

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

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

Manizales, veintiocho (28) de junio de dos mil veintidós (2022)

<b>RADICADO</b>	<b>17-001-23-33-000-2022-00123-00</b>
<b>MEDIO DE CONTROL</b>	<b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</b>
<b>DEMANDANTE</b>	<b>BEATRIZ HELENA OCAMPO DE ECHEVERRY</b>
<b>DEMANDADO</b>	<b>DIRECCIÓN NACIONAL DEL FONDO PENSIONAL DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA</b>

Procede el Tribunal Administrativo de Caldas a decidir sobre la competencia para conocer del medio de control de la referencia.

**ANTECEDENTES**

La señora Beatriz Helena Ocampo de Echeverry, por conducto de apoderada judicial, presentó demanda con la finalidad que se declare la nulidad de la Resolución FP-0374 del 14 de septiembre de 2021, mediante la cual se negó el reconocimiento de la sustitución pensional. Y que, como consecuencia de ello, se le ordene a la Dirección Nacional del Fondo Pensional de la Universidad Nacional de Colombia reconozca como conyugue supérstite a la actora, y así mismo le asigne y pague por derecho de sustitución pensional del señor José Fernando Echeverry los emolumentos dejados de percibir desde el 6 de junio de 2021.

**CONSIDERACIONES**

El artículo 155 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 30 de la Ley 2080 de 2021, consagra la competencia de los juzgados administrativos en primera instancia de la siguiente manera:

*ARTÍCULO 155. Competencia de los jueces administrativos en primera instancia. Los juzgados*

*administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos:*

*[...]*

*2. De los de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral que no provengan de un contrato de trabajo, en los cuales se controviertan actos administrativos de cualquier autoridad, sin atención a su cuantía.* (Subrayado fuera de texto)

Por su parte, el artículo 86 de la Ley 2080 de 2021, al establecer la vigencia de la ley, dispuso con claridad que las nuevas normas sobre competencia entrarían a regir al año siguiente de la publicación de la ley, es decir, a partir del 25 de enero de 2022.

La demanda de la referencia, según el acta de reparto, fue radicada el 10 de junio de 2022 a través de la ventanilla virtual.

Conforme a la normativa en cita, el conocimiento del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral se determina, con independencia de la cuantía y el orden de la autoridad que emite el acto administrativo, como asunto de conocimiento de los juzgados administrativos en primera instancia.

Como la parte demandante pretende la nulidad de un acto administrativo proferido por la Dirección Nacional del Fondo Pensional de la Universidad Nacional de Colombia que negó el reconocimiento de una sustitución pensional, el asunto en controversia es de origen laboral.

Así las cosas, el proceso es de conocimiento de los Jueces Administrativos del Circuito en primera instancia; por lo que se ordenará remitir el expediente a la Oficina Judicial para que este sea repartido entre estos, como un asunto de su competencia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas

## **RESUELVE**

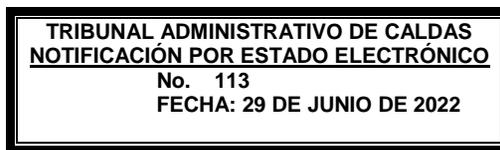
1. **DECLARAR** la falta de competencia para conocer de la demanda que en ejercicio del medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL**

**DERECHO** instauró **BEATRIZ HELENA OCAMPO DE ECHEVERRY** en contra de **LA DIRECCIÓN NACIONAL DEL FONDO PENSIONAL DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA.**

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

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



Firmado Por:

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

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

Código de verificación: **deb43f54a1f205df0630e27d27e967d6f06fbb416f212179ac4ef15b6cc18a13**

Documento generado en 28/06/2022 01:43:01 PM

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

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

Manizales, veintiocho (28) de junio de dos mil veintidós (2022).

<b>RADICACIÓN</b>	<b>17-001-23-33-000-2022-00097-00</b>
<b>CLASE</b>	<b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</b>
<b>DEMANDANTE</b>	<b>FRANCIA ELENA LÓPEZ LÓPEZ</b>
<b>DEMANDADO</b>	<b>INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR- ICBF</b>

Ingresa el proceso de la referencia a despacho para emitir pronunciamiento sobre la declaratoria de falta de competencia por parte del Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales.

**ANTECEDENTES**

La señora Francia Elena López López presentó demanda con la finalidad que se declare la nulidad del acto administrativo que negó el reconocimiento de unos viáticos derivados de los encargos como Directora Regional del ICBF para los departamentos de Córdoba y Atlántico; y como consecuencia de ello, a título de restablecimiento del derecho, se proceda a reconocer los mismos.

Correspondió por reparto el asunto al Juzgado Veintitrés Administrativo Oral del Circuito de Bogotá<sup>1</sup>, despacho que admitió la demanda y notificó la misma a la entidad demanda quien se pronunció sobre ella dentro del término legal proponiendo excepciones, de las cuales se dio traslado a la parte demandante quien presentó memorial contestándolas.

Antes de adentrarse a resolver las excepciones previas, el despacho sustanciador decretó prueba con la finalidad que se informara por parte del ICBF el último lugar de prestación de servicios de la demandante. Se recibió como respuesta certificación que indicaba que último vínculo laboral de la actora con el

---

<sup>1</sup> Radicado 11-001-33-35-023-2020-00054-00

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar fue en el cargo de Profesional Especializado Código 2028 Grado 17, de la Planta Global de Personal del ICBF asignada a la Regional Caldas.

En atención a ello, mediante auto del 20 de agosto de 2021 se declaró la falta de competencia por factor territorial para tramitar el asunto, y se ordenó remitir el proceso a la oficina judicial de esta ciudad para que fuera repartido entre los Juzgados Administrativos del Circuito de Manizales.

El proceso fue asignado al Juzgado Quinto Administrativo<sup>2</sup>, despacho que mediante auto del 29 de abril de 2022 declaró su falta de competencia, por factor cuantía, para conocer del proceso, por lo que ordenó remitir el mismo a esta Corporación, repartiéndose a este despacho el 12 de mayo de 2022, emitiéndose auto que informaba cambio de radicado el 17 del mismo mes.

### **CONSIDERACIONES**

Como la demanda fue radicada en el año 2020, serán las normas anteriores a la Ley 2080 de 2021 las que se analizarán para determinar la procedencia de avocar el conocimiento del asunto.

El artículo 156 de la Ley 1437 de 2011 consagra que en la determinación de la competencia por razón del territorio se observarán unas reglas. Para el caso de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho del carácter laboral dispuso la norma que esta se establecería por el último lugar donde se prestaron o debieron prestarse los servicios.

En este caso, según certificado que reposa a folio 6 del archivo #23 del expediente digital, la demandante laboró en el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar hasta el 12 de octubre de 2020, y el último lugar donde se prestaron los servicios fue en la planta global asignada a la Regional Caldas.

Ello denota que efectivamente el presente proceso, por factor territorial, es competencia de este Distrito Judicial.

---

<sup>2</sup> Radicado 17-001-33-39-005-2021-00203-00

El expediente se remitió con destino a los Juzgados Administrativos del Circuito de Manizales asignándose al Juzgado Quinto, quien profirió auto que declaró la falta de competencia pero ahora por factor cuantía, con fundamento en el numeral 1° del artículo 152 del CPACA, al argumentar que esta fue tasada en la suma de \$149.260.560, y la norma determinaba que la competencia de los juzgados en asuntos de nulidad y restablecimiento de carácter laboral se limita a aquellos procesos cuya cuantía era inferior a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes. En consecuencia, ordenó remitir el asunto a esta Corporación.

Al revisar entonces la demanda, se advierte que efectivamente la cuantía se calculó en la suma señalada, \$149.260.560, la cual aduce la parte accionante es el resultado de sumar los viáticos que reclama como directora encargada de la Regional Córdoba (\$49.825.728) y como directora encargada de la Regional Atlántico (\$99.434.822).

Así las cosas, aunque el trámite de la demanda lo haya comenzado un Juzgado Administrativo del Circuito se considera, en una medida de saneamiento, que el conocimiento del asunto por factor de competencia territorial y cuantía corresponde a este Tribunal, por lo que se avocará el mismo.

En firme este auto, regrese el expediente a despacho para continuar con el trámite del proceso.

Se aclara a todas las partes que este proceso tuvo el radicado 11-001-33-35-023-2020-00054-00 cuando su conocimiento correspondió al Juzgado Veintitrés Administrativo Oral del Circuito de Bogotá. Que al repartirlo al Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales se le asignó el radicado 17001-33-39-005-2021-00203-00, mismo que mutó al radicado 17-001-23-33-000-2022-00097-00 cuando se envió el asunto a esta Corporación, por lo que será este último radicado con el cual continuará identificándose el proceso.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS,**

**RESUELVE**

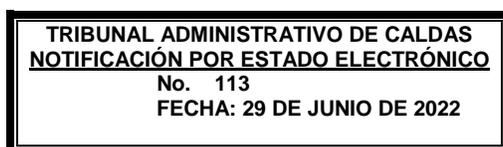
**1. AVOCAR** el conocimiento de la demanda que en ejercicio del medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** interpuso **FRANCIA ELENA LÓPEZ LÓPEZ** contra **EL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR- ICBF**.

**2. INFORMAR** que el expediente mutó del radicado 11-001-33-35-023-2020-00054-00, que fue el asignado cuando su conocimiento correspondió al Juzgado Veintitrés Administrativo Oral del Circuito de Bogotá, al radicado 17001-33-39-005-2021-00203-00, que fue fijado cuando se repartió al Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales, y de ese al radicado 17-001-23-33-000-2022-00097-00, que fue el asignado cuando se realizó el reparto al Tribunal Administrativo de Caldas, por lo que será este último con el cual continuará identificándose el proceso.

**3.** Ejecutoriada esta providencia, regrese el proceso al despacho para continuar con el trámite del mismo.

### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

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



Firmado Por:

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

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,

conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **4cac7bfa1be02e8f60b79d59967fb0234b570849c6f4b9242586ac9d89d4ed63**

Documento generado en 28/06/2022 01:45:14 PM

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

**CONSTANCIA SECRETARIAL:** La presente Acción de Nulidad y Restablecimiento de Derechos fue devuelto del H. Consejo de Estado, confirmando parcialmente la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas.

Consta de un (01) cuaderno.

Manizales, veintiocho (28) de junio de dos mil veintidós (2022)



**CARLOS ANRÉS DÍEZ VARGAS**  
**Secretario**

Radicado: 17001-23-33-000-2016-00852-01  
Proceso: Nulidad y Restablecimiento De Derechos  
Demandante: Jesús Salvador Aguirre Bermúdez  
Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional y Otros

**REPUBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**

**A.S. 083**

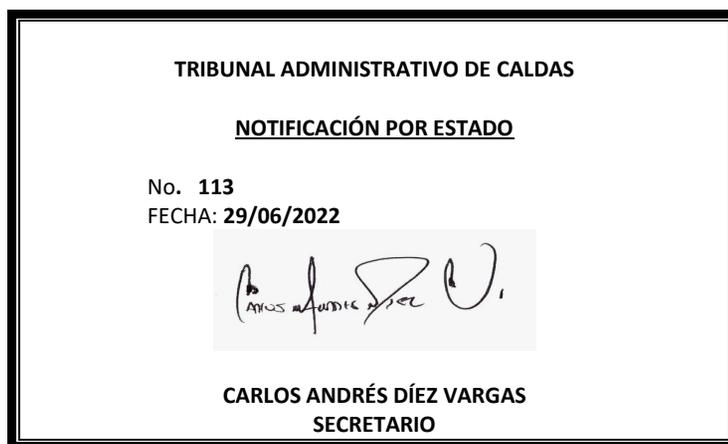
Manizales, veintiocho (28) de junio de dos mil veintidós (2022)

Toda vez que el H. Consejo de Estado confirmó parcialmente la sentencia proferida por este Tribunal el día 7 de junio de 2019, estése a lo dispuesto por la Suprema Corporación de lo Contencioso Administrativo.

Ejecutoriado el presente auto, liquídense los gastos del proceso, devuélvanse los remanentes si los hubiere y procédase al archivo de las diligencias, efectuando las anotaciones respectivas en el Programa Justicia Siglo XXI.

**Notifíquese**

**AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN**  
**Magistrado**



Firmado Por:

**Augusto Ramon Chavez Marin**  
**Magistrado Tribunal O Consejo Seccional**  
**Oral 5**  
**Tribunal Administrativo De Caldas**

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

Código de verificación: **39681a31d806137a87cf23c9565976df0293ae1e21bd146590ed9ede971cf42a**

Documento generado en 28/06/2022 03:01:50 PM

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

17-001-33-33-756-2015-00181-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, veinticuatro (24) de JUNIO de dos mil veintidós (2022)

S. 100

La Sala 4ª de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Caldas, conformada por los Magistrados AUGUSTO MORALES VALENCIA, quien la preside, AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN y PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA, procede a dictar sentencia de segundo grado por vía del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia emanada del Juzgado 5º Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por el señor RIGOBERTO SERNA dentro del contencioso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido contra el **MUNICIPIO DE LA DORADA (CALDAS)**.

#### ANTECEDENTES

##### PRETENSIONES DE LA PARTE ACTORA.

- I) Se declare la nulidad de las Resoluciones N° 1397 de 29 de diciembre de 2014 y 0036 de 15 de enero de 2015.
- II) Se ordene el reintegro del demandante al cargo de CELADOR Código 477 Grado 05, con el pago de la totalidad de salarios, prestaciones e incrementos dejados de percibir desde la data de desvinculación hasta que se produzca el reintegro, así mismo, se paguen a su favor los perjuicios morales que se causaron con el retiro del cargo, en cuantía de 70 s.m.m.l.v., e idéntica suma por concepto de daño a la salud.
- III) Se declare que no ha existido solución de continuidad entre la fecha de desvinculación y aquella en la que se produzca el reintegro.

## **CAUSA PETENDI.**

En síntesis, expresa lo siguiente:

- A través del Decreto N°005 de 2 de enero de 1996, el accionante fue nombrado como celador por el MUNICIPIO DE LA DORADA (CALDAS), empleo de carrera administrativa, identificado con el código 477 y el grado 05, en el cual permaneció hasta la fecha de su desvinculación, que se dio el 19 de enero de 2015 a través del acto administrativo demandado.
- Desde los 5 años de edad, el actor padece de poliomielitis asimétrica que afecta su miembro inferior izquierdo, por lo que debe desplazarse con ayuda de una muleta, situación que lo convierte en una persona vulnerable en el mercado laboral, pese a ello, los actos demandados no tuvieron en cuenta la protección reforzada que le asiste. Además, el accionante RIGOBERTO SERNA se encuentra inscrito en el Registro Único de Víctimas por desplazamiento forzado.
- El accionante se sometió a valoración médica en el HOSPITAL SAN FÉLIX de La Dorada (Caldas), dando como resultado una discapacidad del 46.3%, además, es padre de DIOBER DE JESÚS SERNA OLIVEROS, quien presenta un retraso mental moderado, anotando igualmente que responde económicamente por su hija ANGIE PAOLA SERNA OLIVEROS y su cónyuge LUZ MIRA OLIVEROS VILLA.
- Mediante fallo de tutela proferido el 27 de abril de 2015, el Juzgado 3° Promiscuo Municipal de La Dorada (Caldas) tuteló los derechos fundamentales del accionante y su hija menor, ordenando el reintegro transitorio del accionante al MUNICIPIO DE LA DORADA, decisión confirmada en sede de segunda instancia y que al momento de la presentación de la demanda no había acatado la entidad accionada.
- Producto de las decisiones demandadas en nulidad, el actor ha sufrido perjuicios morales derivados de la angustia y trastornos asociados al retiro del cargo, menoscabos que se extienden a su núcleo familiar.

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

Invocó el accionante como vulneradas la Constitución Política, arts. 1, 2, 4, 5, 6, 13, 25, 29, 53 y 54; Ley 790 de 2002, art. 12; Decreto 190 de 2003; y la Ley 361 de 1997, art. 3.

Como juicio de la infracción, argumenta que su desvinculación fue ilegal, en la medida que la municipalidad accionada desconoció los derechos de los empleados de carrera administrativa, quienes ante la supresión de sus cargos, deben contar con la posibilidad preferencial de ser incorporados a un empleo equivalente en la nueva planta de personal o la indemnización. Además, el MUNICIPIO DE LA DORADA no tuvo en cuenta la protección reforzada que le asiste al actor dada su condición física, víctima de desplazamiento forzado y padre cabeza de familia, por lo que considera que la sola indemnización resulta insuficiente.

Considera que era obligación del MUNICIPIO DE LA DORADA, al momento de suprimir el cargo que ocupaba el demandante, capacitarlo para el nuevo cargo en el que debió ser reubicado, además de que no se le permitió optar por otro empleo como lo permite la ley, y prácticamente lo forzó a recibir la indemnización.

#### **CONTESTACIÓN AL LIBELO DEMANDADOR.**

El **MUNICIPIO DE LA DORADA (CALDAS)** contestó la demanda dentro de la oportunidad legal manifestando su oposición a las pretensiones del demandante/fls. 100-116 cdno. 1/, exponiendo que el cargo que aquel ocupaba fue suprimido con base en un estudio técnico elaborado por la ESAP y las facultades que confiere al alcalde municipal el canon 315 numeral 7 del texto fundamental.

Sobre el caso del actor RIGOBERTO SERNA, explica que revisada la nueva planta de personal no fue posible su incorporación por inexistencia de un empleo equivalente, a lo que se añade su grado de escolaridad, pues el actor solo cursó hasta quinto de primaria y el empleo de menor nivel en la nueva planta de personal precisa como mínimo título de bachiller. Indica que a

solicitud del actor, su caso fue revisado por la Comisión de Personal en sesión extraordinaria, instancia que ratificó la inexistencia de cargo equivalente, por lo que finalmente, el demandante solicitó el pago de la indemnización, que le fue cancelada el 25 de junio de 2015.

Anota que el nulidiscente no ha presentado pérdida de capacidad laboral, y que esta situación no fue hallada en los exámenes practicados por los profesionales de la salud durante su vínculo laboral, tampoco fue comunicada al ente territorial y en todo caso, menciona que la instancia idónea para determinarla es la Junta Médica de Calificación de Invalidez. Aclara que la valoración mencionada por el demandante fue practicada 2 meses y medio después de su retiro y por un médico particular, desconociendo que la ley precisa que esta corresponde a la mencionada junta a solicitud de la EPS y la ARL.

Respecto al fallo de tutela que el actor indica que no ha sido acatado, aclara que la orden de reintegro provisional proferida por el juez constitucional a favor del demandante RIGOBERTO SERNA era efectiva mientras se resolvía la solicitud de revisión del caso en la comisión de personal del municipio, instancia que como ya anotó, determinó que no había un cargo equivalente al suprimido. Por ende, concluye que no hubo incumplimiento de la sentencia de tutela.

Expone que la actuación del municipio fue razonable, proporcional y ajustada a los cánones legales, además de orientarse al desarrollo de los objetivos misionales de la administración municipal, y en todo caso, garantizó los derechos del ex empleado demandante producto de la supresión de su cargo. Con fundamento en lo anterior, propuso como excepciones las denominadas 'INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN', aludiendo a la legalidad que precedió la actuación que generó la desvinculación del actor; 'BUENA FE', por cuanto la administración municipal analizó la posibilidad de reincorporar al demandante, no obstante lo cual ello no fue posible por los requisitos exigidos en la nueva planta de personal; y 'COBRO DE LO NO DEBIDO', atendiendo que al accionante le fueron cancelados los emolumentos que se le adeudaban hasta el momento del retiro de la entidad.

## LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez 5° Administrativo de Manizales dictó sentencia negando las pretensiones de la parte actora /fls. 257-270 cdno.1/.

Como sustento de la decisión, el juzgador determinó que la reestructuración de la planta de personal efectuada por el MUNICIPIO DE LA DORADA tuvo sustento en un estudio técnico elaborado por la ESAP, y que los actos demandados se basan en el decreto con el cual el municipio reestructuró su planta de personal, acto que se halla revestido de presunción de legalidad.

Luego de aludir a la protección reforzada que se dispensa a algunas personas en situación especial de vulnerabilidad en caso de liquidación o supresión de entidades estatales, también conocida como “retén social”, estimó que en el caso del señor RIGOBERTO SERNA no está llamado a ser cobijado por ese especial parámetro de protección constitucional. Primero, aludió a la condición de inscrito en el Registro Único de Víctima, calidad que a su juicio no hace parte de ese parámetro de protección reforzada, pues confiere beneficios autónomos previstos en la Ley 1448 de 2011.

De otro lado, aun cuando concluyó que el demandante es sujeto de protección constitucional especial dada la calidad de padre cabeza de familia a cargo de un menor con discapacidad cognitiva, con base en la jurisprudencia del Consejo de Estado, la permanencia en el empleo no constituye un derecho absoluto, y por el contrario, en el caso concreto el actor optó voluntariamente por la indemnización que ofrece la ley como última opción ante la inexistencia de cargos equivalentes en la nueva planta de personal de la entidad territorial. En este orden, estimó el juez que el MUNICIPIO DE LA DORADA respetó los dictados de ley al mantener vinculado al actor hasta tanto recibió la indemnización a que tenía derecho, y que por el contrario, acceder a un reintegro y al pago de prestaciones luego de haber recibido una indemnización implicaría un detrimento para el patrimonio estatal por tratarse de un doble pago.

## **EL RECURSO DE SEGUNDO GRADO.**

Mediante memorial que obra de folios 275 a 283 del cuaderno principal, la parte demandante apeló la sentencia de primera instancia.

En resumen, insiste en los planteamientos que sirvieron de base el libelo introductor, precisando que está demostrado que el accionante RIGOBERTO SERNA tiene una disminución en su fuerza laboral que era conocida por la entidad demandada, quien no obstante, decidió contratarlo en esas condiciones. Además, que el actor está a cargo de 2 hijos, uno de ellos con limitación por retraso mental moderado, por lo que es beneficiario del retén social, que no fue tenido en cuenta por el juez para ordenar el reintegro. Insiste en que el demandante recibió la indemnización forzada por su precaria situación económica, pese a que insistió en ser reubicado un nuevo cargo, lo que negó la entidad demandada pese a que incluso había un fallo de tutela que se lo ordenaba.

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

Pretende la parte actora la nulidad del acto administrativo con el cual se retiró del servicio al señor RIGOBERTO SERNA, por supresión del cargo de celador que ocupaba en el MUNICIPIO DE LA DORADA, y se ordene a la entidad demandada su reintegro al empleo que ocupaba o a uno similar, con el consecuente pago de los emolumentos dejados de percibir.

### **PROBLEMAS JURÍDICOS**

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

***¿El MUNICIPIO DE LA DORADA (CALDAS) garantizó los derechos del señor RIGOBERTO SERNA, al momento de la supresión del cargo de CELADOR que ocupaba en ese ente territorial?***

*¿Tiene derecho el demandante RIGOBERTO SERNA a ser reintegrado al cargo de celador Código 477 Grado 05 en el MUNICIPIO DE LA DORADA o a uno equivalente?*

(I)

## PROTECCIÓN DE LA ESTABILIDAD LABORAL ANTE LA SUPRESIÓN DE CARGOS

El artículo 209 de la Constitución Política establece que la función administrativa está al servicio de los intereses generales, y que esta debe ajustarse a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. Uno de los medios de concreción de este mandato es la carrera administrativa, concebida como un sistema de administración del talento humano al servicio del Estado, cuya regulación reside en el artículo 125 del texto fundamental, del que se destaca en lo pertinente:

“Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley (...)

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción (...)” /Resaltado del Tribunal/.

La carrera administrativa fue regulada inicialmente por la Ley 443 de 1998 (de la cual permanecen vigentes los artículos 24, 58, 81 y 82), y posteriormente por la Ley 909 de 2004, que en punto al mandato constitucional citado, dispone causales de retiro del servicio en su artículo 41 (Título VII):

“El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:

- a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción;
- b) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa;
- c) <Literal INEXEQUIBLE>
- d) Por renuncia regularmente aceptada;
- e) < Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez;
- f) Por invalidez absoluta;
- g) Por edad de retiro forzoso;
- h) Por destitución, como consecuencia de proceso disciplinario;
- i) Por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo;
- j) Por revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para el desempeño del empleo, de conformidad con el artículo 5o. de la Ley 190 de 1995, y las normas que lo adicionen o modifiquen;
- k) Por orden o decisión judicial;
- l) Por supresión del empleo;
- m) Por muerte (...)” /Resaltado del Tribunal/.

Aludiendo de manera puntual al retiro del servicio de un empleado de carrera por supresión del cargo, el mismo esquema disposicional establece un marco de protección y garantía de derechos, plasmado en el artículo 44:

“Los empleados públicos de carrera administrativa, que como consecuencia de la liquidación, reestructuración, supresión o fusión de entidades, organismos o dependencias, o del traslado de funciones de una entidad a otra, o por modificación de planta de personal, se les supriman los cargos de los cuales sean titulares, tendrán derecho preferencial a ser incorporados en empleo igual o equivalente de la nueva planta de personal, y de no ser posible podrán optar por ser reincorporados a empleos iguales o equivalentes o a recibir indemnización. El Gobierno Nacional reglamentará el proceso de reincorporación y el reconocimiento de la indemnización.

PARÁGRAFO 1o. Para los efectos de reconocimiento y pago de las indemnizaciones de que trata el presente artículo, el tiempo de servicios continuos se contabilizará a partir de la fecha de posesión como empleado público en la entidad en la cual se produce la supresión del empleo (...)

PARÁGRAFO 3o. En todo caso, no podrá efectuarse supresión de empleos de carrera que conlleve el pago de la indemnización sin que previamente exista la disponibilidad presupuestal suficiente para cubrir el monto de tales indemnizaciones” /Resalta el Tribunal/.

A su turno, el artículo 45 ídem, dispone que ‘(...) *cuando la incorporación se realice en un empleo equivalente, deberán acreditarse los requisitos exigidos por la entidad que esté obligada a efectuarla, de conformidad con el manual específico de funciones y requisitos de la misma*’ /Destacado de la Sala/, mientras que el apartado 46 se refiere a las reformas de las plantas de personal:

“Las reformas de plantas de personal de empleos de las entidades de la Rama

Ejecutiva de los órdenes nacional y territorial, deberán motivarse, fundarse en necesidades del servicio o en razones de modernización de la Administración y basarse en justificaciones o estudios técnicos que así lo demuestren, elaborados por las respectivas entidades bajo las directrices del Departamento Administrativo de la Función Pública y de la Escuela Superior de Administración Pública - ESAP-.

El Departamento Administrativo de la Función Pública adoptará la metodología para la elaboración de los estudios o justificaciones técnicas, la cual deberá ceñirse a los aspectos estrictamente necesarios para soportar la reforma a las plantas de personal.

Toda modificación a las plantas de personal de los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva del poder público del orden nacional, deberá ser aprobada por el Departamento Administrativo de la Función Pública” /Resaltado de la Sala/.

A su turno, el Decreto N° 760 de 2015 ahonda en el procedimiento que ha de adelantarse en caso de supresión de empleos de carrera administrativa:

“ARTÍCULO 28. Suprimido un empleo de carrera administrativa, cuyo titular sea un empleado con derechos de carrera, este tiene derecho preferencial a ser incorporado en un empleo igual o equivalente al suprimido de la nueva planta de personal de la entidad u organismo en donde prestaba sus servicios.

De no ser posible la incorporación en los términos establecidos en el inciso anterior, podrá optar por ser reincorporado en un empleo igual o equivalente o a recibir una indemnización, de acuerdo con lo dispuesto en el parágrafo 2° del artículo 44 de la Ley 909 de 2004 y con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional.

Para la reincorporación de que trata el presente artículo se tendrán en cuenta las siguientes reglas:

28.1. La reincorporación se efectuará dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha en

que el Jefe de la entidad comunique a la Comisión Nacional del Servicio Civil que el ex empleado optó por la reincorporación, en empleo de carrera igual o equivalente que esté vacante o provisto mediante encargo o nombramiento provisional o que de acuerdo con las necesidades del servicio se creen en las plantas de personal en el siguiente orden:

(...)

De no ser posible la reincorporación dentro del término señalado, el ex empleado tendrá derecho al reconocimiento y pago de la indemnización.

PARÁGRAFO. Cuando se reforme total o parcialmente la planta de empleos de una entidad u organismo, no tendrá el carácter de nuevo nombramiento la incorporación que se efectúe en cargos iguales a los suprimidos a quienes los venían ejerciendo en calidad de provisionales.

**ARTÍCULO 29. De no ser posible la incorporación en la nueva planta de personal de la entidad en donde se suprimió el empleo, ya sea porque no existe cargo igual o equivalente o porque aquella fue suprimida, el Jefe de la Unidad de Personal o quien haga sus veces deberá comunicar por escrito esta circunstancia al ex empleado, indicándole, además, el derecho que le asiste de optar por percibir la indemnización de que trata el parágrafo 2º del artículo 44 de la Ley 909 de 2004 o por ser reincorporado a empleo de carrera igual o equivalente al suprimido, conforme con las reglas establecidas en el artículo anterior, o de acudir a la Comisión de Personal para los fines previstos en los literales d) y e) del artículo 16 de la Ley 909 de 2004.**

ARTÍCULO 30. El ex empleado deberá manifestar su decisión de aceptar la indemnización u optar por la revinculación, mediante escrito dirigido al jefe de la entidad u organismo dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de recibo de la

comunicación de que trata el artículo anterior.

Si no manifestare su decisión dentro de este término se entenderá que opta por la indemnización.

**ARTÍCULO 31.** La Comisión de Personal de la entidad en la que se suprimió el cargo conocerá y decidirá en primera instancia sobre las reclamaciones que formulen los ex empleados de carrera con derecho preferencial a ser incorporados en empleos iguales o equivalentes de la nueva planta de personal por considerar que ha sido vulnerado este derecho o porque al empleado se le desmejoraron sus condiciones laborales por efecto de la incorporación.

La reclamación deberá formularse con el lleno de los requisitos establecidos en el presente decreto, dentro de los cinco (5) días siguientes a la comunicación de la supresión del cargo.

La Comisión de Personal decidirá, una vez comprobados los hechos que dieron lugar a la reclamación, mediante acto administrativo motivado en un término no superior a ocho (8) días. Contra esta decisión procede el recurso de apelación para ante la Comisión Nacional del Servicio Civil, en los términos del Código Contencioso Administrativo.

Si la decisión es que no procede la incorporación, el ex empleado deberá manifestar por escrito, dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha en que esta quede en firme, al jefe de la entidad su decisión de optar por la reincorporación en empleo igual o equivalente en el plazo que señala la ley o a percibir la indemnización.

Si el ex empleado hubiere optado por la reincorporación, el jefe de la entidad dentro de los diez (10) días siguientes al recibo del escrito que así lo manifiesta, deberá poner dicha decisión en conocimiento de la Comisión Nacional del Servicio Civil, para que inicie la actuación administrativa tendiente a obtener la reincorporación del ex empleado en empleo igual o equivalente al suprimido,

de conformidad con lo dispuesto en el presente decreto.

ARTÍCULO 32. El jefe de la entidad, mediante acto administrativo motivado, deberá reconocer y ordenar el pago de la indemnización a que tiene derecho el ex empleado dentro de los diez (10) días siguientes a la ocurrencia de alguno de los siguientes hechos:

32.1. Cuando el ex empleado hubiere optado expresamente por la indemnización.

32.2. Cuando el ex empleado no hubiere manifestado su decisión de ser reincorporado.

32.3. Cuando al vencimiento de los seis meses para ser reincorporado, no hubiere sido posible su reincorporación en empleo igual o equivalente al suprimido.

La decisión se notificará al interesado y contra ella procede el recurso de reposición. En dichas actuaciones se observarán las formalidades establecidas en el Código Contencioso Administrativo” /Resaltados del Tribunal/.

En cuanto a las reformas a las plantas de personal de las entidades territoriales, el texto constitucional atribuye a los alcaldes municipales, según la previsión establecida en el canon 315 Superior, *‘Crear, suprimir o fusionar los empleos de sus dependencias, señalarles funciones especiales y fijar sus emolumentos con arreglo a los acuerdos correspondientes’*, función que se itera en el artículo 29 de la Ley 1551 de 2012, que modificó el canon 91 de la Ley 136 de 1994.

Retomando el hilo conductor sobre el que se erige esta controversia judicial, por su naturaleza y las decisiones que implican, los procesos de reestructuración de las entidades públicas y la modificación de las plantas de personal son susceptibles de afectar la esfera individual de las personas que ocupan cargos de carrera administrativa, lo que ha derivado en una tensión entre la estabilidad laboral protegida por los artículos 25 y 53 de la Carta Política, y el interés general que subyace a los procesos reformativos de las

plantas de personal, escenario que ya ha sido objeto de pronunciamientos en sede judicial.

El Consejo de Estado aludió al conflicto que se presenta en estos casos, en sentencia de 3 de junio de 2021 con ponencia de la Magistrada Sandra Lisset Ibarra Vélez, en la que también hizo mención de la postura del máximo tribunal constitucional sobre el particular, elementos que guardan pertinencia y en algunos casos similitud con el sub lite (Exp. 25000-23-42-000-2016-02896-01(2855-19):

“(…) Así, cuando se retira a un empleado de la planta de cargos, como consecuencia de una supresión, se hace porque el empleo específico fue suprimido por un acto administrativo, lo que sucede cuando la cantidad de cargos desaparece o disminuye, o en la nueva planta de personal no subsisten cargos con funciones iguales o equivalentes a los cuales pueda incorporarse el funcionario.

La Administración, en síntesis, por motivos de interés general ligados a la eficacia y eficiencia de la función pública puede acudir a la supresión de cargos en una entidad pública, sin que puedan oponérsele los derechos de carrera de los funcionarios, ya que, éstos deberán ceder ante el interés general, como lo dijo la Corte Constitucional en la Sentencia C-370 de 27 de mayo de 1999, M.P. doctor Carlos Gaviria Díaz:

“(…) No hay duda de que la pertenencia a la carrera administrativa implica para los empleados escalafonados en ella la estabilidad en el empleo, sin embargo, esa sola circunstancia no obliga al Estado a mantener los cargos que éstos ocupan, por siempre y para siempre, pues pueden existir razones y situaciones que justifiquen la supresión de los mismos. La

estabilidad, como tantas veces se ha dicho, “no significa que el empleado sea inamovible, como si la Administración estuviese atada de manera irreversible a sostenerlo en el puesto que ocupa aún en los casos de ineficiencia, inmoralidad, indisciplina o paquidermia en el ejercicio de las funciones que le corresponden, pues ello conduciría al desvertebramiento de la función pública y a la corrupción de la carrera administrativa.

En otras palabras, el derecho a la estabilidad no impide que la administración por razones de interés general ligadas a la propia eficacia y eficiencia de la función pública pueda suprimir determinados cargos, por cuanto ello puede ser necesario para que el Estado cumpla sus cometidos. Por consiguiente, cuando existan motivos de interés general que justifiquen la supresión de cargos en una entidad pública, es legítimo que el Estado lo haga, sin que pueda oponérsele los derechos de carrera de los funcionarios ya que éstos deben ceder ante el interés general (...) /Destacados de la Sala/.

De otro lado, al reflexionar sobre los fines y alcances de la indemnización como opción para el empleado de carrera cuyo cargo es suprimido, el órgano de cierre de esta jurisdicción en Sentencia de 25 de febrero de 2021, en la que fungió como ponente el Magistrado William Hernández Gómez (Exp. 08001-23-31-000-2010-00512-01(2087-16), indicó:

“(...) El hecho de haber accedido a la función pública en virtud de un concurso de méritos, conlleva ciertas prerrogativas para el servidor que ha sido escalafonado en carrera administrativa, dentro de ellas está la de estabilidad en el empleo y como expresión de estas, el artículo 44 de la Ley 909 de 2004, vigente para la época de los hechos, define los derechos que le asisten a los

empleados de carrera administrativa en caso de supresión del cargo, así:

i) Derecho preferencial a ser incorporados en un empleo igual o equivalente de la nueva planta de la misma entidad.

De no ser posible, podrán optar por:

ii) La reincorporación a empleos iguales o equivalentes,

o

iii) Una indemnización.

(...) Es oportuno señalar frente a la indemnización por supresión del cargo que la jurisprudencia constitucional consideró que constituye un mecanismo eficaz para «resarcir al trabajador por el daño sufrido como causa de la supresión del cargo que venía ocupando, siendo que aquél tenía derechos adquiridos a la estabilidad laboral y al reconocimiento del mérito, pues el Estado tiene el deber de reparar el daño aun cuando éste sea legítimo, es decir, cuando se causa como consecuencia de la supresión o fusión de entidades, organismos o dependencias, del traslado de funciones de una entidad a otra, o de la modificación de una planta de personal”  
/Resaltados del Tribunal/.

Así mismo, la jurisprudencia de esta jurisdicción especializada ha establecido las condiciones esenciales que se requieren para optar por la incorporación en un cargo de la nueva planta de personal. En fallo de 18 de febrero de 2021 planteó (M.P. Rafael Francisco Suárez Vargas Exp. 25000-23-42-000-2013-01999-01(3797-14)):

“De lo expuesto se tiene que ante la liquidación, reestructuración, supresión o fusión de entidades,

organismos o dependencias, o del traslado de funciones de una entidad a otra, o por modificación de plantas de personal, los empleados públicos tienen derecho a la incorporación y, de no ser posible, podrán optar por la reincorporación o a la indemnización. Sobre la diferencia entre incorporación y de reincorporación, establecido en el artículo anterior, la jurisprudencia ha señalado:<sup>1</sup>

La primera de ellas, es decir la incorporación, según lo regulado en los artículos 44 y 45 de la Ley 909 de 2004, debe ocurrir cuando: (i) las funciones de un cargo de una entidad suprimida subsisten en la nueva planta de la entidad receptora que asume la competencia de aquella entidad, así el nuevo cargo que haya asumido las funciones cambie de nomenclatura, o, (ii) exista en la nueva planta de personal para el momento de la supresión del cargo otro empleo igual o equivalente.

Dicha decisión procede de oficio o recae en la comisión de personal de la entidad por reclamación que efectúe el trabajador, de conformidad con el artículo 29 del Decreto 760 de 2005, en concordancia con el literal d) del artículo 16 de la Ley 909 de 2004” /Destacados fuera del texto original/.

En virtud de lo expuesto, la protección que el ordenamiento jurídico dispensa a la estabilidad laboral como uno de los atributos de los empleos de carrera administrativa no es absoluta, por el contrario, está llamada a flexibilizarse ante motivos de interés general que normalmente explican y suscitan las reformas de las plantas de personal de las entidades públicas, para lo cual, con la finalidad de materializar el derecho del trabajador cuyo cargo es suprimido, la ley permite que se incorpore en la nueva planta de personal,

---

<sup>1</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub Sección A, M.P. William Hernández Gómez, sentencia de 14 de febrero de 2019, Radicación número: 25000-23-42-000-2013-05357-02(3698-15).

en un empleo equivalente, o que en defecto de estas opciones, sea acreedor de una indemnización, que en palabras de la jurisprudencia, permite conjurar el daño que causa su cesación en el servicio público.

Cabe anotar que la Ley 909 de 2004 y el Decreto 760 de 2015 son diáfanos en su redacción, al establecer la incorporación, la reincorporación y la indemnización como opciones alternativas y excluyentes, es decir, resulta claro que no es posible acceder a varias de ellas de manera simultánea y por ende, la indemnización no solo funge como última posibilidad ante la inexistencia de empleos equivalentes en la nueva planta de personal o en otras entidades, sino que resulta a todas luces proscrito por vía legal recibir la indemnización y al tiempo pretender la incorporación en la nueva planta de empleos. Así mismo, es condición esencial para la incorporación que el empleado cumpla los requisitos de ingreso del nuevo empleo al que aspira ser incorporado.

Bajo este marco argumentativo, el Tribunal abordará los pormenores del caso.

### **CASO CONCRETO**

Como primera medida, no es motivo de disenso ni de litigio la condición que ostenta el actor RIGOBERTO SERNA, como padre de una persona con retraso mental moderado y además cabeza de hogar, connotación que también se encuentra documentada en el plenario y que fue reconocida expresamente por el fallador de primera instancia /fls. 36-37, 39, 45-49, 46-48 y 198-200 cdno. 1/. La controversia radica en establecer si con la decisión del MUNICIPIO DE LA DORADA de retirarlo del empleo por supresión del cargo que ocupaba, se violentó el ordenamiento jurídico, y de manera concreta, si el ente territorial desconoció el derecho preferencial que le asistía, tendiente a su incorporación en la nueva planta de personal.

En el expediente se halla acreditado que el accionante RIGOBERTO SERNA fue designado en provisionalidad en el cargo de CELADOR en el MUNICIPIO DE LA DORADA mediante Decreto 005 de 2 de enero de 1996, tomando posesión

ese mismo día, y que posteriormente, fue inscrito en carrera administrativa el 29 de agosto de 1997 en el mismo empleo /fls. 117-122/.

Mediante la Resolución N° 1397 de 29 de diciembre de 2014, el MUNICIPIO DE LA DORADA (CALDAS) decidió retirar del servicio a varios servidores de ese ente territorial, a raíz de la supresión de los cargos de la planta de personal, entre ellos el de CELADOR Código 477 Grado 05 que ocupaba el señor ROGOBERTO SERNA, quien fue una de las personas retiradas del servicio. En el mismo acto, la municipalidad le concedió al nulidisciente un término de cinco (5) días para manifestar si aceptaba la indemnización u optaba por ser incorporado a un cargo igual o equivalente al suprimido /fls. 27-30/.

