jairo Ángel Gómez Peña)

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO
No.050
FECHA:23-mar-2021

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala de Decisión

Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Sentencia de Segunda Instancia

Acción: Nulidad y Restablecimiento del derecho
Demandante: CARLOS JOSÉ GARCÍA A. (nep1466@hotmail.com),
Demandado: Nación- Ministerio de Educación- Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio (notificacionesjudiciales@mineducación.gov.co), sjuridica@gobernacióndecaldas.gov.co),
Radicación: 17-001-33-33-002-2018-00554-02
Acto Judicial: Sentencia 028

Manizales, dieciséis (16) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

Proyecto discutido y aprobado en sala extraordinaria de la fecha.

Síntesis: La parte demandante solicita que se condene a las demandadas a: (i) el reajuste anual de la mesada pensional conforme lo establece el artículo 1° de la ley 71 de 1998; y, (ii) el pago de las sumas de dinero superiores al 5% de los aportes al sistema de salud que le han descontado de las mesadas pensionales y adicionales de junio y diciembre. El juzgado de primera instancia negó las pretensiones. La sala confirma la decisión de primera instancia.

§01. La sala de decisión del Tribunal Administrativo de Caldas dicta sentencia de segunda instancia en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por **CARLOS JOSÉ GARCÍA AGUDELO**, parte demandante en contra de la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, parte demandada. El objeto es decidir la apelación interpuesta por la parte demandante contra la sentencia proferida el **28 de enero de 2020** por la Señoría del Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto.

1. Antecedentes

1.1. La Demanda¹

§02. Se pretende la nulidad de la **Resolución 9042-6 del 23 de noviembre de 2017** expedida por la Secretaría de Educación de la Gobernación de Caldas.

¹ fs. 2 a 33 c. 1)

§03. En restablecimiento del derecho, solicitó lo siguiente:

§03.1. **De acuerdo a 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 a futuro.

§03.2. **Conforme a la Ley 71 de 1988**: Al reajuste anual de las mesadas 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.

§03.3. Al pago de 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.

§04. 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.

§05. La parte demandante es docente pensionada por el FOMAG y se **vinculó con anterioridad al 27 de junio de 2003**, por lo que fue reconocido su derecho pensional a través de la Resolución 756 del 23 de octubre de 2006.

§06. Afirmó que el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio por intermedio de la entidad fiduciaria, ha venido descontando **para cotizaciones al sistema de salud**, el 12% de cada mesada pensional, incluyendo las mesadas adicionales de junio y diciembre.

§07. Que en el acto de reconocimiento pensional se consagró **que la mesada sería reajustada anualmente conforme al artículo 1 de la Ley 71 de 1988, o sea con el salario mínimo legal mensual vigente**; sin embargo, la mesada ha venido siendo incrementadas con base a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, **con el índice de precios al consumidor- IPC**; esto es, en el porcentaje certificado por el Dane, para el índice de precios al consumidor del año anteriormente anterior.

§08. Esbozó que elevó solicitud bajo el radicado **SAC 2017PQR16696 del 27 de octubre de 2017**, ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, con la finalidad de obtener la devolución de los valores descontados, **en exceso por concepto de descuento de salud de la mesada pensional; además al ajuste anual de la mesada conforme al artículo 1 de la Ley 71 de 1988**.

§09. Expuso que a través de las Resolución 8585-6 del 3 de Noviembre del 2017, la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, denegó el ajuste solicitado.

§10. Consideró como violados, el preámbulo, los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29, 48, 53, 90, 121, 125 y 209 de la Constitución Política; 137 de la Ley 1437; 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.

§11. Analizó 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.

§12. **Respecto a los aportes en salud** cuestiona 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.

§13. **Sobre el incremento anual de la pensión**, no le es aplicable el incremento estipulado en su artículo 14, esto es, con base en el IPC, sino el incremento indicado en la norma anterior, la Ley 71 de 1988, o sea, con el salario mínimo legal mensual vigente, toda vez que obtuvo dicha prestación antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993.

1.2. El FOMAG permaneció silente

§14. La entidad demandada no contestó la demanda.

1.3. La sentencia del juzgado que no accedió a las pretensiones de la demanda ²

§15. El Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, dictó sentencia, negando a las pretensiones de la parte actora, las que pasan a relacionarse:

“(…)PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda de conformidad con las consideraciones de este fallo

SEGUNDO: SE CONDENA EN COSTAS a la parte demandante, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma dispuesta en el Código General del Proceso. Las agencias en derecho serán canceladas en los términos descritos en la parte motiva de esta providencia.

§16. Una vez expuestos los fundamentos fácticos y jurídicos de la demanda y la contestación, determinó como problemas jurídicos, los siguientes:

“PRIMER PROBLEMA JURÍDICO PRINCIPAL: ¿TIENEN DERECHO AL REAJUSTE DE LA MESADA PENSIONAL DE ACUERDO CON LO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 10 DE LA LEY 71 DE 1988?,

Problemas jurídicos asociados:

¿Cuál es el régimen legal aplicable a las pensiones de los docentes oficiales?

¿Cuál es el parámetro legal para el reajuste anual de las pensiones oficiales docentes?

² (fs. 88-98 vto. c. 1)

§17. Determinó que el artículo 1 de la ley 71 de 1998 no se encuentra vigente y por ende no puede la demandante pretender su aplicación, pue el monto del reajuste a las pensiones de jubilación actualmente está regulado por el artículo 14 de la ley 100, y por ende es esta la norma aplicable para todos los pensionados. No influye entonces si los afiliados al FOMAG están excluidos de las previsiones de la ley 100 de 1993.

§18. En cuanto a la procedencia de los descuentos en salud que se realizan a las mesadas adicionales, precisó que el monto del aporte para la salud que deben realizar todos los pensionados, incluidos los del FOMAG, es en cuantía del 12% de la mesada que perciben, como lo indica la ley 812 en concordancia con la ley 1250.

§19. Si el pensionado afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se vinculó al servicio antes de la entrada en vigor de la ley 812 de 2003 y adquirió su prestación vitalicia bajo los parámetros de la ley 91 de 1989, está sujeto a que los descuentos dirigidos al servicio de salud se efectúen también a las mesadas adicionales.

1.4. La apelación del demandante porque no se ordenó el reconocimiento y pago del reajuste de la pensión de Jubilación y la devolución de los aportes³

§20. Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte actora, precisó tres fundamentos de la apelación:

§21. **En cuanto al incremento anual de la mesada pensional conforme al salario mínimo**, expuso tres razonamientos: (i) indebida aplicación del precedente jurisprudencial, (ii) el desconocimiento de los regímenes exceptuados de la ley 100 de 1993; y, (iii) regímenes exceptuados en el acto legislativo 01 de 2005.

§22. 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 corresponde a idénticos hechos, fundamentos de derecho y pretensiones.

§23. 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.

§24. Hizo hincapié en 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, o sea, 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, o sea, según el salario mínimo.

§25. Insistió que el objeto real del proceso era determinar la fórmula más equitativo de incremento pensional para el régimen exceptuado del magisterio.

§26. **Con relación a los descuentos de para salud de las mesadas pensionales, incluidas las adicionales de junio y diciembre**, puso de presente 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%.

³ (fs. 93 a 105, c. 1)

1.5 Actuación y alegatos

§27. Mediante auto del 09 de octubre de 2020, se admitió el recurso de apelación interpuesto y se ordenó correr traslado de alegatos a las partes y al ministerio público⁴.

§28. La parte demandada y el Ministerio Público permanecieron silentes.

§29. La parte demandante reiteró los argumentos de la demanda.

2. Consideraciones

2.1. Competencia

§30. Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación, conforme al artículo 153 del CPACA⁵.

2.2. Cuestión Previa

§31. Para la formulación del problema jurídico la Sala tiene en cuenta que la demanda señala que solicita la aplicación del artículo 1º de la Ley 71 de 1988, como fórmula tendiente al reajuste oficioso de sus mesadas pensionales.

§32. Así, uno de los objetos del proceso y de la apelación es determinar si a la parte demandante le es aplicable el factor de incremento de la mesada estipulado en el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, o sea, el salario mínimo legal, y no el IPC como se hace actualmente.

2.3. Problemas Jurídicos

§33. ¿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?

§34. ¿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?

2.4. Lo demostrado

§35. Que mediante la **Resolución 00576 de 27 de junio de 2005**, se reconoció la pensión de jubilación por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio a favor de **JOSÉ CARLOS GARCÍA AGUDELO**, en cuantía de \$778.543, a partir del

⁴ §01. (fl. 5-12 C2)

⁵ http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011_pr003.html#153

2005/04/15, ⁶ **Sobre los descuentos en salud, señaló que se aplicaría el 12% conforme a la Ley 91 de 1989 y Ley 812 de 2003.**

§36. El **27/11/2017** la parte demandante solicitó a la demandada el reajuste la pensión de jubilación, tomando como base el porcentaje del incremento del salario mínimo legal mensual vigente del año inmediatamente anterior, cuando sea superior al IPC; y se reintegre los valores concernientes a los descuentos de salud de las mesadas ordinarias y adicionales, por el valor superior al 5%⁷

§37. La **Resolución 9042-6 del 23 de noviembre de 2017** expedida por la Secretaría de Educación de la Gobernación de Caldas negó la solicitud⁸.

2.5. Fundamentos Jurídicos

2.5.1. Primer problema jurídico: el reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme al incremento del salario mínimo como lo establece la ley 71 de 1988

2.5.1.1. Régimen general de la seguridad social

§38. 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. (art. 48 CP)

§39. El artículo 53 ídem garantiza el derecho al reajuste periódico de las pensiones legales.

§40. Los anteriores son los mandatos del Sistema de Seguridad Social Integral, previsto en la Ley 100 de 1993⁹.

§41. 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.”*

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

⁶ (fs.42-43 C1).

⁷ (Fs. 34-38 c1).

⁸ Fs. 44-45, c1.

⁹ http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html#1

§42. El artículo 1 de la Ley 4 de 1976¹⁰, determinó que todas las pensiones, a excepción de las originadas por incapacidad permanente parcial, **se reajustarían de oficio**, cada año, teniendo en cuenta la elevación del **salario mínimo mensual legal más alto**, según los parámetros que fijó.

§43. Luego, el artículo 1 de la Ley 71 de 1988¹¹ y el Decreto 1160 de 1989 precisaron que las pensiones antes mencionadas, como 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.

§44. 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-*

§45. Dicha normativa fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-387 de 1994¹², 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 incremento:

“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

¹⁰ 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>

¹¹ 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>

¹² 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>

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.

(...)

“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.”

§46. 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 las 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.

§47. El 17 de agosto del 2017 la Sección Segunda el Honorable Consejo de Estado¹³, 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. Además, es aplicable a las pensiones causadas con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993:

“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”

§48. Así, si bien quienes se pensionaron con anterioridad a la entrada en vigor 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.

§49. La Corte Constitucional en la sentencia C-435 de 2017 señaló que no se aplica el principio de favorabilidad en la forma del reajuste de las pensiones dispuesto por el Legislador:

¹³ 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 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.” -sft-

§50. De otra parte, la Ley 100 de 1993 en su artículo 279¹⁴ contempló los regímenes exceptuados, entre otros el personal docente vinculado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

§51. Este artículo fue adicionado por la Ley 238 de 1995¹⁵, 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".

§52. 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.

§53. En efecto, el 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 tasa¹⁶.

¹⁴ 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.(...)"

¹⁵ Ley 238 de 1995; http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0238_1995.html

¹⁶ 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>

§54. 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.

§55. Y el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, fue derogado por la Ley 100 de 1993.

§56. En ese orden de ideas, considera la Sala que no se encuentra demostrada la vulneración de los derechos invocados en la parte actora, pues **no** le asiste razón al accionante al indicar que el reajuste de las mesadas pensionales se debe realizar conforme al artículo 1 de la Ley 71 de 1989, el salario mínimo.

§57. Por lo anterior, no se accederá al incremento anual de la mesada pensional conforme al artículo 1º de la Ley 71 de 1988, o sea, conforme al aumento del salario mínimo legal mensual vigente para el año anterior.

2.6. Segundo problema jurídico: Reembolso de los descuentos de salud

§58. 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.

§59. 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, la cotización para salud a cargo de los pensionados, quienes podrían cancelarla mediante una cotización complementaria durante su período de vinculación laboral.

§60. El artículo 280 de la Ley 100 de 1993 dispuso sobre la obligatoriedad de aportar para los fondos de solidaridad en los regímenes de salud y pensiones, a partir del 1 de abril de 1994.

2.5.1 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.

§61. La Ley 4 de 1966¹⁷, 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.

§62. Lo anterior es reiterado por el artículo 37 del Decreto 3135 de 1968¹⁸: *"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**".-sft-*

¹⁷ <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjurMantenimiento/normas/Norma1.jsp?i=1573>

¹⁸ "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"

§63. Posteriormente, el numeral 2º del artículo 81 de la Ley 91 de 1989¹⁹, por el cual se creó el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, señaló como objetivos de dicho fondo, garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales. Y este fondo se constituye con varias fuentes, entre otras: “...El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo **incluidas las mesadas adicionales**, como aporte de los pensionados.”-sft-

§64. 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.”

§65. El artículo 81 de la Ley 812 de 2003²⁰ estableció que el régimen prestacional de los docentes nacionales y nacionalizados vinculados antes de la vigencia de esta ley, es el señalado en las normas establecidas con anterioridad a la misma. Y **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. Esta norma fue declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-369-04.

§66. Adicionalmente, el inciso tercero y cuarto ídem, fijó que 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.**

§67. 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,*

¹⁹ https://www.mineducacion.gov.co/1621/articles-85852_archivo_pdf.pdf

²⁰ http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0812_2003.html#1

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.”

§68. 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)

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

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

§70. La Ley 1250 de 2008¹² adicionó el artículo 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.

§71. De las normas señaladas se evidencia que el objetivo del Legislador se encaminó a 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.

§72. 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%. Posteriormente con la entrada en vigor de la Ley 812 de 2003, se habilitó un valor total de la cotización correspondiente a la suma de aportes que para salud establezca las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

§73. 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.

§74. 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 la 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:

(...)

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”

§75. Respecto al monto de las cotizaciones que deben realizar los docentes pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por concepto de salud, la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado, en sentencia del 10 de mayo de 2018²¹, 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)

(...)

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

²¹ 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)

controlar la afiliación y el pago de aportes en el Sistema General de Seguridad Social en Salud” (...)

(...)

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... ”-sft-*

§76. De las normas anotadas y los postulados jurisprudenciales esgrimidos, se colige que los pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, aunque son 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.

2.5.2. Descuento de salud sobre las mesadas adicionales

§77. 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.

§78. 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%. Esto 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.

§79. De igual manera, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en providencia de tutela del 14 de septiembre de 2017²², denegó la solicitud sobre la devolución de aportes de salud sobre las mesadas adicionales de los pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, basado en los siguientes argumentos:

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

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

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

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.”

§80. 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.

§81. 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 las mesadas adicionales recibidas por los pensionados afiliados a dicho Fondo.

§82. 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 se debe descontar por concepto de cotización a salud el 5% sobre las mesadas pensionales, incluidas las mesadas adicionales.

²² 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>

§83. En este sentido, se tiene que los descuentos 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, por concepto de salud, deben hacerse aplicando los porcentajes previstos por las normas anteriormente señaladas.

§84. Por lo anterior, se confirmará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones.

2. Costas en esta Instancia.

§85. 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, y la Ley 2080 de 2021 no se impondrán costas a cargo de la parte vencida en el proceso, toda vez que las pretensiones no eran notoriamente infundadas, no se generaron gastos, ni se demostró en esta instancia alguna gestión de la parte accionada.

§86. La presente sentencia se profiere fuera del turno ordinario de procesos a despacho para sentencia por permitirlo el artículo 18 de la Ley 446 de 1998.

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

Sentencia

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia dictada el 14 de noviembre del 2019 por la Señoría del Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por **CARLOS JOSÉ GARCÍA AGUDELO** en contra de la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, por los argumentos motivo de la demanda.

SEGUNDO: NO CONDENAR EN COSTAS conforme a los argumentos expuestos.

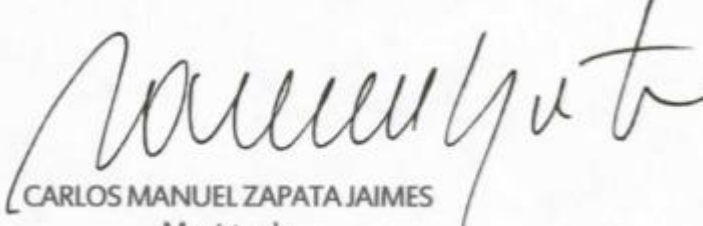
TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso.

Notifíquese y Cúmplase

Los Magistrados



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

**-En incapacidad-
Dr. Jairo Ángel Gómez Peña)**

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO
No.050
FECHA:23-mar-2021

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



**HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía**

Sentencia de Segunda Instancia

Acción: Nulidad y Restablecimiento del derecho
Demandante: MARTHA LUCÍA ZULUAGA DE Z. (nep1466@hotmail.com),
Demandado: Nación- Ministerio de Educación- Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio (notificacionesjudiciales@mineducación.gov.co), sjuridica@gobernacióndecaldas.gov.co),
Radicación: 17-001-33-39-006-2018-00603-02
Acto Judicial Sentencia 029

Manizales, dieciséis (16) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

Proyecto discutido y aprobado en sala extraordinaria de la fecha.

Síntesis: La parte demandante solicita que se condene a las demandadas a: (i) el reajuste anual de la mesada pensional conforme lo establece el artículo 1° de la ley 71 de 1998; y, (ii) el pago de las sumas de dinero superiores al 5% de los aportes al sistema de salud que le han descontado de las mesadas pensionales y adicionales de junio y diciembre. El juzgado de primera instancia negó las pretensiones. La sala confirma la decisión de primera instancia.

§01. La sala de decisión del Tribunal Administrativo de Caldas dicta sentencia de segunda instancia en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por **MARTHA LUCÍA ZULUAGA DE ZULUAGA**, parte demandante en contra de la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, parte demandada. El objeto es decidir la apelación interpuesta por la parte demandante contra la sentencia proferida el **17 de febrero 2020** por la Señoría del Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto.

1. Antecedentes

1.1. La Demanda¹

§02. Se pretende la nulidad de la **Resolución 8858-6 del 16 noviembre de 2017**, expedida por la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas.

¹ fs. 2 a 33 c. 1)

§03. En restablecimiento del derecho, solicitó lo siguiente:

§03.1. **De acuerdo a 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 a futuro.

§03.2. **Conforme a la Ley 71 de 1988**: Al reajuste anual de las mesadas 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.

§03.3. Al pago de 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.

§04. 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.

§05. La parte demandante es docente pensionada por el FOMAG y se **vinculó con anterioridad al 27 de junio de 2003**, por lo que fue reconocido su derecho pensional a través de la Resolución 756 del 23 de octubre de 2006.

§06. Afirmó que el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio por intermedio de la entidad fiduciaria, ha venido descontando **para cotizaciones al sistema de salud**, el 12% de cada mesada pensional, incluyendo las mesadas adicionales de junio y diciembre.

§07. Que en el acto de reconocimiento pensional se consagró **que la mesada sería reajustada anualmente conforme al artículo 1 de la Ley 71 de 1988, o sea con el salario mínimo legal mensual vigente**; sin embargo, la mesada ha venido siendo incrementadas con base a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, **con el índice de precios al consumidor- IPC**; esto es, en el porcentaje certificado por el Dane, para el índice de precios al consumidor del año anteriormente anterior.

§08. Esbozó que la parte actora elevó solicitud bajo el radicado **SAC 2017PQR16700 del 27 de noviembre de 2017**, ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, con la finalidad de obtener la devolución de los valores descontados, **en exceso por concepto de descuento de salud de la mesada pensional; además al ajuste anual de la mesada conforme al artículo 1 de la Ley 71 de 1988**.

§09. Expuso que a través de las Resolución 8858 del 16 de noviembre del 2017, la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, denegó el ajuste solicitado.

§10. Consideró como violados, el preámbulo, los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29, 48, 53, 90, 121, 125 y 209 de la Constitución Política; 137 de la Ley 1437; 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.

§11. Analizó 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.

§12. **Respecto a los aportes en salud** cuestiona 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.

§13. **Sobre el incremento anual de la pensión**, no le es aplicable el incremento estipulado en su artículo 14, esto es, con base en el IPC, sino el incremento indicado en la norma anterior, la Ley 71 de 1988, o sea, con el salario mínimo legal mensual vigente, toda vez que obtuvo dicha prestación antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993.

1.2. El FOMAF permaneció silente

§14. La entidad demandada no contestó la demanda.

1.3. La sentencia del juzgado que no accedió a las pretensiones de la demanda ²

§15. El Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, dictó sentencia, negando a las pretensiones de la parte actora, las que pasan a relacionarse:

“(…)PRIMERO: Declárese probada la excepción de “Falta de Legitimación en la causa por pasiva” Formulada por el Departamento de Caldas.

SEGUNDO: NIÉGASE las pretensiones principales y subsidiaria de la demanda de Nulidad y Restablecimiento de l de Derecho formuladas por la señora NUBIA PALACIO MUÑOZ en contra de la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

§16. Una vez expuestos los fundamentos fácticos y jurídicos de la demanda y la contestación, determinó como problemas jurídicos, los siguientes:

“Los docentes beneficiarios de la pensión ordinaria de jubilación están obligados a realizar aportes al sistema de seguridad social en salud?”

² (fs. 6 Exp)

,EN CASO POSITIVO

¿ Es el 12% el porcentaje de dicha cotización?

¿Los aportes también proceden sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre?

¿TIENE DERECHO LA PARTE DEMANDANTE QUE SE LE RECONOZCA Y APLIQUE , EL INCREMENTO DEL SALARIO MÍNIMO LEGAL MENSUAL VIGENTE COMO FÓRMULA DE REAJUSTE ANUAL DE SU MESADA PENSIONAL, CONFORME CON LO DISPUESTO EN EL ARTICULO 1 DE LA LEY 71 DE 1989, QUEDANDO EXCEPTUADO DEL INCREMENTO PREVISTO EN EL ARTICULO 14 DE LA LEY 100 DE 1993, EN VIRTUD DE LOS PRECEPTUADO EN EL ARTICULO 279 DE LA MENCIONADA LEY?

§17. Determinó que no se advierte la vulneración al principio de favorabilidad dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política con la aplicación del artículo 14 de la ley 100 de 1993 para los reajustes anuales de la pensión como la que disfruta la demandante, pues, la norma es clara en establecer que el incremento pensional del sistema de seguridad social es aplicable aún para aquellos sectores exceptuados y enunciados en el artículo 279 de la misma ley, sin que haya lugar a realizar una interpretación diferente a lo dispuesto en la norma , reiterando que con la expedición de la ley 100 de 1993, quedó derogado de forma tácita el artículo 1 de la ley 71 de 1988.

1.4. La apelación del demandante porque no se ordenó el reconocimiento y pago del reajuste de la pensión de Jubilación y la devolución de los aportes ³

§18. Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte actora, precisó dos fundamentos de la apelación:

§19. **En cuanto al incremento anual de la mesada pensional conforme al salario mínimo,** expuso tres razonamientos: indebida aplicación del precedente jurisprudencial, como el desconocimiento de los regímenes exceptuados de la ley 100 de 1993 y regímenes exceptuados en el acto legislativo 01 de 2005.

§20. 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 corresponde a idénticos hechos, fundamentos de derecho y pretensiones.

§21. 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.

§22. Hizo hincapié en 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, por lo que 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, o sea, según el salario mínimo.

³ (fs. 7 Exp, c. 1)

§23. Insistió que el objeto real del proceso era determinar la fórmula más equitativo de incremento pensional para el régimen exceptuado del magisterio.

§24. **Con relación a los descuentos de para salud de las mesadas pensionales, incluidas las adicionales de junio y diciembre**, puso de presente 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%.

1.5 Actuación y alegatos

§25. Mediante auto del 20 de octubre de 2020, se admitió el recurso de apelación interpuesto y se ordenó correr traslado de alegatos a las partes y al ministerio público⁴.

§26. La parte demandada y el Ministerio Público permanecieron silentes.

§27. La parte demandante reiteró los argumentos de la demanda.

2. Consideraciones

2.1. Competencia

§28. Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación, conforme al artículo 153 del CPACA⁵.

2.1. Cuestión Previa

§29. Para la formulación del problema jurídico la Sala tiene en cuenta que la demanda señala que solicita la aplicación del artículo 1º de la Ley 71 de 1988, como fórmula tendiente al reajuste oficioso de sus mesadas pensionales.

§30. Así, uno de los objetos del proceso y de la apelación es determinar si a la parte demandante le es aplicable el factor de incremento de la mesada estipulado en el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, o sea, el salario mínimo legal, y no el IPC como se hace actualmente.

2.2. Problemas Jurídicos

§31. ¿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?

§32. ¿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?

⁴ §01. (fl. 10 C2)

⁵ http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011_pr003.html#153

2.3. Lo demostrado

§33. Mediante la **4387 del 22 de julio de 2010**, se reconoció la pensión de jubilación por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio a favor de **MARTHA LUCÍA ZULUAGA DE ZULUAGA**, en cuantía de \$1.547.777, a partir del **2010/03/08**,⁶ **Sobre los descuentos en salud, señaló que se aplicaría el 12% conforme a la Ley 91 de 1989 y Ley 812 de 2003.**

§34. El **27/11/2017** la parte demandante solicitó a la demandada el reajuste la pensión de jubilación, tomando como base el porcentaje del incremento del salario mínimo legal mensual vigente del año inmediatamente anterior, cuando sea superior al IPC y se reintegre los valores concernientes a los descuentos de salud de las mesadas ordinarias y adicionales, por el valor superior al 5%⁷

§35. **La Resolución 8858-6 16 de noviembre de 2017**, expedida por la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas negó la solicitud⁸.

2.4. Fundamentos Jurídicos

2.4.1. Primer problema jurídico: el reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme al incremento del salario mínimo como lo establece la ley 71 de 1988

2.4.1.1. Régimen general de la seguridad social

§36. 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. (art. 48 CP)

§37. El artículo 53 ídem garantiza el derecho al reajuste periódico de las pensiones legales.

§38. Los anteriores son los mandatos del Sistema de Seguridad Social Integral, previsto en la Ley 100 de 1993⁹.

§39. 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*

⁶ (fs.42-43 C1).

⁷ (Fs. 34-38 c1).

⁸ Fs. 44-45, c1.

⁹ http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html#1

sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de Prima Media y del sector privado en general.”

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

§40. El artículo 1 de la Ley 4 de 1976¹⁰, determinó que todas las pensiones, a excepción de las originadas por incapacidad permanente parcial, **se reajustarían de oficio**, cada año, teniendo en cuenta la elevación del **salario mínimo mensual legal más alto**, según los parámetros que fijó.

§41. Luego, el artículo 1 de la Ley 71 de 1988¹¹ y el Decreto 1160 de 1989 precisaron que las pensiones antes mencionadas, como 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.

§42. 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-

§43. Dicha normativa fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-387 de 1994¹², 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 incremento:

“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

¹⁰ 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>

¹¹ 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>

¹² 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>

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.

(...)

“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.”

§44. 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 las 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.

§45. El 17 de agosto del 2017 la Sección Segunda el Honorable Consejo de Estado¹³, 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. Además, es aplicable a las pensiones causadas con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993:

“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”

¹³ 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>

§46. Así, si bien quienes se pensionaron con anterioridad a la entrada en vigor 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.

§47. La Corte Constitucional en la sentencia C-435 de 2017 señaló que no se aplica el principio de favorabilidad en la forma del reajuste de las pensiones dispuesto por el Legislador:

“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.” -sft-

§48. De otra parte, la Ley 100 de 1993 en su artículo 279¹⁴ contempló los regímenes exceptuados, entre otros el personal docente vinculado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

§49. Este artículo fue adicionado por la Ley 238 de 1995¹⁵, 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 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".

¹⁴ 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.(...)"

¹⁵ Ley 238 de 1995; http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0238_1995.html

§50. 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.

§51. En efecto, el 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 tasa¹⁶.

§52. 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.

§53. Y el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, fue derogado por la Ley 100 de 1993.

§54. En ese orden de ideas, considera la Sala que no se encuentra demostrada la vulneración de los derechos invocados en la parte actora, pues **no** le asiste razón al accionante al indicar que el reajuste de las mesadas pensionales se debe realizar conforme al artículo 1 de la Ley 71 de 1989, el salario mínimo.

§55. Por lo anterior, no se accederá al incremento anual de la mesada pensional conforme al artículo 1º de la Ley 71 de 1988, o sea, conforme al aumento del salario mínimo legal mensual vigente para el año anterior.

2.5. Segundo problema jurídico: Reembolso de los descuentos de salud

§56. 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.

§57. 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, la cotización para salud a cargo de los pensionados, quienes podrían cancelarla mediante una cotización complementaria durante su período de vinculación laboral.

§58. El artículo 280 de la Ley 100 de 1993 dispuso sobre la obligatoriedad de aportar para los fondos de solidaridad en los regímenes de salud y pensiones, a partir del 1 de abril de 1994.

2.5.1 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.

¹⁶ 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>

§59. La Ley 4 de 1966¹⁷, 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.

§60. Lo anterior es reiterado por el artículo 37 del Decreto 3135 de 1968¹⁸: "*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***".-sft-

§61. Posteriormente, el numeral 2º del artículo 81 de la Ley 91 de 1989¹⁹, por el cual se creó el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, señaló como objetivos de dicho fondo, garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales. Y este fondo se constituye con varias fuentes, entre otras: "...El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo **incluidas las mesadas adicionales**, como aporte de los pensionados."-sft-

§62. 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."

§63. El artículo 81 de la Ley 812 de 2003²⁰ estableció que el régimen prestacional de los docentes nacionales y nacionalizados vinculados antes de la vigencia de esta ley, es el señalado en las normas establecidas con anterioridad a la misma. Y **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. Esta norma fue declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-369-04.

¹⁷ <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjurMantenimiento/normas/Norma1.jsp?i=1573>

¹⁸ "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"

¹⁹ https://www.mineducacion.gov.co/1621/articles-85852_archivo_pdf.pdf

²⁰ http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0812_2003.html#1

§64. Adicionalmente, el inciso tercero y cuarto ídem, fijó que 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.

§65. 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.”*

§66. 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)

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

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

§68. La Ley 1250 de 2008¹² adicionó el artículo 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.

§69. De las normas señaladas se evidencia que el objetivo del Legislador se encaminó a 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.

§70. 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%. Posteriormente con la entrada en vigor de la Ley 812 de 2003, se habilitó un valor total de la cotización correspondiente a la suma de aportes que para salud establezca las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

§71. 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.

§72. 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 la 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:

(...)

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”

§73. Respecto al monto de las cotizaciones que deben realizar los docentes pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por concepto de salud, la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado, en sentencia del 10 de mayo de 2018²¹, 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

²¹ 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)

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)

(...)

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” (...)

(...)

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...”-sft-

§74. De las normas anotadas y los postulados jurisprudenciales esgrimidos, se colige que los pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, aunque son 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.

2.5.2. Descuento de salud sobre las mesadas adicionales

§75. 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.

§76. 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%. Esto 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.

§77. De igual manera, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en providencia de tutela del 14 de septiembre de 2017²², denegó la solicitud sobre la devolución de aportes de salud sobre las mesadas adicionales de los pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, basado en los siguientes argumentos:

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

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

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

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

²² 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>

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.”

§78. En ese orden de ideas, considera la Sala que los descuentos por concepto de salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre fueron previstos en la Ley 91 de 1989, para los afiliados del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

§79. 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 de este, es procedente realizar los descuentos sobre las mesadas adicionales recibidas por los pensionados afiliados a dicho Fondo.

§80. 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 se debe descontar por concepto de cotización a salud el 5% sobre las mesadas pensionales, incluidas las mesadas adicionales.

§81. En este sentido, se tiene que los descuentos 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, por concepto de salud, deben hacerse aplicando los porcentajes previstos por las normas anteriormente señaladas.

§82. Por lo anterior, se confirmará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones.

3. Costas en esta Instancia.

§83. 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, y la Ley 2080 de 2021 no se impondrán costas a cargo de la parte vencida en el proceso, toda vez que las pretensiones no eran notoriamente infundadas, no se generaron gastos, ni se demostró en esta instancia alguna gestión de la parte accionada.

§84. La presente sentencia se profiere fuera del turno ordinario de procesos a despacho para sentencia por permitirlo el artículo 18 de la Ley 446 de 1998.

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

Sentencia

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia dictada el 14 de noviembre del 2019 por la Señoría del Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por **MARTHA LUCÍA ZULUAGA de ZULUAGA** en contra de la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, por los argumentos motivo de la demanda.

SEGUNDO: NO CONDENAR EN COSTAS conforme a los argumentos expuestos.

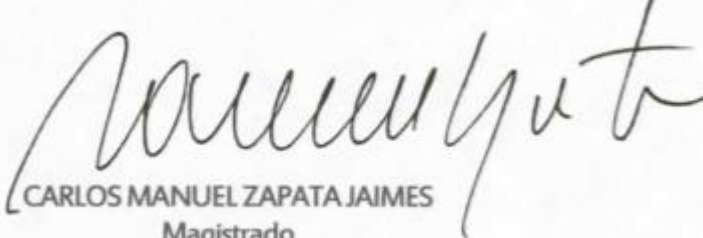
TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso.

Notifíquese y Cúmplase

Los Magistrados



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

**-En incapacidad-
Dr. Jairo Ángel Gómez Peña)**

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO
No.050
FECHA:23-mar-2021

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



**HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía**

Sentencia de segunda instancia

Acción: Nulidad y Restablecimiento del derecho
Demandante: María Dora Gallo Giraldo (nep1466@hotmail.com),
Demandado: Nación- Ministerio de Educación- Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio – FOMAG (notificacionesjudiciales@mineducacion.gov.co), (sjuridica@gobernaciondecaldas.gov.co),
Radicación: 17-001-33-39-007-2018-00624-02
Acto Judicial: Sentencia 030

Manizales, dieciséis (16) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

Proyecto discutido y aprobado en sala extraordinaria de la fecha.

Síntesis: La parte demandante solicita que se condene a las demandadas a: (i) el reajuste anual de la mesada pensional conforme lo establece el artículo 1° de la ley 71 de 1998; y, (ii) el pago de las sumas de dinero superiores al 5% de los aportes al sistema de salud que le han descontado de las mesadas pensionales y adicionales de junio y diciembre. El juzgado de primera instancia negó las pretensiones. La sala confirma la decisión de primera instancia.

§01. La sala de decisión del Tribunal Administrativo de Caldas dicta sentencia de segunda instancia en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por **MARÍA DORA GALLO GIRALDO**, parte demandante en contra de la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, parte demandada. El objeto es decidir la apelación interpuesta por la parte demandante contra la sentencia proferida el **12 de diciembre de 2019** por la Señoría del Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto.

1. Antecedentes

1.1. La Demanda¹

§02. Se pretende la nulidad de la **Resolución 8831-6 del 16/11/2017**, expedida por la Secretaría de Educación de la Gobernación de Caldas.

¹ fs. 2 a 33 c. 1)

§03. En restablecimiento del derecho, solicitó lo siguiente:

§03.1. **De acuerdo a 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 a futuro.

§03.2. **Conforme a la Ley 71 de 1988**: Al reajuste anual de las mesadas 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.

§03.3. Al pago de 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.

§04. 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.

§05. La parte demandante es docente pensionada por el FOMAG y se **vinculó con anterioridad al 27 de junio de 2003**, por lo que fue reconocido su derecho pensional a través de la Resolución 756 del 23 de octubre de 2006.

§06. Afirmó que el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio por intermedio de la entidad fiduciaria, ha venido descontando **para cotizaciones al sistema de salud**, el 12% de cada mesada pensional, incluyendo las mesadas adicionales de junio y diciembre.

§07. Que en el acto de reconocimiento pensional se consagró **que la mesada sería reajustada anualmente conforme al artículo 1 de la Ley 71 de 1988, o sea con el salario mínimo legal mensual vigente**; sin embargo, la mesada ha venido siendo incrementadas con base a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, **con el índice de precios al consumidor- IPC**; esto es, en el porcentaje certificado por el Dane, para el índice de precios al consumidor del año anteriormente anterior.

§08. Esbozó que elevó solicitud bajo el radicado **SAC 2017PQR16476 del 23 de octubre de 2017**, ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la Secretaría de Educación de la Gobernación de Caldas, con el objetivo de obtener la devolución de los valores descontados, **en exceso por concepto de descuento de salud de la mesada pensional; además al ajuste anual de la mesada conforme al artículo 1 de la Ley 71 de 1988**.

§09. A través de las Resolución 8585-6 del 3 de noviembre del 2017, la Secretaría de Educación de la Gobernación de Caldas negó el ajuste solicitado.

§10. Consideró como violados, el preámbulo, los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29, 48, 53, 90, 121, 125 y 209 de la Constitución Política; 137 de la Ley 1437; 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.

§11. Analizó 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.

§12. **Respecto a los aportes en salud** cuestiona 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.

§13. **Sobre el incremento anual de la pensión** explicó que no le es aplicable el incremento estipulado en su artículo 14, esto es, con base en el IPC; sino el incremento indicado en la norma anterior, la Ley 71 de 1988, o sea, con el salario mínimo legal mensual vigente, toda vez que obtuvo dicha prestación antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993.

1.2. El FOMAG permaneció silente

§14. La entidad demandada no contestó la demanda.

1.3. La sentencia del juzgado que no accedió a las pretensiones de la demanda ²

§15. El Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, dictó sentencia, negando a las pretensiones de la parte actora, las que pasan a relacionarse:

“(...)PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones denominadas como INEPTITUD SUSTANCIAL DE LA DEMANDA POR FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, INEXISTENCIA DEL DEMANDADO- FALTA DE RELACIÓN CON EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO , CONEXO 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”, propuestas por la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FNPSM EN LOS PROCESOS 2018-00131, 2018-00134,2018-197.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA la excepción de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DEMANDADA POR INEXISTENCIA DE CAUSA JURÍDICA, propuesta por la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO en los procesos 2018-00131, 2018-00134, 2018-00197.

² (fs. 88-98 vto. c. 1)

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

CUARTO: SIN CONDENA EN COSTAS de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva de esta sentencia ...”

§16. Una vez expuestos los fundamentos fácticos y jurídicos de la demanda y la contestación, determinó como problemas jurídicos, los siguientes:

“¿Procede el reajuste de la pensión de Jubilación de los demandantes conforme el reajuste salarial fijado por el Gobierno cada año para el Salario mínimo Legal mensual, tal y como lo dispone el artículo 1 de la ley 71 de 1988?

Problema Jurídico Asociado:

¿Los Docentes se encuentran exceptuados del incremento previsto en el artículo de la ley 100 1993, en virtud de lo preceptuado en el artículo 279 de la mencionado ley?

Para los procesos con radicado 2018-00367 y 2018-00456, 201800298, 201800302, 201800342, 2018-00343, 201800345, 201800370, 201800457 y 2018-00624, se deberán estudiar además los siguientes problemas jurídicos:

¿Qué tasa de cotización para salud debe aplicárseles a los docentes afiliados al fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio?

Establecido lo anterior deberá establecerse:

¿La cotización como aporte en salud debe causarse además sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre?

§17. Determinó que el artículo 1 de la ley 71 de 1998 no se encuentra vigente y por ende no puede la demandante pretender su aplicación, pue el monto del reajuste a las pensiones de jubilación actualmente está regulado por el artículo 14 de la ley 100, y por ende es esta la norma aplicable para todos los pensionados. No influye entonces si los afiliados al FOMAG, están excluidos de las previsiones de la ley 100 de 1993.

§18. En cuanto a la procedencia de los descuentos en salud que se realizan a las mesadas adicionales precisó que el monto del aporte para la salud que deben realizar todos los pensionados, incluidos los del FOMAG, es en cuantía del 12% de la mesada que perciben, como lo indica la ley 812 en concordancia con la ley 1250. Si el pensionado afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se vinculó al servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 812 de 2003 y adquirió su prestación vitalicia bajo los parámetros de la ley 91 de 1989, está sujeto a que los descuentos dirigidos al servicio de salud se efectúen también a las mesadas adicionales.

1.4. La apelación del demandante porque no se ordenó el reconocimiento y pago del reajuste de la pensión de Jubilación y la devolución de los aporte ³

§19. Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte actora, precisó tres fundamentos de la apelación:

³ (fs. 93 a 105, c. 1)

§20. **En cuanto al incremento anual de la mesada pensional conforme al salario mínimo,** expuso tres razonamientos: **INDEBIDA APLICACIÓN DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL, EL DESCONOCIMIENTO DE LOS RÉGIMENES EXCEPTUADOS DE LA LEY 100 DE 1993 y RÉGIMENES EXCEPTUADOS EN EL ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2005.**

§21. 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 corresponde a idénticos hechos, fundamentos de derecho y pretensiones.

§22. 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.

§23. Hizo hincapié en 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, por lo que 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, o sea, según el salario mínimo.

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

§25. **Con relación a los descuentos de para salud de las mesadas pensionales, incluidas las adicionales de junio y diciembre,** puso de presente 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%.

1.5 Actuación y alegatos

§26. Mediante auto del 23 de septiembre de 2020, se admitió el recurso de apelación interpuesto y se ordenó correr traslado de alegatos a las partes y al ministerio público⁴.

§27. La parte demandada y el Ministerio Público permanecieron silentes.

§28. La parte demandante reiteró los argumentos de la demanda.

2. Consideraciones

2.1. Competencia

§29. Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación, conforme al artículo 153 del CPACA⁵.

2.2. Cuestión Previa

⁴ §01. (fl. 5-12 C2)

⁵ http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011_pr003.html#153

§30. Para la formulación del problema jurídico la Sala tiene en cuenta que la demanda señala que solicita la aplicación del artículo 1º de la Ley 71 de 1988, como fórmula tendiente al reajuste oficioso de sus mesadas pensionales.

§31. Así, uno de los objetos del proceso y de la apelación es determinar si a la parte demandante le es aplicable el factor de incremento de la mesada estipulado en el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, o sea, el salario mínimo legal, y no el IPC como se hace actualmente.

2.3. Problemas Jurídicos

§32. ¿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?

§33. ¿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?

2.4. Lo demostrado en el proceso

§34. Mediante la **Resolución 0068 de 13 de enero de 2011** se reconoció la pensión por el FOMAG a favor de **MARIA DORA GALLO GIRALDO**, en cuantía de \$1.730.627, a partir del **2010/08/16**, ⁶**Sobre los descuentos en salud, señaló que se aplicaría el 12% conforme a la Ley 91 de 1989 y Ley 812 de 2003.**

§35. El **01/11/2017** la parte demandante solicitó a la demandada el reajuste la pensión de jubilación, tomando como base el porcentaje del incremento del salario mínimo legal mensual vigente del año inmediatamente anterior, cuando sea superior al IPC y se reintegre los valores concernientes a los descuentos de salud de las mesadas ordinarias y adicionales, por el valor superior al 5%⁷

§36. La **Resolución 8831-6 del 16 de noviembre del 2017** expedida por la Secretaría de Educación de la Gobernación de Caldas, negó el reajuste de la pensión de jubilación con base en el incremento del salario mínimo, y el reintegro de dinero por concepto de cotizaciones al servicio de salud⁸.

2.5. Fundamentos Jurídicos

2.5.1. Primer problema jurídico: el reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme al incremento del salario mínimo como lo establece la ley 71 de 1988

2.5.1.1. Régimen general de la seguridad social

⁶ (fs.42-43 C1).

⁷ (Fs. 34-38 c1).

⁸ Fs. 44-45, c1.

§37. 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. (art. 48 CP)

§38. El artículo 53 ídem garantiza el derecho al reajuste periódico de las pensiones legales.

§39. Los anteriores son los mandatos del Sistema de Seguridad Social Integral, previsto en la Ley 100 de 1993⁹.

§40. 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.”*

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

§41. El artículo 1 de la Ley 4 de 1976¹⁰, determinó que todas las pensiones, a excepción de las originadas por incapacidad permanente parcial, **se reajustarían de oficio**, cada año, teniendo en cuenta la elevación del **salario mínimo mensual legal más alto**, según los parámetros que fijó.

§42. Luego, el artículo 1 de la Ley 71 de 1988¹¹ y el Decreto 1160 de 1989 precisaron que las pensiones antes mencionadas, como 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.

§43. 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

⁹ http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html#1

¹⁰ 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>

¹¹ 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>

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-

§44. Dicha normativa fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-387 de 1994¹², 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 incremento:

“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.*

*(...)
“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.”

§45. 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 las 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.

¹² 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>

§46. El 17 de agosto del 2017 la Sección Segunda el Honorable Consejo de Estado¹³, 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. Además, es aplicable a las pensiones causadas con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993:

“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”

§47. Así, si bien quienes se pensionaron con anterioridad a la entrada en vigor 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.

§48. La Corte Constitucional en la sentencia C-435 de 2017 señaló que no se aplica el principio de favorabilidad en la forma del reajuste de las pensiones dispuesto por el Legislador:

“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.” -sft-

§49. De otra parte, la Ley 100 de 1993 en su artículo 279¹⁴ contempló los regímenes exceptuados, entre otros el personal docente vinculado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

¹³ 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>

¹⁴ 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-

§50. Este artículo fue adicionado por la Ley 238 de 1995¹⁵, 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".

§51. 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.

§52. En efecto, el 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 tasa¹⁶.

§53. 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.

§54. Y el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, fue derogado por la Ley 100 de 1993.

§55. En ese orden de ideas, considera la Sala que no se encuentra demostrada la vulneración de los derechos invocados en la parte actora, pues **no** le asiste razón al accionante al indicar que el reajuste de las mesadas pensionales se debe realizar conforme al artículo 1 de la Ley 71 de 1989, el salario mínimo.

§56. Por lo anterior, no se accederá al incremento anual de la mesada pensional conforme al artículo 1º de la Ley 71 de 1988, o sea, conforme al aumento del salario mínimo legal mensual vigente para el año anterior.

2.6. Segundo problema jurídico: Reembolso de los descuentos de salud

§57. 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

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.(...)”

¹⁵ Ley 238 de 1995; http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0238_1995.html

¹⁶ 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 jubilación, vejez, invalidez, sobreviviente, tanto del sector público como del privado.

§58. 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, la cotización para salud a cargo de los pensionados, quienes podrían cancelarla mediante una cotización complementaria durante su período de vinculación laboral.

§59. El artículo 280 de la Ley 100 de 1993 dispuso sobre la obligatoriedad de aportar para los fondos de solidaridad en los regímenes de salud y pensiones, a partir del 1 de abril de 1994.

2.5.1 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.

§60. La Ley 4 de 1966¹⁷, 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.

§61. Lo anterior es reiterado por el artículo 37 del Decreto 3135 de 1968¹⁸: "*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*".-sft-

§62. Posteriormente, el numeral 2º del artículo 81 de la Ley 91 de 1989¹⁹, por el cual se creó el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, señaló como objetivos de dicho fondo, garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales. Y este fondo se constituye con varias fuentes, entre otras: "...El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados."-sft-

§63. 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.

¹⁷ <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjurMantenimiento/normas/Norma1.jsp?i=1573>

¹⁸ "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"

¹⁹ https://www.mineducacion.gov.co/1621/articles-85852_archivo_pdf.pdf

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.”

§64. El artículo 81 de la Ley 812 de 2003²⁰ estableció que el régimen prestacional de los docentes nacionales y nacionalizados vinculados antes de la vigencia de esta ley, es el señalado en las normas establecidas con anterioridad a la misma. Y **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. Esta norma fue declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-369-04.

§65. Adicionalmente, el inciso tercero y cuarto ídem, fijó que 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.**

§66. 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.”*

§67. 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)*

§68. 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**

²⁰ http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0812_2003.html#1

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%).

§69. La Ley 1250 de 2008¹² adicionó el artículo 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.

§70. De las normas señaladas se evidencia que el objetivo del Legislador se encaminó a 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.

§71. 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%. Posteriormente con la entrada en vigor de la Ley 812 de 2003, se habilitó un valor total de la cotización correspondiente a la suma de aportes que para salud establezca las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

§72. 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.

§73. 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 la 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:

(...)

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”

§74. Respecto al monto de las cotizaciones que deben realizar los docentes pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por concepto de salud, la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado, en sentencia del 10 de mayo de 2018²¹, precisó:

²¹ 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)

“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)

(...)

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” (...)

(...)

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... ”-sft-*

§75. De las normas anotadas y los postulados jurisprudenciales esgrimidos, se colige que los pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, aunque son 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.

2.5.2. Descuento de salud sobre las mesadas adicionales

§76. 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.

§77. 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%. Esto 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.

§78. De igual manera, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en providencia de tutela del 14 de septiembre de 2017²², 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***

²² 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>

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.”

§79. 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.

§80. 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 las mesadas adicionales recibidas por los pensionados afiliados a dicho Fondo.

§81. 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 se debe descontar por concepto de cotización a salud el 5% sobre las mesadas pensionales, incluidas las mesadas adicionales.

§82. En este sentido, se tiene que los descuentos 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, por concepto de salud, deben hacerse aplicando los porcentajes previstos por las normas anteriormente señaladas.

§83. Por lo anterior, se confirmará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones.

2. Costas en esta Instancia.

§84. 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, y la Ley 2080 de 2021 no se impondrán costas a cargo de la parte vencida en el proceso, toda vez que las pretensiones no eran notoriamente infundadas, no se generaron gastos, ni se demostró en esta instancia alguna gestión de la parte accionada.

§85. La presente sentencia se profiere fuera del turno ordinario de procesos a despacho para sentencia por permitirlo el artículo 18 de la Ley 446 de 1998.

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

Sentencia

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia dictada el 14 de noviembre del 2019 por la Señoría del Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por **MARIA DORA GALLO GIRALDO** en contra de la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, por los argumentos motivo de la demanda.

SEGUNDO: NO CONDENAR EN COSTAS conforme a los argumentos expuestos.

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

Notifíquese y Cúmplase

Los Magistrados



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

**-En incapacidad-
Dr. Jairo Ángel Gómez Peña)**

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO
No.050
FECHA:23-mar-2021

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



**HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía**

Sentencia de Segunda Instancia

Acción: Nulidad y Restablecimiento del derecho
Demandante: IRMA ARIAS DE ARROYAVE (nep1466@hotmail.com),
Demandado: Nación- Ministerio de Educación- Fondo Nacional De
Prestaciones Sociales Del
Magisterio(notificacionesjudiciales@mineducación.gov.co),
sjuridica@gobernaciondecaldas.gov.co),
Radicación: 17-001-33-33-002-2019-0002-02
Acto Judicial Sentencia 031

Manizales, dieciséis (16) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

Proyecto discutido y aprobado en sala extraordinaria de la fecha.