En uno de los apartados de la decisión demandada, se explica '(...) *Que mediante Decreto Municipal número 001 de fecha enero 02 de 2012, se modificó el manual específico de competencias laborales y los requisitos para cada una de las denominaciones de empleos sector central del Municipio de La Dorada Caldas, en el cual existe el empleo de celador código 477, grado 05 con un total de cargos 21 y el empleo de Auxiliar de Servicios Generales código 470 grado 13 con un total de cargos 01 y el empleo de Auxiliar de Servicios Generales código 470 grado 05 con un total de 11 cargos (...) Que la Escuela Superior de administración Pública ESAP recomienda: ". Teniendo en cuenta que la carga laboral de los empleos de servicios generales y celaduría es básica y estas labores pueden ser contratadas con empresas especializadas, se puede disponer de esta manera de cargos que pueden ser utilizados en desarrollo de actividades tendientes a satisfacer las necesidades de la comunidad, siendo esta una prioridad para el Municipio (...)' /Resaltado del Tribunal/.*

El acto en mención fue modificado por medio de la Resolución N° 036 de 15 de enero de 2015 /fls. 7-10/, en la que también se precisa: '(...) *que el Decreto número 050 del 03 de Octubre de 2014, suprimió algunos cargos de la planta de personal estableciendo una nueva para cumplir con las funciones y responsabilidades propias del Municipio de La Dorada; disponiendo en su artículo primero, la supresión de 21 cargos de celador Código 477, grado 05; 01 cargos de Auxiliar de de (sic) Servicios Generales código 470, grado 13;*

*11 cargos de Auxiliar de Servicios Generales código 470 grado 05' /Resalta el Tribunal/.*

El 26 de enero de 2015, el demandante presentó petición al MUNICIPIO DE LA DORADA, con la que solicitó su reubicación en un cargo igual o equivalente al suprimido, y la cancelación de sus acreencias laborales, la cual obtuvo respuesta por el ente territorial accionado con Oficio D.P. 2018-042-2015 de 9 de febrero de 2015, consistente en que dicha entidad contaba con un término de 6 meses que aún estaba en curso para revisar la posibilidad de reincorporación en la nueva planta de personal /fls. 127-129 cdno. 1/.

Más adelante, el 7 de mayo de 2015, a través de Oficio D.P. 218-184-2015, la Directora Administrativa del municipio le comunicó al nulidiscente que *'(...) revisada la planta de personal establecida y el manual de funciones Decreto número 103 de Diciembre 29 de 2014, se puede constatar que dentro de la nueva planta de personal no existe cargo igual o equivalente al que usted ostentaba; por lo anterior no es posible incorporarlo a esta entidad (...) si usted considera que se le ha vulnerado el derecho preferente de incorporación en la nueva planta de personal, puede acudir a la Comisión de Personal para los fines previstos en los literales d) del artículo 16 de la Ley 909 de 2004'* /Resaltados del Tribunal/. De igual manera, le informó que le asistía derecho a optar por recibir la indemnización /fl. 130/.

En consecuencia, el 29 de mayo de 2015, el señor RIGOBERTO SERNA solicitó a la Comisión de Personal del Municipio de La Dorada estudiar su caso con el fin de ser incorporado en un cargo de la nueva planta de personal /fls. 131-132/. A folios 138 y 139 obra el acta de dicha comisión, sesión extraordinaria llevada cabo el 10 de junio de 2015. En el documento consta lo siguiente: *'(...) toma la palabra Olga Lucía Montoya Coronado, manifestando que el empleo de nivel asistencial más bajo dentro de la planta de personal es como ayudante grado 05; para lo cual el mínimo de estudios debe ser de bachiller en cualquier modalidad; y tener un año de experiencia relacionada (...) Una vez revisó la historia laboral se verificó que el señor Serna no tiene título de bachiller, ni experiencia relacionada en este tipo de empleos y el nivel de estudio reportado fue de quinto de primaria (...) Después de analizado el*

*Decreto 050 de 03 de octubre de 2014 y el Decreto 103 del 29 de Diciembre de 2014, la comisión por unanimidad determina que no existe un empleo igual o equivalente que pueda ser ocupado por Rigoberto Serna dentro de la Administración Municipal, Por lo anterior no puede ser incorporado’.*

Ante esta respuesta, el demandante dirigió oficio al MUNICIPIO DE LA DORADA el 24 de junio de 2015, manifestando que aceptaba la indemnización, la cual le fue reconocida por la municipalidad accionada al día siguiente, a través de la Resolución N° 0785 en cuantía de \$ 27'343.395 /fls. 142-146 cdno. 1/.

Todo lo anterior conlleva a concluir que el MUNICIPIO DE LA DORADA ciñó su actuación de manera estricta a los cánones normativos plasmados en la primera parte de este pronunciamiento judicial, y por ende, que en la decisión de retirar del servicio al demandante RIGOBERTO SERNA, la municipalidad no desconoció el derecho de incorporación preferencial que le asistía al ex servidor público, quien no pudo integrarse a la nueva planta de personal por razones ajenas a la municipalidad, como lo es el incumplimiento de los requisitos previstos en el nuevo esquema de empleos.

Analizado el procedimiento administrativo adelantado por la entidad territorial, es diáfano que en consonancia con el marco jurídico que regula este tipo de situaciones y al que se aludió en el primer segmento de este fallo: **(i)** el retiro del servicio del actor se produjo al amparo en una causa legal, como la supresión del empleo por la modificación de la planta de personal; **(ii)** dicha modificación estuvo sustentada en un estudio técnico elaborado por la ESAP, que precisamente, sugirió prescindir de los cargos relacionados con la celaduría y los servicios generales, dando prevalencia a los empleos que cumplieran el marco misional de la entidad territorial; **(iii)** al accionante le fue otorgada la posibilidad de ejercer el derecho preferencial a la incorporación en la nueva planta, por el cual optó inicialmente, no obstante, para ello debía cumplir los requisitos previstos en el nuevo diseño institucional, mismos que no cumplía, por su bajo nivel de escolaridad y experiencia relacionada; **(iv)** en la nueva planta de personal no existen cargos similares o equivalentes al de celador, otrora desempeñado

por el demandante; (v) se garantizó al actor su derecho a acudir a la Comisión de Personal del municipio, instancia que ratificó esta decisión ante la imposibilidad de incorporación; y finalmente, (vi) al no poder ser reubicado, el señor RIGOBERTO SERNA optó voluntariamente por la indemnización, que le fue reconocida a la mayor brevedad por el municipio.

En síntesis, esta colegiatura coincide con la tesis de la parte demandada, acogida en el fallo de primera instancia, en tanto no existen vicios de ilegalidad en la actuación que culminó con la relación legal y reglamentaria que vinculaba al señor RIGOBERTO SERNA con ese ente territorial. Y si bien esta instancia judicial no desconoce las especiales y difíciles condiciones que recaen sobre el accionante, a las que se refirió la Sala iniciando este apartado, estas situaciones no devienen en el derecho a una estabilidad plena e irrestricta en el empleo público, a tal punto que dicha protección constitucional deba mantenerse aun cuando como ocurrió en este caso, el cargo o empleo ya no existe.

En otras palabras, la jurisprudencia constitucional y la de esta jurisdicción especializada han construido un espectro de protección que atiende las especiales circunstancias en las que se encuentran algunos servidores públicos, imponiendo unos estándares más rígidos a la hora de su cesación en el servicio público, amparo que se mantiene mientras la entidad o el empleo subsistan a la vida jurídica, y que por el contrario, desaparece o se hace imposible de **materielizar** cuando la institución o el cargo desaparecen. En este último escenario, y previa la posibilidad de incorporación que en el sub lite fue agotada, el ordenamiento consagra el derecho a la indemnización que como también se precisó, emerge como compensación económica por el daño que causa el fin de la vinculación laboral con el Estado, y que en el caso del señor RIGOBERTO SERNA, le fue reconocida una vez manifestó su aceptación.

Por último, según se enunció en los antecedentes de esta providencia, el otro de los motivos de cuestionamiento planteados por el demandante tiene que ver con que, supuestamente, el MUNICIPIO DE LA DORADA (CALDAS) desatendió dos fallos de tutela que ordenaron su reintegro al cargo de

celador. Este cargo tampoco está llamado a salir avante, pues como acertadamente lo sostuvo el MUNICIPIO DE LA DORADA, el alcance de la protección concedida en esa instancia constitucional fue eminentemente transitorio.

De ello de cuenta el fallo adoptado por el Juzgado 5° Promiscuo Municipal de La Dorada (Caldas) el 14 de enero de 2014, en el que decidió tutelar el derecho fundamental al debido proceso del demandante, y acto seguido, *'ORDENAR al MUNICIPIO DE LA DORADA, en un plazo máximo de cuarenta y ocho (48) horas, MODIFICAR la Resolución No. 1397 de 29 de diciembre de 2014, en el sentido de indicar qué recursos proceden contra esta, ante qué autoridad se deben interponer y en qué plazo, y en caso de que no procedan también indicarlo. Adicionalmente ajustar la Resolución en lo que a la ejecutoria de la misma se refiere, toda vez que tal y como se indicó esta únicamente se da, una vez se han notificado en debidamente (sic) los interesados o afectados, y se hayan agotado y resuelto de ser el caso los recursos pertinentes'*. Además, el juez de tutela negó el amparo respecto a los derechos al trabajo, mínimo vital, a una vejez digna y a la protección de los trabajadores en condición de discapacidad /fls. 50-69 cdno. 1/.

La otra sentencia de tutela fue proferida por el Juzgado 3° Promiscuo Municipal de la misma localidad el 27 de abril de 2015, dentro de la acción de tutela promovida por la menor ANGIE PAOLA SERNA OLIVEROS (hija del demandante) /fls. 70-76 idem/. El mecanismo de protección adoptado en este caso fue: *'ORDENAR a la ALCALDÍA MUNICIPAL DE LA DORADA que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, proceda a REINTEGRAR DE MANERA TRANSITORIA al señor RIGOBERTO SERNA a un cargo igual o semejante al que ocupaba antes de que fuera suprimido su cargo, ello hasta que cumplido el término legal que decida si lo reintegra definitivamente o le concede la indemnización respectiva, siempre teniendo en cuenta que el señor SERNA es una persona protegida constitucionalmente por ser discapacitado y padre cabeza de familia, merecedor de la estabilidad reforzada reconocida constitucionalmente'* /Resaltado el Tribunal/. De igual manera, ordenó que la decisión sobre si se reintegraba definitivamente o no el demandante debía ser adoptada por el MUNICIPIO DE LA DORADA antes del

18 de julio de 2015, sentencia confirmada el 4 de junio de 2015 por el Juzgado Penal del Circuito de la Dorada (Caldas), y que obra de folios 77 a 81 del cuaderno principal.

En este contexto, la protección constitucional dispensada al demandante RIGOBERTO SERNA se encontraba limitada en el tiempo, únicamente mientras el MUNICIPIO DE LA DORADA adelantaba el procedimiento legal para determinar si el actor obtenía su derecho a la incorporación en la nueva planta de personal o accedía a la indemnización, situación que se encuentra resuelta, pues como se anticipó, el demandante optó por esta última, agotando el ámbito de la tutela. Por ende, no resulta válido predicar en este momento la supuesta desatención de los fallos de tutela, y tampoco que la existencia de dichas sentencias sea motivo de anulación del acto demandado, pues corresponden a un escenario jurídico constitucional ajeno al contexto del examen de legalidad de la resolución de retiro del servicio.

En conclusión, los razonamientos expuestos no conllevan el derecho al reintegro pretendido por el actor RIGOBERTO SERNA, más aun cuando quedó probado que el MUNICIPIO DE LA DORADA en todo momento garantizó sus prerrogativas como ex servidor de carrera administrativa de esa municipalidad, por lo que se confirmará la sentencia de primera instancia.

#### **COSTAS.**

Se condenará en costas al apelante, en virtud del supuesto previsto en el numeral 3 del artículo 365 del Código General del Proceso. Sin agencias en derecho en esta instancia por no haberse causado.

Por lo discurrido, el **Tribunal Administrativo de Caldas, SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,**

#### **FALLA**

**CONFÍRMASE** la sentencia emanada del Juzgado 5º Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por el señor

**RIGOBERTO SERNA** dentro del contencioso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido contra el **MUNICIPIO DE LA DORADA (CALDAS)**.

**COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandante y a favor de la entidad demandada. Sin agencias en derecho en esta instancia.

Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso en el Programa Justicia Siglo XXI.

**NOTIFÍQUESE** conforme lo dispone el artículo 203 del C/CA.

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según consta en Acta N° 030 de 2022.

**NOTIFÍQUESE**



**AUGUSTO MORALES VALENCIA**  
Magistrado



**AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN**  
Magistrado



**PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA**  
Magistrado

17001-23-33-000-2017-00831-00

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: **AUGUSTO MORALES VALENCIA**

Manizales, veinticuatro (24) de JUNIO de dos mil veintidós (2022)

S. 102

La Sala 4ª de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, conformada por los Magistrados **AUGUSTO MORALES VALENCIA**, quien la preside, **AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN** y **PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA**, procede a dictar sentencia de primer grado dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por la **CERVECERÍA UNIÓN S.A.** contra el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

#### ANTECEDENTES

#### PRETENSIONES

I) Se declare la nulidad de la Liquidación Oficial de Revisión N° 006 de 27 de marzo de 2016, con la cual el **DEPARTAMENTO DE CALDAS** modificó la liquidación privada del impuesto de consumo de cervezas, sifones, refajos y mezclas de producción nacional, correspondiente al mes de julio de 2013; así mismo, se anule la Resolución N° 5622-7 de 26 de julio de 2017, con la que resolvió el recurso de reconsideración contra el acto de liquidación oficial.

- II) Se declare en firme la liquidación privada presentada por CERVECERÍA UNIÓN S.A., y que dicha empresa no adeuda al DEPARTAMENTO DE CALDAS ninguna suma adicional a las ya canceladas en virtud de la declaración privada.
- III) De manera subsidiaria, se anule la sanción pecuniaria determinada en los actos demandados.

### **CAUSA PETENDI.**

Expresa la sociedad demandante que el 14 de agosto de 2013 presentó al DEPARTAMENTO DE CALDAS la declaración privada del impuesto al consumo de cervezas, refajos, mezclas y sifones, correspondiente al mes de julio del mismo año, producto de lo cual le fue formulado requerimiento especial, en el que el ente territorial propuso modificar el impuesto a cargo, aumentándolo en \$ 73'023.729 e imponiendo una sanción por inexactitud a la máxima tarifa legal permitida.

Agrega que el 17 de julio de 2015, el departamento profirió emplazamiento previo por no declarar, con el cual pretendía la declaración y pago de los impuestos supuestamente omitidos por la cervecería por el mes de julio de 2013, por la suma de \$ 13'576.270, e imponer una sanción del 10% del impuesto por cada periodo de retardo. Anota que la empresa se abstuvo de contestar ambos requerimientos ante la falta de claridad sobre el impuesto supuestamente causado y no declarado ni pagado.

Luego, prosigue, la administración departamental profirió acto de liquidación oficial, acogiendo en su integridad las modificaciones que había propuesto en el requerimiento especial, e imponiendo sanción por inexactitud, acto que fue

confirmado en sede de reconsideración luego de la práctica de una inspección tributaria.

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

Invoca como vulnerados los artículos 2, 6, 13, 23, 29, 83, 95-9, 209, 286, 287 y 363 de la Constitución Política; Ley 223/95, arts. 194 y 198; Estatuto Tributario, arts. 1, 647, 683, 703, 704, 711, 712, 734, 742, 743 y 744; Ley 1437 de 2011, arts. 137 y 138.

El juicio de la infracción, se sintetiza en los siguientes puntos:

**SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO y NULIDAD POR NOTIFICACIÓN POR FUERA DEL TÉRMINO LEGAL:** anota que el DEPARTAMENTO DE CALDAS notificó el acto administrativo que resolvió el recurso de reconsideración el 4 de agosto de 2017, cuando ya había vencido el término legal, dando lugar a la ocurrencia del silencio administrativo positivo. Al efecto, explica que el recurso de reconsideración fue presentado el 26 de mayo de 2016, por lo que la administración tributaria inicialmente podía notificar la respuesta hasta el 27 de mayo de 2017, no obstante, explica que mediante auto de 10 de mayo de 2017 se decretó inspección tributaria, que culminó con acta de 30 de junio de 2017, el término para la notificación del acto que resuelve el recurso de reconsideración se extendió hasta el 8 de julio de 2017, y al no haber ocurrido la notificación en dicho lapso (tuvo lugar el 4 de agosto de 2017), se produjo un acto ficto positivo, en los términos del artículo 734 del Estatuto Tributario Nacional, y la nulidad de los actos tributarios por su notificación por fuera del término de ley (art. 730 numeral 3 ídem).

**VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO:** sostiene que la entidad demandada aplicó dos procedimientos diferentes al mismo supuesto de hecho, y confundió el procedimiento de revisión con el de aforo, pues el primero tiene lugar cuando habiendo declaración privada, la administración tributaria propone modificaciones, mientras que el segundo opera en el caso de que el contribuyente no cumpla con el deber de declarar. En el caso concreto, afirma que frente al mismo periodo gravable y ante el mismo sujeto pasivo del impuesto, el DEPARTAMENTO DE CALDAS notificó a CERVECERÍA UNIÓN S.A. tanto un requerimiento especial (acto previo a una liquidación de revisión) como un emplazamiento por no declarar (acto que antecede a una liquidación de aforo), vulnerando la prerrogativa fundamental de la demandante a que se apliquen las formas propias de cada juicio.

**FALTA DE COMPETENCIA:** esgrime la cervecería accionante que al tenor de lo dispuesto en el Estatuto Tributario Departamental (art. 138) y su similar del orden nacional (art. 691), la competencia para proferir las liquidaciones oficiales de revisión es del jefe de la unidad de liquidación y no del profesional de dicha dependencia, quien solo puede proyectarlas.

**IMPROCEDENCIA DE LA SANCIÓN POR INEXACTITUD:** menciona que el hecho sancionable es inexistente en el caso de autos, pues la administración departamental no logró desvirtuar la presunción de veracidad que arroja la liquidación privada presentada por CERVECERÍA UNIÓN S.A., la cual se basa en sus registros contables. Además, anota que la sanción fue impuesta con base exclusivamente en criterios objetivos, posibilidad que se encuentra proscrita por la jurisprudencia constitucional y de lo contencioso administrativo. Finalmente, alega que existe una diferencia de criterios en punto a la interpretación que ambas

partes brindan al hecho generador del impuesto al consumo, por lo que ante estas posturas encontradas, no procede la sanción por inexactitud.

### **CONTESTACIÓN AL LIBELO DEMANDADOR.**

El **DEPARTAMENTO DE CALDAS** se opuso a la prosperidad de las pretensiones con escrito obrante de folios 160 a 174 del cuaderno principal, para lo cual explicó que el procedimiento tributario se inició cuando detectó que la **CERVECERÍA UNIÓN S.A.** no realizó declaración sobre varias de las unidades de sus productos que ingresaron al departamento.

En cuanto al silencio administrativo positivo alegado por la accionante, sostiene que no se produjo, pues si bien es cierto el departamento podía notificar el acto que resuelve el recurso de reconsideración hasta el 26 de mayo de 2017, lo cierto es que la parte actora pidió la práctica de una inspección tributaria, ante lo cual el canon 733 del Estatuto Tributario permite suspender el término hasta por 3 meses, como en efecto ocurrió.

Frente a la supuesta combinación de 2 procedimientos, aclara que si bien estos fueron iniciados, el referido a la liquidación de aforo fue archivado, mientras que el **DEPARTAMENTO DE CALDAS** decidió continuar con el que dio lugar a la liquidación oficial de revisión, que se desarrolló con pleno apego a las normas que lo regulan. Sin embargo, acota que ambos procedimientos estaban dirigidos al mismo fin, que era determinar la razón por la cual la cervecera dejó de reportar algunas unidades de sus productos que ingresaron al territorio departamental en julio de 2013, según la información extractada de las tornaguías o documentos de transporte.

Asevera que el artículo 213 de la Ordenanza N°674 de 2011 confiere competencia general a la Secretaría de Hacienda para la determinación, fiscalización, liquidación y control de los impuestos, al paso que el Manual de Funciones, Requisitos y Competencias concreta dicha atribución en la unidad de rentas del mismo ente territorial. Así mismo, dice que la sanción por inexactitud está justificada por la omisión de la cervecería de declarar productos que ingresaron al territorio departamental, además, la norma precisa que exista esta omisión y no necesariamente que haya fraude, además, estima que no existe controversia sobre el derecho aplicable, por lo que no puede hablarse de una diferencia de criterios.

Con base en lo expuesto, formuló como excepciones las denominadas 'FIRMEZA DE LA LIQUIDACIÓN OFICIAL DE REVISIÓN No. 006 DEL 27 DE MARZO DE 2016 Y FIRMEZA DE LA RESOLUCIÓN No. 5622-7 DEL 26 DE JULIO DE 2017' y la 'GENÉRICA'.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

➤ **CERVECERÍA UNIÓN S.A. /fls. 221-224/:** manifiesta nuevamente que los actos administrativos demandados incurren en la causal de anulación consagrada en el artículo 730 numeral 3 del E.T., que se refiere a su notificación por fuera del plazo legal, reiterando que una vez culminada la práctica de la inspección tributaria, el DEPARTAMENTO DE CALDAS podía notificar la resolución con la que resolvió el recurso de reconsideración a más tardar el 16 de julio de 2017, y ello solo vino a ocurrir el 4 de agosto de la misma anualidad. Cuestiona una vez más el hecho de que el departamento haya adelantado 2 procedimientos

diferentes frente a un mismo hecho, como el de aforo y el de revisión, lo que en su concepto, va en contravía del artículo 29 de la Carta Política.

➤ **DEPARTAMENTO DE CALDAS /fls. 216-219/:** en consonancia con lo expuesto en el escrito de contestación de la demanda, relata que en el marco establecido por el artículo 59 de la Ley 788 de 2002 y en acatamiento de las normas tributarias nacionales, inició un procedimiento de fiscalización a CERVECERÍA UNIÓN S.A. en el que logró determinar que la declaración privada presentada por el impuesto de cervezas, sifones, refajos y mezclas del periodo gravable julio de 2013 omitió incluir mercancía que ingresó al departamento, conclusión que no pudo ser rebatida por la parte demandante. Insiste que respetó el debido proceso de la actora, accediendo a la práctica de la inspección que esta solicitó y que si bien inició procedimiento de aforo y de revisión, aquel fue archivado. Finalmente, dice que la actuación demandada fue notificada dentro del término legal, pues no superó el término de suspensión que prevé el artículo 733 de la norma tributaria nacional.

➤ **MINISTERIO PÚBLICO:** no intervino en esta etapa, conforme se indica en la constancia secretarial de folio 225.

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

Pretende la CERVECERÍA UNIÓN S.A. se anulen los actos administrativos con los cuales el DEPARTAMENTO DE CALDAS determinó un mayor valor a pagar por concepto del impuesto de cervezas, refajos, sifones y mezclas por el mes de

julio de 2013, así como una sanción por inexactitud, y en su lugar, se declare la firmeza de la liquidación privada presentada por la empresa demandante.

### **PROBLEMAS JURÍDICOS**

Los problemas jurídicos a resolver en el presente asunto se contraen a la dilucidación de los siguientes interrogantes:

- i) ¿Se expidió la Liquidación Oficial de Revisión N° 006 de 27 de marzo de 2016 por funcionario sin competencia para tal efecto?*
- ii) ¿El Departamento de Caldas notificó extemporáneamente la Resolución N° 5622-7 del 26 de julio de 2017, con la cual resolvió el recurso de reconsideración presentado por Cervecería Unión S.A. contra la Liquidación Oficial de Revisión N° 006 del 27 de marzo de 2016?*
- iii) ¿Incurrió el Departamento de Caldas en violación al debido proceso de la parte demandante al notificar el emplazamiento previo por no declarar y el requerimiento especial, es decir, al aplicar procedimientos tributarios diferentes al mismo supuesto de hecho?*
- iv) ¿Se encuentra ajustada a derecho la liquidación privada presentada por la CERVECERÍA UNIÓN S.A. por el impuesto al consumo de cervezas, mezclas, refajos y sifones, correspondiente al mes de julio de 2013?*
- v) En caso negativo, ¿Es procedente la sanción por inexactitud impuesta a la sociedad demandante?*

**(I)**  
**NOTIFICACIÓN EXTEMPORÁNEA DEL ACTO QUE CERRÓ  
EL DEBATE EN SEDE ADMINISTRATIVA**

En el caso que concita la atención de la Sala de Decisión, los cargos de nulidad planteados por CERVECERÍA UNIÓN S.A. contra los actos proferidos por el DEPARTAMENTO DE CALDAS se entrelazan con la presunta vulneración de la prerrogativa al debido proceso, tesis basada los siguientes supuestos: **(i)** el acto que resolvió el recurso de reconsideración fue notificado de forma extemporánea, dando lugar a la nulidad de la actuación y de paso, al silencio administrativo positivo; **(ii)** dicha declaración administrativa fue proferida por un funcionario incompetente; y **(iii)** el ente territorial aplicó de manera errada dos procedimientos (aforo y revisión) a un mismo supuesto de hecho.

El artículo 29 de la Carta Política consagra el derecho al debido proceso como una prerrogativa fundamental, de la cual dice, se aplica a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, dentro de las cuales se incluye el proceso de determinación de un tributo, como lo expuso la Corte Constitucional en Sentencia C-1201 de 2003 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), en la que concluyó que la noción de debido proceso en materia tributaria incluye la publicidad o notificación de los actos que allí se dicten, así como la competencia de los funcionarios que los profieren.

El pronunciamiento es del siguiente tenor literal:

“(…) Nótese que el aparte del artículo 29 superior que se transcribió anteriormente, explícitamente dice que el debido proceso se aplicará a toda actuación

administrativa, de donde se deduce que todo el trámite del proceso de determinación y cobro de los tributos, en cualquiera de sus etapas, debe permitir las garantías que se derivan de dicho principio constitucional. En tal virtud, la Corte entiende que los derechos de contradicción y controversia tiene vigencia desde la iniciación misma de cualquier procedimiento administrativo tributario, es decir desde el primer requerimiento hecho por la administración, hasta la conclusión del proceso de cobro coactivo, y debe cobijar a todas las personas que puedan resultar obligadas en virtud de lo resuelto por la Administración.

Reiteradamente la jurisprudencia constitucional ha afirmado que en virtud de la cláusula general de competencia a que se refieren los numerales 1° y 2° del artículo 150 de la Constitución, al legislador corresponde regular los procedimientos judiciales y administrativos. En virtud de tal facultad, puede el Congreso definir entre otras cosas, la competencia de los funcionarios para conocer de determinados asuntos, los recursos, los términos, el régimen probatorio, los mecanismos de publicidad de las actuaciones etc. En ejercicio de esta facultad, ha dicho también la Corte, el legislador goza de un amplio margen de libertad de configuración legislativa, limitado solamente por aquellas disposiciones de carácter superior que consagran las garantías constitucionales que conforman la noción de “debido proceso”.

Por lo anterior, y partiendo de una concepción del procedimiento administrativo, y dentro de él el proceso de determinación de las obligaciones tributarias, que lo entiende como un conjunto de actos independientes pero concatenados con miras a la obtención de un resultado final que es la decisión administrativa definitiva, cada acto, ya sea el que desencadena la actuación, los instrumentales o intermedios, el que le pone fin, el que comunica este último **y los destinados a resolver los recursos procedentes por la vía gubernativa, deben responder al principio del debido proceso**” /Resalta el Tribunal/.

En la misma línea hermenéutica, el supremo tribunal constitucional estableció en la Sentencia T-295 de 2018 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado), que una de las reglas que subyace a esta prerrogativa fundamental es la observancia de las reglas propias de cada juicio, que no es otra cosa que la obligación que se impone a la entidad o servidor que adelante un procedimiento, tendiente a no separarse de los cánones legales que regulan su trámite y desarrollo, así como la prohibición de omitir etapas o elementos procedimentales, cuya desatención permita el desconocimiento de las garantías que le asisten a los sujetos involucrados en la actuación.

Tratándose de los actos administrativos proferidos como producto del procedimiento de determinación del tributo, uno de los aspectos que interesan a este litigio es su adecuada notificación, que hace parte del núcleo esencial del debido proceso administrativo aplicable en materia de impuestos. Así lo

reconoció el Consejo de Estado en Sentencia de cuatro (4) de febrero de 2016, con ponencia del Magistrado Hugo Fernando Bastidas Bárcenas en el expediente N° 20.899:

“La notificación de las decisiones oficiales es un elemento esencial del derecho fundamental al debido proceso, pues así se dan a conocer éstas a los administrados para que puedan ejercer su derecho de defensa; a su vez, mientras los actos no se notifiquen, no producen efecto ni son oponibles a los destinatarios (artículo 48 del Código Contencioso Administrativo). La forma de cumplir con la notificación debe ser adecuada a la finalidad de que el administrado conozca verdaderamente los actos administrativos y pueda ejercer los medios de defensa pertinentes”.

Según precisó el Tribunal, el primer motivo de anulación planteado por CERVECERÍA UNIÓN S.A. se refiere a la notificación extemporánea de la Resolución N° 5622-7 de 26 de julio de 2017, con la cual el DEPARTAMENTO DE CALDAS resolvió el recurso de reconsideración formulado por dicha sociedad contra el acto de liquidación oficial de revisión del impuesto al consumo de cervezas, sifones, mezclas y refajos, correspondiente al mes de julio de 2013.

El artículo 59 de la Ley 788 de 2002 dispone en su tenor literal que “Los departamentos y municipios aplicarán los procedimientos establecidos en el Estatuto Tributario Nacional, para la administración, determinación, discusión, cobro, devoluciones, régimen sancionatorio incluida su imposición, a los impuestos por ellos administrados. Así mismo aplicarán el procedimiento

*administrativo de cobro a las multas, derechos y demás recursos territoriales. El monto de las sanciones y el término de la aplicación de los procedimientos anteriores, podrán disminuirse y simplificarse acorde con la naturaleza de sus tributos, y teniendo en cuenta la proporcionalidad de estas respecto del monto de los impuestos” /Destacados del Tribunal/.*

A su turno, el artículo 730 numeral 3 del E.T., vigente para la época en la que tuvo lugar el procedimiento demandado (artículo derogado por el artículo 122 de la Ley 1943 de 2018, derogatoria que opera desde el 1° de julio de 2019) establecía que *“Los actos de liquidación de impuestos y resolución de recursos, proferidos por la Administración Tributaria, son nulos: (...) 3. Cuando no se notifiquen dentro del término legal” /Subrayado del Tribunal/.*

El vicio que se endilga en el presente caso a la notificación del acto con el que se resolvió el recurso de reconsideración es su extemporaneidad, con las consecuencias legales que ello apareja. Por ende, el debate jurídico se centra en las reglas contenidas en los artículos 732 a 734 de la norma tributaria nacional, que la Sala reproduce a continuación:

**“ARTICULO 732. TERMINO PARA RESOLVER LOS RECURSOS.** La Administración de Impuestos tendrá un (1) año para resolver los recursos de reconsideración o reposición, contado a partir de su interposición en debida forma”.

**ARTICULO 733. SUSPENSION DEL TERMINO PARA RESOLVER.** Cuando se practique inspección tributaria, el término para fallar los recursos, se suspenderá mientras dure la inspección, si ésta se practica a solicitud del contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante, y hasta por tres (3) meses cuando se practica de oficio.

**ARTICULO 734. SILENCIO ADMINISTRATIVO.** Si transcurrido el término señalado en el artículo 732, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, el recurso no se ha resuelto, se entenderá fallado a favor del recurrente, en cuyo caso, la Administración, de oficio o a petición de parte, así lo declarará” /Resalta la Sala/.

Y aun cuando podría llegar a interpretarse que lo que esta última norma exige es únicamente “resolver” el recurso para que no opere el silencio administrativo positivo, la intelección correcta del término incluye la adecuada notificación de la decisión, pues no de otra manera podría acompasarse este contenido legal con la norma prevista en el artículo 29 de la carta política. El máximo órgano de esta jurisdicción ha acogido esta tesis<sup>1</sup> expresando que:

“En efecto, en cuanto la expresión «resolver» contenida en este artículo, la jurisprudencia<sup>2</sup> ha precisado que la decisión a la que se refiere la Ley, es la «notificada legalmente», vale decir, dentro de la oportunidad legal, ya que de otra manera no puede considerarse resuelto el recurso, como quiera que si el contribuyente no ha tenido conocimiento del acto administrativo, este no produce los efectos jurídicos correspondientes y, por

---

<sup>1</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de veinticinco (25) de abril de 2018. Rad. 73001-23-33-000-2014-00219-01(21805). M.P. Stella Jeannette Carvajal Basto.

<sup>2</sup> Cita de cita: Sentencia del 23 de junio del 2000, Exp. 10070, M.P. Dr. Delio Gómez Leyva, reiterada el 23 de agosto de 2002, Exp. 13829, M.P. Dra. María Inés Ortiz Barbosa, y Sentencia del 17 de julio de 2014, Exp. 19311, M.P. Dr. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

tanto, no puede tenerse como fallado el recurso presentado<sup>3</sup>” /Resalta el Tribunal/.

En cuanto a las consecuencias de no resolver el recurso dentro del término previsto en el artículo 732, se insiste, entendiendo que dicha resolución apareja la notificación en debida forma, el supremo Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha pregonado<sup>4</sup>:

“Además, la Sala, en oportunidad anterior, precisó que el plazo de «un año» previsto en el artículo 732 del E.T., es un término preclusivo, porque el artículo 734 del E.T. establece que se configura el silencio administrativo positivo ante su incumplimiento. Al ser un término preclusivo, se entiende que al vencimiento del mismo, la Administración pierde competencia para manifestar su voluntad y, en ese orden, el acto deviene en nulo<sup>5</sup>”  
/Resaltados y subrayas son del Tribunal/.

A partir de lo expuesto, en el expediente se halla acreditado lo siguiente:

(i) El 14 de agosto de 2013, la CERVECERÍA UNIÓN S.A. presentó ante el DEPARTAMENTO DE CALDAS declaración privada del impuesto al consumo de cervezas, refajos, mezclas y sifones del mes de julio de 2013, con el formulario

---

<sup>3</sup> Cita de cita: Sentencia del 12 de abril de 2007. Exp. 15532, M.P. Dra. María Inés Ortiz Barbosa.

<sup>4</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de veinticinco (25) de abril de 2018. Rad. 73001-23-33-000-2014-00219-01(21805). M.P. Stella Jeannette Carvajal Basto.

<sup>5</sup> Cita de cita: Sentencia del 21 de octubre de 2010, Exp. 17142, M.P. Dr. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

identificado con el número 1713188937, en la que liquidó y pago un tributo de \$ 628'954.000 /fl. 3 cdno. 2/.

(ii) El 7 de julio de 2015, el Jefe de la Unidad de Rentas del DEPARTAMENTO DE CALDAS profirió requerimiento especial en el que propuso a la CERVECERÍA UNIÓN S.A. modificar la liquidación del tributo en mención, en relación con el número de unidades declaradas, que no coincidían con aquellas reportadas en las tornaguías o documentos de transporte. Dijo el departamento en este acto preparatorio: *'(...) En la declaración presentada y concretamente en los renglones 4,5,6,7 y 8 de la citada declaración correspondiente a cervezas de diferentes marcas declararon un numero 74.336 Unidades, mientras que en tornaguías mediante las cuales ingresaron Cervezas para ese período al Departamento de Caldas por parte de la misma empresa, se reporta un número de 81.171 unidades, por lo que aparece una diferencia de 6.835 Unidades las cuales generaron un impuesto total de \$ 73.029.729 el cual no ha sido declarado ni pagado*' /Resalta el Tribunal, fl. 24 cdno. 2/.

(iii) Las modificaciones propuestas por la entidad territorial fueron adoptadas de forma definitiva mediante la Liquidación Oficial de Revisión N° 006 de 27 de marzo de 2016, mediante el cual aumentó el valor del impuesto a cargo en \$ 73'029.729 e impuso una sanción por inexactitud equivalente a \$ 116'847.566, para un total de \$ 189'877.295 de diferencia frente a la liquidación privada /fls. 30-31 cdno. 2/.

(iv) Frente a la liquidación oficial, la CERVECERÍA UNIÓN S.A. interpuso el recurso de reconsideración el 26 de mayo de 2016, con el escrito que se halla de folios 44 a 48 del cuaderno N°2. En el memorial, la cervecería hizo la siguiente solicitud: *'(...) Adicionalmente, solicito que de manera previa a la decisión del presente recurso, la Administración practique inspección*

**tributaria a la contabilidad y soportes de mi representada**, a fin de verificar lo expresado en las respuestas anteriores y el presente recurso, así como los soportes documentales de cada una de las operaciones, con lo que corroborará que la liquidación privada contenida en la declaración modificada, obedece al cumplimiento de la normatividad que regula el Impuesto al Consumo de Cervezas, Sifones, Refajos y Mezclas, de producción nacional, y cuya presunción de veracidad, no logró desvirtuar' /Resalta la Sala/.

(v) Con Auto N°7 de 9 de mayo de 2017, el DEPARTAMENTO DE CALDAS accedió a la petición y ordenó la práctica de la inspección tributaria solicitada por la CERVECERÍA UNIÓN S.A., con el fin de verificar la información contable de la empresa /fls. 83-84 cdno. 2/. La inspección fue practicada el 30 de junio de 2017, según el acta que milita de folios 90 a 101 del cuaderno 2.

(vi) Finalmente, a través de la Resolución N° 5622-7 de 26 de julio de 2017, el DEPARTAMENTO DE CALDAS resolvió el recurso de reconsideración interpuesto contra la liquidación oficial de revisión, modificando parcialmente el impuesto a cargo de la CERVECERÍA UNIÓN S.A., que quedó en una suma equivalente a \$ 35'925.368, y confirmando en lo demás el acto recurrido. Este acto administrativo fue notificado personalmente a la demandante el 4 de agosto de 2017 /fls. 102-105 cdno. 2/.

Una de las situaciones a tener en cuenta por el Tribunal, es que en el *sub lite* se presentó la suspensión de términos prevista en el artículo 733 del Estatuto Tributario, en virtud de la inspección que fue solicitada por la CERVECERÍA UNIÓN S.A, y el alcance que dicha situación tiene en el conteo del término para resolver el recurso de reconsideración. Lo anterior, por cuanto según la postura de defensa de la entidad demandada, dicha suspensión tuvo lugar por 3 meses, raciocinio que no resulta de recibo para esta colegiatura, pues la suspensión de

términos por el término máximo 3 meses que prevé la norma únicamente opera cuando la inspección se practica de oficio, y no cuando esta se da a instancias del contribuyente, como ocurrió en este caso con la CERVECERÍA UNIÓN S.A.

Además de lo diáfana que resulta en este aspecto la redacción del texto legal ya citado, el Consejo de Estado reforzó esta conclusión en sentencia proferida el 4 de julio de 2019, dentro del expediente 73001-23-33-000-2014-00341-01(21966) con ponencia del Dr. Jorge Octavio Ramírez Ramírez:

“(…) La inspección tributaria ha sido definida por esta Sección como un medio de prueba autónomo por medio del cual la administración puede constatar personalmente los hechos que se controvierten. Adicionalmente, es un medio para incorporar y recaudar otros medios de prueba. De conformidad con el artículo 733 del E.T. la práctica de la inspección tributaria suspende el término para resolver el recurso de reconsideración hasta por 3 meses cuando se decreta de oficio.

Los anteriores razonamientos demuestran que sí había lugar a la suspensión del término para resolver el recurso de reconsideración por 3 meses como consecuencia de la práctica de oficio de una inspección tributaria. (...) /Destacados del Tribunal/”

De igual manera, el órgano supremo de lo contencioso administrativo se ha referido al momento en el que inicia la suspensión de términos cuando se

practica la inspección tributaria (Sentencia de 18 de julio de 2019, M.P. Milton Cháves García, Exp. 08001-23-33-000-2013-00254-01-21928):

“(…) La Administración cuenta con el término de un año para resolver el recurso de reconsideración, contado a partir de su interposición en debida forma, pero dicho término puede ser suspendido por la práctica de la inspección tributaria, pues no basta solo su decreto, **por el término de su duración, en los casos en que la solicite el contribuyente o, por tres meses cuando se decreta de oficio. El artículo 779 del Estatuto Tributario dispone que la inspección tributaria se inicia una vez notificado el auto que la ordena, es decir, que el término para resolver el recurso de reconsideración se suspende con la notificación del auto que ordena la inspección tributaria** (…)” /Negrillas y subrayado del Tribunal/.

En este orden, han de tenerse en cuenta dos (2) reglas que emergen de la hermenéutica jurisprudencial del artículo 733 del Estatuto Tributario, en cuanto a la suspensión del término con que cuenta la administración para resolver el recurso de reconsideración, en virtud del decreto y práctica de la inspección tributaria: (i) en caso de que el contribuyente solicite la inspección, la suspensión de términos se extiende mientras esta se practique, a diferencia del caso en el que la diligencia se lleva a cabo de oficio, cuando la suspensión puede durar hasta 3 meses; y (ii) en el primer caso, la suspensión abarca el lapso comprendido entre la notificación del acto que la decreta y hasta que se lleve a cabo la diligencia de inspección.

Así las cosas y atendiendo las piezas documentales reseñadas con antelación, el conteo de los términos en el caso concreto es el siguiente:

<b>Interposición del recurso de reconsideración contra la liquidación oficial de revisión</b>	26 de mayo de 2016
<b>Término de 1 año para resolver el recurso de reconsideración</b>	Corría originalmente entre el 27 de mayo de 2016 y el 27 de mayo de 2017
<b>Auto que ordenó la práctica de la inspección tributaria a solicitud de la CERVECERÍA UNIÓN S.A.</b>	9 de mayo de 2017
<b>Es decir, el término estuvo suspendido por <u>18 días</u>.</b>	
<b>Práctica de la inspección tributaria</b>	30 de junio de 2017
A partir de lo expuesto, el término se reanudó el 1° de julio de 2017 y corrió hasta el 18 de julio de 2017.	
<b>Notificación acto administrativo que resuelve el recurso de reconsideración</b>	4 de agosto de 2017 <b><u>(POR FUERA DEL TÉRMINO LEGAL)</u></b> .

En ese orden, el primero de los cargos de nulidad planteado por CERVECERÍA UNIÓN S.A. está llamado a salir avante, en la medida que se vulneró la garantía fundamental al debido proceso, por cuanto la notificación del acto con el cual el DEPARTAMENTO DE CALDAS resolvió el recurso de reconsideración contra el acto de liquidación oficial se llevó a cabo por fuera del término preclusivo

establecido en el artículo 732 del E.T., incluso teniendo en cuenta la extensión de dicho lapso por la práctica de la inspección tributaria. En este punto, cabe insistir que el término de ley únicamente estuvo suspendido mientras se practicó la inspección y no por 3 meses, como erradamente lo sostuvo el ente demandado, habida cuenta que esta hipótesis solo opera en caso de que la diligencia se decrete de oficio.

Una vez acreditado que la notificación se llevó a cabo de forma extemporánea, han de producirse las consecuencias legales previstas en los artículos 730 numeral 3 y 734 del Estatuto Tributario, referidas a la nulidad del acto con el cual se resolvió el recurso de reconsideración contra la liquidación oficial de revisión, así como el silencio administrativo positivo frente al recurso, en virtud del cual este se entiende resuelto a favor de la CERVECERÍA UNIÓN S.A. Por modo, se declarará nula la Resolución N° 5622-7 de 26 de julio de 2017, y a título de restablecimiento del derecho, se dispondrá la firmeza de la liquidación privada del impuesto al consumo de cervezas, sifones, mezclas y refajos, correspondiente al mes de julio de 2013, presentada por la empresa demandante el 14 de agosto de 2013, con el formulario identificado con el número 1713188937.

Ante la prosperidad del primer motivo de anulación, el Tribunal queda relevado de pronunciarse sobre los demás problemas jurídicos planteados.

## **COSTAS**

Con fundamento en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 -adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021-, se condenará en costas a la entidad demandada, cuya liquidación se hará conforme lo establece el Código General

del Proceso. Las agencias en derecho se fijan en el 3% del valor de las pretensiones, según lo establecido en el Acuerdo PSAA16-10554 de 5 de agosto de 2016, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura.

En mérito de lo expuesto, la **SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL** del Tribunal Administrativo De Caldas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**DECLÁRASE nula** la Resolución N° 5622-7 de 26 de julio de 2017 con la que el **DEPARTAMENTO DE CALDAS** resolvió el recurso de reconsideración interpuesto por **CERVECERÍA UNIÓN S.A.** contra la Liquidación Oficial de Revisión N° 006 de 27 de marzo de 2016.

A título de restablecimiento del derecho, **DECLÁRASE** la ocurrencia del silencio administrativo positivo en los términos del artículo 734 del E.T., respecto al recurso de consideración presentado por la demandante, y por ende, **DECLÁRASE en firme** la liquidación privada del impuesto al consumo de cervezas, sifones, mezclas y refajos, correspondiente al mes de julio de 2013, presentada por dicha empresa el 14 de agosto de 2013, con el formulario identificado con el número 1713188937.

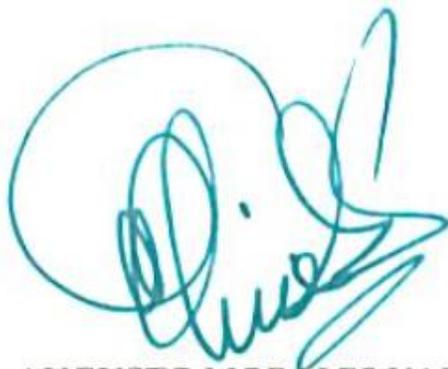
**COSTAS** a cargo del **DEPARTAMENTO DE CALDAS**. Las agencias en derecho se fijan en el 3% del valor de las pretensiones, según lo establecido en el Acuerdo PSAA16-10554 de 5 de agosto de 2016, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura.

Ejecutoriada esta providencia, **ARCHÍVESE** el expediente previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia Siglo XXI.

**NOTIFÍQUESE** conforme lo dispone el artículo 203 del C/CA.

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según consta en Acta N° 030 de 2022.

**NOTIFÍQUESE**



**AUGUSTO MORALES VALENCIA**  
Magistrado



**AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN**  
Magistrado



**PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA**  
Magistrado



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

**Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín**

**A.I.: 181**

**Asunto:** Rechaza demanda por no corrección  
**Medio de control:** Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
**Radicación:** 17001-23-33-000-2021-00297-00  
**Demandantes:** Luz Stella Díaz Cardona  
**Demandado:** Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF)

**Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta nº 024 del 24 de junio de 2022**

Manizales, veinticuatro (24) de junio de dos mil veintidós (2022).

**ASUNTO**

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 171 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA)<sup>1</sup>, esta Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas procede a decidir sobre la admisión de la demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho regulado en el artículo 138 *ibídem*, instauró la señora Luz Stella Díaz Cardona contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF)<sup>2</sup>.

**ANTECEDENTES**

El 4 de junio de 2021 fue interpuesto el medio de control de la referencia (archivos nº 01 y 02 del expediente digital), con el fin de obtener la declaratoria de nulidad del Oficio nº 202037200000052311 del 4 de agosto de 2020, con el cual el Director del ICBF Regional Caldas negó la reclamación administrativa tendiente al reconocimiento de la existencia de una relación laboral entre las partes desde el año 1994 a la fecha, con el consecuente pago de las prestaciones a que hubiere lugar.

---

<sup>1</sup> En adelante, CPACA.

<sup>2</sup> En adelante, ICBF.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, la actora solicitó lo siguiente:

1. Declarar que entre las partes existió una relación laboral por medio de un contrato verbal a término indefinido, desde el año 1994 a la fecha, por haberse desempeñado la actora como madre comunitaria y madre sustituta.
2. Declarar que hubo subordinación, en tanto los funcionarios enviados por la entidad accionada, tales como: trabajadoras sociales, nutricionistas, psicólogos y otros, le daban órdenes a la señora Luz Stella Díaz Cardona y pasaban revista en cada uno de los hogares comunitarios.
3. Declarar que la parte accionante recibió del ICBF, a título de salario, unas becas que cada año iban incrementando.
4. Declarar que para el despliegue de su fuerza laboral a favor de la entidad accionada, la parte demandante tuvo como sitio de prestación del servicio su residencia, la cual destinó para el cuidado de los menores.
5. Declarar que los extremos laborales durante los cuales la parte accionante se desempeñó como madre comunitaria son desde 1986 hasta 1990, y desde 1994 hasta 2015.
6. Declarar que la entidad demandada adeuda a la parte actora la liquidación de prestaciones sociales, en la cual deben estar incluidos los siguientes conceptos: cesantías; intereses a las cesantías, primas de servicio, compensación de vacaciones, auxilio de transporte, dotaciones de vestido y calzado de labor, sanción moratoria, sanciones pensionales y retroactivo.
7. Condenar a la parte accionada a que por el tiempo que duró la supuesta relación laboral, reconozca y pague en total la suma de \$112'300.000, discriminada en lo siguiente:
  - a) Salarios dejados de percibir por la parte demandante producto de la fuerza laboral desplegada y derivada del contrato laboral a término indefinido (verbal) desde 1986 hasta 1990 y desde 1994 hasta 2015, como madre comunitaria por 22 años.
  - b) Auxilio de cesantías por el contrato laboral a término indefinido (verbal) desde 1994 hasta la fecha.

- c) Sanción moratoria especial por la no consignación de cesantías desde 1994 hasta la fecha, con ocasión del contrato laboral a término indefinido (verbal).
  - d) Intereses a las cesantías por el contrato laboral a término indefinido (verbal) desde 1994 hasta la fecha.
  - e) Indemnización por el no pago de los intereses a las cesantías desde 1994 hasta la fecha, con ocasión del contrato laboral a término indefinido (verbal).
  - f) Vacaciones compensadas en dinero por el contrato laboral a término indefinido (verbal) desde 1994 hasta la fecha.
  - g) Prima de servicios proporcional desde 1994 hasta la fecha, con ocasión del contrato laboral a término indefinido (verbal).
  - h) Horas extras diurnas por las labores desarrolladas en el contrato laboral a término indefinido (verbal) desde 1994 hasta la fecha.
  - i) Vestido y calzado de labor (dotaciones) desde 1994 hasta la fecha, con ocasión del contrato laboral a término indefinido (verbal).
  - j) Aportes a pensión por los años que no fueron cotizados desde 1994 hasta la fecha, en atención al contrato laboral a término indefinido (verbal).
8. Condenar a la entidad demandada al pago de la sanción consagrada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, consistente en la cancelación de una suma igual al último salario devengado por cada día de retardo, dejados de percibir desde 1986 hasta 1990 y desde 1994 hasta 2015, o hasta la fecha en que la parte actora laboró como madre comunitaria, con su respectivo retroactivo.
9. Condenar a la parte accionada a los pagos extra y ultra petita a favor de la demandada (sic).
10. Condenar a la entidad demandada en costas procesales y agencias en derecho.

El conocimiento del presente asunto correspondió inicialmente al Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, el cual inadmitió la

demanda con auto del 6 de septiembre de 2021 (archivo nº 03 del expediente digital).

Atendiendo la corrección de la demanda presentada, y no obstante que la parte actora no estimó adecuada y razonadamente la cuantía, el citado despacho judicial, mediante auto del 27 de octubre de 2021, declaró su falta de competencia por razón de la cuantía (archivo nº 07 del expediente digital).

El 23 de noviembre de 2021 se realizó el nuevo reparto, asignándole el expediente al Magistrado Ponente de esta providencia (archivo nº 10 del expediente digital), a cuyo Despacho fue allegado el 13 de enero de 2022 (archivo nº 11, *ibídem*).

## **CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

Con auto del 16 de febrero de 2022 (archivo nº 12 del expediente digital), el Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia, a quien le correspondió por reparto el conocimiento del asunto, inadmitió la demanda para que se corrigieran los aspectos que a continuación se indican, so pena de rechazo:

1. *Adecuará la demanda al medio de control elegido y de conformidad con la Jurisdicción ante la cual se ha incoado el mismo. Lo anterior, por cuanto se observa que se pretende la declaratoria de existencia de una relación laboral por contrato verbal a término indefinido, de la cual deriva también consecuencias económicas propias de la terminación de un contrato laboral, entre las cuales se encuentra, a modo de ejemplo, la de ordenar el pago de la indemnización prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo por no pagar los salarios y prestaciones debidos a la terminación del contrato; todo lo cual se ve reflejado en algunos de los hechos de la demanda.*
2. *De conformidad con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 162 del CPACA, señalará lo que pretenda, con precisión, claridad y de manera separada.*

*Para lo anterior, tendrá en cuenta lo expuesto en el numeral 1 de esta providencia, en punto a la improcedencia de incluir pretensiones relacionadas con un contrato verbal a término indefinido, y con sanciones e indemnizaciones previstas en esos casos.*

*Además, precisará los extremos temporales del vínculo que pretende acreditar con el ICBF, en tanto en unos apartes de la demanda se*

*manifiesta que la supuesta relación laboral inició desde el año 1994 hasta la fecha, mientras que en otros se asegura que ello fue desde 1986 hasta 1990, y desde 1994 hasta 2015.*

3. *Atendiendo lo previsto por el numeral 1 del artículo 162 del CPACA, identificará plena y debidamente a la parte accionante en el presente asunto.*

*Lo anterior, en tanto se observa que en algunos apartes de la demanda se refiere igualmente como demandante a la señora "FRANCY EDIDC (sic) HERRERA SACHEZ (sic)" (página 20 del archivo n° 05 del expediente digital).*

*Adicionalmente, se advierte que la manera en la que está redactado el libelo da a entender que se trata de más accionantes y no sólo de la señora Luz Stella Díaz Cardona; incluso en el acápite de pruebas se habla de probar las funciones que desempeñaba "el demandante".*

4. *En los términos previstos por el artículo 160 del CPACA, en concordancia con los artículos 73 y 74 del Código General del Proceso (CGP) y 5 del Decreto Legislativo 806 de 2020, deberá aportar poder conferido en debida forma, a través del cual se faculte al abogado Jorge Isaac Agudelo para interponer el medio de control de la referencia, teniendo en cuenta que el asunto debe estar determinado y claramente identificado.*
5. *Según lo previsto en el numeral 3 del artículo 162 del CPACA, adecuará los hechos que sirven de fundamento a las pretensiones de la demanda, determinándolos, clasificándolos, numerándolos y separándolos cronológicamente, de manera clara y precisa.*

*Lo anterior, por cuanto la falta de claridad en la exposición de algunos supuestos fácticos, los torna incomprensibles.*

*Además, a lo largo de la demanda se evidencian las siguientes contradicciones:*

- a) *Como se indicó en el numeral 2 de esta providencia, no hay claridad sobre el tiempo por el cual se solicita el reconocimiento de una relación laboral con las consecuencias económicas que ello genera. En efecto, mientras que en unos apartes de la demanda se manifiesta que la supuesta vinculación se dio desde el año 1994 hasta la fecha, en otros se asegura que los extremos temporales fueron desde 1986 hasta 1990, y desde 1994 hasta 2015.*
- b) *Pese a indicar que la señora Luz Stella Díaz Cardona hizo parte del programa del ICBF de madres comunitarias y madres sustitutas, en*

*algunos apartes de los hechos se hace referencia a la prestación de servicios para el aeropuerto La Nubia de Manizales, e incluso en otros acápite de la demanda, como se indicará posteriormente, se afirma que la demandante laboró en los cargos legales o reglamentarios que se crearon a favor del ICBF o de un establecimiento educativo, y que la accionante tenía funciones de celaduría, mantenimiento, poda de malezas y jardín, aseo general, cuidado de la infraestructura y demás oficios derivados de la correcta administración física de un establecimiento educativo.*

6. *En los términos previstos por el numeral 4 del artículo 162 del CPACA, la parte demandante deberá indicar expresa y detalladamente las normas que se dicen violadas con ocasión del acto administrativo demandado, así como explicar con precisión y claridad el concepto de la violación respecto del mismo.*

*En este punto debe señalarse que, al igual que sucede en el acápite de hechos, algunos apartes del concepto de violación resultan incomprensibles por la falta de claridad al exponer los argumentos correspondientes y además porque se presentan las siguientes circunstancias: i) las citas de texto usadas están integradas en los párrafos transcritos, impidiendo la lectura; ii) no se precisa qué parte es transcripción de normas o jurisprudencia y cuál es escritura propia; iii) se hace alusión a un contrato realidad derivado de una relación entre el ICBF y la Cooperativa Multiactiva de Asociados y Asociaciones de los Hogares Comunitarios de Bienestar (COOASOBIEN); iv) se afirma que la demandante tenía funciones de celaduría, mantenimiento, poda de malezas y jardín, aseo general, cuidado de la infraestructura y demás oficios derivados de la correcta administración física de un establecimiento educativo; y v) se realizan, en general, una serie de afirmaciones que en nada guardan relación con el tema debatido.*

7. *En los términos del numeral 5 del artículo 162 del CPACA, en concordancia con el numeral 2 del artículo 166 ibídem, deberá allegar los documentos que no obstante haber sido relacionados como prueba anexada, no fueron adjuntados con la misma.*
8. *Adecuará la estimación razonada de la cuantía en los términos del artículo 157 del CPACA, detallando expresamente no sólo las operaciones realizadas para obtener el valor enunciado como tal, sino también precisando la razón de los rubros sobre los cuales se calcula.*

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

*En este caso se observa la inclusión de sanción moratoria por el no pago de las cesantías, sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías e indemnización por el no pago de intereses a las cesantías.*

*Conviene aclarar que sobre la sanción moratoria en el contrato realidad, el Consejo de Estado ha señalado lo siguiente<sup>3</sup>:*

*Ha sido pacífica la postura<sup>4</sup> que por parte de esta Corporación ha definido frente al reconocimiento de la sanción moratoria cuando se declara la existencia de una relación laboral que subyace de la relación contractual estatal bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, en cuanto que, el reconocimiento y pago de las cesantías, surge sólo con ocasión de la declaratoria de la relación laboral, por lo que, no podría reclamarse la sanción moratoria como quiera que apenas con ocasión de la sentencia que declara la primacía de la realidad sobre las formalidades surge la obligación a cargo de la administración de reconocer y pagar el aludido auxilio.*

*En otras palabras, la pretensión de reconocimiento y pago de la sanción moratoria, sólo es viable en tanto las cesantías hayan sido reconocidas, y no cuando está en litigio la declaración del derecho a percibir las, es decir, cuando está en discusión el derecho al reconocimiento y pago del aludido auxilio de cesantías no podría configurarse la sanción por mora en el pago de aquellas.*

9. *Atendiendo lo previsto por el numeral 7 del artículo 162 del CPACA, modificado por el artículo 35 de la Ley 2080 de 2021, indicará además del lugar y dirección donde la demandada recibirá las notificaciones personales, el canal digital de la misma. Lo expuesto, en la medida en que el correo electrónico citado para las notificaciones del ICBF es una dirección para atención al ciudadano y no para notificaciones judiciales, conforme lo exige el artículo 197 del CPACA.*
10. *Acreditará el cumplimiento del requisito contenido en el artículo 35 de la Ley 2080 de 2021 que modificó el artículo 162 del CPACA, relacionado con el envío simultáneo por medio electrónico de la demanda y sus anexos a la parte demandada. Lo anterior, en la medida en que la constancia secretarial visible en el documento n° 11 del expediente digital da cuenta de la inexistencia del cumplimiento del citado deber.*

---

<sup>3</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Sentencia del 6 de octubre de 2016. Radicación número: 41001-23-33-000-2012-00041-00(3308-13).

<sup>4</sup> Cita de cita: Ver sentencia del 4 de marzo de 2010, radicado 85001-23-31-000-2003-00015-01(1413-08); sentencia del 23 de febrero de 2011, radicado 25000-23-25-000-2007-00041-01 (0260-09), C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila; sentencia del 19 de enero de 2015, radicado 47001-23-33-000-2012-00016-01(3160-13), Actor: Esteban Paternostro Andrade, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren entre otras.

11. *De conformidad con lo previsto por el numeral 1 del artículo 166 del CPACA, allegará copia del acto acusado con la constancia de su publicación, comunicación, notificación o ejecución, según el caso.*
12. *Acorde con lo dispuesto por el numeral 2 del artículo 161 del CPACA, deberá aportar prueba de haber ejercido los recursos obligatorios que procedían contra el acto correspondiente, como requisito de procedibilidad para demandar la nulidad del mismo.*
13. *Suprimirá las referencias que en la demanda se realizan en relación con la autoridad judicial a quien va dirigida, toda vez que se advierten alusiones al señor Procurador Judicial como el competente para conocer del presente medio de control.*

*Una vez hechas las correcciones ordenadas, la parte actora deberá **integrarlas con la demanda en un solo escrito**, y deberá proceder conforme lo dispone el artículo 35 de la Ley 2080 de 2021 que modificó el artículo 162 del CPACA. (Negrilla es del texto).*

El auto inadmisorio se notificó por estado el 17 de febrero de 2022 (archivo nº 12 del expediente digital), fecha en la cual fue enviado el mensaje de datos al correo informado en la demanda para tales efectos (archivo nº 13, *ibídem*).

De conformidad con el artículo 118 del Código General del Proceso (CGP), aplicable por remisión del artículo 306 del CPACA, *“El término que se conceda fuera de audiencia correrá a partir del día siguiente al de la notificación de la providencia que lo concedió”*.

En ese sentido, los diez días con los que contaba la parte actora para corregir el libelo transcurrieron así: 18, 21, 22, 23, 24, 25, 28 de febrero y 1, 2 y 3 de marzo de 2022.

Transcurrido el término legal conferido para los efectos anotados, según da cuenta la constancia secretarial visible en el archivo nº 14 del expediente digital, la parte actora no allegó memorial alguno corrigiendo los aspectos que motivaron la inadmisión.

Así las cosas, en tanto la parte accionante omitió corregir el escrito de demanda conforme le fue ordenado en el auto del 16 de febrero de 2022, la Sala deberá adoptar la consecuencia jurídica prevista en el artículo 170 del CPACA y, en tal sentido, rechazar la demanda.

*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 y restablecimiento del derecho instauró la señora Luz Stella Díaz Cardona contra el ICBF.

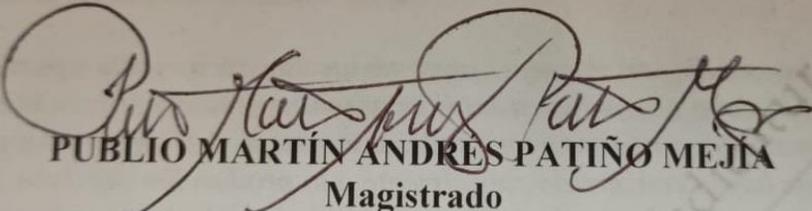
**Segundo.** Ejecutoriado este auto, ARCHÍVENSE las diligencias, previas las anotaciones pertinentes en el programa informático "*Justicia Siglo XXI*".

**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.

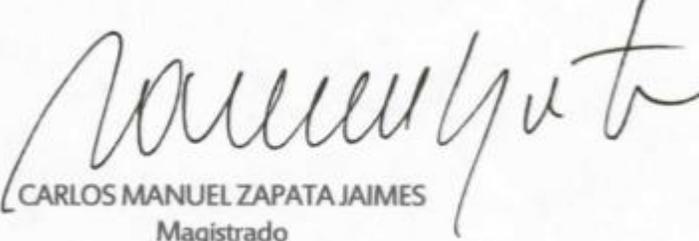
**Notifíquese y cúmplase**



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN  
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA  
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES  
Magistrado

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**  
**NOTIFICACIÓN POR ESTADO**

No. 113  
FECHA: 29/06/2022

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Carlos Andrés Díez Vargas', is centered within a light gray rectangular box. The signature is stylized and cursive.

**CARLOS ANDRES DÍEZ VARGAS**  
**SECRETARIO**



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

**Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín**

**A.I.: 182**

**Asunto:** Rechaza demanda por no corrección  
**Medio de control:** Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
**Radicación:** 17001-23-33-000-2022-00021-00  
**Demandantes:** Angela María Mejía Santamaría  
Andrés Santiago Mejía Santamaría  
Pedro José Mejía Santamaría  
**Demandado:** Agencia Nacional de Infraestructura (ANI)

**Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n° 024 del 24 de junio de 2022**

Manizales, veinticuatro (24) de junio de dos mil veintidós (2022).

**ASUNTO**

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 171 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA)<sup>1</sup>, esta Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas procede a decidir sobre la admisión de la demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho regulado en el artículo 138 *ibídem*, instauraron los señores Angela María Mejía Santamaría, Andrés Santiago Mejía Santamaría y Pedro José Mejía Santamaría contra la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI)<sup>2</sup>.

**ANTECEDENTES**

El 19 de abril de 2021 fue interpuesto el medio de control de la referencia (archivos n° 01 y 02 del expediente digital), con el fin de obtener la declaratoria de nulidad de las Resoluciones n° 20206060007805 del 11 de junio de 2020 y n° 20206060013105 del 23 de septiembre de 2020, con las cuales la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), respectivamente, ordenó por motivos de utilidad pública e interés social, la iniciación del trámite judicial de expropiación del inmueble propiedad de los accionantes,

---

<sup>1</sup> En adelante, CPACA.

<sup>2</sup> En adelante, ANI.

y resolvió desfavorablemente el recurso de reposición interpuesto contra dicha decisión.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, la parte actora solicitó “(...) *se restablezcan los derechos de mi representada*” (página 7 del archivo n° 02 del expediente digital).

El conocimiento del presente asunto correspondió por reparto al Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, el cual declaró su falta de competencia mediante auto del 8 de junio de 2021, y lo remitió al Tribunal Administrativo de Cundinamarca (archivos n° 01 y 07 del expediente digital).

Con auto del 18 de enero de 2022 (archivo n° 12 del expediente digital), el Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró igualmente su falta de competencia y remitió el asunto al Tribunal Administrativo de Caldas.

Efectuado el nuevo reparto el 27 de enero de 2022, el expediente fue asignado al suscrito Magistrado, a cuyo Despacho fue allegado en la misma fecha (archivos n° 14 y 15 del expediente digital).

## **CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

Con auto del 23 de febrero de 2022 (archivo n° 16 del expediente digital), el Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia inadmitió la demanda para que se corrigieran los aspectos que a continuación se indican, so pena de rechazo:

1. *En los términos previstos por el artículo 160 del CPACA, en concordancia con los artículos 73 y 74 del Código General del Proceso (CGP)<sup>3</sup> y 5 del Decreto Legislativo 806 de 2020, deberá aportar poder conferido en debida forma. Lo anterior, con fundamento en lo siguiente.*

*En el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica declarada por el Gobierno Nacional en el año 2020 a raíz de la pandemia por COVID-19, se expidió el Decreto Legislativo 806 de 2020, con el cual se adoptaron medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia.*

---

<sup>3</sup> En adelante, CGP.

*Atendiendo lo anterior, el artículo 5 del citado decreto<sup>4</sup> dispuso una nueva forma de otorgar poderes especiales para las actuaciones judiciales, consistente en conferirlos a través de mensaje de datos y siguiendo unos requisitos para ello.*

*Debe precisarse que la citada norma no eliminó la regulación que sobre los poderes se encuentra establecida en el artículo 74 del CGP.*

*Así las cosas, quienes pretendan acudir a la administración de justicia pueden otorgar el poder de dos maneras, a saber: i) de manera física, como lo establece el artículo 74 del CGP, caso en el cual se requiere el cumplimiento de la obligación de presentación personal; o ii) mediante mensaje de datos, que fue la medida adoptada por el Decreto 806 de 2020, en el cual no se requiere firma manuscrita o digital, sino sólo antefirma, no requiere realizar presentación personal, pues se presume auténtico, debe indicarse expresamente la dirección de correo electrónico del apoderado que debe coincidir con la inscrita en el Registro Nacional de Abogados, y si el poder es otorgado por una persona que debe tener registro mercantil, tiene que remitirlo desde la dirección de correo electrónico allí inscrita para notificaciones judiciales.*

*Revisado el poder allegado en este caso, se observa que el mismo no se otorgó mediante mensaje de datos sino a través de firma física que, como se indicó, requería la diligencia de presentación personal, y que no se realizó por parte de los accionantes.*

*Lo anterior, amerita la inadmisión de la demanda para que la parte actora corrija este requisito formal y allegue poder de conformidad con lo establecido en la ley, esto es, mediante mensaje de datos con las formalidades que para este caso se establecen, o a través de documento escrito con firma manuscrita, pero con presentación personal.*

2. *Conforme lo prevé el numeral 5 del artículo 162 del CPACA, en concordancia con el numeral 2 del artículo 166 ibídem, deberá adecuar el acápite de pruebas de la demanda, en el sentido de enlistar los documentos que fueron allegados con el libelo pero que no fueron enunciados en el mismo. Lo anterior, en el evento que se pretenda que éstos sean tenidos en cuenta como pruebas.*

*Adicionalmente, habrá de aportar el documento denominado "3.-*

---

<sup>4</sup> **“Artículo 5. Poderes.** Los poderes especiales para cualquier actuación judicial se podrán conferir mediante mensaje de datos, sin firma manuscrita o digital, con la sola antefirma, se presumirán auténticos y no requerirán de ninguna presentación personal o reconocimiento.

*En el poder se indicará expresamente la dirección de correo electrónico del apoderado que deberá coincidir con la inscrita en el Registro Nacional de Abogados.*

*Los poderes otorgados por personas inscritas en el registro mercantil, deberán ser remitidos desde la dirección de correo electrónico inscrita para recibir notificaciones judiciales”.*

*Sustentación del recurso de reposición interpuesto”, que se anunció como prueba anexada pero no fue adjuntado con la demanda.*

3. *Atendiendo lo previsto por el numeral 7 del artículo 162 del CPACA, modificado por el artículo 35 de la Ley 2080 de 2021, indicará además del lugar y dirección donde la demandada recibirá las notificaciones personales, el canal digital de la misma. Lo expuesto, en la medida en que el correo electrónico citado no corresponde a aquel en el cual la ANI recibe notificaciones judiciales, conforme lo exige el artículo 197 del CPACA.*
4. *De conformidad con el numeral 3 del artículo 166 del CPACA, deberá allegar el documento idóneo que acredite el carácter con el cual los accionantes se presentan al proceso, esto es, el certificado de tradición actualizado.*
5. *Acreditará el cumplimiento del requisito contenido en el artículo 35 de la Ley 2080 de 2021 que modificó el artículo 162 del CPACA, relacionado con el envío simultáneo por medio electrónico de la demanda y sus anexos a la parte demandada. Lo anterior, en la medida en que al parecer la parte actora remitió los documentos a un correo que no es el previsto para notificaciones judiciales de la ANI.*

*Una vez hechas las correcciones ordenadas, la parte actora deberá **integrarlas con la demanda en un solo escrito**, y deberá proceder conforme lo dispone el artículo 35 de la Ley 2080 de 2021 que modificó el artículo 162 del CPACA. (Negrilla es del texto).*

El auto inadmisorio se notificó por estado el 24 de febrero de 2022 (archivo n° 16 del expediente digital), fecha en la cual fue enviado el mensaje de datos al correo informado en la demanda para tales efectos (archivo n° 17, *ibídem*).

De conformidad con el artículo 118 del Código General del Proceso (CGP), aplicable por remisión del artículo 306 del CPACA, “*El término que se conceda fuera de audiencia correrá a partir del día siguiente al de la notificación de la providencia que lo concedió*”.

En ese sentido, los diez días con los que contaba la parte actora para corregir el libelo transcurrieron así: 25 y 28 de febrero y 1, 2, 3, 4, 7, 8, 9 y 10 de marzo de 2022.

Transcurrido el término legal conferido para los efectos anotados, según da cuenta la constancia secretarial visible en el archivo n° 18 del expediente digital, la parte actora no allegó memorial alguno corrigiendo los aspectos que motivaron la inadmisión.

Así las cosas, en tanto la parte accionante omitió corregir el escrito de demanda conforme le fue ordenado en el auto del 23 de febrero de 2022, la Sala deberá adoptar la consecuencia jurídica prevista en el artículo 170 del CPACA y, en tal sentido, rechazar la demanda.

*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 y restablecimiento del derecho instauraron los señores Angela María Mejía Santamaría, Andrés Santiago Mejía Santamaría y Pedro José Mejía Santamaría contra la ANI.

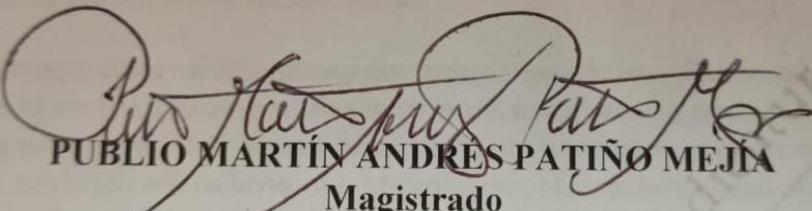
**Segundo.** Ejecutoriado este auto, ARCHÍVENSE las diligencias, previas las anotaciones pertinentes en el programa informático "Justicia Siglo XXI".

**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.

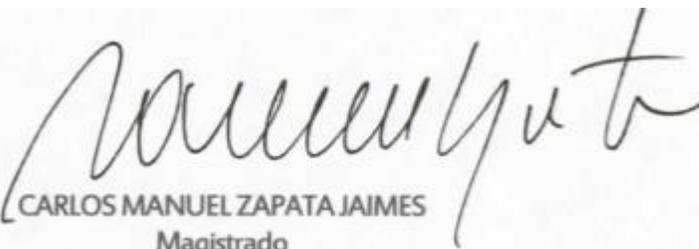
**Notifíquese y cúmplase**



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN  
Magistrado



PUBLICIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA  
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES  
Magistrado

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**  
**NOTIFICACIÓN POR ESTADO**

No. 113  
FECHA: 29/06/2022

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Carlos Andrés Díez Vargas', is centered within a light gray rectangular box. The signature is stylized and cursive.

**CARLOS ANDRÉS DÍEZ VARGAS**  
**SECRETARIO**



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS -Sala Quinta de Decisión-

**Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín**

**A.I.: 183**

**Asunto:** Rechaza demanda  
**Medio de control:** Repetición  
**Radicación:** 17001-23-33-000-2022-00096-00  
**Demandante:** Nación – Ministerio de Defensa Nacional –  
Policía Nacional  
**Demandados:** Jhon Eider Ramírez Mena  
Alexander Aguilar Aponte

**Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta nº  
024 del 24 de junio de 2022**

Manizales, veinticuatro (24) de junio de dos mil veintidós (2022).

### ASUNTO

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 171 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA)<sup>1</sup>, 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

#### **Demanda**

El 28 de octubre de 2021 fue interpuesto el medio de control de la referencia (archivos nº 01 y 02 del expediente digital), con el fin de que los señores Jhon Eider Ramírez Mena y Alexander Aguilar Aponte se declaren “(...) *pecuniariamente responsable* (sic) (...) *por la muerte de JHON EDISON ARANZAZU MONTES, por haber excedido la legítima defensa, al ser atacados con armas por éste*”; y que como consecuencia de lo anterior, los demandados sean condenados “(...) *a pagar a la Nación – Ministerio de Defensa -Policía Nacional, la suma de MIL DOSCIENTOS DIECISÉIS MILLONES, CUATROCIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS*

---

<sup>1</sup> En adelante, CPACA.

**VEINTISÉIS PESOS CON CUARENTA Y SEIS CENTAVOS M/CTE. (\$1.216'474.426,46), que corresponde al *capital* pagado mediante la **Resolución No. 00285 del 24 de Marzo de 2021**, proferida por la Secretaría General, dando cumplimiento a la sentencia condenatoria de Segunda Instancia de fecha 14 de mayo de 2015 proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Caldas, dentro del Medio de Control de REPARACIÓN DIRECTA ACUMULADO con radicados 17-001-33-31-004-2011-00498-02 y 17-001-33-31-004-2011-00472-00 promovida por las señora (sic) OLGA LILIANA ARANZAZU MONTES, DIANA LORENA BRAVO BEDOYA y OTROS en contra de LA NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - POLICÍA NACIONAL, por los hechos acaecidos el 01 DE Abril de 2010, donde perdiera la vida JHON EDISON ARANZAZU MONTES, en el sector conocido como los Apartamentos de San Sebastián, lugar donde se desempeñaba como vigilante, al ser señalado por unos taxistas como el autor de varias atracos con arma de fuego, con la cual pretendió enfrenar (sic) a los miembros de la institución policial, quienes le dispararon excediendo la legítima defensa, según lo establecido en la sentencia adelantada por la Justicia Penal Militar en contra de los mencionados policiales”.**

Instó que el monto referido se actualice y se ajuste de acuerdo con el IPC.

### **Remisión por competencia**

El conocimiento del presente asunto correspondió por reparto al Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, el cual declaró su falta de competencia mediante auto del 14 de marzo de 2022, y lo remitió al Tribunal Administrativo de Caldas (archivos nº 01 y 03 del expediente digital).

### **Reparto y paso a Despacho**

Efectuado el nuevo reparto el 12 de mayo de 2022, el expediente fue asignado al suscrito Magistrado, a cuyo Despacho fue allegado el 18 de mayo del mismo año (archivos nº 08 y 09 del cuaderno del expediente digital).

## **CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

Sobre el tema de la caducidad de los medios de control en sede de lo contencioso administrativo, el Consejo de Estado en reciente providencia<sup>2</sup> sostuvo que:

---

<sup>2</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Consejero Ponente: Dr. Nicolás Yepes Corrales. Auto del 1º de diciembre de 2021. Radicación número: 8001-23-33-000-2018-00123-01 (66530).

*5.1. Con el propósito de otorgar seguridad jurídica y de evitar la parálisis del tráfico jurídico dejando situaciones indefinidas en el tiempo, el legislador, apuntando a la protección del interés general<sup>3</sup>, estableció unos plazos para poder ejercer oportunamente cada uno de los medios de control judicial. Estos plazos resultan ser razonables, perentorios, preclusivos, improrrogables, irrenunciables y de orden público, por lo que su vencimiento, sin que el interesado hubiese elevado la solicitud judicial, implica la extinción del derecho de accionar, así como la consolidación de las situaciones que se encontraban pendientes de solución.*

*El establecimiento de dichas oportunidades legales pretende, además, la racionalización de la utilización del aparato judicial, lograr mayor eficiencia procesal, controlar la libertad del ejercicio del derecho de acción<sup>4</sup>, ofrecer estabilidad del derecho de manera que las situaciones controversiales que requieran solución por los órganos judiciales adquieran firmeza, estabilidad y con ello seguridad, solidificando y concretando el concepto de derechos adquiridos.*

*Este fenómeno procesal, de carácter bifronte, en tanto se entiende como límite y garantía a la vez, se constituye en un valioso instrumento que busca la salvaguarda y estabilidad de las relaciones jurídicas, en la medida en que su ocurrencia impide que estas puedan ser discutidas indefinidamente.*

*La caducidad, en la primera de sus manifestaciones, es un mecanismo que brinda certidumbre y seguridad jurídica, pues con su advenimiento de pleno derecho y mediante su reconocimiento judicial obligatorio cuando el operador la encuentre configurada, se consolidan los derechos de los actores jurídicos que discuten alguna situación; sin embargo, en el anverso, la caducidad se entiende también como una limitación de carácter irrenunciable al ejercicio del derecho de acción, resultando como una sanción ipso iure<sup>5</sup> que opera por la falta de*

---

<sup>3</sup> Cita de cita: Corte Constitucional. Sentencia C-394 de 2002: “La caducidad es una institución jurídico procesal a través de la cual, el legislador, en uso de su potestad de configuración normativa, limita en el tiempo el derecho que tiene toda persona de acceder a la jurisdicción con el fin de obtener pronta y cumplida justicia. Su fundamento se halla en la necesidad por parte del conglomerado social de obtener seguridad jurídica, para evitar la paralización del tráfico jurídico. En esta medida, la caducidad no concede derechos subjetivos, sino que por el contrario apunta a la protección de un interés general.

Como claramente se explicó en la sentencia C-832 de 2001 a que se ha hecho reiterada referencia, esta es una figura de orden público lo que explica su carácter irrenunciable, y la posibilidad de ser declarada de oficio por parte del juez, cuando se verifique su ocurrencia.”

<sup>4</sup> Cita de cita: Consejo de Estado. Sentencia del 23 de febrero de 2006. Exp. 6871-05: “(...) el derecho al acceso a la administración de justicia no es absoluto, pues puede ser condicionado legalmente a que la promoción de la demanda sea oportuna y las acciones se inicien dentro de los plazos que señala el legislador (...). El término de caducidad, tiene entonces como uno de sus objetivos, racionalizar el ejercicio del derecho de acción, y si bien limita o condiciona el acceso a la justicia, es una restricción necesaria para la estabilidad del derecho, lo que impone al interesado el empleo oportuno de las acciones, so pena de que las situaciones adquieran la firmeza necesaria a la seguridad jurídica, para solidificar el concepto de derechos adquiridos.”

<sup>5</sup> Cita de cita: Consejo de Estado, Sentencia del 30 de enero de 2013: “Para garantizar la seguridad jurídica de los sujetos procesales, el legislador instituyó la figura de la caducidad como una sanción en los eventos en que determinadas acciones judiciales no se ejercen en un término específico. Las partes tienen la

*actividad oportuna en la puesta en marcha del aparato judicial para hacer algún reclamo o requerir algún reconocimiento o protección de la justicia<sup>6</sup>, cuya consecuencia, por demandar más allá del tiempo concedido por la ley procesal, significa la pérdida de la potestad de accionar.*

Tratándose del medio de control de repetición, el literal l) del numeral 2 del artículo 164 del CPACA, antes de la modificación introducida por el artículo 43 de la Ley 2195 de 2022 que no se aplica al caso concreto por no estar vigente para la fecha de presentación de la demanda, establece que: “Cuando se pretenda repetir para recuperar lo pagado como consecuencia de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto, el término será de dos (2) años, contados a partir del día siguiente de la fecha del pago, o, a más tardar desde el vencimiento del plazo con que cuenta la administración para el pago de condenas de conformidad con lo previsto en este Código”. Lo anterior, so pena de que opere el fenómeno de la caducidad.