Síntesis: La parte demandante solicita que se condene a las demandadas a: (i) el reajuste anual de la mesada pensional conforme lo establece el artículo 1° de la ley 71 de 1998; y, (ii) el pago de las sumas de dinero superiores al 5% de los aportes al sistema de salud que le han descontado de las mesadas pensionales y adicionales de junio y diciembre. El juzgado de primera instancia negó las pretensiones. La sala confirma la decisión de primera instancia.

§01. La sala de decisión del Tribunal Administrativo de Caldas dicta sentencia de segunda instancia en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por **IRMA ARIAS DE ARROYAVE**, parte demandante en contra de la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, parte demandada. El objeto es decidir la apelación interpuesta por la parte demandante contra la sentencia proferida el **28 de enero de 2020** por la Señoría del Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto.

1. Antecedentes

1.1. La Demanda¹

§02. Se pretende la nulidad de la **Resolución 9306-6 del 28 de noviembre de 2017** expedida por la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas.

¹ fs. 2 a 33 c. 1)

§03. En restablecimiento del derecho, solicitó lo siguiente:

§03.1. **De acuerdo a 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 a futuro.

§03.2. **Conforme a la Ley 71 de 1988**: Al reajuste anual de las mesadas 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.

§03.3. Al pago de 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.

§04. 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.

§05. La parte demandante es docente pensionada por el FOMAG y se **vinculó con anterioridad al 27 de junio de 2003**, por lo que fue reconocido su derecho pensional a través de la Resolución 756 del 23 de octubre de 2006.

§06. Afirmó que el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio por intermedio de la entidad fiduciaria, ha venido descontando **para cotizaciones al sistema de salud**, el 12% de cada mesada pensional, incluyendo las mesadas adicionales de junio y diciembre.

§07. Que en el acto de reconocimiento pensional se consagró **que la mesada sería reajustada anualmente conforme al artículo 1 de la Ley 71 de 1988, o sea con el salario mínimo legal mensual vigente**; sin embargo, la mesada ha venido siendo incrementadas con base a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, **con el índice de precios al consumidor- IPC**; esto es, en el porcentaje certificado por el Dane, para el índice de precios al consumidor del año anteriormente anterior.

§08. Esbozó que la parte demandante elevó solicitud bajo el radicado **SAC 2017PQR16989 del 7 de noviembre de 2017**, ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, con la finalidad de obtener la devolución de los valores descontados, **en exceso por concepto de descuento de salud de la mesada pensional; además al ajuste anual de la mesada conforme al artículo 1 de la Ley 71 de 1988**.

§09. Expuso que a través de la Resolución 9306 del 28 de noviembre del 2017, la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, denegó el ajuste solicitado.

§10. Consideró como violados, el preámbulo, los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29, 48, 53, 90, 121, 125 y 209 de la Constitución Política; 137 de la Ley 1437; 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.

§11. Analizó 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.

§12. **Respecto a los aportes en salud** cuestiona 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.

§13. **Sobre el incremento anual de la pensión**, no le es aplicable el incremento estipulado en su artículo 14, esto es, con base en el IPC, sino el incremento indicado en la norma anterior, la Ley 71 de 1988, o sea, con el salario mínimo legal mensual vigente, toda vez que obtuvo dicha prestación antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993.

1.2. El FOMAG permaneció silente

§14. La entidad demandada no contestó la demanda.

1.3. La sentencia del juzgado que no accedió a las pretensiones de la demanda ²

§15. El Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, dictó sentencia, negando a las pretensiones de la parte actora, las que pasan a relacionarse:

“(…)PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda de conformidad con las consideraciones de este fallo.

SEGUNDO: SE CONDENA EN COSTAS a la parte demandante, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma dispuesta en el Código General del Proceso. Las agencias en derecho serán canceladas en los términos descritos en la parte motiva de esta providencia.

§16. Una vez expuestos los fundamentos fácticos y jurídicos de la demanda y la contestación, determinó como problemas jurídicos, los siguientes:

² (fs. 6 Exp)

“PRIMER PROBLEMA JURÍDICO PRINCIPAL: ¿TIENEN DERECHO AL REAJUSTE DE LA MESADA PENSIONAL DE ACUERDO CON LO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 10 DE LA LEY 71 DE 1988?,

Problemas jurídicos asociados:

¿Cuál es el régimen legal aplicable a las pensiones de los docentes oficiales?

¿Cuál es el parámetro legal para el reajuste anual de las pensiones oficiales docentes?

§17. Determinó que el artículo 1 de la ley 71 de 1998 no se encuentra vigente y por ende no puede la demandante pretender su aplicación, pues el monto del reajuste a las pensiones de jubilación actualmente está regulado por el artículo 14 de la ley 100, y por ende es esta la norma aplicable para todos los pensionados. No influye entonces si los afiliados al FOMAG, están excluidos de las previsiones de la ley 100 de 1993.

§18. En cuanto a la procedencia de los descuentos en salud que se realizan a las mesadas adicionales precisó que el monto del aporte para la salud que deben realizar todos los pensionados, incluidos los del FOMAG, es en cuantía del 12% de la mesada que perciben, como lo indica la ley 812 en concordancia con la ley 1250.

§19. Si el pensionado afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se vinculó al servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 812 de 2003 y adquirió su prestación vitalicia bajo los parámetros de la ley 91 de 1989, está sujeto a que los descuentos dirigidos al servicio de salud se efectúen también a las mesadas adicionales.

1.4. La apelación del demandante porque no se ordenó el reconocimiento y pago del reajuste de la pensión de Jubilación y la devolución de los aportes³

§20. Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte actora, precisó dos fundamentos de la apelación:

§21. **En cuanto al incremento anual de la mesada pensional conforme al salario mínimo,** expuso tres razonamientos: indebida aplicación del precedente jurisprudencial, el desconocimiento de los regímenes exceptuados de la ley 100 de 1993 y regímenes exceptuados en el acto legislativo 01 de 2005.

§22. 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 corresponde a idénticos hechos, fundamentos de derecho y pretensiones.

§23. 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.

³ (fs. 7 Exp, c. 1)

§24. Hizo hincapié en 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, por lo que 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, o sea, según el salario mínimo.

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

§26. **Con relación a los descuentos de para salud de las mesadas pensionales, incluidas las adicionales de junio y diciembre**, puso de presente 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%.

1.5 Actuación y alegatos

§27. Mediante auto del 09 de octubre de 2020, se admitió el recurso de apelación interpuesto y se ordenó correr traslado de alegatos a las partes y al ministerio público⁴.

§28. La parte demandada y el Ministerio Público permanecieron silentes.

§29. La parte demandante reiteró los argumentos de la demanda.

2. Consideraciones

2.1. Competencia

§30. Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación, conforme al artículo 153 del CPACA⁵.

2.1. Cuestión Previa

§31. Para la formulación del problema jurídico la Sala tiene en cuenta que la demanda señala que solicita la aplicación del artículo 1º de la Ley 71 de 1988, como fórmula tendiente al reajuste oficioso de sus mesadas pensionales.

§32. Así, uno de los objetos del proceso y de la apelación es determinar si a la parte demandante le es aplicable el factor de incremento de la mesada estipulado en el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, o sea, el salario mínimo legal, y no el IPC como se hace actualmente.

2.2. Problemas Jurídicos

⁴ §01. (fl. 10 C2)

⁵ http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011_pr003.html#153

§33. ¿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?

§34. ¿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?

2.3. Lo demostrado

§35. La **Resolución 6642 del 30 de octubre de 2013** reconoció la pensión de jubilación por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio a favor de **IRMA ARIAS DE ARROYAVE**, en cuantía de \$1.891.235, a partir del **23/12/2012**, ⁶**Sobre los descuentos en salud, señaló que se aplicaría el 12% conforme a la Ley 91 de 1989 y Ley 812 de 2003.**

§36. **El 7/11/2017** la parte demandante solicitó a la demandada elevada el reajuste la pensión de jubilación, tomando como base el porcentaje del incremento del salario mínimo legal mensual vigente del año inmediatamente anterior, cuando sea superior al IPC y se reintegre los valores concernientes a los descuentos de salud de las mesadas ordinarias y adicionales, por el valor superior al 5%⁷

§37. **La Resolución 9306-6 28 de noviembre de 2017** expedida por la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, negó la solicitud⁸.

2.4. Fundamentos Jurídicos

2.4.1. Primer problema jurídico: el reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme al incremento del salario mínimo como lo establece la ley 71 de 1988

2.4.1.1. Régimen general de la seguridad social

§38. 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. (art. 48 CP)

§39. El artículo 53 ídem garantiza el derecho al reajuste periódico de las pensiones legales.

⁶ (fs.42-43 C1).

⁷ (Fs. 34-38 c1).

⁸ Fs. 44-45, c1.

§40. Los anteriores son los mandatos del Sistema de Seguridad Social Integral, previsto en la Ley 100 de 1993⁹.

§41. 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.”*

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

§42. El artículo 1 de la Ley 4 de 1976¹⁰, determinó que todas las pensiones, a excepción de las originadas por incapacidad permanente parcial, **se reajustarían de oficio**, cada año, teniendo en cuenta la elevación del **salario mínimo mensual legal más alto**, según los parámetros que fijó.

§43. Luego, el artículo 1 de la Ley 71 de 1988¹¹ y el Decreto 1160 de 1989 precisaron que las pensiones antes mencionadas, como 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.

§44. 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-

§45. Dicha normativa fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-387 de 1994¹², donde señaló que el incremento por el IPC o por el salario

⁹ http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html#1

¹⁰ 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>

¹¹ 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>

¹² 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>

mínimo cumplen el objetivo del reajuste periódico de las pensiones, y es facultad del legislador determinar el incremento:

“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.

(...)

“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.”

§46. 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 las 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.

§47. El 17 de agosto del 2017 la Sección Segunda el Honorable Consejo de Estado¹³, 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. Además, es aplicable a las pensiones causadas con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993:

¹³ 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>

“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”

§48. Así, si bien quienes se pensionaron con anterioridad a la entrada en vigor 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.

§49. La Corte Constitucional en la sentencia C-435 de 2017 señaló que no se aplica el principio de favorabilidad en la forma del reajuste de las pensiones dispuesto por el Legislador:

“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.” -sft-

§50. De otra parte, la Ley 100 de 1993 en su artículo 279¹⁴ contempló los regímenes exceptuados, entre otros el personal docente vinculado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

§51. Este artículo fue adicionado por la Ley 238 de 1995¹⁵, 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:

¹⁴ 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.(...)”

¹⁵ Ley 238 de 1995; http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0238_1995.html

“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".

§52. 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.

§53. En efecto, el 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 tasa¹⁶.

§54. 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.

§55. Y el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, fue derogado por la Ley 100 de 1993.

§56. En ese orden de ideas, considera la Sala que no se encuentra demostrada la vulneración de los derechos invocados en la parte actora, pues **no** le asiste razón al accionante al indicar que el reajuste de las mesadas pensionales se debe realizar conforme al artículo 1 de la Ley 71 de 1989, el salario mínimo.

§57. Por lo anterior, no se accederá al incremento anual de la mesada pensional conforme al artículo 1º de la Ley 71 de 1988, o sea, conforme al aumento del salario mínimo legal mensual vigente para el año anterior.

2.5. Segundo problema jurídico: Reembolso de los descuentos de salud

§58. 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.

§59. 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, la cotización para salud a cargo de los pensionados, quienes podrían cancelarla mediante una cotización complementaria durante su período de vinculación laboral.

¹⁶ 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>

§60. El artículo 280 de la Ley 100 de 1993 dispuso sobre la obligatoriedad de aportar para los fondos de solidaridad en los regímenes de salud y pensiones, a partir del 1 de abril de 1994.

2.5.1 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.

§61. La Ley 4 de 1966¹⁷, 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.

§62. Lo anterior es reiterado por el artículo 37 del Decreto 3135 de 1968¹⁸: *"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**".-sft-*

§63. Posteriormente, el numeral 2º del artículo 81 de la Ley 91 de 1989¹⁹, por el cual se creó el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, señaló como objetivos de dicho fondo, garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales. Y este fondo se constituye con varias fuentes, entre otras: *"...El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo **incluidas las mesadas adicionales**, como aporte de los pensionados."*-sft-

§64. 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."

§65. El artículo 81 de la Ley 812 de 2003²⁰ estableció que el régimen prestacional de los docentes nacionales y nacionalizados vinculados antes de la vigencia de esta ley,

¹⁷ <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/Mantenimiento/normas/Norma1.jsp?i=1573>

¹⁸ "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"

¹⁹ https://www.mineducacion.gov.co/1621/articles-85852_archivo_pdf.pdf

²⁰ http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0812_2003.html#1

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. Esta norma fue declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-369-04.

§66. Adicionalmente, el inciso tercero y cuarto ídem, fijó que 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.**

§67. 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.”*

§68. 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)*

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

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

§70. La Ley 1250 de 2008¹² adicionó el artículo 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.

§71. De las normas señaladas se evidencia que el objetivo del Legislador se encaminó a 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.

§72. 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%. Posteriormente con la entrada en vigor de la Ley 812 de 2003, se habilitó un valor total de la cotización correspondiente a la suma de aportes que para salud establezca las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

§73. 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.

§74. 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 la 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:

(...)

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”

§75. Respecto al monto de las cotizaciones que deben realizar los docentes pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por concepto de salud, la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado, en sentencia del 10 de mayo de 2018²¹, 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.

²¹ 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 8° 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)

(...)

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” (...)*

(...)

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... ”-sft-

§76. De las normas anotadas y los postulados jurisprudenciales esgrimidos, se colige que los pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, aunque son 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.

2.5.2. Descuento de salud sobre las mesadas adicionales

§77. 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.

§78. 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%. Esto 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.

§79. De igual manera, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en providencia de tutela del 14 de septiembre de 2017²², denegó la solicitud sobre la devolución de aportes de salud sobre las mesadas adicionales de los pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, basado en los siguientes argumentos:

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

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

²² CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION SEGUNDA - SUBSECCIÓN A- Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ- Bogotá, D.C., catorce (14) de septiembre de dos mil diecisiete (2017) -Radicación número: 11001-03-15-000-2017-01998-00(AC). <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2108186>

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

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

§80. 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.

§81. 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.

§82. 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 se debe descontar por concepto de cotización a salud el 5% sobre las mesadas pensionales, incluidas las mesadas adicionales.

§83. En este sentido, se tiene que los descuentos 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, por concepto de salud, deben hacerse aplicando los porcentajes previstos por las normas anteriormente señaladas.

§84. Por lo anterior, se confirmará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones.

2. Costas en esta Instancia.

§85. 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, y la Ley 2080 de 2021 no se impondrán costas a cargo de la parte vencida en el proceso, toda vez que las pretensiones no eran notoriamente infundadas, no se generaron gastos, ni se demostró en esta instancia alguna gestión de la parte accionada.

§86. La presente sentencia se profiere fuera del turno ordinario de procesos a despacho para sentencia por permitirlo el artículo 18 de la Ley 446 de 1998.

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

Sentencia

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia dictada el 14 de noviembre del 2019 por la Señoría del Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por **IRMA ARIAS DE ARROYAVE** en contra de la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, por los argumentos motivo de la demanda.

SEGUNDO: NO CONDENAR EN COSTAS conforme a los argumentos expuestos.

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

Notifíquese y Cúmplase

Los Magistrados



PUBLICO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

**-En incapacidad-
Dr. Jairo Ángel Gómez Peña)**

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO
No.050
FECHA:23-mar-2021

República De Colombia
Rama Judicial
Honorable Tribunal Administrativo De Caldas



Sala de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Sentencia de Primera Instancia

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho – Laboral
Demandante: María Martha Londoño de Ortega
Demandado: Nación - Ministerio de Educación – Gobernación de Caldas.
Radicado: 17001233300020190011300
Acto judicial: Sentencia 024

Manizales, quince (15) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

Proyecto discutido y aprobado en sala ordinaria de la fecha.

§01. **Síntesis:** La parte actora solicita que se condene a la demandada al pago de los intereses de mora generados en el proceso de homologación de cargos administrativos de los establecimientos educativos y la nivelación salarial. La Sala decide que debido al procedimiento establecido y los trámites adelantados, no se causaron los intereses solicitados.

§02. La sala dicta sentencia en el medio de control de **Nulidad y Restablecimiento del Derecho** de carácter laboral promovido por **María Martha Londoño De Ortega** contra la **Nación - Ministerio de Educación – Gobernación de Caldas**.

1. Antecedentes

1.1. La demanda que solicita el pago de los intereses moratorios generados en el trámite de homologación de cargos administrativos en el sector educativo¹

§03. La parte demandante solicitó se declare la nulidad de la **Resolución 8529-6 del 16 de octubre de 2018**, proferida por la Secretaría de Educación de la Gobernación de Caldas, en cuanto negó intereses moratorios por la falta de pago oportuno de la nivelación y homologación salarial.

¹ Fl. 7 a 29 “01 Demanda Anexos.pdf”

§04. A título de restablecimiento del derecho:

§04.1. se condene a las demandadas a que paguen los intereses moratorios en efectivos a partir del día siguiente a los 30 días posteriores a su causación esto es el 10 de febrero de 1997, y en adelante hasta el día del pago efectivo del retroactivo por homologación y nivelación salarial.

§04.2. Se ordene revisar, ajustar y pagar a favor de la parte demandante la indexación con base a la última tabla de IPC emitida por la Superintendencia Financiera.

§04.3. En subsidio, “... *De encontrarse probado en el trámite del proceso que la indexación cancelada es incompatible con los intereses de mora solicitados, que se ordene a las demandadas descontar de la deuda cancelada la indexación y en su lugar y pagar los intereses de mora.*”

§05. La parte demandante describió que prestó sus servicios en calidad de personal administrativo en la Secretaría de Educación de la Gobernación de Caldas.

§06. Señaló que, en virtud del proceso de descentralización educativa, el Decreto departamental 0021 de 1997 asumió el personal administrativo adscrito al servicio educativo del orden nacional. No se tuvo en cuenta que los empleados de los mismos niveles territoriales devengaban niveles salariales superiores y se debían nivelar los salarios.

§07. Refirió una vez agotado por el Gobierno Nacional consultas al respecto, se hizo la nivelación salarial mediante los decretos departamentales 0399 del 20 de abril de 2007, 0337 del 02 diciembre de 2010, y el 0353 del 15 de diciembre de 2010.

§08. En consecuencia, se expidieron las resoluciones 2192-6 del 22 de marzo de 2013, aclarada por la 5580-6 del 22 de agosto de 2013 y modificada por la 9024-6 del 11 de diciembre de 2014, por las cuales se autorizó la cancelación del retroactivo por concepto de homologación y nivelación, desde el 10 de febrero de 1997 hasta el 31 de diciembre de 2009.

§09. Para el caso de la parte actora la obligación de cancelar la nivelación inició a partir del 10 de febrero de 1997 hasta el año 1999. Conforme a la resolución 5580-6 del 22 de agosto de 2013 se liquidó lo correspondiente a la nivelación y se pagó el 15 de abril del 2013. La resolución 5580-6 del 22 de agosto de 2013 liquidó el ajuste de la indexación, por la suma de \$23.836.930, y fue pagada el 15 de abril de 2015.

§10. El 17 de julio de 2018 la parte demandante solicitó el reconocimiento y pago de intereses moratorios por el pago tardío del retroactivo por homologación y nivelación salarial del personal administrativo adscrito a la Secretaría de Educación del Departamento, lo cual fue negado mediante la Resolución número 8529-6 el 16 de octubre del 2018.

§11. Adujo que la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, debió liquidar los intereses moratorios desde el 10 de febrero de 1997, en 1.5 veces el interés corriente bancario corriente, mes a mes desde el día siguiente a la fecha de causación hasta el día efectivo del pago total.

§12. En torno a la pretensión de “... revisar, ajustar y pagar a favor de la parte demandante la indexación con base a la última tabla de IPC ponderado emitida por la Superintendencia Financiera...”, la sustenta en que “...la indexación No fue liquidada en la forma debida, dado que la fórmula matemática financiera que debe usarse: $R = R_h$ índice final / índice inicial, no fue aplicada correctamente; sumado a que las demandadas están utilizando una tabla para IPC ponderado desactualizada, pues la última emitida por la Superintendencia Financiera, corresponde a la “base 100 año 2008”, y la utilizada por la Entidad fue la “Base 100 año 1998”. Lo anterior hace que los valores reconocidos por Indexación estén por debajo de lo que realmente corresponde.”

§13. Como normas violadas invocó los artículos 1, 2, 13, 25, 53, 58, 72, 93, 123, 209, 350 de la Constitución Política; 1608, 1617, 1649; 16 de la Ley 446 de 1998 del Código Civil y 177 del CCA.

§14. Describió el procedimiento de la descentralización del sector público educativo, y el reconocimiento jurisprudencial de la nivelación salarial.

§15. Adujo que el pago tardío de la nivelación causa intereses moratorios, y para el efecto allega pronunciamientos jurisprudenciales respecto a otras prestaciones salariales, donde se privilegia en materia laboral los principios de favorabilidad y en la duda se favorece al empleado.

1.2. Contestaciones de la demanda

§16. El ministerio contestó la demanda en tiempo. La gobernación de Caldas guardó silencio.²

1.2.2. El Ministerio de Educación rechazó las pretensiones³

§17. La cartera se opuso a las pretensiones formuladas por la parte accionante, admitió los hechos atinentes a la vinculación de la parte demandante y el contenido de los actos administrativos enunciados.

§18. Hizo un recuento de la incorporación de las plantas del sector educativo financiadas con recursos del Sistema General de Participaciones -SGP- por virtud de los artículos 34 y 38 de la Ley 715 de 2001. Esto requirió estudios técnicos para fijar las plantas y los costos derivados, por las diferencias salariales a favor de algunos

² Fl. 27 “02 Continuación Anexos.pdf”

³ Fl 125 a 145 “01 Demanda Anexos.pdf”

empleados administrativos, costos que fueron asumidos por la Nación. (A.L. 01/2005, Directiva 10/2005 Mineducación)

§19. Propuso y sustentó como medios exceptivos los siguientes:

§19.1. Falta de legitimación en la causa por pasiva. Porque no expidió los actos demandados, el ministerio solo administra el SGP y los empleados administrativos del sector educativo fueron incorporados a las plantas de las entidades territoriales, quienes son responsables de sus obligaciones. (L.43/1975, L.60/1993, D.2277/1979, arts. 151, 288, 356 y 357 CP.

§19.2. Inepta demanda. Porque no expidió los actos controvertidos.

§19.3. Caducidad. Debido a que los actos que debieron demandarse que hicieron el reconocimiento de la nivelación salarial fueron expedidos mucho antes del término de caducidad previsto en el artículo 164 del CPACA.

§19.4. Prescripción. Solicitó se aplique conforme a los artículos 151 del CPL, 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969.

§19.5. Genérica.

1.3. Trámite procesal y decisión de excepciones previas como mixtas

§20. El 31 de agosto de 2020 se negaron las excepciones de inepta demanda y caducidad; y se pospusieron para la sentencia las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva y prescripción.⁴

§21. El 22 de octubre de 2020 se dispuso que no había lugar a decretar pruebas y se llamó a las partes a presentar sus alegatos.

1.4. Alegatos de Conclusión

§22. La parte demandada Nación- Ministerio de Educación Nacional presentó alegatos de conclusión. Las demás partes y la procuraduría permanecieron silentes.⁵

§23. **Nación- Ministerio de Educación Nacional⁶:** Reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y solicitó declarar probadas las excepciones propuestas. Adicionó que entre el acto de reconocimiento de la indexación y el pago no transcurrió un extenso periodo de tiempo que representara una afectación sustancial a los intereses económicos de la parte demandante.

2. Consideraciones

⁴ Fl 1 a 7 203 Auto Resuelve Excepciones.pdf"

⁵ "Constancia Despacho Sentencia.pdf"

⁶ "08 Alegatos de Conclusión Ministerio de Educación.docx"

2.1. Competencia

§24. La Sala es competente para decidir conforme al artículo 152 del CPACA.

2.2. Problemas jurídicos

§25. ¿Tienen derecho la parte actora al reconocimiento y pago de los intereses de mora sobre la liquidación del valor del retroactivo de su nivelación salarial, que le correspondió en su calidad de personal administrativo de establecimiento educativo?

§26. ¿Existió error en la indexación usada en la nivelación salarial para los haberes de la parte por no haberse usado correctamente las tablas del IPC de la Superintendencia Financiera?

2.5. En cuanto a la excepción de falta de legitimación en la causa propuesta por el Ministerio, se niega porque adelantó el proceso de homologación juntamente con la organización territorial

§27. Frente al proceso de homologación del personal administrativo de los establecimientos educativos incorporados por las organizaciones territoriales dentro de la descentralización, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Honorable Consejo de Estado⁷ estimó que en cuanto a la nivelación salarial “... *En el evento de existir mayores costos con ocasión del proceso de homologación en virtud de los dispuesto en la ley 715 de 2001, si el proceso se cumplió conforme a derecho y existe disponibilidad, debe asumirlos el SGP; si no existe disponibilidad, serán de cargo de la Nación.*” (arts. 3 A. L 1/2007, 357 CP)

§28. Atendiendo al citado concepto la Directiva Ministerial 10 del 30 de junio de 2005 del Ministerio de Educación Nacional señaló las bases con las cuales la Nación asumiría los mayores costos de la nivelación salarial:

“Una vez elaborado el estudio técnico y fundamentándose en éste, la entidad territorial certificada procederá a realizar, bajo la responsabilidad del secretario de educación y del jefe de personal o quien haga sus veces, la homologación y nivelación salarial de los cargos administrativos conforme a la normatividad vigente, mediante acto administrativo general.

Con base en este último, la homologación de cada funcionario administrativo se realizará, mediante acto administrativo individualizado el cual debe especificar el cargo al cual es homologado y la nivelación salarial respectiva -si a ella hay lugar según el estudio técnico- que rige a partir de la fecha de expedición de dicho acto administrativo, previo certificado de disponibilidad presupuestal. El certificado de disponibilidad presupuestal será emitido contra recursos del Sistema General de Participaciones -SGP. Si el costo de la planta de personal administrativo aprobada,

⁷ Consejero ponente: Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce. concepto 1607 emitido el 9 de diciembre de 2004:

incluido el aumento por concepto de la nivelación y homologación, no alcanza a ser cubierto con los recursos del SGP asignados por alumno atendido para el pago de la prestación del servicio, la entidad territorial podrá solicitar al MEN su cubrimiento por concepto de complemento de planta.-sft.-”

§29. Así las cosas, el proceso de homologación de los cargos administrativos del sector educativo incorporado a las organizaciones territoriales por el proceso de descentralización, se realizó de manera concertada con la Nación.

§30. Por esta razón, la Nación tiene legitimación en la causa en este juicio y se negará la excepción planteada.

2.6. Síntesis del Proceso de Homologación y Nivelación Salarial.

§31. El proceso de homologación y nivelación salarial para los empleados del área administrativa de los establecimientos educativos oficiales tiene su origen en la centralización y descentralización del servicio educativo. La Ley 43 de 1975 nacionalizó la educación primaria y secundaria que prestaban las organizaciones territoriales.

§32. Por virtud de los artículos 3, 6⁸ y 15 de la Ley 60 de 1993 se empezó a descentralizar el servicio educativo:

§33. La Ley 715 de 2001 dictó normas orgánicas en materia de recursos y competencias en el proceso de descentralización de los servicios como el de educación, conforme al Acto Legislativo 01 de 2001.

§34. La descentralización dispuso que los cargos al servicio de la educación pasaran de la Nación a las organizaciones territoriales, aunque la carga salarial y prestacional se asumía a nivel nacional por el SGP.

§35. Esto generó distorsiones salariales, debido a que, en algunas organizaciones territoriales, los empleados del mismo nivel tenían ingresos superiores a los nacionales.

§36. Según se desprende del texto de los actos que reconocieron la nivelación salarial, la gobernación de Caldas a través de los decretos 0337 del 2 de diciembre de 2010 y 0399 del 20 de abril de 2007, realizó la homologación de los cargos del sector educativo recibidos de la Nación. Y expidió a través de su Secretaría de Hacienda el Certificado de Disponibilidad Presupuestal número 3500003137 del 7 de marzo de 2013 por valor de \$ 57.341.662.202 para el pago de la nivelación salarial producto de la homologación de los cargos.

⁸ “Artículo 6º.- Administración del personal. Corresponde a la ley y a sus reglamentos, señalar los criterios, régimen y reglas para la organización de plantas de personal docente y administrativo de los servicios educativos estatales. Ningún departamento, distrito o municipio podrá vincular docentes y administrativos sin el lleno de los requisitos del estatuto docente y la carrera administrativa, respectivamente, ni por fuera de las plantas de personal que cada entidad territorial adopte.”

2.7. Solución al problema jurídico: la parte demandante no tiene derecho al reconocimiento de los intereses moratorios demandados

§37. Los intereses moratorios tienen un carácter indemnizatorio por los perjuicios que causa la mora en el cumplimiento de las obligaciones (art. 1617 CC):

“Indemnización por mora en obligaciones de dinero. Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes:

1a.) Se siguen debiendo los intereses convencionales, si se ha pactado un interés superior al legal, o empiezan a deberse los intereses legales, en el caso contrario; quedando, sin embargo, en su fuerza las disposiciones especiales que autoricen el cobro de los intereses corrientes en ciertos casos.

El interés legal se fija en seis por ciento anual.

2a.) El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando solo cobra intereses; basta el hecho del retardo.

3a.) Los intereses atrasados no producen interés.

4a.) La regla anterior se aplica a toda especie de rentas, cánones y pensiones periódicas”.

§38. El Consejo de Estado⁹ decantó que es improcedente el reconocimiento de intereses moratorios por el pago tardío de la nivelación salarial por la homologación de los cargos administrativos del sector educativo porque “... por su carácter sancionatorio, los intereses moratorios deben estar consagrados en una norma que los autorice expresamente ...”:

“(...) Ahora bien, la Subsección no comparte los argumentos del tribunal en el sentido de reconocer un interés legal del 6% anual, por cuanto no puede concluirse que por el hecho de no haberse «pactado» el pago de un interés, deba acudirse en subsidio a la regla que trae la norma del Código Civil (f.89vto) pues en estricto sentido no se está hablando de un asunto negocial, en el cual las partes involucradas puedan pactar a su arbitrio cláusulas contractuales; como ya se expuso, el reconocimiento de las sumas de dinero obedecieron a la homologación y nivelación que debió realizarse para que las plantas de personal administrativo, se ajustaran a la nueva reglamentación en cuanto a clasificación, nomenclatura, funciones y requisitos de los empleos del nivel territorial.

Por otro lado, tampoco hay lugar a reconocer intereses moratorios en el presente caso, teniendo en cuenta la naturaleza eminentemente sancionatoria de los mismos, en cuanto buscan castigar al deudor incumplido. Bajo este entendido si no se dijo nada al respecto en las resoluciones que reconocieron el retroactivo,

⁹ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección "A" Consejero ponente: William Hernández Gómez, del 7 de diciembre de 2017. Radicación número: 73001-23-33-000-2014-00311-01(0905-15).

<http://181.57.206.9:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2107361>

como tampoco hay norma que expresamente lo consagre, no se puede en consecuencia, entrar a reconocerse los intereses moratorios.

Recordemos que por su carácter sancionatorio, los intereses moratorios deben estar consagrados en una norma que los autorice expresamente, es decir, que faculte el cobro de los mismos para los casos de pagos retroactivos por homologación y nivelación, o estar claramente incluidos en el documento que reconoce el derecho, supuestos, que no se evidencian en el presente asunto. (...)

§39. En efecto, en materia de la nivelación salarial por homologación de los cargos no hay norma que faculte el reconocimiento de los intereses moratorios.

§40. De esta manera, el demandante no tiene derecho a los intereses demandados y se negarán la primera pretensión de restablecimiento y la subsidiaria de la demanda.

2.8. De la indexación efectuada para la nivelación salarial

§41. La parte demandante solicita que se revise la indexación utilizada en la actualización de sumas reconocidas en la nivelación salarial de la parte accionante, conforme las tablas del IPC de la Superintendencia Financiera.

§42. Para sustentar esta pretensión la demanda afirma que no se utilizó debidamente la fórmula de indexación, porque no se utilizaron debidamente las tablas para IPC emitidas por la Superintendencia Financiera.

§43. Al respecto se tiene que conforme al literal j) del artículo 2º del Decreto 3167 de 1968, le corresponde al DANE “*Establecer índices de precios a nivel del productor, del distribuidor y del consumidor (...)*”. En efecto, el literal i) del numeral 1 del artículo 2 del Decreto 262 de 2004 establece que es el DANE quien debe “*certificar la información estadística, siempre que se refiera a resultados generados, validados y aprobados por el Departamento*”.

§44. De esta manera, no es posible acceder a la solicitud de la parte demandante, debido a que la indexación conforme al IPC debe realizarse únicamente con los parámetros certificados por el DANE y no por la Superintendencia Financiera.

§45. De esta manera se negará la pretensión.

2.9. Excurso sobre la indexación en los casos de nivelación salarial

§46. Este tribunal, acudiendo a los artículos 53 de la Constitución y 50 del Código Procesal del Trabajo, ha defendido la tesis de la irrenunciabilidad de los beneficios laborales, para acceder de manera oficiosa, a un rubro que no había sido pedido en la instancia administrativa (indexación de unas sumas ya pagadas por homologación y nivelación salarial en el ramo docente); así como también dándole el carácter de crédito laboral a la técnica de indexación.

§47. Efectivamente, la indexación busca actualizar algún valor por razón de la pérdida de valor adquisitivo, más para sumas laborales, e incluso si no se solicitó por la parte demandante. (Sentencias T-007 de 2013 y C-862 de 2006).

§48. Sobre este punto, también el Consejo de Estado recientemente dictó múltiples sentencias¹⁰ en donde revocó el reconocimiento oficioso que hizo este tribunal de la indexación en equidad que concedía en casos como el presente, con los siguientes argumentos:

“(…) En ese orden de ideas, conforme a lo anterior, resultaría contrario a la naturaleza de esta jurisdicción admitir la aplicación de las facultades *ultra y extra petita*, que invocó el Tribunal de instancia, como sí opera en la jurisdicción ordinaria laboral¹¹, dado que ello vulneraría el principio de justicia rogada, el cual impone la carga a la persona que acude al aparato jurisdiccional de solicitar en la demanda, de manera específica, lo que se quiere; así como el de congruencia, que consiste en la obligación que tiene la autoridad judicial de decidir de acuerdo con lo pedido y probado; por lo tanto, deberá revocarse la orden impuesta en el fallo apelado, al constatarse que lo pretendido por la actora era el pago de los intereses moratorios, en los términos analizados en precedencia, y no la indexación dispuesta por el *a quo*” /Destaca la Sala/.

§49. En conclusión, acogiendo las nóveles pautas jurisprudenciales sobre la materia, resulta clara la imposibilidad de exceder el objeto del litigio, con el fin de conceder, oficiosamente, una indexación no planteada ante la administración ni solicitada en el escrito introductor, y menos aún, atribuyéndole a dicha indexación el carácter de derecho laboral a la luz del canon 53 Superior, condición que no le es propia, como ampliamente se dijo, tratándose simplemente de una técnica de actualización de valores monetarios para corregir la inflación.

2.10. Caso Concreto

§50. Mediante la **Resolución 2192-6 del 22 de marzo de 2013** expedida por la Secretaría de Educación de la gobernación de Caldas se reconoció el pago de la nivelación salarial del personal administrativo del sector educativo asumido por la

¹⁰ 23 de octubre de 2020, con ponencia del Magistrado Carmelo Perdomo Cuéter, dentro del expediente N° 170012333000-2018-00143-01 (4932-2019) 3 de diciembre de 2020, con ponencia del Magistrado Rafael Francisco Suárez Vargas (Exp. 170012333000-2016-00270-01 1245-19)

¹¹ Las facultades *ultra y extra petita* de las que se reviste a un juez ordinario laboral están consagradas en el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, al prever que «[e]l Juez ~~de primera instancia~~ podrá ordenar el pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones distintos de los pedidos, cuando los hechos que los originen hayan sido discutidos en el proceso y estén debidamente probados, o condenar al pago de sumas mayores que las demandadas por el mismo concepto, cuando aparezca que éstas son inferiores a las que corresponden al trabajador, de conformidad con la ley, y siempre que no hayan sido pagadas».

organización territorial.¹² Este acto fue sucesivamente modificado y aclarado las **resoluciones 5580-6 del 22 de agosto de 2013**¹³ y la **Resolución 9024-6 del 01 de diciembre de 2014**, notificada personalmente el 16 de diciembre de 2014.¹⁴

§51. El 17 de julio de 2018 la parte actora en la cual solicitó el reconocimiento y pago de intereses moratorios por falta de pago oportuno de la nivelación salarial, así como la corrección de la indexación para que se realice conforme al IPC ponderado emitido por la Superintendencia Financiera.¹⁵

§52. Por la Resolución 8529-6 del 16 de octubre de 2018¹⁶ se negó la solicitud.

§53. Según las certificaciones expedidas por la secretaría de educación el pago del retroactivo de la nivelación salarial y su indexación se consignó el 15 de abril de 2013 el valor \$ 23.836.931¹⁷.

§54. Como se observó previamente, el proceso descentralización de la educación, que implicó la incorporación de las plantas de los empleados administrativos de los establecimientos educativos, así como homologación de cargos y nivelación salarial, no generó intereses moratorios porque es una sanción no prevista en alguna norma.

§55. Así mismo, no puede exigirse que las sumas producto de la actualización de las sumas sean indexadas con parámetros diferentes a los certificados por el DANE y no por otra entidad que no tiene dichas facultades legales.

§56. De esta manera, se negarán las pretensiones de la demanda.

2.11. Costas

§57. Con fundamento en el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021 no se condena en costas pues la demanda no es notoriamente infundada.

§58. La presente sentencia se profiere fuera del turno ordinario de procesos a despacho para sentencia por permitirlo el artículo 18 de la Ley 446 de 1998.

§59. Es por lo discurrido que el Tribunal Administrativo de Caldas, Sala de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Sentencia

Primero: Declárense no probadas las excepciones de “falta de legitimación en la causa por pasiva” que propuso el Ministerio de Educación.

¹² FL. 61 a 67 “01 Demanda Anexos.pdf”

¹³ Fl. 69 a 73 “01 Demanda Anexos.pdf”

¹⁴ Fl. 75 a 77 “01 Demanda Anexos.pdf”

¹⁵ Fl 49 a 57 “01 Demanda Anexos.pdf”

¹⁶ Fl. 31 a 35 “01 Demanda Anexos.pdf”

¹⁷ Fl. 81 “01 Demanda Anexos.pdf”

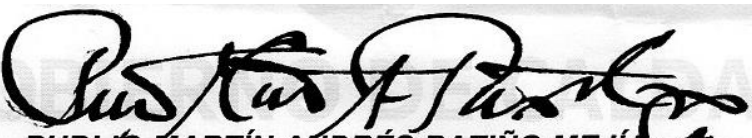
Segundo: Negar las demás pretensiones de la demanda.

Tercero: Sin costas.

Cuarto: Notifíquese la presente providencia conforme al artículo 203 del CPACA. Remítase copia de la sentencia a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.
Los Magistrados



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

Magistrado (Encargado Despacho Dr. Jairo Ángel Gómez Peña)

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO
No.050
FECHA:23-mar-2021



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

A.I.031

Medio de Control: Ejecutivo
DEMANDANTE: Alejandro Adames Díaz
DEMANDADO: Nación - Fiscalía General de la Nación
RADICADO: 170012333000-2019-00142-00

Manizales, quince (15) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

Proyecto discutido y aprobado en sala ordinaria de la fecha.

1. ASUNTO

§01. Procede la sala a decidir la solicitud de terminación del proceso por pago total de la obligación, presentada por el apoderado de la parte ejecutante a través de escrito visible a folio 132, c1¹.

ANTECEDENTES

§02. El pasado 27 de julio de 2020², se ordenó librar mandamiento de pago a favor del señor Alejandro Adames Díaz, en contra de la Fiscalía General de la Nación, por la suma de \$1.018.699.045, como capital (salarios y prestaciones sociales). Y por la suma de \$1.540.511.768 por concepto de intereses moratorios.

§03. Dicha decisión se originó como consecuencia de la obligación contenida en dos sentencias proferidas por la Jurisdicción Contenciosa Administrativa en asuntos de carácter laboral, de fechas 30 de septiembre de 2011 y el 11 de julio de 2013.

§04. A través de escrito del 21 de julio del 2020, arribado al expediente digital, el apoderado judicial de la parte ejecutante solicitó la terminación del proceso por pago total de la obligación, misma que es coadyuvada por el demandante.

¹ Expediente digital pág. 233. Archivo 01. ExpedienteEscaneado.

² Expediente digital pág. 215. Archivo 01. ExpedienteEscaneado.

§05. Posteriormente, una vez surtida las notificaciones respectivas, la Fiscalía General de la Nación, allegó al libelo contestación de la demanda, oponiéndose a las pretensiones del demandante.

§06. Propuso como excepción el pago total de la obligación, atendiendo el cumplimiento de esta, a través de la Resolución 0000626 del 17 de marzo de 2020, en la cual ordenó el reconocimiento y pago de todos los conceptos salariales y prestacionales, dejados de percibir por el demandante por el valor de \$3.292.215.354, en cumplimiento a la sentencia judicial, precitada.

§07. Afirmó que de la liquidación efectuada, se realizaron los descuentos de ley, y se ejecutó a través de transferencia electrónica el día 23 de marzo de 2020. Además, el pago de la obligación se canceló el capital como los intereses moratorios conforme a lo dispuesto en el título ejecutivo.

§08. Como medios de prueba aportó además de la Resolución 0000626 del 17 de marzo de 2020, que dio cumplimiento de la sentencia judicial, los actos administrativos base de liquidación de la obligación, entre otros.

§09. Finalmente solicitó declarar probada la excepción propuesta y denegar las pretensiones de la demanda.

2. CONSIDERACIONES

§10. Conforme al numeral 1 del artículo 443 del Código de General del Proceso, es procedente en esta etapa dar traslado de las excepciones de mérito propuestas por el ejecutado; no obstante, el apoderado de la parte demandante allegó solicitud de terminación del proceso, por pago de la obligación. Por ello, se procederá a estudiar la viabilidad de acceder o no a la misma.

§11. En cuanto a la terminación del proceso ejecutivo por pago de la obligación, el artículo 461 del CGP, aplicable al procedimiento administrativo por expresa disposición del artículo 306 del CPACA, dispone:

"Artículo 461. Terminación del proceso por pago. Si antes de iniciada la audiencia de remate, se presentare escrito proveniente del ejecutante o de su apoderado con facultad para recibir, que acredite el pago de la obligación demandada y las costas, el juez declarará terminado el proceso y dispondrá la cancelación de los embargos y secuestros, si no estuviere embargado el remanente.

Si existieren liquidaciones en firme del crédito y de las costas, y el ejecutado presenta la liquidación adicional a que hubiere lugar, acompañada del título de consignación de dichos valores a órdenes del juzgado, el juez declarará terminado el proceso una vez sea aprobada aquella, y dispondrá la cancelación de los embargos y secuestros, si no estuviere embargado el remanente.

Cuando se trate de ejecuciones por sumas de dinero, y no existan liquidaciones del crédito y de las costas, podrá el ejecutado presentarlas con el objeto de pagar su

importe, acompañadas del título de su consignación a órdenes del juzgado, con especificación de la tasa de interés o de cambio, según el caso. Sin que se suspenda el trámite del proceso, se dará traslado de ella al ejecutante por tres (3) días como dispone el artículo 110; objetada o no, el juez la aprobará cuando la encuentre ajustada a la ley

Cuando haya lugar a aumentar el valor de las liquidaciones, si dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria del auto que las apruebe no se hubiere presentado el título de consignación adicional a órdenes del juzgado, el juez dispondrá por auto que no tiene recursos, continuar la ejecución por el saldo y entregar al ejecutante las sumas depositadas como abono a su crédito y las costas. Si la consignación se hace oportunamente el juez declarará terminado el proceso y dispondrá la cancelación de los embargos y secuestros, si no estuviere embargado el remanente.

*Con todo, continuará tramitándose la rendición de cuentas por el secuestre si estuviere pendiente, o se ordenará rendirlas si no hubieren sido presentadas".
(Negrillas de la Sala).*

§12. Conforme al precepto legal prescrito, se prevé la oportunidad de terminar el proceso ejecutivo por pago, en cuanto se den los presupuestos legales establecidos en la norma. Teniendo presente la oportunidad de la solicitud, el estado del proceso y la facultad otorgada al apoderado judicial del ejecutante para dicho trámite, como la coadyuvancia del mismo ejecutante.

§13. Al respecto, la subsección B sección tercera del Honorable Consejo de Estado³, ha indicado sobre los requisitos que se deben cumplir para ordenar la terminación por pago en el proceso ejecutivo, así:

“Puede entonces concluirse que se deben cumplir dos presupuestos para terminar un proceso por el pago total de la obligación, a saber: (i) que la parte ejecutante o su apoderado, siempre que tenga la facultad para ‘recibir’, pruebe el pago efectivo de la deuda que originó el proceso ejecutivo y (ii) que la solicitud de terminación se presente antes de iniciada la audiencia de remate”.

§14. De acuerdo con los preceptos legales y jurisprudenciales, sobre los requisitos que deben cumplir para la procedencia de la terminación del proceso ejecutivo por pago total de la deuda, se colige, que este procede siempre y cuando, no se haya iniciado la audiencia de remate; la solicitud provenga del ejecutante o su apoderado, y éste último tenga facultad expresa de recibir y de acredite el pago de la obligación demandada y las costas.

CASO CONCRETO

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Consejera ponente: Stella Conto Díaz del Castillo, auto de 26 de abril de 2018, radicación número: 25000-23-36-000-2015-01017-01(57564).

§15. En el presente caso corresponde a la Sala analizar si se cumple con los requisitos para conceder la solicitud de terminación del proceso por pago de la obligación.

§16. Conforme a los documentos arribados al expediente digital, se constata que la solicitud de terminación del proceso, se radicó con antelación al inicio de la audiencia inicial conforme al procedimiento administrativo, dado que el proceso se encontraba para dar traslado de excepciones de mérito conforme al artículo 461 del CGP.

§17. El escrito mediante el cual se pide la terminación del proceso procede del apoderado de la parte ejecutante, coadyuvado por el demandante señor Alejandro Adames Díaz, y se encuentra facultado para recibir.⁴

§18. En la contestación de la demanda se propuso la excepción de pago total de la obligación, con fundamento en la resolución 0000626 del 17 de marzo de 2020, debidamente aportada al proceso⁵, en cumplimiento a la sentencia proferida por esta Corporación del 11 de julio de 2013, que reconoció el pago de \$3.292.215.354, a favor del señor Alejandro Adams Díaz.

§19. Como se indicó en precedencia, el Despacho profirió mandamiento de pago por un total de \$2.559.210.81, por los siguientes conceptos: salarios y prestaciones sociales la suma de \$1.018.699.045; y por intereses moratorios la suma de \$1.540.511.768.

§20. No obstante, la Fiscalía General de la Nación, canceló un valor diferente, al librado en el mandamiento de pago, con apoyo en el cálculo liquidado por la Subdirección Financiera de la entidad.

§21. Además, la fiscalía aportó los soportes en que se fundó la liquidación del crédito, por el tiempo comprendido entre el 15 de septiembre de 2003 hasta el 17 de febrero de 2014.

§22. Y expuso que se basó en parámetros como: reportes devengados y deducciones sobre sueldos y gastos de representación; además de retroactivos, vacaciones, primas, cesantías entre otros.

§23. Así mismo, señaló que se efectuaron las deducciones por conceptos de retención en la fuente, aportes a sistema de seguridad social (pensión, salud, y fondo de solidaridad).

§24. En este sentido, la entidad en la Resolución 0000626 del 17 de marzo de 2020, liquidó el crédito por un total de \$3.292.215.354, y reconoció los siguientes valores (devengados y deducciones), consignado en cuentas bancarias, dividida de la siguiente manera:

⁴ Expediente digital 01ExpedienteEscaneado. Pág. 7.

⁵ Expediente digital 04 Anexos Contestación. Pág. 1- 13.

Concepto	Devengos	Deducciones
A favor Alejandro Adames Díaz	\$ 1.718.330.988 (70%)	
A favor del señor Samuel Aldana	\$ 700.799.694 (30%).	
A favor del cesionario, la suma	\$ 95.263.718	
Por concepto descuentos a seguridad social a cargo del empleado		\$ 199.879.911
Por concepto descuentos a seguridad social a cargo de la entidad		\$ 438.790.736
Por concepto de pago de cesantías	\$ 139.150.307	

§25. En la contestación de la demanda se explicó que el pago se realizó a través de transferencia electrónica el día 23 de marzo de 2020, a las cuentas bancarias determinadas en la citada resolución.

§26. De todas maneras, lo cancelado por la fiscalía, según sus propios criterios, colma la suma ordenada por el Tribunal, por lo que es procedente aceptar la terminación del proceso por pago.

§27. En consecuencia, conforme a lo descrito anteriormente, se colige que la solicitud cumple con los requisitos exigidos en la norma, para que la viabilidad de ordenar la terminación del proceso ejecutivo por pago total de la deuda.

§28. Ahora, en lo que atañe a la condena en costas como no hubo liquidación de estas y el actor solicita que se termine el proceso, no se condenará en costas.

§29. Corolario de lo expuesto, se declarará la terminación del proceso por pago total de la obligación, de conformidad con el artículo 461 del CGP, y el consecuente archivo del proceso.

§30. Con respecto a la personería para actuar al abogado Cristian Antonio García Molano, a pesar de que el poder allegado en forma digital no tiene la firma de la coordinadora jurídica, se constata que es empleado de la fiscalía reubicado en la planta

de personal en la dirección jurídica de la fiscalía, por la Resolución 2386 del 3 de noviembre de 2016, por lo que se le concede personería para actuar, como apoderado de la parte ejecutada.

§31. En mérito de lo expuesto, la sala sexta de decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR la terminación del proceso Ejecutivo instaurado por Alejandro Adames Díaz en contra de la Nación – Fiscalía General de la Nación, por pago de la obligación.

SEGUNDO. Reconocer personería al abogado Cristian Antonio García, como apoderado de la parte ejecutada.

TERCERO. NOTIFÍQUESE el presente auto a las partes por estado electrónico, según lo dispone el artículo 201 del CPACA.

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*".