El texto de la citada norma es claro en disponer que el término de caducidad para el medio de control de repetición se computa desde el evento que ocurra primero, sea el día siguiente a la fecha del pago que efectúe la entidad, o el vencimiento del plazo con que cuenta la administración para el pago de condenas.

Debe precisarse que el plazo para el pago de condenas será de 10 meses o de 18 meses, teniendo en cuenta si la providencia que impuso condena o la que aprobó conciliación, fue proferida en vigencia del CPACA o del Código Contencioso Administrativo (CCA)<sup>7</sup>, respectivamente.

Sobre la manera en la cual debe computarse el término de caducidad para el medio de control de repetición, el Consejo de Estado<sup>8</sup> ha sostenido que:

---

*carga procesal de impulsar el litigio dentro del plazo fijado por la ley y de no hacerlo en tiempo, perderán la posibilidad de accionar ante la jurisdicción para hacer efectivo su derecho. Es así como el fenómeno procesal de la caducidad opera ipso iure o de pleno derecho, es decir que no admite renuncia, y el juez debe declararla de oficio cuando verifique la conducta inactiva del sujeto procesal llamado a interponer determinada acción judicial”.*

<sup>6</sup> Cita de cita: Corte Constitucional. Sentencia C-574 de 1998: “... [s]i el actor deja transcurrir los plazos fijados por la ley en forma objetiva, sin presentar la demanda, el mencionado derecho fenece inexorablemente, sin que pueda alegarse excusa alguna para revivirlos. Dichos plazos constituyen entonces, una garantía para la seguridad jurídica y el interés general. Y es que la caducidad representa el límite dentro del cual el ciudadano debe reclamar del Estado determinado derecho, por ende, la actitud negligente de quien estuvo legitimado en la causa no puede ser objeto de protección, pues es un hecho cierto que quien, dentro de las oportunidades procesales fijadas por la ley ejerce sus derechos, no se verá expuesto a perderlos por la ocurrencia del fenómeno indicado”.

<sup>7</sup> En adelante, CCA.

<sup>8</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Consejero Ponente: Dr. Nicolás Yepes Corrales. Auto del 1º de diciembre de 2021. Radicación número: 8001-23-33-000-2018-00123-01 (66530).

*En efecto, y en aplicación de la citada norma, la Corporación ha computado el término de caducidad a partir del día siguiente al del pago de la obligación contenida en un acuerdo conciliatorio cuando ello tiene lugar dentro del plazo máximo con el que cuenta la entidad para el pago de condenas a su cargo o, en su defecto, luego de transcurridos los dieciocho (18) o diez (10) meses, según corresponda, desde la ejecutoria del auto que aprueba el referido acuerdo. En este sentido, la Subsección A de esta Corporación, en auto del veinticuatro (24) de abril de dos mil veinte (2020)<sup>9</sup>, sostuvo:*

*“En este punto, cabe señalar que para el presente asunto, el término de caducidad se cuenta con base en la ejecutoria de la providencia que aprobó el acuerdo conciliatorio proferida el 9 de febrero de 2009, por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Tercera de Decisión, dado que, como se analizará más adelante, no se probó el pago efectivo efectuado por la entidad, pues, en principio, este plazo se contabiliza desde el desembolso efectivamente realizado, sólo que para efectos de la repetición, el período para presentar la demanda no puede exceder el espacio temporal de dos años, contados a partir del fenecimiento de los 18 meses que tenía la demandante como período hábil para realizar el descargue de la obligación.”*

*En suma, respecto del medio de control de repetición derivado del pago de un acuerdo conciliatorio, el cómputo de la caducidad se lleva a cabo a partir del día siguiente al del pago total de la obligación contenida en el acuerdo o al del pago de la última cuota, cuando ello tiene lugar dentro del plazo máximo con el que cuenta la Administración para tal efecto o, en su defecto, luego de transcurridos los dieciocho (18) o diez (10) meses, dependiendo de la norma aplicable, contados a partir la ejecutoria del auto que aprueba el referido acuerdo conciliatorio.*

*(...)*

*(...) Así pues, se reitera que únicamente se tendrá como extremo inicial del conteo de caducidad la fecha del pago total o del pago de la última cuota, cuando esto haya tenido lugar dentro de los diez (10) meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia o del auto que aprueba la conciliación, ya que, de lo contrario, el término empezará a correr una vez transcurrido el tiempo máximo que tenía la entidad para efectuar el pago.*

Descendiendo al caso concreto, la Sala observa que la parte demandante pretende que los señores Jhon Eider Ramírez Mena y Alexander Aguilar Aponte sean condenados a devolver la suma que la entidad tuvo que pagar como consecuencia de la sentencia dictada por este Tribunal Administrativo el 14 de mayo de 2015.

---

<sup>9</sup> Cita de cita: Expediente 61286.

Revisada dicha providencia, se advierte que la misma dispuso que su cumplimiento debía darse dentro del plazo previsto en el artículo 177 del CCA (página 88 del archivo n° 02 del expediente digital).

Según constancia secretarial visible en la página 89 del archivo n° 02 del expediente digital, la fecha de ejecutoria de la sentencia referida fue el 2 de septiembre de 2015.

Conforme lo prevé el artículo 177 del CCA, la obligación es exigible 18 meses después de su ejecutoria, lo que significa que ese es el tiempo máximo que tiene la administración para el pago de la condena.

Teniendo en cuenta que la fecha de ejecutoria de la sentencia fue el **2 de septiembre de 2015**, la entidad tenía plazo para realizar el pago ordenado hasta el **3 de marzo de 2017**.

No obstante lo anterior, el pago hecho por la Policía Nacional se dio el **24 de marzo de 2021**, como lo afirma en la demanda y según se observa en el comprobante de orden de pago presupuestal de gastos visible en la página 130 del archivo n° 02 del expediente digital.

En ese orden de ideas, el evento que ocurrió primero en este caso fue el del vencimiento del plazo de 18 meses para el pago de la condena, a partir del cual debe iniciarse entonces el cómputo de la caducidad del medio de control promovido.

Como la entidad accionante tenía hasta el **3 de marzo de 2017** para pagar la condena, los dos años de caducidad de que trata el literal 1) del numeral 2 del artículo 164 del CPACA, vencieron el **4 de marzo de 2019**.

La demanda fue presentada el **28 de octubre de 2021** según consta en la hoja de reparto, fecha en la que se encontraba ampliamente vencido el término de caducidad previsto por la ley para acudir ante esta Jurisdicción para recuperar lo pagado como consecuencia de la condena impuesta a la Policía Nacional.

Teniendo en cuenta que en el presente asunto operó el fenómeno de la caducidad, es necesario de conformidad con el numeral 3 del artículo 169 del CPACA, rechazar de plano la demanda promovida.

De otra parte, observa el Tribunal que el poder allegado en este caso no se otorgó conforme se establece en los artículos 73 y 74 del Código General del

Proceso (CGP)<sup>10</sup> y 5 del Decreto Legislativo 806 de 2020, esto es, mediante mensaje de datos o a través de firma física que requiere la diligencia de presentación personal.

En efecto, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica declarada por el Gobierno Nacional en el año 2020 a raíz de la pandemia por COVID-19, se expidió el Decreto Legislativo 806 de 2020, con el cual se adoptaron medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia.

Atendiendo lo anterior, el artículo 5 del citado decreto<sup>11</sup> dispuso una nueva forma de otorgar poderes especiales para las actuaciones judiciales, consistente en conferirlos a través de mensaje de datos y siguiendo unos requisitos para ello.

Debe precisarse que la citada norma no eliminó la regulación que sobre los poderes se encuentra establecida en el artículo 74 del CGP.

Así las cosas, quienes pretendan acudir a la administración de justicia pueden otorgar el poder de dos maneras, a saber: **i)** de manera física, como lo establece el artículo 74 del CGP, caso en el cual se requiere el cumplimiento de la obligación de presentación personal; o **ii)** mediante mensaje de datos, que fue la medida adoptada por el Decreto 806 de 2020, en el cual no se requiere firma manuscrita o digital, sino sólo antefirma, y no requiere realizar presentación personal, pues se presume auténtico, en el que debe indicarse expresamente la dirección de correo electrónico del apoderado que debe coincidir con la inscrita en el Registro Nacional de Abogados, y si el poder es otorgado por una persona que debe tener registro mercantil, tiene que remitirlo desde la dirección de correo electrónico allí inscrita para notificaciones judiciales.

Por lo anterior, se negará el reconocimiento de personería jurídica al abogado que dice actuar en nombre y representación de la Policía Nacional.

---

<sup>10</sup> En adelante, CGP.

<sup>11</sup> **“Artículo 5. Poderes.** Los poderes especiales para cualquier actuación judicial se podrán conferir mediante mensaje de datos, sin firma manuscrita o digital, con la sola antefirma, se presumirán auténticos y no requerirán de ninguna presentación personal o reconocimiento.

*En el poder se indicará expresamente la dirección de correo electrónico del apoderado que deberá coincidir con la inscrita en el Registro Nacional de Abogados.*

*Los poderes otorgados por personas inscritas en el registro mercantil, deberán ser remitidos desde la dirección de correo electrónico inscrita para recibir notificaciones judiciales”.*

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

### RESUELVE

**Primero.** RECHÁZASE por caducidad la demanda instaurada por la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional contra los señores Jhon Eider Ramírez Mena y Alexander Aguilar Aponte.

**Segundo.** NIÉGASE el reconocimiento de personería jurídica al abogado CARLOS PATINO MORENO, identificado con la cédula de ciudadanía n° 10'261.738 expedida en Manizales, y portador de la tarjeta profesional n° 101.214 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar como apoderado de la parte demandante, por carencia de poder.

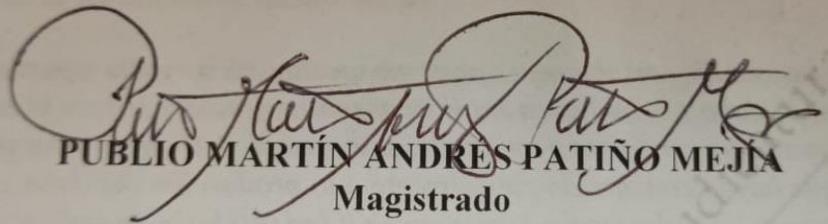
**Tercero.** Ejecutoriado este auto, ARCHÍVENSE las diligencias, previas las anotaciones pertinentes en el programa informático "Justicia Siglo XXI".

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

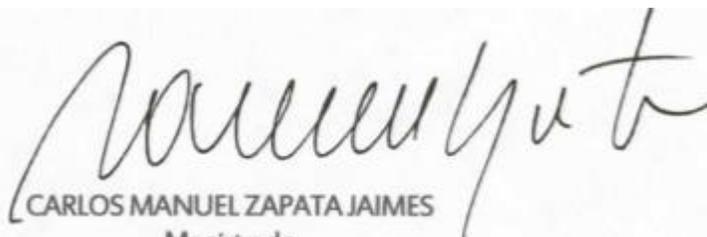
**Notifíquese y cúmplase**



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN  
Magistrado



PUBLICIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA  
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES  
Magistrado

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**  
**NOTIFICACIÓN POR ESTADO**

No. 113  
FECHA: 29/06/2022

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Carlos Andrés Díez Vargas', is centered within a light gray rectangular box. The signature is stylized and cursive.

**CARLOS ANDRES DÍEZ VARGAS**  
**SECRETARIO**



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

**Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín**

**S.: 063**

**Asunto:** Sentencia de segunda instancia  
**Medio de control:** Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
**Radicación:** 17001-33-33-002-2017-00396-02  
**Demandante:** Danilo Alzate Jaramillo  
**Demandado:** Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional

**Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n° 024 del 24 de junio de 2022**

Manizales, veinticuatro (24) de junio de dos mil veintidós (2022).

**ASUNTO**

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA)<sup>1</sup>, corresponde a esta Sala de Decisión desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del veinticinco (25) de septiembre de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las súplicas de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor Danilo Alzate Jaramillo contra la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional.

**LA DEMANDA**

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 4 de agosto de 2017, se solicitó lo siguiente (fls. 2 a 10, C.1):

**Pretensiones**

1. Que se declare la nulidad de la Resolución n° 228615 del 17 de febrero de 2017, con el cual se reconoció y ordenó el pago de cesantías

---

<sup>1</sup> En adelante, CPACA.

definitivas.

2. Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se condene al Ejército Nacional a reconocer cesantías retroactivas a favor de la parte actora, esto es, último salario por el número de años laborados, de conformidad con el artículo 2 del Decreto 1252 de 2000 y demás normas concordantes.
3. Que se condene al Ejército Nacional a pagar al accionante la suma que resulte luego de descontar el dinero que se ha cancelado por concepto de cesantías definitivas.
4. Que se ordene al Ejército Nacional que para la liquidación de las cesantías tenga en cuenta el salario básico, esto es, un salario mínimo legal mensual vigente más un 60% del mismo, de conformidad con el inciso 2º del Decreto 1794 de 2000.
5. Que se ordene igualmente al Ejército Nacional que en la liquidación de las cesantías incluya todos los factores salariales que el actor devengaba en actividad, tales como: sueldo básico, prima de antigüedad y subsidio familiar.
6. Que se ordene el reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente a la fecha de ejecutoria de la sentencia y hasta que se efectúe el pago de la condena.
7. Que se condene al Ejército Nacional al pago de costas y agencias en derecho.
8. Que se indexen los dineros que se paguen a la parte actora, tomando como base la variación del IPC.
9. Que se ordene al Ejército Nacional dar cumplimiento al fallo en los términos del artículo 192 del CPACA.

### **Hechos**

Como fundamento fáctico de la demanda, la parte actora expuso lo siguiente (fls. 3 y 4, C.1):

1. De acuerdo con la Ley 131 de 1985, el señor Danilo Alzate Jaramillo ingresó al Ejército Nacional como soldado voluntario desde el 1º de marzo de 1998 hasta el 31 de octubre de 2003, y como soldado

profesional del 1º de noviembre de 2003 al 30 de diciembre de 2017, cuando fue dado de baja por tener derecho a la asignación de retiro, ya que llevaba más de 20 años de servicio.

2. Cuando el accionante ingresó al Ejército Nacional, el régimen para el pago de las cesantías era retroactivo, esto es, se reconocía el último salario multiplicado por el número de años laborados (artículo 6 de la Ley 131 de 1985).
3. Si bien el señor Danilo Alzate Jaramillo fue transferido a soldado profesional a partir del 1º de noviembre de 2003 de conformidad con los Decretos 1793 y 1794 de 2000, ello no conllevó a la pérdida del derecho al pago de cesantías retroactivas, como lo determinó el artículo 2 del Decreto 1252 de 2000.
4. Al accionante le fueron liquidadas sus cesantías de manera retroactiva hasta el 31 de octubre de 2003 y a partir del 1º de noviembre de 2003, se liquidaron año a año.
5. Para la liquidación de cesantías año a año, el Ejército Nacional utilizó el salario básico y la prima de antigüedad, excluyendo el subsidio familiar como factor salarial.
6. La entidad accionada negó el pago de las cesantías definitivas liquidadas de manera retroactiva, desconociendo que el actor ingresó a la institución antes del 25 de mayo de 2000, fecha para la cual las normas vigentes establecieron el reconocimiento de cesantías retroactivas.
7. En sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, el Consejo de Estado estableció que el salario básico de los soldados profesionales que ingresaron al Ejército como soldados voluntarios, es de un salario mínimo legal mensual vigente más el 60% del mismo.

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

La parte demandante invocó como vulneradas las siguientes disposiciones: Constitución Política: artículos 1, 3, 25 y 53; CPACA: artículo 138 y siguientes; Ley 4ª de 1992; Ley 131 de 1985; Decreto 1794 de 2000; Decreto 1252 de 2000: artículos 1 y 2; Decreto 1919 de 2003: artículo 3; Ley 353 de 1994: artículo 18, modificado por el artículo 11 de la Ley 973 de 2005.

Adujo que de conformidad con el artículo 2 del Decreto 1252 de 2000, los servidores que al 25 de mayo de 2000 disfrutaban del régimen de cesantías retroactivas, continuaría en dicho régimen hasta la terminación de la vinculación laboral.

Sostuvo que así el artículo 6 de la Ley 131 de 1985 no hubiera dicho expresamente que la suma reconocida era a título de cesantías, lo cierto es que a esa prestación hacía referencia, tal como lo reconoció la Ley 973 de 2005.

Alegó que no pueden desmejorarse las condiciones laborales que tenía el accionante para cuando ingresó al Ejército Nacional y más aún cuando la misma ley contempla el reconocimiento y pago de cesantías retroactivas.

Expuso que a través del Decreto 1794 de 2000, quienes se encontraran al 31 de diciembre de 2000 como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarían un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%.

Explicó que la voluntad del legislador era mantener en el servicio a los soldados voluntarios, pero incorporándolos a la carrera profesional, para lo cual dispuso que se mantendrían las prerrogativas que disfrutaban con anticipación.

Aseguró entonces que le asiste derecho a devengar un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%, y a que sus prestaciones sociales, incluidas las cesantías, sean liquidadas con base en dicha asignación.

Estimó que el acto atacado está viciado de nulidad por desviación de poder, al haber desconocido las normas que regulan la materia y los reiterados pronunciamientos del órgano de cierre.

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Actuando debidamente representado y dentro del término legal correspondiente, el Ejército Nacional respondió la demanda promovida (fls. 29 a 37, C.1), en los siguientes términos.

Se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que al accionante no le asiste derecho a devengar haberes del régimen exclusivo de los soldados voluntarios, aun cuando tiene la calidad de soldado profesional. Precisó que con acto administrativo se realizó en debida forma el reconocimiento de las cesantías, distinguiendo los años en los cuales el actor tenía derecho a las

cesantías y los años en los que debía recibir la bonificación. En efecto, desde la fecha de ingreso hasta el mes de octubre de 2003, al demandante se le pagó un mes de bonificación por cada año de servicio, tal como lo establecía la Ley 131 de 1985; y a partir del mes de noviembre de 2003 y hasta la fecha de retiro en calidad de soldado profesional, se le reconoció un salario más prima de antigüedad por cada año como cesantías definitivas, según lo prevé la Ley 1794 de 2000.

Indicó que no es cierto que la entidad le haya desconocido factores salariales en la liquidación de cesantías, ya que en virtud del artículo 14 de la Ley 973 de 2005, los soldados profesionales son afiliados forzosos, razón por la cual mensualmente se hacen las causaciones de las cesantías definitivas a la cuenta individual de la Caja Promotora de Vivienda Militar y de Policía, y la liquidación se realiza año por año.

Señaló que el acto con el cual se liquidaron las cesantías de forma definitiva, no fue demandado por el interesado y, por lo tanto, goza de presunción de legalidad y además se encuentra en firme, porque el término que tenía para debatir su legalidad ya caducó.

Explicó que a partir del momento en que el señor Danilo Alzate Jaramillo voluntariamente pasó a ser soldado profesional, su relación laboral ya no estaba reglada por la Ley 131 de 1985 sino por la Ley 1794 de 2000. En ese sentido, adujo que el actor renunció a las bonificaciones que establecía la primera norma y accedió a mayor estabilidad y a las garantías que ofrecía la segunda disposición, que se traducen en prestaciones más favorables para el soldado.

Afirmó que la bonificación que se le pagaba al actor como soldado voluntario por cada año de servicio (artículo 6 de la Ley 131 de 1985), con la Ley 1794 de 2000 se convirtió en el pago de las cesantías, lo que claramente es mucho más beneficioso para el miembro de las Fuerzas Armadas.

Realizó un cuadro comparativo entre las prestaciones recibidas por los soldados voluntarios y los soldados profesionales, para corroborar que al actor le asistía un régimen más favorable.

Consideró que en virtud del principio de inescindibilidad de la norma, el accionante no puede pretender tomar lo más favorable de cada régimen y aplicar uno mixto, sino que debe acudir a una u otra norma en su integridad, y así lo decidió el demandante al pasar a ser soldado profesional.

Aseguró que el caso bajo examen es totalmente diferente a las demandas que se han suscitado por el incremento del 20% en salario, ya que en estos eventos el artículo 1º del Decreto 1794 de 2000 en su parte final creó una transición, previendo que el salario que venían devengando los soldados voluntarios no podía ser desmejorado, pero ninguna precisión realizó respecto de las cesantías u otras prestaciones.

Propuso como excepción la que denominó "*PRESCRIPCIÓN TRIENAL*", en el evento que se decida acceder a las pretensiones de la demanda y de conformidad con el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, aplicable a este caso por cuanto el actor no es un oficial o suboficial de la Policía que permita acudir a la prescripción cuatrienal del Decreto 1211 de 1990.

### LA SENTENCIA APELADA

El 25 de septiembre de 2019, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia en el asunto de la referencia (fls. 70 vuelto a 74, C.1), con la cual negó las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones.

Luego de hacer un análisis de las disposiciones invocadas como vulneradas, la Juez *a quo* manifestó que las normas prestacionales de la Fuerza Pública en ningún momento crearon para los soldados voluntarios la prestación social cesantía.

Precisó que aunque por virtud del artículo 6 de la Ley 131 de 1985, los soldados voluntarios percibían una bonificación al ser dados de baja, ello no quiere decir que se trataba de un auxilio de cesantía, como al parecer lo entiende el demandante.

Explicó que la circunstancia que dicha bonificación se causara al momento de la desvinculación (como igualmente se causa la cesantía definitiva), y que correspondiera a un mes de bonificación por cada año de servicio como soldado voluntario (de manera similar a como se liquida la cesantía definitiva de régimen retroactivo), no la convierte en una prestación diferente, esto es, en cesantía.

Adujo que aun cuando el ahorro por concepto de bonificación y/o cesantías consolidadas sea parte de los aportes a la Caja de Vivienda Militar, lo cierto es que la norma se refiere a tales emolumentos tratándose de soldados profesionales y no de soldados voluntarios.

Expuso que únicamente a partir de la vigencia del Decreto 1794 de 2000, se

reguló de manera específica el auxilio de cesantía para los soldados profesionales con expresa definición de su liquidación anual, mas no retroactiva.

Citó apartes de sentencia de unificación del Consejo de Estado del 25 de agosto de 2016 (radicado 2013-00060-01(3420-2015)), en relación con el régimen salarial y prestacional de quienes habiendo sido soldados voluntarios se incorporaron como soldados profesionales, precisando que en ese evento no operó un cambio de régimen de carrera, pues su status de soldados continuó, sólo que a partir del año 2000 fueron profesionalizados para mejorar la prestación del servicio constitucional asignado, lo que significó además que recibieran las prestaciones sociales que antes no devengaban.

Concluyó entonces que a la parte actora no le asiste derecho en pretender el reajuste de sus cesantías definitivas bajo la modalidad de régimen retroactivo, porque dicha prestación sólo se causó en su favor a partir del año 2003, cuando fue creada para los soldados profesionales en un régimen de liquidación anual. Reiteró que la bonificación que se causó pro la terminación del vínculo como soldado voluntario no tenía el carácter legal de cesantía.

De otra parte, consideró que los argumentos de la demanda relativos al derecho del demandante a devengar un salario equivalente al salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%, no tienen relación con las pretensiones de la demanda, pues éstas apuntan al reajuste de cesantías bajo el régimen de retroactividad.

Finalmente condenó en costas a la parte actora.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la decisión adoptada por la Juez *a quo*, actuando dentro del término legal, la parte accionante interpuso recurso de apelación contra el fallo de primera instancia (fls. 77 a 80, C.1), solicitando su revocatoria con fundamento en los siguientes argumentos.

Reiteró que de conformidad con el artículo 2 del Decreto 1252 de 2000, quienes tuvieran el régimen de cesantías retroactivo lo mantendrían hasta la terminación de la vinculación laboral.

Adujo que así el artículo 6 de la Ley 131 de 1985 no le hubiera dado el nombre expreso de cesantías a la bonificación contemplada, lo cierto es que no hace referencia a otro tipo de prestación diferente a las cesantías.

Manifestó que la Ley 973 de 2005 sí reconoce que la bonificación establecida en la Ley 131 de 1985 se trataba de cesantías para los soldados profesionales que ingresaron como soldados voluntarios.

Alegó que los soldados profesionales que habían ingresado a la institución como soldados voluntarios no perdieron sus derechos por el hecho de haber sido transferidos al nuevo régimen, tal como lo ha sostenido el Consejo de Estado en la sentencia de unificación referida en primera instancia. En ese sentido, afirmó que el régimen de cesantías retroactivas lo deben conservar hasta la terminación de la vinculación laboral, so pena de vulnerar derechos laborales irrenunciables.

Indicó que en un caso similar al aquí debatido, el Tribunal Administrativo del Quindío condenó al Ejército Nacional al pago de las cesantías retroactivas.

Solicitó entonces que se revoque la providencia recurrida y, en su lugar, se ordene el pago de las cesantías del demandante de forma retroactiva, es decir, último salario por el número de años laborados.

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

### **Parte demandante**

Guardó silencio.

### **Parte demandada (fls. 8 a 10, C.2)**

Intervino para reiterar los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, con base en lo cual solicitó confirmar la providencia recurrida.

## **CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

El señor Procurador 29 Judicial II para Asuntos Administrativos emitió concepto en el asunto de la referencia (fls. 11 a 17, C.2), solicitando que se confirme la sentencia objeto de apelación, con fundamento en lo siguiente.

Indicó que la Ley 131 de 1985 fue clara en disponer que lo reconocido era una bonificación y no una cesantía. Acotó que si el legislador hubiera

querido darle el sentido de una cesantía a la bonificación creada, lo hubiese dicho expresamente y sin ambages, por lo que, conforme al artículo 27 de la Ley 57 de 1887, cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.

Adujo que la bonificación referida no era una prestación social, como bien lo sostuvo el Consejo de Estado en la sentencia de unificación mencionada en la providencia recurrida, pues en aquella se afirmó que el cambio a soldados profesionales implicó que recibieran las prestaciones sociales que antes no devengaban.

### TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

**Reparto.** Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 2 de diciembre de 2019, y allegado el 10 de febrero de 2020 al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (fl. 2, C.2).

**Admisión y alegatos.** Por auto del 10 de febrero de 2020 se admitió el recurso de apelación y se ordenó correr traslado para alegatos en caso de no existir solicitud de pruebas por practicar en segunda instancia (fl. 2, C.2). Dentro del término previsto, sólo la parte demandada alegó de conclusión (fls. 8 a 10, ibídem). El Ministerio Público rindió concepto en esta oportunidad (fls. 11 a 17, C.2).

**Paso a Despacho para sentencia.** El 7 de septiembre de 2020 el proceso ingresó a Despacho para sentencia (fl. 18, C.2), la que se dicta en seguida atendiendo el orden de ingreso del respectivo proceso para tales efectos.

### CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

#### Problema jurídico

El problema jurídico que se debe resolver en el *sub examine* se centra en resolver el siguiente interrogante:

*¿Le asiste derecho al señor Danilo Alzate Jaramillo a que a partir del 1º de noviembre de 2003, se le liquiden cesantías definitivas de manera retroactiva,*

*conforme a la Ley 131 de 1985?*

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** régimen de personal, salarial y prestacional de los soldados voluntarios y de los soldados profesionales; **ii)** hechos acreditados; y **iii)** examen del caso concreto.

### **1. Régimen de personal, salarial y prestacional de los soldados voluntarios**

De conformidad con la Ley 131 de 1985<sup>2</sup>, se estableció la posibilidad de que quienes hubieran prestado su servicio militar obligatorio, manifestaran su deseo de seguir vinculados a la Fuerza Pública y, de ser aceptados, continuaran en la institución bajo la modalidad del servicio militar voluntario. La norma es del siguiente tenor:

*Artículo 1º. Sin perjuicio de las disposiciones vigentes que regulan el servicio militar obligatorio, el Gobierno podrá establecer el servicio militar voluntario dentro de los términos de esta Ley.*

*Artículo 2º. Podrán prestar el servicio militar voluntario quienes, habiendo prestado el servicio militar obligatorio, manifiesten ese deseo al respectivo Comandante de Fuerza y sean aceptados por él. Las autoridades militares podrán organizar otras modalidades de servicio militar voluntario, cuando las circunstancias lo permitan.*

*Parágrafo 1º. El servicio militar voluntario, se prestará por un lapso no menor de doce (12) meses.*

*Parágrafo 2º. La Planta de Personal de soldados que preste el servicio militar voluntario será establecida por el Gobierno.*

*Artículo 3º. Las personas a que se refiere el artículo 2º. de la presente Ley, quedarán sujetas, a partir de su vinculación como soldados voluntarios, al Código de Justicia Penal Militar, al Reglamento de Régimen Disciplinario, al Régimen Prestacional y a las normas relativas a la capacidad psicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones para los soldados de las Fuerzas Militares y los reglamentos especiales que se expidan para el desarrollo de esta Ley.*

En relación con la situación salarial y prestacional de los soldados voluntarios, los artículos 4 a 6 de la citada ley establecieron lo siguiente:

---

<sup>2</sup> "Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario".

*Artículo 4º. El que preste el servicio militar voluntario devengará una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un sesenta por ciento (60%) del mismo salario, el cual no podrá sobrepasar los haberes correspondientes a un Cabo Segundo, Marinero o Suboficial Técnico Cuarto.*

*Artículo 5º. El soldado voluntario que estuviere en servicio durante un año, tiene derecho a percibir una bonificación de navidad equivalente a la recibida en el mes de noviembre del respectivo año.*

*Parágrafo. Cuando el soldado voluntario no hubiere servido un año completo, tiene derecho al reconocimiento de la bonificación de navidad a razón de una doceava parte (1/12), por cada mes completo de servicio.*

*Artículo 6º. El soldado voluntario que sea dado de baja, tiene derecho a que el Tesoro Público le pague por una sola vez, una suma equivalente a un mes de bonificación por cada año de servicio prestado en dicha calidad y proporcionalmente por las fracciones de meses a que hubiere lugar.*

De conformidad con lo anterior, los soldados voluntarios eran remunerados con una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un 60% del mismo salario; tenían derecho a percibir una bonificación de navidad igual al monto recibido como bonificación mensual en el mes de noviembre del respectivo año; y al ser dados de baja, se hacían acreedores a una suma equivalente a un mes de bonificación por cada año de servicio prestado en dicha calidad y proporcionalmente por las fracciones de meses a que hubiere lugar.

## **2. Régimen de personal, salarial y prestacional de los soldados profesionales**

A través de la Ley 578 de 2000<sup>3</sup>, el legislador facultó al Presidente de la República en forma extraordinaria y por el término de seis (6) meses, para que expidiera normas relacionadas con las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, entre ellas todo lo concerniente al régimen de carrera y/o estatuto del soldado profesional, en los siguientes términos:

***ARTICULO 1o.** De conformidad con el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política, revístese al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, hasta por el término de seis (6) meses, contados a partir de la promulgación de la presente ley, para expedir las normas de carrera, los reglamentos de régimen disciplinario y de evaluación de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares; el reglamento de aptitud psicofísica,*

---

<sup>3</sup> "Por medio de la cual se reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias para expedir normas relacionadas con las fuerzas militares y de policía nacional".

*incapacidades, invalideces e indemnizaciones (sic) de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y el régimen de carrera y/o estatuto del soldado profesional así como el reglamento de disciplina y ética para la Policía Nacional, el reglamento de evaluación y clasificación para el personal de la Policía Nacional, las normas de carrera del personal de oficial y suboficiales de la Policía Nacional, las normas de carrera profesional del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, los estatutos del personal civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional; la estructura del sistema de salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.*

Con fundamento en las anteriores facultades, el Presidente de la República expidió el Decreto Ley 1793 de 2000 “Por el cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares”, en cuyo artículo 1º definió la calidad de soldado profesional, así:

**ARTÍCULO 1. SOLDADOS PROFESIONALES.** *Los soldados profesionales son los varones entrenados y capacitados con la finalidad principal de actuar en las unidades de combate y apoyo de combate de las Fuerzas Militares, en la ejecución de operaciones militares, para la conservación, restablecimiento del orden público y demás misiones que le sean asignadas.*

(...).

Los artículos 3 a 5 del citado decreto establecieron cómo debe hacerse la incorporación de soldados profesionales:

**ARTÍCULO 3. INCORPORACION.** *La incorporación de los soldados profesionales a las Fuerzas Militares de Colombia, se hará mediante nombramiento por orden de personal de los respectivos Comandos de la Fuerza, atendiendo a las necesidades de la fuerza (sic) y a la planta de personal que haya sido aprobada por el Gobierno Nacional.*

**ARTÍCULO 4. REQUISITOS PARA INCORPORACION.** *Son requisitos mínimos para ser incorporado como soldado profesional:*

- a) Ser colombiano.*
- b) Inscribirse en el respectivo Distrito Militar.*
- c) <Literal INEXEQUIBLE>*
- d) Ser mayor de 18 años y menor de 24 años.*
- e) Acreditar quinto grado de educación básica o en su defecto presentar ante el Comando de la Fuerza un examen de conocimientos básicos.*
- f) Ser reservista de primera clase de contingente anterior o último contingente y presentar certificado de buena conducta expedido por el Comandante de la Unidad a la cual perteneció; o ser reservista de primera clase de contingentes anteriores a los dos últimos o de segunda o tercera clase que se encuentre en condiciones de recibir un entrenamiento especial.*

g) *Reunir las condiciones psicofísicas de acuerdo con las disposiciones legales vigentes para el personal de las Fuerzas Militares.*

**ARTÍCULO 5. SELECCION.** *Los aspirantes que cumplan con las condiciones establecidas en el artículo anterior, se someterán a un proceso de selección previa realizado por un comité multidisciplinario, el cual será nombrado por el Director de Reclutamiento de cada Fuerza.*

*En la selección a que se refiere el presente artículo, tendrán prelación los reservistas de primera clase a los cuales se refiere el literal f) del artículo anterior.*

**PARAGRAFO.** *Los soldados vinculados mediante la Ley 131 de 1985 con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, que expresen su intención de incorporarse como soldados profesionales y sean aprobados por los Comandantes de Fuerza, serán incorporados el 1 de enero de 2001, con la antigüedad que certifique cada fuerza expresada en número de meses. A estos soldados les será aplicable íntegramente lo dispuesto en este decreto, respetando el porcentaje de la prima de antigüedad que tuviere al momento de la incorporación al nuevo régimen.*

Como se extrae del párrafo del artículo 5 del Decreto 1793 de 2000, y en concordancia con la Ley 131 de 1985, los uniformados que venían vinculados en los términos de esta última norma con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, podían ser enlistados como soldados profesionales, para lo cual debían expresar al Comandante de Fuerza su intención de incorporarse como tal, y obtener su aprobación.

El artículo 38 del Decreto Ley 1793 de 2000, autorizó al Gobierno Nacional para la expedición del régimen salarial y prestacional del personal de soldados profesionales:

**ARTÍCULO 38. REGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL.** *El Gobierno Nacional expedirá los regímenes salarial y prestacional del soldado profesional, con base en lo dispuesto por la Ley 4 de 1992, sin desmejorar los derechos adquiridos.*

La Ley 4<sup>a</sup> de 1992<sup>4</sup> a la cual debía ceñirse el Gobierno Nacional para expedir los regímenes salarial y prestacional de los soldados profesionales, consagró en el literal a) de su artículo 2º, el principio de respeto de los derechos

---

<sup>4</sup> “Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política”.

adquiridos, en los siguientes términos:

*ARTÍCULO 2o. 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;*

*(...).*

Teniendo en cuenta lo previsto por el artículo 38 del Decreto Ley 1793 de 2000, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1794 de 2000, con el cual estableció el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

Para el caso concreto de la prestación reclamada en esta demanda, el artículo 9 del Decreto 1794 de 2000 definió las condiciones en las cuales los soldados profesionales devengarían las cesantías, así:

*Artículo 9. Cesantías. El soldado profesional tendrá derecho al reconocimiento de cesantías, equivalente a un salario básico, más la prima de antigüedad por año de servicio, las cuales se liquidarán anualmente y se depositarán en el Fondo o Fondos que para su efecto seleccionará el Ministerio de Defensa Nacional.*

Como se extrae de la norma, la liquidación para las cesantías de los soldados profesionales se previó de manera anualizada.

### **3. Hechos acreditados**

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

- a) De conformidad con la hoja de servicios del señor Danilo Alzate Jaramillo (fls. 16 y 17, C.1), se encuentra acreditado que éste prestó su servicio militar obligatorio como soldado regular entre el 5 de julio de 1995 y el 29 de diciembre de 1996; que luego de ello se vinculó como soldado voluntario desde el 1º de marzo de 1998 hasta el 31 de octubre de 2003; y que a partir del 1º de noviembre de 2003 hasta el 30 de diciembre de 2016, cuando fue retirado del servicio por tener derecho a pensión, se desempeñó como soldado profesional.

- b) Por Resolución nº 228615 del 17 de febrero de 2017 (fls. 11 a 15, C.1), la Dirección de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional reconoció y ordenó a favor del señor Danilo Alzate Jaramillo, el pago de \$3.988.427 y de \$15'630.000, por concepto de prestaciones sociales (bonificación y cesantías, respectivamente).

Se observa que para el reconocimiento de los valores referidos, la entidad realizó dos liquidaciones: la primera, a título de bonificación, de conformidad con lo previsto por la Ley 131 de 1985, y por el tiempo de servicio como soldado voluntario (1º de marzo de 1998 a 31 de octubre de 2003); y la segunda, a título de cesantías, atendiendo lo dispuesto por el Decreto 1794 de 2000, esto es, año a año, abarcando el tiempo laborado como soldado profesional desde el 1º de noviembre de 2003 hasta la fecha de retiro, esto es, 30 de diciembre de 2016.

#### **4. Examen del caso concreto**

Descendiendo al caso que convoca la atención de esta Sala y más allá de la discusión relativa a si la bonificación contemplada por la Ley 131 de 1985 puede ser equiparada o no a las cesantías como prestación social, se observa que el señor Danilo Alzate Jaramillo no gozaba en todo caso de un derecho adquirido consistente en que al terminar su vinculación laboral en el Ejército Nacional, se le reconociera una suma equivalente a un mes de bonificación por cada año de servicio prestado en dicha calidad y proporcionalmente por las fracciones de meses a que hubiere lugar. Lo anterior, por cuanto el derecho al reconocimiento de sus cesantías definitivas o de la bonificación de que trata la Ley 131 de 1985, sólo se causó hasta cuando se retiró del servicio, esto es, el 30 de diciembre de 2016 y, por lo tanto, sólo a esa fecha ingresó a su patrimonio, teniendo antes de ello una mera expectativa de gozar de tal beneficio. Se explica.

El reconocimiento y la manera en la cual el Decreto 1794 de 2000 dispuso liquidar cesantías para los soldados profesionales, no contempló ninguna salvedad para aquellos servidores que siendo soldados voluntarios pasaron a ser soldados profesionales, pero tenían el derecho adquirido a que se les aplicara el régimen de la Ley 131 de 1985, específicamente en lo que respecta a la bonificación al momento de ser dados de baja.

La anterior circunstancia podría sugerir el desconocimiento del principio de respeto por los derechos adquiridos, que no sólo está previsto en el artículo 2 de la Ley 4ª de 1992 sino en el artículo 58 de la Constitución Política, así: *“Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes*

*posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social”.*

Ahora bien, sobre los derechos adquiridos, el Consejo de Estado<sup>5</sup> ha señalado que “(...) son aquellas situaciones individuales y subjetivas que se crearon y definieron bajo el imperio de una ley y con respeto de los postulados que ella establece. Tal circunstancia otorga en favor de sus titulares un derecho particular<sup>6</sup> que no puede ser vulnerado con la expedición de normas posteriores<sup>7</sup>”. Ha precisado también el Alto Tribunal que “(...) para que se pueda predicar la existencia de un derecho adquirido deben cumplirse las siguientes condiciones: (i) las circunstancias específicas de la situación deben encajar dentro de los postulados legales que crean el derecho y; (ii) se requiere que este haya ingresado al patrimonio de quien es su titular”<sup>8</sup>.

Tanto para la fecha de vigencia del Decreto 1794 de 2000 (1º de enero de 2001), como para la época en la cual el actor se incorporó como soldado profesional (1º de noviembre de 2003), es evidente que el demandante no había consolidado su derecho al goce de las cesantías definitivas, lo cual se produjo, como se indicó, sólo hasta el 30 de diciembre de 2016, cuando se retiró del servicio.

En ese orden de ideas, para cuando se liquidaron las cesantías definitivas del accionante, éste no tenía derecho adquirido a que dicha liquidación se efectuara de manera retroactiva como lo establecía la Ley 131 de 1985, pues no consolidó su derecho en vigencia de esta última norma sino del Decreto 1794 de 2000.

Ese fue el entendimiento que en reciente providencia<sup>9</sup> el Consejo de Estado le dio a este tema en un asunto similar al aquí debatido, y de la cual se extraen los siguientes apartes:

---

<sup>5</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Sentencia del 17 de julio de 2020. Radicación número: 63001-23-33-000-2018-00232-01(5467-19).