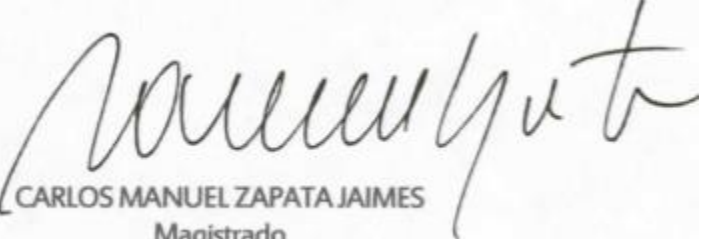
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

Los Magistrados



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

Magistrado (Encargado Despacho Dr. Jairo Ángel Gómez Peña)

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO
No.050
FECHA:23-mar-2021

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

SALA DE CONJUECES

Rodrigo Giraldo Quintero

Conjuez Ponente

Manizales, diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

1. OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a emitir la sentencia de primera instancia, después de haber evacuado con éxito todas las etapas anteriores a la sentencia en este medio de control **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** en el que es demandante el señor **WALTER MALDONADO OSPINA** contra la **NACIÓN-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL-RAMA JUDICIAL**, en SALA conformada por el **Dr. RODRIGO GIRALDO QUINTERO** en calidad de Conjuez Ponente, y con la participación de los Conjueces Revisoras **Dra. BEATRIZ ELENA HENAO GIRALDO** y **Dra. TULIA HELENA HERNANDEZ BURBANO**.

2. ANTECEDENTES PROCESALES

Se tiene que en el presente proceso se surtieron con éxito las siguientes etapas procesales:

Presentación de la demanda el 2 de agosto de 2018 (fl. 1), declaración de impedimento de la Sala Plena de este Tribunal el 5 de septiembre, 4 y 19 de noviembre de 2018, auto acepta impedimento del Consejo de Estado el 30 de mayo de 2019 y sorteo de Conjueces el 26 de julio de 2019 (fls. 63-80), admisión de la demanda el 30 de octubre de 2019 y notificación electrónica de la demanda el 7 de noviembre de 2019 (fl. 81-85), constancia de suspensión de los términos por cuenta de la Emergencia Económica, Social y Ecológica a través del *decreto 417 de 17 de marzo de 2020* declarada por el Gobierno Nacional, por la amenaza del COVID-19 en concordancia con los *Acuerdos PCSJA2011517 de 15 de marzo de 2020*, *PCSJA2011521 de 19 de marzo de 2020*, *PCSJA2011526 de 22 de marzo de 2020* y *PCSJA2011532 de 11 de abril de 2020*, traslado de excepciones 035 de 2 de octubre de 2020, auto fija fecha audiencia inicial con decreto de pruebas y alegatos y acta de 2 de diciembre de 2020, constancia a despacho para emitir sentencia de 3 de febrero de 2021.

3. PIEZAS PROCESALES OBRANTES EN EL EXPEDIENTE

Poder especial del demandante Walter Maldonado Ospina para el abogado Juan Guillermo Ocampo González, escrito de la demanda, pruebas allegadas con la demanda (fl. 1A-61), respuesta de la demanda, poder por el Director Ejecutivo de Administración Judicial Seccional Manizales al abogado Roney Bartolo Flórez, actuación administrativa (fl. 86-110), alegatos parte demandante y parte demandada.

4. PRUEBAS APORTADAS POR LAS PARTES

4.1. Demandante.

4.1.1. En la demanda:

Solicitud de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría General de la Nación e impedimento del Procurador 28 Judicial II Administrativo para su realización, derecho de petición, resolución DESAJMZR17-1430 de 13 de diciembre de 2017 “por medio de la cual se responde un derecho de petición” y su constancia de notificación, recurso de reposición y en subsidio de apelación, resolución DESAJMZR18-50 de 9 de enero de 2018 “por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición y se concede uno de apelación” y su constancia de notificación, constancia laboral n° 503 de 25 de abril de 2018, de emolumentos salariales pagados al demandante (fl. 19-61).

4.2. Demandada.

- Actuación administrativa (fl. 100-110).

4.3. Etapa probatoria.

Fue agotada en la audiencia inicial celebrada el 2 de diciembre de 2020, en que se incorporaron al expediente todos los documentos materia de prueba, allegados con la demanda y con su contestación. Se le negó la única prueba a la parte demandante, por inútil e innecesaria, al ya encontrarse la información en el expediente. Frene a las decisiones tomadas por el Despacho, no hubo oposición de las partes.

5. ASUNTO

Actuando a través de apodera judicial, el demandante **Dr. WALTER MALDONADO OSPINA** instauró demanda de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** contra la **NACION – RAMA JUDICIAL – DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL**, para solicitar el reconocimiento y pago de la prima especial de servicios regulada por el artículo 14 de la Ley 4 de 1992 y la reliquidación de sus prestaciones sociales,

teniendo en cuenta el carácter de factor salarial que tiene esta prima y el pago de las diferencias.

6. DECLARACIONES Y CONDENAS

Fueron definidas en la fijación del litigio, realizado en el marco de la audiencia inicial celebrada el 2 de diciembre de 2020, así;

- **Inaplicar** los artículos 6 y 7 del decreto 658 de 2008; 4 del decreto 722 de 2009, 8 de los decretos 1388 de 2010; 1039 de 2011; 874 de 2012, 1024 de 2013, 194 de 2014, 4 de los decretos 1105 de 2015, 234 de 2016 y 1003 de 2017.
- **Declarar** la nulidad de la *resolución DESAJMAR17-1430 de 13 de diciembre de 2017*.
- **Declarar** la nulidad de la *resolución DESAJMAR18-50 de 9 de enero de 2018*.
- **Declarar** la nulidad del *acto administrativo ficto presunto negativo*.

Y en consecuencia;

- **Condenar** a la demandada a reintegrar y pagar al demandante **WALTER MALDONADO OSPINA** el mayor valor de la diferencia entre el valor a reliquidar y lo pagado a título de salario, bonificación por servicio, prima de vacaciones, prima de servicios, prima de navidad, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías y demás emolumentos prestacionales, desde el momento en que el demandante asumió como Juez de la Republica y mientras permanezca vinculado a ese cargo.
- **Ordenar** a la demandada seguir liquidando a la demandante **WALTER MALDONADO OSPINA** bonificación por servicio, prima de vacaciones, prima de servicios, prima de navidad, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías y demás emolumentos prestacionales, desde el momento en que la demandante asumió como Juez de la Republica y mientras permanezca vinculado a ese cargo, teniendo como base el 100% de la remuneración básica y no el 70% como lo viene haciendo.
- **Ordenar** a la demandada que las sumas reconocidas en las anteriores liquidaciones sean indexadas de conformidad con lo establecido en el artículo 187 del CPACA. .
- **Ordenar** a la demandada seguir pagando a la demandante **WALTER MALDONADO OSPINA** la prima especial de servicios, equivalente al 30% de la asignación básica mensual, más el 100% del sueldo, año por año, mientras ocupe el cargo de Juez de la Republica.

- **Ordenar** a la demandada reconocer y realizar el pago de los intereses a la demandante en caso de no hacer el pago oportuno, como lo ordena el artículo 192 del CPACA.
- **Condenar** a la demandada a pagar las cosas y agencias en derecho que se llegasen a causar a la luz del artículo 188 del CPACA.

7. HECHOS

El doctor **WALTER MALDONADO OSPINA** viene laborando al servicio de la Rama Judicial-Seccional Caldas, en el cargo de Juez de la Republica desde el 1 de septiembre de 2015 y hasta la fecha de presentación de esta demanda, aún se encontraba vinculado. (fl. 5 C.1).

8. RECLAMACION ADMINISTRATIVA

Fue agotada la reclamación administrativa ante la **DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL-RAMA JUDICIAL** Seccionales Caldas, solicitando la reliquidación de todas las prestaciones y factores salariales, incluyendo el 30% de la denominada prima especial de servicios; petición que fuera negada por medio de la **resolución DESAJMAR17-1430 de 13 de diciembre de 2017** “por medio de la cual se resuelve un derecho de petición”. Acto administrativo contra el cual se interpuso el recurso de apelación el cual fue concedido mediante la **resolución DESAJMAR18-50 de 9 de enero de 2018**, pero no fue resuelto lo que configuró el fenómeno del **acto administrativo ficto presunto negativo** (folios 3 y 21-51 del C.1).

9. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Mencionó el demandante en este acápite del escrito de la demanda, lo siguiente;

9.1. Normas Constitucionales vulneradas: artículos 1, 2, 4, 13, 23, 25, 53, 209 y 215.

9.2. Normas de carácter nacional vulneradas: artículos 2º, 12º-párrafo y 14º de la ley 4ª de 1992; artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, artículo 42 del Decreto 1042 de 1978, artículo 12 del Decreto 717 de 1978, artículos 10, 102, 137, 148, 189 y 269 de la Ley 1437 de 2011 y artículo 152-7º de la Ley 270 de 1996.

El artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 creó lo que se conoce como “*prima especial de servicios*” equivalente al 30% de los ingresos laborales, para Jueces, Magistrados y afines, lo que constituye un derecho cierto, real y efectivo, sin embargo el Gobierno dio una interpretación errada a la norma, pues en vez de pagar una prima equivalente al 30% del salario básico mensual, extrajo del salario el 30% y lo denominó prima especial de servicios y el restante 70% lo entregó a título de salario básico mensual, es decir, pago un 100% como salario y lo que debía hacer, era

pagar el 130%, aunado a eso, al realizar el cálculo de las prestaciones sociales, desconoció el carácter de factor salarial de esta prima, por lo que desmejoró ostensiblemente la remuneración básica mensual a que tiene derecho la demandante.

Desconoce entonces la demandada estos postulados, al venir liquidando las prestaciones sociales de la demandante, sin realizar correctamente el cálculo que le corresponde a la prima especial de servicios, equivalente al 30% de todos los ingresos devengados por este.

10. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y DE SU REFORMA.

La **NACIÓN-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL-RAMA JUDICIAL-SECCIONAL CALDAS** (fls. 125-128 y 185-187): manifestó que el Consejo de Estado mediante sentencia del 29 de abril de 2014 emitida por la Sala de Conjuces, Sección Segunda¹, se declaró la nulidad de los artículos en los decretos anuales de salarios de la Rama Judicial comprendidos entre los años 1996 a 2007, los cuales ordenaron que el 30% de la asignación básica para el cargo de Magistrado de Tribunal, entre otros servidores públicos, se consideraba como prima sin carácter salarial, lo que indica que los decretos emitidos por el Gobierno Nacional a partir del año 2008, aún gozan de presunción de legalidad, motivo que da lugar a la negación de las pretensiones de la demanda.

Aunado a lo anterior, ante los efectos vinculantes que genera el citado fallo judicial, en la que sus efectos vinculantes, son susceptibles de reconocimiento y pago, los cuales deben ser cancelados previa asignación de los recursos por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Situación que se agrava, si se tiene en cuenta las experiencias pasadas, en las que la Rama Judicial a través del Director Ejecutivo de Administración Judicial-Nivel Central en asocio con la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, calculó el presupuesto de la Rama Judicial para la vigencia siguiente, sin que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, emita respuesta favorable a los intereses de la demandada, conforme la respuesta emitida en el oficio de 30 de diciembre de 2014, suscrito por la Dirección General del Presupuesto Público Nacional; en el cual, palabras más, palabras menos, exige la constitución de un título legítimo de gasto, por no ser un crédito judicialmente reconocido, sino que la situación judicial que sea analiza trata de una sentencia de simple nulidad, las cuales no son títulos constitutivos de gasto, en razón a que en nuestro ordenamiento jurídico no existe la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos particulares que nazca en uno general anulado.

Así las cosas, el reconocimiento y pago que predica el demandante solo es posible en virtud de un fallo judicial, pues como ya se dijo es la única manera de constituir un título constitutivo de gasto y no la sentencia de simple nulidad, que no genera efectos a nivel personal, por lo que su aplicación a las pretensiones de la demandante, se hace imposible. Ahora bien, la aplicación retroactiva de los intereses de la demandante, sin contar con una sentencia judicial ejecutoriada que lo ordene,

¹ Radicado nº 11001-03-25-000-2007-00087-00(1686-07). C.P. María Carolina Rodríguez Ruiz.

acaecería en sanciones del orden disciplinario y penal para la entidad que representa, conforme lo dispone el artículo 112 del Decreto 111 de 1996.

En conclusión a pesar de la existencia de una sentencia emitida por el Consejo de Estado desde el año 2014, que anuló los decretos salariales comprendidos entre los años 1997 a 2007, dejó por fuera los decretos salariales emitidos por el Gobierno Nacional en los años posteriores al 2008 y dado que se trata de un medio de control de simple nulidad, sus efectos vinculantes son del orden general, por lo que es imposible aplicarlos al caso particular, en consecuencia; las decisiones tomadas por la demandada frente a la demandante, se han ajustado a derecho y por ende, solicita se nieguen las pretensiones de la demanda.

11. TRASLADO DE LAS EXCEPCIONES.

El día 11 de noviembre de 2020 se surtió traslado a las excepciones **i). Ausencia de causa petendi, ii). Integración de la Litis consorcio necesario y, iii) Prescripción trienal** formuladas por la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial-Seccional Manizales.

12. ALEGACIONES FINALES

Se corrió traslado en desarrollo de la audiencia inicial celebrada el 2 de diciembre de 2020, ambas partes aprovecharon esta oportunidad, por el contrario, el Ministerio Público, guardó silencio.

12.1. Demandante.

Defendió la tesis planteada desde el escrito de la demanda, agregó que la Ley 4 de 1992, fijó el régimen laboral para algunos empleados públicos, entre los que se encuentran enlistados la Rama Judicial, y en su artículo 2° prohíbe que, de su aplicación o regulación, pueda derivarse la disminución de las calidades laborales de estos funcionarios, por ir en contra de la constitución y la ley. Finalmente apuntó: *“En consecuencia, se observa de forma diáfana que al expedirse los diferentes actos administrativos generales que fijaron y establecieron la prima especial de servicios de los Jueces de la República de Colombia, se ha disminuido la base salarial de liquidación y cálculo de las prestaciones sociales y demás créditos laborales causados por sus servidores públicos, lo anterior significa que el porcentaje del 30% de la prima especial no ha formado parte de la base para el cálculo de las acreencias laborales, así como tampoco los aportes parafiscales y de Seguridad Social Integral durante toda la vigencia del vínculo legal y reglamentario, afectando correlativamente y grave los ingresos de mi mandante, conllevando con ello a un detrimento patrimonial no sólo en el salario, sino en las prestaciones sociales y cotizaciones a la seguridad social. Solicitó se acceda a todas las pretensiones.*

12.2. Demandada.

Reitera lo dicho en la contestación de la demanda, reafirma las excepciones propuestas con especial énfasis en la excepción de prescripción y como nuevo aporte cita la sentencia de unificación de 2 de septiembre de 2019, que declaró que dicha prima solo se considera factor salarial para efectos de reliquidación de la pensión, pero en Jueces activos o que aún no hayan alcanzado esta categoría, no es factor salarial, “...En atención a la sentencia de unificación del Consejo de Estado 201600041 se tiene que la prima especial de servicios es un incremento **del salario básico y sólo constituye factor salarial para efectos de pensión de jubilación, por tanto no es una prestación social. La reliquidación de las prestaciones sociales y el 30% adicional de prima especial, sin carácter salarial acorde, es previsto el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992. La aludida prima no tiene carácter salarial por expresa disposición legal consagrada en el artículo 14 de la Ley 4 de 1992, lo que significa que dicho porcentaje no constituye factor de salario para la liquidación y pago de las primas de servicios, navidad, vacaciones, auxilio de cesantía y bonificación por servicios prestados, etc. Además, esta norma fue objeto de revisión de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional, quien la declaró EXEQUIBLE, por ende, tal pronunciamiento se constituye como COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL.**”.

Solicitó negar las pretensiones de la demanda.

13. CONSIDERACIONES

a. COMPETENCIA.

Corresponde a esta jurisdicción por la materia del asunto, a este Tribunal en razón a la cuantía de la demanda y al factor territorial y a esta Sala de Conjuces, atendiendo **1)**. La orden emitida por el Consejo de Estado en auto de 30 de mayo de 2019 (fl. 70-71) que aceptará el impedimento presentado por la totalidad de los Magistrados que integran esta Corporación y a este Conjuce por sorteo de conjuces realizado el pasado 26 de julio de 2019 (fl. 79-80).

b. CONTROL DE LEGALIDAD.

Procede la Sala de Conjuces a realizar control de legalidad de las actuaciones hasta ahora superadas en este medio de control, sin encontrar vicio que pueda anular el proceso, ni entorpecerlo en el futuro.

c. PROBLEMA JURÍDICO:

Determinado en audiencia inicial-virtual celebrada el pasado 2 de diciembre de 2020, así:

1). ¿Si corresponde declarar la nulidad de los actos administrativos demandados?

2). ¿Tiene derecho la demandante al reconocimiento y pago de la diferencia de su sueldo entre el 70% pagado y el 100% real, por los periodos reclamados y laborados en el cargo de Juez de la Republica?

3). ¿Tiene la prima especial de servicios, regulada por el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 el carácter de factor salarial?

¿Y en consecuencia?

4). ¿Debe ordenarse la reliquidación del sueldo es decir del 100% y no del 70% y el pago de las diferencias?

5). ¿Debe ordenarse el pago de la prima especial de servicios de que trata el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992?

6). ¿Debe ordenarse la reliquidación de las prestaciones sociales, tomando como base el 100% del sueldo y no el 70% como se hizo y sumando el 30% del sueldo, como prima especial de servicios y que se paguen las diferencias?

d. ANALISIS

Antes de iniciar con el estudio del presente caso, fuerza decir que la Sala acoge en su integridad lo dispuesto en la Sentencia de Unificación -SUJ-016-CE-S2-2019 de 2 de septiembre de 2019 del Consejo de Estado, en cumplimiento con lo dispuesto en los artículos 102, 269, 271 del CPACA, los cuales infieren el efecto de obligatorio cumplimiento que tienen las sentencias de unificación.

PRIMA ESPECIAL DE SERVICIOS, ARTICULO 14 DE LA LEY 4 DE 1992 EN APLICACIÓN AL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD –

La Ley 4ª de 1992, mediante la cual se fijaron normas, objetivos y criterios para que el Gobierno Nacional estableciera el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos determinó en su artículo 1º y 2º lo siguiente:

“ARTÍCULO 1o. El Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta Ley, fijará el régimen salarial y prestacional de:

- a) Los empleados públicos de la Rama Ejecutiva Nacional, cualquiera que sea su sector, denominación o régimen jurídico;*
- b) Los empleados del Congreso Nacional, la Rama Judicial, el Ministerio Público, la Fiscalía General de la Nación, la Organización Electoral y la Contraloría General de la República;*
- c) Los miembros del Congreso Nacional, y*
- d) Los miembros de la Fuerza Pública”.*

ARTÍCULO 2. Para la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores enumerados en el artículo anterior, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta los siguientes objetivos y criterios:

- a) El respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general, como de los regímenes especiales. En ningún caso se podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales.*

b) (...)”.

Debe tenerse en cuenta que el artículo 53 de la Constitución Nacional, consagra como principios mínimos laborales, la favorabilidad y la remuneración móvil:

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. (...)

Bajo el mandato de la Ley 4ª de 1992 contenido en los artículos 1º y 2º, el Gobierno Nacional en su artículo 14, creó la prima de servicios, así:

ARTÍCULO 14. El Gobierno Nacional establecerá una prima no inferior al 30% ni superior al 60% del salario básico, sin carácter salarial para los Magistrados de todo orden de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y Contencioso Administrativo, Agentes del Ministerio Público delegados ante la Rama Judicial y para los Jueces de la República, incluidos los Magistrados y Fiscales del Tribunal Superior Militar, Auditores de Guerra y Jueces de Instrucción Penal Militar, excepto los que opten por la escala de salarios de la Fiscalía General de la Nación, con efectos a partir del primero (1o.) de enero de 1993.

Igualmente tendrán derecho a la prima de que trata el presente artículo, los delegados departamentales del Registrador Nacional del Estado Civil, los Registradores del Distrito Capital y los niveles Directivo y Asesor de la Registraduría Nacional del Estado Civil.

PARÁGRAFO. Dentro del mismo término revisará el sistema de remuneración de funcionarios y empleados de la Rama Judicial sobre la base de la nivelación o reclasificación atendiendo criterios de equidad”.

A su vez, el Gobierno año tras año, en virtud de la potestad otorgada por la Ley 4ª de 1992, expidió los decretos mediante los cuales dictó disposiciones en materia salarial y prestacional para los servidores públicos de la Rama Judicial, reproduciendo año por año la previsión de que el 30% del salario devengado por los funcionarios enumerados en el artículo 14 de la mencionada ley, sería considerado como prima.

Ahora bien, dichos decretos salariales desde el año 1993 al año 2007, fueron declarados nulos por el Consejo de Estado mediante providencia suscrita el día 29 de abril de 2014, en la que se señaló que el Gobierno Nacional interpretó las normas de forma errónea, en tanto desmejoró el salario de los funcionarios de la Rama Judicial, razón por la cual declaró la nulidad de los decretos que establecían el salario y las

prestaciones para los servidores públicos de la Rama Judicial desde el año 1993 al año 2007, **quedando en vigencia el salario en un cien por ciento (100%) para que sea tenido al momento de efectuar cálculos para pagar prestaciones sociales**, cesantías, indemnizaciones, intereses, bonificaciones, prima de navidad, vacaciones, de servicio y demás rubros que se reconocen y pagan a los funcionarios públicos. Se expuso en dicha sentencia lo siguiente²:

“En virtud de la potestad otorgada por la Ley 4ª de 1992, el Gobierno Nacional expidió los decretos demandados, reproduciendo año por año la previsión de que el 30% del salario devengado por los funcionarios enumerados en el artículo 14 de la mencionada ley, sería considerado como prima. Dichos decretos no ofrecieron la suficiente claridad y fueron interpretados erróneamente por las entidades encargadas de aplicarlos, pues entendieron que el 30% del salario básico era la prima misma y no que ésta equivalía a ese 30%. Aunque parece un juego de palabras, son dos cosas completamente diferentes, pues la primera interpretación implica una reducción del salario básico al 70%, mientras que la segunda, que es la correcta de conformidad con la Ley y la Constitución Política, como se explicará más adelante, implica que se puede tomar el 30% del salario, pero solamente para efectos de cuantificar la prima especial, para luego adicionarla al salario básico. La diferencia se evidencia en el siguiente ejemplo, para el cual hemos tomado un salario básico de \$10.000.000:

<i>Primera interpretación (el 30% del salario básico es la prima misma)</i>	<i>Segunda y correcta interpretación (la prima equivale al 30% del salario básico)</i>
Salario básico: \$10.000.000	Salario básico: \$10.000.000
Prima especial (30%): \$3.000.000	Prima especial (30%): \$3.000.000
Salario sin prima: \$7.000.000	Salario más prima: \$13.000.000
Total a pagar al servidor: \$10.000.000	Total a pagar al servidor: \$13.000.000

A su vez en reciente sentencia del Consejo de Estado del dos (2) de septiembre el 2015, Conjuez Ponente: Carmen Anaya de Castellanos³, se señaló al respecto:

“... para esta Sala de Conjueces es claro que tales normas y actos administrativos demandados, desmejoraron laboralmente los salarios y derechos prestacionales de la actora, puesto que se desconoció, tanto en el procedimiento administrativo como en la sentencia recurrida, el que las primas representan un incremento a la remuneración y no una merma de la misma, contrariando la progresividad en materia laboral. Entonces, en consecuencia, se procederá a ordenar, a título de restablecimiento del derecho, la reliquidación y pago del 30%del salario, con incidencia en la prima y las prestaciones legales devengadas por el señor JOSÉ FERNANDO OSORIO CIFUENTES, durante el período demandado”.

De acuerdo a lo anterior, con los criterios normativos establecidos en la ley marco, esto es la Ley 4ª de 1992, es claro que el Gobierno Nacional contravino los criterios fijados por el legislador con la expedición de los decretos demandados anualmente, pues como se pudo observar, el literal a) del artículo 2º de la

2 CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. CONJUEZ PONENTE: MARÍA CAROLINA RODRÍGUEZ RUIZ. Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil catorce (2014). EXPEDIENTE No. 11001-03-25-000-2007-00087-00. No. INTERNO: 1686-07.

³ Actor: José Fernando Osorio Cifuentes. No radicación 73001233100020110010202

mencionada Ley estableció que de ninguna manera se podían desmejorar los salarios y prestaciones sociales. Sin embargo, se dio una incorrecta interpretación, aplicando indebidamente la Ley 4ª de 1992 al haber mermado el salario de un grupo de servidores públicos, razón suficiente para determinar que los actos administrativos demandados son contrarios a la Constitución y la Ley, pues desconocen los derechos laborales prestacionales del actor y vulneran principios constitucionales, por lo que es mandatario ordenar el pago íntegro del salario, y la reliquidación de sus derechos laborales y prestacionales, en atención al desarrollo y evolución jurisprudencial que procura la protección de los derechos laborales económicos y constitucionales reclamados.

Providencia que fue confirmada por la reciente sentencia de unificación que sobre esta prima emitió el Consejo de Estado⁴, la cual concluyo que la prima especial de servicios, de que trata el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, es una prestación social equivalente al 30% del sueldo básico de estos funcionarios y es adicional a este y no, como lo pretendieron el Gobierno y la demandada, incluido en el sueldo básico, así las cosas, el sueldo real que debió recibir el demandante por este concepto, era la prima especial de servicios equivalente más el sueldo básico y esto constituye el 100% real de este.

“...Para la sala demostrado esta que a partir de la expedición de los Decretos 51, 54 y 57 de 1993, 104, 106 y 107 de 1994, 26, 43 y 47 de 1995, 4, 35 y 36 de 1996 y sucesivos, el Gobierno Nacional año tras año, hasta hoy, al establecer el régimen salarial de los empleados de la Rama Judicial, ha dado la denominación de prima especial establecida en el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, a lo que en realidad constituye el 30% del salario de los funcionarios y empleados que tienen derecho a ella, quitándoles la posibilidad de que ese 30% que, se reitera, es parte de su salario básico y/o asignación básica, sea teniendo en cuenta(sic) para la reliquidación de sus prestaciones sociales; no cabe más que restablecer este derecho...”

Corolario de lo anterior, es claro que siendo la demandante integrante de ese grupo de funcionarios que analizó el Consejo de Estado, su sueldo también se vio afectado por las decisiones tomadas por el Gobierno Nacional y acatadas por la demandada, pese a que la Constitución Nacional prohíbe el cumplimiento de normas, que sean abiertamente contrarias a los derechos constitucionales y legales.

LA PRIMA ESPECIAL DE SERVICIOS FRENTE A JUECES DE LA REPUBLICA.

Consecuente con la Sentencia de Unificación mencionada, la prima especial de servicios fue creada por el legislador como una contraprestación que debería ser sumada al sueldo de los funcionarios beneficiados con esta y no, como lo viene aplicando la parte demandada, extrayendo el equivalente a la prima especial de servicios de 30%, del mismo sueldo de estos funcionarios;

⁴ Sentencia de Unificación SUJ-016-CE-S2-2019 de 2 de septiembre de 2019, Sección 2ª-Sala de Conjuces, C.P: Carmen Anaya de Castellanos. Actor: Joaquín Vera Pérez Demandado: Nación-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial-Rama Judicial.

“...Para la Sala demostrado esta que a partir de la expedición de los Decretos 51, 54 y 57 de 1993, 104, 106 y 107 de 1994, 26, 43 y 47 de 1995, 4, 35 y 36 de 1996 y sucesivos, el Gobierno Nacional, año tras año, hasta hoy, al establecer el régimen salarial de los empleados de la Rama Judicial, ha dado la denominación de prima especial establecida en el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, a lo que en realidad constituye el 30% del salario de los funcionarios y empleados que tienen derecho a ella, quitándoles la posibilidad de que ese 30% que, se reitera, es parte de su salario básico y/o asignación básica, sea teniendo en cuenta para la liquidación de sus prestaciones sociales; no cabe más que restablecer este derecho.”

De las pruebas arrojadas al proceso, no quedan dudas que la demandante inició su vinculación a la Rama Judicial en el cargo de Juez de la Republica en el año de 2015 y a la presentación de la demanda, aún continuaba vinculada a este cargo, ahora bien, del análisis es claro que, de su propio salario, fue extractado el valor de esta prestación social, por tanto, tendrá derecho al reconocimiento de la prima especial de servicios de que trata el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992.

Disminución En La Asignación Básica Salarial Asignada.

Como subtema la Sala de Conjuces, considera necesario estudiar a fondo, si es posible que la demandada cuando liquido mal la prima especial de servicios reclamada y mermo el salario básico de la demandante, en el cargo de Juez de la Republica, liquido sus prestaciones sociales con el sueldo básico real es decir del 100% sin descontarle el 30% que lo consideró como la prima especial de servicios o, por el contrario y como lo sospecha la Sala, liquido las prestaciones sociales, solo con el 70% que consideraba era el sueldo básico de la demandante, sin tener en cuenta el 30% que hacia parte de su sueldo pero que como quedo establecido, incluso por la misma respuesta de la demandada, fue presentada como la prima especial de servicios.

Así las cosas, con la respuesta de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial de la Rama Judicial y con el apoyo de la constancia laboral de tiempo de servicio y emolumentos devengados por el demandante⁵, en los años en que se desempeñó como Juez de la Republica, que en efecto, sus prestaciones sociales fueron liquidadas respecto de un sueldo básico que solo ascendía al 70% del valor del sueldo básico real, por lo que es claro que, también se vieron disminuidos sus ingresos en este sentido, por tal motivo, se hace necesario ordenar el reajuste del sueldo básico y la reliquidación de sus prestaciones, al paso que deberá la demandada pagar las diferencias resultantes entre la liquidación realizada con el 70% del sueldo básico y la reliquidación que se haga con el 30% restante, teniendo claro que el sueldo de la demandante debió tomarse sobre el 100% y no sobre el 70%.

LA PRIMA ESPECIAL DE SERVICIOS COMO FACTOR SALARIAL

De igual manera, hace parte de la discusión la condición o no de factor salarial que posiblemente reviste a esta prima, razón por la cual, se estudiará este tema a fondo.

El artículo 14 de la Ley 4 de 1992, que señaló expresamente su carácter de **no salarial**, fue modificado por la Ley 332 de 1994 *“Por la cual se modifica la Ley 4 de*

⁵ Folio 52-61 C.1.

1992 y se dictan otras disposiciones”, señalando que la prima **constituiría parte del ingreso base, pero únicamente para efectos de la liquidación de la pensión de jubilación**. El artículo en cuestión señala:

Artículo 1°.- Aclarado por el art. 1, Ley 476 de 1998⁶ La prima especial prevista en el primer inciso del artículo 14 de la Ley 4 de 1992, para los funcionarios allí mencionados y para los fiscales de la Fiscalía General de la Nación, con la excepción allí consagrada, que se jubilen en el futuro, o que teniendo reconocida la pensión de jubilación aún se encuentren vinculados al servicio harán parte del ingreso base únicamente para efectos de la liquidación de la pensión de jubilación, para lo cual se harán las cotizaciones de pensiones establecida por la Ley.

*La anterior prima con las mismas limitaciones, también se aplicará a los Magistrados Auxiliares y abogados asistentes de las Altas Cortes, Magistrados de los Consejos Seccionales de la Judicatura, Magistrados del Tribunal Nacional, y Magistrados del extinto Tribunal Disciplinario y los Procuradores Delegados de la Procuraduría General de la Nación.*⁷

Tal como lo adujo la parte demandada, la Corte Constitucional en sentencia C-279 de 1996 al realizar análisis de constitucionalidad se pronunció sobre los artículos 14 y 15 de la Ley 4ª de 1992, declarando la EXEQUIBILIDAD de la frase “sin carácter salarial”.

El Consejo de Estado, Sección Segunda⁸, en reciente sentencia adujo que la prima especial de servicios **NO tiene carácter salarial**:

“Dicha ley marco es la Ley 4ª de 1992, que en el artículo 14 establece una prima especial de servicios sin carácter salarial para diversos servidores públicos, que oscila entre el 30% y el 60% de la remuneración básica mensual⁹. (...) En esta sentencia, que es del año 2014, se anularon todos los decretos expedidos sobre la materia por parte del Gobierno Nacional entre 1993 y el 2007.

Aquí en el caso que nos ocupa se acoge y ratifica esta línea jurisprudencial, con la siguiente precisión: es necesario distinguir la liquidación del ingreso mensual de la liquidación de las prestaciones sociales, así:

⁶ **Artículo 1°.** Aclárese el artículo 1° de la Ley 332 de 1996, en el sentido de que la excepción allí consagrada que hace alusión a la Ley 4ª de 1992, no se refiere a los Fiscales de la Fiscalía General de la Nación que se acogieron a la escala salarial establecida en el Decreto 53 de 1993, ni a quienes se vincularon con posterioridad a dicho decreto. En consecuencia, para estos servidores, la prima especial de servicios a que se refiere el artículo 6° del Decreto 53 de 1993 y los decretos posteriores que lo subrogan o lo adiciona, tendrá carácter salarial para efectos de la determinación del salario base de liquidación de la pensión de jubilación.

⁷ Texto en Negrita declarado EXEQUIBLE en Sentencia Corte Constitucional 444 de 1997. Texto subrayado declarado EXEQUIBLE Sentencia Corte Constitucional 129 de 1998

⁸ SECCIÓN SEGUNDA, SALA DE CONJUECES. CONJUEZ PONENTE: NÉSTOR RAÚL CORREA HENAO. Sentencia del Doce (12) de septiembre de dos mil dieciocho (2018). Referencia: Expediente N° 730012333000201200183 02 Número interno: 3546-201 Demandante: María Cecilia Arango Troncoso.

⁹ Ley 4 de 1992. Artículo 14: “El Gobierno Nacional establecerá una prima no inferior al 30% ni superior al 60% del salario básico, sin carácter salarial, para los magistrados de todo orden de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y Contencioso Administrativo, agentes del Ministerio Público delegados ante la Rama Judicial y para los jueces de la República, incluidos los magistrados y fiscales del Tribunal Superior Militar, Auditores de Guerra y Jueces de Instrucción Penal Militar, excepto los que opten por la escala de salarios de la Fiscalía General de la Nación, con efectos a partir del primero (1) de enero de 1993.

Igualmente tendrán derecho a la prima de que trata el presente artículo, los delegados departamentales del Registrador Nacional del Estado Civil, los registradores del distrito capital y los niveles directivo y asesor de la Registraduría Nacional del Estado Civil”.

En cuanto a lo primero, el ingreso mensual se debe liquidar como se indicó en el cuadro transcrito de la sentencia del 29 de abril de 2014, o sea que incluya el salario básico más un 30% adicional, a título de prima especial de servicios. En el ejemplo, cada mes se debería pagar \$13.000.000 de pesos.

Y en cuanto a lo segundo, las prestaciones sociales se deben liquidar sobre la totalidad del salario básico, sin restar ni sumar el 30% de la prima especial de servicios, que para estos efectos no tiene incidencia alguna, ya que no tiene carácter salarial, como lo indica la Ley 4ª de 1992. En el ejemplo, las prestaciones se deben liquidar sobre una base de \$10.000.000 de pesos.”
(Negrillas fuera de texto)

Conforme a la sentencia anterior, el porcentaje del 30% que corresponde a la prima especial de servicios NO tiene carácter salarial, sin embargo, es menester aclarar que en dicha decisión no se explican las razones de derecho por las cuales se arriba a dicha conclusión, por tanto, entraremos a estudiar la línea jurisprudencial que, sobre este tema, viene defendiendo el Consejo de Estado y que se pasa a explicar:

El Consejo de Estado, Sección Segunda¹⁰, en sentencia del diecinueve (19) de mayo de dos mil diez (2010), Consejera ponente Bertha Lucía Ramírez de Páez, inaplicó las expresiones “sin carácter salarial” de los Decretos reglamentarios de la Ley 4 de 1992. En dicha sentencia se dispuso:

INAPLÍCASEN por Inconstitucionales los artículos 7 de los Decretos Nos. 2740 de 2000 y 2720 de 2001 y 6 de los Decretos Nos. 673 de 2002 y 3569 de 2003, en cuanto previeron como Prima, sin carácter salarial, el treinta por ciento (30%) del salario básico mensual devengado por Leonor Chacón Antía en su calidad de Juez Catorce de Familia de Bogotá, D.C.

DECLÁRASE la nulidad parcial del Oficio DRH-1627 de 3 de octubre de 2003, que negó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, liquidadas con base en el 30% de la prima especial devengada a partir del año 1993; de la Resolución No. 1939 de 3 de agosto de 2004, que resolvió el recurso de reposición interpuesto, ambos proferidos por la Dirección Seccional de Administración Judicial de Cundinamarca; y del Acto ficto negativo, previa declaratoria de su existencia, surgido del silencio administrativo respecto del recurso de apelación contra la anterior decisión.

CONDÉNASE a la Nación- Dirección Ejecutiva de Administración Judicial- a reconocer y pagar a la actora a título de restablecimiento del derecho, la suma que resulte como diferencia de la reliquidación de las prestaciones legales desde el 17 de septiembre de 2000 hasta el 16 de septiembre de 2003 con base en la asignación básica mensual más la prima especial mensual, dichas sumas serán ajustadas conforme quedó expuesto.”

A su vez, mediante sentencia del 4 de agosto 2010 la Sección Segunda¹¹ del Consejo de Estado unificó la posición del máximo tribunal y señaló que la prima especial de servicios constituye factor salarial.

¹⁰ Radicación 25000-23-25-000-2005-01134-01(0419-07) Actor: LEONOR CHACÓN ANTIA Demandado: RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL

¹¹ Expediente 230-2008. Actor: Rosmira Villescas Sánchez. Consejero Ponente Dr. Gerardo Arenas Monsalve

“(…) La inclusión de este porcentaje en la base liquidatoria de las prestaciones sociales de la actora para los años 1993, 1994, 1995, 1996, 1997 y 2000, encuentra sustento no sólo en las sentencias anulatorias proferidas por el Consejo de Estado, como ya se dijo, sino en la decisión reciente de la Sala Plena que decidió anular el artículo 7° del Decreto No. 618 de 2 de marzo de 2007 “Por el cual se dictan normas sobre el régimen salarial y prestacional para los servidores públicos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar y se dictan otras disposiciones

[...]

Aunque [dicho precedente] analiza la legalidad de un Decreto que regula el régimen salarial y prestacional de los servidores de la Rama Judicial, resulta aplicable en este evento, porque, el tema central no es otro que el que aquí se reclama, esto es, el carácter salarial del porcentaje del 30% que a título de prima especial han venido percibiendo los empleados de la Fiscalía General de la Nación y que no ha sido incluido en la liquidación de sus prestaciones sociales.

Así las cosas, para la Sala la no inclusión de este porcentaje del 30% para los años en los que la nulidad de las normas que lo consagraban no le otorgaron el carácter de factor salarial, desconoce los derechos laborales prestacionales de la actora y además vulnera principios constitucionales, por lo que habrá de ordenarse también para los años 1993, 1994, 1995, 1996, 1997 y 2000, la reliquidación de los derechos prestacionales de los servidores de la Fiscalía a quienes estaban dirigidas las normas que fueron anuladas por el Consejo de Estado, sin perjuicio del análisis que de la prescripción deberá abordarse en forma obligatoria una vez se tenga certeza del derecho que le asiste a cada uno de los reclamantes en cada caso en particular.

El anterior argumento no desconoce el contenido de las sentencias de anulación, sino que muestra en forma fehaciente que la jurisprudencia laboral en su desarrollo y evolución, debe propender por la real y efectiva protección de los derechos laborales económicos constitucionalmente previstos, máxime cuando el contenido de cada una de las normas era el mismo, es decir era una reproducción en la que solamente variaba el porcentaje en que se incrementaba el salario en cada una de las anualidades, pero frente a la prima especial se siguió manteniendo el mismo porcentaje y su carácter no salarial [...].”

En el año 2016, nuevamente el Consejo de Estado¹² reconoció la prima especial de servicios como factor salarial. Si bien en dicha sentencia, el caso específico trataba de un empleado de la Fiscalía General de la Nación, el análisis en cuestión obedeció a la prima consagrada en la Ley 4 de 1992, la misma que vienen percibiendo los Jueces y Magistrados de la Rama Judicial y que no ha sido incluida en la liquidación de sus prestaciones sociales.

En conclusión: El porcentaje del 30% que corresponde a la prima especial de servicios tiene un carácter salarial y en esa medida a los servidores de la Fiscalía General de la Nación que no les fue tomada en cuenta a efectos de liquidar sus prestaciones sociales les asiste el derecho a que se les reliquide con inclusión del porcentaje de la mencionada prima.

De acuerdo a lo anterior y atendiendo a que la sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sala de Conjuces, del Doce (12) de septiembre de dos mil

¹² SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN “A”, Consejero ponente: Dr. William Hernández Gómez sentencia del abril veintiuno (21) de dos mil dieciséis (2016). SE 034 Radicado: 050012331000200301220 01 (0239-2014) Actor: Samuel Correa Quintero Demandado: Nación- Fiscalía General de la Nación.

dieciocho (2018) no esboza las razones por las cuales la prima no es factor salarial y que existe una línea de jurisprudencia que aduce que la mencionada prima si es factor salarial, esta Sala de Decisión seguirá la línea jurisprudencial que venía desarrollándose por parte del Consejo de Estado y se apartará de la decisión tomada por la Sala de Conjueces del doce (12) de septiembre de dos mil dieciocho (2018) en tanto:

1. *Es claro que el porcentaje del 30% que corresponde a la prima especial de servicios tiene carácter salarial, pues remunera su trabajo o labor de manera permanente, y en esa medida los servidores que la perciben¹³, tienen derecho a que se les reliquiden sus prestaciones sociales con inclusión del porcentaje de la mencionada prima.*

2. *De conformidad con el artículo 127 del CST constituyen salario “no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.”.*

3. *Por su parte, la misma compilación expresa qué emolumentos no constituyen salario, así:*

ARTICULO 128. PAGOS QUE NO CONSTITUYEN SALARIOS. <Artículo modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el {empleador}, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad. (Negrillas y subrayas fuera del texto original)

4. *Como se observa, la expresión “sin carácter salarial” contenida en el artículo 14 de la Ley 4 de 1992, lleva aparejada la vulneración a la Constitución y así mismo a la Ley Ordinaria contenida en el Código Sustantivo del Trabajo, pues pretende retirar su carácter salarial a una prestación que por su esencia lleva inherente la naturaleza salarial ya que se recibe de forma permanente y remunera la labor.*

Conforme lo anterior, deberá la Sala acoger la tesis de la sentencia de unificación citada, y declarar que esta prima **NO FACTOR SALARIAL**, y en consecuencia, negar las pretensiones que tengan relación con este tópico.

PRESCRIPCIÓN TRIENAL LABORAL -Línea Jurisprudencial del Consejo de Estado-

¹³ Los servidores públicos contenidos en el Artículo 14 de la Ley 4 de 1992.

La línea jurisprudencial que venía defendiendo el Consejo de Estado años atrás, disponía que la prescripción que deviene de la nulidad de los decretos salariales **se debe contar desde la ejecutoria de la primera sentencia** que declaró la nulidad de la norma que negaba el carácter de salario a la prima especial de servicios, es decir la tesis amplia, porque los servidores públicos hasta la declaratoria de nulidad de la norma tenían la seguridad de que su derecho había sido bien liquidado y fue con dicha decisión judicial, es decir la nulidad simple, que surgió el derecho a reclamar la reliquidación de las prestaciones sociales. Al respecto se había señalado con claridad:

“...Sobre la prescripción de las prestaciones sociales que reclaman los servidores de la Fiscalía General de la Nación en virtud de la nulidad de los Decretos que fijaron la escala salarial desde el año 1993 hasta el año 2001, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido clara en señalar que la misma se debe contar a partir de la ejecutoria de la primera sentencia que declaró la nulidad de la norma que negaba el carácter de salario a la prima especial de servicios. Lo anterior porque: (i) Los servidores públicos hasta la declaratoria de nulidad de la norma precitada tenían la seguridad de que su derecho había sido bien liquidado y; (ii) porque fue con la decisión judicial que surgió el derecho a reclamar la reliquidación de las prestaciones sociales y no antes¹⁴. Así las cosas, el día 14 de febrero de 2002 se profirió la primera sentencia que declaró nula la expresión “sin carácter salarial” del artículo 7° del Decreto 038 de 1999, por lo tanto, es a partir de dicha fecha que se cuenta la prescripción, puesto que con la expedición de la misma surgió el derecho de los servidores de la Fiscalía General de la Nación a la reliquidación de sus prestaciones sociales, con la inclusión de la prima especial de servicios. Ante tal situación, a los mismos los cobija el término prescriptivo de tres años de que trata el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 para presentar la solicitud de reliquidación de sus prestaciones sociales. Ahora, el término de caducidad debe contarse no desde la ejecutoria del acto administrativo que liquidó de forma definitiva las prestaciones sociales del servidor de la Fiscalía General de la Nación, sino desde la ejecutoria del acto administrativo que resolvió la petición presentada dentro del término de prescripción atrás señalado.

En efecto, ante la existencia de un hecho nuevo generador de una expectativa para el mejoramiento de un derecho económico de carácter laboral, como puede ser la declaratoria de la nulidad de una norma, el servidor público beneficiado, tiene la posibilidad una vez agote la vía administrativa, demandar la negativa de la entidad ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Todo lo anterior, fue precisado por esta Sección en sentencia del 4 de agosto de 2010¹⁵ en la que se unificó el criterio en cuanto al carácter salarial de la prima de servicios y en lo referente al término de prescripción y caducidad para reclamar la reliquidación de las prestaciones sociales percibidas. Al respecto la providencia señaló: “[...] De la naturaleza de la cesantía y caducidad de los actos que reconocieron anualmente este auxilio a la actora. Tanto la doctrina como la jurisprudencia han precisado que la cesantía es una prestación social que no es periódica, sino que se causa por períodos determinados, lo que implica que el derecho a percibirla se agote al concluir el ciclo que la origina y que obliga a la administración a reconocerla y pagarla, emitiendo para ello un acto administrativo cuya legalidad puede controvertirse, previo agotamiento de la vía gubernativa, si a ello hubiere lugar, dentro de los cuatro meses siguientes a su notificación, so pena de que se produzca la caducidad de la acción al tenor de lo dispuesto en el artículo 134 del C. C. A. En ese orden de ideas, en

¹⁴ Cita de cita: Al respecto ver sentencia de la Sala Plena. Sección Segunda. Sentencia del 4 de agosto de 2010, Exp. 0230-08, M.P. Gerardo Arenas Monsalve.

¹⁵ Cita de cita: Ibídem

principio no es factible que con una petición posterior se pueda solicitar a la administración la revisión del valor reconocido por dicho concepto.

Este criterio, sin embargo, no puede aplicarse de manera general y sin tener en cuenta el contexto en el cual se origina la nueva petición, pues tal y como ocurre en este evento, cuando se ha expedido un acto administrativo anual de liquidación que no fue controvertido ni en sede gubernativa ni judicial, puede asumirse que esta ausencia de controversia obedeció a la seguridad que el beneficiario tenía de que su derecho había sido bien liquidado. Pero si ejecutoriado este acto surge en beneficio del administrado una expectativa legítima de incremento porcentual en la base liquidatoria de su cesantía anual, es decir, un hecho nuevo producto de decisiones judiciales de anulación de normas, que resulta aplicable a su situación y lo faculta para solicitar a la administración la respectiva reliquidación. [...] Ocurre sin embargo, **que con posterioridad a estas decisiones, surgió para la funcionaria una expectativa legítima de un derecho que finalmente se concretó con la anulación de las normas que le restaban el carácter salarial al 30% que a título de prima especial percibía el servidor, razón por la cual, desde este momento puede decirse que nace para cada uno de los servidores de la Fiscalía General de la Nación a los que se dirigía la norma anulada, el derecho a que dentro de la base liquidatoria de las prestaciones y las cesantías se incluya el 30% percibido a título de prima especial**, es decir, que surge un derecho subjetivo que faculta al administrado para solicitar a la Consecuente con lo administración su reconocimiento. [...] anterior y como la exigibilidad tuvo lugar con plena certeza a partir de la expedición de las sentencia anulatorias citadas, los servidores o ex servidores de la Fiscalía General de la Nación, podían reclamar su reconocimiento, sin que se pueda afirmar, como lo hace la primera instancia, que lo pretendido era revivir los términos de caducidad para acudir a la jurisdicción, pues como bien lo dice la demandante, no se está discutiendo el contenido de los actos que le reconocieron anualmente la cesantía, sino la negativa a la inclusión de un derecho económico que surgió con posterioridad a este reconocimiento. Es decir que, existiendo un hecho nuevo que genera una expectativa legítima de mejoramiento de un derecho laboral económico, el administrado una vez agotada la vía gubernativa queda facultado para acudir a la jurisdicción en acción de nulidad y restablecimiento del derecho para que sea la jurisdicción de lo contencioso administrativo la que decida sobre la viabilidad de acceder o no a su pretensión de reliquidación, tal y como ocurrió en este evento [...] De esta manera la Sala se aparta del criterio acogido en algunas decisiones en las que se ha aceptado la configuración de la caducidad que conduce a proferir fallo inhibitorio frente a la pretensión de reliquidación del auxilio de cesantía, porque se insiste, la exigibilidad tuvo lugar con plena certeza a partir de la expedición de las sentencias a que se ha venido haciendo referencia [...]” (Subraya y negrilla fuera de texto).

Tal providencia recogió los argumentos expuestos en varias decisiones proferidas tanto por la Subsección “A” como por la Subsección “B”, en las cuales se expresó que en casos como el aquí analizado, procede el estudio de fondo de las pretensiones porque, se reitera, el derecho surgió al día siguiente en que quedaron ejecutoriadas las sentencias que declararon nulos los artículos referentes a la prima especial¹⁶. Ahora, si bien la providencia citada se refiere al auxilio de cesantías liquidado definitivamente, tal postulado se aplica también para las otras prestaciones sociales que ya se hubiesen liquidado de forma definitiva. Así lo explicó la Sección Segunda Subsección “B” al

¹⁶ Cita de cita: Ver las siguientes sentencias: Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección “A”. C.P. Dr. Alfonso Vargas Rincón. Sentencia del 4 de marzo de 2010. No. Interno 1469-07. Actor. Aura Luz Mesa Herrera. Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección “B” C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Sentencia del 8 de abril de 2010. No. Interno 0512-08. Actor. María Marlene Bello Sánchez.

manifestar¹⁷ : “[...] 1.1.1 Respecto de las demás prestaciones sociales. Siguiendo esta postura y teniendo en cuenta que el término de prescripción (3 años) se cuenta a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible, en el asunto objeto de examen no puede decirse que la obligación se hizo exigible a la fecha de expedición de los Decretos que fijaron las escalas salariales para los empleados de la Fiscalía General de la Nación o, para el caso de las cesantías, como ya se dijo, a partir del momento en que se notificó el acto administrativo que las liquidó año a año; porque el mismo surgió al día siguiente en que quedaron ejecutoriadas las sentencias que declararon nulos los artículos referentes a la prima especial en cada uno de ellos¹⁸ . [...] No puede arribarse a una conclusión distinta porque de nada valdría la anulación de las normas que limitaban el derecho de los trabajadores, lo que sucedía al negar el cómputo de la Prima Especial de Servicios como factor salarial, si las personas perjudicadas con esa determinación no pudieran hoy valerse de la desaparición de la norma restrictiva para ejercer sus derechos a plenitud [...]”. En conclusión: la prescripción de las prestaciones sociales que reclaman los servidores de la Fiscalía General de la Nación en virtud de la nulidad de los Decretos que fijaron la escala salarial desde el año 1993 hasta el año 2001, se debe contar a partir de la ejecutoria de la primera sentencia que declaró la nulidad de la norma que negaba el carácter salarial a la prima especial de servicios, porque fue con tal decisión judicial que surgió el derecho a reclamar la reliquidación de las prestaciones sociales, con la inclusión de la referida prima.

Así mismo, el término de caducidad debe contarse desde la ejecutoria del acto administrativo que resolvió la petición presentada dentro del término de prescripción. Lo anterior porque se está ante la existencia de un hecho nuevo generador de una expectativa para el mejoramiento de un derecho económico de carácter laboral que antes no existía y que surgió a raíz de la declaratoria de nulidad de la norma que establecía que la prima especial de servicios no era factor salarial...”

Conforme lo establece el artículo 2535 del Código Civil:

“La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones.

Se cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible”

Claramente, no basta con el solo paso del tiempo para que opere el fenómeno de la prescripción, es necesario además que el derecho o la acción a los que pretende aplicarse esta forma extintiva sean ya exigibles o ejercitables pues solo desde ese momento podrá contabilizarse el término prescriptivo.

Concluyendo entonces que los servidores públicos no tenían forma de hacer valer su derecho, pues el mismo indefectiblemente cobró vigencia a partir de la nulidad de los decretos salariales, por ende, se defendía la tesis de que no puede

¹⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección "B". Consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila. Bogotá, D.C., veintisiete (27) de enero de dos mil once (2011). Radicación número: 25000-23-25-000-2005-08547-01(0132-09). Actor: Álvaro Guillermo Cuellar Romero. Demandado: Fiscalía General de La Nación.

¹⁸ La sentencia que declaró nulo el artículo 7° del Decreto 38 de 1999 se notificó mediante edicto desfijado el 6 de agosto de 2002 y la que declaró nulos los artículos 7° del Decreto 50 de 1998 y 8° del Decreto 2729 de 2001, se notificó mediante edicto desfijado el 23 de octubre de 2007, es decir que la primera quedó ejecutoriada el 12 de agosto de ese año y la segunda el 26 del de octubre de 2007, lo que significa que a partir del día siguiente en que quedaron en firme surgió el derecho para la demandante.

predicarse prescripción pues en tales periodos no corrió la misma. La prescripción operará contados tres años siguientes a la declaratoria de nulidad.

Tesis que fue acogida en la decisión esbozada por el Consejo de Estado, Sección Segunda–Subsección “A” Consejero ponente: Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ del veintiuno (21) de abril dos mil dieciséis (2016), pues es esta la que garantiza el acceso a la administración de justicia y la materialización de los derechos¹⁹.

Sin embargo, un vuelco total a la línea jurisprudencial se dio con algunas decisiones solitarias del Consejo de Estado, Sección Segunda-Sala de Conjuces²⁰, en que de nuevo analizaron este asunto y determinaron –sin dar explicaciones fuertes del porque se apartaban de la línea jurisprudencial-, que la prescripción debía tomarse en su explicación más simple, es decir; contando solo tres (3) años, atrás, del inicio de la reclamación administrativa, y se interrumpe con la solicitud de reliquidación. Esto fue lo que dijo;

*“...Pasa la Sala a estudiar la figura de la prescripción; ello hace entrar en línea de cuenta la siguiente pregunta: **¿desde qué fecha hay que reconocer y pagar los salarios y las prestaciones sociales que hubieren sido mal liquidados por concepto de la prima especial de servicios?***

Al respecto hay tres posibles tesis, que se podrían denominar “tesis amplia” (desde 1993), “tesis intermedia” (aplicar la prescripción trienal a partir de la fecha de interrupción de la prescripción), y “tesis estricta” (a partir de la sentencia constitutiva que declare la nulidad). A continuación se explica la justificación y la viabilidad de cada una de estas tres tesis. Primero la justificación:

- **Tesis amplia:** los fallos de nulidad tienen efecto ex tunc, es decir, se asume que la norma anulada nunca existió, lo que se traduce en que hay que retrotraerse a la situación anterior a la expedición de la norma anulada. Si ello es así, la situación se remite al 1° de enero de 1993, fecha en que empezó a regir la Ley 4ª de 1992, que introdujo la prima especial de servicios. Es una tesis muy favorable al trabajador, pues se traduce en 25 años de reliquidaciones a partir de hoy.
- **Tesis intermedia:** en materia laboral aplica la prescripción trienal, consagrada en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969²¹. De conformidad con estas normas, la prescripción de acciones que

¹⁹ SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN “A” Consejero ponente: Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ Bogotá, D. C., abril veintiuno (21) de dos mil dieciséis (2016). SE 034 Radicado: 050012331000200301220 01 (0239-2014) Actor: Samuel Correa Quintero Demandado: Nación- Fiscalía General de la Nación.

²⁰ SECCIÓN SEGUNDA, SALA DE CONJUECES. CONJUEZ PONENTE: NÉSTOR RAÚL CORREA HENAO. Sentencia del Doce (12) de septiembre de dos mil dieciocho (2018).Referencia: Expediente N° 730012333000201200183 02 Número interno: 3546-201 Demandante: María Cecilia Arango Troncoso.

²¹ Artículo 41. Decreto 3135 de 1968: “Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual”.

Artículo 102. Decreto 1848 de 1969: “Prescripción de acciones. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

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

emanan de derechos laborales tiene un término de tres años contados a partir de la exigibilidad del derecho. Eso significa que, formulada una reclamación que exija el pago de una prestación periódica, se interrumpe la prescripción y entonces el trabajador tiene derecho al reconocimiento de sus prestaciones desde tres años atrás a partir de la fecha de la solicitud que él haga; y desde ahí hacia adelante. En otros términos, las sumas adeudadas desde hace 4 o 5 o más años se pierden.

- **Tesis estricta:** hasta que no sea anulado o inaplicado el decreto que castiga la prima especial de servicios, él goza de presunción de legalidad y de ejecutoriedad, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 88 y 89 de la Ley 1437 de 2011, de manera que la limitación salarial y prestacional que él introduce produce plenos efectos. Y es la respectiva sentencia que lo anule o inaplique la que hace exigible el derecho a que se reliquide los salarios y las prestaciones sociales de la manera más favorable al trabajador. Ahí, en la ejecutoria de esa sentencia, nace el derecho; por eso se habla de sentencias “constitutivas”. Entonces es desde ese momento que se tendría derecho a la reliquidación de las prestaciones sociales y salariales. Antes no. Y hacia futuro, solo a partir de ese día se podría hablar de morosidad, para efectos de contabilizar la futura prescripción trienal. El Consejo de Estado ha sostenido esta línea jurisprudencial por ejemplo en la sentencia de la Sección Segunda del 6 de marzo de 2008 (C.P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren) y del 16 de junio de 2016 (C.P.: Luis Rafael Vergara Quintero)²².

Segundo la viabilidad:

- **De la tesis amplia:** esta tesis no se acoge por varios motivos. Primero, porque es diferente el instituto de la nulidad del instituto de la exigibilidad del derecho. En efecto, la nulidad tiene efectos ex tunc, como se anotó; pero la exigibilidad del derecho exige tener un límite en el tiempo, porque la Constitución dispone en su artículo 28 que no puede haber cadena perpetua ni deudas imprescriptibles. Una deuda de hace 25 años (o más) no puede constituirse en una vena rota para el deudor. Piénsese por un momento en las multas de tránsito o en las sanciones a los morosos de la DIAN, en donde se cambian los papeles y el Estado pasa a ser acreedor: los ciudadanos tienen derecho a redimir sus acreencias y tienen derecho al olvido, de conformidad con la jurisprudencia constitucional. En este caso lo contrario no es fiscalmente viable ni conceptualmente razonable. Segundo, la factura de cobro de la inactividad procesal del interesado no se le puede trasladar al Estado, de conformidad con el principio según el cual nadie puede alegar o beneficiarse de su propia culpa²³. Si un actor se demora 15 o 20 años en demandar, como sí lo hicieron en forma oportuna otros trabajadores que se hallaban en una situación similar, él debe asumir el costo de su propia morosidad. Pero no el Estado. Y tercero, con las recientes jurisprudencias sobre prejudicialidad en laboral (cuando se ha debido demandar a la vez en acción de nulidad simple y de nulidad y restablecimiento del derecho), sobre el reconocimiento de solo dos años en caso de despido injusto y sobre el incidente de impacto fiscal en la Corte Constitucional, entre otras, la tendencia actual apunta a racionalizar por

²² “En situaciones como la presente en las cuales no hay fecha a partir de la cual se pueda predicar la exigibilidad del derecho, no es procedente sancionar al beneficiario con la prescripción o extinción del derecho que reclama; en efecto, en estos asuntos en los cuales se reclaman derechos laborales no obstante mediar un contrato de prestación de servicios, no hay un referente para afirmar la exigibilidad de salarios o prestaciones distintos al valor pactado en el contrato.

Es a partir de la decisión judicial que desestima los elementos de la esencia del contrato de prestación de servicios que se hace exigible la reclamación de derechos laborales tanto salariales como prestacionales, porque conforme a la doctrina esta es de las denominadas sentencias constitutivas, ya que el derecho surge a partir de ella, y por ende la morosidad empieza a contarse a partir de la ejecutoria de esta sentencia”.

²³ *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, en latín.

razones de equidad los reconocimientos económicos que se prolongan en el tiempo. Es una tendencia razonable y fiscalmente viable.

- **De la tesis intermedia: esta tesis se acoge aquí, para lo cual se dispondrá lo pertinente en la parte resolutive. La explícita base legal (criterio formal) y la moderación de la proporción de una solución intermedia (criterio material) hacen que ésta sea la tesis más razonable. Por tanto la prescripción se interrumpe con la solicitud de reliquidación y opera hasta tres años hacia atrás, contados a partir de ese momento.**
- **De la tesis estricta: esta tesis será dejada de lado porque ella fue aplicada por el Consejo de Estado a propósito de un tema diferente: el contrato realidad. Y como este caso es sobre la prima especial de servicios, que es distinto, no se puede extender la tesis jurisprudencial al caso concreto. Por otra parte, es la tesis más desfavorable para los trabajadores.**

(...) Tercero, la demandante tiene derecho a que se le pague la diferencia entre lo efectivamente recibido y lo dejado de percibir, **desde el 14 de julio de 2008, o sea tres años atrás de la fecha en que solicitó el reajuste de sus prestaciones sociales y salariales, debido a la prescripción trienal. Por tanto, no tiene derecho a que se le reliquide desde el día 1° de enero de 1993, como lo indicó el fallo inicial, el cual será en este punto revocado.**”

Sin embargo, el desconocimiento de esta decisión a lo dispuesto en la Sentencia C-634 de 2011 para que una autoridad judicial se aparte del precedente jurisprudencial, fue evidente, lo que generó más confusión que claridad frente al asunto;

“(…). 15. La Corte también refirió al grado de vinculación para las autoridades judiciales del precedente jurisprudencial emitido por las altas cortes. Resulta válido que dichas autoridades, merced de la autonomía que les reconoce la Carta Política, puedan en eventos concretos apartarse del precedente, pero en cualquier caso esa opción argumentativa está sometida a estrictos requisitos, entre otros (i) hacer explícitas las razones por las cuales se aparte de la jurisprudencia en vigor sobre la materia objeto de escrutinio judicial; y (ii) demostrar suficientemente que la interpretación alternativa que se ofrece desarrolla de mejor manera los derechos, principios y valores constitucionales. Esta opción, aceptada por la jurisprudencia de este Tribunal, está sustentada en reconocer que el sistema jurídico colombiano responde a una tradición de derecho legislado, la cual matiza, aunque no elimina, el carácter vinculante del precedente, lo que no sucede con otros modelos propios del derecho consuetudinario, donde el precedente es obligatorio, basado en el principio del stare decisis.

Sin embargo, debe resaltarse que la opción en comento en ningún modo habilita a las autoridades judiciales para, en el ejercicio distorsionado de su autonomía, opten por desconocer el precedente, tanto de carácter vertical como horizontal, ante la identidad de supuestos jurídicos y fácticos relevantes, sin cumplir con los requisitos antes mencionados.(...)”²⁴

Finalmente, fue la mencionada Sentencia de Unificación –SUJ-016-CE-S2-2019- de 2 de septiembre de 2019, Sección 2º-Sala de Conjuces, C.P. Dra. Carmen Anaya de Castellanos, la que cambia la línea jurisprudencial y fija una nueva posición frente a este fenómeno;

²⁴ Sentencia C-634 de 24 de agosto de 2011 (paginas 33-34), M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

“...ahora, en materia de acciones laborales ejercidas por empleados públicos y trabajadores oficiales, los artículos 41 y 102 de los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, establecen²⁵: (i) que el termino de prescripción es de tres (3) años, contados a partir de la exigibilidad del derecho alegado y; (ii) que la prescripción se interrumpe, por un lapso igual, con el simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad encargada de reconocer el derecho.

Lo anterior implica que la prescripción requiere, como elemento sine qua non, que el derecho sea exigible, puesto que a partir de que se causa dicha exigibilidad, inicia el conteo de los 3 años con los que cuenta el empleado o trabajador para acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, término que será interrumpido solo con la presentación de un reclamo escrito del derecho ante la autoridad encargada de reconocerlo.

Y agrega;

En atención a lo anterior, en cada caso en concreto se debe establecer: (i) el momento en que el derecho se tornó exigible y (ii) el momento en que se interrumpió la prescripción, para, a partir de la última fecha (presentación del reclamo escrito), contar 3 años hacia atrás y reconocer como debido por pagar solo 3 años anteriores a la interrupción. (subrayas propias).

Aun así, sobre la prima especial creada por la Ley 4ª de 1992, muchas son las discusiones dadas respecto al momento a partir del cual debe iniciarse el conteo de la prescripción, por no tenerse claridad sobre la exigibilidad del derecho, pues que, en principio, este se causó con la vigencia de la norma que lo creó y, en adelante, con las liquidaciones a cada beneficiario bajo los parámetros fijados en los decretos que anualmente expidió el Gobierno para reglamentarla. No obstante, los correspondientes decretos expedidos entre los años 1993 y 2007 fueron declarados nulos –parcialmente-, mediante la sentencia de 29 de abril de 2014, dictada por la Sección Segunda del Consejo de Estado, C.P. Dra. Maria Carolina Rodríguez Ruiz, porque, a juicio de la Corporación, «interpretaron erróneamente (...) la ley» y consagraron una liquidación en detrimento de los derechos laborales de los servidores públicos beneficiarios de esta.

Lo anterior para concluir lo siguiente;

Es criterio de la Sala que, en el caso de la prima especial de servicios, la constitución del derecho ocurrió en el primero de los eventos previamente señalados, es decir, su exigibilidad se predica desde el momento de la entrada en vigencia de la Ley 4ª de 1992 que la creó y con la expedición del decreto que la reglamentó primigeniamente, esto es, el Decreto 57 de 1993”

Así las cosas, y sin necesidad de acudir a más discernimientos, la Sala de Conjuces acoge la última tesis propuesta por el Consejo de Estado en esta materia,

²⁵ Decreto 3135 de 1968. Artículo 41. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, peso solo un lapso igual.
Decreto 1848 de 1969. Artículo 102.

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

en consecuencia, y aplicada al caso en concreto, se tiene que, la demandante realizó la reclamación de la prima especial de servicios el día **11 de diciembre de 2017** como se puede constatar a folios 35-41 del encuadernado, lo que indica que tiene un periodo de protección de tres (3) años hacia atrás, contados desde esta fecha, es decir que la prescripción opera desde el **10 de diciembre de 14** hacia atrás, lo que quiere decir que sobre el periodo reclamado, que comprende desde el **1 de septiembre de 2015 y hasta la fecha de radicación de los documentos para el cobro de esta sentencia, o de la desvinculación del demandante en el cargo de Juez de la Republica o, desde el día en que la demandada decida corregir su error, lo que ocurriese primero**, no ha operado el fenómeno de la prescripción trienal laboral.

14. COSTAS.

Se dice que las costas se componen de los gastos procesales y de las Agencias en Derecho, entendida la primera como aquellos gastos procesales en que incurrió la parte demandante, para por así decirlo, impulsar el proceso y las segundas, los honorarios por el trabajo realizado por el apoderado de la demandante, sin embargo, para fijar las agencias en derecho, el Consejo Superior de la Judicatura emitió el Acuerdo PSAA16-10554 de 2016.

Ahora bien, no existe prueba en el expediente de los gastos en que pudo incurrir la parte demandante en el envío de los traslados de la demanda, por lo que no se emitirá condena en este sentido.

Al respecto de las agencias en derecho y conforme el n° 1 del artículo 5° del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016;

“...ARTÍCULO 5°.Tarifas. Las tarifas de agencias en derecho son:

1. PROCESOS DECLARATIVOS EN GENERAL.

(...).

En primera instancia.

a. Por la cuantía. Cuando en la demanda se formulen pretensiones de contenido pecuniario:

(i) De menor cuantía, entre el 4% y el 10% de lo pedido.

(...).”

Ahora bien, el artículo 25 del C.G.P., frente a las cuantías dice:

“Artículo 25. Cuantía. Cuando la competencia se determine por la cuantía, los procesos son de mayor, de menor y de mínima cuantía.

Son de mínima cuantía cuando versen sobre pretensiones patrimoniales que no excedan el equivalente a cuarenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (40 smlmv).

Son de menor cuantía cuando versen sobre pretensiones patrimoniales que excedan el equivalente a cuarenta salarios mínimos legales mensuales vigentes

(40 smlmv) sin exceder el equivalente a ciento cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (150 smlmv).

Son de mayor cuantía cuando versen sobre pretensiones patrimoniales que excedan el equivalente a ciento cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (150 smlmv).

(...).

Respecto a este tema la misma sentencia de unificación se pronunció;

“...Finalmente, respecto de las costas procesales ordenadas por el a quo la Sala procederá a su revocatoria, de conformidad con lo señalado por el Consejo de Estado²⁶, en cuanto a que si bien la Ley 1437 de 2011 no señala expresamente la previsión que contenía el artículo 171 del decreto 01 de 1984, referido a la potestad de imponer condena en costas «teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes», la Ley 1437 de 2011 no impone la condena de manera automática frente a aquel que resulte vencido en el litigio. Su carga debe entenderse como el resultado de observar conductas temerarias, de mala fe y de la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas, que deberán ser ponderadas por el juez.”

De acuerdo con lo anterior al no avizorarse mala fe o maniobras dilatorias por la parte vencida, la Sala de Conjuces considera que no hay lugar a emitir condena en costas-agencias en derecho.

15. EXCEPCIONES

Las excepciones propuestas por la demandada son; **i). Ausencia de causa petendi, ii). Integración de la Litis consorcio necesario y, iii) Prescripción trienal;** las cuales se resolverán en el siguiente orden;

De la excepciones propuestas por la parte demandada, la Sentencia de Unificación -SUJ-016-CE-S2-2019 de 2 de septiembre de 2019 del Consejo de Estado; dejó en claro que la prima especial de servicios es una prestación social a la que solo tienen derecho los Jueces de la Republica, al igual evidenció el yerro cometido por las demandadas, en el entendido que del 100% del su sueldo básico, extrajeron el 30% y lo hicieron pasar como prima especial de servicios, y el restante 70% lo pagaron como sueldo básico, por tanto, a los demandantes les asiste un derecho para reclamar, en todo el sentido de la palabra. De igual manera, frente a la excepción de *Integración de la Litis Consorcio Necesaria*, al ser la demandada Nación-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial-Rama Judicial la emisora de los actos administrativos aquí atacados, sumado al hecho que por conducto de la Ley

²⁶ Consejo de Estado, providencia del 20 de agosto de 2015, medio de control n° 47001233300020120001301 (1755-2013), C.P. Sandra Lisseth Ibarra Vélez « (...) La norma contenida en el artículo 188 no impone al funcionario judicial la obligación de conceder las costas, solo le da la posibilidad de “disponer”, es, de pronunciarse sobre su procedencia.

La mencionada sentencia preciso que si bien es cierto la Ley 1437 de 2011, no aparece la previsión que contenía el artículo 171 del decreto 01 de 1984, referido a la potestad de imponer condena en o costas, “teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes”, también lo es la norma establecida en la Ley 1437 de 2011, no impone la condena de manera automática frente a aquel que resulte vencido en el litigio, pues debe entenderse que ella es el resultado de observar una serie de factores tales como la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez ponderará tales circunstancia y se pronuncia sobre la procedencia de imposición con una decisión sustentada...».

270 de 1996, la Rama Judicial, goza de autonomía administrativa y financiera, mal haríamos en responsabilizar de los resultados de esta demanda, al Gobierno Nacional, cuando no ha tenido participación en la vulneración de los derechos del demandante.

Finalmente; y frente a la excepción de *prescripción extintiva del derecho o prescripción trienal laboral*, muy a pesar de que a la luz de la mencionada sentencia de unificación, desde la entrada en vigencia de la Ley 4 de 1992, creadora de la prima reclamada, los funcionarios siempre han tenido la oportunidad latente de reclamar, por tanto, la prescripción se cuenta desde el momento de la reclamación, hacia atrás, con un cubrimiento de 3 años, sobre el periodo reclamado por el actor, no operó este fenómeno, por lo que sería una contradicción declararla probada pero negar su configuración.

16. CASO CONCRETO

Fuerza declarar que la prima especial de servicios ***no es factor salarial*** conforme lo dispuso la Sentencia de Unificación –SUJ-016-CE-S2-2019- de 2 de septiembre de 2019, Sección 2º-Sala de Conjueces, C.P. Dra. Carmen Anaya de Castellanos, y declarar también, que sobre el periodo reclamado por el demandante, ***no operó el fenómeno de la prescripción trienal laboral***, por tanto, deberá hacerse las reliquidaciones y pagos que aquí se ordenen ***1 de septiembre de 2015 y hasta la fecha de radicación de los documentos para el cobro de esta sentencia, o de la desvinculación del demandante en el cargo de Juez de la Republica o, desde el día en que la demandada decida corregir su error, lo que ocurriese primero.***

Así las cosas, obra prueba dentro del expediente que el demandante **WALTER MALDONADO OSPINA** labora al servicio de la Rama Judicial, en el cargo de Juez de la Republica, desde el ***1 de septiembre de 2015 y aún el día de presentación de esta demanda***, seguía ocupando dicho cargo, de ahí que, tenga derecho al reconocimiento y pago, de la prima especial de servicios, ***1 de septiembre de 2015 y hasta la fecha de radicación de los documentos para el cobro de esta sentencia, o de la desvinculación del demandante en el cargo de Juez de la Republica o, desde el día en que la demandada decida corregir su error, lo que ocurriese primero.***

Por otro lado, del análisis realizado por la Sala de Conjueces, queda claro que durante el periodo en que la demandante viene ocupando el cargo de Juez de la Republica, no solo, no le fue reconocida, ni pagada la prima reclamada, sino además, hubo una disminución del salario básico, en tanto fue demostrado que la demandada, no solo, no pagó la prestación social que aquí se reclama, sino, que además, extrajo el porcentaje legal equivalente a la prima especial de servicios (30%) del sueldo básico, dejándolo solo en el 70% y respecto de este valor, liquidó las prestaciones sociales, pues consideró que su sueldo básico, era el 100% menos la prima que no es factor salarial, pero no tuvo en cuenta, que no se le estaba pagando la prima, sino restándosela de su propio sueldo, por lo que debe ordenarse, la reliquidación de las

prestaciones sociales, con el 100% del sueldo básico de la demandante, **1 de septiembre de 2015 y hasta la fecha de radicación de los documentos para el cobro de esta sentencia, o de la desvinculación del demandante en el cargo de Juez de la Republica o, desde el día en que la demandada decida corregir su error, lo que ocurriese primero, SIN TOMAR LA PRIMA COMO FACTOR SALARIAL**, y pagar la diferencia adeudada.

Sumas dinerarias que serán liquidadas en favor del señor **WALTER MALDONADO OSPINA**, siendo ajustados sus los valores en los términos del artículo 178 del CPACA, utilizando la siguiente fórmula:

$$R: Rh \times \frac{\text{índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Según la cual el valor presente se determina multiplicando el valor histórico (Rh), Qué es el que corresponde a la prestación social por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria esta sentencia por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió efectuarse el pago). Los intereses serán reconocidos en la forma señalada en el numeral 4° del artículo 195 del CPACA.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, para cada reliquidación prestacional.

17. OTROS ASUNTOS

El 25 de enero de 2021, entro en vigencia la Ley 2080 de 2021, que reformó en muchos aspectos la Ley 1437 de 2011, norma reina en el procedimiento administrativo y el artículo 192 no fue la excepción. Esta ley a través del artículo 87 derogó el inciso 3° del artículo 192 del CPACA, y en su reemplazo, nos remitimos al n° 2 del artículo 247 del CPACA, modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021, el cual reza:

“Art. 247. Modificado por el art. 67 de la Ley 2080 de 2021. El recurso de apelación contra las sentencias proferidas en primera instancia se tramitará de acuerdo a las siguientes reglas:

1)., 2). Cuando el fallo de primera instancia sea de carácter condenatorio, total o parcialmente, y contra este se interponga el recurso de apelación, el juez o magistrado ponente, citará a audiencia de conciliación que deberá celebrarse antes de resolverse sobre la concesión del recurso, siempre y cuando las partes de común acuerdo soliciten su realización y propongan formula conciliatoria. 3)., 4)., 5)., 6)., y 7).” (subrayas del Despacho).

En este sentido, la **SALA** advierte a las partes, que, de existir recurso de apelación en contra de esta providencia, en especial por la parte demandada, cumplido el término de ejecutoria de la sentencia, procederá automáticamente al estudio sobre si concede el o los recursos de apelación y, solo citará a audiencia de conciliación si media solicitud de las partes.

De existir animo conciliatorio, la solicitud de realización de la audiencia de conciliación, favor remitirla al correo institucional de Conjueces, dtibaqua@cendoj.ramajudicial.gov.co.

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

13. FALLA

PRIMERO: ACOGER íntegramente la Sentencia de Unificación –SUJ-016-CE-S2-2019- de 2 de septiembre de 2019, Sección 2ª-Sala de Conjueces, C.P. Dra. Carmen Anaya de Castellanos, y en consecuencia;

SEGUNDO: Declárese **NO PROBADAS** las excepciones *ausencia de causa petendi, integración de la Litis consorcio necesaria* y *prescripción* propuestas por la accionada y conforme las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

TERCERO: ACCEDER PARCIALMENTE a las pretensiones de la demanda.

CUARTO: DECLARAR la nulidad de los actos los siguientes actos administrativos; (i). *resolución DESAJMAR17-1430 de 13 de diciembre de 2017*, (ii). *resolución DESAJMAR18-50 de 9 de enero de 2018* y, (iii). *acto administrativo ficto presunto negativo*.

QUINTO: ORDENAR a la NACION-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL-RAMA JUDICIAL pagar al Dr. WALTER MALDONADO OSPINA la prima especial de servicios, causada *desde el 1 de septiembre de 2015 y hasta la fecha de radicación de los documentos para el cobro de esta sentencia, o de la desvinculación del demandante en el cargo de Juez de la Republica o, desde el día en que la demandada decida corregir su error, lo que ocurriese primero*, equivalente al 30% de su salario básico, sin que le sea descontado del 100% de este.

SEXTO: DECLARAR que la prima especial de servicios regulada por el artículo 14 de la Ley 4 de 1992 **NO ES FACTOR SALARIAL** y, en consecuencia, negar las pretensiones relacionadas con su reconocimiento y la reliquidación de las prestaciones sociales de la demandante, teniendo en cuenta este tópico.

SEPTIMO: ORDENAR a la NACION-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL-RAMA JUDICIAL pagar al Dr. WALTER MALDONADO OSPINA los valores que resulten de la reliquidación de sus prestaciones sociales, tomando como base el 100% de su salario básico y no el 70%

como se viene haciendo, **desde el 1 de septiembre de 2015 y hasta la fecha de radicación de los documentos para el cobro de esta sentencia, o de la desvinculación del demandante en el cargo de Juez de la Republica o, desde el día en que la demandada decida corregir su error, lo que ocurriese primero.**

OCTAVO: DECLARAR que sobre el periodo reclamado por el demandante **NO OPERÓ** el fenómeno de la prescripción trienal laboral, por las razones anunciadas en la parte motiva de esta providencia.

NOVENO: NEGAR la condena en costas y agencias en derecho.

DECIMO: NEGAR las pretensiones que no se, nombraron.

DECIMO PRIMERO: Contra esta decisión procede el recurso de apelación conforme el artículo 243 del CPACA y deberá ser enviado al correo institucional de Conjueces **dtibaqua@cendoj.ramajudicial.gov.co.**

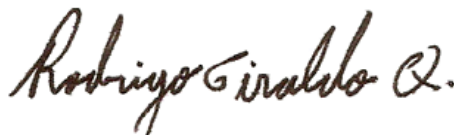
DECIMO SEGUNDO: Sin necesidad de auto que lo ordene, ejecutoriada esta sentencia y a petición de parte interesada, emitir **COPIAS AUTÉNTICAS.** Por **SECRETARIA** hacer las anotaciones en la base de datos **SIGLO XXI.**

DECIMO TERCERO: Evacuadas todas las etapas procesales y una vez este ejecutoriada la última providencia emitida, **ARCHIVESE** las diligencias.

NOTIFÍQUESE y CUMPLASE

Discutida y aprobada en **SALA VIRTUAL** del 18 de marzo de 2021.

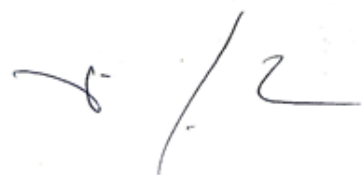
Los Conjueces;



RODRIGO GIRALDO QUINTERO
Ponente



BEATRIZ ELENA HENAO GIALDO
Revisora



TULIA HELENA HERNANDEZ BURBANO
Revisora



17001-23-33-000-2014-00198-00

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª UNITARIA DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, dieciocho (18) de MARZO de dos mil veintiuno (2021)

A.I. 081

Atendiendo a lo dispuesto en los artículos 20 y 38 párrafo 2º de la Ley 2080 de 2021, corresponde a esta Sala Unitaria pronunciarse sobre las excepciones formuladas por la entidad demandada, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por la señora **MARÍA ROSARIO MONTTOYA MORALES** contra la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP-**.

CONSIDERACIONES

DE LA

SALA UNITARIA

El artículo 180 numeral 6 de la Ley 1437 de 2011, establecía originalmente que, en la audiencia inicial, el juez o Magistrado Ponente, de oficio o a petición de parte, resolverá sobre las excepciones previas, “(...) y *las de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva*”.

No obstante, a raíz de la emergencia sanitaria decretada por el Gobierno Nacional, fue expedido el Decreto 806 de 2020, que introdujo sustanciales cambios en el trámite de las excepciones en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, habiendo dispuesto en su artículo 12, que las mismas serían tramitadas y resueltas conforme a lo previsto en los artículos 100, 101, 102 y 110 del Código General del Proceso.

Luego, el 25 de enero de 2021 fue expedida la Ley 2080, “Por medio de la cual se reforma el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - Ley 1437 de 2011 (...)”, que con su artículo 38 modificó el párrafo 2º del artículo 175 del C/CA, quedando este del siguiente tenor:

“Párrafo 2º. De las excepciones presentadas se correrá traslado en la forma prevista en el artículo 201A por el término de tres (3) días. En este término, la parte demandante podrá pronunciarse sobre las excepciones previas y, si fuere el caso, subsanar los defectos anotados en ellas. En relación con las demás excepciones podrá también solicitar pruebas.

Las excepciones previas se formularán y decidirán según lo regulado en los artículos 100, 101 y 102 del Código General del Proceso. Cuando se requiera la práctica de pruebas a que se refiere el inciso segundo del artículo 101 del citado código, el juez o magistrado ponente las decretará en el auto que cita a audiencia inicial, y en el curso de estas las practicará. Allí mismo, resolverá las excepciones previas que requirieron pruebas y que están pendientes de decisión.

Antes de la audiencia inicial, en la misma oportunidad para decidir las excepciones previas, se declarará la terminación del proceso cuando se advierta el incumplimiento de requisitos de procedibilidad.

Las excepciones de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta manifiesta de legitimación en la causa y prescripción extintiva, se declararán fundadas mediante sentencia anticipada, en los términos

previstos en el numeral tercero del artículo
182A.”

Justamente, el canon 101 numeral 2 del CGP dispone en lo pertinente que, *“El juez decidirá sobre las excepciones previas que no requieran la práctica de pruebas, antes de la audiencia inicial (...)”* /Resalta el Tribunal/, por lo que de acuerdo con las reglas procesales que rigen este juicio subjetivo de anulación, las excepciones previas deben resolverse en este estado del proceso.

Por otra parte, el canon 42 numeral 1 literales c) y d) de la aludida Ley 2080/21, que adicionó con el artículo 182A el Código de lo Contencioso Administrativo, establece, que se podrá dictar sentencia anticipada, entre otras situaciones, *“Cuando solo se solicite tener como pruebas las documentales aportadas con la demanda y la contestación, y sobre ellas no se hubiese formulado tacha o desconocimiento”, y “Cuando las pruebas solicitadas por las partes sean impertinentes, inconducentes o inútiles”,* para lo cual manda seguidamente que, *“El juez o magistrado ponente, mediante auto, se pronunciará sobre las pruebas cuando a ello haya lugar, dando aplicación a lo dispuesto en el artículo 173 del Código General del proceso y fijará el litigio u objeto de controversia”*.

Así las cosas, el despacho procederá de conformidad con lo dispuesto en los textos parcialmente trasuntados.

LAS EXCEPCIONES

Con escrito obrante de folio 81 a 83 del cuaderno principal, la **UGPP**, formuló como medios exceptivos los que denominó: i) **‘INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO’**, en atención a que la liquidación de la pensión gracia se efectuó en estricta atención del fallo judicial que así lo ordenó; ii) **‘PRESCRIPCIÓN’**, de conformidad con lo previsto en los Decretos

1848 de 1996 y 3136 de 1968, y los artículos 488 del CST y 151 del CPT; y iii) **‘LA GANÉRICA’**.

De los medios de oposición planteados correspondería al Tribunal en esta etapa resolver la excepción de **‘PRESCRIPCIÓN’**; no obstante, observa el Despacho que el mismo se enmarca en el estudio de mérito del asunto y en la procedencia del derecho, razón por la cual se diferirá su estudio al momento de proferir el fallo que cierre la instancia, así como las demás excepciones de mérito formuladas. Por último, en cuanto a la **GENÉRICA**, no se detecta por el despacho ningún hecho constitutivo de excepción que deba ser declarado en esta fase del trámite adjetivo.

FIJACIÓN DEL LITIGIO

De acuerdo con el pronunciamiento de la entidad demandada en su escrito de contestación, la Sala Unitaria estima que existe acuerdo en los siguientes puntos:

Hechos relevantes que acepta la entidad demandada y sobre los que no hay controversia:

- **Hecho 3:** En cumplimiento de un fallo judicial proferido por el Tribunal Administrativo de Caldas, se ordenó la reliquidación de la pensión gracia de la demandante, teniendo en cuenta los factores salariales devengados en el año de adquisición del status pensional, por lo que la entidad demandada, mediante Resolución N° UGM 016283 de noviembre 3 de 2011, reliquidó la pensión de la accionante en cuantía de \$350.984, efectiva a partir del 5 de mayo de 1996, con efectos fiscales a partir del 23 de julio de 1998, por prescripción trienal.
- **Hecho 5:** La parte demandante presentó derecho de petición ante la UGPP solicitando el reajuste de la pensión gracia, por disminución de la mesada pensional reconocida en la reliquidación por retiro definitivo del servicio desde el año 2002.

Hechos sobre los cuales no hay acuerdo:

- El desacuerdo versa sobre si le asiste derecho a la parte demandante a la actualización de la mesada pensional que devengaba desde el 1º de octubre de 2002, y que le fue rebajada a partir del mes de enero de 2012, así como la reliquidación de dicha prestación con la inclusión de los factores salariales devengados a la fecha de retiro definitivo del servicio.

En ese orden, el Tribunal **FIJARÁ EL LITIGIO** a partir de los siguientes interrogantes:

- *¿Tiene derecho la señora María Rosario Montoya Morales, a que la UGPP actualice la mesada pensional que devenga desde 1º octubre de 2002, que le fue rebajada en enero de 2012, así como a la reliquidación de la misma teniendo en cuenta los factores salariales devengados a la fecha del retiro definitivo del servicio?*

En caso afirmativo

- *¿Hay lugar a decretar la prescripción de las prestaciones periódicas reclamadas?*

En dichos términos este Despacho se permite fijar el litigio, sin que ello obste para que se diluciden eventualmente otros problemas jurídicos que la Sala de Decisión llegare a plantearse al momento de dirimir la presente controversia.

DECRETO DE PRUEBAS

Se tendrá como **PRUEBA COMÚN** el expediente administrativo que obra en medio magnético a folio 2 del cuaderno 2.

Como pruebas de la **PARTE DEMANDANTE**, se tendrán como tales las documentales aportadas con la demanda, las cuales se hallan de folio 14 a 30 del cuaderno principal.

LA PARTE DEMANDADA no aportó pruebas documentales en el escrito de contestación de la demanda.

Es por o ello que, la SALA 4ª UNITARIA DE DECISIÓN ORAL,

RESUELVE

DIFERIR para el momento de dictar el fallo, la decisión sobre las excepciones de ‘INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO’ y ‘PRESCRIPCIÓN’, formuladas por la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP-**.

FÍJASE el litigio en los siguientes términos:

- *¿Tiene derecho la señora María Rosario Montoya Morales a que la UGPP actualice la mesada pensional que devenga desde 1º octubre de 2002, que le fue rebajada en enero de 2012, así como a la reliquidación de la misma tendiendo en cuenta los factores salariales devengados a la fecha del retiro definitivo del servicio?*

En caso afirmativo

- *¿Hay lugar a decretar la prescripción de las prestaciones periódicas reclamadas?*

Lo anterior, sin perjuicio de que, al momento de presentar el correspondiente proyecto de fallo, los demás magistrados que integran la Sala de Decisión estimen conveniente agregar otros puntos de interés al análisis.

TÉNGANSE como **PRUEBA COMÚN** el expediente administrativo que obra en medio magnético a folio 2 del cuaderno 2.

TÉNGANSE como prueba los documentos aportados por la parte demandante las cuales se hallan de folio 14 a 30 del cuaderno principal.

EJECUTORIADO este proveído, **INGRESE** el expediente inmediatamente a Despacho para proseguir con lo de ley.

NOTIFÍQUESE

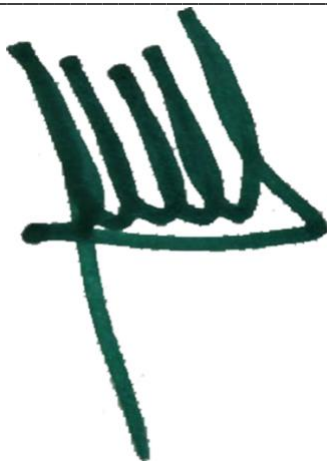


AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado Ponente

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 050 de fecha 23 de Marzo de 2021.
Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.

Manizales,



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S. 066

Asunto: Sentencia de segunda instancia
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 17001-33-33-756-2015-00263-02
Demandante: María Graciela Cardona Sánchez
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n° 012 del 19 de marzo de 2021

Manizales, diecinueve (19) de marzo 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 diez (10) de mayo de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Quinto 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 María Graciela Cardona Sánchez contra la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES².

DEMANDA

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 8 de septiembre de 2015, se solicitó lo siguiente (fls. 7 a 9, C.1):

Pretensiones

1. Que se declare la nulidad de la Resolución n° GNR 14190 de enero 16 de 2.014 proferida por Colpensiones, por medio de la cual le fue

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, COLPENSIONES.

reconocida pensión de vejez a la señora María Graciela Cardona Sánchez en cuantía mensual de \$589.500 a partir de julio 10 de 2013.

2. Que se declare la nulidad de la Resolución n° VPB14747 de septiembre 3 de 2014, proferida por el Vicepresidente de Beneficios y Prestaciones de la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES por la cual se resuelve un recurso de apelación y se confirma la Resolución n° GNR 14190 de enero 16 de 2014.
3. Que como consecuencia de lo anterior, se declare que la parte actora tiene derecho a que se reliquide la pensión de jubilación a partir del día 10 de julio de 2013, con base en el promedio de salarios y demás prestaciones económicas devengadas durante el último año de servicios como empleada pública del Hospital de Caldas, el cual se encuentra comprendido entre el 17 de noviembre de 2003 y el 17 de noviembre de 2004, tales como:: asignación básica mensual, incentivo, recargo nocturno, dominicales, prima de servicios, prima de navidad, vacaciones, prima de vacaciones, prima de alimentación, entre otros.
4. Que se ordene a la entidad demandada actualizar con el Índice de Precio al Consumidor que rigió durante cada uno de los años 2004, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011, 2012 y 2013 la base de liquidación para obtener el valor de la primera mesada pensional, aplicando a la base de liquidación actualizada de esta manera el 75% establecido en la Ley 33 de 1985, a fin de conservar el valor del salario que devengaba la señora María Graciela Cardona Sánchez cuando se desvinculó del Hospital de Caldas.
5. Que la entidad demandada de cumplimiento a la sentencia conforme lo establece el artículo 176 del CPACA y en caso de incumplimiento reconozca intereses moratorios en los términos del artículo 177 ibidem.
6. Que se ordene indexar los valores adeudados desde el 10 de julio de 2013 fecha en la que se causó la pensión.

Hechos

Como fundamento fáctico de la demanda, la parte actora expuso lo siguiente (fls. 9 a 26, C.1):

1. La señora María Graciela Cardona Sánchez solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación establecida en la Ley 33 de 1985.

2. Mediante Resolución número GNR 14190 de enero 16 de 2014 Colpensiones reconoció pensión de vejez a la parte actora en cuantía mensual de \$589.500, a partir de junio 10 de 2013.
3. La parte actora interpuso recurso de apelación contra dicha decisión y en la Resolución n° VPB 14747 de septiembre 3 de 2014, Colpensiones resolvió el recurso de apelación confirmando en todas sus partes la GNR 14190 de enero 16 de 2014.
4. Para efectos de obtener la base de liquidación de la pensión, Colpensiones procedió a tomar el promedio de los salarios devengados por María Graciela Cardona Sánchez durante los últimos diez años cotizados y actualizados con el índice de precios al consumidor, certificado por el DANE.
5. La Señora María Graciela Cardona Sánchez, prestó sus servicios al Hospital de Caldas, entidad de derecho público, desde el 14 de febrero de 1981 hasta el 30 de noviembre de 2004, para un total de 8566 días, equivalentes a 23 años, 9 meses y 16 días.
6. La parte actora tenía 35 años de edad al 1 de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones, por lo que es beneficiaria del régimen de transición y le es aplicable el régimen de la ley 33 de 1985 anterior al cual se encontraba afiliada.
7. Colpensiones liquidó la pensión de la parte actora de acuerdo con las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003 sin tener en cuenta los salarios devengados por la parte actora en el último año de servicios.
8. La entidad demandada debió reconocer la pensión de jubilación a partir del día 10 de julio de 2013, con base en el promedio de salarios y demás prestaciones económicas devengados por la parte actora durante el último año de servicios como empleada pública del Hospital de Caldas, el cual se encuentra comprendido entre el 17 de noviembre de 2003 y el 17 de noviembre de 2004, tales como:: asignación básica mensual, incentivo, recargo nocturno, dominicales, prima de servicios, prima de navidad, vacaciones, prima de vacaciones, prima de alimentación, entre otros.
9. La base de liquidación de la primera mesada pensional de la parte actora debe ser actualizada con base en el IPC toda vez que la fecha de

desvinculación en el año 2004 no coincide con la fecha de adquisición del derecho en el año 2013 cuando cumplió 55 años de edad.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte demandante invocó como vulneradas las siguientes disposiciones: Constitución Política: artículo 53; Ley 33 de 1985; Ley 100 de 1993: artículos 36 y 18 parágrafo 1; Decreto 1848 de 1969: artículo 73.

Indicó que la entidad demandada violó las normas referidas al no liquidar la pensión de la señora María Graciela Cardona Sánchez, tomando el 75% de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, aduciendo que no debió liquidarse la pensión de jubilación promediando los salarios devengados por la demandante durante los últimos 10 años, ya que con dicho proceder se le causó un grave perjuicio económico, desconociendo el régimen pensional que le era aplicable.

Agregó que el ingreso base de liquidación determinado por los factores salariales del último año de prestación de servicios es superior al tenido en cuenta para el cálculo de la primera mesada pensional.

Contestación de la demanda

Actuando debidamente representada y dentro del tiempo oportuno otorgado para tal efecto, COLPENSIONES contestó la demanda a través de escrito que obra de folios 87 a 96 del cuaderno principal, para oponerse a la prosperidad de las pretensiones de la misma, con fundamento en las excepciones que denominó: ***“RECLAMACIÓN INCOMPLETA”*** expresando que mediante resolución VPB 14747 de 2014 se requirió a la demandante para que allegara certificación expedida por el Hospital de Caldas en la que se indicara si había laborado como empleada pública o como trabajadora oficial para efectos de estudiar nuevamente la solicitud de reliquidación, sin embargo la demandante hizo caso omiso a dicho requerimiento para que se pudiera resolver adecuadamente su petición, impidiendo de conformidad con el Art. 17 del CPACA que pudiera accederse a lo solicitado; ***“AUSENCIA DEL DERECHO RECLAMADO-APLICACIÓN NORMATIVA Y RELIQUIDACIÓN PENSIONAL”*** consistente en que, de accederse a la reliquidación pensional que se pretende, al dar aplicación a una normatividad anterior a la vigente en virtud de lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sobre ella únicamente se puede aplicar lo atinente a edad, semanas y monto, mas no la forma para calcular el IBL con el cual se liquidará la prestación; agregando que los factores salariales que indica la demandante que deben ser tomados en cuenta para efectos de reliquidar la

pensión, no hicieron parte de la base sobre la cual se cotizó al sistema de seguridad social, motivo por el cual no deben ser tenidos en cuenta al momento de liquidar prestación pensional, pues esto iría en detrimento de la sostenibilidad financiera de la entidad, además de atentar contra el principio de solidaridad, puesto que se estaría pagando un dinero que no entró en las arcas de la entidad; ***“PRESCRIPCIÓN DEL REAJUSTE A LA MESADA PENSIONAL”***, la sustenta en que solo se puede exigir la indexación de una pensión siempre que no haya operado el fenómeno de la prescripción, por lo cual debe tenerse en cuenta que se habla de mesadas pagadas desde el año 2010; ***“IMPROCEDENCIA DE LOS INTERESES MORATORIOS POR NO DAR CUMPLIMIENTO AL FALLO CONFORME LO DISPUESTO EN EL ART. 192 DEL CPACA”*** explicando que para la causación de los intereses moratorios la Ley dispone que el interesado debe presentar reclamación de la misma ante la entidad ya que los intereses no nacen únicamente de la sentencia condenatoria; ***“PRESCRIPCIÓN”***, atendiendo lo previsto por los artículos 151 del Código de Procedimiento Laboral, ***“BUENA FE”***, por cuanto al negar las pretensiones de la reclamación, la entidad obró con el convencimiento pleno de que aquellas no eran legalmente procedentes;” y, ***“DECLARABLES DE OFICIO”*** en el evento que se hallen probados hechos a favor de la entidad demandada que constituyan una excepción a las pretensiones de la demanda.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El 10 de mayo de 2018 el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia en primera instancia (fls. 123 a 137, C.1), a través de la cual: **i)** declaró fundada la excepción denominada por Colpensiones como *“Ausencia del derecho reclamado -aplicación normativa y reliquidación pensional”*; **ii)** declaró la nulidad parcial de las Resoluciones nº GNR 14190 del 16 de enero de 2014 y nº VPN 14747 del 3 de septiembre de 2014; **iii)** en consecuencia y a título de restablecimiento del derecho, ordenó a Colpensiones *“actualizar la base de liquidación de la pensión de jubilación de la señora María Graciela Cardona Sánchez del año 2004 al 2013 y una vez determinada la mesada pensional actualizada de 2004, hacer el reconocimiento del caso, teniendo en cuenta la prescripción trienal, valores éstos que deberán indexarse atendiendo la fórmula citada en la parte motiva de esta providencia”*; y **iv)** negó las demás pretensiones de la demanda. Lo anterior, con fundamento en lo siguiente.

Se refirió inicialmente al contenido y alcance del régimen de transición citando lo dispuesto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 y en las sentencias SU 230 y SU 395 de 2017 de la Corte Constitucional, para concluir que el IBL no forma parte de los beneficios del régimen de transición.

Seguidamente estudió el traslado entre regímenes pensionales y citó lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia SU 130 de 2013, expresando que cuando una persona se traslada entre regímenes no pierde el beneficio de la transición siempre y cuando acredite 15 años de prestación de servicios a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1 de abril de 1994 o 30 de junio de 1995).

Finalmente, analizó la indexación de la primera mesada pensional y expresó que el ajuste de valor obedece a un hecho notorio como es la permanente devaluación de la moneda, lo que disminuye el poder adquisitivo del ingreso.

Concluyó que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición y por tanto debe aplicársele en su totalidad la ley 100 de 1993 para efectos del cálculo de su mesada pensional.

No obstante, lo anterior, consideró que procede la indexación de la primera mesada pensional con base en el salario devengado para la fecha en que adquirió el statu pensional, 10 de julio de 2013.

Ordenó a título de restablecimiento del derecho actualizar la suma de \$589.500 -monto de la pensión de jubilación con base en la fecha de retiro de la demandante (30 de noviembre de 2004) a la fecha en que adquirió el status pensional (10 de julio de 2013).