<sup>6</sup> Cita de cita: La Corte Constitucional ha definido estos derechos como:

<<aquellos que han ingresado definitivamente en el patrimonio de la persona. Así, el derecho se ha adquirido cuando las hipótesis descritas en la ley se cumplen en cabeza de quien reclama el derecho, es decir, cuando las premisas legales se configuran plenamente. De acuerdo con esta noción, las situaciones jurídicas no consolidadas, es decir, aquellas en que los supuestos fácticos para la adquisición del derecho no se han realizado, no constituyen derechos adquiridos sino meras expectativas...>>

<sup>7</sup> Cita de cita: Sentencia C-249 de 2002.

<sup>8</sup> Ver nota al pie nº 5.

<sup>9</sup> Ver nota al pie nº 5.

35. De la lectura a la Resolución No 248268 del 29 de mayo de 2018, se obtiene que el señor Jesús Sofonías Pupiales Calvache estuvo vinculado con Ejército Nacional así: **i)** como soldado voluntario: Desde el 16 de mayo de 1999 al 31 de octubre de 2003 y **ii)** como soldado profesional: Del 01 de noviembre de 2003 al 30 de enero de 2018<sup>10</sup>.

36. Respecto de la vinculación como soldado voluntario, se encuentra acreditado que al demandante se le reconoció sus cesantías definitivas con aplicación del régimen contenido en la Ley 131 de 1985, esto es, le fue pagada por una sola vez una suma equivalente a un mes de bonificación por cada año de servicio prestado en dicha calidad, teniendo como base la última bonificación devengada más la prima de antigüedad equivalente al (6.5%) de la asignación salarial básica por cada año de servicio sin exceder del 58.5%, para lo cual le fue reconocida la suma de \$ 2.956.125.00

37. Ahora, en cuanto a su vinculación como soldado profesional, la Resolución 248268 del 29 de mayo de 2018 acredita que al actor le fue liquidado el auxilio de cesantías conforme lo estatuido en el Decreto 1794 de 2000, equivalente al salario básico anual más la prima de antigüedad, incrementada anualmente en un (6.5%) de la asignación básica por cada año, sin exceder el (58.5%), los cuales se liquidaron anualmente, ascendiendo a la suma de \$17.759.387.00, sin efecto retroactivo.

38. Es importante precisar que para la fecha en que entró en vigencia el Decreto ley 1794 de 2000, esto es, el 01 de enero de 2001 e inclusive, para la época en que el actor se incorporó como soldado profesional, es decir, el 1 de noviembre de 2003 no había consolidado su derecho al goce de las cesantías definitivas, toda vez que ésta solo se produjo en fecha 30 de enero de 2018, tal como aparece anotado en la hoja de servicio No 3-6497902 del 20 de febrero de 2018<sup>11</sup> y en la prenotada Resolución No 248268 del 29 de mayo de 2018.

(...)

41. Visto lo anterior, observa la Sala que contrario a lo expuesto por el aquo, el actor no gozaba de derechos adquiridos respecto de las prerrogativas consagradas en la Ley 131 de 1985 en lo atinente a las cesantías definitivas, toda vez que al no cumplir la totalidad de los requisitos exigidos para el reconocimiento de dicha prestación social por retiro del servicio en vigencia de la citada ley, el derecho no se causó y por lo tanto, no ingresó a su patrimonio, pues solo hasta el año 2018 completó los 20 años necesarios que dieron lugar al retiro de actividad por tener derecho a la asignación pensional y al reconocimiento de sus cesantías definitivas, por lo tanto, solo tuvo una mera expectativa de gozar de tal beneficio, la cual carece de amparo en la resolución

---

<sup>10</sup> Cita de cita: Ver folios 12 al 16 del expediente.

<sup>11</sup> Cita de cita: Folio 16.

*de casos concretos, toda vez que solo los derechos adquiridos gozan de una salvaguarda por haber ingresado al patrimonio del titular.*

*42. Entonces, si bien el artículo 38 del Decreto Ley 1793 de 2000 así como el artículo 2º, literal a) de la Ley 4 de 1992 consagran el respeto a los derechos adquiridos y la prohibición de desmejorar los salarios y prestaciones sociales de los soldados profesionales, también lo es que, para que se pueda predicar la existencia de un derecho adquirido requiere que el mismo haya ingresado al patrimonio de quien es su titular, circunstancia que no se encuentra acreditada por parte del señor Jesús Sofonías Pupiales, en la medida que el derecho a disfrutar de las cesantías definitivas por retiro del servicio no lo consolidó en vigencia de la Ley 131 de 1985.*

*(...)*

*(...) en el presente caso no se evidencia la trasgresión al referido principio [el de favorabilidad], puesto que el Decreto Reglamentario 1794 de 2000 en su artículo 9<sup>12</sup> regula de manera íntegra lo atinente al auxilio de cesantías de los soldados voluntarios que posteriormente fueron convertidos en profesionales encontrándose ello en concordancia con lo dispuesto en el artículo 42<sup>13</sup> del Decreto ley 1793 del 14 de septiembre de 2000, hallando la Sala que para el momento en que el actor causó su derecho al reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, estas se encontraban regidas por el Decreto 1794 de 2000, fundamento normativo con el cual le fue liquidadas sus cesantías a partir del año 2003.*

*45. Aunado a lo anterior, encuentra la Sala que al pasar de soldados voluntarios a profesionales, los uniformados no cambiaron de régimen de carrera al interior del Ejército, pues, su estatus siguió siendo el de soldados, sólo que a partir del año 2000, por virtud de los Decretos 1793<sup>14</sup> y 1794<sup>15</sup> de dicha anualidad, fueron profesionalizados para mejorar la prestación del servicio constitucional que tienen asignado, lo cual significó además, que dicho personal recibiera las prestaciones sociales que antes no devengaba.*

*46. De conformidad con lo señalado, al no existir derechos adquiridos que impliquen la salvaguarda en favor del actor respecto de las cesantías definitivas que le fueron reconocidas a través de la Resolución No 248268 del 29 de mayo de 2018 que implique el reconocimiento de dicha prestación social en su integridad con aplicación del régimen retroactivo, habrá de revocarse la*

---

<sup>12</sup> Cita de cita: *Ibídem*.

<sup>13</sup> Cita de cita: ARTÍCULO 42. AMBITO DE APLICACION. El presente decreto se aplicará tanto a los soldados voluntarios que se incorporaron de conformidad con lo establecido por la Ley 131 de 1985, como a los nuevos soldados profesionales.

<sup>14</sup> Cita de cita: Por el cual se adopta el Régimen de Carrera y el Estatuto de Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares.

<sup>15</sup> Cita de cita: Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

*sentencia apelada y en su lugar, negar las súplicas de la demanda por encontrarse el acto acusado ajustado a la legalidad.*

## **Conclusión**

Por las razones anteriormente indicadas, estima la Corporación que no hay lugar a ordenar el reconocimiento retroactivo de las cesantías definitivas liquidadas por el Ejército Nacional a favor del señor Danilo Alzate Jaramillo y, por ello, se confirmará la decisión de primera instancia.

## **Costas**

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

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

## **FALLA**

**Primero.** CONFÍRMASE la sentencia del veinticinco (25) de septiembre de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor Danilo Alzate Jaramillo contra la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional.

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

**Tercero.** RECONÓCESE personería jurídica al abogado MANUEL CRISANTO MONROY ROJAS, identificado con la cédula de ciudadanía n° 79'545.675 expedida en Bogotá, y portador de la tarjeta profesional n° 101.664 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar como apoderado de la parte demandada conforme al poder obrante a folio 21 del cuaderno 2.

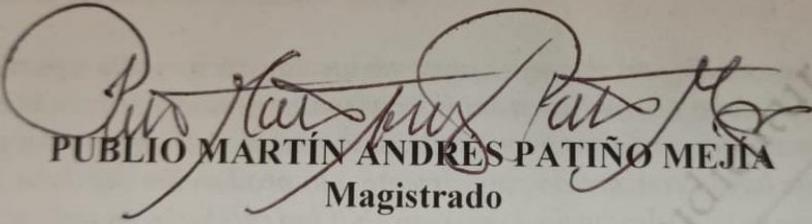
**Cuarto.** NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

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

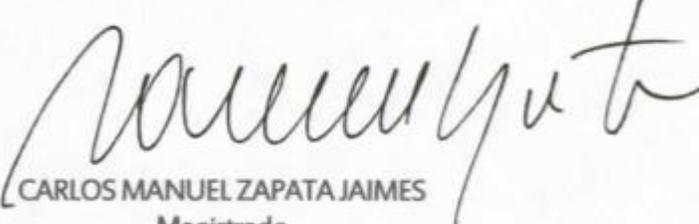
**Notifíquese y Cúmplase**



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN  
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA  
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES  
Magistrado

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**  
**NOTIFICACIÓN POR ESTADO**

No. 113  
FECHA: 29/06/2022



CARLOS ANDRÉS DÍEZ VARGAS  
SECRETARIO

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

Manizales, veintiocho (28) de junio de dos mil veintidós (2022)



**Carlos Andrés Díez Vargas**  
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, veintiocho (28) de junio de dos mil veintidós (2022)

RADICADO	17001-33-33-003-2017-00458-02
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	CECILIA MEJIA DE ARENAS
DEMANDADO	DEPARTAMENTO DE CALDAS

De conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo<sup>1</sup> (modificado por el art. 67 de la Ley 2080 de 2021) **SE ADMITE** el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante el 13 de enero de 2022 (No. 07 expediente electrónico juzgado) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales el 15 de diciembre de 2021, al haberse interpuesto de manera oportuna, es decir, dentro de los 10

---

<sup>1</sup> También CPACA

días siguientes a la notificación de la sentencia, actuación procesal que se efectuó el 16 de diciembre de 2021.

Notifíquese personalmente al señor Agente del Ministerio Público y por estado electrónico a las demás partes, surtido lo anterior envíese mensaje de datos con copia de la presente providencia, según lo dispone el inciso 3º del artículo 201 del CPACA.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES  
Maqistrado

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a las partes por Estado Electrónico No. 113 de fecha 29 de junio de 2022. Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.

Manizales,



Carlos Andrés Díez Vargas  
Secretario

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

Manizales, veintiocho (28) de junio de dos mil veintidós (2022)



**Carlos Andrés Díez Vargas**  
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, veintiocho (28) de junio de dos mil veintidós (2022)

RADICADO	17001-33-33-003-2018-00007-02
MEDIO DE CONTROL	REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE	ANDREA MARIN SANCHEZ Y OTROS
DEMANDADO	INPEC

De conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo<sup>1</sup> (modificado por el art. 67 de la Ley 2080 de 2021) **SE ADMITE** el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante el 22 de abril de 2022 (No. 46 expediente electrónico juzgado) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales el 06 de abril de 2022, al haberse interpuesto de manera oportuna, es decir, dentro de los 10 días

---

<sup>1</sup> También CPACA

siguientes a la notificación de la sentencia, actuación procesal que se efectuó el 07 de abril de 2021.

Notifíquese personalmente al señor Agente del Ministerio Público y por estado electrónico a las demás partes, surtido lo anterior envíese mensaje de datos con copia de la presente providencia, según lo dispone el inciso 3º del artículo 201 del CPACA.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES  
Maestrado

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a las partes por Estado Electrónico No. 113 de fecha 29 de junio de 2022. Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.

Manizales,



Carlos Andrés Díez Vargas  
Secretario



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

**Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín**

**S.:064**

**Asunto:** Sentencia de segunda instancia  
**Medio de control:** Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
**Radicación:** 17001-33-33-004-2018-00496-02  
**Demandante:** Herlinda Osorio de Varón  
**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 024 del 24 de junio de 2022**

Manizales, veinticuatro (24) de junio de dos mil veintidós (2022).

**ASUNTO**

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA<sup>1</sup>, corresponde a esta Sala de Decisión desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del once (11) de marzo de dos mil veintiuno (2021), 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 Herlinda Osorio de Varón contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG<sup>2</sup>) – Departamento de Caldas.

**DEMANDA**

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 13 de noviembre de 2018 (archivo 01C1Fls1A71, C1PrimeraInstancia, Expediente Digital), se solicitó lo siguiente:

**Pretensiones**

1. Que se declare la nulidad absoluta de la Resolución nº 8299-6 del 30 de

---

<sup>1</sup> En adelante, CPACA.

<sup>2</sup> En adelante, FOMAG.

octubre de 2017, en cuanto negó el reconocimiento y pago del reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme lo establece el numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989 y la Ley 71 de 1988.

2. Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la entidad demandada a reconocer y pagar:
  - De acuerdo con la Ley 91 de 1989: la aplicación y devolución de los descuentos de aportes al sistema de salud, a la mesada pensional en el porcentaje del 5%, incluyendo las mesadas adicionales, ordenando cesar el descuento del 12% como actualmente se realiza; y se reintegre las sumas de dinero superiores al 5% de dichas mesadas pensionales, sin que se continúe efectuando dicho descuento.
  - Respecto de la Ley 71 de 1988: Al reajuste anual de la mesada pensional en el porcentaje que cada año se incrementa para el salario mínimo legal mensual, de forma retroactiva al año en que consolidó su derecho pensional y de manera constante para las mesadas subsiguientes y futuras.
  - El reintegro a la parte demandante la suma de dinero superior al 5%, por descuento de aportes al sistema de salud aplicado a las mesadas pensionales y adicional de Junio y diciembre; y a no continuar descontando los valores superiores al precitado porcentaje en el pago de las mesadas 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, conforme a los artículos, 187, 189, 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011, 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.
5. Se dé cumplimiento a los términos de los artículos 187, 189, 192 y 195 del CPACA y el artículo 16 de la Ley 446 de 1998.

## 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° 1552 del 14 de noviembre de 2000, expedida por la Secretaria de Educación del Departamento de Caldas, actuando en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
2. El FOMAG por intermedio de la entidad fiduciaria encargada de su administración, ha venido descontando al accionante el equivalente al 12% de cada mesada pensional, incluyendo las mesadas adicionales de junio y diciembre, como aportes dirigidos a la prestación del servicio de salud.
3. En el acto administrativo de reconocimiento pensional se consagró expresamente que esta sería reajustada anualmente conforme al artículo 1° de la Ley 71 de 1988, no obstante, la mesada ha venido siendo incrementada con base a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, es decir, en el mismo porcentaje certificado por el DANE para el Índice de Precios al Consumidor del año inmediatamente anterior.<sup>3</sup>
4. Mediante petición radicada bajo el SAC 2017PQR16413 del 24 de octubre de 2017, se solicitó ante el FOMAG la aplicación del numeral 5° del artículo 8° de la Ley 91 de 1989, respecto a los descuentos de las mesadas pensionales realizados a título de aportes al sistema de salud, indicando que este debe corresponder al 5% del valor de cada mesada, exigiendo en consecuencia la devolución de los valores pagados en exceso.

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

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

---

<sup>3</sup> En adelante IPC

5. Mediante la Resolución n° 8299-6 del 30 de octubre de 2017, la Secretaria de Educación del Departamento de Caldas actuando en representación de la Nación – Ministerio de Educación – FOMAG, resolvió negativamente los deprecados reajustes pensionales, guardando silencio respecto a la pretensión subsidiaria.
6. Se acudió a la administración de justicia en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento de derecho, con la finalidad de obtener el reajuste de las mesadas pensionales del demandante, conforme a los incrementos fijados por el gobierno para el salario mínimo legal en Colombia, e igualmente el descuento de los aportes en salud conforme al régimen exceptuado aplicable a los pensionados por el FOMAG en la Ley 91 de 1989.

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

La parte actora estimó como violadas las siguientes disposiciones:

- los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29, 48, 53, 90, 121, 125 y 209 el preámbulo, de la Constitución Política;
- Artículos 137 de la Ley 1437 de 2011;
- Artículo 1º de la Ley 71 de 1988;
- Ley 33 de 1985;
- Artículo 15 numeral 2 literal A de la Ley 91 de 1989;
- Artículo 115 de la Ley 115 de 1994;
- Artículo 279 de la Ley 100 de 1993;
- Artículo 1º de la Ley 238 de 1995;
- Artículo 4 de la Ley 700 de 2001;
- Artículo 9 parágrafo 1º de la Ley 797 de 2003;
- Artículo 81 de la Ley 812 de 2003;
- Artículo 160 de la Ley 1151 de 2007; y
- Parágrafos transitorios 1 y 2 del Acto Legislativo 01 de 2005.

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

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

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

## **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

### **Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG**

La Entidad no presento contestación.

### **Departamento de Caldas**

No allego contestación.

## **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El once (11) de marzo de 2021, el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia (archivo 07, C1PrimeraInstancia, Expediente Digital), a través de la cual: **i)** negó las pretensiones principales y subsidiarias de la demandada; y **ii)** condenó en costas a la parte demandante. Lo anterior, con fundamento en lo siguiente.

Precisó inicialmente que lo relacionado con el reconocimiento y pago de las prestaciones del personal docente nacional o nacionalizado está a cargo de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, de acuerdo con el procedimiento que para tal efecto ha sido dispuesto por el Legislador en armonía con los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad consagrados en el 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 en el expediente digital, archivo 09 C1PrimeraInstancia, 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.

Manifestó que el Consejo de Estado, la Sala de Consulta y Servicio Civil, con ponencia del Dr. Humberto Mora Osejo, el 6 de diciembre de 1994, con radicado 655 en consulta elevada por el Ministerio de Educación Nacional, donde señaló: *“De manera que, según la transcrita disposición legal, las prestaciones sociales del magisterios no se rigen por la Ley 100 de 1993, sino por la Ley 91 de 1989 y por las que la complementan o reforman”*.

Expuso que el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, que contempla el reajuste de oficio de las pensiones de jubilación, invalidez y de sobrevivientes, no es aplicable al personal docente, conforme a lo prescrito por el artículo 279, inciso 2º 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.

Concluyó que el acto legislativo 01 de 2005 conservó los derechos de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales bajo el condicionamiento temporal establecido por el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, de acuerdo al cual quienes ingresaron al servicio público docente hasta el 26 de junio de 2003, continúan rigiéndose por las normas establecidas para el magisterio en las disposiciones legales anteriores.

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

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

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

**Parte demandante.** Guardó silencio.

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

## **CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

El Ministerio Público no emitió concepto en el presente asunto.

## **TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA**

**Reparto.** Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 24 de mayo de 2021, y allegado el 30 de junio de 2021 al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (archivos 01 y 02 C2SegundaInstancia, expediente digital).

**Admisión y alegatos.** Por auto del 30 de junio de 2021 se admitió el recurso de apelación y se corrió traslado para alegatos (archivo 02, C2SegundaInstancia, expediente digital), derecho del cual no hubo ningún

pronunciamiento. El Ministerio Público no rindió concepto en esta oportunidad.

**Paso a Despacho para sentencia.** El 27 de julio de 2021 el proceso ingresó a Despacho para sentencia (archivo 04, C2SegundaInstancia, expediente digital), la que se dicta en seguida, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA, modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021. Se precisa que por tratarse de un asunto que versa sobre un caso similar a los ya decididos por esta Corporación, y en procura de la celeridad y agilidad para dar solución a dichos temas, se profiere este fallo sin tener en cuenta el orden de ingreso del proceso a Despacho para tal efecto, tal como se autoriza por el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, en armonía con lo previsto por el artículo 115 de la Ley 1395 de 2010.

## **CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

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

### **Problema jurídico**

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

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

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

### **Hechos debidamente acreditados**

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

1. Por Resolución n° 1552 del 14 de noviembre de 2000 (archivo 01C1Fls1A71, C1PrimeraInstancia, Expediente Digital), 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 el Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, reconoció pensión de jubilación a favor de la parte accionante.
2. El FOMAG ha descontado al accionante el equivalente al 12% de la mesada pensional como aportes dirigidos a la prestación del servicio de salud.
3. 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. (archivo 01C1Fls1A71, C1PrimeraInstancia, Expediente Digital).
4. Con Resolución n° 8299-6 del 30 de octubre de 2017 (archivo 01C1Fls1A71, C1PrimeraInstancia, Expediente Digital), 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 1976<sup>4</sup> 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.

---

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

Luego, el artículo 1 de la Ley 71 de 1988<sup>5</sup> precisó que las pensiones referidas en el artículo 1 de la Ley 4ª de 1976, la de incapacidad permanente parcial y las compartidas, serían reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que fuera incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.

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

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

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

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

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

---

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

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

(...)

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

(...)

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

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

<i>año</i>	<i>inflación</i>	<i>salario mínimo</i>
1983	16.64	22%
1984	18.28	22%
1985	22.45	20%
1986	20.95	24%
1987	24.02	22%

1988	28.12	25%
1989	26.12	27%
1990	32.36	26%
1991	26.82	26.07%
1992	25.13	26.04%
1993	22.6	21.09%”

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

*Así las cosas, no le asiste razón al demandante, pues no es posible afirmar con certeza cuál de los dos sistemas podría resultar más benéfico para el pensionado, ya que 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 incremente el salario mínimo, y en otras, éste sea inferior a aquél, o pueden existir casos en que los dos sean iguales.*

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

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

Bajo el tema en cuestión referente al reajuste de las mesadas en aplicación de la Ley 100 de 1993, la Sección Segunda el Consejo de Estado, en providencia del 17 de agosto del 2017<sup>6</sup>, 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:

<sup>6</sup> 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 fórmula prevista en la Ley 71 de 1988, esto es, en el mismo porcentaje en que se incrementó por el Gobierno el salario mínimo legal mensual. Con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigencia, las pensiones reconocidas antes y después de dicha ley, se vienen reajustando en la forma prevista por su artículo 14 y teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 142 y 143 ibídem, lo que significa que el referido reajuste se produce anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior, más la mesada adicional y el reajuste equivalente a la elevación en la cotización para salud, a favor de los pensionados con anterioridad al 1º de enero de 1994.[...]»*

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

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

*De acuerdo con lo anterior, el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 sí es aplicable a quienes les fue reconocida la pensión antes del*

*1.º de abril de 1994 y no el definido por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, toda vez que esta última quedó derogada por aquella.*

En consideración al postulado jurisprudencial precitado se extrae que si bien quienes se pensionaron con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, cuentan con un régimen anterior al del Sistema de Seguridad Social Integral, esto no quiere decir que el incremento de la mesada pensional deba realizarse conforme lo contempla la Ley 71 de 1988, ajustado al salario mínimo, toda vez que con la entrada en vigencia del régimen general de pensiones, 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**”<sup>7</sup>, como si este fuese expresamente el mandato constitucional.*

(...)

---

<sup>7</sup> Cita de cita: Folio 19 (negrillas en el texto original).

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

(...)

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

*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”<sup>10</sup>.*

---

<sup>8</sup> Cita de cita: *Ibidem*.

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

<sup>10</sup> Cita de cita: *Ibidem*.

(...)

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

(...)

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

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

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

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

Este artículo fue adicionado por la Ley 238 de 1995<sup>11</sup>, que dispuso la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 a los regímenes exceptuados previstos en dicha disposición, o sea, el incremento de las pensiones conforme al IPC:

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

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

De esta manera, el incremento de las pensiones de los docentes pensionados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 no se rige por el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, toda vez que el factor de incremento anual de las pensiones no forma parte del régimen pensional por el cual se rigen los docentes, como son la edad, el monto, el ingreso base de liquidación y la tasa, y como lo señaló el Consejo de Estado<sup>12</sup>. 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 de actualizar el monto de las pensiones y de contrarrestar el fenómeno de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

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

---

<sup>11</sup> "Por la cual se adiciona el artículo 279 de la Ley 100 de 1993".

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

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

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

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

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

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

Lo anterior es reiterado por el Decretos 3135 de 1968<sup>13</sup>, en cuyo artículo 37, se dispone: "*Prestaciones para pensionados. A los pensionados por invalidez, jubilación y retiro por vejez se les prestará por la entidad que les pague la pensión, asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria. **Para este efecto el pensionado cotizará mensualmente un cinco por ciento (5%) de su pensión**".*

Posteriormente la Ley 91 de 1989<sup>14</sup>, por el cual se creó el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en su artículo 8 numeral 2, señaló como objetivos de dicho fondo, garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales, y fue constituido entre otros: "*...El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo **incluidas las mesadas adicionales**, como aporte de los pensionados.*"

---

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

<sup>14</sup> [https://www.mineducacion.gov.co/1621/articles-85852\\_archivo\\_pdf.pdf](https://www.mineducacion.gov.co/1621/articles-85852_archivo_pdf.pdf)

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

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

*(Ver art. 6 Ley 60 de 1993)*

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

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

Por su parte, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003<sup>15</sup>, estableció el régimen prestacional de los docentes nacionales y nacionalizados vinculados antes de la vigencia de esta ley, es el señalado en las normas establecidas con anterioridad a la misma y **los vinculados a partir de la entrada en vigencia** de la citada norma, afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres, norma declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-369-04.

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

Posteriormente, el primer párrafo transitorio del Acto Legislativo 01 de 2005, dispuso que: *“El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados*

---

15

[http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0812\\_2003.html#1](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0812_2003.html#1)

*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 2008<sup>12</sup>, 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 2018<sup>16</sup>, precisó:

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

(...)

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

(...)

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

Ley 91 de 1989 artículo 8-5	5%
-----------------------------	----

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

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

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

(...)

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

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

*“Artículo 14. Régimen de excepción. Para efecto de evitar el pago doble de cobertura y la desviación de recursos, las personas que se encuentren excepcionadas por ley para pertenecer al Sistema General de Seguridad*

---

<sup>17</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-529 de 23 de junio de 2010

*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 define 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 2017<sup>18</sup>, 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.”*

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

---

<sup>18</sup> 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>

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

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

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

### **Conclusión**

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

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

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

### **Costas**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, en concordancia con los numerales 3 y 8 del artículo 365 del Código General del Proceso – CGP, este Tribunal se abstendrá de condenar en costas por estimar que no se causaron en el curso de esta instancia.

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

### FALLA

**Primero.** CONFÍRMASE la sentencia del once (11) de marzo de dos mil veintiuno (2021), proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Herlinda Osorio de Varon contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

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

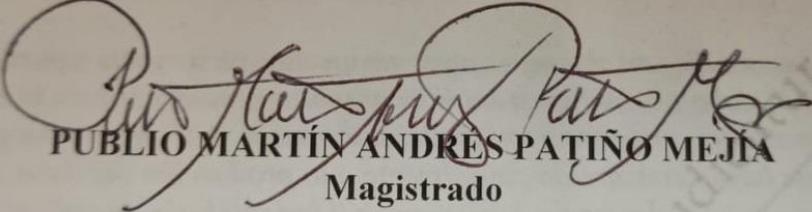
**Tercero.** NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

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

Notifíquese y cúmplase



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN  
Magistrado



PUBLICO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA  
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES  
Magistrado

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**  
**NOTIFICACIÓN POR ESTADO**

No. 113

FECHA: 29/06/2022

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'CARLOS ANDRES DÍEZ VARGAS', is centered within a light gray rectangular box. The signature is stylized and cursive.

**CARLOS ANDRES DÍEZ VARGAS**  
**SECRETARIO**



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

**Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín**

**S.:065**

**Asunto:** Sentencia de segunda instancia  
**Medio de control:** Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
**Radicación:** 17001-33-39-005-2018-00429 - 02  
**Demandante:** Amparo Yepes Arias  
**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 024 del 24 de junio de 2022**

Manizales, veinticuatro (24) de junio de dos mil veintidós (2022).

**ASUNTO**

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA<sup>1</sup>, corresponde a esta Sala de Decisión desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del veintiocho (28) de octubre de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Quinto 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 Amparo Yepes Arias contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG<sup>2</sup>) – Departamento de Caldas.

**DEMANDA**

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 27 de agosto de 2018 (archivo 01 C1PrimeraInstancia, expediente digital), se solicitó lo siguiente:

**Pretensiones**

1. Que se declare la nulidad absoluta de la Resolución nº 8256-6 del 30 de octubre de 2017, en cuanto negó el reconocimiento y pago del reajuste

---

<sup>1</sup> En adelante, CPACA.

<sup>2</sup> En adelante, FOMAG.

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.
  - El reintegro a la parte demandante la suma de dinero superior al 5%, por descuento de aportes al sistema de salud aplicado a las mesadas pensionales y adicional de junio y diciembre; y a no continuar descontando los valores superiores al precitado porcentaje en el pago de las mesadas 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.
5. Se dé cumplimiento a los términos de los artículos 187, 189, 192 y 195 del CPACA y el artículo 16 de la Ley 446 de 1998.

## **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° 3572 del 10 de julio de 2012, expedida por la Secretaria de Educación del Departamento de Caldas, actuando en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
2. El FOMAG por intermedio de la entidad fiduciaria encargada de su administración, ha venido descontando al accionante el equivalente al 12% de cada mesada pensional, incluyendo las mesadas adicionales de junio y diciembre, como aportes dirigidos a la prestación del servicio de salud.
3. En el acto administrativo de reconocimiento pensional se consagró expresamente que esta sería reajustada anualmente conforme al artículo 1° de la Ley 71 de 1988, no obstante, la mesada ha venido siendo incrementada con base a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, es decir, en el mismo porcentaje certificado por el DANE para el Índice de Precios al Consumidor del año inmediatamente anterior.<sup>3</sup>
4. Mediante petición radicada bajo el SAC 2017PQR15453 del 4 de octubre de 2017, se solicitó ante el FOMAG la aplicación del numeral 5° del artículo 8° de la Ley 91 de 1989, respecto a los descuentos de las mesadas pensionales realizados a título de aportes al sistema de salud, indicando que este debe corresponder al 5% del valor de cada mesada, exigiendo en consecuencia la devolución de los valores pagados en exceso.

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

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

5. Mediante la Resolución n° 8256-6 del 30 de octubre de 2017, la Secretaria de Educación del Departamento de Caldas actuando en representación de la Nación – Ministerio de Educación – FOMAG, resolvió

---

<sup>3</sup> En adelante IPC

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:

- los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29, 48, 53, 90, 121, 125 y 209 el preámbulo, de la Constitución Política;
- Artículos 137 de la Ley 1437 de 2011;
- Artículo 1º de la Ley 71 de 1988;
- Ley 33 de 1985;
- Artículo 15 numeral 2 literal A de la Ley 91 de 1989;
- Artículo 115 de la Ley 115 de 1994;
- Artículo 279 de la Ley 100 de 1993;
- Artículo 1º de la Ley 238 de 1995;
- Artículo 4 de la Ley 700 de 2001;
- Artículo 9 párrafo 1º de la Ley 797 de 2003;
- Artículo 81 de la Ley 812 de 2003;
- Artículo 160 de la Ley 1151 de 2007; 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 2003, 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 (archivo 01ExpedienteDigitalizado fls. 73 a 98, C1PrimeraInstancia), para oponerse a las pretensiones principales y subsidiarias, toda vez que el acto administrativo demandado se presume de legalidad de conformidad con lo dispuesto 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 mismos se les aumentara el monto de cotización al sistema de salud respecto de sus mesadas pensionales.

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

Propuso las excepciones que denominó: *“Inexistencia de la obligación o cobro de lo no debido”*, afirmó que la Entidad ha realizado los descuentos de salud y los aumentos anuales de la mesada pensional a la demandante conforme a la normatividad vigente, por tanto no existe obligación alguna a cargo de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio; *“prescripción de mesada”* expreso que la Entidad no desconoció los mandatos legales a la hora de expedir el acto administrativo del cual se depreca su nulidad, no obstante en caso de existir una remota posibilidad de que el despacho condene a la Entidad, solicitó se declare la prescripción de 3 años de anterioridad de la presentación de la demanda; *“reconocimiento oficioso o genérica”* manifestó que en el evento que en el curso del proceso se hallare como probada cualquier otra excepción, de conformidad con el numeral 6º del artículo 180 de la Ley 1437 de 2021.

**Departamento de Caldas.** No presentó contestación de la demanda.

## SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El veintiocho (28) de octubre de 2020, el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia (archivo 07, C1PrimeraInstancia, expediente digital), a través de la cual: **i)** negó las pretensiones principales y subsidiarias de la demandada. Lo anterior, con fundamento en lo siguiente.

Precisó inicialmente que lo relacionado con el reconocimiento y pago de las prestaciones del personal docente nacional o nacionalizado está a cargo de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG.

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.

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 Índice del Precio al Consumidor certificado por el DANE; se destaca así mismo que el artículo 289 de la Ley 100 de 1993 derogó aquellas disposiciones contrarias a la misma, quedando derogada de manera tácita la disposición contenida en el artículo 1º de la Ley 71 de 1988.

Refirió que la Ley 91 de 1989, la cual unificó para los docentes el porcentaje de la pensión, al paso que equiparó el régimen al de los pensionados del sector público nacional.

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.

Trajo a colación la sentencia de Constitucionalidad (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 en el expediente digital, archivo 10 del C1PrimeraInstancia, 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 contempla el reajuste de oficio de las pensiones de jubilación, invalidez y de sobrevivientes, no es aplicable al personal docente, conforme a lo prescrito por el artículo 279, inciso 2º 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.

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

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

**Parte demandante.** Guardó silencio.

**Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG.** Se pronunció en escrito que obra en el expediente digital, archivos 04 y 05 C2SegundaInstancia.

### 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 19 de julio de 2021, y allegado el 27 de agosto de 2021 al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (Expediente digital, archivos 01 y 02, C2SegundaInstancia).

**Admisión y alegatos.** Por auto del 30 de julio de 2021 se admitió el recurso de apelación y se corrió traslado para alegatos (Expediente digital, archivo 02, C2SegundaInstancia), derecho del únicamente hizo la parte demandada. El Ministerio Público no rindió concepto en esta oportunidad.

**Paso a Despacho para sentencia.** El 1º de octubre de 2021 el proceso ingresó a Despacho para sentencia (archivo 08, C2SegundaInstancia, expediente híbrido), 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 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 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, realizados sobre la pensión de jubilación de manera mensual y las mesadas adicionales de junio y diciembre?*

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

### **Hechos debidamente acreditados**

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

1. Por Resolución nº 3572 del 10 de julio de 2012 (archivo 01, C1PrimeraInstancia, expediente digital), 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 el Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, reconoció pensión de jubilación a favor de la parte accionante.

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

2. La parte actora radicó ante la entidad accionada una petición relacionada a los descuentos de las mesadas pensionales a título de aportes de salud, refiriendo que dichos aportes corresponden a un 5% y no a un 12%, exigiendo la devolución de los valores pagados en exceso, de igual manera se solicitó la aplicación del artículo 1º de la Ley 71 de 1988. (archivo 01cuaderno1, expediente digital).
3. Con Resolución nº 8256-6 del 30 de octubre de 2017 (archivo 01, C1PrimeraInstancia, expediente digital), la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en nombre y representación del Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, negó el reajuste de la pensión de jubilación con base en el incremento del salario mínimo y devolución de los aportes al servicio de salud.

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

### **Sistema General de Seguridad Social**

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

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

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

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

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

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

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

El artículo 1 de la Ley 4<sup>a</sup> de 1976<sup>4</sup> 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 1988<sup>5</sup> precisó que las pensiones referidas en el artículo 1 de la Ley 4<sup>a</sup> 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 4<sup>a</sup> de 1976 y la Ley 71 de 1988 con un ajuste a los beneficiarios de los regímenes del sector público, oficial y privado, teniendo en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente más alto.

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

***ARTÍCULO 14. REAJUSTE DE PENSIONES.** Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de*

---

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

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

*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 2017<sup>6</sup>, al pronunciarse dentro de la acción pública de nulidad contra el artículo 40 del Decreto 692 de 1994, expuso que el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 derogó el dispuesto por la Ley 71 de 1988, y que esto es aplicable a las pensiones causadas con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993:

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

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

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

---

<sup>6</sup> 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).

*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”<sup>7</sup>, 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”<sup>8</sup>.*

(...)

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

*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*

---

<sup>7</sup> Cita de cita: Folio 19 (negrillas en el texto original).

<sup>8</sup> Cita de cita: *Ibidem*.

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

*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”<sup>10</sup>.*

(...)

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

(...)

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

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

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

---

<sup>10</sup> Cita de cita: *Ibídem*.

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

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

Este artículo fue adicionado por la Ley 238 de 1995<sup>11</sup>, que dispuso la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 a los regímenes exceptuados previstos en dicha disposición, o sea, el incremento de las pensiones conforme al IPC:

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

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

De esta manera, el incremento de las pensiones de los docentes pensionados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 no se rige por el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, toda vez que el factor de incremento anual de las pensiones no forma parte del régimen pensional por el cual se rigen los docentes, como son la edad, el monto, el ingreso base de liquidación y la tasa, y como lo señaló el Consejo de Estado<sup>12</sup>. 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,

---

<sup>11</sup> "Por la cual se adiciona el artículo 279 de la Ley 100 de 1993".

<sup>12</sup> 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).

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

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

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

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

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

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

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

Lo anterior es reiterado por el Decreto 3135 de 1968<sup>13</sup>, en cuyo artículo 37, se dispone: "*Prestaciones para pensionados. A los pensionados por invalidez, jubilación y retiro por vejez se les prestará por la entidad que les pague la pensión, asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria. Para este efecto el pensionado cotizará mensualmente un cinco por ciento (5%) de su pensión*".

---

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

Posteriormente la Ley 91 de 1989<sup>14</sup>, por el cual se creó el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en su artículo 8 numeral 2, señaló como objetivos de dicho fondo, garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales, y fue constituido entre otros: “...*El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo **incluidas las mesadas adicionales**, como aporte de los pensionados.*”

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

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

*(Ver art. 6 Ley 60 de 1993)*

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

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

Por su parte, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003<sup>15</sup>, estableció el régimen prestacional de los docentes nacionales y nacionalizados vinculados antes de la vigencia de esta ley, es el señalado en las normas establecidas con anterioridad a la misma y **los vinculados a partir de la entrada en vigencia** de la citada norma, afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres, norma declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-369-04.

Adicionalmente precisó en el inciso tercero y cuarto de dicha normativa, en cuanto a los servicios de salud para los afiliados a dicho Fondo, **prestados**

---

<sup>14</sup> [https://www.mineducacion.gov.co/1621/articles-85852\\_archivo\\_pdf.pdf](https://www.mineducacion.gov.co/1621/articles-85852_archivo_pdf.pdf)

<sup>15</sup>

[http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0812\\_2003.html#1](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0812_2003.html#1)

**conforme lo estipula la Ley 91 de 1989 y el valor de las cotizaciones por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores.**

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

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

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

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

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

Y finalmente, por virtud de la Ley 1250 de 2008<sup>12</sup>, 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 2018<sup>16</sup>, precisó:

*“3. Por otro lado, la Ley 91 de 1989, fijó como otro de los objetivos del **Fondo Nacional de prestaciones sociales del Magisterio**: Garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales, para contratará con entidades de acuerdo con instrucciones que imparta el Consejo Directivo del Fondo. Entonces, a cargo del Fondo Nacional de 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)*

(...)

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

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

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

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

(...)

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

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

---

<sup>17</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-529 de 23 de junio de 2010

*“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 2017<sup>18</sup>, 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.”*

---

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

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

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

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

### **Conclusión**

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

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

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

### **Costas**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, en concordancia con los numerales 3 y 8 del artículo 365 del Código General del Proceso – CGP, este Tribunal se abstendrá de condenar en costas por estimar que no se causaron en el curso de esta instancia.

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

### FALLA

**Primero.** CONFÍRMASE la sentencia del veintiocho (28) de octubre de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Amparo Yepes Arias contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

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

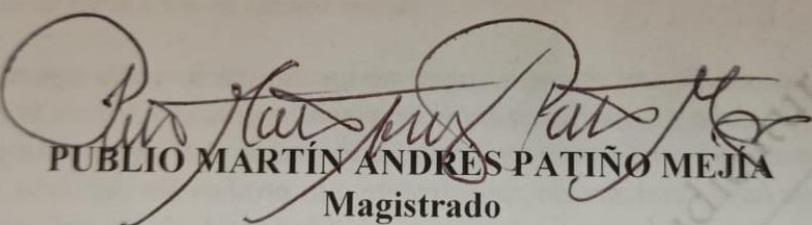
**Tercero.** NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

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

**Notifíquese y cúmplase**



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN  
Magistrado



PUBLICO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA  
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES  
Magistrado

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**  
**NOTIFICACIÓN POR ESTADO**

No. 113

FECHA: 29/06/2022

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'CARLOS ANDRES DÍEZ VARGAS', is centered within a light gray rectangular box. The signature is stylized and cursive.

**CARLOS ANDRES DÍEZ VARGAS**  
**SECRETARIO**



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

**Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín**

**S.:066**

**Asunto:** Sentencia de segunda instancia  
**Medio de control:** Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
**Radicación:** 17001-33-39-006-2019-00535-02  
**Demandante:** Rosalba González Ramírez  
**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 024 del 24 de junio de 2022**

Manizales, veinticuatro (24) de junio de dos mil veintidós (2022).

**ASUNTO**

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA<sup>1</sup>, corresponde a esta Sala de Decisión desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del primero (1º) de diciembre de dos mil veinte (2020), 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 Rosalba González Ramírez contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG<sup>2</sup>) – Departamento de Caldas.

**DEMANDA**

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 22 de noviembre de 2019 (archivo 001ActaReparto, C1PrimeraInstancia, Expediente Digital), se solicitó lo siguiente:

**Pretensiones**

1. Que se declare la nulidad absoluta de la Resolución nº 9525-6 del 5 de

---

<sup>1</sup> En adelante, CPACA.