RECURSO DE APELACIÓN

Mediante memorial obrante folios 150 a 154 del cuaderno principal, la parte accionante interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, expresando que no se debió tener en cuenta como base para liquidar la pensión de la parte actora la suma de \$589.500 toda vez que dicha suma corresponde al salario mínimo legal mensual vigente que regía para el año 2013 fecha de adquisición del status pensional.

Expresó que si la mesada pensional no podía obtenerse con el promedio de salarios y factores salariales devengados durante el último año de servicios como lo señala el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, se debió ordenar a Colpensiones obtener el valor del ingreso base de liquidación en la forma prevista en el artículo 1 del Decreto 1158 de 1994 por ser superior a lo ordenado por el juez de primera instancia.

Expresó que la base de liquidación obtenida con el promedio de salarios descritos en el Decreto 1158 de 1994, durante los últimos diez años de servicio al Hospital de Caldas, entre el 30 de noviembre de 1994 y el 30 de noviembre de 2004 es la que se debe actualizar del año 2004 al año 2013 para obtener el valor de la primera mesada pensional.

Finalizó indicando que tampoco operó el fenómeno de la prescripción trienal por cuanto la demanda se radicó dentro de los tres años siguientes al agotamiento de la denominada vía gubernativa.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante

Guardó silencio.

Parte demandada (fls. 10 a 19, C.2)

Reiteró los planteamientos hechos en la contestación de la demanda.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no emitió concepto en el asunto de la referencia.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Reparto. Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 12 de septiembre de 2018, y allegado el 2 de noviembre de 2018 al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (fl. 3, C.2).

Admisión y alegatos. Por auto del 11 de febrero de 2019 se admitió el recurso de apelación (fl. 4, C.2); posteriormente se corrió traslado para alegatos (fl. 7, ibídem), derecho del cual sólo hizo uso la parte demandada (fls. 10 a 19, C.2). El Ministerio Público no intervino en esta oportunidad.

Paso a Despacho para sentencia. El 30 de mayo de 2019 el proceso ingresó a Despacho para sentencia (fl. 21, C.2), la que procede a dictarse a continuación, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA.

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 Quinto 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 lo siguiente:

¿Para realizar la indexación de la primera mesada pensional de la parte actora, la entidad demandada debe tener en cuenta el ingreso base de liquidación establecido en el acto de reconocimiento pensional como lo ordenó el juez a quo; o debe aplicar el artículo 1 del Decreto 1158 de 1994 teniendo en cuenta el promedio de salarios percibidos durante los últimos diez años de servicio?

¿Se presentó el fenómeno de la prescripción trienal en el presente asunto?

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** hechos probados; **ii)** régimen pensional aplicable a la parte actora; **iii)** indexación de la primera mesada pensional; **iv)** Liquidación del monto de la pensión en el caso concreto; y **v)** prescripción.

1.- Hechos debidamente acreditados

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

1. La señora María Graciela Cardona Sánchez nació el 10 de julio de 1958 (fl. 41, C.1).
2. De conformidad con certificación del 27 de febrero de 2014 (fls. 72, C.1), se encuentra acreditado que la accionante prestó sus servicios en el Hospital de Caldas desde el 14 de febrero de 1981 hasta el 17 de noviembre de 2004, para un total de 23 años, 9 meses y 3 días.
3. Por Resolución n° GNR 14190 de enero 16 de 2014 (fls. 41 a 48 C.1 Colpensiones reconoció pensión de vejez a favor de la accionante en cuantía mensual de \$589.500 a partir de julio 10 de 2013.
4. Por Resolución n° VPB14747 de septiembre 3 de 2014, proferida por el Vicepresidente de Beneficios y Prestaciones de Colpensiones, se resolvió un recurso de apelación y se confirmó la Resolución n° GNR 14190 de enero 16 de 2.014.

5. En certificado del 27 de febrero de 2014 el asesor jurídico del Hospital de Caldas relacionó los salarios y prestaciones que devengó la parte actora entre el 1 de noviembre de 2003 hasta el 17 de noviembre de 2004 (fl.73, C.1).

2.- Régimen pensional aplicable

La Ley 100 de 1993³ en su artículo 11, modificado por el artículo 1º de la Ley 797 de 2003, determinó su campo de aplicación, conservando en todo caso los derechos adquiridos conforme a disposiciones anteriores.

De acuerdo con el artículo 2 del Decreto 691 de 1994, el Sistema General de Pensiones previsto por la Ley 100 de 1993 entró a regir el 1º de abril de 1994 para los servidores públicos del orden nacional incorporados mediante el artículo 1º de dicho Decreto. Respecto de los servidores públicos departamentales, municipales y distritales, y de sus entidades descentralizadas, se estableció como entrada en vigencia, “(...) *a más tardar el 30 de junio de 1995, en la fecha en que así lo determine el respectivo Gobernador o Alcalde.*”

Ahora bien, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 consagró el régimen de transición como una especial protección de quienes se encontraran próximos a obtener la pensión de jubilación, atendiendo lo expresado por el Consejo de Estado⁴ y por la Corte Constitucional⁵, en cuanto a que los tránsitos legislativos debían ser razonables y proporcionales⁶.

El artículo 48 de la Carta Política, adicionado por el Acto Legislativo nº 01 de 2005, en relación con el régimen de transición, dispuso en el parágrafo transitorio 4, lo siguiente:

PARÁGRAFO TRANSITORIO 4o. *El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá*

³ Por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones.

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejera Ponente: Dra. Ana Margarita Olaya Forero. Sentencia del 13 de marzo de 2003. Radicación: 17001-23-31-000-1999-0627-01(4526-01).

⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-789 de 2002. Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.

⁶ En efecto, la citada norma dispuso: “**Artículo 36. Régimen de Transición.** La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres. // La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley. (...).

extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014.

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

Atendiendo lo expuesto, y descendiendo al caso concreto se encuentra acreditado que: **i)** al 25 de julio de 2005, fecha en la que entró a regir el Acto Legislativo nº 01 de 2005, la parte accionante llevaba 23 años, 9 meses y 3 días, esto es, más del equivalente en tiempo de servicio a 750 semanas cotizadas (14.42 años); y **ii)** al 30 de junio de 1995⁷, la parte demandante contaba con 37 años de edad y 14 años de servicio, cumpliendo así uno de los dos requisitos posibles previstos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para acceder al régimen de transición.

Lo anterior significa que en principio a la parte accionante le son aplicables las disposiciones que hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 gobernaron el régimen pensional con las correspondientes condiciones relativas a la edad, tiempo de servicio y monto de la pensión.

Para la Sala es claro, tal como lo ha precisado el Consejo de Estado⁸, que la norma que regía al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 era la Ley 33 de 1985, que reguló de manera general y ordinaria el derecho pensional de todos los empleados del sector oficial y que, en tal sentido, debe ser aplicada al demandante, toda vez que éste se encuentra amparado, se itera, por el multicitado régimen de transición.

Por su parte, 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”.

No obstante, en el fallo de primera instancia se expresó que pese a que la parte actora para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (en este caso

⁷ Fecha a partir de la cual entró a regir el Sistema General de Pensiones, tratándose de servidores públicos territoriales.

⁸ Así lo ha precisado el Consejo de Estado: “Para quienes a la fecha de vigencia de la ley 100 de 1993 no tenían su situación jurídica consolidada, en la forma indicada (régimen de transición), el régimen aplicable es el contenido en las leyes 33 de 1985 y 71 de 1988”. Lo mismo para los jubilados que “hubieren definido su situación jurídica en departamentos y municipios en donde no se expidieron disposiciones sobre esta materia”. (Rad. 827/96). (Subrayado fuera del texto).

30 de junio de 1995) cumplía con el requisito de la edad para ser beneficiaria del régimen de transición; el mismo no puede ser aplicado teniendo en cuenta que la demandante se trasladó de régimen pensional pasando de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, y no acreditó 15 años de servicio a la fecha de entrada en vigencia de la mencionada norma.

Con fundamento en lo anterior, se negó en primera instancia la pretensión de reliquidación pensional con fundamento en el régimen anterior a la Ley 100 de 1993 para conseguir la inclusión de los factores salariales devengados en el último año de servicios.

Esta decisión no fue discutida en el recurso de apelación y por ello la Sala de Decisión no realizará consideraciones adicionales en relación con el régimen de transición en el caso de la demandante.

Sin embargo, como sí se discute la forma en la que se establece el monto para la indexación de la primera mesada pensional, al considerar la parte demandante que no se debió tener en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente para el año 2013 (fecha de adquisición del status pensional) sino el promedio de salarios y factores salariales descritos en el Decreto 1158 de 1994 durante los últimos 10 años de servicio; este Tribunal realiza algunas precisiones respecto de la mencionada indexación.

3.- Sobre la indexación de la primera mesada pensional

En virtud de lo previsto en los artículos 13, 46 y 230 Superiores, el Estado debe reconocer las prestaciones económicas en las condiciones de ley, y mantener el poder adquisitivo de las mismas para concretar principios de igualdad y equidad en la población beneficiaria de las pensiones.

Al respecto, se tiene igualmente que los artículos 48 y 53 de la Constitución Política previeron obligaciones a cargo del legislador en materia de derechos a la seguridad social y al trabajo, disponiendo de una parte, la definición de medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo; y de otra, la garantía del derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones.

El Consejo de Estado⁹ ha expresado que dentro del régimen general de seguridad social en pensiones, no existe norma expresa que establezca la

⁹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B, Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, Bogotá, D.C., dos (2) de octubre de dos mil diecinueve (2019)., Radicación número: 25000-23-42-000-2013-02578-

actualización del ingreso base de liquidación pensional diferente al reajuste anual de las mesadas ya reconocidas.

En la misma providencia, la Alta Corporación expuso en torno a la indexación de la primera mesada pensional lo siguiente:

17. Conforme lo ha señalado esta Corporación¹⁰, si bien no existe norma expresa que consagre la actualización de las sumas derivadas de una pensión, diferente al reajuste anual de las mesadas, a través del desarrollo jurisprudencial y teniendo como base los principios constitucionales previstos en los artículos 48, 53 y 230, ha sentado una posición en la que bajo criterios de justicia y equidad determina que la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y el fenómeno inflacionario son hechos notorios y, por tanto, el trabajador no tiene por qué soportar las consecuencias negativas de dicha situación al recibir sumas de dinero desvalorizadas que no van en armonía con el valor real del salario o de la pensión.

18. Frente a los supuestos de hecho y a la importancia de la indexación de la primera mesada pensional la Corte Constitucional en la Sentencia T - 570 del 2009¹¹, señaló:

«[...]

«5.- La jurisprudencia constitucional ha determinado que el derecho a mantener el poder adquisitivo de las mesadas pensionales “no se limita a la actualización de las mesadas pensionales una vez han sido reconocidas por la entidad competente, sino que también incluye la actualización del salario base para la liquidación de la primera mesada”¹², que es lo que se ha denominado “indexación de la primera mesada pensional”.

Esta última actualización cobra especial relevancia en el caso de aquellas personas que fueron despedidas o se retiraron de sus empleos por haber completado el tiempo de servicio necesario para acceder a la pensión de vejez pero sin haber llegado a la edad requerida para ello, razón por la cual deben esperar a alcanzarla para hacerse acreedoras

01(0439-17), Actor: RODOLFO TADEO LLINÁS RIVERA, Demandado: UNIDAD, ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP. Tema: Indexación primera mesada pensional / prescripción.

¹⁰ *Cita de cita:* Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso - Administrativo. Sección Segunda, Subsección B. Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, 28 de septiembre de 2016, Radicación: 23001-23-33-000-2013-00212-01(3284-14), actor: Rafael Eduardo Martínez Espitia, demandado: Departamento de Córdoba.

¹¹ Cita de Cita: Magistrado Ponente Doctor Humberto Antonio Sierra Porto.

¹² Cita de cita: Ibídem.

de la prestación referida, lo cual puede implicar un lapso de varios años. En vista de que la base para la liquidación de la primera mesada pensional está referida a los últimos salarios devengados durante la relación laboral, varios años después, en el momento del cumplimiento de la edad y de la liquidación de la primera mesada, la inflación habrá producido que el valor nominal de los mismos no corresponda al que realmente ostentaban en la época del retiro, razón por la cual resulta necesario actualizarlos con el fin de que el monto de la primera mesada pensional se aproxime realmente al salario que la persona ganó mientras estuvo activa laboralmente.

Para actualizar el salario base de liquidación de la primera mesada pensional se puede utilizar la denominada indexación que es sólo uno, aunque el más recurrido, de los mecanismos de actualización de las obligaciones laborales dinerarias. Esta consiste en “la adecuación automática de las magnitudes monetarias a las variaciones del nivel de precios, con el fin de mantener constante, el valor real de éstos, para lo cual se utilizan diversos parámetros que solos o combinados entre sí, suelen ser: el aumento del costo de la vida, el nivel de aumento de precios mayoristas, los salarios de los trabajadores, los precios de productos alimenticios de primera necesidad, etc”¹³. Como se dijo con anterioridad, es el legislador quien, en uso de su amplia libertad de configuración legislativa, debe escoger el mecanismo más adecuado para mantener el poder adquisitivo de las mesadas pensionales y del salario base para la liquidación de la primera mesada pensional.

[...]»

19. De los anteriores referentes jurisprudenciales, la Sala extrae lo siguiente:

i) Frente a la indexación de la primera mesada pensional, si bien no existe norma expresa que la consagre, la jurisprudencia ha desarrollado con base en principios constitucionales, una posición en la que bajo criterios de justicia y equidad determina que la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y el fenómeno inflacionario son hechos notorios y que, por tanto, el trabajador no tiene que soportar las consecuencias negativas de dicha situación al tener que recibir al momento de pensionarse sumas de dinero desvalorizadas que no van en armonía con el valor real del salario que devengaba cuando prestaba sus servicios.

ii) La indexación de la primera mesada procede, cuando habiendo ocurrido el

¹³ Cita de Cita: Ibídem.

retiro del servicio en un año determinado, el pensionado alcanza a completar los demás requisitos para acceder al derecho cuando ha transcurrido uno o más años después del retiro, de modo que con ese transcurso de tiempo, el salario con que se liquidaría la pensión habría perdido su valor adquisitivo, por lo que se hace necesario traer a valor presente las sumas dinero que se tienen en cuenta para determinar el monto de la pensión, con el fin de que ésta se aproxime realmente al salario que la persona ganó mientras estuvo activa laboralmente.

(...)

21. De conformidad con lo anterior, la indexación de la primera mesada pensional, como mecanismo para garantizar la actualización del salario base para liquidación de la primera mesada pensional, procede frente a todas las categorías de pensionados.”

En otra providencia, la misma Corporación¹⁴ refirió lo siguiente:

“En virtud de lo expuesto, la Sala encuentra que ante el vacío normativo existente en relación con la indexación del ingreso base de liquidación de una pensión gracia, la jurisprudencia de ésta Corporación y de las demás altas cortes, han establecido de forma pacífica, que la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y el fenómeno inflacionario, son hechos notorios que el servidor no está obligado a soportar, y que por tal razón, tiene derecho a que su prestación sea indexada con el fin de no ver transgredidos sus derechos fundamentales, y en tal virtud, debe darse aplicación a la fórmula adoptada por cada una de ellas para que la pensión garantice su poder adquisitivo.”

De lo expuesto se tiene que el ajuste de valor obedece al hecho notorio de la constante y permanente devaluación de la moneda de nuestro país, que disminuye en forma continua el poder adquisitivo del ingreso, por lo que disponer la indexación de la base salarial de liquidación pensional, constituye un acto de equidad, cuya aplicación encuentra sustento en nuestro máximo ordenamiento jurídico, según las normas citadas al inicio de este capítulo y la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Consejo de Estado.

4.- Liquidación del monto de la pensión en el caso concreto

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B, Rad.: 050012333000201300925 01, Número interno: 0135-2015, Consejera ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Demandante: Luz Stella del Socorro Zapata Rave. Demandado: Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal EICE en liquidación, hoy Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP ⁽¹⁾. Asunto: Indexación de la primera mesada en pensión gracia.

En la Resolución GNR 14190 del 16 de enero de 2014 (fl.41, C.1) que reconoció pensión de vejez a la parte demandante se estableció lo siguiente en relación con la forma de liquidar el monto de la prestación:

*“Que para obtener el ingreso base de cotización de la presente prestación se toman los factores salariales establecidos en los artículos 18 y 19 de la ley 100 de 1993 y **artículo 1 del Decreto 1158 del 3 de junio de 1994**, según el caso.*

(...)

Que a partir de lo anteriormente enunciado se procedió a realizar la liquidación de la prestación reconocida, la cual se resume de la siguiente manera:

IBL: 725.120 X 64.88 = \$470.458

La pensión aquí reconocida se ajustará de conformidad con las reglas aplicables al valor mínimo o máximo de la pensión, según corresponda, vigente para la fecha de efectividad, por la cual la suma a reconocer será de 589.500 (QUINIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS PESOS M/CTE.

/Negrilla de la Sala/.

Ahora, en la sentencia apelada, el juez de primera instancia consideró que en este caso procede la indexación de la primera mesada pensional con base en el salario devengado para la fecha en que la parte actora adquirió el status pensional, 10 de julio de 2013.

Ordenó a título de restablecimiento del derecho actualizar la suma de \$589.500 -monto de la pensión de jubilación con base en la fecha de retiro de la demandante (30 de noviembre de 2004) a la fecha en que adquirió el status pensional (10 de julio de 2013).

En la parte resolutive ordenó a Colpensiones *“actualizar la base de liquidación de la pensión de jubilación de la señora María Graciela Cardona Sánchez del año 2004 al 2013 y una vez determinada la mesada pensional actualizada de 2004, hacer el reconocimiento del caso, teniendo en cuenta la prescripción trienal, valores éstos que deberán indexarse atendiendo la fórmula citada en la parte motiva de esta providencia”.*

La parte actora en el recurso de apelación, expresó que si la mesada pensional no podía obtenerse con el promedio de salarios y factores salariales devengados durante el último año de servicios como lo señala el

artículo 1 de la Ley 33 de 1985, se debió ordenar a Colpensiones obtener el valor del ingreso base de liquidación en la forma prevista en el artículo 1 del Decreto 1158 de 1994 por ser superior a lo ordenado por el juez de primera instancia.

Al respecto debe indicar inicialmente la Sala que los argumentos del recurso de apelación no fueron esgrimidos por la parte actora en el escrito de demanda, pues en aquella oportunidad se solicitó la reliquidación de la pensión con base en la Ley 33 de 1985 y la indexación de la primera mesada pensional como seguidamente se cita:

*A título de restablecimiento del derecho, también solicito ordenar a la entidad demandada actualizar con el Índice de Precio al Consumidor que rigió durante cada uno de los años 2004, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011, 2012 y 2013 la base de liquidación para obtener el valor de la primera mesada pensional, **aplicando a la base de liquidación actualizada de esta manera el 75% establecido en la Ley 33 de 1.985**, a fin de conservar el valor del salario que devengaba la señora María Graciela Cardona Sánchez cuando se desvinculó del Hospital de Caldas.*

Para la Sala, es evidente que en dicha oportunidad la demandante solicitó que la indexación se realizara teniendo en cuenta **el 75% establecido en la Ley 33 de 1.985** y ahora en el recurso de apelación pretende que el monto inicial de la pensión se establezca con base en lo devengado por la actora en los últimos 10 años de servicio incluyendo los salarios y factores del Decreto 1158 de 1994; razón por la cual, acceder a una decisión en el sentido solicitado en el recurso de apelación resulta violatoria de la congruencia externa que se exige de las sentencias.

Respecto de este principio, el H. Consejo de Estado¹⁵ explicó lo siguiente:

La Sala precisa que el principio de congruencia procesal se ha definido como, “el principio normativo que delimita el contenido de las resoluciones judiciales que deben proferirse, de acuerdo con el sentido y alcance de las peticiones formuladas por las partes (en lo civil, laboral, y contencioso-administrativo) o de los cargos o imputaciones penales formulados contra el

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B, MAGISTRADO PONENTE: CÉSAR PALOMINO CORTÉS, Bogotá D.C., primero (1º) de marzo de dos mil dieciocho (2018), Rad. No.: 11001-03-25-000-2013-00838-00, N° Interno: 1763-2013, Demandante: Heber Enrique De Hoyos Ballesteros, Demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, Tema: Recurso extraordinario de revisión- Ley 1437 de 2011.

sindicado o imputado, sea de oficio o por instancia del ministerio público o del denunciante o querellante (en el proceso penal), para el efecto de que exista identidad jurídica entre lo resuelto y las pretensiones o imputaciones y excepciones o defensas oportunamente aducidas, a menos que la ley otorgue facultades especiales para separarse de ellas”¹⁶, es decir, que el alcance y contenido de una providencia está delimitado por las pretensiones, existiendo una correspondencia entre ésta y los hechos que se esgrimen en la demanda.

(...)

De acuerdo con esta disposición el Consejo de Estado ha precisado que la congruencia debe ser interna y externa. La primera obedece a la correspondencia que debe existir entre la parte motiva y resolutive de la sentencia; y la segunda, la externa, que la decisión contenida en la resolutive se encuentre en concordancia con lo pedido en la demanda como en su contestación.

En esta dirección, no puede acceder esta Corporación a lo solicitado por la parte actora en la alzada, toda vez que la determinación de la base de la pensión con fundamento en lo devengado por la actora en los últimos 10 años de servicio incluyendo los salarios y factores del Decreto 1158 de 1994 no fue el objeto inicial de la demanda y frente a dicha petición la entidad accionada no tuvo la oportunidad de pronunciarse ni al resolver el recurso de apelación en el procedimiento administrativo ni en el transcurso de esta actuación judicial.

Ahora, si en gracia de discusión se estudiara la forma en la que se ordenó la indexación de la primera mesada pensional, tendría que concluir el Tribunal que si debió disponerse tal medida, por las siguientes razones:

Primero, en la providencia apelada se dispuso la indexación de **la base de liquidación** de la pensión y no del valor final de la prestación (\$589.500) como erradamente se afirmó en el recurso interpuesto por la parte demandante.

Segundo, la suma de \$589.500 corresponde al salario mínimo legal mensual vigente del año de adquisición del status pensional (2013) y no de la fecha de retiro del servicio, lo que en principio hace improcedente la indexación; sin embargo, como lo ordenado es la actualización de la base de liquidación, entiende el Tribunal que el Juez quiso traer a valor presente las sumas de dinero que se tienen en cuenta para determinar el monto de la pensión.

¹⁶ Cita de cita: Devis Echandía, Hernando, Teoría General del Proceso, II (Editorial Universidad, Argentina, 1985), p.533.

Se recuerda que la parte actora se retiró del Hospital de Caldas el 30 de noviembre de 2004 y cumplió el requisito de edad para acceder a la pensión en el año 2013, y que la entidad demandada reconoció la pensión después de obtener un IBL de \$725.120, aplicar la tasa de reemplazo según el régimen (64.88%) y obtener una mesada de \$470.458 que finalmente se ajustó al salario mínimo del año de adquisición del status pensional (2013) para un total de \$589.500.

De este modo, si se aplica la fórmula de indexación al IBL (\$725.120) o al monto de la pensión después de aplicar la tasa de reemplazo (\$470.458), teniendo en cuenta el IPC de los meses de noviembre de 2004 (fecha de retiro del servicio) y julio de 2013, se obtiene un valor superior (\$1.031.870 o (\$669.478 respectivamente) al establecido en el acto administrativo demandado como cuantía de la prestación, así:

- Liquidación en el acto demandado:

IBL: $\$725.120 \times 64.88\% = \$470.458$ AJUSTADO A SMLMV DE 2013 = \$589.500

- Liquidación con indexación del IBL

IBL: $\$725.120$ INDEXADO = $\$1.031.870 \times 64.88\% = \$669.477$

- Liquidación con indexación del monto de la pensión sin ajuste al SMLMV

$\$470.458$ INDEXADO = 669.478

Como se advierte, el monto del IBL indexado es superior al valor reconocido en el acto administrativo demandado, razón por la cual la actualización resulta procedente.

Teniendo en cuenta que la sentencia de primera instancia omitió consignar esta información, resulta útil igualmente indicar que para indexar se aplica la siguiente fórmula:

$$R = RH \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En la que el valor R se determina multiplicando el valor histórico (RH) que en este caso es el Ingreso Base de Liquidación de la pensión, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de adquisición del status pensional (julio de 2013), dividido por el índice inicial de precios vigente al retiro del servicio (noviembre de 2004).

5.- Sobre la prescripción

Es objeto del recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, la orden emitida respecto de la aplicación de la prescripción trienal en este asunto. Considera la parte actora que no operó dicho fenómeno ya que en su criterio la demanda se radicó dentro de los tres meses siguientes al agotamiento de la denominada vía gubernativa.

Sobre el particular, 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)*

Respecto al tema de la prescripción de los derechos salariales y prestacionales, aclara la Sala que la misma no se encuentra configurada en el asunto bajo examen. En este caso se demandó la nulidad de las resoluciones nº GNR 14190 de enero 16 de 2014 y VPB14747 de septiembre 3 de 2014, proferidas por Colpensiones, esta última notificada el 8 de octubre de 2014 (fl. 51. C.1). Ahora, según la hoja de reparto y el sello de la Oficina Judicial de Manizales (fls. 1 y 39 C.1), la demanda se radicó el 8 de septiembre de 2015, por lo que no ocurrió esta figura procesal.

En este punto se modificará la sentencia recurrida eliminando la expresión “*teniendo en cuenta la prescripción trienal*” contenida en el ordinal tercero de la providencia recurrida.

6.- Conclusión

De conformidad con la normativa y la jurisprudencia citada y con fundamento en el principio de congruencia, estima esta Sala de Decisión que a la parte actora no le asiste derecho de acceder a la modificación del monto

de la pensión teniendo en cuenta los salarios y factores contemplados en el Decreto 1158 de 1994 percibidos en los 10 años anteriores al retiro del servicio.

En ese sentido, se confirmará la sentencia dictada en primera instancia, destacando que la orden de indexación recae sobre el Ingreso Base de Liquidación contenido en la Resolución GNR 14190 DEL 16 DE ENERO DE 2014.

7.- Costas

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

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

FALLA

Primero. MODIFÍCASE el ordinal tercero de la sentencia del diez (10) de mayo de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora María Graciela Cardona Sánchez contra la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES en el sentido que en este caso no tuvo ocurrencia la prescripción trienal; el cual quedará así:

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho SE CONDENA a COLPENSIONES, a actualizar la base de liquidación de la pensión de jubilación de la señora María Graciela Cardona Sánchez del año 2004 al 2013 y una vez determinada la mesada pensional actualizada de 2004, hacer el reconocimiento del caso, valores éstos que deberán indexarse atendiendo la fórmula citada en la parte motiva de esta providencia.

Segundo. CONFÍRMASE en lo demás la providencia recurrida.

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

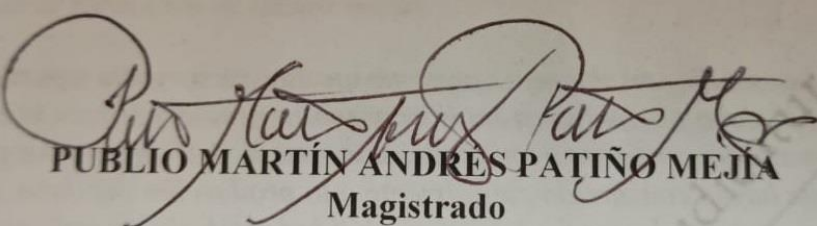
Cuarto. **NOTIFÍQUESE** conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

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

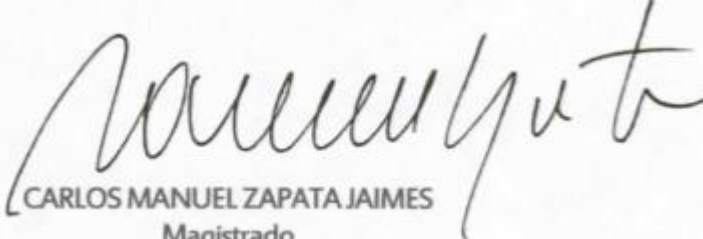
Notifíquese y cúmplase



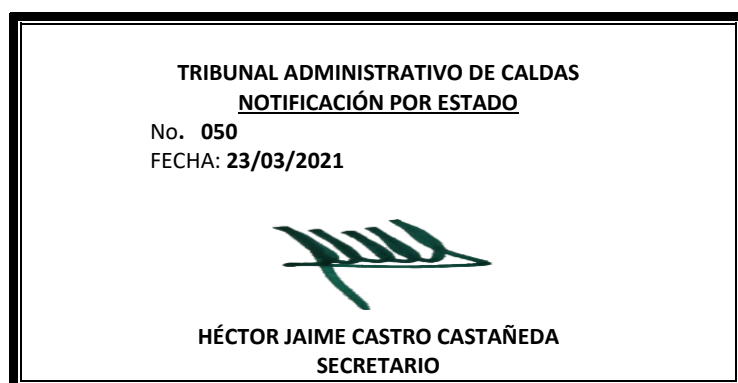
AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado





TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS **-Sala de Decisión-**

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S. 068

Asunto:	Sentencia de segunda instancia
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-39-006-2016-00147-02
Demandante:	María Rocío Cifuentes Patiño
Demandado:	Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta nº 012 del 19 de marzo de 2021

Manizales, diecinueve (19) de marzo 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 veintitrés (23) de julio de dos mil dieciocho (2018), 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 María Rocío Cifuentes Patiño contra la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES².

DEMANDA

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 14 de julio de 2016, se solicitó lo siguiente (fl. 1, C.1):

Pretensiones

1. Que se declare la nulidad de la Resolución nº GNR 25935 del 5 de

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, COLPENSIONES.

febrero de 2015 en la parte que determina el IBL calculado para establecer el valor de la pensión de jubilación de la accionante.

2. Que se declare la nulidad parcial de la Resolución n° GNR 3844 del 6 de enero de 2016 por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la resolución de reconocimiento y se deniega la reliquidación de la prestación.
3. Que se declare la nulidad parcial de la Resolución n° VPB 16970 del 14 de abril de 2016 por medio de la cual Colpensiones resuelve el recurso de apelación interpuesto contra el acto administrativo de reconocimiento de la prestación y se confirma el mismo en su integridad.
4. Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se ordene a Colpensiones reliquidar la mesada pensional de la docente María Rocío Cifuentes Patiño, dando aplicación integral a lo preceptuado en la Ley 33/85, calculando el IBL sobre la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicios, teniendo en cuenta las primas de navidad, servicios y vacaciones y aplicando a dicho IBL una pasa de reemplazo del 75%.
5. Que se ordene a Colpensiones a pagar el retroactivo pensional al que haya lugar a partir del momento en que se acredite el retiro del servicio, reconocer y pagar a favor de la demandante los intereses moratorios a que haya lugar por la mora en el pago de las sumas dejadas de reconocer oportunamente y pagar las sumas debidamente indexadas.
6. Que se condene en costas a la parte demandada.

Hechos

Como fundamento fáctico de la demanda, la parte actora expuso lo siguiente (fls. 1 y 2, C.1):

1. La señora MARÍA ROCÍO CIFUENTES PATIÑO ha prestado sus servicios como empleada pública por más de 20 años, habiendo laborado en el Instituto Nacional de los Recursos Naturales renovables del Medio Ambiente, en el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y, desde el 1º de abril de 1986, en la Universidad de Caldas de forma ininterrumpida, continuando vigente esta última relación legal y reglamentaria.

2. La señora María Rocío Cifuentes Patiño cumplió su status pensional en vigencia de la Ley 100 de 1993, siendo beneficiaria del régimen de transición a que hace referencia el inciso 2 del artículo 36 de la mencionada norma, por tener al 1° de abril de 1994 más de 35 años de edad y más de 15 años de servicio.
3. Mediante Resolución No. GNR 25935 de 2015, COLPENSIONES, reconoció a favor de la señora Cifuentes Patiño pensión vitalicia de vejez conforme a la Ley 33/85, al ser beneficiaria del régimen de transición dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.
4. La Resolución GNR 25935 de 2015 fue confirmada con las resoluciones GNR 3844 y VPB 16970, ambas de 2016.
5. La accionante aún no ha sido incluida en la nómina de pensionados por encontrarse para la fecha de presentación de la demanda vinculada como empleada pública.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte demandante invocó como vulneradas las siguientes disposiciones: Ley 33 de 1985; Ley 100 de 1993; Código Sustantivo del Trabajo: artículo 127; y, Ley 50 de 1990 artículo 14.

Consideró que se encuentra amparada por el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, prestando sus servicios como empleada pública durante más de 20 años, contando en la actualidad con más de 55 años de edad, por lo que tiene derecho a que se le reconozca la pensión de jubilación en los términos de la Ley 33 de 1985, reliquidando la pensión con la inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en el último de servicios para calcular el IBL que determina la cuantía de su mesada pensional (fl. 3, C.1).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Actuando debidamente representada y dentro del tiempo oportuno otorgado para tal efecto, COLPENSIONES contestó la demanda a través de escrito que obra de folios 55 a 59 del cuaderno principal, para oponerse a la prosperidad de las pretensiones de la misma, con fundamento en las excepciones que denominó: *“AUSENCIA DEL DERECHO RECLAMADO”*, indicando que en virtud de lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la aplicación de la normativa anterior solo se puede dar en lo relativo a

la edad, semanas y monto, mas no para calcular el IBL; *“IMPROCEDENCIA DE TOMAR TODOS LOS FACTORES SALARIALES DEVENGADOS Y DE LA RELIQUIDACIÓN PRESTACIONAL”*, precisando que los factores salariales que se pretende se tengan en cuenta para efectos de realizar la reliquidación, no fueron la base sobre la cual se cotizó al Sistema de Seguridad Social; *“BUENA FE”*, enunciando lo dispuesto en el artículo 83 de la Constitución Política e indicando que la entidad demandada ha atendido de manera diligente las reclamaciones realizadas por la demandante; y *“DECLARABLES DE OFICIO”*, de acuerdo con lo estatuido en el artículo 282 del CGP.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El 23 de julio de 2018 el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia en primera instancia (fls. 111 a 119, C.1), a través de la cual: **i)** declaró fundadas las excepciones de *“AUSENCIA DEL DERECHO RECLAMADO”* y *“BUENA FE”* propuestas por la entidad demandada; **ii)** Negó las pretensiones de la demanda; y, **iii)** se abstuvo de condenar en costas.

Indicó que el régimen pensional aplicable a la parte demandante estaba contenido en la Ley 33 de 1985, como quiera que ésta estaba amparada por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

Se refirió a la postura asumida por la Corte Constitucional y por el Consejo de Estado frente a los elementos del régimen de transición, precisando que acogería la tesis expuesta por el Máximo Órgano Constitucional.

Manifestó que si bien en virtud del principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 constitucional, el Despacho había venido acogiendo la interpretación más favorable al pensionado, que correspondía a la postura adoptada por el Honorable Consejo de Estado, es menester que el Juzgado en esta oportunidad cambie su postura por manera definitiva, lo cual ocurre no solo en virtud del precedente constitucional que hasta reciente época ha desarrollado el Supremo Tribunal Constitucional con la Sentencia de Unificación que, inclusive, dejó sin efectos un fallo del Honorable Consejo de Estado – Sección Segunda en la cual se había acogido la interpretación que ha respaldado ese Juez Plural; sino y en especial, por el precedente vertical que ha cimentado en reciente época el Tribunal Administrativo de este Circuito Judicial.

Con fundamento en las premisas normativas y jurisprudenciales que anteceden, concluye el Juzgado que la pensión que fue reconocida a la parte actora, no puede ser reliquidada en los términos deprecados, es decir, aplicando una *“tasa de remplazo”* del 75% sobre el *“ingreso base de*

liquidación" (IBL) equivalente al promedio de todos los salarios percibidos por la actora durante el último año de servicios; lo anterior, por cuanto los actos administrativos demandados dieron aplicación al primer inciso de artículo 1º de la Ley 33 de 1985, esto es, liquidando su prestación vitalicia aplicando el IBL resultante de promediar lo cotizado en el último año previo al estatus de pensionada, teniendo en cuenta para tal efecto los factores salariales contemplados en el Decreto 1158 de 1994, es decir, aquellos sobre los cuales se realizaron aportes al sistema.

RECURSO DE APELACIÓN

Mediante memorial obrante de folio 122 a 123 del cuaderno principal, la parte accionante interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, insistiendo que tiene derecho a la reliquidación de su pensión con la inclusión de todos los factores salariales percibidos en el último año de servicios, reiterando los argumentos expuestos en la demanda.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante

Guardó silencio.

Parte demandada (fls. 10 a 19, C.4)

Reiteró los planteamientos hechos en la contestación de la demanda.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no emitió concepto en el asunto de la referencia.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Reparto. Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 24 de septiembre de 2018, y allegado el 30 de noviembre de 2018 al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (fl. 3, C.4).

Admisión y alegatos. Por auto del 11 de febrero de 2019 se admitió el recurso de apelación (fl. 4, C.4); posteriormente se corrió traslado para alegatos (fl. 7, ibídem), derecho del cual únicamente hizo uso la parte

demandada (fls. 10 a 19, C.2). El Ministerio Público no intervino en esta oportunidad.

Paso a Despacho para sentencia. El 30 de mayo de 2019 el proceso ingresó a Despacho para sentencia (fl. 21, C.2), la que procede a dictarse a continuación, 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 aplicable al accionante el régimen de transición establecido por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993?*
- *En caso afirmativo, ¿le asiste derecho a la parte actora, a que su pensión de jubilación se liquide con inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados por aquel en el último año de servicio?*

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** hechos probados; **ii)** régimen pensional aplicable a la parte actora; **iii)** análisis jurisprudencial del régimen de transición y postura del Tribunal; y **iv)** 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. La señora María Rocío Cifuentes Patiño nació el 14 de marzo de 1958 (fl. 26 a 34, C.1).
2. De conformidad con certificado de información laboral de la señora María Rocío Cifuentes Patiño, laboró como a continuación se relaciona: i) desde el 1º de diciembre de 1982 hasta el 11 de mayo de 1984 en el INDERENA; ii) desde el 17 de mayo de 1984 hasta el 31 de enero de 1986 en el ICBF Regional Quindío; y iii) desde el 1º de abril de 1986 hasta la fecha como docente en la UNIVERSIDAD DE CALDAS (fls. 26-34, c1).
3. Por Resolución nº GNR 25935 del 5 de febrero de 2015, COLPENSIONES reconoció pensión de vejez a favor de la señora María Rocío Cifuentes Patiño (fls. 9 a 11, C.1).

Para la liquidación pensional se aplicó el 75% del promedio de lo devengado o cotizado durante los últimos 10 años de servicio.

4. Por medio de la Resolución nº GNR 3844 del 6 de enero de 2016, Colpensiones resolvió un recurso de reposición, confirmando en todas sus partes la Resolución 25935 del 5 de febrero de 2015 (fls. 15 a 18, C.1).
5. En la Resolución nº VPB 16970 del 14 de abril de 2016, por medio de la cual se resolvió un recurso de apelación, confirmando en todas sus partes la Resolución No. 25935 del 5 de febrero de 2015, en el cual se indicó la improcedencia de acceder a la solicitud de reliquidación de la pensión de la actora (fls. 20 a 24, C.1).
6. Certificado de salarios mes a mes, desde diciembre de 2003, hasta noviembre de 2013, de la señora MARÍA DEL ROCÍO CIFUENTES PATIÑO (fls. 36 a 41, C.1).

Régimen pensional aplicable

La Ley 100 de 1993³ en su artículo 11, modificado por el artículo 1º de la Ley 797 de 2003, determinó su campo de aplicación, conservando en todo caso los derechos adquiridos conforme a disposiciones anteriores.

De acuerdo con el artículo 2 del Decreto 691 de 1994, el Sistema General de Pensiones previsto por la Ley 100 de 1993 entró a regir el 1º de abril de 1994 para los servidores públicos del orden nacional incorporados mediante el

³ Por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones.

artículo 1º de dicho Decreto. Respecto de los servidores públicos departamentales, municipales y distritales, y de sus entidades descentralizadas, se estableció como entrada en vigencia, “(...) a más tardar el 30 de junio de 1995, en la fecha en que así lo determine el respectivo Gobernador o Alcalde.”

Ahora bien, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 consagró el régimen de transición como una especial protección de quienes se encontraran próximos a obtener la pensión de jubilación, atendiendo lo expresado por el Consejo de Estado⁴ y por la Corte Constitucional⁵, en cuanto a que los tránsitos legislativos debían ser razonables y proporcionales⁶.

El artículo 48 de la Carta Política, adicionado por el Acto Legislativo nº 01 de 2005, en relación con el régimen de transición, dispuso en el párrafo transitorio 4, lo siguiente:

PARÁGRAFO TRANSITORIO 4o. *El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014.*

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

Atendiendo lo expuesto, y descendiendo al caso concreto se encuentra acreditado que: i) al 25 de julio de 2005, fecha en la que entró a regir el Acto Legislativo nº 01 de 2005, el accionante llevaba 22 años, 5 meses y 18 días, esto es, más del equivalente en tiempo de servicio a 750 semanas cotizadas

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejera Ponente: Dra. Ana Margarita Olaya Forero. Sentencia del 13 de marzo de 2003. Radicación: 17001-23-31-000-1999-0627-01(4526-01).

⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-789 de 2002. Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.

⁶ En efecto, la citada norma dispuso: “**Artículo 36. Régimen de Transición.** La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres. // La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley. (...).

(14.42 años); y **ii)** al 1° de abril de 1994, la parte demandante contaba con 36 años de edad y 11 años, 1 mes y 24 días de servicio, cumpliendo así uno de los dos requisitos posibles previstos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para acceder al régimen de transición.

Lo anterior significa que al accionante le son aplicables las disposiciones que hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 gobernaron el régimen pensional con las correspondientes condiciones relativas a la edad, tiempo de servicio y monto de la pensión.

Para la Sala es claro, tal como lo ha precisado el Consejo de Estado⁷, que la norma que regía al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 era la Ley 33 de 1985, que reguló de manera general y ordinaria el derecho pensional de todos los empleados del sector oficial y que, en tal sentido, debe ser aplicada a la parte demandante, toda vez que ésta se encuentra amparado, se itera, por el multicitado régimen de transición.

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

Elementos del régimen de transición

Con ocasión de la sentencia SU-230 de 2015 emanada de la Corte Constitucional, se ha generado una amplia discusión no sólo sobre la procedencia de incluir el ingreso base de liquidación como parte de los aspectos que por el régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993 deben ser respetados y reconocidos conforme a la legislación anterior aplicable, sino también acerca de los factores salariales que deben ser tenidos en cuenta en la respectiva liquidación, esto es, si deben ser solamente aquellos en relación con los cuales se hubieren hecho los correspondientes aportes.

En anteriores providencias del 8 de septiembre de 2017 de esta Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas⁸, se reseñaron los

⁷ Así lo ha precisado el Consejo de Estado: *“Para quienes a la fecha de vigencia de la ley 100 de 1993 no tenían su situación jurídica consolidada, en la forma indicada (régimen de transición), el régimen aplicable es el contenido en las leyes 33 de 1985 y 71 de 1988”*. Lo mismo para los jubilados que *“hubieren definido su situación jurídica en departamentos y municipios en donde no se expidieron disposiciones sobre esta materia”*. (Rad. 827/96). (Subrayado fuera del texto).

⁸ Al respecto, pueden consultarse las providencias del 8 de septiembre de 2017, radicadas con los

pronunciamientos hechos hasta ese momento por la Corte Constitucional y por el Consejo de Estado en relación con este tema, con base en lo cual se manifestó que la postura asumida en estos asuntos, por considerarla jurídicamente correcta, era la expuesta por la Sección Segunda del Consejo de Estado en las sentencias de unificación del 4 de agosto de 2010, del 25 de febrero de 2016, de extensión de jurisprudencia del 24 de noviembre de 2016 y de acatamiento de fallo de tutela del 9 de febrero de 2017.

En tales pronunciamientos, el Consejo de Estado reiteró que, de un lado, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 contempla como elementos constitutivos del régimen de transición la edad, el tiempo de servicio y el monto, entendiendo que este último comprende no sólo el IBL del último año de servicios sino también el porcentaje asignado por la ley; y, de otra parte, la única excepción a lo que debe entenderse por monto aplica para las pensiones de los congresistas y asimilados, en virtud de la cosa juzgada constitucional con ocasión de la sentencia C-258 de 2013.

Después de lo anterior se publicó la sentencia SU-395 de 2017⁹, en la que la Corte Constitucional nuevamente insiste en que el régimen de transición contemplado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, abarca edad, tiempo de servicios y monto de la pensión, entendiendo por este último la tasa de reemplazo, es decir, el porcentaje correspondiente y no el ingreso base de liquidación, el cual debe ser promediado, para todos los efectos, con la base del régimen general; y que sólo pueden incluirse los factores de liquidación de la pensión sobre los cuales se hubieren realizado las cotizaciones respectivas.

Posteriormente, el Consejo de Estado profirió sentencia de unificación el 28 de agosto de 2018¹⁰, en la que precisó lo siguiente:

1. 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.

números 17001-33-33-001-2014-00205-02 y 17001-33-33-001-2014-00480-02, con ponencia del Magistrado Augusto Ramón Chávez Marín.

⁹ Corte Constitucional. Sala Plena. Magistrado Ponente: Dr. Luis Guillermo Guerrero Pérez. Sentencia SU-395 del 22 de junio de 2017.

¹⁰ 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).

2. *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.*

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

Ante los reiterados pronunciamientos de la Corte Constitucional en relación con la manera como deben liquidarse las pensiones de jubilación reconocidas por el régimen de transición contemplado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y teniendo en cuenta el cambio de postura del Consejo de Estado sobre la materia, esta Corporación ha decidido, en aras de procurar el respeto de los principios de seguridad jurídica y de sostenibilidad del Sistema General de Pensiones, modificar la posición que se venía adoptando en estos temas de reliquidación pensional, para en su lugar acogerse a la postura planteada por el Máximo Tribunal Constitucional, tal como lo ha hecho ya en varias sentencias de 2018, 2019 y 2020.

Aplicación de la nueva jurisprudencia sobre los elementos del régimen de transición al caso concreto

En la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 ya citada, el Consejo de Estado precisó los efectos de la decisión con la cual se fijaron las reglas jurisprudenciales en materia de aplicación del régimen de transición. 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

Así pues, conforme a la interpretación que sobre el régimen de transición ha hecho la Corte Constitucional, se entiende que en aplicación de éste deben respetarse las condiciones de edad, tiempo de servicio y monto (tasa de reemplazo) de la pensión que consagraba el régimen pensional anterior, en este caso la Ley 33 de 1985.

Para la liquidación de la prestación debe acudirse a lo dispuesto por el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y por el artículo 21 de la misma ley, dependiendo del tiempo que le faltare al interesado a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones para adquirir el derecho a la pensión.

Conforme a dichas disposiciones, si al 1º de abril de 1994 (para empleados nacionales) o al 30 de junio de 1995 (para empleados territoriales), la persona beneficiaria del régimen de transición le faltare menos de 10 años para adquirir el derecho pensional, la liquidación de éste será el promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciere falta para acceder a la prestación, o el cotizado durante todo el tiempo si éste fuere superior. Lo anterior, con la correspondiente actualización con base en la variación del IPC.

De otro lado, si al 1º de abril de 1994 (empleados nacionales) o al 30 de junio de 1995 (empleados territoriales), a la persona beneficiaria del régimen de transición le faltare más de 10 años para adquirir el derecho pensional, la liquidación de éste será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales hubiere cotizado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si éste fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del IPC.

Ahora bien, cuando el beneficiario del régimen de transición hubiere cotizado 1.250 semanas como mínimo, puede optar por el promedio de los ingresos de toda su vida laboral actualizados con base en la variación del IPC, siempre y cuando este resultado sea superior al obtenido de la manera descrita en el párrafo anterior, esto es, a los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión.

Para el caso que convoca la atención de esta Sala, se observa que para el 1° de abril de 1994, a la señora María Rocío Cifuentes Patiño le faltaban 20 años de edad y 8 años, 3 meses y 26 días de tiempo de servicio para acceder a su pensión de jubilación conforme a la Ley 33 de 1985.

Lo anterior significa que la liquidación de su pensión de jubilación debe realizarse en los términos previstos por el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, con el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales cotizó durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión debidamente actualizados con el IPC; pudiendo en caso de resultarle más favorable, optar por la liquidación con el promedio de los ingresos de toda su vida laboral, toda vez que a la fecha de su retiro contaba con más de 1.250 semanas.

De otra parte y atendiendo lo dispuesto por la Corte Constitucional en sus sentencias de unificación sobre la materia, los únicos factores que pueden incluirse para determinar el IBL son aquellos devengados por el accionante durante el tiempo de liquidación referido y que sirvieron de base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones conforme al Decreto 1158 de 1994.

Analizada la Resolución n° GNR 25935 del 5 de febrero de 2015, se observa que para la liquidación pensional Colpensiones aplicó la Ley 100 de 1993, respetando las condiciones de edad, tiempo de servicio y monto (tasa de reemplazo) que consagraba el régimen pensional anterior (Ley 33 de 1985).

En lo que respecta a los factores salariales incluidos en la liquidación pensional, se observa que el acto de reconocimiento pensional no hizo especificación alguna al respecto, sino que se limitó a afirmar que los mismos correspondían a los previstos por el artículo 1 de la Ley 62 de 1985 y sobre los que se entiende se efectuaron las respectivas cotizaciones a pensión.

En ese orden de ideas, según el criterio jurisprudencial antes expuesto, los demás factores que hubiere percibido la señora María Rocío Cifuentes Patiño, no sólo durante el último año de servicio sino por el tiempo que le hacía falta para adquirir su derecho pensional, y que no se encontraran contemplados por el artículo 1° del Decreto 1158 de 1994, que subrogó el artículo 6° del Decreto 691 de 1994¹¹, no podían ser incluidos en la respectiva liquidación pensional.

¹¹ La citada norma es del siguiente tenor:

ARTICULO 1o. El artículo 6o del Decreto 691 de 1994, quedará así: "Base de Cotización".
El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:

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 actora no le asiste derecho de acceder a la reliquidación pensional que reclama, en tanto la liquidación de las pensiones de jubilación sujetas a régimen de transición se efectúa conforme a la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta sólo los factores contemplados en el Decreto 1158 de 1994 sobre los cuales se hubiere cotizado.

En ese sentido, se confirmará la sentencia dictada en primera instancia.

Costas

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

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

FALLA

Primero. CONFÍRMASE la sentencia del veintitrés (23) de julio de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales que negó las pretensiones de la demanda, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora María Rocío Cifuentes Patiño contra la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES.

-
- a) La asignación básica mensual;*
 - b) Los gastos de representación;*
 - c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;*
 - d) Las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario.*
 - e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;*
 - f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;*
 - g) La bonificación por servicios prestados;*

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

Tercero. RECONÓCESE personería para actuar como apoderada sustituta de Colpensiones a la abogada Stefanía Duque Sabogal, identificada con cédula de ciudadanía n° 1.053.803.543 y portador de la T.P. n° 230.004 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, en los términos y para los fines del poder conferido (folio 20, C.4).

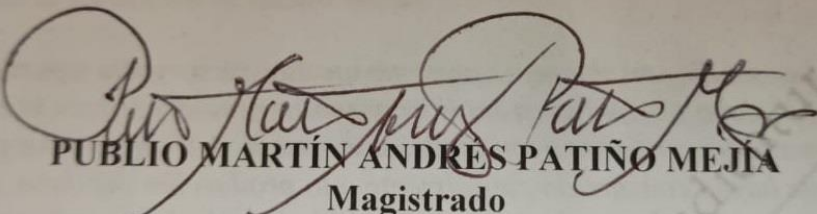
Cuarto. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

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

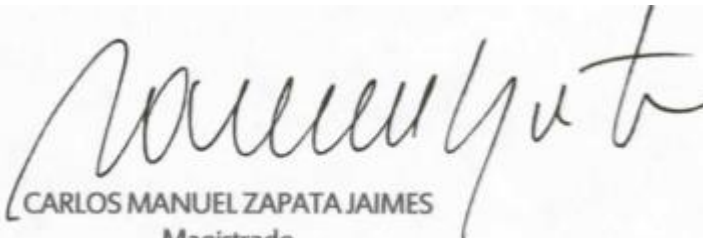
Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 050

FECHA: 23/03/2021



HÉCTOR JAIME
CASTAÑEDA

SECRETARIO

CASTRO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.: 071

Asunto:	Sentencia de segunda instancia
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-39-007-2017-00452-02
Demandante:	María Libia Martínez de Ospina
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento de Caldas.

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta nº 012 del 19 de marzo de 2021

Manizales, diecinueve (19) de marzo 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 marzo 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 María Libia Martínez de Ospina 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 2 de octubre de 2017 (fls. 3 a 21, C.1), se solicitó lo siguiente:

Pretensiones

1. Que se declare la nulidad parcial de la Resolución nº 0982-6 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 ordene el reajuste y pago retroactivo de las mesadas pensionales de la demandante en los términos establecidos en el artículo 1º de la Ley 71 de 1988.
3. Las condenas solicitadas deberán ser canceladas mediante sumas de dinero debidamente indexadas acorde al artículo 16 de la Ley 446 de 1998.
4. Que se condene a la demandada al pago de los intereses señalados en el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.
5. En caso de proferirse una condena en abstracto, se solicita sean atendidas las previsiones contenidas en el artículo 193 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.
6. Se condene a la entidad demandada al pago de las costas y agencias de derecho causadas.

Hechos

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

1. Con Resolución nº 0023 del 23 de febrero de 2005, le fue reconocida a la parte actora pensión de jubilación en cuantía de \$905.892, 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 6^a 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 la fecha en la cual se adquirió el status pensional, 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.
4. El 27 de enero de 2016, la parte actora solicitó a la entidad demandada el reajusto periódico de sus mesadas pensionales conforme a la Ley 71 de 1988; petición que fue resuelta de manera desfavorable a través de la Resolución nº 0982-6 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 se vulneró el artículo 53 de la Constitución Política, pues con ello se afecta el poder adquisitivo de la mesada pensional.

³ En adelante, IPC.

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 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 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. 41 a 57, 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 veintiocho (28 de marzo de dos mil diecinueve (2019), el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia (fls. 68 a 75, C.1), a través de la cual: **i)** negó las pretensiones de la demandada, y **ii)** condenó en costas a la parte actora. 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 77 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.

Precisó inicialmente que en el fallo de primera instancia se presentó una indebida aplicación del precedente jurisprudencial, se desconoció el estudio de los regímenes exceptuados de la ley 100 de 1993 y el régimen docente en el Acto legislativo 01 de 2005.

Recalcó que el juzgado incurrió en una grave violación del debido proceso materializado en 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.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Ambas partes guardaron silencio en esta etapa procesal.

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 mayo de 2019, y allegado el 31 de julio del mismo año al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (fl. 2, C.2).

Admisión y alegatos. Por auto del 31 de julio se admitió el recurso de apelación y posteriormente se corrió traslado para alegatos (fl. 2, C.2), derecho del cual solo las partes no hicieron uso. El Ministerio Público no rindió concepto en esta oportunidad.

Paso a Despacho para sentencia. El 18 de octubre de 2019 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 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 es el siguiente:

¿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 0023 del 23 de febrero de 2005 (fl. 26, 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 \$905.892, efectiva a partir del 1 de diciembre de 2004.

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 la Ley 71 de 1988.

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. 22 a 25, C.1).
3. Con Resolución nº 0982-6 del 10 de febrero de 2016 (fls. 31 y 32, 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 4^a de 1976⁴ determinó que las pensiones de los sectores público, oficial, semioficial y privado, así como los afiliados al Instituto

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

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:

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

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 élló (sic) dependerá del comportamiento que presente cada uno de esos factores a través del tiempo, de manera que habrá ocasiones en que el índice de precios al consumidor sea superior al porcentaje en que se incrementa el salario mínimo, y en otras, éste sea inferior a aquél, o pueden existir casos en que los dos sean iguales.

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

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

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

Ahora bien, en criterio de la parte demandante, la mesada de quienes se pensionaron con anterioridad al 1.º de abril de 1994 debe incrementarse en

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).

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 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

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

⁸ Cita de cita: *Ibidem*.

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:

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

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

"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 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

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

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

FALLA

Primero. CONFÍRMASE la sentencia del veintiocho (28) de marzo 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 María Libia Martínez de Ospina 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.

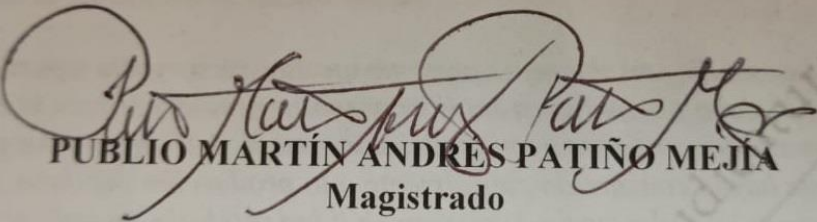
Tercero. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

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

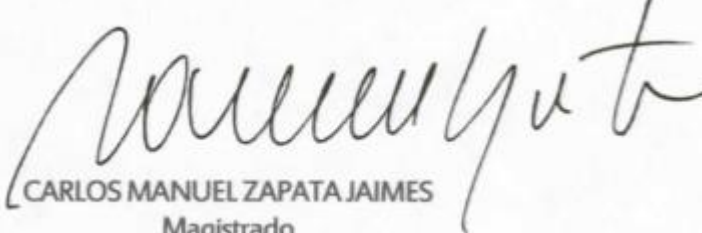
Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLICIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS		
<u>NOTIFICACIÓN POR ESTADO</u>		
No. 050		
FECHA: 23/03/2021		
HÉCTOR JAIME CASTAÑEDA	 SECRETARIO	CASTRO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S. 072

Asunto: Sentencia de segunda instancia
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 17001-33-33-003-2018-00546-02
Demandante: María Normery García González
Demandados: 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°
012 del 19 de marzo de 2021**

Manizales, diecinueve (19) de marzo 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 veinticinco (25) de febrero de dos mil veinte (2020), 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 María Normery García González contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG²) y el Departamento de Caldas.

LA DEMANDA

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 12 de diciembre de 2018 (fls. 1 a 7 y 25 a 31, C.1), se solicitó lo siguiente:

Pretensiones

1. Que se declare la nulidad total de la Resolución n° 7453-6 del 27 de

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, FOMAG.

agosto de 2018, expedida por la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en representación del FOMAG.

2. Que se declare la nulidad parcial de la Resolución nº 13899 del 30 de noviembre de 1995, expedida por la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en representación del FOMAG, con la cual reconoció pensión ordinaria de jubilación a favor de la parte actora.
3. Que como consecuencia de lo anterior, se reconozca lo solicitado en la reclamación administrativa presentada, esto es, que se ordene la devolución de los dineros correspondientes a los aportes de salud equivalentes al 12% y/o 12.5% sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre (mesada 13 y 14); que cese el descuento por tal concepto; y que las sumas anteriores sean reintegradas desde la fecha de reconocimiento pensional debidamente indexadas.
4. Que se declare a las entidades demandadas responsables de los perjuicios causados a la parte actora con ocasión de los descuentos por aportes de salud realizados sobre las mesadas adicionales de la pensión de derecho y la devolución de cualquier otro porcentaje de cotización a salud que se haya cobrado fuera de lo legal.
5. Que como consecuencia de lo anterior, se condene a la parte accionada al pago de los perjuicios causados.
6. Que las sumas resultantes de las condenas se indexen conforme al artículo 192 del CPACA.
7. Que se condene a la parte accionada al pago de costas y agencias en derecho.

Hechos

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

1. Mediante Resolución nº 13899 del 30 de noviembre de 1995, la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en representación del FOMAG, reconoció pensión ordinaria de jubilación a favor de la señora María Normery García González.
2. El acto administrativo de reconocimiento en su parte resolutive ordenó efectuar los descuentos de salud a favor del FOMAG.

3. Dependiendo de la normativa aplicable, los citados descuentos corresponden al 5%, 12% o 12.5%.
4. El porcentaje de descuento por concepto de aportes a salud para el caso concreto correspondía al 5% en aplicación del artículo 8 de la Ley 91 de 1989; después al 12% conforme a la Ley 812 de 2003; luego durante la vigencia de la Ley 1122 de 2007 al 12.5%; y finalmente al 12% desde el 27 de noviembre de 2008 con base en la Ley 1250 de 2008.
5. Desde la fecha de reconocimiento pensional hasta el momento de presentación de la demanda, el FOMAG a través de la Fiduprevisora descuenta a la parte actora el porcentaje del 12%, por concepto de aportes a salud sobre las mesadas pensionales mensuales.
6. Los anteriores descuentos se realizan no sólo sobre las mesadas ordinarias sino también respecto de las mesadas adicionales 13 y 14, correspondientes a los meses de junio y diciembre.
7. La parte accionante elevó petición ante la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, a través de la cual solicitó no sólo el cese y devolución de aportes de salud sobre las mesadas adicionales, sino también que se realizara descuento sobre toda la mesada únicamente del 12% y no del 12.5%.
8. Con Resolución nº 7453-6 del 27 de agosto de 2018, la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en representación del FOMAG negó la reclamación hecha.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte actora estimó como violadas las siguientes disposiciones: Ley 42 de 1982; Ley 43 de 1984: artículo 5; Ley 91 de 1989; Ley 100 de 1993: artículos 50, 142 y 279; Ley 797 de 2003; Ley 812 de 2003: artículo 81; Decreto 1073 de 2002; Decreto 3752 de 2003: artículos 1, 4 y 5; y Ley 1250 de 2007.

Indicó que las Leyes 42 de 1982 y 43 de 1984 prohibieron expresamente la realización de cualquier descuento sobre la mensualidad adicional reconocida a los pensionados por la Ley 4ª de 1976.

Precisó que el beneficio de las mesadas pensionales adicionales para los docentes quedó contemplado en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989; y que sobre el mismo es indebido realizar descuentos para salud, conforme lo

expuso la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado³.

Expuso que a similar conclusión llegó el Tribunal Administrativo del Quindío en una sus providencias sobre el tema, del cual cita apartes.

Sostuvo que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, se derogó tácitamente la norma especial consagrada en el artículo 8 –numeral 5– de la Ley 91 de 1989, y conforme al principio de inescindibilidad de la norma, resulta improcedente hacer descuentos de salud sobre las mesadas adicionales al personal docente afiliado al FOMAG.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Según constancia que obra a folio 40 del expediente digital, la Nación – Ministerio de Educación Nacional y el Departamento de Caldas no se pronunciaron en esta etapa procesal.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El 25 de febrero de 2020, el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia (fls. 46 vuelto a 51 Vuelto, C.1), a través de la cual negó las súplicas de la demanda, con fundamento en lo siguiente.

Preliminarmente precisó que corresponde al Ministerio de Educación Nacional – FOMAG y no a la entidad territorial demandada, el reconocimiento de la pensión de jubilación, así como el descuento de los aportes de salud de los docentes.

Explicó que las mesadas adicionales correspondientes a los meses de junio y diciembre tienen origen legal y fueron consagradas, respectivamente, en el artículo 15 –literal b del numeral 2– de la Ley 91 de 1989 y el artículo 5 de la Ley 4ª de 1976, como beneficios extras para los pensionados afiliados al FOMAG así como para los pensionados del sector público.

Indicó que los descuentos con destino a salud fueron consagrados inicialmente en el artículo 2 del Decreto 1743 de 1966, reglamentario de la Ley 6ª de 1966, en cuantía del 5% del valor de la respectiva pensión mensual. Acotó que en similares términos fue previsto el referido descuento en el numeral 3 del artículo 90 del Decreto 1848 de 1969, reglamentario del Decreto 3531 (sic) de 1968.

³ Conceptos del 16 de diciembre de 1997 (Radicado: 1064) y del 11 de marzo de 2010 (Radicado: 11001-03-06-000-2010-00009-00(1988)).

Sostuvo que el artículo 7 de la Ley 42 de 1982 y el artículo 5 de la Ley 43 de 1984 prohibieron que sobre la mesada adicional prevista por la Ley 4ª de 1976 se hiciera descuento alguno, particularmente el del 5% con destino a salud conforme al artículo 90 del Decreto 1848 de 1969.

Expuso que la Ley 91 de 1989 que creó el FOMAG, dispuso que dicho fondo estaría constituido, entre otros recursos, por el 5% de cada mesada pensional, incluidas las mesadas adicionales, como un aporte de los pensionados.

Precisó que las mesadas adicionales de junio y diciembre también fueron previstas por la Ley 100 de 1993; y que sobre las mismas, el parágrafo del artículo 1º del Decreto 1073 de 2002, prohibió la realización de descuentos.

Señaló que con el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, los docentes que se vincularan a partir de la entrada en vigencia de dicha norma tendrían los derechos pensionales del régimen pensional de prima media previsto por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003; disposiciones éstas a las que quedarían igualmente sujetos los aportes para salud y pensión de los docentes afiliados al FOMAG.

Afirmó que como la disposición referida no hizo distinción frente a los afiliados pensionados, éstos también quedaron obligados a efectuar las cotizaciones a salud en los montos previstos por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, tal como tuvo oportunidad de precisarlo la Corte Constitucional en sentencia C-369 de 2004.

En lo que respecta al monto de las cotizaciones a salud, indicó que el artículo 204 de la Ley 100 de 1993 lo fijó en 12%, el cual fue incrementado en 0.5% por el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007, y posteriormente disminuido al mismo 12% en aplicación del artículo 1º de la Ley 1250 de 2008.

En ese orden de ideas, consideró la Juez de primera instancia que los pensionados afiliados al FOMAG deben hacer aportes a salud sobre sus mesadas pensionales en los montos indicados anteriormente, incluyendo las mesadas adicionales, tal como lo indicó la Sección Cuarta del Consejo de Estado en sentencia proferida el 16 de diciembre de 2015 dentro del expediente radicado con el número 2015-02164.

Estimó que a los docentes no se les puede aplicar las normas de la Ley 100 de 1993 que eximieron a los beneficiarios del régimen general de pensiones del descuento sobre las mesadas adicionales, pues los afiliados al FOMAG

sólo se gobiernan por dicha ley en lo que respecta al porcentaje de la cotización a salud, sin modificar el régimen pensional.

Descendiendo al caso concreto, el Juez *a quo* manifestó que de los elementos materiales probatorios allegados al expediente se advertía que los descuentos por salud realizados sobre la pensión de jubilación de la parte demandante se encontraban ajustados a derecho y en los montos que correspondía conforme a la normativa vigente.

RECURSO DE APELACIÓN

Mediante memorial obrante de folios 60 a 73 del cuaderno principal, la parte demandante interpuso recurso de apelación frente a la sentencia de primera instancia, por las siguientes razones.

Expuso que de conformidad con el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrían el régimen prestacional que venían gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

En ese sentido, y como la parte demandante estuvo vinculada al servicio antes del 31 de diciembre de 1989, no puede aplicársele el régimen exceptuado de la Ley 91 de 1989 que incluyó las mesadas adicionales como base de los aportes a salud.

Acudió a la sentencia de unificación del Consejo de Estado CE-SUJ2 nº 001 de 2016 relacionada con la prima de servicios de los docentes, para señalar la manera en la cual debe interpretarse el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, y que en ese sentido no pueden desconocerse los derechos adquiridos de los docentes que por disposición legal de las entidades territoriales e incluso nacionales, les habían reconocido prestaciones más allá de las mínimas legales, entre ellas, la prohibición de descuentos de salud sobre mesadas adicionales.

Recordó que conforme al artículo 15 de la Ley 91 de 1989, los docentes que se vincularan a partir del 1º de enero de 1990 se regirían para efectos de prestaciones económicas y sociales, por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, esto es, los Decreto 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978.

Indicó que al analizar el contenido de los decretos citados, el único que se refirió a los descuentos para pensión fue el 3135 de 1968, que tampoco contempló un aporte sobre mesadas adicionales sino sólo sobre las

ordinarias en un 5%.

Relacionó las normas anteriores y posteriores a la Ley 91 de 1989, para señalar que en ellas no se contempló el descuento de los aportes de salud sobre las mesadas adicionales.

Precisó que en atención al principio de inescindibilidad de la norma, el numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989 que estableció el porcentaje de cotización en salud para el personal docente e incluyó para tal efecto las mesadas adicionales, debe entenderse derogado tácitamente desde el 27 de junio de 2003, fecha de promulgación de la Ley 812 de 2003.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante, Nación – Ministerio de Educación Nacional y Departamento de Caldas. Guardaron silencio en esta oportunidad procesal.

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 septiembre de 2020, y allegado el 21 de octubre de 2020 al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (archivo 13 expediente digital).

Admisión y alegatos. Por auto del 21 de octubre de 2020 se admitió el recurso de apelación y se corrió traslado para alegatos. Las partes no se pronunciaron en esta etapa procesal. El Ministerio Público no rindió concepto en esta oportunidad.

Paso a Despacho para sentencia. El 4 de diciembre de 2020 el proceso ingresó a Despacho para sentencia (archivo 16), 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 el siguiente interrogante:

¿Le asiste derecho a la parte actora a que no le realicen descuentos por concepto de aportes a salud sobre las mesadas adicionales de su pensión ordinaria de jubilación?

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** hechos probados; **ii)** aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud; **iii)** aportes a salud por parte de los afiliados al Fomag; **iv)** monto de los aportes en salud de los pensionados afiliados al Fomag; **v)** descuento de salud sobre las mesadas adicionales; y **vi)** examen del caso concreto.

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 1328 del 2000 (fl. 10, C.1), la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en nombre y representación del Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, reconoció por concepto de reliquidación pensional a la parte actora la suma de \$375.878, efectiva a partir del 12 de junio de 2000.

Según quedó consignado en la parte resolutive de dicho acto administrativo, de cada mesada pensional el FOMAG descontaría el 5%, para efectos de la prestación del servicio médico asistencial.

2. El 2 de agosto de 2018, la parte actora elevó solicitud a la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas (fl. 12, C.1), tendiente a obtener la devolución debidamente indexada y desde la fecha de reconocimiento pensional, de los dineros correspondientes a los aportes de salud

equivalentes al 12% y/o 12.5% sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre (mesadas 13 y 14), así como el cese de dichos descuentos.

3. Con Resolución nº 7453-6 del 27 de agosto de 2018 (fls. 13, C.1), la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en nombre y representación del Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, negó el cese y devolución de los aportes a salud sobre las mesadas adicionales pagadas a la parte demandante.
4. De conformidad con certificación expedida por la Fiduprevisora S.A. (fls. 16 a 20, C.1), sobre las mesadas adicionales recibidas por la parte actora, le fueron efectuados descuentos adicionales por concepto de salud.

Aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud

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.

Por su parte el artículo 49 de la Carta Política alude a la atención en salud como un servicio público a cargo del Estado, debiendo garantizar a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la 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.

El artículo 157 de la Ley 100 de 1993 estableció las modalidades en que los participantes del Sistema General de Seguridad Social acceden al servicio de salud: unos en calidad de afiliados al régimen contributivo o subsidiado y otros, en forma temporal, como vinculados.

Los pensionados por jubilación, vejez, invalidez o sobreviviente, pertenecen al régimen contributivo por tratarse de afiliados con capacidad de pago y aportan al Sistema General de Seguridad Social en Salud en calidad de cotizantes.

Para quienes se hubieren pensionado antes del 1º de abril de 1994, el artículo 143 de la Ley 100 de 1993 consagró un reajuste mensual equivalente a la

elevación en la cotización para salud que resultara de la aplicación de dicha ley. Así mismo dispuso que la cotización para salud de los pensionados estaría totalmente a su cargo, quienes podrían cancelarla mediante una cotización complementaria durante su período de vinculación laboral.

El artículo 280 de la Ley 100 de 1993 contempló la obligación, sin excepción, de aportar a partir del 1º de abril de 1994 a los fondos de solidaridad en los regímenes de salud y pensiones.

Sobre la obligación de cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud por parte de los pensionados, tanto en los regímenes especiales como en el ordinario, en sentencia T-835 de 2014 la Corte Constitucional precisó:

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. (Negrilla fuera de texto).

De conformidad con lo anterior, es evidente que el ordenamiento jurídico 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.

Conviene precisar que los aportes a salud para afiliados y pensionados se encontraban previstos igualmente antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en normas tales como la Ley 4ª de 1966⁴, que en su artículo 2 estableció específicamente para quienes eran beneficiarios de pensiones de la Caja Nacional de Previsión Social – CAJANAL, el deber de cotizar mensualmente el 5% de su mesada a favor de dicha entidad.

Lo anterior fue reiterado por el Decreto 3135 de 1968⁵ en su artículo 37, al señalar que:

A los pensionados por invalidez, jubilación y retiro por vejez se les prestará por la entidad que les pague la pensión, asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria.

Para este efecto el pensionado cotizará mensualmente un cinco por ciento (5%) de su pensión.

Aportes a salud por parte de los afiliados al FOMAG

La Ley 91 de 1989⁶ en su artículo 15 determinó el régimen aplicable para el personal docente dependiendo 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 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.

⁴ “Por la cual se provee de nuevos recursos a la Caja Nacional de Previsión Social, se reajustan las pensiones de jubilación e invalidez y se dictan otras disposiciones”.

⁵ “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”.

⁶ “Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”.

El artículo 5 numeral 2 de la citada disposición, señaló como uno de los objetivos del FOMAG, el de garantizar la prestación de los servicios médico asistenciales de los docentes. Para tal efecto, parte de los recursos de dicho fondo está constituido por *“El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados”* (numeral 5 del artículo 8, ibídem).

Por su parte, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003⁷, declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-369-04, previó que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados al servicio público educativo oficial antes de la entrada en vigencia de dicha ley, sería el establecido en las disposiciones vigentes con anterioridad. Del mismo modo consagró que los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la citada norma, serían afiliados al FOMAG y tendrían 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 sería de 57 años para hombres y mujeres.

En los incisos tercero y cuarto del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 se precisó que los servicios de salud para los docentes afiliados al FOMAG serían prestados conforme a la Ley 91 de 1989, y que el valor de sus cotizaciones correspondería a la suma de aportes que para salud y pensiones establecieran las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Posteriormente, el primer párrafo transitorio del Acto Legislativo nº 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 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”*.

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

Monto de los aportes en salud de los pensionados afiliados al FOMAG

⁷ *“Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario”*.

Al respecto, el artículo 204 de la Ley 100 de 1993 estableció que *“La cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud según las normas del presente régimen, será máximo del 12% del salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. Dos terceras partes de la cotización estarán a cargo del empleador y una tercera parte a cargo del trabajador. Un punto de la cotización será trasladado al Fondo de Solidaridad y Garantía para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado”*.

Dicha preceptiva fue modificada por el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007, que dispuso: *“La cotización al Régimen Contributivo de Salud será, a partir del primero (1°) de enero del año 2007, del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado. Las cotizaciones que hoy tienen para salud los regímenes especiales y de excepción se incrementarán en cero punto cinco por ciento (0,5%), a cargo del empleador, que será destinado a la subcuenta de solidaridad para completar el uno punto cinco a los que hace referencia el presente artículo. El cero punto cinco por ciento (0,5%) adicional reemplaza en parte el incremento del punto en pensiones aprobado en la Ley 797 de 2003, el cual sólo será incrementado por el Gobierno Nacional en cero punto cinco por ciento (0,5%)”*.

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

Tratándose de afiliados al FOMAG, se recuerda que el porcentaje de la cotización fue fijado por la Ley 91 de 1989 en 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 establecieran las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

En consonancia con lo anterior, las cotizaciones que se deducen de la mesada pensional de los afiliados al FOMAG equivalen al mismo porcentaje que se debe descontar en el Sistema General de Seguridad Social, según quedó expuesto anteriormente.

Respecto al monto de las cotizaciones que deben realizar los docentes pensionados afiliados al FOMAG, por concepto de salud, la Sección

Segunda del Consejo de Estado en sentencia del 10 de mayo de 2018⁸, 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 (sic) 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 (sic) 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, se evidencia que el legislador, se (sic) 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)

5. En relación con el porcentaje de la cotización para salud del trabajador, la legislación ha variado el porcentaje del 5% al 12.5%

(...)

6.2. (sic) Afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterios

Ley 91 de 1989 artículo 8-5	5%
Ley 812 de 2003º, artículo 81	El valor total de la tasa de cotización por

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejero ponente: César Palomino Cortés. Sentencia del 10 de mayo de 2018. Radicación número: 68001-23-31-000-2010-00624-01(0340-14).

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

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

(...)

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

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

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

⁹ Cita de cita: Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario"El (sic) Congreso de Colombia

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. ..."¹⁰ (Negrilla es del texto).

De las normas anotadas y los postulados jurisprudenciales esgrimidos, se colige que los pensionados afiliados al FOMAG, no obstante ser beneficiarios del régimen especial en pensiones previsto en la Ley 91 de 1989, están obligados a hacer los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, en el porcentaje dispuesto en la Ley 812 de 2003.

Descuento de salud sobre las mesadas adicionales

¹⁰ Cita de cita: Corte Constitucional. Sentencia T-546 de 21 de julio de 2014 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Énfasis fuera de texto.

Tal como se indicó anteriormente, el numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989 estableció que parte de los recursos del FOMAG estaría constituido por *“El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados”*.

Así pues, los descuentos sobre mesadas adicionales para el caso de los docentes pensionados se hallan previstos en dicha normativa, 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 FOMAG– sí contiene dicha obligación, por lo que la extensión que del régimen de cotizaciones de la Ley 100 de 1993 hizo la Ley 812 de 2003, 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 de 1989, en cuanto prescribe que tales mesadas serán objeto de aportes con destino al sistema de salud.

En providencia de tutela del 14 de septiembre de 2017¹¹, la Sección Segunda del Consejo de Estado sostuvo lo siguiente en relación con la solicitud de devolución de aportes de salud sobre las mesadas adicionales de los pensionados afiliados al FOMAG:

(...) 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.

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. Gabriel Valbuena Hernández. Sentencia del 14 de septiembre de 2017. Radicación número: 11001-03-15-000-2017-01998-00(AC).

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. (Negrilla fuera de texto).

En ese orden de ideas, aun cuando los descuentos por concepto de salud 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 erige todo el Sistema de Seguridad Social, los descuentos por este concepto se avienen al ordenamiento jurídico, en aras de preservar la contribución al sistema para lograr la sostenibilidad, eficacia y financiación del mismo.

Examen del caso concreto

Los argumentos esbozados por la parte demandante en su recurso de apelación se contraen a indicar que a ésta le aplica la preceptiva contenida en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, que señala que quienes figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrían el régimen prestacional que habían venido gozando en cada entidad territorial, conforme a las normas vigentes y, por ende, se debe dar aplicación a los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, que no previeron los descuentos de las mesadas adicionales.

Considera la Sala, que no le asiste razón al impugnante al indicar que la parte actora es beneficiaria de los mencionados decretos en virtud del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, toda vez que en materia pensional y según la fecha de vinculación, los docentes afiliados al FOMAG se rigen por la Ley 812 de 2003 o la Ley 91 de 1989.

En análogo sentido, el análisis de esta controversia tampoco puede realizarse con sustento en las premisas de la providencia citada *in extenso* en el escrito de alzada, pues como lo reconoce la parte recurrente, el caso que allí se plantea se relaciona con otro tipo de prestación (prima de servicios), que si

bien se refiere a un docente, mal haría en extenderse una regla jurisprudencial a un caso cuyos patrones fácticos distan en grado sumo de aquellos que fueron materia de estudio por el órgano de cierre de esta Jurisdicción.

En este sentido, se tiene que los descuentos por concepto de salud aplicados a los pensionados afiliados al FOMAG sobre las mesadas ordinarias y adicionales de los meses de junio y diciembre, deben hacerse aplicando los porcentajes previstos por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con las modificaciones anteriormente señaladas.

Finalmente, respecto del argumento expuesto en el recurso de apelación consistente en la prescripción de sumas mal descontadas en el año 2009, este Tribunal se abstendrá de realizar pronunciamiento alguno, en tanto se advierte que dicha pretensión no fue motivo de reclamación en sede administrativa.

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 la devolución y cese de aportes a salud descontados sobre sus mesadas pensionales adicionales y, en tal sentido, se confirmará la sentencia dictada en primera instancia.

Costas

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

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

FALLA

Primero. CONFÍRMASE la sentencia del veinticinco (25) de febrero de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del

derecho promovido por la señora María Normery García González 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.

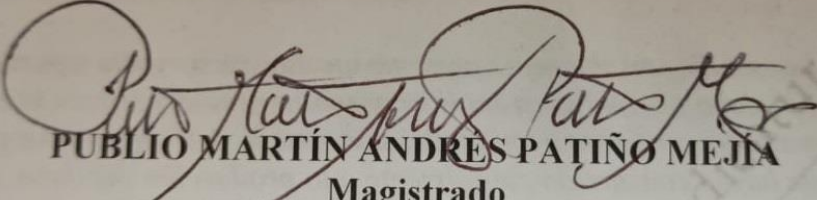
Tercero. **NOTIFÍQUESE** conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

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

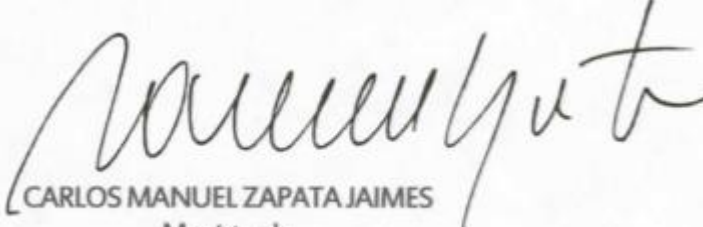
Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 050
FECHA: 23/03/2021



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
SECRETARIO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S. 073

Asunto:	Sentencia de segunda instancia
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-33-003-2018-00547-02
Demandante:	María Amparo Ladino
Demandados:	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°
012 del 19 de marzo de 2021**

Manizales, diecinueve (19) de marzo 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 veinticinco (25) de febrero de dos mil veinte (2020), 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 María Amparo Ladino contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG²) y el Departamento de Caldas.

LA DEMANDA

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 12 de diciembre de 2018 (fls. 1 a 7 y 23 a 30, C.1), se solicitó lo siguiente:

Pretensiones

1. Que se declare la nulidad total de la Resolución n° 8219-6 del 26 de

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, FOMAG.

septiembre de 2019, expedida por la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en representación del FOMAG.

2. Que se declare la nulidad parcial de la Resolución nº 6270-6 del 7 de octubre de 2013, expedida por la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en representación del FOMAG, con la cual reconoció pensión ordinaria de jubilación a favor de la parte actora.
3. Que como consecuencia de lo anterior, se reconozca lo solicitado en la reclamación administrativa presentada, esto es, que se ordene la devolución de los dineros correspondientes a los aportes de salud equivalentes al 12% y/o 12.5% sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre (mesada 13 y 14); que cese el descuento por tal concepto; y que las sumas anteriores sean reintegradas desde la fecha de reconocimiento pensional debidamente indexadas.
4. Que se declare a las entidades demandadas responsables de los perjuicios causados a la parte actora con ocasión de los descuentos por aportes de salud realizados sobre las mesadas adicionales de la pensión de derecho y la devolución de cualquier otro porcentaje de cotización a salud que se haya cobrado fuera de lo legal.
5. Que como consecuencia de lo anterior, se condene a la parte accionada al pago de los perjuicios causados.
6. Que las sumas resultantes de las condenas se indexen conforme al artículo 192 del CPACA.
7. Que se condene a la parte accionada al pago de costas y agencias en derecho.

Hechos

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

1. Mediante Resolución nº 6270-6 del 7 de octubre de 2013, la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en representación del FOMAG, reconoció pensión ordinaria de jubilación a favor de la señora María Amparo Ladino.
2. El acto administrativo de reconocimiento en su parte resolutive ordenó efectuar los descuentos de salud a favor del FOMAG.

3. Dependiendo de la normativa aplicable, los citados descuentos corresponden al 5%, 12% o 12.5%.
4. El porcentaje de descuento por concepto de aportes a salud para el caso concreto correspondía al 5% en aplicación del artículo 8 de la Ley 91 de 1989; después al 12% conforme a la Ley 812 de 2003; luego durante la vigencia de la Ley 1122 de 2007 al 12.5%; y finalmente al 12% desde el 27 de noviembre de 2008 con base en la Ley 1250 de 2008.
5. Desde la fecha de reconocimiento pensional hasta el momento de presentación de la demanda, el FOMAG a través de la Fiduprevisora descuenta a la parte actora el porcentaje del 12%, por concepto de aportes a salud sobre las mesadas pensionales mensuales.
6. Los anteriores descuentos se realizan no sólo sobre las mesadas ordinarias sino también respecto de las mesadas adicionales 13 y 14, correspondientes a los meses de junio y diciembre.
7. La parte accionante elevó petición ante la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, a través de la cual solicitó no sólo el cese y devolución de aportes de salud sobre las mesadas adicionales, sino también que se realizara descuento sobre toda la mesada únicamente del 12% y no del 12.5%.
8. Con Resolución nº 8219-6 del 26 de septiembre de 2019, la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en representación del FOMAG negó la reclamación hecha.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte actora estimó como violadas las siguientes disposiciones: Ley 42 de 1982; Ley 43 de 1984: artículo 5; Ley 91 de 1989; Ley 100 de 1993: artículos 50, 142 y 279; Ley 797 de 2003; Ley 812 de 2003: artículo 81; Decreto 1073 de 2002; Decreto 3752 de 2003: artículos 1, 4 y 5; y Ley 1250 de 2007.

Indicó que las Leyes 42 de 1982 y 43 de 1984 prohibieron expresamente la realización de cualquier descuento sobre la mensualidad adicional reconocida a los pensionados por la Ley 4ª de 1976.

Precisó que el beneficio de las mesadas pensionales adicionales para los docentes quedó contemplado en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989; y que sobre el mismo es indebido realizar descuentos para salud, conforme lo

expuso la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado³.

Expuso que a similar conclusión llegó el Tribunal Administrativo del Quindío en una sus providencias sobre el tema, del cual cita apartes.

Sostuvo que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, se derogó tácitamente la norma especial consagrada en el artículo 8 –numeral 5– de la Ley 91 de 1989, y conforme al principio de inescindibilidad de la norma, resulta improcedente hacer descuentos de salud sobre las mesadas adicionales al personal docente afiliado al FOMAG.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Según constancia que obra a folio 38 del expediente digital, la Nación – Ministerio de Educación Nacional y el Departamento de Caldas no se pronunciaron en esta etapa procesal.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El 25 de febrero de 2020, el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia (fls. 43 vuelto a 48 Vuelto, C.1), a través de la cual negó las súplicas de la demanda, con fundamento en lo siguiente.

Preliminarmente precisó que corresponde al Ministerio de Educación Nacional – FOMAG y no a la entidad territorial demandada, el reconocimiento de la pensión de jubilación, así como el descuento de los aportes de salud de los docentes.

Explicó que las mesadas adicionales correspondientes a los meses de junio y diciembre tienen origen legal y fueron consagradas, respectivamente, en el artículo 15 –literal b del numeral 2– de la Ley 91 de 1989 y el artículo 5 de la Ley 4ª de 1976, como beneficios extras para los pensionados afiliados al FOMAG así como para los pensionados del sector público.

Indicó que los descuentos con destino a salud fueron consagrados inicialmente en el artículo 2 del Decreto 1743 de 1966, reglamentario de la Ley 6ª de 1966, en cuantía del 5% del valor de la respectiva pensión mensual. Acotó que en similares términos fue previsto el referido descuento en el numeral 3 del artículo 90 del Decreto 1848 de 1969, reglamentario del Decreto 3531 (sic) de 1968.

³ Conceptos del 16 de diciembre de 1997 (Radicado: 1064) y del 11 de marzo de 2010 (Radicado: 11001-03-06-000-2010-00009-00(1988)).

Sostuvo que el artículo 7 de la Ley 42 de 1982 y el artículo 5 de la Ley 43 de 1984 prohibieron que sobre la mesada adicional prevista por la Ley 4ª de 1976 se hiciera descuento alguno, particularmente el del 5% con destino a salud conforme al artículo 90 del Decreto 1848 de 1969.

Expuso que la Ley 91 de 1989 que creó el FOMAG, dispuso que dicho fondo estaría constituido, entre otros recursos, por el 5% de cada mesada pensional, incluidas las mesadas adicionales, como un aporte de los pensionados.

Precisó que las mesadas adicionales de junio y diciembre también fueron previstas por la Ley 100 de 1993; y que sobre las mismas, el parágrafo del artículo 1º del Decreto 1073 de 2002, prohibió la realización de descuentos.

Señaló que con el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, los docentes que se vincularan a partir de la entrada en vigencia de dicha norma tendrían los derechos pensionales del régimen pensional de prima media previsto por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003; disposiciones éstas a las que quedarían igualmente sujetos los aportes para salud y pensión de los docentes afiliados al FOMAG.

Afirmó que como la disposición referida no hizo distinción frente a los afiliados pensionados, éstos también quedaron obligados a efectuar las cotizaciones a salud en los montos previstos por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, tal como tuvo oportunidad de precisarlo la Corte Constitucional en sentencia C-369 de 2004.

En lo que respecta al monto de las cotizaciones a salud, indicó que el artículo 204 de la Ley 100 de 1993 lo fijó en 12%, el cual fue incrementado en 0.5% por el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007, y posteriormente disminuido al mismo 12% en aplicación del artículo 1º de la Ley 1250 de 2008.

En ese orden de ideas, consideró la Juez de primera instancia que los pensionados afiliados al FOMAG deben hacer aportes a salud sobre sus mesadas pensionales en los montos indicados anteriormente, incluyendo las mesadas adicionales, tal como lo indicó la Sección Cuarta del Consejo de Estado en sentencia proferida el 16 de diciembre de 2015 dentro del expediente radicado con el número 2015-02164.

Estimó que a los docentes no se les puede aplicar las normas de la Ley 100 de 1993 que eximieron a los beneficiarios del régimen general de pensiones del descuento sobre las mesadas adicionales, pues los afiliados al FOMAG

sólo se gobiernan por dicha ley en lo que respecta al porcentaje de la cotización a salud, sin modificar el régimen pensional.

Descendiendo al caso concreto, el Juez *a quo* manifestó que de los elementos materiales probatorios allegados al expediente se advertía que los descuentos por salud realizados sobre la pensión de jubilación de la parte demandante se encontraban ajustados a derecho y en los montos que correspondía conforme a la normativa vigente.

RECURSO DE APELACIÓN

Mediante memorial obrante de folios 58 a 71 del cuaderno principal, la parte demandante interpuso recurso de apelación frente a la sentencia de primera instancia, por las siguientes razones.

Expuso que de conformidad con el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrían el régimen prestacional que venían gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

En ese sentido, y como la parte demandante estuvo vinculada al servicio antes del 31 de diciembre de 1989, no puede aplicársele el régimen exceptuado de la Ley 91 de 1989 que incluyó las mesadas adicionales como base de los aportes a salud.

Acudió a la sentencia de unificación del Consejo de Estado CE-SUJ2 nº 001 de 2016 relacionada con la prima de servicios de los docentes, para señalar la manera en la cual debe interpretarse el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, y que en ese sentido no pueden desconocerse los derechos adquiridos de los docentes que por disposición legal de las entidades territoriales e incluso nacionales, les habían reconocido prestaciones más allá de las mínimas legales, entre ellas, la prohibición de descuentos de salud sobre mesadas adicionales.

Recordó que conforme al artículo 15 de la Ley 91 de 1989, los docentes que se vincularan a partir del 1º de enero de 1990 se regirían para efectos de prestaciones económicas y sociales, por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, esto es, los Decreto 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978.

Indicó que al analizar el contenido de los decretos citados, el único que se refirió a los descuentos para pensión fue el 3135 de 1968, que tampoco contempló un aporte sobre mesadas adicionales sino sólo sobre las

ordinarias en un 5%.

Relacionó las normas anteriores y posteriores a la Ley 91 de 1989, para señalar que en ellas no se contempló el descuento de los aportes de salud sobre las mesadas adicionales.

Precisó que en atención al principio de inescindibilidad de la norma, el numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989 que estableció el porcentaje de cotización en salud para el personal docente e incluyó para tal efecto las mesadas adicionales, debe entenderse derogado tácitamente desde el 27 de junio de 2003, fecha de promulgación de la Ley 812 de 2003.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante, Nación – Ministerio de Educación Nacional y Departamento de Caldas. Guardaron silencio en esta oportunidad procesal.

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 septiembre de 2020, y allegado el 21 de octubre de 2020 al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (archivo 13 expediente digital).

Admisión y alegatos. Por auto del 21 de octubre de 2020 se admitió el recurso de apelación y se corrió traslado para alegatos. Las partes no se pronunciaron en esta etapa procesal. El Ministerio Público no rindió concepto en esta oportunidad.

Paso a Despacho para sentencia. El 4 de diciembre de 2020 el proceso ingresó a Despacho para sentencia (archivo 16), 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 el siguiente interrogante:

¿Le asiste derecho a la parte actora a que no le realicen descuentos por concepto de aportes a salud sobre las mesadas adicionales de su pensión ordinaria de jubilación?

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** hechos probados; **ii)** aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud; **iii)** aportes a salud por parte de los afiliados al Fomag; **iv)** monto de los aportes en salud de los pensionados afiliados al Fomag; **v)** descuento de salud sobre las mesadas adicionales; y **vi)** examen del caso concreto.

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 6270 del 7 de octubre de 2013 (fl. 10, C.1), la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en nombre y representación del Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, reconoció pensión a la parte actora en cuantía de \$2.152.361.

Según quedó consignado en la parte resolutive de dicho acto administrativo, de cada mesada pensional el FOMAG descontaría el 12%, para efectos de la prestación del servicio médico asistencial.

2. El 2 de agosto de 2018, la parte actora elevó solicitud a la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas (fl. 12, C.1), tendiente a obtener la devolución debidamente indexada y desde la fecha de reconocimiento pensional, de los dineros correspondientes a los aportes de salud equivalentes al 12% y/o 12.5% sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre (mesadas 13 y 14), así como el cese de dichos descuentos.

3. Con Resolución nº 8219-6 del 26 de septiembre de 2019 (fls. 13, C.1), la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en nombre y representación del Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, negó el cese y devolución de los aportes a salud sobre las mesadas adicionales pagadas a la parte demandante.
4. De conformidad con certificación expedida por la Fiduprevisora S.A. (fls. 16 a 20, C.1), sobre las mesadas adicionales recibidas por la parte actora, le fueron efectuados descuentos adicionales por concepto de salud.

Aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud

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.

Por su parte el artículo 49 de la Carta Política alude a la atención en salud como un servicio público a cargo del Estado, debiendo garantizar a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la 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.

El artículo 157 de la Ley 100 de 1993 estableció las modalidades en que los participantes del Sistema General de Seguridad Social acceden al servicio de salud: unos en calidad de afiliados al régimen contributivo o subsidiado y otros, en forma temporal, como vinculados.

Los pensionados por jubilación, vejez, invalidez o sobreviviente, pertenecen al régimen contributivo por tratarse de afiliados con capacidad de pago y aportan al Sistema General de Seguridad Social en Salud en calidad de cotizantes.

Para quienes se hubieren pensionado antes del 1º de abril de 1994, el artículo 143 de la Ley 100 de 1993 consagró un reajuste mensual equivalente a la elevación en la cotización para salud que resultara de la aplicación de dicha ley. Así mismo dispuso que la cotización para salud de los pensionados

estaría totalmente a su cargo, quienes podrían cancelarla mediante una cotización complementaria durante su período de vinculación laboral.

El artículo 280 de la Ley 100 de 1993 contempló la obligación, sin excepción, de aportar a partir del 1º de abril de 1994 a los fondos de solidaridad en los regímenes de salud y pensiones.

Sobre la obligación de cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud por parte de los pensionados, tanto en los regímenes especiales como en el ordinario, en sentencia T-835 de 2014 la Corte Constitucional precisó:

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

De conformidad con lo anterior, es evidente que el ordenamiento jurídico 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.

Conviene precisar que los aportes a salud para afiliados y pensionados se encontraban previstos igualmente antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en normas tales como la Ley 4ª de 1966⁴, que en su artículo 2 estableció específicamente para quienes eran beneficiarios de pensiones de la Caja Nacional de Previsión Social – CAJANAL, el deber de cotizar mensualmente el 5% de su mesada a favor de dicha entidad.

Lo anterior fue reiterado por el Decreto 3135 de 1968⁵ en su artículo 37, al señalar que:

A los pensionados por invalidez, jubilación y retiro por vejez se les prestará por la entidad que les pague la pensión, asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria.

Para este efecto el pensionado cotizará mensualmente un cinco por ciento (5%) de su pensión.

Aportes a salud por parte de los afiliados al FOMAG

La Ley 91 de 1989⁶ en su artículo 15 determinó el régimen aplicable para el personal docente dependiendo 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 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.

El artículo 5 numeral 2 de la citada disposición, señaló como uno de los objetivos del FOMAG, el de garantizar la prestación de los servicios médico asistenciales de los docentes. Para tal efecto, parte de los recursos de dicho

⁴ “Por la cual se provee de nuevos recursos a la Caja Nacional de Previsión Social, se reajustan las pensiones de jubilación e invalidez y se dictan otras disposiciones”.

⁵ “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”.

⁶ “Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”.

fondo está constituido por *“El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados”* (numeral 5 del artículo 8, ibídem).

Por su parte, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003⁷, declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-369-04, previó que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados al servicio público educativo oficial antes de la entrada en vigencia de dicha ley, sería el establecido en las disposiciones vigentes con anterioridad. Del mismo modo consagró que los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la citada norma, serían afiliados al FOMAG y tendrían 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 sería de 57 años para hombres y mujeres.

En los incisos tercero y cuarto del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 se precisó que los servicios de salud para los docentes afiliados al FOMAG serían prestados conforme a la Ley 91 de 1989, y que el valor de sus cotizaciones correspondería a la suma de aportes que para salud y pensiones establecieran las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Posteriormente, el primer párrafo transitorio del Acto Legislativo nº 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 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”*.

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

Monto de los aportes en salud de los pensionados afiliados al FOMAG

Al respecto, el artículo 204 de la Ley 100 de 1993 estableció que *“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*

⁷ *“Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario”*.

la cotización estarán a cargo del empleador y una tercera parte a cargo del trabajador. Un punto de la cotización será trasladado al Fondo de Solidaridad y Garantía para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado”.

Dicha preceptiva fue modificada por el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007, que dispuso: *“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 del artículo 1º de la Ley 1250 de 2008, se adicionó el artículo 204 de la Ley 100 de 1993 para establecer que la cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados sería del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional.

Tratándose de afiliados al FOMAG, se recuerda que el porcentaje de la cotización fue fijado por la Ley 91 de 1989 en 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 establecieran las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

En consonancia con lo anterior, las cotizaciones que se deducen de la mesada pensional de los afiliados al FOMAG equivalen al mismo porcentaje que se debe descontar en el Sistema General de Seguridad Social, según quedó expuesto anteriormente.

Respecto al monto de las cotizaciones que deben realizar los docentes pensionados afiliados al FOMAG, por concepto de salud, la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia del 10 de mayo de 2018⁸, precisó:

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejero ponente: César Palomino Cortés. Sentencia del 10 de mayo de 2018. Radicación número: 68001-23-31-000-2010-00624-01(0340-14).

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 (sic) 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 (sic) 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, se evidencia que el legislador, se (sic) 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)

5. En relación con el porcentaje de la cotización para salud del trabajador, la legislación ha variado el porcentaje del 5% al 12.5%

(...)

6.2. (sic) Afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterios

Ley 91 de 1989 artículo 8-5	5%
Ley 812 de 2003 ⁹ , 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

⁹ Cita de cita: Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario"El (sic) Congreso de Colombia

	<i>establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.</i>

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

(...)

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

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

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

Cuando la persona afiliada como cotizante a un régimen de excepción tenga una relación laboral o ingresos adicionales sobre los cuales esté obligado a cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud, su empleador o administrador de pensiones deberá efectuar la respectiva cotización al Fosyga en

los formularios que para tal efecto defina el Ministerio de Salud. Los servicios asistenciales serán prestados, exclusivamente a través del régimen de excepción; las prestaciones económicas a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, serán cubiertas por el Fosyga en proporción al Ingreso Base de cotización sobre el cual se realizaron los respectivos aportes. Para tal efecto el empleador hará los trámites respectivos...”.

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

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

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

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

De esta manera, por virtud de la misma disposición, a los

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

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

...

26. De lo expuesto se puede concluir que todo pensionado debe contribuir a la sostenibilidad y eficiencia del sistema General de Salud, no sólo para recibir los distintos beneficios, sino para financiar el sistema en su conjunto, colaborando con sus aportes a la prestación de la asistencia médica de todas las personas que pertenecen al régimen subsidiado, en desarrollo del principio de solidaridad consagrado en la Constitución. ...”¹⁰ (Negrilla es del texto).

De las normas anotadas y los postulados jurisprudenciales esgrimidos, se colige que los pensionados afiliados al FOMAG, no obstante ser beneficiarios del régimen especial en pensiones previsto en la Ley 91 de 1989, están obligados a hacer los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, en el porcentaje dispuesto en la Ley 812 de 2003.

Descuento de salud sobre las mesadas adicionales

Tal como se indicó anteriormente, el numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989 estableció que parte de los recursos del FOMAG estaría constituido por *“El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados”.*

¹⁰ Cita de cita: Corte Constitucional. Sentencia T-546 de 21 de julio de 2014 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Énfasis fuera de texto.