<sup>2</sup> En adelante, FOMAG.

diciembre 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.
  - El reintegro a la parte demandante la suma de dinero superior al 5%, por descuento de aportes al sistema de salud aplicado a las mesadas pensionales y adicional de junio y diciembre; y a no continuar descontando los valores superiores al precitado porcentaje en el pago de las mesadas 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, conforme a los artículos, 187, 189, 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011, 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.
5. Se dé cumplimiento a los términos de los artículos 187, 189, 192 y 195 del CPACA y el artículo 16 de la Ley 446 de 1998.

## 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° 785 del 23 de octubre de 2000, expedida por la Secretaria de Educación del Departamento de Caldas, actuando en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
2. El FOMAG por intermedio de la entidad fiduciaria encargada de su administración, ha venido descontando al accionante el equivalente al 12% de cada mesada pensional, incluyendo las mesadas adicionales de junio y diciembre, como aportes dirigidos a la prestación del servicio de salud.
3. En el acto administrativo de reconocimiento pensional se consagró expresamente que esta sería reajustada anualmente conforme al artículo 1° de la Ley 71 de 1988, no obstante, la mesada ha venido siendo incrementada con base a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, es decir, en el mismo porcentaje certificado por el DANE para el Índice de Precios al Consumidor del año inmediatamente anterior.<sup>3</sup>
4. Mediante petición radicada bajo el SAC 2017PQR18130 del 20 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.

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.

---

<sup>3</sup> En adelante IPC

5. Mediante la Resolución n° 9525-6 del 5 de diciembre 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:

- los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29, 48, 53, 90, 121, 125 y 209 el preámbulo, de la Constitución Política;
- Artículos 137 de la Ley 1437 de 2011;
- Artículo 1º de la Ley 71 de 1988;
- Ley 33 de 1985;
- Artículo 15 numeral 2 literal A de la Ley 91 de 1989;
- Artículo 115 de la Ley 115 de 1994;
- Artículo 279 de la Ley 100 de 1993;
- Artículo 1º de la Ley 238 de 1995;
- Artículo 4 de la Ley 700 de 2001;
- Artículo 9 parágrafo 1º de la Ley 797 de 2003;
- Artículo 81 de la Ley 812 de 2003;
- Artículo 160 de la Ley 1151 de 2007; y
- Parágrafos transitorios 1 y 2 del Acto Legislativo 01 de 2005.

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

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

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

## CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

### Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG

Dentro del término otorgado, la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG contestó la demanda (archivos 007 y 008, C1PrimeraInstancia, expediente digital), 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 la Ley 91 de 1989 estableció que la gestión y pago de las pensiones, estaría a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En tal sentido 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 mismos se les aumentara el monto de cotización al sistema de salud respecto de sus mesadas pensionales.

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, es decir que los actos administrativos acusados gozan de legalidad en la medida que no se excedieron en los parámetros contemplados en la Ley 91 de 1989 y la Ley 812 de 2013.

Propuso las excepciones que denominó: “*excepción de legalidad de los actos administrativos atacados de nulidad*”, Arguyó que los actos administrativos emitidos se encuentran ajustados a derecho, conforme a las normas legales y vigentes aplicadas al presente caso, sin que se encuentre viciado de nulidad; “*inexistencia de la obligación*” Manifestó que no corresponde ordenar el reintegro y suspensión de los descuentos por concepto de salud efectuados a

las mesadas adicionales de la pensión de la demandante, por tanto, no existe obligación prestaciones correlativas a cargo de la entidad demanda, dado que los descuentos gozan de plena legalidad; *“corbo de lo no debido”* teniendo en cuenta que los descuentos de salud están ajustados a la normativa vigente, al igual que el ajuste de la pensión de jubilación en el entendido en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993; *“sostenibilidad financiera”* reiteró que conforme al Acto Legislativo 03 de 2011 el Estado fortalece la normatividad referente al principio de equilibrio financiero consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, debido a que obligó a todos los órganos y ramas del poder público a orientar sus actividades dentro de un marco de sostenibilidad fiscal.

### **Departamento de Caldas**

El Departamento de Caldas presentó contestación a la demanda (archivo 012, expediente digital, C1PrimeraInstancia), indicó que la función de la secretaría de educación es de recibir y radicar las solicitudes de los docentes que pertenezcan a la entidad territorial.

Expresó que el reintegro de los dineros solicitados por la parte demandada por concepto de aportes en salud, carecen de fundamento legal, teniendo en cuenta lo consagrado en el artículo 5 de la Ley 91 de 1989 y en lo dispuesto en el inciso 4 del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, es decir que el pensionado tiene la obligación de cancelar un aporte en salud del 12% de conformidad con lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003.

Refirió que en materia de incremento de la mesada pensional y el monto y distribución de las cotizaciones, se debe aplicar lo previsto en el artículo 143 y 204 de la ley 100 de 1993.

Propuso las excepciones que denominó: *“falta de legitimidad en la causa por pasiva”*, argumentando que la Gobernación de Caldas-secretaría de educación no tiene competencia ni está autorizada para desembolsar, ni reconocer derechos, toda vez que la entidad encargada del reconocimiento, liquidación y pago de las pensiones de los docentes a nivel nacional es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; *“inaplicabilidad de las normas que regulan los descuentos de salud régimen docente e inexistencia del derecho reclamado”* fundamentó que no existe derecho alguno, de acuerdo con los artículos 5 y 8 de la Ley 91 de 1989 que tiene como objeto garantizar la prestación de los servicios médicos asistenciales a sus afiliados y para ello se financia con un aporte descontados por concepto de salud de todas las mesadas, incluidas las adicionales; *“buena fe; y “prescripción”* solicitó se aplique 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, de

conformidad con lo dispuesto en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 y el 3135 de 1968.

### SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El primero (1º) de diciembre de 2020, el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia (archivo 021, C1PrimeraInstancia, Expediente Digital), a través de la cual: **i)** negó las pretensiones principales y subsidiarias de la demandada; y **ii)** condenó en costas a la parte demandante. Lo anterior, con fundamento en lo siguiente.

Precisó inicialmente que lo relacionado con el reconocimiento y pago de las prestaciones del personal docente nacional o nacionalizado está a cargo de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, de acuerdo con el procedimiento que para tal efecto ha sido dispuesto por el Legislador en armonía con los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad consagrados en el artículo 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-359 de 2009), en el cual explicó las razones por las cuales no es aplicable el incremento previsto en la Ley 71 de 1988 para efectos de determinar el porcentaje de incremento de las pensiones de jubilación.

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

Finalmente precisó que con la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 no se vulnera el principio de favorabilidad previsto en el artículo 53 de la

Constitución Política, por cuanto la citada norma es clara en establecer que el incremento pensional es aplicable aún para aquellos sectores exceptuados de la Ley 100.

### RECURSO DE APELACIÓN

Mediante memorial obrante en el expediente digital, archivo 025 C1PrimeraInstancia, 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.

Manifestó que el Consejo de Estado, la Sala de Consulta y Servicio Civil, con ponencia del Dr. Humberto Mora Osejo, el 6 de diciembre de 1994, con radicado 655 en consulta elevada por el Ministerio de Educación Nacional, donde señaló: *“De manera que, según la transcrita disposición legal, las prestaciones sociales del magisterios no se rigen por la Ley 100 de 1993, sino por la Ley 91 de 1989 y por las que la complementan o reforman”*.

Expuso que el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, que contempla el reajuste de oficio de las pensiones de jubilación, invalidez y de sobrevivientes, no es aplicable al personal docente, conforme a lo prescrito por el artículo 279, inciso 2º 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.

Concluyó que el acto legislativo 01 de 2005 conservó los derechos de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales bajo el condicionamiento temporal establecido por el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, de acuerdo al cual quienes ingresaron al servicio público docente hasta el 26 de junio de 2003, continúan rigiéndose por las normas establecidas para el magisterio en las disposiciones legales anteriores.

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

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

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

**Parte demandante.** Guardó silencio.

**Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG.** Se pronunció en escrito que obra en el expediente digital, archivos 04 y 05 C2SegundaInstancia.

**Departamento de Caldas.**

## **CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

El Ministerio Público emitió concepto en escrito que obra en el expediente digital, archivos 09 y 10 C2SegundaInstancia, enfatizó al Despacho confirmar la sentencia de primera instancia y no acceder a las pretensiones de la demanda, con fundamento en lo siguiente.

Indicó que con base en los fundamentos normativos y jurisprudenciales y en las pruebas que obran dentro del proceso, se puede afirmar que el reajuste de la pensión de la parte demandante se está realizando en consonancia con el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, que sustituyó el artículo 1º de la Ley 71 de 1988; por tanto no vulnera el principio de favorabilidad establecido en el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia.

## **TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA**

**Reparto.** Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 4 de agosto de 2021, y allegado el 9 de septiembre de 2021 al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (archivos 01 y 02 C2SegundaInstancia, expediente digital).

**Admisión y alegatos.** Por auto del 10 de septiembre de 2021 se admitió el recurso de apelación y se corrió traslado para alegatos (archivo 02, C2SegundaInstancia, expediente digital), derecho del cual no hubo ningún

pronunciamiento. El Ministerio Público no rindió concepto en esta oportunidad.

**Paso a Despacho para sentencia.** El 15 de octubre de 2021 el proceso ingresó a Despacho para sentencia (archivo 11, C2SegundaInstancia, expediente digital), 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 proce expediente digital, archivos 04 y 05 C2SegundaInstancia so a Despacho para tal efecto, tal como se autoriza por el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, en armonía con lo previsto por el artículo 115 de la Ley 1395 de 2010.

## **CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

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

### **Problema jurídico**

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

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

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

### **Hechos debidamente acreditados**

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

1. Por Resolución nº 785 del 23 de octubre de 2000 (archivo 01C1Fls1A71, C1PrimeraInstancia, Expediente Digital), 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 el Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, reconoció pensión de jubilación a favor de la parte accionante.
2. El FOMAG ha descontado al accionante el equivalente al 12% de la mesada pensional como aportes dirigidos a la prestación del servicio de salud.
3. La parte actora radicó ante la entidad accionada una petición relacionada a los descuentos de las mesadas pensionales a título de aportes de salud, refiriendo que dichos aportes corresponden a un 5% y no a un 12%, exigiendo la devolución de los valores pagados en exceso, de igual manera se solicitó la aplicación del artículo 1º de la Ley 71 de 1988. (archivo 01C1Fls1A71, C1PrimeraInstancia, Expediente Digital).
4. Con Resolución nº 9525-6 del 5 de diciembre de 2017 (archivo 01C1Fls1A71, C1PrimeraInstancia, Expediente Digital), 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 1976<sup>4</sup> 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.

---

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

Luego, el artículo 1 de la Ley 71 de 1988<sup>5</sup> precisó que las pensiones referidas en el artículo 1 de la Ley 4ª de 1976, la de incapacidad permanente parcial y las compartidas, serían reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que fuera incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.

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

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

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

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

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

---

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

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

(...)

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

(...)

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

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

<i>año</i>	<i>inflación</i>	<i>salario mínimo</i>
1983	16.64	22%
1984	18.28	22%
1985	22.45	20%
1986	20.95	24%
1987	24.02	22%

1988	28.12	25%
1989	26.12	27%
1990	32.36	26%
1991	26.82	26.07%
1992	25.13	26.04%
1993	22.6	21.09%”

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

*Así las cosas, no le asiste razón al demandante, pues no es posible afirmar con certeza cuál de los dos sistemas podría resultar más benéfico para el pensionado, ya que 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 2017<sup>6</sup>, 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:

<sup>6</sup> 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 fórmula prevista en la Ley 71 de 1988, esto es, en el mismo porcentaje en que se incrementó por el Gobierno el salario mínimo legal mensual. Con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigencia, las pensiones reconocidas antes y después de dicha ley, se vienen reajustando en la forma prevista por su artículo 14 y teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 142 y 143 ibídem, lo que significa que el referido reajuste se produce anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior, más la mesada adicional y el reajuste equivalente a la elevación en la cotización para salud, a favor de los pensionados con anterioridad al 1º de enero de 1994.[...]»*

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

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

*De acuerdo con lo anterior, el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 sí es aplicable a quienes les fue reconocida la pensión antes del*

*1.º de abril de 1994 y no el definido por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, toda vez que esta última quedó derogada por aquella.*

En consideración al postulado jurisprudencial precitado se extrae que si bien quienes se pensionaron con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, cuentan con un régimen anterior al del Sistema de Seguridad Social Integral, esto no quiere decir que el incremento de la mesada pensional deba realizarse conforme lo contempla la Ley 71 de 1988, ajustado al salario mínimo, toda vez que con la entrada en vigencia del régimen general de pensiones, 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**”<sup>7</sup>, como si este fuese expresamente el mandato constitucional.*

(...)

---

<sup>7</sup> Cita de cita: Folio 19 (negrillas en el texto original).

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

(...)

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

*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”<sup>10</sup>.*

---

<sup>8</sup> Cita de cita: *Ibidem*.

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

<sup>10</sup> Cita de cita: *Ibidem*.

(...)

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

(...)

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

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

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

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

Este artículo fue adicionado por la Ley 238 de 1995<sup>11</sup>, que dispuso la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 a los regímenes exceptuados previstos en dicha disposición, o sea, el incremento de las pensiones conforme al IPC:

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

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

De esta manera, el incremento de las pensiones de los docentes pensionados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 no se rige por el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, toda vez que el factor de incremento anual de las pensiones no forma parte del régimen pensional por el cual se rigen los docentes, como son la edad, el monto, el ingreso base de liquidación y la tasa, y como lo señaló el Consejo de Estado<sup>12</sup>. Además, el reajuste de la mesada pensional no es un derecho adquirido, por lo que el legislador está habilitado para modificar las normas que consagran la proporción del aumento anual. Es del caso agregar que la norma que pretende la parte demandante que se aplique al incremento de su mesada, el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, fue derogado por la Ley 100 de 1993.

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

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

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

---

<sup>11</sup> "Por la cual se adiciona el artículo 279 de la Ley 100 de 1993".

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

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

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

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

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

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

Lo anterior es reiterado por el Decretos 3135 de 1968<sup>13</sup>, en cuyo artículo 37, se dispone: "*Prestaciones para pensionados. A los pensionados por invalidez, jubilación y retiro por vejez se les prestará por la entidad que les pague la pensión, asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria. Para este efecto el pensionado cotizará mensualmente un cinco por ciento (5%) de su pensión*".

Posteriormente la Ley 91 de 1989<sup>14</sup>, por el cual se creó el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en su artículo 8 numeral 2, señaló como objetivos de dicho fondo, garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales, y fue constituido entre otros: "*...El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.*"

---

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

<sup>14</sup> [https://www.mineduccion.gov.co/1621/articles-85852\\_archivo\\_pdf.pdf](https://www.mineduccion.gov.co/1621/articles-85852_archivo_pdf.pdf)

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

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

*(Ver art. 6 Ley 60 de 1993)*

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

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

Por su parte, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003<sup>15</sup>, estableció el régimen prestacional de los docentes nacionales y nacionalizados vinculados antes de la vigencia de esta ley, es el señalado en las normas establecidas con anterioridad a la misma y **los vinculados a partir de la entrada en vigencia** de la citada norma, afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres, norma declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-369-04.

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

Posteriormente, el primer párrafo transitorio del Acto Legislativo 01 de 2005, dispuso que: *“El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados*

---

15

[http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0812\\_2003.html#1](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0812_2003.html#1)

*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 2008<sup>12</sup>, 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 2018<sup>16</sup>, precisó:

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

(...)

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

(...)

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

Ley 91 de 1989 artículo 8-5	5%
-----------------------------	----

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

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

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

(...)

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

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

*“Artículo 14. Régimen de excepción. Para efecto de evitar el pago doble de cobertura y la desviación de recursos, las personas que se encuentren excepcionadas por ley para pertenecer al Sistema General de Seguridad*

---

<sup>17</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-529 de 23 de junio de 2010

*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 define 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 2017<sup>18</sup>, 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.”*

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

---

<sup>18</sup> 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>

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

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

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

### **Conclusión**

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

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

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

### **Costas**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, en concordancia con los numerales 3 y 8 del artículo 365 del Código General del Proceso – CGP, este Tribunal se abstendrá de condenar en costas por estimar que no se causaron en el curso de esta instancia.

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

### FALLA

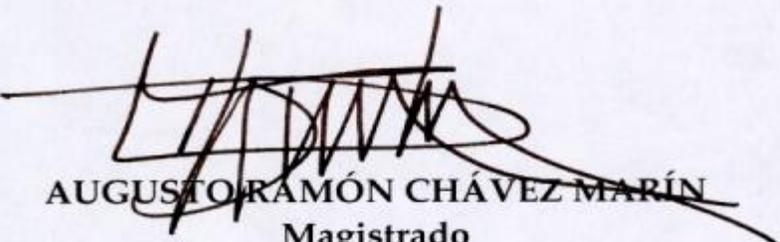
**Primero.** CONFÍRMASE la sentencia del primero (1º) de diciembre de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Rosalba González Ramírez contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

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

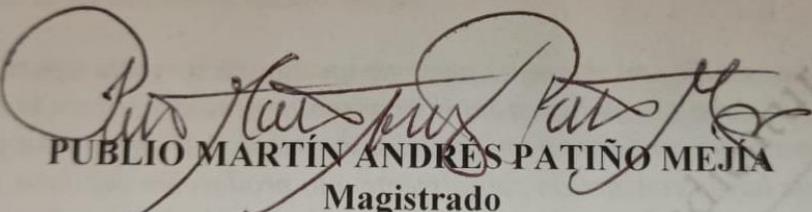
**Tercero.** NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

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

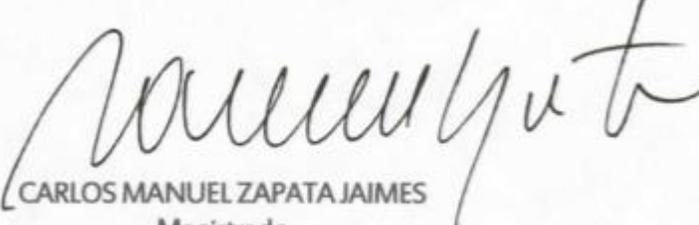
**Notifíquese y cúmplase**



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN  
Magistrado



PUBLICIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA  
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES  
Magistrado

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**  
**NOTIFICACIÓN POR ESTADO**

No. 113  
FECHA: 29/06/2022

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'CARLOS ANDRES DÍEZ VARGAS', is centered within a light gray rectangular box. The signature is stylized and cursive.

**CARLOS ANDRES DÍEZ VARGAS**  
**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:** 17001-33-39-007-2018-00620 - 02  
**Demandante:** Teresa de Jesús Grajales Ríos  
**Demandado:** Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - Departamento de Caldas

**Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n° 024 del 24 de junio de 2022**

Manizales, veinticuatro (24) de junio de dos mil veintidós (2022).

**ASUNTO**

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA<sup>1</sup>, corresponde a esta Sala de Decisión desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del veintinueve (29) de enero de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las súplicas de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Teresa de Jesús Grajales Ríos contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG<sup>2</sup>) – Departamento de Caldas.

**DEMANDA**

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 4 de diciembre de 2018 (archivo 01, C1PrimeraInstancia, expediente digital), se solicitó lo siguiente:

**Pretensiones**

1. Que se declare la nulidad total de la Resolución n° 6456-6 del 24 de julio

---

<sup>1</sup> En adelante, CPACA.

<sup>2</sup> En adelante, FOMAG.

de 2018, en cuanto negó el reconocimiento y pago del reajuste periódico de las mesadas pensionales.

Como consecuencia, solicita que se corrija de manera parcial la Resolución n°6076 del 09 de diciembre de 2009, por la cual se reconoció la pensión ordinaria de jubilación, y se ordene la devolución de los dineros correspondientes a los aportes de salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre en el porcentaje del 12% del valor de la pensión de derecho, sin que se continúe efectuando dicho descuento.

En caso de que en la Resolución n°6076 del 9 de diciembre de 2009, este aplicada la Ley 1122 de 2007 y no la Ley 1250 del 2008, mediante acto administrativo se corrija parcialmente y se ordene el cese del descuento de los dineros correspondiente al 0,5% del valor de la mesada pensional, dicha devolución se deberá hacer desde la entrada en vigencia de la Ley 1250 de 2008 hasta la fecha actual.

2. Se declare la nulidad parcial de la parte resolutive de la Resolución n°6076 del 9 de diciembre de 2009, por medio de la cual se reconoció la pensión ordinaria, donde se haga la aclaración en el numeral que ordena los descuentos obligatorios por aportes de salud equivalentes al 12% y/o 12.5% no opera sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre.
3. Que como consecuencia de lo anterior y a título de pretensiones condenatorias solicitó lo siguiente:
  - Se condene a la Nación – Ministerio de Educación Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Secretaría de Educación, como responsables de los perjuicios causados a la parte demandante con ocasión de los descuentos por aportes de salud realizados sobre las mesadas adicionales de la pensión y de cualquier otro porcentaje que se haya cobrado fuera de lo legal.
  - A los demandados el pago de los valores resultantes, asean cancelados de manera indexada de conformidad con los artículos 187, 192, y 195 del CPACA, y al pago de condena por gastos procesales, agencias de derecho y costas procesales.
  - Conforme al artículo 88 de la Ley 1564 de 2012 (CGP) a los demandados a pagar las prestaciones periódicas que se llegue a causar entre la presentación de la demanda y el cumplimiento de la sentencia definitiva.

- A título de restablecimiento del derecho a los demandados a pagar de los perjuicios causados al demandante por valor de \$2.194.022 millones de pesos colombianos.
4. Que se condene en costas a la parte accionada.

## **Hechos**

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

1. Al accionante le fue reconocida pensión de jubilación mediante Resolución n° 6076 del 9 de diciembre de 2009, expedida por la Secretaria de Educación del Departamento de Caldas, actuando en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, según las facultades otorgadas por el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, y el Decreto 2831 del 2005, y por el artículo 8 del Decreto 1775 de 1990, artículo 180 de la Ley 115 de 1994, Decreto 2234 de 1998 y demás normativa.
2. El acto administrativo de reconocimiento pensional, en su parte resolutive ordena efectuar los descuentos de salud correspondientes al (5%, el 12% o el 12,5%) a favor del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio dependiendo de la normatividad aplicable en el tiempo de proferido el acto administrativo.
3. De lo anterior, el respectivo porcentaje del descuento por aporte a salud, correspondería al 12%, conforme la Ley 812 de 2003 y la Ley 1250 de 2008.
4. El FOMAG por intermedio de la entidad pagadora la Fiduprevisora, viene pagando y descontando por aportes de salud el equivalente al 12% de cada mesada pensional, incluyendo las mesadas adicionales de junio y diciembre.
5. Mediante petición, se solicitó ante el FOMAG, el cese y devolución de los aportes de salud sobre las mesadas adicionales y que se descuenta únicamente el 12% sobre toda mesada y no el 12.5%.
6. Mediante la Resolución n° 6456-6 del 24 de julio de 2018, la Secretaria de Educación del Departamento de Caldas actuando en representación de la Nación – Ministerio de Educación – FOMAG, resolvió negativamente la devolución y cese de los aportes de salud sobre las mesadas adicionales y demás pedimentos.

7. En conclusión, dichos descuentos de aportes de salud sobre las mesadas adicionales en la pensión de derecho van en contravía a los preceptos legales y constitucionales.

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

La parte actora estimó como violadas las siguientes disposiciones:

- Ley 91 de 1989 artículo 15
- Decreto 3135 de 1968 artículo 37
- Decreto 1848 de 1969, ordinal 3° del artículo 90
- Decreto 1045 de 1978
- Ley 100 de 1993 artículo 279
- Ley 812 de 2003, inciso 4 del artículo 81
- Decreto 3752 de 2003 artículos 1, 4 y 5, y
- Artículo 50 y 142 de la Ley 100 de 1993 que derogan tácitamente el numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989
- Ley 42 de 1982
- Ley 43 de 1984 artículo 5
- Ley 4 de 1976 artículo 5
- Ley 797 de 2003
- Decreto 1073 de 2002
- Ley 1250 de 2007, demás normatividad concordante con la causa pretendí.

Indicó que, en el régimen jurídico del personal docente, tendrán las exenciones tributarias de ley de conformidad al artículo 5 de la Ley 4 de 1976, artículo 7 de la Ley 42 de 1982 y el artículo 5 de la Ley 43 de 1984.

Respecto de los aportes en salud refirió que el numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989 contiene el régimen especial de administración y pago de las prestaciones sociales para el personal docente, debe de entenderse derogado tácitamente con la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, no sólo en cuanto al porcentaje, sino en cuanto a la posibilidad de descuentos sobre las mesadas adicionales, en aplicación del principio de inescindibilidad de la norma, así mismo la Ley 100 de 1993 no previó descuentos sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, y las normas anteriores (Ley 42 de 1982 y 43 de 1984), y las posteriores (Decreto 1073 de 2002) expresamente consagran su prohibición, evidenciándose que se ha sido desde otrora el querer del legislador.

De lo anterior a los docentes vinculados a partir del 27 de junio de 2003, que están pensionados por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se les aplica la cotización del 12% para salud establecida por el inciso segundo del artículo 204 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 1° de la Ley 1250 de 2008, la cual se descuenta de las mesadas pensionales ordinarias,

es decir, las derivadas de cada mes, no sobre la mensualidad o el pago adicional cancelables en junio o diciembre.

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Según constancia que obra en archivo 01, fl 75, C1PrimeraInstancia del expediente digital, la Nación – Ministerio de Educación Nacional y el Departamento de Caldas no allegaron contestación en esta etapa procesal.

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El veinticuatro (24) de enero de 2020, el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia (archivo 01, C1PrimeraInstancia, expediente digital), a través de la cual: **i)** negó las pretensiones de la demandada; y, **ii)** condenó en costas a la parte demandante. Lo anterior, con fundamento en lo siguiente.

Precisó inicialmente que lo relacionado con el reconocimiento y pago de las prestaciones del personal docente nacional o nacionalizado está a cargo de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG.

Indicó que conforme al inciso 2 del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al FOMAG se encuentran exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social contenidos en dicha ley.

Expuso que 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.

Así mismo el inciso 1º del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, previó que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encontraran vinculados al servicio público educativo oficial, sería el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley.

Refirió que el artículo 5 de la Ley 91 de 1989 dispuso uno de sus objetivos, garantizar la prestación de los servicios médicos-asistenciales de los docentes; así mismo lo establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2013 es válido entender que dichos pensionados deberán cancelar la cotización en salud prevista en la mencionada ley o las normas que las modifiquen o contemplen, es decir que la cotización será del 12% de su mesada, tal como tuvo oportunidad de precisarlo la Corte Constitucional en sentencia C-369 de 2004.

En conclusión la Sala del Primera Instancia estableció que, en materia de porcentaje de aportes para la salud de los jubilados docentes- bajo el marco del principio de solidaridad y la interpretación teleológica y sistemática de las normas que regulan las pensiones ordinarias de jubilación, la norma aplicable al efecto no es el numeral 5 del artículos 8 de la Ley 91 de 1989, sino el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, disposición legal que a partir de su vigencia, regula la forma íntegra y armónica el punto en discusión.

Finalmente precisó que el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 1º de la Ley 1250 de 2008, indicó respecto del monto y distribución de las cotizaciones, que la cotización al régimen contributivo de salud sería del 12% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo; así como se demostró en los comprobantes de pago de la Fiduprevisora S.A donde el descuento por concepto de salud equivale al 12% y no al 12.5%.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

Mediante memorial obrante en el expediente digital, archivo 10 del C1PrimeraInstancia, 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 adujo que el personal docente adscrito al FOMAG, está sometido a un régimen exceptuado por el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, pues para estos le es aplicable el artículo 8 número 5 de la Ley 91 de 1989 a los descuentos de salud sobre las mesadas adicionales, y no disposiciones previas ni posteriores a esta ley, es decir que entran en conflicto leyes anteriores y posteriores a la Ley 91.

Expuso que no se puede argüir una excepción sobre el artículo 279 respecto al personal docente, colocándolo en un régimen especialísimo absoluto sin tener a consideración lo establecido en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, el cual establece que los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Refirió la sentencia de unificación del Consejo de Estado (3828) CE-SUJ2 nº 001 de 2016 respecto a los descuentos de salud sobre las mesadas adicionales, teniendo en cuenta que el argumento central de la sentencia, sentó posición frente a métodos de interpretación del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, en la cual se analiza la prima de servicios de los docentes; 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 los docentes de carácter nacional que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, se les respetara lo contenido en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978.

Explicó que según el ordinal 3 del artículo 90 del Decreto 1848 de 1969, establece que sobre las mesadas adicionales no procede ningún descuento, y de no cumplirse se estaría violando lo referido en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y que a los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º 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 como lo son los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978.

Finalmente concluyó que el fallo de primera instancia afecta el principio de legalidad, toda vez que no existe una norma que autorice este descuento, porque no se halla una norma que señale expresamente que las mesadas adicionales de los pensionados del FOMAG deban ser descontadas; así mismo como la Corte Constitucional en múltiples sentencias al referirse al principio de legalidad como principio rector del ejercicio del poder, ha establecido claramente que los servidores públicos deben sujetarse a lo que la ley clara y expresamente estipule, prescriba o defina.

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

**Parte demandante.** Guardó silencio.

**Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG.** Se pronunció en escrito que obra en el expediente digital, archivos 04 y 05 C2SegundaInstancia.

## **CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

El Ministerio Público no emitió concepto en el presente asunto.

## **TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA**

**Reparto.** Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 15 de julio de 2021, y allegado el 25 de agosto de 2021 al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (Expediente digital, archivos 01 y 02, C2SegundaInstancia).

**Admisión y alegatos.** Por auto del 25 de agosto de 2021 se admitió el recurso de apelación y se corrió traslado para alegatos (Expediente digital, archivo 02,

C2SegundaInstancia), Las partes no se pronunciaron en esta etapa procesal. El Ministerio Público no rindió concepto en esta oportunidad.

**Paso a Despacho para sentencia.** El 5 de octubre de 2021 el proceso ingresó a Despacho para sentencia (archivo 04, C2SegundaInstancia, expediente híbrido), la que se dicta en seguida, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA. Se precisa que por tratarse de un asunto que versa sobre un caso similar a los ya decididos por esta Corporación, y en procura de la celeridad y agilidad para dar solución a dichos temas, se profiere este fallo sin tener en cuenta el orden de ingreso del proceso a Despacho para tal efecto, tal como se autoriza por el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, en armonía con lo previsto por el artículo 115 de la Ley 1395 de 2010.

## **CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

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

### **Problema jurídico**

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

*¿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)** Sistema General de Seguridad Social; **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 6076 del 9 de diciembre de 2009 (archivo 01, C1PrimeraInstancia, expediente digital), 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 el Ministerio de Educación

Nacional – FOMAG, reconoció pensión de jubilación a favor de la parte accionante.

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 4 de julio de 2018, la parte actora elevó solicitud a la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas (archivo 01, C1PrimeraInstancia, expediente híbrido), 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° 6456-6 del 24 de julio de 2018 (archivo 01, C1PrimeraInstancia, expediente digital), 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.
4. De conformidad con certificación expedida por la Fiduprevisora S.A. (archivo 01 C1PrimeraInstancia, expediente híbrido), sobre las mesadas adicionales recibidas por la parte actora, le fueron efectuados descuentos adicionales por concepto de salud.

### **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.

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 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 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.

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 1966<sup>3</sup>, 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 1968<sup>4</sup> 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 1989<sup>5</sup> en su artículo 15 determinó el régimen aplicable para el personal docente dependiendo de la vinculación, así:

---

<sup>3</sup> “Por la cual se provee de nuevos recursos a la Caja Nacional de Previsión Social, se reajustan las pensiones de jubilación e invalidez y se dictan otras disposiciones”.

<sup>4</sup> “Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales”.

<sup>5</sup> “Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”.

**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 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 2003<sup>6</sup>, 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*

---

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

*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 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 establecieron 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 2018<sup>7</sup>, precisó:

*3. Por otro lado, la Ley 91 de 1989, fijó como otro de los objetivos del Fondo Nacional de prestaciones sociales del Magisterio: Garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales, para contratará (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*

---

<sup>7</sup> 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).

*Magisterios*

<i>Ley 91 de 1989 artículo 8-5</i>	<i>5%</i>
<i>Ley 812 de 2003<sup>8</sup>, artículo 81</i>	<i>El valor total de la tasa de cotización <b>por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales</b> 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*

<sup>8</sup> Cita de cita: Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario"El (sic) Congreso de Colombia

*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. ..."<sup>9</sup> (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

---

<sup>9</sup> Cita de cita: Corte Constitucional. Sentencia T-546 de 21 de julio de 2014 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Énfasis fuera de texto.

*“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.

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.

En providencia de tutela del 14 de septiembre de 2017<sup>10</sup>, 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.*

---

<sup>10</sup> 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 desde el 2013 al 2018.

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

### **Conclusión**

De conformidad con la normativa y la jurisprudencia citada y con fundamento en los hechos debidamente acreditados, estima esta Sala de Decisión que a la parte demandante no le asiste derecho a 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 en el artículo 188 del CPACA, en concordancia con los numerales 3 y 8 del artículo 365 del Código General del Proceso – CGP, este Tribunal se abstendrá de condenar en costas por estimar que no se causaron en el curso de esta instancia.

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

### **FALLA**

**Primero.** CONFÍRMASE la sentencia del veintinueve (29) de enero de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Teresa de Jesús Grajales Ríos 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.

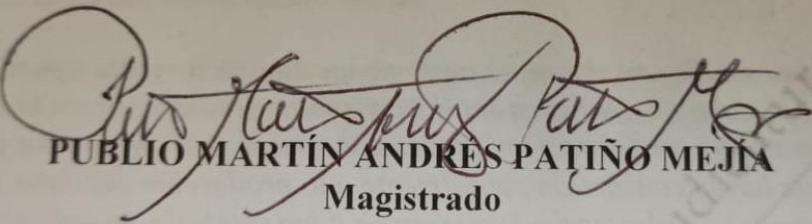
**Tercero.** NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

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

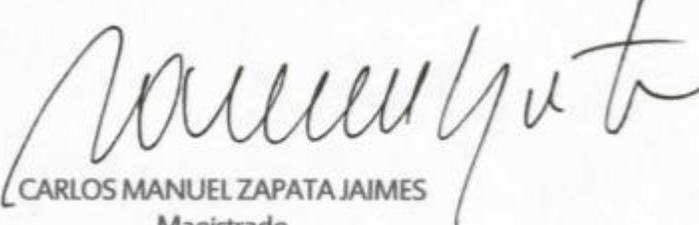
**Notifíquese y cúmplase**



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN  
Magistrado



PUBLICO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA  
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES  
Magistrado

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**  
**NOTIFICACIÓN POR ESTADO**

No. 113

FECHA: 29/06/2022

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'CARLOS ANDRÉS DÍEZ VARGAS', is centered on a light gray rectangular background.

**CARLOS ANDRÉS DÍEZ VARGAS**  
**SECRETARIO**



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

**Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín**

**S.:068**

**Asunto:** Sentencia de segunda instancia  
**Medio de control:** Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
**Radicación:** 17001-33-39-007-2019-00251 - 02  
**Demandante:** Humberto Arias Giraldo  
**Demandado:** Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - Departamento de Caldas

**Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta nº 024 del 24 de junio de 2022**

Manizales, veinticuatro (24) de junio de dos mil veintidós (2022).

**ASUNTO**

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA<sup>1</sup>, corresponde a esta Sala de Decisión desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del veintisiete (27) de mayo de dos mil veintiuno (2021), proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las súplicas de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor Humberto Arias Giraldo contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG<sup>2</sup>) – Departamento de Caldas.

**DEMANDA**

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 19 de noviembre de 2019 (Expediente Digital, Cuaderno 1, archivo 01), se solicitó lo siguiente:

**Pretensiones**

1. Que se declare la nulidad absoluta de la Resolución nº 9359-6 del 30 de noviembre de 2017, en cuanto negó el reconocimiento y pago del reajuste

---

<sup>1</sup> En adelante, CPACA.

<sup>2</sup> En adelante, FOMAG.

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.
  - El reintegro a la parte demandante la suma de dinero superior al 5%, por descuento de aportes al sistema de salud aplicado a las mesadas pensionales y adicional de junio y diciembre; y a no continuar descontando los valores superiores al precitado porcentaje en el pago de las mesadas 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.
5. Se dé cumplimiento a los términos de los artículos 187, 189, 192 y 195 del CPACA y el artículo 16 de la Ley 446 de 1998.

## **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° 1027 del 30 de noviembre de 2004, expedida por la Secretaria de Educación del Departamento de Caldas, actuando en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
2. El FOMAG por intermedio de la entidad fiduciaria encargada de su administración, ha venido descontando al accionante el equivalente al 12% de cada mesada pensional, incluyendo las mesadas adicionales de junio y diciembre, como aportes dirigidos a la prestación del servicio de salud.
3. En el acto administrativo de reconocimiento pensional se consagró expresamente que esta sería reajustada anualmente conforme al artículo 1° de la Ley 71 de 1988, no obstante, la mesada ha venido siendo incrementada con base a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, es decir, en el mismo porcentaje certificado por el DANE para el Índice de Precios al Consumidor del año inmediatamente anterior.<sup>3</sup>
4. Mediante petición radicada bajo el SAC 2017PQR18127 del 20 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.

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° 9359-6 del 30 de noviembre de 2017, la Secretaria de Educación del Departamento de Caldas actuando en representación de la Nación – Ministerio de Educación – FOMAG,

---

<sup>3</sup> En adelante IPC

resolvió negativamente los deprecados reajustes pensionales, guardando silencio respecto a la pretensión subsidiaria.

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

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

La parte actora estimó como violadas las siguientes disposiciones:

- los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29, 48, 53, 90, 121, 125 y 209 el preámbulo, de la Constitución Política;
- Artículos 137 de la Ley 1437 de 2011;
- Artículo 1º de la Ley 71 de 1988;
- Ley 33 de 1985;
- Artículo 15 numeral 2 literal A de la Ley 91 de 1989;
- Artículo 115 de la Ley 115 de 1994;
- Artículo 279 de la Ley 100 de 1993;
- Artículo 1º de la Ley 238 de 1995;
- Artículo 4 de la Ley 700 de 2001;
- Artículo 9 párrafo 1º de la Ley 797 de 2003;
- Artículo 81 de la Ley 812 de 2003;
- Artículo 160 de la Ley 1151 de 2007; 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 2003, y reconocer la pensión de jubilación conforme a la Ley 33 de 1985, por lo que el monto de descuento debe ser del 5% según la Ley 91 de 1989, misma que es aplicable a las mesadas adicionales, y no el 12% para los que se rigen por la Ley 100 de 1993.

Sobre el incremento anual de la pensión indicó que no le es aplicable el aumento estipulado en el artículo 14 de la disposición precitada con base en el IPC, sino el incremento indicado en la Ley 71 de 1988 con el salario mínimo legal mensual

vigente, toda vez que obtuvo dicha prestación antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993.

## **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

### **Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG**

No presento contestación a la demanda.

### **Departamento de Caldas**

No presento contestación a la demanda.

## **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El veintisiete (27) de mayo de 2021, el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia (Expediente digital, cuaderno 1, archivo 06), a través de la cual: **i)** negó las pretensiones principales y subsidiarias de la demandada. Lo anterior, con fundamento en lo siguiente.

Precisó inicialmente que lo relacionado con el reconocimiento y pago de las prestaciones del personal docente nacional o nacionalizado está a cargo de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG.

Refirió que la Ley 91 de 1989, la cual unificó para los docentes el porcentaje de la pensión, al paso que equiparó el régimen al de los pensionados del sector público nacional.

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 la sentencia de Constitucionalidad (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 en el expediente digital, archivo 8 del C1PrimeraInstancia, 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 contempla el reajuste de oficio de las pensiones de jubilación, invalidez y de sobrevivientes, no es aplicable al personal docente, conforme a lo prescrito por el artículo 279, inciso 2º 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.

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

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

**Parte demandante.** Guardó silencio.

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

## **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 30 de julio de 2021, y allegado el 27 de agosto de 2021 al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (Expediente digital, archivos 01 y 02, C2SegundaInstancia).

**Admisión y alegatos.** Por auto del 30 de julio de 2021 se admitió el recurso de apelación y se corrió traslado para alegatos (Expediente digital, archivo 02, C2SegundaInstancia), derecho del cual no hubo ningún pronunciamiento. El Ministerio Público no rindió concepto en esta oportunidad.

**Paso a Despacho para sentencia.** El 15 de septiembre de 2021 el proceso ingresó a Despacho para sentencia (archivo 04, C2SegundaInstancia, expediente híbrido), la que se dicta en seguida, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA. Se precisa que por tratarse de un asunto que versa sobre un caso similar a los ya decididos por esta Corporación, y en procura de la celeridad y agilidad para dar solución a dichos temas, se profiere este fallo sin tener en cuenta el orden de ingreso del proceso a Despacho para tal efecto, tal como se autoriza por el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, en armonía con lo previsto por el artículo 115 de la Ley 1395 de 2010.

## **CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

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

## Problema jurídico

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

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

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

## Hechos debidamente acreditados

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

1. Por Resolución nº 1027 del 30 de noviembre de 2004 (archivo 01cuaderno1, expediente digital), 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 el Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, reconoció pensión de jubilación a favor de la parte accionante.

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

2. La parte actora radicó ante la entidad accionada una petición relacionada a los descuentos de las mesadas pensionales a título de aportes de salud, refiriendo que dichos aportes corresponden a un 5% y no a un 12%, exigiendo la devolución de los valores pagados en exceso, de igual manera se solicitó la aplicación del artículo 1º de la Ley 71 de 1988. (archivo 01cuaderno1, expediente digital).