Así pues, los descuentos sobre mesadas adicionales para el caso de los docentes pensionados se hallan previstos en dicha normativa, 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 FOMAG– sí contiene dicha obligación, por lo que la extensión que del régimen de cotizaciones de la Ley 100 de 1993 hizo la Ley 812 de 2003, 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 de 1989, en cuanto prescribe que tales mesadas serán objeto de aportes con destino al sistema de salud.

En providencia de tutela del 14 de septiembre de 2017¹¹, la Sección Segunda del Consejo de Estado sostuvo lo siguiente en relación con la solicitud de devolución de aportes de salud sobre las mesadas adicionales de los pensionados afiliados al FOMAG:

(...) 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.

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. Gabriel Valbuena Hernández. Sentencia del 14 de septiembre de 2017. Radicación número: 11001-03-15-000-2017-01998-00(AC).

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. (Negrilla fuera de texto).

En ese orden de ideas, aun cuando los descuentos por concepto de salud 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 erige todo el Sistema de Seguridad Social, los descuentos por este concepto se avienen al ordenamiento jurídico, en aras de preservar la contribución al sistema para lograr la sostenibilidad, eficacia y financiación del mismo.

Examen del caso concreto

Los argumentos esbozados por la parte demandante en su recurso de apelación se contraen a indicar que a ésta le aplica la preceptiva contenida en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, que señala que quienes figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrían el régimen prestacional que habían venido gozando en cada entidad territorial, conforme a las normas vigentes y, por ende, se debe dar aplicación a los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, que no previeron los descuentos de las mesadas adicionales.

Considera la Sala, que no le asiste razón al impugnante al indicar que la parte actora es beneficiaria de los mencionados decretos en virtud del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, toda vez que en materia pensional y según la fecha de vinculación, los docentes afiliados al FOMAG se rigen por la Ley 812 de 2003 o la Ley 91 de 1989.

En análogo sentido, el análisis de esta controversia tampoco puede realizarse con sustento en las premisas de la providencia citada *in extenso* en el escrito de alzada, pues como lo reconoce la parte recurrente, el caso que allí se plantea se relaciona con otro tipo de prestación (prima de servicios), que si bien se refiere a un docente, mal haría en extenderse una regla jurisprudencial a un caso cuyos patrones fácticos distan en grado sumo de aquellos que fueron materia de estudio por el órgano de cierre de esta Jurisdicción.

En este sentido, se tiene que los descuentos por concepto de salud aplicados a los pensionados afiliados al FOMAG sobre las mesadas ordinarias y adicionales de los meses de junio y diciembre, deben hacerse aplicando los porcentajes previstos por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con las modificaciones anteriormente señaladas.

Finalmente, respecto del argumento expuesto en el recurso de apelación consistente en la prescripción de sumas mal descontadas en el año 2009, este Tribunal se abstendrá de realizar pronunciamiento alguno, en tanto se advierte que dicha pretensión no fue motivo de reclamación en sede administrativa.

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 la devolución y cese de aportes a salud descontados sobre sus mesadas pensionales adicionales y, en tal sentido, se confirmará la sentencia dictada en primera instancia.

Costas

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

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

FALLA

Primero. CONFÍRMASE la sentencia del veinticinco (25) de febrero de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora María Amparo Ladino 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.

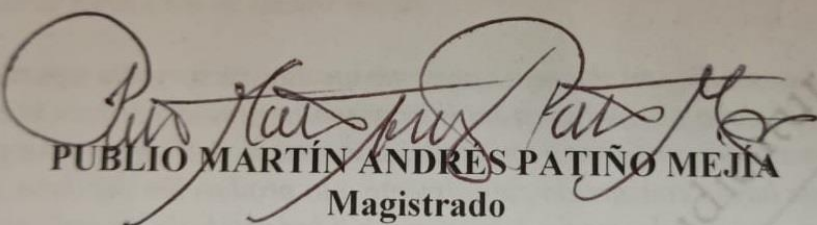
Tercero. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

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

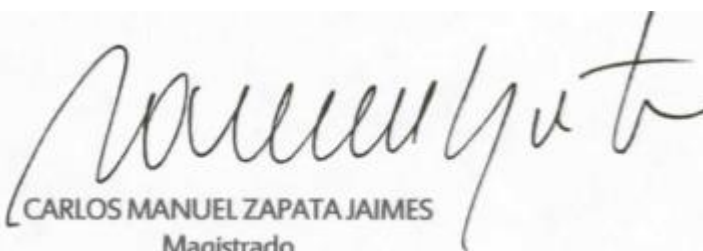
Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLICIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 050
FECHA: 23/03/2021



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
SECRETARIO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S. 70.

Asunto:	Sentencia de segunda instancia
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-33-003-2018-00557-02
Demandante:	Edilma Valencia de Barrera
Demandados:	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°
012 del 19 de marzo de 2021**

Manizales, diecinueve (19) de marzo 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 veinticinco (25) de febrero de dos mil veinte (2020), 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 Edilma Valencia de Barrera contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG²) y el Departamento de Caldas.

LA DEMANDA

En ejercicio de este medio de control (archivos 2 y 4 expediente digital), se solicitó lo siguiente:

Pretensiones

1. Que se declare la nulidad total de la Resolución n° 7111-6 del 15 de

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, FOMAG.

agosto de 2018, expedida por la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en representación del FOMAG.

2. Que se declare la nulidad parcial de la Resolución nº 0661-6 del 8 de julio de 2005, expedida por la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en representación del FOMAG, con la cual reconoció pensión ordinaria de jubilación a favor de la parte actora.
3. Que como consecuencia de lo anterior, se reconozca lo solicitado en la reclamación administrativa presentada, esto es, que se ordene la devolución de los dineros correspondientes a los aportes de salud equivalentes al 12% y/o 12.5% sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre (mesada 13 y 14); que cese el descuento por tal concepto; y que las sumas anteriores sean reintegradas desde la fecha de reconocimiento pensional debidamente indexadas.
4. Que se declare a las entidades demandadas responsables de los perjuicios causados a la parte actora con ocasión de los descuentos por aportes de salud realizados sobre las mesadas adicionales de la pensión de derecho y la devolución de cualquier otro porcentaje de cotización a salud que se haya cobrado fuera de lo legal.
5. Que como consecuencia de lo anterior, se condene a la parte accionada al pago de los perjuicios causados.
6. Que las sumas resultantes de las condenas se indexen conforme al artículo 192 del CPACA.
7. Que se condene a la parte accionada al pago de costas y agencias en derecho.

Hechos

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

1. Mediante Resolución nº 0661-6 del 8 de julio de 2005, la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en representación del FOMAG, reconoció pensión ordinaria de jubilación a favor de la señora Edilma Valencia de Barrera.
2. El acto administrativo de reconocimiento en su parte resolutive ordenó efectuar los descuentos de salud a favor del FOMAG.

3. Dependiendo de la normativa aplicable, los citados descuentos corresponden al 5%, 12% o 12.5%.
4. El porcentaje de descuento por concepto de aportes a salud para el caso concreto correspondía al 5% en aplicación del artículo 8 de la Ley 91 de 1989; después al 12% conforme a la Ley 812 de 2003; luego durante la vigencia de la Ley 1122 de 2007 al 12.5%; y finalmente al 12% desde el 27 de noviembre de 2008 con base en la Ley 1250 de 2008.
5. Desde la fecha de reconocimiento pensional hasta el momento de presentación de la demanda, el FOMAG a través de la Fiduprevisora descuenta a la parte actora el porcentaje del 12%, por concepto de aportes a salud sobre las mesadas pensionales mensuales.
6. Los anteriores descuentos se realizan no sólo sobre las mesadas ordinarias sino también respecto de las mesadas adicionales 13 y 14, correspondientes a los meses de junio y diciembre.
7. La parte accionante elevó petición ante la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, a través de la cual solicitó no sólo el cese y devolución de aportes de salud sobre las mesadas adicionales, sino también que se realizara descuento sobre toda la mesada únicamente del 12% y no del 12.5%.
8. Con Resolución nº 7111-6 del 15 de agosto de 2018, la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en representación del FOMAG negó la reclamación hecha.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte actora estimó como violadas las siguientes disposiciones: Ley 42 de 1982; Ley 43 de 1984: artículo 5; Ley 91 de 1989; Ley 100 de 1993: artículos 50, 142 y 279; Ley 797 de 2003; Ley 812 de 2003: artículo 81; Decreto 1073 de 2002; Decreto 3752 de 2003: artículos 1, 4 y 5; y Ley 1250 de 2007.

Indicó que las Leyes 42 de 1982 y 43 de 1984 prohibieron expresamente la realización de cualquier descuento sobre la mensualidad adicional reconocida a los pensionados por la Ley 4ª de 1976.

Precisó que el beneficio de las mesadas pensionales adicionales para los docentes quedó contemplado en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989; y que sobre el mismo es indebido realizar descuentos para salud, conforme lo

expuso la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado³.

Expuso que a similar conclusión llegó el Tribunal Administrativo del Quindío en una sus providencias sobre el tema, del cual cita apartes.

Sostuvo que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, se derogó tácitamente la norma especial consagrada en el artículo 8 –numeral 5– de la Ley 91 de 1989, y conforme al principio de inescindibilidad de la norma, resulta improcedente hacer descuentos de salud sobre las mesadas adicionales al personal docente afiliado al FOMAG.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

De acuerdo con lo expuesto en el acta de la audiencia inicial, la Nación – Ministerio de Educación Nacional y el Departamento de Caldas se pronunciaron en esta etapa procesal.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El 25 de febrero de 2020, el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia (archivo 7 expediente digital), a través de la cual negó las súplicas de la demanda, con fundamento en lo siguiente.

Preliminarmente precisó que corresponde al Ministerio de Educación Nacional – FOMAG y no a la entidad territorial demandada, el reconocimiento de la pensión de jubilación, así como el descuento de los aportes de salud de los docentes.

Explicó que las mesadas adicionales correspondientes a los meses de junio y diciembre tienen origen legal y fueron consagradas, respectivamente, en el artículo 15 –literal b del numeral 2– de la Ley 91 de 1989 y el artículo 5 de la Ley 4ª de 1976, como beneficios extras para los pensionados afiliados al FOMAG así como para los pensionados del sector público.

Indicó que los descuentos con destino a salud fueron consagrados inicialmente en el artículo 2 del Decreto 1743 de 1966, reglamentario de la Ley 6ª de 1966, en cuantía del 5% del valor de la respectiva pensión mensual. Acotó que en similares términos fue previsto el referido descuento en el numeral 3 del artículo 90 del Decreto 1848 de 1969, reglamentario del Decreto 3531 (sic) de 1968.

³ Conceptos del 16 de diciembre de 1997 (Radicado: 1064) y del 11 de marzo de 2010 (Radicado: 11001-03-06-000-2010-00009-00(1988)).

Sostuvo que el artículo 7 de la Ley 42 de 1982 y el artículo 5 de la Ley 43 de 1984 prohibieron que sobre la mesada adicional prevista por la Ley 4ª de 1976 se hiciera descuento alguno, particularmente el del 5% con destino a salud conforme al artículo 90 del Decreto 1848 de 1969.

Expuso que la Ley 91 de 1989 que creó el FOMAG, dispuso que dicho fondo estaría constituido, entre otros recursos, por el 5% de cada mesada pensional, incluidas las mesadas adicionales, como un aporte de los pensionados.

Precisó que las mesadas adicionales de junio y diciembre también fueron previstas por la Ley 100 de 1993; y que sobre las mismas, el parágrafo del artículo 1º del Decreto 1073 de 2002, prohibió la realización de descuentos.

Señaló que con el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, los docentes que se vincularan a partir de la entrada en vigencia de dicha norma tendrían los derechos pensionales del régimen pensional de prima media previsto por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003; disposiciones éstas a las que quedarían igualmente sujetos los aportes para salud y pensión de los docentes afiliados al FOMAG.

Afirmó que como la disposición referida no hizo distinción frente a los afiliados pensionados, éstos también quedaron obligados a efectuar las cotizaciones a salud en los montos previstos por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, tal como tuvo oportunidad de precisarlo la Corte Constitucional en sentencia C-369 de 2004.

En lo que respecta al monto de las cotizaciones a salud, indicó que el artículo 204 de la Ley 100 de 1993 lo fijó en 12%, el cual fue incrementado en 0.5% por el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007, y posteriormente disminuido al mismo 12% en aplicación del artículo 1º de la Ley 1250 de 2008.

En ese orden de ideas, consideró la Juez de primera instancia que los pensionados afiliados al FOMAG deben hacer aportes a salud sobre sus mesadas pensionales en los montos indicados anteriormente, incluyendo las mesadas adicionales, tal como lo indicó la Sección Cuarta del Consejo de Estado en sentencia proferida el 16 de diciembre de 2015 dentro del expediente radicado con el número 2015-02164.

Estimó que a los docentes no se les puede aplicar las normas de la Ley 100 de 1993 que eximieron a los beneficiarios del régimen general de pensiones del descuento sobre las mesadas adicionales, pues los afiliados al FOMAG

sólo se gobiernan por dicha ley en lo que respecta al porcentaje de la cotización a salud, sin modificar el régimen pensional.

Descendiendo al caso concreto, el Juez *a quo* manifestó que de los elementos materiales probatorios allegados al expediente se advertía que los descuentos por salud realizados sobre la pensión de jubilación de la parte demandante se encontraban ajustados a derecho y en los montos que correspondía conforme a la normativa vigente.

RECURSO DE APELACIÓN

Mediante memorial obrante en el expediente digital, la parte demandante interpuso recurso de apelación frente a la sentencia de primera instancia, por las siguientes razones.

Expuso que de conformidad con el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrían el régimen prestacional que venían gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

En ese sentido, y como la parte demandante estuvo vinculada al servicio antes del 31 de diciembre de 1989, no puede aplicársele el régimen exceptuado de la Ley 91 de 1989 que incluyó las mesadas adicionales como base de los aportes a salud.

Acudió a la sentencia de unificación del Consejo de Estado CE-SUJ2 nº 001 de 2016 relacionada con la prima de servicios de los docentes, para señalar la manera en la cual debe interpretarse el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, y que en ese sentido no pueden desconocerse los derechos adquiridos de los docentes que por disposición legal de las entidades territoriales e incluso nacionales, les habían reconocido prestaciones más allá de las mínimas legales, entre ellas, la prohibición de descuentos de salud sobre mesadas adicionales.

Recordó que conforme al artículo 15 de la Ley 91 de 1989, los docentes que se vincularan a partir del 1º de enero de 1990 se regirían para efectos de prestaciones económicas y sociales, por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, esto es, los Decreto 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978.

Indicó que al analizar el contenido de los decretos citados, el único que se refirió a los descuentos para pensión fue el 3135 de 1968, que tampoco contempló un aporte sobre mesadas adicionales sino sólo sobre las

ordinarias en un 5%.

Relacionó las normas anteriores y posteriores a la Ley 91 de 1989, para señalar que en ellas no se contempló el descuento de los aportes de salud sobre las mesadas adicionales.

Precisó que en atención al principio de inescindibilidad de la norma, el numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989 que estableció el porcentaje de cotización en salud para el personal docente e incluyó para tal efecto las mesadas adicionales, debe entenderse derogado tácitamente desde el 27 de junio de 2003, fecha de promulgación de la Ley 812 de 2003.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante, Nación – Ministerio de Educación Nacional y Departamento de Caldas. Guardaron silencio en esta oportunidad procesal.

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 septiembre de 2020, y allegado el 21 de octubre de 2020 al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (archivo 13 expediente digital).

Admisión y alegatos. Por auto del 21 de octubre de 2020 se admitió el recurso de apelación y se corrió traslado para alegatos. Las partes no se pronunciaron en esta etapa procesal. El Ministerio Público no rindió concepto en esta oportunidad.

Paso a Despacho para sentencia. El 4 de diciembre de 2020 el proceso ingresó a Despacho para sentencia (archivo 16), 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 el siguiente interrogante:

¿Le asiste derecho a la parte actora a que no le realicen descuentos por concepto de aportes a salud sobre las mesadas adicionales de su pensión ordinaria de jubilación?

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** hechos probados; **ii)** aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud; **iii)** aportes a salud por parte de los afiliados al Fomag; **iv)** monto de los aportes en salud de los pensionados afiliados al Fomag; **v)** descuento de salud sobre las mesadas adicionales; y **vi)** examen del caso concreto.

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 6270 del 7 de octubre de 2013 (fl. 10, C.1), la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en nombre y representación del Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, reconoció pensión a la parte actora.

Según quedó consignado en la parte resolutive de dicho acto administrativo, de cada mesada pensional el FOMAG descontaría el 12%, para efectos de la prestación del servicio médico asistencial.

2. El 2 de agosto de 2018, la parte actora elevó solicitud a la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas (fl. 12, C.1), tendiente a obtener la devolución debidamente indexada y desde la fecha de reconocimiento pensional, de los dineros correspondientes a los aportes de salud equivalentes al 12% y/o 12.5% sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre (mesadas 13 y 14), así como el cese de dichos descuentos.

3. Con Resolución n° 7111-6 del 15 de agosto de 2018 (fls. 13, C.1), la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en nombre y representación del Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, negó el cese y devolución de los aportes a salud sobre las mesadas adicionales pagadas a la parte demandante.
4. De conformidad con certificación expedida por la Fiduprevisora S.A. (fls. 16 a 20, C.1), sobre las mesadas adicionales recibidas por la parte actora, le fueron efectuados descuentos adicionales por concepto de salud.

Aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud

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.

Por su parte el artículo 49 de la Carta Política alude a la atención en salud como un servicio público a cargo del Estado, debiendo garantizar a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la 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.

El artículo 157 de la Ley 100 de 1993 estableció las modalidades en que los participantes del Sistema General de Seguridad Social acceden al servicio de salud: unos en calidad de afiliados al régimen contributivo o subsidiado y otros, en forma temporal, como vinculados.

Los pensionados por jubilación, vejez, invalidez o sobreviviente, pertenecen al régimen contributivo por tratarse de afiliados con capacidad de pago y aportan al Sistema General de Seguridad Social en Salud en calidad de cotizantes.

Para quienes se hubieren pensionado antes del 1º de abril de 1994, el artículo 143 de la Ley 100 de 1993 consagró un reajuste mensual equivalente a la elevación en la cotización para salud que resultara de la aplicación de dicha ley. Así mismo dispuso que la cotización para salud de los pensionados

estaría totalmente a su cargo, quienes podrían cancelarla mediante una cotización complementaria durante su período de vinculación laboral.

El artículo 280 de la Ley 100 de 1993 contempló la obligación, sin excepción, de aportar a partir del 1º de abril de 1994 a los fondos de solidaridad en los regímenes de salud y pensiones.

Sobre la obligación de cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud por parte de los pensionados, tanto en los regímenes especiales como en el ordinario, en sentencia T-835 de 2014 la Corte Constitucional precisó:

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

De conformidad con lo anterior, es evidente que el ordenamiento jurídico 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.

Conviene precisar que los aportes a salud para afiliados y pensionados se encontraban previstos igualmente antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en normas tales como la Ley 4ª de 1966⁴, que en su artículo 2 estableció específicamente para quienes eran beneficiarios de pensiones de la Caja Nacional de Previsión Social – CAJANAL, el deber de cotizar mensualmente el 5% de su mesada a favor de dicha entidad.

Lo anterior fue reiterado por el Decreto 3135 de 1968⁵ en su artículo 37, al señalar que:

A los pensionados por invalidez, jubilación y retiro por vejez se les prestará por la entidad que les pague la pensión, asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria.

Para este efecto el pensionado cotizará mensualmente un cinco por ciento (5%) de su pensión.

Aportes a salud por parte de los afiliados al FOMAG

La Ley 91 de 1989⁶ en su artículo 15 determinó el régimen aplicable para el personal docente dependiendo 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 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.

El artículo 5 numeral 2 de la citada disposición, señaló como uno de los objetivos del FOMAG, el de garantizar la prestación de los servicios médico asistenciales de los docentes. Para tal efecto, parte de los recursos de dicho

⁴ “Por la cual se provee de nuevos recursos a la Caja Nacional de Previsión Social, se reajustan las pensiones de jubilación e invalidez y se dictan otras disposiciones”.

⁵ “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”.

⁶ “Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”.

fondo está constituido por *“El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados”* (numeral 5 del artículo 8, ibídem).

Por su parte, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003⁷, declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-369-04, previó que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados al servicio público educativo oficial antes de la entrada en vigencia de dicha ley, sería el establecido en las disposiciones vigentes con anterioridad. Del mismo modo consagró que los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la citada norma, serían afiliados al FOMAG y tendrían 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 sería de 57 años para hombres y mujeres.

En los incisos tercero y cuarto del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 se precisó que los servicios de salud para los docentes afiliados al FOMAG serían prestados conforme a la Ley 91 de 1989, y que el valor de sus cotizaciones correspondería a la suma de aportes que para salud y pensiones establecieran las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Posteriormente, el primer párrafo transitorio del Acto Legislativo nº 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 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”*.

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

Monto de los aportes en salud de los pensionados afiliados al FOMAG

Al respecto, el artículo 204 de la Ley 100 de 1993 estableció que *“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*

⁷ *“Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario”.*

la cotización estarán a cargo del empleador y una tercera parte a cargo del trabajador. Un punto de la cotización será trasladado al Fondo de Solidaridad y Garantía para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado”.

Dicha preceptiva fue modificada por el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007, que dispuso: *“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 del artículo 1º de la Ley 1250 de 2008, se adicionó el artículo 204 de la Ley 100 de 1993 para establecer que la cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados sería del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional.

Tratándose de afiliados al FOMAG, se recuerda que el porcentaje de la cotización fue fijado por la Ley 91 de 1989 en 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 establecieran las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

En consonancia con lo anterior, las cotizaciones que se deducen de la mesada pensional de los afiliados al FOMAG equivalen al mismo porcentaje que se debe descontar en el Sistema General de Seguridad Social, según quedó expuesto anteriormente.

Respecto al monto de las cotizaciones que deben realizar los docentes pensionados afiliados al FOMAG, por concepto de salud, la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia del 10 de mayo de 2018⁸, precisó:

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejero ponente: César Palomino Cortés. Sentencia del 10 de mayo de 2018. Radicación número: 68001-23-31-000-2010-00624-01(0340-14).

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 (sic) 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 (sic) 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, se evidencia que el legislador, se (sic) 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)

5. En relación con el porcentaje de la cotización para salud del trabajador, la legislación ha variado el porcentaje del 5% al 12.5%

(...)

6.2. (sic) Afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterios

Ley 91 de 1989 artículo 8-5	5%
Ley 812 de 2003 ⁹ , 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

⁹ Cita de cita: Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario"El (sic) Congreso de Colombia

	<i>establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.</i>

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

(...)

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

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

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

Cuando la persona afiliada como cotizante a un régimen de excepción tenga una relación laboral o ingresos adicionales sobre los cuales esté obligado a cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud, su empleador o administrador de pensiones deberá efectuar la respectiva cotización al Fosyga en

los formularios que para tal efecto defina el Ministerio de Salud. Los servicios asistenciales serán prestados, exclusivamente a través del régimen de excepción; las prestaciones económicas a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, serán cubiertas por el Fosyga en proporción al Ingreso Base de cotización sobre el cual se realizaron los respectivos aportes. Para tal efecto el empleador hará los trámites respectivos...”.

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

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

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

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

De esta manera, por virtud de la misma disposición, a los

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

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

...

26. De lo expuesto se puede concluir que todo pensionado debe contribuir a la sostenibilidad y eficiencia del sistema General de Salud, no sólo para recibir los distintos beneficios, sino para financiar el sistema en su conjunto, colaborando con sus aportes a la prestación de la asistencia médica de todas las personas que pertenecen al régimen subsidiado, en desarrollo del principio de solidaridad consagrado en la Constitución. ...”¹⁰ (Negrilla es del texto).

De las normas anotadas y los postulados jurisprudenciales esgrimidos, se colige que los pensionados afiliados al FOMAG, no obstante ser beneficiarios del régimen especial en pensiones previsto en la Ley 91 de 1989, están obligados a hacer los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, en el porcentaje dispuesto en la Ley 812 de 2003.

Descuento de salud sobre las mesadas adicionales

Tal como se indicó anteriormente, el numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989 estableció que parte de los recursos del FOMAG estaría constituido por *“El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados”.*

¹⁰ Cita de cita: Corte Constitucional. Sentencia T-546 de 21 de julio de 2014 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Énfasis fuera de texto.

Así pues, los descuentos sobre mesadas adicionales para el caso de los docentes pensionados se hallan previstos en dicha normativa, 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 FOMAG– sí contiene dicha obligación, por lo que la extensión que del régimen de cotizaciones de la Ley 100 de 1993 hizo la Ley 812 de 2003, 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 de 1989, en cuanto prescribe que tales mesadas serán objeto de aportes con destino al sistema de salud.

En providencia de tutela del 14 de septiembre de 2017¹¹, la Sección Segunda del Consejo de Estado sostuvo lo siguiente en relación con la solicitud de devolución de aportes de salud sobre las mesadas adicionales de los pensionados afiliados al FOMAG:

(...) 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.

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. Gabriel Valbuena Hernández. Sentencia del 14 de septiembre de 2017. Radicación número: 11001-03-15-000-2017-01998-00(AC).

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. (Negrilla fuera de texto).

En ese orden de ideas, aun cuando los descuentos por concepto de salud 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 erige todo el Sistema de Seguridad Social, los descuentos por este concepto se avienen al ordenamiento jurídico, en aras de preservar la contribución al sistema para lograr la sostenibilidad, eficacia y financiación del mismo.

Examen del caso concreto

Los argumentos esbozados por la parte demandante en su recurso de apelación se contraen a indicar que a ésta le aplica la preceptiva contenida en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, que señala que quienes figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrían el régimen prestacional que habían venido gozando en cada entidad territorial, conforme a las normas vigentes y, por ende, se debe dar aplicación a los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, que no previeron los descuentos de las mesadas adicionales.

Considera la Sala, que no le asiste razón al impugnante al indicar que la parte actora es beneficiaria de los mencionados decretos en virtud del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, toda vez que en materia pensional y según la fecha de vinculación, los docentes afiliados al FOMAG se rigen por la Ley 812 de 2003 o la Ley 91 de 1989.

En análogo sentido, el análisis de esta controversia tampoco puede realizarse con sustento en las premisas de la providencia citada *in extenso* en el escrito de alzada, pues como lo reconoce la parte recurrente, el caso que allí se plantea se relaciona con otro tipo de prestación (prima de servicios), que si bien se refiere a un docente, mal haría en extenderse una regla jurisprudencial a un caso cuyos patrones fácticos distan en grado sumo de aquellos que fueron materia de estudio por el órgano de cierre de esta Jurisdicción.

En este sentido, se tiene que los descuentos por concepto de salud aplicados a los pensionados afiliados al FOMAG sobre las mesadas ordinarias y adicionales de los meses de junio y diciembre, deben hacerse aplicando los porcentajes previstos por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con las modificaciones anteriormente señaladas.

Finalmente, respecto del argumento expuesto en el recurso de apelación consistente en la prescripción de sumas mal descontadas en el año 2009, este Tribunal se abstendrá de realizar pronunciamiento alguno, en tanto se advierte que dicha pretensión no fue motivo de reclamación en sede administrativa.

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 la devolución y cese de aportes a salud descontados sobre sus mesadas pensionales adicionales y, en tal sentido, se confirmará la sentencia dictada en primera instancia.

Costas

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

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

FALLA

Primero. CONFÍRMASE la sentencia del veinticinco (25) de febrero de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Edilma Valencia de Barrera 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.

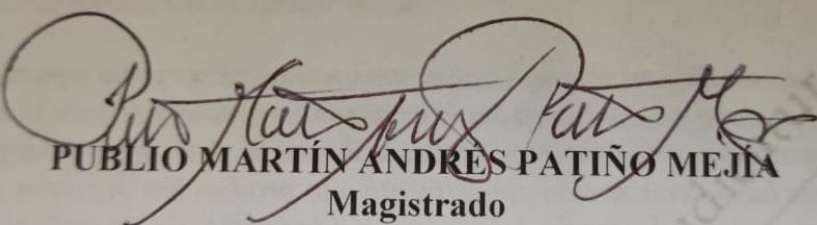
Tercero. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

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

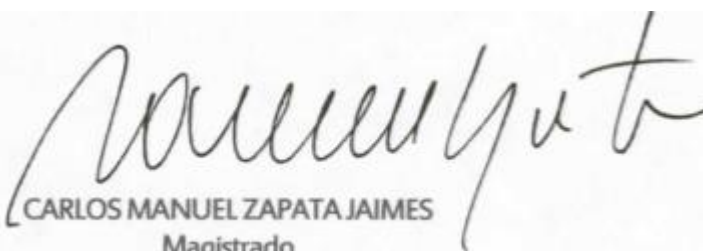
Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 050
FECHA: 23/03/2021



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
SECRETARIO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.: 069

Asunto:	Sentencia de segunda instancia
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-39-004-2019-00007-02
Demandante:	María Doralba Arias Orozco
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 012 del
19 de marzo de 2021**

Manizales, diecinueve (19) de marzo 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 febrero de dos mil veinte (2020), 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 María Doralba Arias Orozco 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. 2 a 33, C.1), se solicitó lo siguiente:

Pretensiones

1. Que se declare la nulidad absoluta de la Resolución nº 9337-6 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° 508 del 18 de mayo de 2004, expedida por la Secretaria de Educación del Departamento de Caldas, actuando en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
2. El FOMAG por intermedio de la entidad fiduciaria encargada de su administración, ha venido descontando al accionante el equivalente al 12% de cada mesada pensional, incluyendo las mesadas adicionales de junio y diciembre, como aportes dirigidos a la prestación del servicio de salud.
3. En el acto administrativo de reconocimiento pensional se 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 2017PQR17543 del 9 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

Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG

Dentro del término otorgado, la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG contestó la demanda (fl. 64, 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: **“COBRO DE LO NO DEBIDO E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN”** con fundamento en que los descuentos aplicados con destino a la cotización al sistema de salud se efectuaron de conformidad con la normatividad legal vigente aplicable al docente; **“PRESCRIPCIÓN”** sobre aquellos derechos económicos reclamados que superen el lapso de tres años desde que la obligación se hizo exigible hasta la presentación de la demanda; **“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. 74 a 78, 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 trece (13) de febrero de dos mil veinte (2020), el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia (archivo 5), a través

de la cual: **i)** negó las pretensiones principales y subsidiarias de la demandada; y **ii)** se abstuvo de condenar 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 104 a 115 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

La Parte demandante y la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG no se pronunciaron en esta etapa procesal.

Departamento de Caldas, reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación (archivos 12 y 13).

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 septiembre de 2020, y allegado el 21 de octubre de 2020 al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia.

Admisión y alegatos. Por auto del 21 de octubre de 2020 se admitió el recurso de apelación y se corrió traslado para alegatos (archivo10), derecho del cual únicamente hizo uso el Departamento de Caldas. El Ministerio Público no rindió concepto en esta oportunidad.

Paso a Despacho para sentencia. El 4 de diciembre de 2020 el proceso ingresó a Despacho para sentencia (archivo 14), 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 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?*
3. *¿Procede en el caso concreto la condena en costas impuesta por el Juzgado de primera instancia?*

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 **v)** descuento de salud sobre las mesadas adicionales; y **vi)** 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 508 del 18 de mayo de 2004 (fl 4, C.2), 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. 4, C.2).
3. Con Resolución nº 9337-6 del 28 de noviembre de 2017 (fl. 8, C.2), 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 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, 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.secretariassenado.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

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

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

(...)

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

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

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.

Sobre la condena en costas en primera instancia

Antes de resolver si en el caso particular se encuentran dados los supuestos de procedencia para la condena en costas impuesta, este Tribunal considera necesario, como lo ha hecho el Consejo de Estado¹⁹, indicar qué comprende dicho concepto, así:

El concepto de las costas del proceso está relacionado con todos los gastos necesarios o útiles dentro de una actuación de esa naturaleza y comprende los denominados gastos o expensas del proceso llamados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo gastos ordinarios del proceso²⁰ y otros como son los necesarios para traslado de testigos y para la práctica de la prueba pericial, los honorarios de auxiliares de la justicia como peritos y secuestres, transporte de expediente al superior en caso de apelación, pólizas, copias, etc.

¹⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección 'A'. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 7 de abril de 2016. Radicado: 13001-23-33-000-2013-00022-01(1291-14).

²⁰ Cita de cita: Artículo 171 No. 4 en conc. Art. 178 ib.

Igualmente, el concepto de costas incluye las agencias del derecho que corresponden a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, que el juez reconoce discrecionalmente a favor de la parte vencedora atendiendo a los criterios sentados en los numerales 3º y 4º del artículo 366 del CGP²¹, y que no necesariamente deben corresponder al mismo monto de los honorarios pagados por dicha parte a su abogado²² los cuales deberán ser fijados contractualmente entre éstos conforme los criterios previstos en el artículo 28 numeral 8.º de la ley 1123 de 2007²³.

La condena en costas quedó regulada en el CPACA en el artículo 188 con el siguiente tenor:

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

La remisión contemplada por el CPACA debe entenderse hecha, en la actualidad, al artículo 366 del CGP.

La Sección Primera del Consejo de Estado ha aclarado que si bien “(...) una lectura rápida de la disposición que antecede, podría llevar a la errónea interpretación

²¹ Cita de cita: “[...] 3. La liquidación incluirá el valor de los honorarios de auxiliares de la justicia, los demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena, siempre que aparezcan comprobados, hayan sido útiles y correspondan a actuaciones autorizadas por la ley, y las agencias en derecho que fije el magistrado sustanciador o el juez, aunque se litigue sin apoderado.

Los honorarios de los peritos contratados directamente por las partes serán incluidos en la liquidación de costas, siempre que aparezcan comprobados y el juez los encuentre razonables. Si su valor excede los parámetros establecidos por el Consejo Superior de la Judicatura y por las entidades especializadas, el juez los regulará.

4. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas. [...]”

²² Cita de cita: Criterio aceptado por la Corte Constitucional en Sentencia C-043 de 2004 y C-539 de 1999

²³ Cita de cita: Regula la norma como deber de los abogados, el de “...fijar sus honorarios con criterio equitativo, justificado y proporcional frente al servicio prestado o de acuerdo a las normas que se dicten para el efecto, y suscribirá recibos cada vez que perciba dineros, cualquiera sea su concepto”

de que la condena en costas debe imponerse en forma objetiva, es decir, de manera forzosa, automática e ineluctable en todos aquellos procesos contencioso administrativos en los cuales se ventile un interés de carácter individual o particular, lo cierto es que cuando la norma utiliza la expresión “dispondrá”, lo que en realidad está señalando es que el operador jurídico está llamado a pronunciarse en todos los casos sobre si es o no procedente proferir una condena en costas en contra de la parte que ha visto frustradas sus pretensiones procesales”²⁴.

En reciente pronunciamiento²⁵, el Consejo de Estado ha señalado que la condena en costas “(...) implica una valoración objetiva valorativa que excluye como criterio de decisión la mala fe o la temeridad de las partes. (...)”, y en virtud de lo cual el Juez debe revisar si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Como sustento de dicha conclusión, el Tribunal remite a providencia de la misma Alta Corporación²⁶, en la que abordó en forma extensa el tema y concluyó lo siguiente:

- a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio “subjetivo” –CCA- a uno “objetivo valorativo” –CPACA-.*
- b) Se concluye que es “objetivo” porque en toda sentencia se “dispondrá” sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.*
- c) Sin embargo, se le califica de “valorativo” porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.*

²⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Dr. Guillermo Vargas Ayala. Sentencia del 16 de abril de 2015. Radicado: 25000-23-24-000-2012-00446-01.

²⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 18 de enero de 2018. Radicación número: 44001-23-33-000-2014-90035-01(1575-16).

²⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 7 de abril de 2016. Radicación número: 13001-23-33-000-2013-00022-01(1291-14).

- d) *La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).*
- e) *Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.*
- f) *La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP²⁷, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.*
- g) *Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.*

De lo hasta aquí expuesto concluye este Tribunal que con el CPACA, la imposición de condena en costas no fue establecida de manera subjetiva en los términos previstos anteriormente por el Código Contencioso Administrativo y el Código de Procedimiento Civil, esto es, apelando a la observancia de buena conducta por parte de la parte vencida, sino atendiendo un criterio denominado por la jurisprudencia “*objetivo valorativo*”, producto del cual las costas proceden siempre y cuando las mismas se hayan causado y la parte interesada haya aportado prueba de su existencia, de su utilidad y de su correspondencia con actuaciones autorizadas por la ley.

Descendiendo al caso concreto y siguiendo el criterio *objetivo valorativo*, esta Corporación advierte que en primera instancia hubo actividad por parte del profesional del derecho que representó a la parte accionada, lo que permite establecer que las costas sí se causaron en este asunto.

Conclusión

²⁷ Cita de cita: “**ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN.** Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:(...)”

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

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

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

Costas

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

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

FALLA

Primero. CONFÍRMASE la sentencia del trece (13) de febrero de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho

promovido por la señora María Doralba Arias Orozco 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.

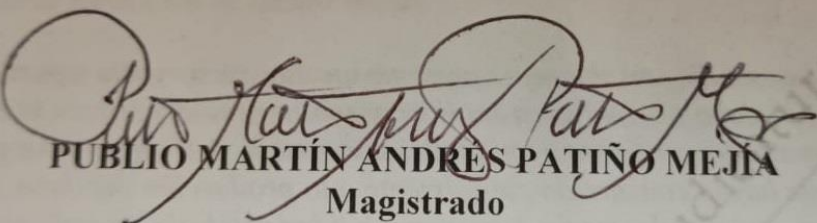
Tercero. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

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

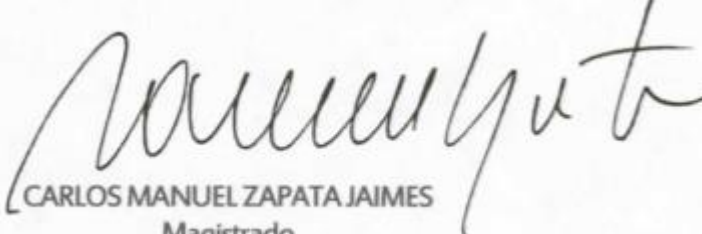
Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 050

FECHA: 23/03/2021



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
SECRETARIO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.I. 75

Asunto:	Resuelve impedimento Juez
Medio de Control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-39-006-2020-00074-02
Demandante:	Jorge Aníbal Álvarez Alarcón
Demandado:	Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta nº 012 del 19 de marzo de 2021

Manizales, diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021)..

ASUNTO

Procede esta Sala de Decisión a resolver sobre la declaración de impedimento formulado por la Dra. Bibiana María Londoño Valencia, en calidad de Jueza Sexta Administrativa del Circuito de Manizales, para conocer de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho de la referencia, en la cual aduce encontrarse incurso en la causal prevista en el numeral 1 del artículo 141 del Código General del Proceso¹, aplicable por remisión expresa del artículo 130 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo².

ANTECEDENTES

El señor Jorge Aníbal Álvarez Alarcón, actuando debidamente representado, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda contra la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, con el fin de obtener la declaratoria de nulidad de los actos administrativos que negaron el reconocimiento y pago de la “Bonificación Judicial” como factor salarial y prestacional.

¹ En adelante CGP

² En adelante CPACA

Como consecuencia de lo anterior, se inaplique por ilegal e inconstitucional la expresión *“y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Seguridad Social en Salud”* contenida en el artículo 1º del Decreto 0383 de 2013.

Se solicitó que se le reconociera y pagara la bonificación judicial señalada en el Decreto 383 de 2013 y Decreto 1016 de 2013 como factor salarial y prestacional desde el momento de su creación, con incidencia en los emolumentos prestacionales que por imperio de la ley devenga.

El conocimiento del citado proceso correspondió, por reparto, al Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, del cual es titular la Dra. Bibiana María Londoño Valencia.

Por auto del 13 de julio de 2020, la citada funcionaria se declaró impedida para conocer del asunto, manifestando que tiene interés directo en el resultado del proceso, al tener esta servidora judicial los mismos intereses salariales perseguidos por la parte demandante dentro del presente caso.

Como consecuencia, la Juez de conocimiento remitió el expediente a este Tribunal para que se surta el trámite legal que corresponda, con fundamento en lo dispuesto por el numeral 2 del artículo 131 del CPACA.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

El artículo 131 del CPACA reguló lo relativo al trámite de los impedimentos, fijando entre otras, la siguiente regla:

“Artículo 131. Trámite de los impedimentos. Para el trámite de los impedimentos se observarán las siguientes reglas:

(...)

2. Si el juez en quien concurra la causal de impedimento estima que comprende a todos los jueces administrativos, pasará el expediente al superior expresando los hechos en que se fundamenta. De aceptarse el impedimento, el tribunal designará conjuer para el conocimiento del asunto.

En razón a lo anterior, corresponde a este Tribunal resolver sobre la manifestación de impedimento presentado por la Juez Sexta Administrativa del Circuito de Manizales.

Al respecto, debe precisarse preliminarmente que los artículos 141 del CGP y 130 del CPACA establecen las causales de impedimento y recusación en las que pueden incurrir los magistrados y jueces. Dichas causales han sido

previstas de manera taxativa con la finalidad de preservar el principio de imparcialidad en los procesos judiciales, tal como lo ha indicado el Supremo Tribunal de lo Contencioso Administrativo³.

Así las cosas, tan pronto el funcionario judicial tenga conocimiento de que se halla inmerso en una de dichas causales debe expresar su impedimento para que, conforme a lo indicado anteriormente, su superior se pronuncie sobre el mismo, para salvaguardar la imparcialidad judicial como atributo que debe revestir a los juzgadores que tienen a su cargo el ejercicio de la función jurisdiccional, frente a lo cual el H. Consejo de Estado⁴ ha fraguado al respecto que:

“El impedimento y la recusación han sido concebidos como instrumentos idóneos establecidos por el legislador para hacer efectiva la condición de imparcialidad del juez o del funcionario judicial en la toma de decisiones. Uno y otra son figuras legales que permiten observar la transparencia dentro del proceso judicial y que autorizan a los funcionarios judiciales a alejarse del conocimiento del mismo. Las causales de impedimento son taxativas y de aplicación restrictiva, comportan una excepción al cumplimiento de la función jurisdiccional que le corresponde al Juez, y como tal, están debidamente delimitadas por el legislador y no pueden extenderse o ampliarse a criterio del juez o de las partes, por cuanto, la escogencia de quien decide no es discrecional. Para que se configuren debe existir un “interés particular, personal, cierto y actual, que tenga relación, al menos mediata, con el caso objeto de juzgamiento de manera que impida una decisión imparcial.”. Se trata de situaciones que afecten el criterio del fallador, que comprometan su independencia, serenidad de ánimo o transparencia en el proceso. La imparcialidad e independencia judicial, como objetivos superiores, están orientadas a garantizar que las actuaciones se ajusten a los principios de equidad, rectitud, honestidad y moralidad, sobre los cuales descansa el ejercicio de la función pública, artículo 209 de la Constitución Política”.

Como se puede apreciar, la causal invocada por la Juez Sexta Administrativa del Circuito de Manizales es la prevista en el numeral 1 del artículo 141 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 130 del CPACA, por cuyo ministerio se dispuso lo siguiente:

*“Son causales de recusación las siguientes:
(...)”*

³ Auto de 11 de mayo de 2006; Consejero Ponente Alier Eduardo Hernández Enríquez; Exp. 47001-23-31-000-2005-00949-01(32362)

⁴ Auto de 21 de abril de dos mil nueve 2009; Consejero Ponente Víctor Hernando Alvarado; Exp. 11001-03-25-000-2005-00012-01(IMP)II; Consejo de Estado Sala Plena de lo Contencioso Administrativo

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”*

En relación con el alcance de la expresión “*interés directo*” contenida en el numeral 1 del artículo 141 del CGP, la H. Corte Constitucional en auto n° 334 del 2 de diciembre de 2009⁵ explicó que aquélla no sólo tiene una connotación patrimonial sino moral, y que además para que se configure, el interés debe ser actual y directo, en los siguientes términos:

“(…)

Es directo cuando el juzgador obtiene, para sí (sic) o para los suyos, una ventaja o provecho de tipo patrimonial o moral, y es actual, cuando el vicio que se endilga de la capacidad interna del juzgador, se encuentra latente o concomitante al momento de tomar la decisión. De suerte que, ni los hechos pasados, ni los hechos futuros tienen la entidad suficiente para deslegitimar la competencia subjetiva del juez.

En este orden de ideas, para que exista un interés directo en los magistrados de esta Corporación, es indispensable que frente a ellos sea predicable la existencia de alguna ventaja de tipo patrimonial a partir de las resultas del proceso. De igual manera, si lo que se pretende probar es la existencia de un interés moral, debe acreditarse con absoluta claridad la afectación de su fuero interno, o en otras palabras, de su capacidad subjetiva para deliberar y fallar”⁶. (Líneas son del texto).

Por su parte, la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia, en auto del 13 de diciembre de 2007⁷, sostuvo en relación con lo que debe entenderse por “*interés en el proceso*”, lo que se desprenderá a continuación:

“(…)

6. *Sobre la causal que está sometida a debate en el presente asunto la Sala ha expresado, en forma reiterada y pacífica*⁸, lo siguiente:

⁵ H. Corte Constitucional. Magistrada Ponente: Dra. María Victoria Calle Correa. Auto n° 334 del 2 de diciembre de 2009. Referencia: expedientes D-7882 y 7909 acum. Recusación formulada contra el Procurador General de la Nación.

⁶ Cita de cita: Cfr., Auto 080A de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, en el cual se resolvían recusaciones contra los magistrados de la Corte Constitucional.

⁷ H. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Magistrado Ponente: Dr. Yesid Ramírez Bastidas. Auto del 13 de diciembre de 2007.

⁸ Cita de cita: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de 13 de agosto de 2005, radicación 23903 y decisiones allí citadas.

“El “interés en el proceso”, debe entenderse como aquella expectativa manifiesta por la posible utilidad o menoscabo, no sólo de índole patrimonial, sino también intelectual o moral, que la solución del asunto en una forma determinada acarrearía al funcionario judicial o a sus parientes cercanos, y que, por aparecer respaldada en serios elementos de juicio, compromete la ponderación e imparcialidad del juzgador, tornando imperiosa su separación del conocimiento del proceso.

“Por lo anterior, el interés que causa el impedimento tiene que ser real, existir verdaderamente. No basta la afirmación que haga un Magistrado a su arbitrio, pues de aceptarse ese proceder, la posibilidad de apartarse del conocimiento de un caso quedaría sometida solamente a la voluntad del juez o magistrado.

“Por lo tanto, se trata de establecer “si la intervención del juez recusado o impedido en el caso concreto implicaría la obtención de un provecho, utilidad o ganancia, para sí, para su cónyuge o compañero permanente, o para sus parientes; o si el Juez, su cónyuge o compañero permanente, o alguno de sus parientes en el rango que establece la ley, profesa un sentimiento respecto de alguno de los sujetos procesales, con suficiente intensidad para hacerle inclinar su ánimo; o si existe un interés creado por otro tipo de circunstancias que permita vislumbrar la ausencia de ecuanimidad”.

Se ha agregado que:

“El interés a que alude la disposición es aquel que surge del trámite y decisión del asunto. En modo alguno de un comportamiento extraprocesal de uno de los intervinientes”⁹. (Subraya la Sala).

En el caso particular, el impedimento se fundamenta en el hecho que la prestación negada por las resoluciones cuya nulidad se solicita, es percibida en igualdad de condiciones por todos los Jueces Administrativos del Circuito, lo que en su sentir configura un interés directo en el asunto.

Para esta Sala es claro que se presenta un interés directo en cuanto a las prestaciones económicas que devengan los Jueces en el ejercicio de sus funciones, y en este caso en concreto los Jueces de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo del Circuito de Manizales, ya que patrimonialmente se obtendrían beneficios en el caso de que eventualmente se fallare a favor del accionante, y por tanto habría lugar a que se perturbe el fuero interno y la ecuanimidad del fallador encargado de este caso.

⁹ Cita de cita: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de 13 de agosto de 2005, radicación 23903 y decisiones allí citadas.

En otras palabras, se considera por esta Sala que, en efecto, cualquier decisión que sea adoptada en el asunto de la referencia puede afectar la objetividad e imparcialidad que deben gobernar a los Jueces Administrativos del Circuito en el ejercicio de la función jurisdiccional, pues se trata de la definición de aspectos salariales de funcionarios y empleados de la Rama Judicial.

En ese orden de ideas, al configurarse la causal discutida y al abarcar ésta a la totalidad de los Jueces Administrativos del Circuito, habrá de designarse Conjuez para resolver sobre el particular, tal como lo dispone el numeral 2 del artículo 131 del CPACA y el artículo 30 del Acuerdo 209 de 1997, *“Por el cual se establecen las reglas generales para el funcionamiento de los tribunales administrativos”*.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS,

RESUELVE:

Primero. DECLÁRASE fundado el impedimento propuesto por la Dra. Bibiana María Londoño Valencia, en calidad de la Jueza Sexta Administrativa del Circuito de Manizales, que comprende así mismo a todos los Jueces Administrativos del Circuito, para conocer del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por el señor Jorge Aníbal Álvarez Alarcón contra la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, por encontrarse incurso en la causal contenida en el numeral 1 del artículo 141 del CGP, aplicable por remisión del artículo 130 del CPACA, en atención a lo expuesto. En consecuencia,

Segundo. SEPÁRASE del conocimiento del presente asunto a los Jueces Administrativos de este Circuito.

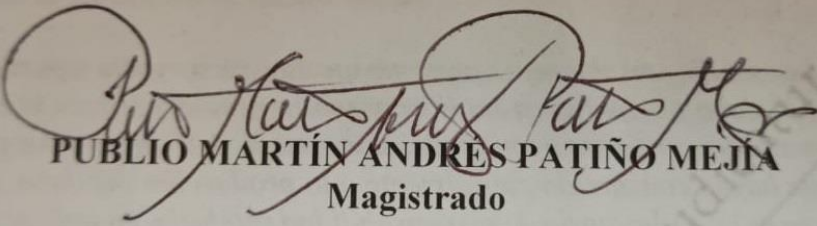
Tercero. FÍJASE como fecha para el sorteo de conjuez el día **miércoles siete (7) de abril de dos mil veintiuno (2021), a las once y treinta de la mañana (11:30 a.m.)**.

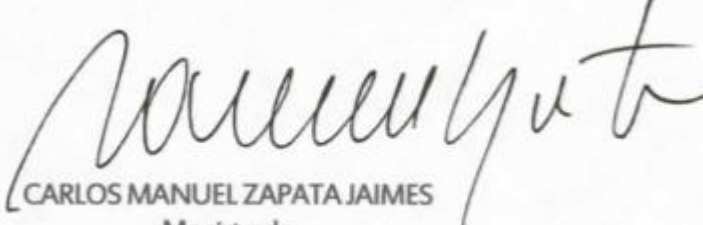
Cuarto. HÁGANSE las anotaciones pertinentes en el programa informático *“Justicia Siglo XXI”*.

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

No. 050

FECHA: 23/03/2021



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA

SECRETARIO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.I. 076

Asunto:	Resuelve impedimento Juez
Medio de Control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-33-003-2020-00078-02
Demandante:	Gustavo Toro Carvajal
Demandado:	Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta nº 012 del 19 de marzo de 2021

Manizales, diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO

Procede esta Sala de Decisión a resolver sobre la declaración de impedimento formulado por el Dr. Juan Guillermo Ángel Trejos, en calidad de Juez Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, para conocer de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho de la referencia, en la cual aduce encontrarse incurso en la causal prevista en el numeral 1 del artículo 141 del Código General del Proceso¹, aplicable por remisión expresa del artículo 130 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo².

ANTECEDENTES

El señor Gustavo Toro Carvajal, actuando debidamente representado, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda contra la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, con el fin de obtener la declaratoria de nulidad de los actos administrativos que negaron el reconocimiento y pago de la “Bonificación Judicial” como factor salarial y prestacional.

Como consecuencia de lo anterior, se inaplique por ilegal e inconstitucional la expresión “*y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al*

¹ En adelante CGP

² En adelante CPACA

Sistema General de Seguridad Social en Salud” contenida en el artículo 1º del Decreto 0383 de 2013.

Se solicitó que se le reconociera y pagara la bonificación judicial señalada en el Decreto 383 de 2013 y Decreto 1016 de 2013 como factor salarial y prestacional desde el momento de su creación, con incidencia en los emolumentos prestacionales que por imperio de la ley devenga.

El conocimiento del citado proceso correspondió, por reparto, al Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, del cual es titular el Dr. Juan Guillermo Ángel Trejos.

Por auto del 18 de agosto de 2020, el citado funcionario se declaró impedido para conocer del asunto, manifestando que tiene interés directo en el resultado del proceso, al tener este servidor judicial los mismos intereses salariales perseguidos por la parte demandante dentro del presente caso.

Como consecuencia, el Juez de conocimiento remitió el expediente a este Tribunal para que se surta el trámite legal que corresponda, con fundamento en lo dispuesto por el numeral 2 del artículo 131 del CPACA.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

El artículo 131 del CPACA reguló lo relativo al trámite de los impedimentos, fijando entre otras, la siguiente regla:

“Artículo 131. Trámite de los impedimentos. Para el trámite de los impedimentos se observarán las siguientes reglas:

(...)

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

En razón a lo anterior, corresponde a este Tribunal resolver sobre la manifestación de impedimento presentado por el Juez Tercero Administrativo del Circuito de Manizales.

Al respecto, debe precisarse preliminarmente que los artículos 141 del CGP y 130 del CPACA establecen las causales de impedimento y recusación en las que pueden incurrir los magistrados y jueces. Dichas causales han sido previstas de manera taxativa con la finalidad de preservar el principio de

imparcialidad en los procesos judiciales, tal como lo ha indicado el Supremo Tribunal de lo Contencioso Administrativo³.

Así las cosas, tan pronto el funcionario judicial tenga conocimiento de que se halla inmerso en una de dichas causales debe expresar su impedimento para que, conforme a lo indicado anteriormente, su superior se pronuncie sobre el mismo, para salvaguardar la imparcialidad judicial como atributo que debe revestir a los juzgadores que tienen a su cargo el ejercicio de la función jurisdiccional, frente a lo cual el H. Consejo de Estado⁴ ha fraguado al respecto que:

“El impedimento y la recusación han sido concebidos como instrumentos idóneos establecidos por el legislador para hacer efectiva la condición de imparcialidad del juez o del funcionario judicial en la toma de decisiones. Uno y otra son figuras legales que permiten observar la transparencia dentro del proceso judicial y que autorizan a los funcionarios judiciales a alejarse del conocimiento del mismo. Las causales de impedimento son taxativas y de aplicación restrictiva, comportan una excepción al cumplimiento de la función jurisdiccional que le corresponde al Juez, y como tal, están debidamente delimitadas por el legislador y no pueden extenderse o ampliarse a criterio del juez o de las partes, por cuanto, la escogencia de quien decide no es discrecional. Para que se configuren debe existir un “interés particular, personal, cierto y actual, que tenga relación, al menos mediata, con el caso objeto de juzgamiento de manera que impida una decisión imparcial.”. Se trata de situaciones que afecten el criterio del fallador, que comprometan su independencia, serenidad de ánimo o transparencia en el proceso. La imparcialidad e independencia judicial, como objetivos superiores, están orientadas a garantizar que las actuaciones se ajusten a los principios de equidad, rectitud, honestidad y moralidad, sobre los cuales descansa el ejercicio de la función pública, artículo 209 de la Constitución Política”.

Como se puede apreciar, la causal invocada por la Juez Tercero Administrativo del Circuito de Manizales es la prevista en el numeral 1 del artículo 141 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 130 del CPACA, por cuyo ministerio se dispuso lo siguiente:

*“Son causales de recusación las siguientes:
(...)”*

³ Auto de 11 de mayo de 2006; Consejero Ponente Alier Eduardo Hernández Enríquez; Exp. 47001-23-31-000-2005-00949-01(32362)

⁴ Auto de 21 de abril de dos mil nueve 2009; Consejero Ponente Víctor Hernando Alvarado; Exp. 11001-03-25-000-2005-00012-01(IMP)II; Consejo de Estado Sala Plena de lo Contencioso Administrativo

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”*

En relación con el alcance de la expresión “*interés directo*” contenida en el numeral 1 del artículo 141 del CGP, la H. Corte Constitucional en auto n° 334 del 2 de diciembre de 2009⁵ explicó que aquélla no sólo tiene una connotación patrimonial sino moral, y que además para que se configure, el interés debe ser actual y directo, en los siguientes términos:

“(…)

Es directo cuando el juzgador obtiene, para sí (sic) o para los suyos, una ventaja o provecho de tipo patrimonial o moral, y es actual, cuando el vicio que se endilga de la capacidad interna del juzgador, se encuentra latente o concomitante al momento de tomar la decisión. De suerte que, ni los hechos pasados, ni los hechos futuros tienen la entidad suficiente para deslegitimar la competencia subjetiva del juez.

En este orden de ideas, para que exista un interés directo en los magistrados de esta Corporación, es indispensable que frente a ellos sea predicable la existencia de alguna ventaja de tipo patrimonial a partir de las resultas del proceso. De igual manera, si lo que se pretende probar es la existencia de un interés moral, debe acreditarse con absoluta claridad la afectación de su fuero interno, o en otras palabras, de su capacidad subjetiva para deliberar y fallar”⁶. (Líneas son del texto).

Por su parte, la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia, en auto del 13 de diciembre de 2007⁷, sostuvo en relación con lo que debe entenderse por “*interés en el proceso*”, lo que se desprenderá a continuación:

“(…)

6. *Sobre la causal que está sometida a debate en el presente asunto la Sala ha expresado, en forma reiterada y pacífica*⁸, lo siguiente:

⁵ H. Corte Constitucional. Magistrada Ponente: Dra. María Victoria Calle Correa. Auto n° 334 del 2 de diciembre de 2009. Referencia: expedientes D-7882 y 7909 acum. Recusación formulada contra el Procurador General de la Nación.

⁶ Cita de cita: Cfr., Auto 080A de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, en el cual se resolvían recusaciones contra los magistrados de la Corte Constitucional.

⁷ H. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Magistrado Ponente: Dr. Yesid Ramírez Bastidas. Auto del 13 de diciembre de 2007.

⁸ Cita de cita: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de 13 de agosto de 2005, radicación 23903 y decisiones allí citadas.

“El “interés en el proceso”, debe entenderse como aquella expectativa manifiesta por la posible utilidad o menoscabo, no sólo de índole patrimonial, sino también intelectual o moral, que la solución del asunto en una forma determinada acarrearía al funcionario judicial o a sus parientes cercanos, y que, por aparecer respaldada en serios elementos de juicio, compromete la ponderación e imparcialidad del juzgador, tornando imperiosa su separación del conocimiento del proceso.

“Por lo anterior, el interés que causa el impedimento tiene que ser real, existir verdaderamente. No basta la afirmación que haga un Magistrado a su arbitrio, pues de aceptarse ese proceder, la posibilidad de apartarse del conocimiento de un caso quedaría sometida solamente a la voluntad del juez o magistrado.

“Por lo tanto, se trata de establecer “si la intervención del juez recusado o impedido en el caso concreto implicaría la obtención de un provecho, utilidad o ganancia, para sí, para su cónyuge o compañero permanente, o para sus parientes; o si el Juez, su cónyuge o compañero permanente, o alguno de sus parientes en el rango que establece la ley, profesa un sentimiento respecto de alguno de los sujetos procesales, con suficiente intensidad para hacerle inclinar su ánimo; o si existe un interés creado por otro tipo de circunstancias que permita vislumbrar la ausencia de ecuanimidad”.

Se ha agregado que:

“El interés a que alude la disposición es aquel que surge del trámite y decisión del asunto. En modo alguno de un comportamiento extraprocesal de uno de los intervinientes”⁹. (Subraya la Sala).

En el caso particular, el impedimento se fundamenta en el hecho que la prestación negada por las resoluciones cuya nulidad se solicita, es percibida en igualdad de condiciones por todos los Jueces Administrativos del Circuito, lo que en su sentir configura un interés directo en el asunto.

Para esta Sala es claro que se presenta un interés directo en cuanto a las prestaciones económicas que devengan los Jueces en el ejercicio de sus funciones, y en este caso en concreto los Jueces de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo del Circuito de Manizales, ya que patrimonialmente se obtendrían beneficios en el caso de que eventualmente se fallare a favor del accionante, y por tanto habría lugar a que se perturbe el fuero interno y la ecuanimidad del fallador encargado de este caso.

⁹ Cita de cita: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de 13 de agosto de 2005, radicación 23903 y decisiones allí citadas.

En otras palabras, se considera por esta Sala que, en efecto, cualquier decisión que sea adoptada en el asunto de la referencia puede afectar la objetividad e imparcialidad que deben gobernar a los Jueces Administrativos del Circuito en el ejercicio de la función jurisdiccional, pues se trata de la definición de aspectos salariales de funcionarios y empleados de la Rama Judicial.

En ese orden de ideas, al configurarse la causal discutida y al abarcar ésta a la totalidad de los Jueces Administrativos del Circuito, habrá de designarse Conjuez para resolver sobre el particular, tal como lo dispone el numeral 2 del artículo 131 del CPACA y el artículo 30 del Acuerdo 209 de 1997, *“Por el cual se establecen las reglas generales para el funcionamiento de los tribunales administrativos”*.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS,

RESUELVE:

Primero. DECLÁRASE fundado el impedimento propuesto por el Dr. Juan Guillermo Ángel Trejos, en calidad de Juez Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, que comprende así mismo a todos los Jueces Administrativos del Circuito, para conocer del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por el señor Gustavo Toro Carvajal contra la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, por encontrarse incurso en la causal contenida en el numeral 1 del artículo 141 del CGP, aplicable por remisión del artículo 130 del CPACA, en atención a lo expuesto. En consecuencia,

Segundo. SEPÁRASE del conocimiento del presente asunto a los Jueces Administrativos de este Circuito.

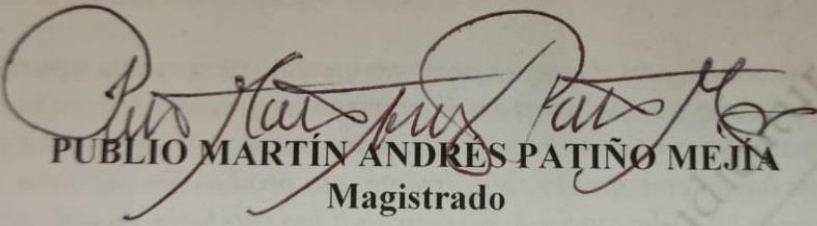
Tercero. FÍJASE como fecha para el sorteo de conjuez el día **miércoles siete (7) de abril de dos mil veintiuno (2021), a las once y treinta de la mañana (11:30 a.m.)**.

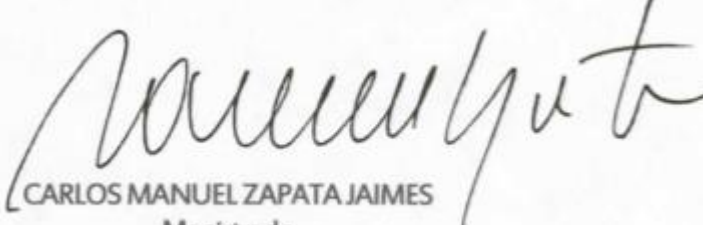
Cuarto. HÁGANSE las anotaciones pertinentes en el programa informático *“Justicia Siglo XXI”*.

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

No. 050

FECHA: 23/03/2021



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA

SECRETARIO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.I. 077

Asunto:	Resuelve impedimento Juez
Medio de Control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-33-003-2020-00079-02
Demandante:	Luis Eduardo Valencia Osorio
Demandado:	Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta nº 012 del 19 de marzo de 2021

Manizales, diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO

Procede esta Sala de Decisión a resolver sobre la declaración de impedimento formulado por el Dr. Juan Guillermo Ángel Trejos, en calidad de Juez Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, para conocer de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho de la referencia, en la cual aduce encontrarse incurso en la causal prevista en el numeral 1 del artículo 141 del Código General del Proceso¹, aplicable por remisión expresa del artículo 130 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo².

ANTECEDENTES

El señor Luis Eduardo Valencia Osorio, actuando debidamente representado, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda contra la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, con el fin de obtener la declaratoria de nulidad de los actos administrativos que negaron el reconocimiento y pago de la “Bonificación Judicial” como factor salarial y prestacional.

¹ En adelante CGP

² En adelante CPACA

Como consecuencia de lo anterior, se inaplique por ilegal e inconstitucional la expresión “*y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Seguridad Social en Salud*” contenida en el artículo 1º del Decreto 0383 de 2013.

Se solicitó que se le reconociera y pagara la bonificación judicial señalada en el Decreto 383 de 2013 y Decreto 1016 de 2013 como factor salarial y prestacional desde el momento de su creación, con incidencia en los emolumentos prestacionales que por imperio de la ley devenga.

El conocimiento del citado proceso correspondió, por reparto, al Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, del cual es titular el Dr. Juan Guillermo Ángel Trejos.

Por auto del 18 de agosto de 2020, el citado funcionario se declaró impedido para conocer del asunto, manifestando que tiene interés directo en el resultado del proceso, al tener este servidor judicial los mismos intereses salariales perseguidos por la parte demandante dentro del presente caso.

Como consecuencia, el Juez de conocimiento remitió el expediente a este Tribunal para que se surta el trámite legal que corresponda, con fundamento en lo dispuesto por el numeral 2 del artículo 131 del CPACA.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

El artículo 131 del CPACA reguló lo relativo al trámite de los impedimentos, fijando entre otras, la siguiente regla:

“Artículo 131. Trámite de los impedimentos. Para el trámite de los impedimentos se observarán las siguientes reglas:

(...)

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

En razón a lo anterior, corresponde a este Tribunal resolver sobre la manifestación de impedimento presentado por el Juez Tercero Administrativo del Circuito de Manizales.

Al respecto, debe precisarse preliminarmente que los artículos 141 del CGP y 130 del CPACA establecen las causales de impedimento y recusación en

las que pueden incurrir los magistrados y jueces. Dichas causales han sido previstas de manera taxativa con la finalidad de preservar el principio de imparcialidad en los procesos judiciales, tal como lo ha indicado el Supremo Tribunal de lo Contencioso Administrativo³.

Así las cosas, tan pronto el funcionario judicial tenga conocimiento de que se halla inmerso en una de dichas causales debe expresar su impedimento para que, conforme a lo indicado anteriormente, su superior se pronuncie sobre el mismo, para salvaguardar la imparcialidad judicial como atributo que debe revestir a los juzgadores que tienen a su cargo el ejercicio de la función jurisdiccional, frente a lo cual el H. Consejo de Estado⁴ ha fraguado al respecto que:

“El impedimento y la recusación han sido concebidos como instrumentos idóneos establecidos por el legislador para hacer efectiva la condición de imparcialidad del juez o del funcionario judicial en la toma de decisiones. Uno y otra son figuras legales que permiten observar la transparencia dentro del proceso judicial y que autorizan a los funcionarios judiciales a alejarse del conocimiento del mismo. Las causales de impedimento son taxativas y de aplicación restrictiva, comportan una excepción al cumplimiento de la función jurisdiccional que le corresponde al Juez, y como tal, están debidamente delimitadas por el legislador y no pueden extenderse o ampliarse a criterio del juez o de las partes, por cuanto, la escogencia de quien decide no es discrecional. Para que se configuren debe existir un “interés particular, personal, cierto y actual, que tenga relación, al menos mediata, con el caso objeto de juzgamiento de manera que impida una decisión imparcial.”. Se trata de situaciones que afecten el criterio del fallador, que comprometan su independencia, serenidad de ánimo o transparencia en el proceso. La imparcialidad e independencia judicial, como objetivos superiores, están orientadas a garantizar que las actuaciones se ajusten a los principios de equidad, rectitud, honestidad y moralidad, sobre los cuales descansa el ejercicio de la función pública, artículo 209 de la Constitución Política”.

Como se puede apreciar, la causal invocada por la Juez Tercero Administrativo del Circuito de Manizales es la prevista en el numeral 1 del artículo 141 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 130 del CPACA, por cuyo ministerio se dispuso lo siguiente:

“Son causales de recusación las siguientes:

³ Auto de 11 de mayo de 2006; Consejero Ponente Alier Eduardo Hernández Enríquez; Exp. 47001-23-31-000-2005-00949-01(32362)

⁴ Auto de 21 de abril de dos mil nueve 2009; Consejero Ponente Víctor Hernando Alvarado; Exp. 11001-03-25-000-2005-00012-01(IMP)II; Consejo de Estado Sala Plena de lo Contencioso Administrativo

(...)

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”*

En relación con el alcance de la expresión “*interés directo*” contenida en el numeral 1 del artículo 141 del CGP, la H. Corte Constitucional en auto n° 334 del 2 de diciembre de 2009⁵ explicó que aquélla no sólo tiene una connotación patrimonial sino moral, y que además para que se configure, el interés debe ser actual y directo, en los siguientes términos:

“(…)

Es directo cuando el juzgador obtiene, para sí (sic) o para los suyos, una ventaja o provecho de tipo patrimonial o moral, y es actual, cuando el vicio que se endilga de la capacidad interna del juzgador, se encuentra latente o concomitante al momento de tomar la decisión. De suerte que, ni los hechos pasados, ni los hechos futuros tienen la entidad suficiente para deslegitimar la competencia subjetiva del juez.

En este orden de ideas, para que exista un interés directo en los magistrados de esta Corporación, es indispensable que frente a ellos sea predicable la existencia de alguna ventaja de tipo patrimonial a partir de las resultas del proceso. De igual manera, si lo que se pretende probar es la existencia de un interés moral, debe acreditarse con absoluta claridad la afectación de su fuero interno, o en otras palabras, de su capacidad subjetiva para deliberar y fallar”⁶. (Líneas son del texto).

Por su parte, la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia, en auto del 13 de diciembre de 2007⁷, sostuvo en relación con lo que debe entenderse por “*interés en el proceso*”, lo que se desprenderá a continuación:

“(…)

6. *Sobre la causal que está sometida a debate en el presente asunto la Sala ha expresado, en forma reiterada y pacífica*⁸, *lo siguiente:*

⁵ H. Corte Constitucional. Magistrada Ponente: Dra. María Victoria Calle Correa. Auto n° 334 del 2 de diciembre de 2009. Referencia: expedientes D-7882 y 7909 acum. Recusación formulada contra el Procurador General de la Nación.

⁶ Cita de cita: Cfr., Auto 080A de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, en el cual se resolvían recusaciones contra los magistrados de la Corte Constitucional.

⁷ H. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Magistrado Ponente: Dr. Yesid Ramírez Bastidas. Auto del 13 de diciembre de 2007.

⁸ Cita de cita: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de 13 de agosto de 2005, radicación 23903 y decisiones allí citadas.

“El “interés en el proceso”, debe entenderse como aquella expectativa manifiesta por la posible utilidad o menoscabo, no sólo de índole patrimonial, sino también intelectual o moral, que la solución del asunto en una forma determinada acarrearía al funcionario judicial o a sus parientes cercanos, y que, por aparecer respaldada en serios elementos de juicio, compromete la ponderación e imparcialidad del juzgador, tornando imperiosa su separación del conocimiento del proceso.

“Por lo anterior, el interés que causa el impedimento tiene que ser real, existir verdaderamente. No basta la afirmación que haga un Magistrado a su arbitrio, pues de aceptarse ese proceder, la posibilidad de apartarse del conocimiento de un caso quedaría sometida solamente a la voluntad del juez o magistrado.

“Por lo tanto, se trata de establecer “si la intervención del juez recusado o impedido en el caso concreto implicaría la obtención de un provecho, utilidad o ganancia, para sí, para su cónyuge o compañero permanente, o para sus parientes; o si el Juez, su cónyuge o compañero permanente, o alguno de sus parientes en el rango que establece la ley, profesa un sentimiento respecto de alguno de los sujetos procesales, con suficiente intensidad para hacerle inclinar su ánimo; o si existe un interés creado por otro tipo de circunstancias que permita vislumbrar la ausencia de ecuanimidad”.

Se ha agregado que:

“El interés a que alude la disposición es aquel que surge del trámite y decisión del asunto. En modo alguno de un comportamiento extraprocesal de uno de los intervinientes”⁹. (Subraya la Sala).

En el caso particular, el impedimento se fundamenta en el hecho que la prestación negada por las resoluciones cuya nulidad se solicita, es percibida en igualdad de condiciones por todos los Jueces Administrativos del Circuito, lo que en su sentir configura un interés directo en el asunto.

Para esta Sala es claro que se presenta un interés directo en cuanto a las prestaciones económicas que devengan los Jueces en el ejercicio de sus funciones, y en este caso en concreto los Jueces de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo del Circuito de Manizales, ya que patrimonialmente se obtendrían beneficios en el caso de que eventualmente se fallare a favor del accionante, y por tanto habría lugar a que se perturbe el fuero interno y la ecuanimidad del fallador encargado de este caso.

⁹ Cita de cita: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de 13 de agosto de 2005, radicación 23903 y decisiones allí citadas.

En otras palabras, se considera por esta Sala que, en efecto, cualquier decisión que sea adoptada en el asunto de la referencia puede afectar la objetividad e imparcialidad que deben gobernar a los Jueces Administrativos del Circuito en el ejercicio de la función jurisdiccional, pues se trata de la definición de aspectos salariales de funcionarios y empleados de la Rama Judicial.

En ese orden de ideas, al configurarse la causal discutida y al abarcar ésta a la totalidad de los Jueces Administrativos del Circuito, habrá de designarse Conjuez para resolver sobre el particular, tal como lo dispone el numeral 2 del artículo 131 del CPACA y el artículo 30 del Acuerdo 209 de 1997, *“Por el cual se establecen las reglas generales para el funcionamiento de los tribunales administrativos”*.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS,

RESUELVE:

Primero. DECLÁRASE fundado el impedimento propuesto por el Dr. Juan Guillermo Ángel Trejos, en calidad de Juez Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, que comprende así mismo a todos los Jueces Administrativos del Circuito, para conocer del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por el señor Luis Eduardo Valencia Osorio contra la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, por encontrarse incurso en la causal contenida en el numeral 1 del artículo 141 del CGP, aplicable por remisión del artículo 130 del CPACA, en atención a lo expuesto. En consecuencia,

Segundo. SEPÁRASE del conocimiento del presente asunto a los Jueces Administrativos de este Circuito.

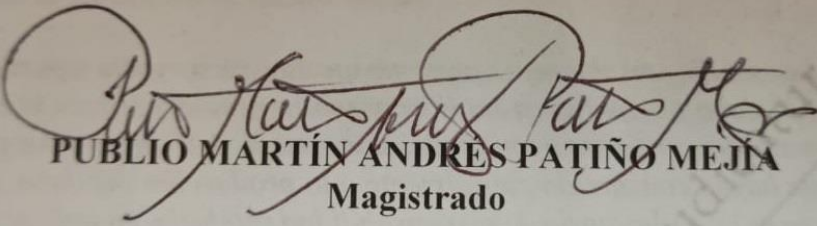
Tercero. FÍJASE como fecha para el sorteo de conjuez el día **miércoles siete (7) de abril de dos mil veintiuno (2021), a las once y treinta de la mañana (11:30 a.m.)**.

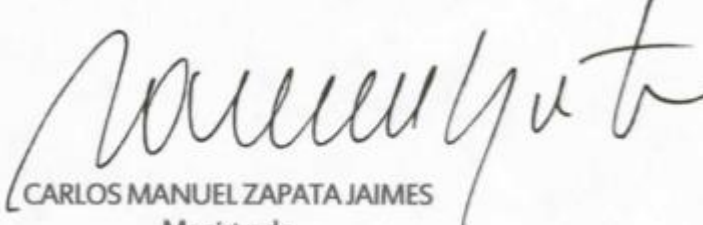
Cuarto. HÁGANSE las anotaciones pertinentes en el programa informático *“Justicia Siglo XXI”*.

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
No. 050
FECHA: 23/03/2021

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
SECRETARIO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.I. 078

Asunto:	Resuelve impedimento Juez
Medio de Control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-39-006-2020-00121-02
Demandante:	Kenner Stivens Marín Eusse
Demandado:	Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta nº 012 del 19 de marzo de 2021

Manizales, diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO

Procede esta Sala de Decisión a resolver sobre la declaración de impedimento formulado por la Dra. Bibiana María Londoño Valencia, en calidad de Jueza Sexta Administrativa del Circuito de Manizales, para conocer de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho de la referencia, en la cual aduce encontrarse incurso en la causal prevista en el numeral 1 del artículo 141 del Código General del Proceso¹, aplicable por remisión expresa del artículo 130 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo².

ANTECEDENTES

El señor Kenner Stivens Marín Eusse, actuando debidamente representado, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda contra la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, con el fin de obtener la declaratoria de nulidad de los actos administrativos que negaron el reconocimiento y pago de la “Bonificación Judicial” como factor salarial y prestacional.

Como consecuencia de lo anterior, se inaplique por ilegal e inconstitucional la expresión “*y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al*

¹ En adelante CGP

² En adelante CPACA

Sistema General de Seguridad Social en Salud” contenida en el artículo 1º del Decreto 0383 de 2013.

Se solicitó que se le reconociera y pagara la bonificación judicial señalada en el Decreto 383 de 2013 y Decreto 1016 de 2013 como factor salarial y prestacional desde el momento de su creación, con incidencia en los emolumentos prestacionales que por imperio de la ley devenga.

El conocimiento del citado proceso correspondió, por reparto, al Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, del cual es titular la Dra. Bibiana María Londoño Valencia.

Por auto del 24 de julio de 2020, la citada funcionaria se declaró impedida para conocer del asunto, manifestando que tiene interés directo en el resultado del proceso, al tener esta servidora judicial los mismos intereses salariales perseguidos por la parte demandante dentro del presente caso.

Como consecuencia, la Juez de conocimiento remitió el expediente a este Tribunal para que se surta el trámite legal que corresponda, con fundamento en lo dispuesto por el numeral 2 del artículo 131 del CPACA.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

El artículo 131 del CPACA reguló lo relativo al trámite de los impedimentos, fijando entre otras, la siguiente regla:

“Artículo 131. Trámite de los impedimentos. Para el trámite de los impedimentos se observarán las siguientes reglas:

(...)

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

En razón a lo anterior, corresponde a este Tribunal resolver sobre la manifestación de impedimento presentado por la Juez Sexta Administrativa del Circuito de Manizales.

Al respecto, debe precisarse preliminarmente que los artículos 141 del CGP y 130 del CPACA establecen las causales de impedimento y recusación en las que pueden incurrir los magistrados y jueces. Dichas causales han sido previstas de manera taxativa con la finalidad de preservar el principio de

imparcialidad en los procesos judiciales, tal como lo ha indicado el Supremo Tribunal de lo Contencioso Administrativo³.

Así las cosas, tan pronto el funcionario judicial tenga conocimiento de que se halla inmerso en una de dichas causales debe expresar su impedimento para que, conforme a lo indicado anteriormente, su superior se pronuncie sobre el mismo, para salvaguardar la imparcialidad judicial como atributo que debe revestir a los juzgadores que tienen a su cargo el ejercicio de la función jurisdiccional, frente a lo cual el H. Consejo de Estado⁴ ha fraguado al respecto que:

“El impedimento y la recusación han sido concebidos como instrumentos idóneos establecidos por el legislador para hacer efectiva la condición de imparcialidad del juez o del funcionario judicial en la toma de decisiones. Uno y otra son figuras legales que permiten observar la transparencia dentro del proceso judicial y que autorizan a los funcionarios judiciales a alejarse del conocimiento del mismo. Las causales de impedimento son taxativas y de aplicación restrictiva, comportan una excepción al cumplimiento de la función jurisdiccional que le corresponde al Juez, y como tal, están debidamente delimitadas por el legislador y no pueden extenderse o ampliarse a criterio del juez o de las partes, por cuanto, la escogencia de quien decide no es discrecional. Para que se configuren debe existir un “interés particular, personal, cierto y actual, que tenga relación, al menos mediata, con el caso objeto de juzgamiento de manera que impida una decisión imparcial.”. Se trata de situaciones que afecten el criterio del fallador, que comprometan su independencia, serenidad de ánimo o transparencia en el proceso. La imparcialidad e independencia judicial, como objetivos superiores, están orientadas a garantizar que las actuaciones se ajusten a los principios de equidad, rectitud, honestidad y moralidad, sobre los cuales descansa el ejercicio de la función pública, artículo 209 de la Constitución Política”.

Como se puede apreciar, la causal invocada por la Juez Sexta Administrativa del Circuito de Manizales es la prevista en el numeral 1 del artículo 141 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 130 del CPACA, por cuyo ministerio se dispuso lo siguiente:

*“Son causales de recusación las siguientes:
(...)”*

³ Auto de 11 de mayo de 2006; Consejero Ponente Alier Eduardo Hernández Enríquez; Exp. 47001-23-31-000-2005-00949-01(32362)

⁴ Auto de 21 de abril de dos mil nueve 2009; Consejero Ponente Víctor Hernando Alvarado; Exp. 11001-03-25-000-2005-00012-01(IMP)II; Consejo de Estado Sala Plena de lo Contencioso Administrativo

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”*

En relación con el alcance de la expresión “*interés directo*” contenida en el numeral 1 del artículo 141 del CGP, la H. Corte Constitucional en auto n° 334 del 2 de diciembre de 2009⁵ explicó que aquélla no sólo tiene una connotación patrimonial sino moral, y que además para que se configure, el interés debe ser actual y directo, en los siguientes términos:

“(…)

Es directo cuando el juzgador obtiene, para sí (sic) o para los suyos, una ventaja o provecho de tipo patrimonial o moral, y es actual, cuando el vicio que se endilga de la capacidad interna del juzgador, se encuentra latente o concomitante al momento de tomar la decisión. De suerte que, ni los hechos pasados, ni los hechos futuros tienen la entidad suficiente para deslegitimar la competencia subjetiva del juez.

En este orden de ideas, para que exista un interés directo en los magistrados de esta Corporación, es indispensable que frente a ellos sea predicable la existencia de alguna ventaja de tipo patrimonial a partir de las resultas del proceso. De igual manera, si lo que se pretende probar es la existencia de un interés moral, debe acreditarse con absoluta claridad la afectación de su fuero interno, o en otras palabras, de su capacidad subjetiva para deliberar y fallar”⁶. (Líneas son del texto).

Por su parte, la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia, en auto del 13 de diciembre de 2007⁷, sostuvo en relación con lo que debe entenderse por “*interés en el proceso*”, lo que se desprenderá a continuación:

“(…)

6. *Sobre la causal que está sometida a debate en el presente asunto la Sala ha expresado, en forma reiterada y pacífica*⁸, lo siguiente:

⁵ H. Corte Constitucional. Magistrada Ponente: Dra. María Victoria Calle Correa. Auto n° 334 del 2 de diciembre de 2009. Referencia: expedientes D-7882 y 7909 acum. Recusación formulada contra el Procurador General de la Nación.

⁶ Cita de cita: Cfr., Auto 080A de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, en el cual se resolvían recusaciones contra los magistrados de la Corte Constitucional.

⁷ H. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Magistrado Ponente: Dr. Yesid Ramírez Bastidas. Auto del 13 de diciembre de 2007.

⁸ Cita de cita: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de 13 de agosto de 2005, radicación 23903 y decisiones allí citadas.

“El “interés en el proceso”, debe entenderse como aquella expectativa manifiesta por la posible utilidad o menoscabo, no sólo de índole patrimonial, sino también intelectual o moral, que la solución del asunto en una forma determinada acarrearía al funcionario judicial o a sus parientes cercanos, y que, por aparecer respaldada en serios elementos de juicio, compromete la ponderación e imparcialidad del juzgador, tornando imperiosa su separación del conocimiento del proceso.

“Por lo anterior, el interés que causa el impedimento tiene que ser real, existir verdaderamente. No basta la afirmación que haga un Magistrado a su arbitrio, pues de aceptarse ese proceder, la posibilidad de apartarse del conocimiento de un caso quedaría sometida solamente a la voluntad del juez o magistrado.

“Por lo tanto, se trata de establecer “si la intervención del juez recusado o impedido en el caso concreto implicaría la obtención de un provecho, utilidad o ganancia, para sí, para su cónyuge o compañero permanente, o para sus parientes; o si el Juez, su cónyuge o compañero permanente, o alguno de sus parientes en el rango que establece la ley, profesa un sentimiento respecto de alguno de los sujetos procesales, con suficiente intensidad para hacerle inclinar su ánimo; o si existe un interés creado por otro tipo de circunstancias que permita vislumbrar la ausencia de ecuanimidad”.

Se ha agregado que:

“El interés a que alude la disposición es aquel que surge del trámite y decisión del asunto. En modo alguno de un comportamiento extraprocesal de uno de los intervinientes”⁹. (Subraya la Sala).

En el caso particular, el impedimento se fundamenta en el hecho que la prestación negada por las resoluciones cuya nulidad se solicita, es percibida en igualdad de condiciones por todos los Jueces Administrativos del Circuito, lo que en su sentir configura un interés directo en el asunto.

Para esta Sala es claro que se presenta un interés directo en cuanto a las prestaciones económicas que devengan los Jueces en el ejercicio de sus funciones, y en este caso en concreto los Jueces de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo del Circuito de Manizales, ya que patrimonialmente se obtendrían beneficios en el caso de que eventualmente se fallare a favor del accionante, y por tanto habría lugar a que se perturbe el fuero interno y la ecuanimidad del fallador encargado de este caso.

⁹ Cita de cita: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de 13 de agosto de 2005, radicación 23903 y decisiones allí citadas.

En otras palabras, se considera por esta Sala que, en efecto, cualquier decisión que sea adoptada en el asunto de la referencia puede afectar la objetividad e imparcialidad que deben gobernar a los Jueces Administrativos del Circuito en el ejercicio de la función jurisdiccional, pues se trata de la definición de aspectos salariales de funcionarios y empleados de la Rama Judicial.

En ese orden de ideas, al configurarse la causal discutida y al abarcar ésta a la totalidad de los Jueces Administrativos del Circuito, habrá de designarse Conjuez para resolver sobre el particular, tal como lo dispone el numeral 2 del artículo 131 del CPACA y el artículo 30 del Acuerdo 209 de 1997, *“Por el cual se establecen las reglas generales para el funcionamiento de los tribunales administrativos”*.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS,

RESUELVE:

Primero. DECLÁRASE fundado el impedimento propuesto por la Dra. Bibiana María Londoño Valencia, en calidad de la Jueza Sexta Administrativa del Circuito de Manizales, que comprende así mismo a todos los Jueces Administrativos del Circuito, para conocer del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por el señor Kenner Stivens Marín Eusse contra la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, por encontrarse incurso en la causal contenida en el numeral 1 del artículo 141 del CGP, aplicable por remisión del artículo 130 del CPACA, en atención a lo expuesto. En consecuencia,

Segundo. SEPÁRASE del conocimiento del presente asunto a los Jueces Administrativos de este Circuito.

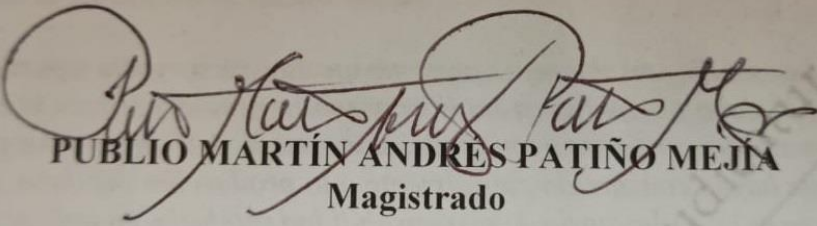
Tercero. FÍJASE como fecha para el sorteo de conjuez el día **miércoles siete (7) de abril de dos mil veintiuno (2021), a las once y treinta de la mañana (11:30 a.m.)**.

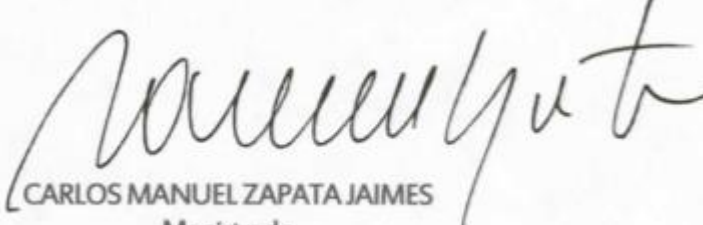
Cuarto. HÁGANSE las anotaciones pertinentes en el programa informático *“Justicia Siglo XXI”*.

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

No. 050

FECHA: 23/03/2021



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA

SECRETARIO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.I. 079

Asunto:	Resuelve impedimento Juez
Medio de Control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-33-003-2020-00126-02
Demandante:	Gloria Amparo Villada Muñoz
Demandado:	Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta nº 012 del 19 de marzo de 2021

Manizales, diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO

Procede esta Sala de Decisión a resolver sobre la declaración de impedimento formulado por el Dr. Juan Guillermo Ángel Trejos, en calidad de Juez Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, para conocer de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho de la referencia, en la cual aduce encontrarse incurso en la causal prevista en el numeral 1 del artículo 141 del Código General del Proceso¹, aplicable por remisión expresa del artículo 130 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo².

ANTECEDENTES

La señora Gloria Amparo Villada Muñoz, actuando debidamente representada, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda contra la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, con el fin de obtener la declaratoria de nulidad de los actos administrativos que negaron el reconocimiento y pago de la “Bonificación Judicial” como factor salarial y prestacional.

¹ En adelante CGP

² En adelante CPACA

Como consecuencia de lo anterior, se inaplique por ilegal e inconstitucional la expresión “*y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Seguridad Social en Salud*” contenida en el artículo 1º del Decreto 0383 de 2013.

Se solicitó que se le reconociera y pagara la bonificación judicial señalada en el Decreto 383 de 2013 y Decreto 1016 de 2013 como factor salarial y prestacional desde el momento de su creación, con incidencia en los emolumentos prestacionales que por imperio de la ley devenga.

El conocimiento del citado proceso correspondió, por reparto, al Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, del cual es titular el Dr. Juan Guillermo Ángel Trejos.

Por auto del 31 de agosto de 2020, el citado funcionario se declaró impedido para conocer del asunto, manifestando que tiene interés directo en el resultado del proceso, al tener este servidor judicial los mismos intereses salariales perseguidos por la parte demandante dentro del presente caso.

Como consecuencia, el Juez de conocimiento remitió el expediente a este Tribunal para que se surta el trámite legal que corresponda, con fundamento en lo dispuesto por el numeral 2 del artículo 131 del CPACA.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

El artículo 131 del CPACA reguló lo relativo al trámite de los impedimentos, fijando entre otras, la siguiente regla:

“Artículo 131. Trámite de los impedimentos. Para el trámite de los impedimentos se observarán las siguientes reglas:

(...)

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

En razón a lo anterior, corresponde a este Tribunal resolver sobre la manifestación de impedimento presentado por el Juez Tercero Administrativo del Circuito de Manizales.

Al respecto, debe precisarse preliminarmente que los artículos 141 del CGP y 130 del CPACA establecen las causales de impedimento y recusación en

las que pueden incurrir los magistrados y jueces. Dichas causales han sido previstas de manera taxativa con la finalidad de preservar el principio de imparcialidad en los procesos judiciales, tal como lo ha indicado el Supremo Tribunal de lo Contencioso Administrativo³.

Así las cosas, tan pronto el funcionario judicial tenga conocimiento de que se halla inmerso en una de dichas causales debe expresar su impedimento para que, conforme a lo indicado anteriormente, su superior se pronuncie sobre el mismo, para salvaguardar la imparcialidad judicial como atributo que debe revestir a los juzgadores que tienen a su cargo el ejercicio de la función jurisdiccional, frente a lo cual el H. Consejo de Estado⁴ ha fraguado al respecto que:

“El impedimento y la recusación han sido concebidos como instrumentos idóneos establecidos por el legislador para hacer efectiva la condición de imparcialidad del juez o del funcionario judicial en la toma de decisiones. Uno y otra son figuras legales que permiten observar la transparencia dentro del proceso judicial y que autorizan a los funcionarios judiciales a alejarse del conocimiento del mismo. Las causales de impedimento son taxativas y de aplicación restrictiva, comportan una excepción al cumplimiento de la función jurisdiccional que le corresponde al Juez, y como tal, están debidamente delimitadas por el legislador y no pueden extenderse o ampliarse a criterio del juez o de las partes, por cuanto, la escogencia de quien decide no es discrecional. Para que se configuren debe existir un “interés particular, personal, cierto y actual, que tenga relación, al menos mediata, con el caso objeto de juzgamiento de manera que impida una decisión imparcial.”. Se trata de situaciones que afecten el criterio del fallador, que comprometan su independencia, serenidad de ánimo o transparencia en el proceso. La imparcialidad e independencia judicial, como objetivos superiores, están orientadas a garantizar que las actuaciones se ajusten a los principios de equidad, rectitud, honestidad y moralidad, sobre los cuales descansa el ejercicio de la función pública, artículo 209 de la Constitución Política”.

Como se puede apreciar, la causal invocada por la Juez Tercero Administrativo del Circuito de Manizales es la prevista en el numeral 1 del artículo 141 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 130 del CPACA, por cuyo ministerio se dispuso lo siguiente:

“Son causales de recusación las siguientes:

³ Auto de 11 de mayo de 2006; Consejero Ponente Alier Eduardo Hernández Enríquez; Exp. 47001-23-31-000-2005-00949-01(32362)

⁴ Auto de 21 de abril de dos mil nueve 2009; Consejero Ponente Víctor Hernando Alvarado; Exp. 11001-03-25-000-2005-00012-01(IMP)II; Consejo de Estado Sala Plena de lo Contencioso Administrativo

(...)

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"*

En relación con el alcance de la expresión "*interés directo*" contenida en el numeral 1 del artículo 141 del CGP, la H. Corte Constitucional en auto n° 334 del 2 de diciembre de 2009⁵ explicó que aquélla no sólo tiene una connotación patrimonial sino moral, y que además para que se configure, el interés debe ser actual y directo, en los siguientes términos:

"(...)

Es directo cuando el juzgador obtiene, para sí (sic) o para los suyos, una ventaja o provecho de tipo patrimonial o moral, y es actual, cuando el vicio que se endilga de la capacidad interna del juzgador, se encuentra latente o concomitante al momento de tomar la decisión. De suerte que, ni los hechos pasados, ni los hechos futuros tienen la entidad suficiente para deslegitimar la competencia subjetiva del juez.

En este orden de ideas, para que exista un interés directo en los magistrados de esta Corporación, es indispensable que frente a ellos sea predicable la existencia de alguna ventaja de tipo patrimonial a partir de las resultas del proceso. De igual manera, si lo que se pretende probar es la existencia de un interés moral, debe acreditarse con absoluta claridad la afectación de su fuero interno, o en otras palabras, de su capacidad subjetiva para deliberar y fallar"⁶. (Líneas son del texto).

Por su parte, la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia, en auto del 13 de diciembre de 2007⁷, sostuvo en relación con lo que debe entenderse por "*interés en el proceso*", lo que se desprenderá a continuación:

"(...)

6. *Sobre la causal que está sometida a debate en el presente asunto la Sala ha expresado, en forma reiterada y pacífica⁸, lo siguiente:*

⁵ H. Corte Constitucional. Magistrada Ponente: Dra. María Victoria Calle Correa. Auto n° 334 del 2 de diciembre de 2009. Referencia: expedientes D-7882 y 7909 acum. Recusación formulada contra el Procurador General de la Nación.

⁶ Cita de cita: Cfr., Auto 080A de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, en el cual se resolvían recusaciones contra los magistrados de la Corte Constitucional.

⁷ H. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Magistrado Ponente: Dr. Yesid Ramírez Bastidas. Auto del 13 de diciembre de 2007.

⁸ Cita de cita: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de 13 de agosto de 2005, radicación 23903 y decisiones allí citadas.

“El “interés en el proceso”, debe entenderse como aquella expectativa manifiesta por la posible utilidad o menoscabo, no sólo de índole patrimonial, sino también intelectual o moral, que la solución del asunto en una forma determinada acarrearía al funcionario judicial o a sus parientes cercanos, y que, por aparecer respaldada en serios elementos de juicio, compromete la ponderación e imparcialidad del juzgador, tornando imperiosa su separación del conocimiento del proceso.

“Por lo anterior, el interés que causa el impedimento tiene que ser real, existir verdaderamente. No basta la afirmación que haga un Magistrado a su arbitrio, pues de aceptarse ese proceder, la posibilidad de apartarse del conocimiento de un caso quedaría sometida solamente a la voluntad del juez o magistrado.

“Por lo tanto, se trata de establecer “si la intervención del juez recusado o impedido en el caso concreto implicaría la obtención de un provecho, utilidad o ganancia, para sí, para su cónyuge o compañero permanente, o para sus parientes; o si el Juez, su cónyuge o compañero permanente, o alguno de sus parientes en el rango que establece la ley, profesa un sentimiento respecto de alguno de los sujetos procesales, con suficiente intensidad para hacerle inclinar su ánimo; o si existe un interés creado por otro tipo de circunstancias que permita vislumbrar la ausencia de ecuanimidad”.

Se ha agregado que:

“El interés a que alude la disposición es aquel que surge del trámite y decisión del asunto. En modo alguno de un comportamiento extraprocesal de uno de los intervinientes”⁹. (Subraya la Sala).

En el caso particular, el impedimento se fundamenta en el hecho que la prestación negada por las resoluciones cuya nulidad se solicita, es percibida en igualdad de condiciones por todos los Jueces Administrativos del Circuito, lo que en su sentir configura un interés directo en el asunto.

Para esta Sala es claro que se presenta un interés directo en cuanto a las prestaciones económicas que devengan los Jueces en el ejercicio de sus funciones, y en este caso en concreto los Jueces de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo del Circuito de Manizales, ya que patrimonialmente se obtendrían beneficios en el caso de que eventualmente se fallare a favor del accionante, y por tanto habría lugar a que se perturbe el fuero interno y la ecuanimidad del fallador encargado de este caso.

⁹ Cita de cita: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de 13 de agosto de 2005, radicación 23903 y decisiones allí citadas.

En otras palabras, se considera por esta Sala que, en efecto, cualquier decisión que sea adoptada en el asunto de la referencia puede afectar la objetividad e imparcialidad que deben gobernar a los Jueces Administrativos del Circuito en el ejercicio de la función jurisdiccional, pues se trata de la definición de aspectos salariales de funcionarios y empleados de la Rama Judicial.

En ese orden de ideas, al configurarse la causal discutida y al abarcar ésta a la totalidad de los Jueces Administrativos del Circuito, habrá de designarse Conjuez para resolver sobre el particular, tal como lo dispone el numeral 2 del artículo 131 del CPACA y el artículo 30 del Acuerdo 209 de 1997, *“Por el cual se establecen las reglas generales para el funcionamiento de los tribunales administrativos”*.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS,

RESUELVE:

Primero. DECLÁRASE fundado el impedimento propuesto por el Dr. Juan Guillermo Ángel Trejos, en calidad de Juez Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, que comprende así mismo a todos los Jueces Administrativos del Circuito, para conocer del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por la señora Gloria Amparo Villada Muñoz contra la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, por encontrarse incurso en la causal contenida en el numeral 1 del artículo 141 del CGP, aplicable por remisión del artículo 130 del CPACA, en atención a lo expuesto. En consecuencia,

Segundo. SEPÁRASE del conocimiento del presente asunto a los Jueces Administrativos de este Circuito.

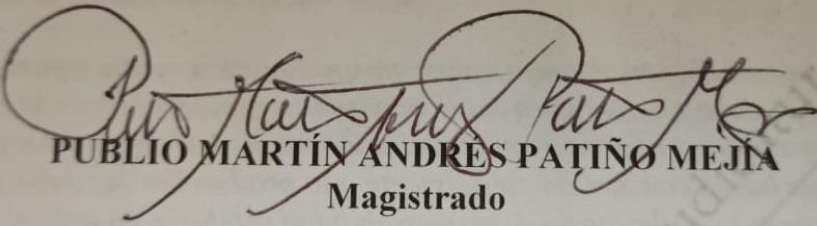
Tercero. FÍJASE como fecha para el sorteo de conjuez el día **miércoles siete (7) de abril de dos mil veintiuno (2021), a las once y treinta de la mañana (11:30 a.m.)**.

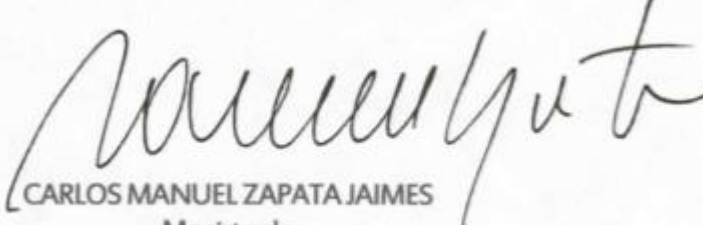
Cuarto. HÁGANSE las anotaciones pertinentes en el programa informático *“Justicia Siglo XXI”*.

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

No. 050

FECHA: 23/03/2021



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA

SECRETARIO