3. Con Resolución nº 9359-6 del 30 de noviembre de 2017 (archivo 01cuaderno1, expediente digital), 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 1976<sup>4</sup> 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 1988<sup>5</sup> 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.

---

<sup>4</sup> "Por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones".

<sup>5</sup> "Por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones".

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

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

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

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

(...)

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

(...)

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

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

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

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

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

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

*del legislador la regulación de estos aspectos, como en efecto lo hace la norma parcialmente impugnada.*

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

Bajo el tema en cuestión referente al reajuste de las mesadas en aplicación de la Ley 100 de 1993, la Sección Segunda el Consejo de Estado, en providencia del 17 de agosto del 2017<sup>6</sup>, al pronunciarse dentro de la acción pública de nulidad contra el artículo 40 del Decreto 692 de 1994, expuso que el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 derogó el dispuesto por la Ley 71 de 1988, y que esto es aplicable a las pensiones causadas con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993:

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

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

---

<sup>6</sup> 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).

*anterior, más la mesada adicional y el reajuste equivalente a la elevación en la cotización para salud, a favor de los pensionados con anterioridad al 1° de enero de 1994.[...]»*

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

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

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

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

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

*Así, para decirlo de otra forma, pero con sus propias palabras, el actor entiende que el principio de favorabilidad también resulta aplicable a los*

pensionados “porque son trabajadores en receso [...] y, porque también, uno de los principios fundamentales del trabajo es la **garantía de la seguridad social**” y es precisamente a partir de esa consideración que concluye que “[e]n caso de duda en la medición del **poder adquisitivo constante de las pensiones**, porque no hay ley que establezca como se mide [...] debe aplicarse el método **más favorable al pensionado**”. Lo anterior, hasta el punto de que en su demanda no sólo solicita declarar inexecutable el apartado demandado, según el cual las pensiones “se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior”, sino que incluso le pide a la Corte señalar que lo más favorable para el pensionado es “la **medición del poder adquisitivo constante de las pensiones por el método de medición de la equivalencia de las pensiones en relación con el Salario Mínimo Legal Vigente**”<sup>7</sup>, 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”<sup>8</sup>.

(...)

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

---

<sup>7</sup> Cita de cita: Folio 19 (negrillas en el texto original).

<sup>8</sup> Cita de cita: *Ibidem*.

*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”<sup>9</sup>.*

*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”<sup>10</sup>.*

(...)

*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.*

---

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

<sup>10</sup> Cita de cita: *Ibídem*.

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

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

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

Este artículo fue adicionado por la Ley 238 de 1995<sup>11</sup>, que dispuso la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 a los regímenes exceptuados previstos en dicha disposición, o sea, el incremento de las pensiones conforme al IPC:

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

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

De esta manera, el incremento de las pensiones de los docentes pensionados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 no se rige por el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, toda vez que el factor de incremento anual de las pensiones no forma parte del régimen pensional por el cual se rigen los docentes, como son la edad, el monto, el ingreso base de liquidación y la tasa, y como lo señaló el Consejo de Estado<sup>12</sup>. 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

---

<sup>11</sup> "Por la cual se adiciona el artículo 279 de la Ley 100 de 1993".

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

de 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 de actualizar el monto de las pensiones y de contrarrestar el fenómeno de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

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

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

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

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

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

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

Lo anterior es reiterado por el Decretos 3135 de 1968<sup>13</sup>, en cuyo artículo 37, se dispone: "*Prestaciones para pensionados. A los pensionados por invalidez, jubilación y retiro por vejez se les prestará por la entidad que les pague la pensión, asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria. **Para este efecto el pensionado cotizará mensualmente un cinco por ciento (5%) de su pensión**".*

Posteriormente la Ley 91 de 1989<sup>14</sup>, por el cual se creó el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en su artículo 8 numeral 2, señaló como objetivos de dicho fondo, garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales, y fue constituido entre otros: "*...El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo **incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.***"

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

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

*(Ver art. 6 Ley 60 de 1993)*

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

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

Por su parte, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003<sup>15</sup>, estableció el régimen prestacional de los docentes nacionales y nacionalizados vinculados antes de

---

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

<sup>14</sup> [https://www.mineducacion.gov.co/1621/articles-85852\\_archivo\\_pdf.pdf](https://www.mineducacion.gov.co/1621/articles-85852_archivo_pdf.pdf)

<sup>15</sup>

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

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

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

Posteriormente, el primer párrafo transitorio del Acto Legislativo 01 de 2005, dispuso que: *“El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de ésta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán 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 2008<sup>12</sup>, 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 2018<sup>16</sup>, precisó:

*“3. Por otro lado, la Ley 91 de 1989, fijó como uno 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*

<sup>16</sup> CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION SEGUNDA -SUBSECCION 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)

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

(...)

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

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

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

(...)

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

<sup>17</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-529 de 23 de junio de 2010

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

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

*Cuando la persona afiliada como cotizante a un régimen de excepción tenga una relación laboral o ingresos adicionales sobre los cuales esté obligado a cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud, su empleador o administrador de pensiones deberá efectuar la respectiva cotización al Fosyga en los formularios que para tal efecto define 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 2017<sup>18</sup>, 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.*

---

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

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

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

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

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

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

### **Conclusión**

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

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

hacerse aplicando los porcentajes previstos por las normas anteriormente señaladas.

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

### **Costas**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, en concordancia con los numerales 3 y 8 del artículo 365 del Código General del Proceso – CGP, este Tribunal se abstendrá de condenar en costas por estimar que no se causaron en el curso de esta instancia.

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

### **FALLA**

**Primero.** CONFÍRMASE la sentencia del veintisiete (27) de mayo de dos mil veintiuno (2021), proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor Humberto Arias Giraldo contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

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

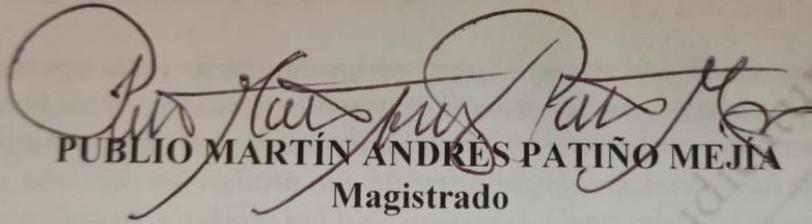
**Tercero.** NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

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

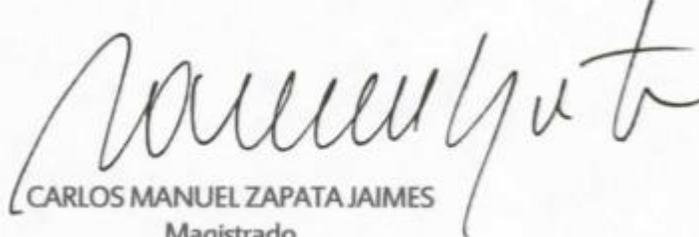
**Notifíquese y cúmplase**



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN  
Magistrado



**PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA**  
Magistrado



**CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES**  
Magistrado

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**  
**NOTIFICACIÓN POR ESTADO**

No. 113  
FECHA: 29/06/2022



**CARLOS ANDRÉS DÍEZ VARGAS**  
**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:** 17001-33-39-008-2018-00150-02  
**Demandante:** Rogelio Ramos Mosquera  
**Demandado:** Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio  
**Vinculado:** Departamento de Caldas

**Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n° 024 del 24 de junio de 2022**

Manizales, veinticuatro (24) de junio de dos mil veintidós (2022).

**ASUNTO**

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA<sup>1</sup>, corresponde a esta Sala de Decisión desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del dos (02) de marzo de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las súplicas de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor Rogelio Ramos Mosquera contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG<sup>2</sup>) y Departamento de Caldas.

**DEMANDA**

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 6 de abril de 2018 (archivo 01 al 04 C1PrimeraInstancia), se solicitó lo siguiente:

**Pretensiones**

---

<sup>1</sup> En adelante, CPACA.

<sup>2</sup> En adelante, FOMAG.

1. Que se declare la nulidad parcial de la Resolución n° 1755-6 del 9 de febrero de 2018, en cuanto negó el reconocimiento y pago del reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme lo establece la Ley 71 de 1988.
2. Que se declare que a la parte actora le asiste derecho a que le sea reconocido y pagado el reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme lo establece la Ley 71 de 1988.
3. Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la entidad demandada a reconocer y pagar la diferencia entre lo pagado y lo que se le ha debido cancelar desde el año siguiente al inicio de disfrute de la pensión de jubilación.
4. Que se ordene a la entidad accionada dar cumplimiento al fallo en los términos del artículo 192 del CPACA.
5. Que se condene en costas a la parte accionada en los términos del artículo 188 del CPACA.

## Hechos

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

1. Con Resolución n° 5271 del 20 de agosto de 2014, le fue reconocida a la parte actora pensión de jubilación en cuantía de \$2.930.420, 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<sup>a</sup> de 1945, 33 de 1985, 91 de 1989, 238 de 1995 y 812 de 2003, así como al Decreto 3752 de 2003.
3. El FOMAG, en calidad de encargado de pagar la mesada pensional de la parte actora, ha venido realizado los ajustes anuales de incremento salarial desde el año 2014, 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 – IPC<sup>3</sup> del año inmediatamente anterior, sin tener en cuenta que dicho reajuste debe efectuarse con el porcentaje de incremento del

---

<sup>3</sup> En adelante, IPC.

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. La parte actora solicitó a la entidad demandada el reajuste periódico de sus mesadas pensionales conforme a la Ley 71 de 1988; petición que fue resuelta de manera desfavorable a través de la Resolución n° 1755-6 del 9 de febrero de 2018.

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

La parte actora estimó como violadas las siguientes disposiciones:

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

Consideró que las entidades obligadas a responder por el pago de las mesadas pensionales de los docentes, han estado menoscabando las disposiciones que regulan la materia, incurriendo en violación de los derechos constitucionales.

Refirió los artículos 48 y 53 de la Constitución Política de Colombia establecen *“el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales”*, es decir, que se debe garantizar a todos los habitantes el derecho irrenunciable de la seguridad social, el Estado es garante del pago oportuno y al reajuste periódico de las pensales legales.

Así mismo refirió que con la expedición de la Ley 238 de 1995, se adiciono el parágrafo 4 al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, el cual manifiesta que las excepciones consagradas no implican negación de los beneficios y derechos determinados por los artículos 14 y 142 de la presente Ley.

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 (archivo 09, C1PrimeraInstancia), 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 procedibilidad”*, fundamento 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 – litisconsorcio 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”*, manifestó 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”*, adujo que no existe relación de causalidad o vínculo entre la nación – ministerio de educación nacional y el derecho solicitado por el docente; *“caducidad de la acción nulidad y restablecimiento del derecho”*, se formuló como previa en el entendimiento que la demanda se presentó transcurridos los cuatros meses desde la expedición del acto administrativo que denegó el derecho;

*“inexistencia de la obligación demandada por inexistencia 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; *“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”*, reiteró que 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”*, se declare probada cualquier excepción cuyos hechos en que se fundamente la acción.

### SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El 2 de marzo de 2020, el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia (archivo 18, C1PrimeraInstancia), a través de la cual: **i)** declaró fundadas las excepciones de inexistencia de la obligación por inexistencia de causa jurídica y cobro de lo no debido; **ii)** negó las pretensiones de la demanda; y **iii)** condenó en costas. Lo anterior, con fundamento en lo siguiente.

Expuso que los artículos 2 y 53 inciso 2 de la Constitución Política de Colombia dispone uno de los fines esenciales del Estado, garantizar el poder adquisitivo de las pensiones, y que en virtud de la Ley son otorgadas a los trabajadores.

Por su parte, argumentó que la Ley 100 de 1993, tiene por objeto de unificar el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, que disponen las personas y la comunidad para gozar de una calidad de vida y el bienestar individual, así como lo dispone el artículo 14 que trata del reajuste pensional, cuyo fin no es otro diferente al instituido en el artículo 1° de las Leyes 4 de 1976 y 71 de 1988.

En el mismo sentido el Juzgado derivó como primera conclusión que los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio se encuentran exceptuados de la aplicación de las normas del Sistema de Seguridad Social, lo cierto es que en lo que respecta al reajuste de sus pensiones se sigue la disposición del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 en virtud de lo dispuesto por la Ley 238 de 1995.

En estudio con pronunciamiento de las Altas Cortes, el Consejo de Estado en sentencia n° 23001-23-33-000-2013-00266-01(1091-71) concluyó que el reajuste de que trata la Ley 71 de 1988 es aplicable para aquellas pensiones que quedaron cobijadas bajo dicha regulación, hasta la fecha en que entró a regir el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 289 de misma Ley, es decir a partir del 1° de enero de 1995 o 1996 según sea el caso, las pensiones serán ajustadas conforme lo dispone el artículo 14.

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 1988.

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

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

## **RECURSO DE APELACIÓN**

Mediante memorial obrante en el Expediente digital, archivo 20, C1PrimeraInstancia, la parte demandante recurrió la sentencia de primera instancia, solicitando revocar la providencia y acceder a las pretensiones de la demanda, con fundamento en lo siguiente.

Precisó inicialmente que el artículo 1º de la Ley 71 de 1988 se encuentra vigente para cierto grupo de docentes y no ha sido declarado nulo y es aplicable al demandante por ser docente pensionado del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Igualmente hizo referencia al artículo 14 de la Ley 100 de 1993 el cual va en contravía del principio de favorabilidad y del espíritu del Legislador, pues con la promulgación de la Ley 238 de 1995 se pretendía recuperar el poder adquisitivo de las pensiones y mantener el régimen especial que se aplicaba para los docentes, esto es, la Ley 71 de 1988.

Indicó que con la expedición de la Ley 238 de 1995 se buscó que aquellos regímenes exceptuados que no les convenga su norma especial, se pudiera adherir a la general para recuperar el poder adquisitivo de los pensionados.

Por tanto, concluyó que los miembros de la fuerza pública al igual que los docentes del Magisterio, son exceptuados de la Ley 100 de 1993, los cuales cuentan con su propio régimen especial, pero si el régimen general es más beneficioso se le puede aplicar, esto con fundamento en la Ley 238 de 1995 igualmente se le aplicaría el principio de favorabilidad, toda vez que siempre se le debe de dar prevalencia a la condición más beneficiosa al trabajado.

Afirmó que hasta la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 los docentes contaban con su propia normatividad, es decir, con la Ley 91 de 1989 y demás normas que la complementan

Indicó que para los docentes que se hubieren vinculado antes de la expedición de la Ley 812 de 2003, sus prestaciones sociales se rigen por la Ley 91 de 1989; en ese sentido, explicó que como la Ley 238 de 1995 adicionó el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, no es procedente afirmar que hubiera complementado o reformado la Ley 91 de 1989 o la Ley 71 de 1988, máxime cuando los afiliados al FOMAG se encuentran excluidos del Sistema General de Seguridad Social.

Afirmó que el artículo 148 del CPACA, en desarrollo del artículo 4 de la Constitución Política, autoriza al Juez para inaplicar, con efectos inter partes, los actos administrativos, cuando éstos vulneren la Constitución o la ley, que para el presente asunto se concreta en los artículos 48 y 53 de la Carta Política y 1º de la Ley 71 de 1988.

Resaltó que el acto administrativo de reconocimiento estableció expresamente que la pensión de jubilación se reajustaría de conformidad con lo dispuesto por la Ley 71 de 1988. De manera que al no haber sido dicho acto anulado por

la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, es de obligatorio cumplimiento.

Finalmente manifestó que si bien resultó vencida en el trámite de primera instancia, lo cierto es que para la condena en costas se requiere acreditar que éstas se causaron y en la medida de su comprobación.

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

**Parte demandante,** (Expediente Digital, archivos 04 y 05, C2SegundaInstancia). Intervino en esta etapa procesal para reiterar los planteamientos formulados en el recurso de apelación interpuesto.

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

### **CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

El Ministerio Público no emitió concepto en el presente asunto.

### **TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA**

**Reparto.** Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 12 de marzo de 2021, y allegado el 7 de mayo del 2021 al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (archivos 01 y 02, C2SegundaInstancia del expediente digital).

**Admisión y alegatos.** Por auto del 7 de mayo de 2021 se admitió el recurso de apelación y se corrió traslado para alegatos (archivo 02, C2SegundoInstancia del expediente digital), derecho del cual solo hizo uso la parte demandante (archivos 04 y 05, C2SegundaInstancia, expediente digital). El Ministerio Público no rindió concepto en esta oportunidad.

**Paso a Despacho para sentencia.** El 21 de junio de 2021 el proceso ingresó a Despacho para sentencia (archivo 06, C2SegundaInstancia del expediente digital), la que se dicta en seguida, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA. Se precisa que por tratarse de un asunto que versa sobre un caso similar a los ya decididos por esta Corporación, y en procura de la celeridad y agilidad para dar solución a dichos temas, se profiere este fallo sin tener en cuenta el orden de ingreso del proceso a Despacho para tal efecto, tal como se autoriza por el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, en armonía con lo previsto por el artículo 115 de la Ley 1395 de 2010.

## **CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

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

### **Problema jurídico**

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

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

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** hechos probados; **ii)** Sistema General de Seguridad Social; y **iii)** ajuste de pensiones en el Sistema General de Seguridad Social para los afiliados al sector público y régimen general de pensiones.

### **Hechos debidamente acreditados**

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

1. Por Resolución n° 5271 del 20 de agosto de 2014 (archivo 04, C1PrimeraInstancia, expediente digital), la Secretaría de Educación del Municipio de Manizales en nombre y representación del Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, reconoció pensión de jubilación a favor de la parte accionante, en cuantía de \$2.930.420, a partir del 6 de junio de 2014.
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 (archivo 04, C1PrimeraInstancia, expediente digital).
3. Con Resolución n° 1755-6 del 9 de febrero de 2018 (archivo 04, C1PrimeraInstancia, expediente digital), 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.

## **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 1976<sup>4</sup> 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 1988<sup>5</sup> precisó que las pensiones referidas en el artículo 1 de la Ley 4ª de 1976, la de incapacidad permanente parcial y las compartidas, serían reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que fuera incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

(...)

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

(...)

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

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

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

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

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

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

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

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

del 17 de agosto del 2017<sup>6</sup>, al pronunciarse dentro de la acción pública de nulidad contra el artículo 40 del Decreto 692 de 1994, expuso que el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 derogó el dispuesto por la Ley 71 de 1988, y que esto es aplicable a las pensiones causadas con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993:

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

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

---

<sup>6</sup> 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).

*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**”<sup>7</sup>, como si este fuese expresamente el mandato constitucional.*

---

<sup>7</sup> Cita de cita: Folio 19 (negrillas en el texto original).

(...)

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

(...)

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

*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”<sup>10</sup>.*

(...)

---

<sup>8</sup> Cita de cita: *Ibídem.*

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

<sup>10</sup> Cita de cita: *Ibídem.*

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

(...)

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

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

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

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

Este artículo fue adicionado por la Ley 238 de 1995<sup>11</sup>, 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:*

---

<sup>11</sup> "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 Estado<sup>12</sup>. 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 de actualizar el monto de las pensiones y de contrarrestar el fenómeno de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

## **Conclusión**

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

---

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

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

### **Costas**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, en concordancia con los numerales 3 y 8 del artículo 365 del Código General del Proceso – CGP, este Tribunal se abstendrá de condenar en costas por estimar que no se causaron en el curso de esta instancia.

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

### **FALLA**

**Primero. CONFÍRMASE** la sentencia del dos (02) de marzo de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por del señor Rogelio Ramos Mosquera contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

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

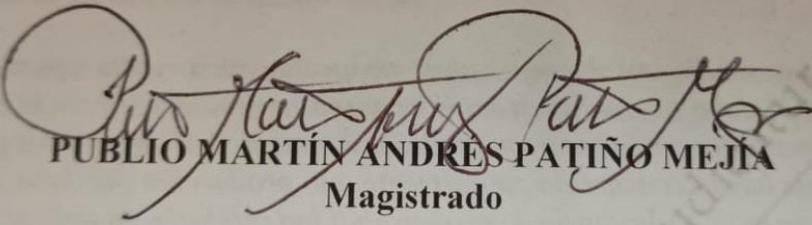
**Tercero. NOTIFÍQUESE** conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

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

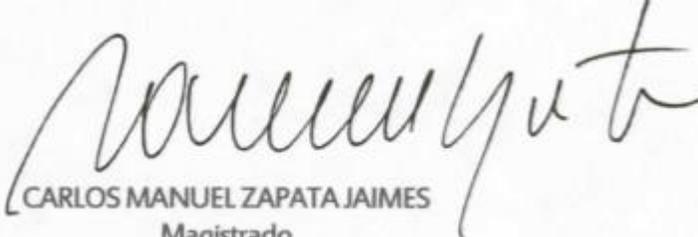
**Notifíquese y cúmplase**



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN  
Magistrado



**PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA**  
Magistrado



**CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES**  
Magistrado

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**  
**NOTIFICACIÓN POR ESTADO**

No. 113  
FECHA: 29/06/2022



**CARLOS ANDRÉS DÍEZ VARGAS**  
**SECRETARIO**



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

**Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín**

**S.: 070**

**Asunto:** Sentencia de segunda instancia  
**Medio de control:** Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
**Radicación:** 17001-33-39-008-2018-00499-02  
**Demandante:** Luis Eduardo Tamayo Aguirre  
**Demandado:** Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del

**Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n° 024 del 24 de junio de 2022**

Manizales, veinticuatro (24) de junio de dos mil veintidós (2022).

**ASUNTO**

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA<sup>1</sup>, corresponde a esta Sala de Decisión desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del veintiséis (26) de agosto de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las súplicas de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor Luis Eduardo Tamayo Aguirre contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG<sup>2</sup>).

**DEMANDA**

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 2 de noviembre de 2018 (archivo 01 C1PrimeraInstancia), se solicitó lo siguiente:

**Pretensiones**

1. Que se declare la nulidad parcial de la Resolución n° 10260-6 del 19 de

---

<sup>1</sup> En adelante, CPACA.

<sup>2</sup> En adelante, FOMAG.

noviembre de 2015, en cuanto negó el reconocimiento y pago del reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme lo establece 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 el reajuste de la pensión de jubilación a partir del 1° de enero de 2011, con base al reajuste anual en el porcentaje del incremento del salario mínimo legal mensual vigente, esto cuando el reajuste sea superior al porcentaje del IPC; y por tanto se ordene a reliquidar la pensión.
3. Se condene a la entidad que sobre las sumas que resulten condenadas, reconozca y ordene el pago, conforme al IPC, según lo establecido en el artículo 187 del CPACA.
4. Que se ordene a la entidad accionada dar cumplimiento al fallo en los términos del artículo 192 del CPACA.
5. Que se condene en costas a la parte accionada en los términos del artículo 188 del CPACA.

## Hechos

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

1. Con Resolución nº 3516 del 11 de julio de 2011, le fue reconocida a la parte actora pensión de jubilación en cuantía de \$1.051.763, 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 91 de 1989, 6 de 1945, 33 de 1985, 71 de 1988, y el Decreto 1122 de 2007
3. El FOMAG, en calidad de encargado de pagar la mesada pensional de la parte actora, ha venido realizado los ajustes anuales de incremento salarial desde el año 2011, con base en lo dispuesto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, esto es, con el incremento del Índice de Precios al Consumidor – IPC<sup>3</sup> 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.

---

<sup>3</sup> En adelante, IPC.

4. La parte actora solicitó a la entidad demandada el reajuste periódico de sus mesadas pensionales conforme a la Ley 71 de 1988; petición que fue resuelta de manera desfavorable a través de la Resolución n° 10260-6 del 19 de noviembre de 2015.
5. Mediante constancia del 30 de octubre de 2018, se llevó a cabo audiencia de conciliación extrajudicial, por medio de la cual se dio por agotado el requisito de procedibilidad exigido para acudir a la jurisdicción.

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

La parte actora estimó como violadas las siguientes disposiciones:

- Artículos 48, 53 y 58 de la Constitución Política de Colombia
- Artículo 1° de la Ley 71 de 1988
- Inciso 2 del artículo 279, 14 y parágrafo 4 de la Ley 100 de 1993

Consideró que los artículos 48 y 53 de la Constitución Política de Colombia establecen “*el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales*”, es decir, que se debe garantizar a todos los habitantes el derecho irrenunciable de la seguridad social, el Estado es garante del pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiles legales.

Así mismo refirió que hasta la expedición de la Ley 100 de 1993, para el reajuste anual de las pensiones reconocidas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se le era aplicable la Ley 71 de 1988.

Así mismo refirió que con la expedición de la Ley 238 de 1995, se adiciono el parágrafo 4 al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, el cual manifiesta que las excepciones consagradas no implican negación de los beneficios y derechos determinados por los artículos 14 y 142 de la presente Ley.

Expuso que la entidad demandada reajustó las pensiones de jubilación a partir del año 1996 conforme al artículo 14 de la Ley 100 de 1993; y que para los años 1996, 1998, 2000 y siguientes hasta el año 2016, los reajustes anuales de las pensiones de jubilación se realizaron por debajo del aumento del salario mínimo legal mensual vigente, teniendo en cuenta la excepción prevista en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, que excluye su aplicación a los afiliados del FOMAG.

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

**La Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG.** No presento contestación de la demanda.

### SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El 26 de agosto de 2020, el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia (archivo 05, C1PrimeraInstancia, expediente digital), a través de la cual: **i)** negó las pretensiones de la demanda. Lo anterior, con fundamento en lo siguiente.

Expuso que los artículos 2 y 53 inciso 2 de la Constitución Política de Colombia dispone uno de los fines esenciales del Estado, garantizar el poder adquisitivo de las pensiones, y que en virtud de la Ley son otorgadas a los trabajadores.

Por su parte, argumento que la Ley 100 de 1993, tiene por objeto de unificar el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, que disponen las personas y la comunidad para gozar de una calidad de vida y el bienestar individual, así como lo dispone el artículo 14 que trata del reajuste pensional, cuyo fin no es otro diferente al instituido en el artículo 1° de las Leyes 4 de 1976 y 71 de 1988.

En el mismo sentido el Juzgado derivó como primera conclusión que los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio se encuentran exceptuados de la aplicación de las normas del Sistema de Seguridad Social, lo cierto es que en lo que respecta al reajuste de sus pensiones se sigue la disposición del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 en virtud de lo dispuesto por la Ley 238 de 1995.

En estudio con pronunciamiento de las Altas Cortes, el Consejo de Estado en sentencia n° 23001-23-33-000-2013-00266-01(1091-71) concluyó que el reajuste de que trata la Ley 71 de 1988 es aplicable para aquellas pensiones que quedaron cobijadas bajo dicha regulación, hasta la fecha en que entró a regir el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 289 de misma Ley, es decir a partir del 1° de enero de 1995 o 1996 según sea el caso, las pensiones serán ajustadas conforme lo dispone el artículo 14.

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 1988.

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

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

### **RECURSO DE APELACIÓN**

Mediante memorial obrante en el Expediente digital, archivo 07, C1PrimeraInstancia, 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 los reajustes pensionales se encuentran regulados en el artículo 1º de la Ley 71 de 1988; sin embargo, el inciso 2 del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 excluyó a los docentes del Sistema Integral de Seguridad Social.

Precisó que la Ley 71 de 1988 conserva plena vigencia y continúa produciendo efectos jurídicos en virtud del Régimen de Transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y lo preceptuado por el Acto Legislativo 01 del año 2005, y por otra parte la Ley 238 de 1995 esta instituida exclusivamente para otorgar “beneficios y derechos” a los regímenes exceptuados en cuanto al reajuste de las pensiones de acuerdo a la variación del IPC.

Así mismo aclaro que la mesada adicional que dispone el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 es un beneficio del Sistema Integral de Pensiones, y los exceptuados quienes se pensionaron bajo los regímenes del artículo 279 de la misma Ley.

Resaltó que al darle aplicación a la Ley 238 de 1995, integrándola como parte del régimen especial aplicable a los docentes, esto es la Ley 71 de 1988, se está modificando y alterando un derecho adquirido sobre un emolumento que está ligado a una prestación inseparable del conjunto de beneficios previsto en el régimen de transición, es decir que el derecho al reajuste de la pensión es con base al aumento del salario mínimo legal mensual vigente.

Recalcó con respecto al principio de favorabilidad en materia laboral, la Corte Constitucional ha distinguido el principio de la condición más beneficiosa del principio de favorabilidad y del principio in dubio pro operario; es así que en el caso sub-exánime es posible estudiar el principio de favorabilidad ya que ambas Leyes 71 de 1988 y la 238 de 1995 se encuentran vigentes y permiten la adscripción de diversas interpretaciones razonables dentro de su contenido normativo, generando duda en el operador jurídico sobre cuál hermenéutica aplicar.

Finalmente concluyó que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio al momento de liquidar el incremento de la pensión lo hizo con base al porcentaje de qué trata el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, es decir, el IPC, teniendo en cuenta una interpretación inadecuada de la Ley 238 de 1995 que adiciono el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, y desconociendo el principio de favorabilidad del artículo 53 de la Constitución Política de Colombia.

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

**Parte demandante,** (Expediente Digital, archivos 04 y 05, C2SegundaInstancia). Intervino en esta etapa procesal para reiterar los planteamientos formulados en el recurso de apelación interpuesto.

**La Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG.** (Expediente Digital, archivos 06 y 07, C2SegundaInstancia).

## **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 16 de marzo de 2021, y allegado el 7 de mayo del 2021 al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (archivos 01 y 02, C2SegundaInstancia del expediente digital).

**Admisión y alegatos.** Por auto del 7 de mayo de 2021 se admitió el recurso de apelación y se corrió traslado para alegatos (archivo 02, C2SegundoInstancia del expediente digital), derecho del cual hizo uso la parte demandante y demandado (archivos 04 al 07, C2SegundaInstancia, expediente digital). El Ministerio Público no rindió concepto en esta oportunidad.

**Paso a Despacho para sentencia.** El 21 de junio de 2021 el proceso ingresó a Despacho para sentencia (archivo 08, C2SegundaInstancia del expediente digital), la que se dicta en seguida, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA. Se precisa que por tratarse de un asunto que versa sobre un caso similar a los ya decididos por esta Corporación, y en procura de la celeridad y agilidad para dar solución a dichos temas, se profiere este fallo sin tener en cuenta el orden de ingreso del proceso a Despacho para tal efecto, tal como se autoriza por el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, en armonía con lo previsto por el artículo 115 de la Ley 1395 de 2010.

## CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

### Problema jurídico

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

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

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** hechos probados; **ii)** Sistema General de Seguridad Social; y **iii)** ajuste de

pensiones en el Sistema General de Seguridad Social para los afiliados al sector público y régimen general de pensiones.

### **Hechos debidamente acreditados**

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

1. Por Resolución n° 3516 del 11 de julio de 2011 (archivo 01, C1PrimeraInstancia, expediente digital), la Secretaría de Educación del Municipio de Manizales en nombre y representación del Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, reconoció pensión de jubilación a favor de la parte accionante, en cuantía de \$1.051.763, a partir del 27 de noviembre de 2010.
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 (archivo 04, C1PrimeraInstancia, expediente digital).
3. Con Resolución n° 10260-6 del 19 de noviembre de 2015 (archivo 04, C1PrimeraInstancia, expediente digital), 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.

### **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<sup>a</sup> de 1976<sup>4</sup> 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 1988<sup>5</sup> precisó que las pensiones referidas en el artículo 1 de la Ley 4<sup>a</sup> 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.

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

(...)

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

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

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

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

*Así las cosas, no le asiste razón al demandante, pues no es posible afirmar con certeza cuál de los dos sistemas podría resultar más benéfico para el pensionado, ya que éllo (sic) dependerá del comportamiento que presente cada uno de esos*

*factores a través del tiempo, de manera que habrá ocasiones en que el índice de precios al consumidor sea superior al porcentaje en que se incremente el salario mínimo, y en otras, éste sea inferior a aquél, o pueden existir casos en que los dos sean iguales.*

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

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

Bajo el tema en cuestión referente al reajuste de las mesadas en aplicación de la Ley 100 de 1993, la Sección Segunda el Consejo de Estado, en providencia del 17 de agosto del 2017<sup>6</sup>, al pronunciarse dentro de la acción pública de nulidad contra el artículo 40 del Decreto 692 de 1994, expuso que el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 derogó el dispuesto por la Ley 71 de 1988, y que esto es aplicable a las pensiones causadas con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993:

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

*«[...] A partir del 1.º de enero de 1989 y hasta la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, todas las pensiones que fueron reconocidas en el país, tanto en el sector público como en el privado, se reajustaron anualmente conforme a la fórmula prevista en la Ley 71 de 1988, esto es, en el mismo*

---

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

*porcentaje en que se incrementó por el Gobierno el salario mínimo legal mensual. Con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigencia, las pensiones reconocidas antes y después de dicha ley, se vienen reajustando en la forma prevista por su artículo 14 y teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 142 y 143 ibídem, lo que significa que el referido reajuste se produce anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior, más la mesada adicional y el reajuste equivalente a la elevación en la cotización para salud, a favor de los pensionados con anterioridad al 1° de enero de 1994.[...]»*

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

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

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

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

Referente a los motivos que alega el libelista de aplicar el artículo 1 de la Ley 71 de 1989 al ajuste de la mesada pensional en armonía con el principio de favorabilidad, es pertinente traer a colación el pronunciamiento expuesto por la Máxima Corporación Constitucional en sentencia C-435 de 2017, proferida

en el marco de la acción pública de constitucionalidad en la que se demandó la nulidad parcial del artículo 14 de la Ley 100 de 1993, y en la que precisó lo siguiente en relación con el reajuste de pensiones según la variación porcentual del IPC:

*Así, para decirlo de otra forma, pero con sus propias palabras, el actor entiende que el principio de favorabilidad también resulta aplicable a los pensionados “porque son trabajadores en receso [...] y, porque también, uno de los principios fundamentales del trabajo es la **garantía de la seguridad social**” y es precisamente a partir de esa consideración que concluye que “[e]n caso de duda en la medición del **poder adquisitivo constante de las pensiones**, porque no hay ley que establezca como se mide [...] debe aplicarse el método **más favorable al pensionado**”. Lo anterior, hasta el punto de que en su demanda no sólo solicita declarar inexecutable el apartado demandado, según el cual las pensiones “se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior”, sino que incluso le pide a la Corte señalar que lo más favorable para el pensionado es “la **medición del poder adquisitivo constante de las pensiones por el método de medición de la equivalencia de las pensiones en relación con el Salario Mínimo Legal Vigente**”<sup>7</sup>, 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”<sup>8</sup>.*

(...)

*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,*

---

<sup>7</sup> Cita de cita: Folio 19 (negrillas en el texto original).

<sup>8</sup> Cita de cita: *Ibidem*.

*simultáneamente, el legislador distinguió entre las pensiones superiores e inferiores al salario mínimo legal mensual vigente (SMLMV), estableciendo que únicamente éstas últimas se incrementaran en el mismo porcentaje que ese salario, “con el fin de que dicho ingreso conserve su poder adquisitivo y así pueda el beneficiario satisfacer sus necesidades básicas y llevar una vida digna”<sup>9</sup>.*

*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”<sup>10</sup>.*

(...)

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

(...)

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

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

---

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

<sup>10</sup> Cita de cita: Ibídem.

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

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

Este artículo fue adicionado por la Ley 238 de 1995<sup>11</sup>, 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".*

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 Estado<sup>12</sup>. 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.

---

<sup>11</sup> "Por la cual se adiciona el artículo 279 de la Ley 100 de 1993".

<sup>12</sup> 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).

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 de actualizar el monto de las pensiones y de contrarrestar el fenómeno de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

### **Conclusión**

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

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

### **Costas**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, en concordancia con los numerales 3 y 8 del artículo 365 del Código General del Proceso – CGP, este Tribunal se abstendrá de condenar en costas por estimar que no se causaron en el curso de esta instancia.

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

### **FALLA**

**Primero.** CONFÍRMASE la sentencia del veintiséis (26) de marzo de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por del señor Luis Eduardo Tamayo Aguirre contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

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

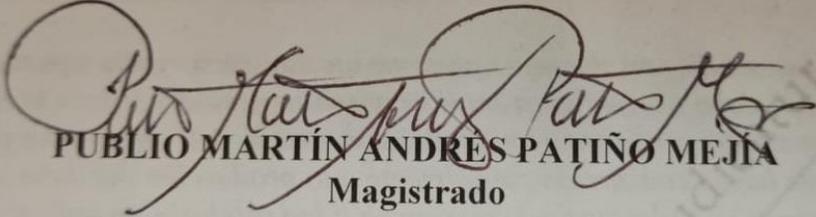
**Tercero.** **NOTIFÍQUESE** conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

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

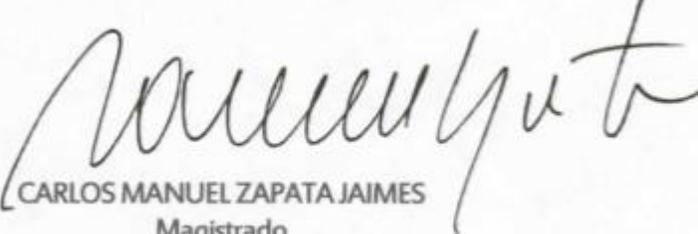
**Notifíquese y cúmplase**



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN  
Magistrado



PUBLICO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA  
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES  
Magistrado

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**  
**NOTIFICACIÓN POR ESTADO**

No. 113  
FECHA: 29/06/2022



CARLOS ANDRÉS DÍEZ VARGAS  
SECRETARIO



**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:** 17001-33-39-008-2018-00558-02  
**Demandante:** Danny del Carmen Muriel Guerrero  
**Demandado:** Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del

**Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n° 024 del 24 de junio de 2022**

Manizales, veinticuatro (24) de junio de dos mil veintidós (2022).

**ASUNTO**

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA<sup>1</sup>, corresponde a esta Sala de Decisión desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las súplicas de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Danny del Carmen Muriel Guerrero contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG<sup>2</sup>).

**DEMANDA**

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 4 de diciembre de 2018 (archivo 01 C1PrimeraInstancia), se solicitó lo siguiente:

**Pretensiones**

1. Que se declare la nulidad parcial de la Resolución n° 10256 del 19 de

---

<sup>1</sup> En adelante, CPACA.

<sup>2</sup> En adelante, FOMAG.

noviembre de 2015, en cuanto negó el reconocimiento y pago del reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme lo establece 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 el reajuste de la pensión de jubilación a partir del 1° de enero de 2011, con base al reajuste anual en el porcentaje del incremento del salario mínimo legal mensual vigente, esto cuando el reajuste sea superior al porcentaje del IPC; y por tanto se ordene a reliquidar la pensión.
3. Se condene a la entidad que sobre las sumas que resulten condenadas, reconozca y ordene el pago, conforme al IPC, según lo establecido en el artículo 187 del CPACA.
4. Que se ordene a la entidad accionada dar cumplimiento al fallo en los términos del artículo 192 del CPACA.
5. Que se condene en costas a la parte accionada en los términos del artículo 188 del CPACA.

## Hechos

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

1. Con Resolución nº 248 del 9 de marzo de 2007, le fue reconocida a la parte actora pensión de jubilación en cuantía de \$824.822, 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 91 de 1989, 6 de 1945, 33 de 1985, 71 de 1988, 812 de 2003 y el Decreto 1122 de 2007.
3. El FOMAG, en calidad de encargado de pagar la mesada pensional de la parte actora, ha venido realizado los ajustes anuales de incremento salarial desde el año 2007, 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 – IPC<sup>3</sup> 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.

---

<sup>3</sup> En adelante, IPC.

4. La parte actora solicitó a la entidad demandada el reajuste periódico de sus mesadas pensionales conforme a la Ley 71 de 1988 haciendo alusión al artículo 1° del Decreto 1160 de 1989; petición que fue resuelta de manera desfavorable a través de la Resolución n° 10256 del 19 de noviembre de 2015.
5. Mediante constancia del 30 de octubre de 2018, se llevó a cabo audiencia de conciliación extrajudicial, por medio de la cual se dio por agotado el requisito de procedibilidad exigido para acudir a la jurisdicción.

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

La parte actora estimó como violadas las siguientes disposiciones:

- Artículos 48, 53 y 58 de la Constitución Política de Colombia
- Artículo 1° de la Ley 71 de 1988
- Inciso 2 del artículo 279, 14 y parágrafo 4 de la Ley 100 de 1993

Consideró que los artículos 48 y 53 de la Constitución Política de Colombia establecen “*el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales*”, es decir, que se debe garantizar a todos los habitantes el derecho irrenunciable de la seguridad social, el Estado es garante del pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiles legales.

Así mismo refirió que hasta la expedición de la Ley 100 de 1993, para el reajuste anual de las pensiones reconocidas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se le era aplicable la Ley 71 de 1988.

Así mismo refirió que con la expedición de la Ley 238 de 1995, se adiciono el parágrafo 4 al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, el cual manifiesta que las excepciones consagradas no implican negación de los beneficios y derechos determinados por los artículos 14 y 142 de la presente Ley.

Expuso que la entidad demandada reajustó las pensiones de jubilación a partir del año 1996 conforme al artículo 14 de la Ley 100 de 1993; y que para los años 1996, 1998, 2000 y siguientes hasta el año 2016, los reajustes anuales de las pensiones de jubilación se realizaron por debajo del aumento del salario mínimo legal mensual vigente, teniendo en cuenta la excepción prevista en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, que excluye su aplicación a los afiliados del FOMAG.

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

## **La Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG.**

Dentro del término otorgado, la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG contestó la demanda (archivo 01, C1PrimeraInstancia), para oponerse a las pretensiones de la misma, aduciendo que la demanda carece de sustento fáctico y jurídico necesario para su prosperidad, sumado a ello, es claro que los actos administrativos demandados se encuentran a cogidos por la presunción de legalidad con lo dispuesto en el artículo 88 de la Ley 1437 de 2011.

Propuso las excepciones que denominó: *“legalidad de los actos administrativos atacados de nulidad”*, manifestó que los actos emitidos se encuentran ajustados a derecho, sin que se encuentre viciado de nulidad alguna; *“inexistencia de la obligación”*, argumentó que las formulas aplicadas para el reajuste de las mesadas pensionales no son estáticas debido a que su único objetivo es mantener el poder adquisitivo y por ello, deben atender a políticas económicas que aseguren; *“prescripción”*, indicó que la misma consiste en la formalización de una situación de hecho por el paso del tiempo, lo que produce la adquisición o la extinción de una obligación; *“sostenibilidad financiera”*, reiteró que conforme con el Acto Legislativo 03 de 2011 el Estado fortalece la normatividad referente al principio del equilibrio consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, debido a que obliga a todos los órganos y ramas del poder público a orientar sus actividades dentro de un marco de sostenibilidad fiscal; *“genérica”*, se solicitó al señor juez ordenar de oficio la práctica de las pruebas pertinentes, así como declarar oficiosamente, las excepciones que aparezcan probadas de conformidad con el ordenamiento procesal .

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El 26 de agosto de 2020, el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia (archivo 09, C1PrimeraInstancia, expediente digital), a través de la cual: **i)** negó las pretensiones de la demanda. Lo anterior, con fundamento en lo siguiente.

Expuso que los artículos 2 y 53 inciso 2 de la Constitución Política de Colombia dispone uno de los fines esenciales del Estado, garantizar el poder adquisitivo de las pensiones, y que en virtud de la Ley son otorgadas a los trabajadores.

Por su parte, argumento que la Ley 100 de 1993, tiene por objeto de unificar el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, que disponen las personas y la comunidad para gozar de una calidad de vida y el bienestar individual, así como lo dispone el artículo 14 que trata del reajuste pensional, cuyo fin no es otro diferente al instituido en el artículo 1° de las Leyes 4 de 1976 y 71 de 1988.

En el mismo sentido el Juzgado derivó como primera conclusión que los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio se encuentran exceptuados de la aplicación de las normas del Sistema de Seguridad Social, lo cierto es que en lo que respecta al reajuste de sus pensiones se sigue la disposición del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 en virtud de lo dispuesto por la Ley 238 de 1995.

En estudio con pronunciamiento de las Altas Cortes, el Consejo de Estado en sentencia n° 23001-23-33-000-2013-00266-01(1091-71) concluyó que el reajuste de que trata la Ley 71 de 1988 es aplicable para aquellas pensiones que quedaron cobijadas bajo dicha regulación, hasta la fecha en que entró a regir el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 289 de misma Ley, es decir a partir del 1° de enero de 1995 o 1996 según sea el caso, las pensiones serán ajustadas conforme lo dispone el artículo 14.

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 1988.

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

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

### RECURSO DE APELACIÓN

Mediante memorial obrante en el Expediente digital, archivo 11, C1PrimeraInstancia, 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 los reajustes pensionales se encuentran regulados en el artículo 1º de la Ley 71 de 1988; sin embargo, el inciso 2 del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 excluyó a los docentes del Sistema Integral de Seguridad Social.

Precisó que la Ley 71 de 1988 conserva plena vigencia y continúa produciendo efectos jurídicos en virtud del Régimen de Transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y lo preceptuado por el Acto Legislativo 01 del año 2005, y por otra parte la Ley 238 de 1995 esta instituida exclusivamente para otorgar “beneficios y derechos” a los regímenes exceptuados en cuanto al reajuste de las pensiones de acuerdo a la variación del IPC.

Así mismo aclaro que la mesada adicional que dispone el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 es un beneficio del Sistema Integral de Pensiones, y los exceptuados quienes se pensionaron bajo los regímenes del artículo 279 de la misma Ley.

Resaltó que al darle aplicación a la Ley 238 de 1995, integrándola como parte del régimen especial aplicable a los docentes, esto es la Ley 71 de 1988, se está modificando y alterando un derecho adquirido sobre un emolumento que está ligado a una prestación inseparable del conjunto de beneficios previsto en el régimen de transición, es decir que el derecho al reajuste de la pensión es con base al aumento del salario mínimo legal mensual vigente.

Recalcó con respecto al principio de favorabilidad en materia laboral, la Corte Constitucional ha distinguido el principio de la condición más beneficiosa del principio de favorabilidad y del principio in dubio pro operario; es así que en el caso sub-exánime es posible estudiar el principio de favorabilidad ya que ambas Leyes 71 de 1988 y la 238 de 1995 se encuentran vigentes y permiten la adscripción de diversas interpretaciones razonables dentro de su contenido

normativo, generando duda en el operador jurídico sobre cuál hermenéutica aplicar.

Finalmente concluyó que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio al momento de liquidar el incremento de la pensión lo hizo con base al porcentaje de qué trata el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, es decir, el IPC, teniendo en cuenta una interpretación inadecuada de la Ley 238 de 1995 que adiciono el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, y desconociendo el principio de favorabilidad del artículo 53 de la Constitución Política de Colombia.

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

**Parte demandante**, (Expediente Digital, archivos 05 y 06, C2SegundaInstancia). Intervino en esta etapa procesal para reiterar los planteamientos formulados en el recurso de apelación interpuesto.

**La Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG**. (Expediente Digital, archivos 07 y 08, C2SegundaInstancia).

### **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 19 de marzo de 2021, y allegado el 7 de mayo del 2021 al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (archivos 01 al 03, C2SegundaInstancia del expediente digital).

**Admisión y alegatos**. Por auto del 7 de mayo de 2021 se admitió el recurso de apelación y se corrió traslado para alegatos (archivo 03, C2SegundoInstancia del expediente digital), derecho del cual hizo uso la parte demandante y demandado (archivos 05 al 08, C2SegundaInstancia, expediente digital). El Ministerio Público no rindió concepto en esta oportunidad.

**Paso a Despacho para sentencia**. El 21 de junio de 2021 el proceso ingresó a Despacho para sentencia (archivo 09, C2SegundaInstancia del expediente digital), la que se dicta en seguida, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA. Se precisa que por tratarse de un asunto que versa sobre un

caso similar a los ya decididos por esta Corporación, y en procura de la celeridad y agilidad para dar solución a dichos temas, se profiere este fallo sin tener en cuenta el orden de ingreso del proceso a Despacho para tal efecto, tal como se autoriza por el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, en armonía con lo previsto por el artículo 115 de la Ley 1395 de 2010.

## **CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

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

### **Problema jurídico**

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

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

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** hechos probados; **ii)** Sistema General de Seguridad Social; y **iii)** ajuste de pensiones en el Sistema General de Seguridad Social para los afiliados al sector público y régimen general de pensiones.

### **Hechos debidamente acreditados**

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

1. Por Resolución nº 248 del 9 de marzo de 2007 (archivo 01, C1PrimeraInstancia, expediente digital), la Secretaría de Educación del Municipio de Manizales en nombre y representación del Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, reconoció pensión de jubilación a favor de la parte accionante, en cuantía de \$824.822, a partir del 21 de mayo de 2006.
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 (archivo 01, C1PrimeraInstancia, expediente digital).

3. Con Resolución nº 10256 del 19 de noviembre de 2015 (archivo 01, C1PrimeraInstancia, expediente digital), 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.

### **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 1976<sup>4</sup> 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 1988<sup>5</sup> 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:

---

<sup>4</sup> "Por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones".

<sup>5</sup> "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 incrementa dicho salario por el Gobierno.*

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

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

(...)

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

(...)

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

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

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

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

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

*Así las cosas, no le asiste razón al demandante, pues no es posible afirmar con certeza cuál de los dos sistemas podría resultar más benéfico para el pensionado, ya que ésto (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 2017<sup>6</sup>, al pronunciarse dentro de la acción pública de nulidad contra el artículo 40 del Decreto 692 de 1994, expuso que el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 derogó el dispuesto por la Ley 71 de 1988, y que esto es aplicable a las pensiones causadas con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993:

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

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

---

<sup>6</sup> 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 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*<sup>7</sup>, 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”<sup>8</sup>.

(...)

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

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

---

<sup>7</sup> Cita de cita: Folio 19 (negrillas en el texto original).

<sup>8</sup> Cita de cita: *Ibidem*.

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

*mínimo, como son “satisfacer no sólo sus propias necesidades sino también las de su familia, en el orden material, social, cultural, educativo”<sup>10</sup>.*

(...)

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

(...)

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

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

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

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

---

<sup>10</sup> Cita de cita: *Ibídem*.

Este artículo fue adicionado por la Ley 238 de 1995<sup>11</sup>, que dispuso la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 a los regímenes exceptuados previstos en dicha disposición, o sea, el incremento de las pensiones conforme al IPC:

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

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

De esta manera, el incremento de las pensiones de los docentes pensionados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 no se rige por el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, toda vez que el factor de incremento anual de las pensiones no forma parte del régimen pensional por el cual se rigen los docentes, como son la edad, el monto, el ingreso base de liquidación y la tasa, y como lo señaló el Consejo de Estado<sup>12</sup>. Además, el reajuste de la mesada pensional no es un derecho adquirido, por lo que el legislador está habilitado para modificar las normas que consagran la proporción del aumento anual. Es del caso agregar que la norma que pretende la parte demandante que se aplique al incremento de su mesada, el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, fue derogado por la Ley 100 de 1993.

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

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

## **Conclusión**

Considera la Sala que no se encuentra demostrada la vulneración de los derechos invocados por la parte actora, dado que conforme a los presupuestos

---

<sup>11</sup> "Por la cual se adiciona el artículo 279 de la Ley 100 de 1993".

<sup>12</sup> 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).

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

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

### **Costas**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, en concordancia con los numerales 3 y 8 del artículo 365 del Código General del Proceso – CGP, este Tribunal se abstendrá de condenar en costas por estimar que no se causaron en el curso de esta instancia.

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

### **FALLA**

**Primero.** CONFÍRMASE la sentencia del treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Danny del Carmen Muriel Guerrero contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

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

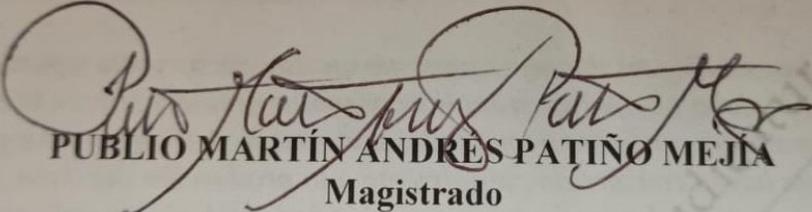
**Tercero.** NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

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

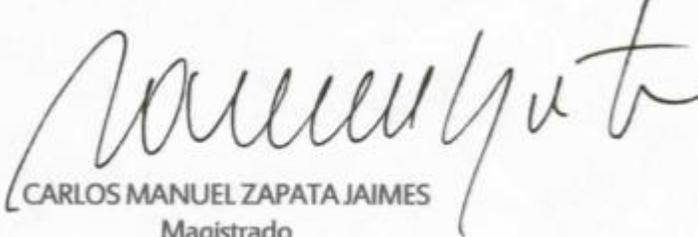
**Notifíquese y cúmplase**



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN  
Magistrado



**PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA**  
Magistrado



**CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES**  
Magistrado

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**  
**NOTIFICACIÓN POR ESTADO**

No. 113  
FECHA: 29/06/2022



**CARLOS ANDRÉS DÍEZ VARGAS**  
**SECRETARIO**

**CONSTANCIA SECRETARIAL:**

Manizales, veintiocho (28) de junio de dos mil veintidós (2022)

Informando al señor Magistrado que se encuentra pendiente la admisión del recurso de apelación, pasa a despacho para resolver lo pertinente.

El expediente consta de las siguientes carpetas:

C1PrimeraInstancia "Expediente Juzgado": Consta de 23 archivos en formato Pdf, 5 archivo en formato de audio y video, un (1) archivo en formato Png y un (1) archivo en formato de texto.

C2SegundaInstancia "Expediente Tribunal": Consta de 1 archivo en formato pdf,



**CARLOS ANDRÉS DIEZ VARGAS**  
**Secretario**

**Radicado:** 17-001-33-39-008-2014-00171-01

**Medio de Control:** REPARACIÓN DIRECTA

**Demandante:** JOSE ALDUBIA ZEA ALZATE, LUZ ELENA VELÁSQUEZ OSORIO Y OTROS

**Demandados:** MUNICIPIO DE VILLAMARÍA Y AQUAMANÁ

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

A.I.180

Manizales, veintiocho (28) de junio de dos mil veintidós (2022)

Revisada la actuación de primera instancia para los efectos de la admisión del recurso de apelación interpuesto, el Despacho observa que fue presentado dentro del término oportuno, y que fueron sustentados los motivos de inconformidad ante el Juez que profirió la decisión, memorial visto en archivos número 26 del Cuaderno C1PrimeraInstancia del expediente electrónico, así mismo se observa que en archivo número 28 del mismo cuaderno, el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales concedió la apelación.

Así, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021, **ADMÍTESE** el recurso de apelación interpuesto

contra la sentencia proferida el 7 de diciembre de 2021, documento número 24 del Cuaderno C1PrimeraInstancia del expediente electrónico, por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las pretensiones de la demanda en el proceso de la referencia.

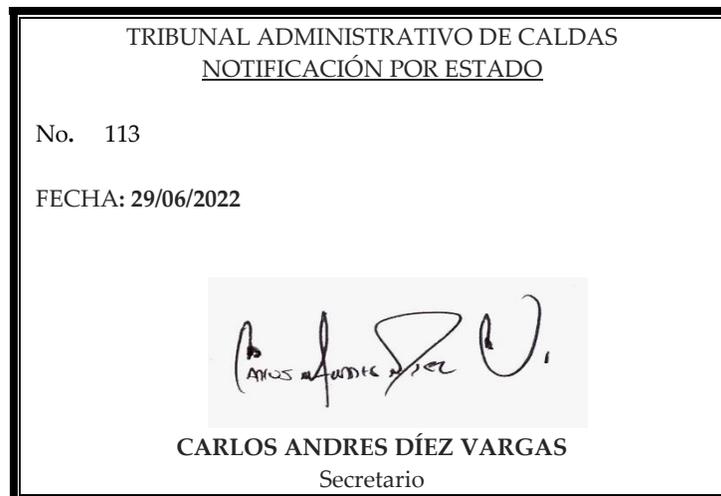
**NOTIFÍQUESE** personalmente al señor Agente del Ministerio Público a través de la dirección electrónica correspondiente, por estado electrónico a las demás partes, en los términos previstos en los artículos 197, 198 y 201 del CPACA.

Se advierte a las partes y demás intervinientes que la presentación de memoriales con destino a este proceso deberá realizarse únicamente en formato digital al correo electrónico de la Secretaría del Tribunal Administrativo de Caldas: [sgtadminclad@notificacionesrj.gov.co](mailto:sgtadminclad@notificacionesrj.gov.co)

Cualquier documento enviado a otra dirección de correo no se tendrá por presentado.

**Notifíquese y cúmplase**

**AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN**  
**Magistrado**



Firmado Por:

Augusto Ramon Chavez Marin  
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

**Oral 5**  
**Tribunal Administrativo De Caldas**

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

Código de verificación: **c7403907a812ef548f6578f3218a9fc6a8021832ad938d4e39f72a106be765f2**

Documento generado en 28/06/2022 10:03:45 AM

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

17-001-23-33-000-2020-00079-00

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª ORAL DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, veinticuatro (24) de JUNIO de dos mil veintidós (2022)

S. 101

La Sala 4ª Oral de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, conformada por los Magistrados AUGUSTO MORALES VALENCIA, quien la preside, AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN y PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA, procede a dictar sentencia de primer grado dentro del proceso iniciado en ejercicio de la ACCIÓN POPULAR, por la señora DIANA CRISTINA RODRÍGUEZ LÓPEZ en calidad de Administradora de la P.H. CONJUNTO HABITACIONAL BOSQUES DE VILLA CAFÉ contra el MUNICIPIO DE MANIZALES, AGUAS DE MANIZALES S.A. E.S.P., la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CALDAS - CORPOCALDAS, la CONSTRUCTORA ECO EN LIQUIDACIÓN, y la CURADURÍA 2ª URBANA DE MANIZALES, en el cual actúa como coadyuvante de la parte accionante la P.H. ALTOS DE GRANADA.

#### ANTECEDENTES

##### LA DEMANDA

Pretende la accionante se declare vulnerado el derecho colectivo a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente, previsto en el literal l) del artículo 4º de la Ley 472 de 1998. En consecuencia, impetra se ordene a las accionadas adoptar las acciones tendientes a evitar el deslizamiento y /o agrietamiento del talud ubicado en la parte superior del conjunto habitacional demandante, con las consecuencias patrimoniales y humanas que de ello se podrían derivar.

Como parte de tales acciones, pide se adelanten las obras civiles necesarias para precaver la ocurrencia de deslizamientos en el talud, de conformidad con los estudios y mediciones topográficas que sean del caso.

### CAUSA PETENDI

Para fundamentar sus súplicas, relata de forma sucinta que en la parte posterior del CONJUNTO BOSQUES DE VILLA CAFÉ se encuentra un talud de tierra que en temporadas invernales presenta agrietamientos, desprendimientos y debilitamientos, lo que genera deterioro del edificio y la vía peatonal, a tal punto de que los residentes han instalado plásticos para evitar la filtración de agua al talud, y que genera riesgo para los habitantes y transeúntes.

### DERECHOS COLECTIVOS INVOCADOS COMO VULNERADOS

Como se anotó, la parte actora manifiesta que las entidades demandadas están vulnerando el derecho colectivo a la seguridad y prevención de desastres previsible técnicamente, previsto en el literal l) del artículo 4° de la Ley 472 de 1998.

### CONTESTACIONES AL LIBELO DEMANDADOR

- ❖ **ECO S.A. EN LIQUIDACIÓN (PDF N° 1, págs. 256-277)**: expresa que como constructora del conjunto habitacional, realizó los estudios geotécnicos que fueron aprobados por la curaduría, además, que los dichos de la demanda constituyen meras opiniones que no se hallan soportadas en criterios técnicos, y que la situación expuesta en el libelo introductor corresponde a fenómenos naturales irresistibles que no le resultan imputables. Finalmente, expone que el control urbanístico corresponde a los entes territoriales.
  
- ❖ **CURADURÍA URBANA N° 2 (PDF N° 1, págs. 277-300)**: menciona que la aprobación de la licencia de construcción para la edificación del conjunto

habitacional está amparada en la confianza legítima en los documentos que presentó el constructor, por lo que no le resulta imputable cualquier cambio que el titular de dicha autorización haya efectuado sobre el talud, o por acciones u omisiones que deriven en la problemática planteada en la demanda, de la cual se evidencia que la constructora no cumplió con las recomendaciones del geotecnista que elaboró los estudios de suelos con los que se concedió la licencia respectiva. Dice además, que CONSTRUCCIONES Y EXPALACIONES ECO S.A. no tramitó el permiso de ocupación que exige la ley, y de haberlo hecho, la visita de funcionarios de control urbano hubiera permitido detectar que la construcción del talud no se ceñía a lo determinado por el geotecnista.

❖ **MUNICIPIO DE MANIZALES (PDF N° 1, págs. 501-520)**: dice no ser responsable de la situación que generó la demanda popular, pues de los documentos aportados con el libelo introductor se desprende que se trata de una problemática de orden interno cuya solución atañe exclusivamente a la constructora, entidad que debió desarrollar los estudios pertinentes y ejecutar las acciones con base en las cuales se aprobó la licencia de construcción. Anota que el municipio ha cumplido a través de la UNIDAD DE GESTIÓN DEL RIESGO, con su función de brindar las recomendaciones necesarias para que los propietarios ejecuten las obras de manejo de aguas lluvias en su predio, que es de carácter privado.

Formula como excepciones las de ‘FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA’, aludiendo que ha llevado a cabo las actuaciones que se hallan dentro de su ámbito de competencia; ‘INEXISTENCIA DE PRUEBA DE LOS HECHOS QUE CONSTITUYEN UNA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS COLECTIVOS’, pues lo acreditado demuestra que las falencias en la conducción de aguas lluvias son responsabilidad exclusiva del conjunto habitacional y su administrador; ‘INEXISTENCIA DE VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS RECLAMADOS’ e ‘IMPROCENDENCIA DE LA ACCIÓN POPULAR’, exponiendo que no existen acciones u omisiones que vulneren las prerrogativas de orden colectivo.

❖ **AGUAS DE MANIZALES (PDF N° 1, págs. 591-607)**: manifiesta que tampoco le asiste responsabilidad en los hechos que dan sustento a la

demanda, toda vez que la infraestructura de acueducto y alcantarillado que opera esa entidad se encuentra en adecuado estado de funcionamiento, tal como se desprende de la visita técnica que efectuaron servidores de esa empresa. Seguidamente, excepciona ‘INEXISTENCIA DE NEXO CAUSAL’, porque la empresa no tiene responsabilidad en los hechos discutidos; ‘FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA’, porque el informe técnico denota que las redes a su cargo se encuentran en óptimo estado; ‘INEXISTENCIA DE VIOLACIÓN A LOS DERECHOS COLECTIVOS POR PARTE DE AGUAS DE MANIZALES’ y la ‘GENÉRICA’.

❖ **CORPOCALDAS (PDF N° 1, págs. 649-681)**: argumenta que no ha vulnerado ningún derecho colectivo, por el contrario, ha realizado visitas y seguimiento a la zona y transmitido las recomendaciones del caso a las entidades competentes. Asegura que la prevención del riesgo de desastres se encuentra en cabeza de las entidades territoriales con base en lo dispuesto en la Ley 1523 de 2012. Expone que el constructor es responsable de la problemática, porque fue quien intervino el talud con el fin de desarrollar el proyecto de construcción, generando sobre empinamiento del talud, aparentemente sin realizar los estudios del caso.

En cuanto a las excepciones, propuso las denominadas ‘COMPETENCIA DEL CONSTRUCTOR Y LA CURADURÍA PARA LA SOLUCIÓN DE LA PROBLEMÁTICA’, por cuanto la problemática se entrelaza con la intervención del talud al margen de estudios sobre los impactos de dicha actividad; ‘FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA DE CORPOCALDAS RESPECTO DE LAS GESTIONES NECESARIAS PARA LA PROTECCIÓN DE DERECHOS E INTERESE COLECTIVOS CUYO AMPARO SE SOLICITA’, porque la problemática radica en la construcción de obras de mitigación del riesgo que corresponden al municipio demandado; ‘AUSENCIA DE TRANGRESIÓN DE LOS DERECHOS COLECTIVOS Y CUMPLIMIENTO INTEGRAL Y DILIGENTE DE LAS FUNCIONES ASIGNADAS POR LA LEY A CORPOCALDAS EN ATENCIÓN A SU ÓRBITA DE COMPETENCIA’, pues la entidad ha llevado a cabo sus tareas de asesoría técnica, incluso en lo que corresponde al cumplimiento de la medida cautelar decretada por el despacho.

## ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

➤ **AGUAS DE MANIZALES S.A. E.S.P. (PDF N° 62):** reitera que la problemática que dio origen a la acción popular escapa a su competencia, y corresponde al MUNICIPIO DE MANIZALES en consonancia con la corporación autónoma regional, además, las pruebas técnicas practicadas permiten establecer que las redes operadas por esa empresa se encuentran en óptimo estado. Insiste que las labores de tratamiento de taludes y conducción de aguas lluvias no corresponden a su objeto funcional, por lo que pide ser exonerada de cualquier tipo de responsabilidad.

➤ **CORPOCALDAS (PDF N° 64):** vuelve a manifestar que las pruebas en la actuación conllevan a afirmar que la situación del talud se debe a su sobre empinamiento, a raíz de la intervención para la construcción del conjunto habitacional y la insuficiencia de estudios y obras para conjurar la situación, aclarando en todo caso que la situación solo se presenta en un punto específico de la ladera por las malas prácticas constructivas y no en toda la zona. Acota que en la actualidad el riesgo se encuentra mitigado y es leve, producto de las obras ejecutadas por esa corporación y el ente territorial en cumplimiento de la medida cautelar decretada por este Tribunal.

➤ **MINISTERIO PÚBLICO (PDF N° 66)** conceptúa que las obras de mitigación del riesgo ya fueron ejecutadas por el MUNICIPIO DE MANIZALES y CORPOCALDAS, conjurando la inestabilidad del talud, no obstante, subsisten unos trabajos menores a cargo de la CONSTRUCTORA ECO S.A., que no cumplió los términos de los estudios técnicos que sirvieron de base a la licencia de construcción ni gestionó el permiso de ocupación.

Indica que debe ser esa empresa quien asuma el costo de las labores que fueron realizados por las entidades públicas y los que restan por desarrollar, y de ser el caso, que sean los socios de la compañía quienes paguen esos costos en virtud de lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley 190 de 1995, que consagra el denominado ‘levantamiento del velo corporativo’. Así las cosas, pide que el MUNICIPIO DE MANIZALES y CORPOCALDAS ejecuten las obras

faltantes y procedan ejecutivamente contra la constructora y sus socios por el costo de las mismas.

➤ **MUNICIPIO DE MANIZALES (PDF N° 68):** anota que pese a que no tenía responsabilidad en los hechos que suscitaron la demanda, al dar acatamiento a la medida cautelar ordenada por el Tribunal, conjuró cualquier riesgo que pueda presentarse en la zona, precisando que en el conjunto habitacional existe un canal de conducción de agua que no permite el flujo normal de escorrentía y tampoco cuenta con una estructura de captación, lo que genera inundaciones en el segundo piso. Por ende, pide que la constructora asuma el valor de los trabajos ejecutados.

➤ **CONSTRUCCIONES Y EXPLANACIONES ECO S.A. (PDF N° 66):** expone que no existe un estudio técnico que determine la existencia de movimientos en masa sustanciales, y que CORPOCALDAS no efectuó estudios sino una mera visita ocular, cuyas conclusiones no tienen la fuerza probatoria suficiente. Agrega que como constructora adelantó las indagaciones geotécnicas para la construcción del conjunto y que los entes territoriales son responsables de la gestión y prevención del riesgo, de acuerdo con los artículos 14 y 16 de la Ley 1523 de 2012. Finalmente, anota que dicha empresa se encuentra en liquidación y su patrimonio actual registra un saldo negativo.

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

Persigue la parte actora la protección del derecho colectivo a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente, previsto en el literal l) del artículo 4° de la Ley 472 de 1998. En consecuencia, impetra se ordene a las accionadas adoptar las acciones tendientes a evitar el deslizamiento y /o agrietamiento del talud ubicado en la parte superior del conjunto habitacional demandante, con las consecuencias patrimoniales y humanas que de ello se podrían derivar.

## EXORDIO

La acción popular tuvo su consagración constitucional desde 1991, y fue regulada mediante la Ley 472 de 1998; constituye un mecanismo para la defensa de los derechos e intereses de la comunidad, sin que para instaurarlas se exija la intermediación de profesionales del derecho, salvo casos excepcionales señalados por la ley; su trámite es breve, especial y preferencial, es gratuito en principio, y se puede dirigir no sólo contra entidades públicas, sino también contra particulares.

Se encuentra contemplada en el artículo 88 de la Carta Política, el que en su inciso 1° dispone,

“La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella”.

El parcialmente reproducido precepto constitucional fue desarrollado por la ya referida Ley 472 de 1998, que en su artículo 2° establece que las acciones populares “son los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos”; y que, “se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible” /Subrayas de la Sala/.

El artículo 9° del mismo ordenamiento prevé que “Las acciones populares proceden contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos”; acción que a voces del artículo 11° *ibidem*, “podrá promoverse durante el tiempo que subsista la amenaza o peligro al derecho e interés colectivo”.

De igual manera, prevé en su artículo 12 quiénes son sus titulares, determinando que además de (todas) las personas naturales o jurídicas, lo

son también las organizaciones no gubernamentales, las organizaciones populares, cívicas o similares; las entidades públicas que cumplan funciones de control, intervención o vigilancia; el Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo y los Personeros distritales y municipales; los Alcaldes y demás servidores públicos que por razón de sus funciones deban promover la protección y defensa de los derechos e intereses colectivos.

## PROBLEMAS JURÍDICOS

Con fundamento en los anteriores esbozos legales y de acuerdo con lo discurrido por las partes en las etapas procesales desarrolladas en esta instancia, esta Sala de Decisión se plantea los siguientes problemas jurídicos a dilucidar:

- *¿Se encuentra vulnerado el derecho colectivo consagrado en el literal l) del artículo 4° de la Ley 472 de 1998, como consecuencia de los procesos de inestabilidad presentes en CONJUNTO BOSQUES DE VILLA CAFÉ?*

*En caso afirmativo,*

- *¿A qué entidad o entidades le corresponde conjurar las causas de la vulneración?*

(I)

### EL DERECHO COLECTIVO PRESUNTAMENTE VULNERADO

Según se puntualizó en el apartado que antecede, se indica como vulnerado el derecho colectivo a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente, prerrogativa consagrada en el literal l) del artículo 4 de la Ley 472 de 1998, y respecto a la cual el H. Consejo de Estado<sup>1</sup> dispuso que mediante este derecho:

---

<sup>1</sup> Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia de 11 de junio de 2004, Rad. 01423-01. M.P. Ligia López Díaz, Sección Primera, sentencia de 22 de enero de 2009. Rad. Exp. 03002-01, M.P. María Claudia Rojas Lasso.

“(…) pretende garantizar que la sociedad no este expuesta a padecer posibles o inminentes alteraciones de las condiciones normales de vida o daños graves causados "por fenómenos naturales y efectos catastróficos de la acción accidental del hombre, que demanden acciones preventivas, restablecedoras, de carácter humanitario o social, constituyéndose en un derecho de naturaleza eminentemente preventiva”.

El derecho a la prevención de desastres previsibles técnicamente encuentra una profunda relación con el modelo de Estado, al proveer a las autoridades de mecanismos para salvaguardar los derechos de los asociados ante la materialización de riesgos que la ciencia permita anticipar. El Consejo de Estado explicó este vínculo en fallo del 10 de marzo de 2021 con ponencia del Doctor Hernando Sánchez (Exp. 66001-33-31-003-2009-00225-01):

“(…) La relevancia de la actividad preventiva en el Estado Social de Derecho tiene sustento en que el bienestar social debe lograrse a través del despliegue de conductas que mitiguen las trasgresiones o amenazas de los bienes jurídicos superiores de las personas. [...] En tal escenario, el derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente le encarga al Estado el deber de proveer a los habitantes de los mecanismos e instrumentos para que aquellos hechos riesgosos puedan ser controlados de manera eficiente y eficaz. [...] Desde una perspectiva legal, la gestión del riesgo de desastres está definida en la Ley 1523 de 24 de abril de 2012 , como “[...] un proceso social orientado a la formulación, ejecución, seguimiento y evaluación de políticas, estrategias, planes, programas, regulaciones, instrumentos, medidas y acciones permanentes para el conocimiento y la reducción del riesgo y el manejo de desastres, con el propósito explícito de contribuir a la

seguridad, el bienestar, la calidad de vida de las personas y al desarrollo sostenible [...]”. [...] En suma, el derecho colectivo a la seguridad y prevención de desastres técnicamente previsible está íntimamente relacionado con el cumplimiento de uno de los fines del Estado (artículo 2 de la Constitución Política), consistente en “[...] servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución [...]” en el sentido que propende por que las autoridades públicas adopten medidas, programas y proyectos de carácter preventivos que resulten necesarios y adecuados para salvaguardar, de manera efectiva, los derechos de la comunidad que resulten amenazados por previsible desastres naturales o antrópicos”.

En consonancia con el anterior marco conceptual, aborda la Sala el petitum de la parte actora, relacionado con la situación de inestabilidad del talud adyacente al CONJUNTO HABITACIONAL BOSQUES DE VILLA CAFÉ P.H.

## (II)

### CASO CONCRETO

La accionante DIANA CRISTINA RODRÍGUEZ LÓPEZ, en su condición de administradora de la P.H. BOSQUES DE VILLA CAFÉ, expresa que la situación de vulneración de los derechos colectivos aludidos en el anterior acápite, se concreta en la situación de inestabilidad de la ladera ubicada en la parte posterior a esa unidad habitacional, producto del debilitamiento, agrietamiento y desprendimiento del talud, así como el afloramiento de agua de la base.

La situación de riesgo fue documentada en un primer momento por la UNIDAD DE GESTIÓN DEL RIESGO del MUNICIPIO DE MANIZALES, que en el Oficio UGR 3275-19 de 6 de noviembre de 2019, anotó lo siguiente: ‘(...) Al momento de

*la implantación del conjunto habitacional, por parte del constructor se Intervino el terreno conformando un talud casi vertical de aproximadamente 12 metros de altura; como obras complementaria (sic) para la estabilidad de dicho talud se aprecia un tratamiento reticular (enrejado de vigas en concreto) un muro hacia la base de este. Actualmente se evidencia un deterioro considerable en el tratamiento mencionado, observándose zonas con deformaciones y rupturas de dicha estructura lo cual es indicativo de inestabilidad del terreno. Cabe señalar que aunque en la zona se instalaron algunos drenes subhorizontales, estos no son suficientes para evacuar todas las aguas subsuperficiales del terreno, con el agravante que los drenes actuales depositan las aguas directamente en el terreno (...)' /Resalta la Sala/.*

En la misma línea de apreciación, CORPOCALDAS, en el Oficio 2019-IE-000027108 de 2 de noviembre de 2019 /fls. 85-86 cdno. 1/, expuso: *'Durante la visita, se pudo observar que los taludes laterales al conjunto, sobre las calles 57E y carrera 8, presentan agrietamientos y desprendimientos superficiales, con presencia de afloramientos de aguas en la base de los mismos. Dichos taludes se caracterizan por presentar pendientes mayores al 100%. Durante la visita se observó que los taludes estaban cubiertos con plástico; sin embargo, se observaron evidencias de desprendimientos recientes sobre el talud lateral. (...) teniendo en cuenta las fuertes pendientes del talud y la evidencia de proceso de inestabilidad del mismo, se constituye en un riesgo alto por deslizamiento sobre los elementos expuestos observados como son el bloque de apartamentos en la base (Conjunto Cerrado Bosques de Villa Café) y las vías en la parte superior, por lo que se requiere, a corto plazo, la implementación de obras de estabilidad tendientes a mitigar la problemática, las cuales deben ser el resultado de un estudio geológico geotécnico y análisis de estabilidad que considere la carga generada por el peso de vehículos pesados (busetas) sobre la corona, así como la presencia de niveles freáticos' /Resaltado del Tribunal/.*

De otro lado, de manera concomitante con la admisión de la demanda, mediante auto de 13 de marzo de 2020, el Tribunal decretó una medida cautelar de urgencia en los siguientes términos /fls. 94-100 cdno. 1/:

“(…)

(i) El MUNICIPIO DE MANIZALES adelantará, de manera inmediata y con la asesoría técnica de CORPOCALDAS, los estudios y obras civiles para conjurar el inminente riesgo indicado por dicha corporación, en relación con los procesos de inestabilidad del talud ubicado en la parte superior del Conjunto Habitacional Bosques de Villa Café.

(ii) Se ordena al **MUNICIPIO DE MANIZALES**, que a través de las Secretarías de Tránsito y Gobierno, prohíba totalmente el tránsito, tanto vehicular como peatonal, por la carrera 8ª y la Calle 57 E, en la zona donde se ubica el talud, mientras se desarrollan las obras que aseguren el desplazamiento seguro por ese lugar.

(iii) De igual manera, la municipalidad accionada a través de la UNIDAD DE GESTIÓN DEL RIESGO y con acompañamiento del CUERPO OFICIAL DE BOMBEROS DE MANIZALES, adelantará monitoreos periódicos y permanentes al talud y la vía, con el fin de constatar el estado y posible avance de los procesos de inestabilidad, y en caso de ser necesario, adoptará las decisiones de evacuación de viviendas con las correspondientes ayudas económicas previstas en la ley. En este contexto, se incluye mantener deshabitado el Apartamento 201 del Conjunto Habitacional Bosques de Villa Café, si así lo sugieren los estudios.

(iv) Los COPROPIETARIOS de la P.H. BOSQUES DE VILLA CAFÉ con la asesoría de la UNIDAD DE GESTIÓN DEL RIESGO -UGR del MIUNICIPIO DE MANIZALES y CORPOCALDAS, adelantarán las adecuaciones que correspondan a la infraestructura interna del

condominio y que sean necesarias para la solución de la problemática, como la construcción de drenes subhorizontales u otras obras requeridas para el mejoramiento del manejo de aguas y la reducción de la presión hidrostática sobre el talud.

(v) La **CONSTRUCTORA ECO EN LIQUIDACIÓN**, participará en las correcciones que le sean imputables en relación con las obras que hayan de adelantarse en el Conjunto Habitacional Bosques de Villa Café, sin perjuicio de que el MUNICIPIO DE MANIZALES realice las adecuaciones urgentes requeridas y luego pueda repetir contra el constructor” /Subrayados extra texto/.

#### **PRUEBA TESTIMONIAL**

Fue practicado el testimonio del Ingeniero Civil con especialización en geotecnia JHON JAIRO CHISCO LEGUIZAMÓN, Subdirector de Infraestructura Ambiental de CORPOCALDAS quien aludió al estado técnico actual de la zona y las obras que se han llevado a cabo a partir de la medida cautelar de urgencia decretada a instancias de esta corporación.

Expuso que el conjunto BOSQUES DE VLLA CAFÉ se localiza en la margen derecha de una quebrada tributaria de la quebrada Olivares, con pendientes clasificables de moderadas a fuertes, por lo que fue necesario realizar unos cortes y generar las áreas donde se ubican el edificio, esa excavación generó unos taludes que requirieron en su momento unos diseños consistentes en vigas en concreto reforzado y un reticulado que está anclado de forma pasiva al terreno.

En virtud de esta demanda y la orden de medida cautelar del Tribunal, prosigue, CORPOCALDAS en compañía del MUNICIPIO DE MANIZALES realizó unos estudios, y determinó que era necesario reforzar el tratamiento del talud, toda vez que con las medidas actuales era insuficiente para cumplir con los factores de seguridad de la norma vigente, concretamente era necesaria la implementación de 2 líneas de anclajes activos de 20 metros de

profundidad y separados cada 3 metros con 4 torones de media pulgada, tensionados a 12 toneladas en promedio, para brindar la fuerza necesaria para mejorar la estabilidad del talud.

Aseguró que en el marco de un convenio suscrito entre ambas entidades, y acatando lo ordenado en la medida previa por el Tribunal, el municipio autorizó la intervención con recursos propios de las obras resultantes de estos estudios para la estabilidad de talud, consistentes en una cinta en concreto reforzado con unos anclajes cada 3 metros a 20 metros de profundidad, tal cual habían sido diseñados. Las obras fueron construidas, quedando pendientes unos trabajos adicionales, que consisten en el manejo de aguas por medio de un canal en la base del talud, importante para llevar las aguas al sistema de alcantarillado del conjunto, y complementariamente algunas que quedaron inconclusas por el urbanizador, como un muro para confinar el terreno y evitar desprendimientos. No obstante, afirma que las obras de estabilidad requeridas para dar cumplimiento a la orden del Tribunal fueron implementadas y garantizan que el talud cumple con los factores de seguridad establecidos por las normas (NSR-2010), esas obras se hicieron en un 100%, quedando únicamente pendientes unas labores menores de manejo de aguas y de culminación de los trabajos comenzados por el urbanizador.

Sobre las obras faltantes y las aguas, explicó que esta situación no genera riesgos de inestabilidad del talud para el conjunto habitacional, lo que produce son inundaciones o encharcamientos en algunas partes del conjunto y afectaciones a algunos apartamentos, pero no ve comprometida la condición de estabilidad del talud, pues el riesgo quedó mitigado con las obras ejecutadas en cumplimiento de la medida cautelar. Indagado por el Magistrado, conceptúa que en términos de estabilidad de taludes y desde la óptica del riesgo, las obras cumplen con la norma NSR-2010 y existe una condición de riesgo mitigado a valores aceptables, por lo que considera que el nivel de riesgo actual es bajo, de tal manera que si se hiciera una zonificación del riesgo, se podría decir que es un riesgo bajo, teniendo en cuenta que el riesgo cero (0) no existe y en estas condiciones, se permite la permanencia de las personas en el conjunto.

Preguntado nuevamente por la apoderada de la parte demandante, vuelve a indicar que desde el punto de vista del riesgo por deslizamiento, las obras construidas contribuyen a mitigar el riesgo llevándolo a niveles bajos, existen afectaciones derivadas de un flujo de agua en la parte inferior del talud, pero no generan riesgo sobre estabilidad del talud desde la óptica de deslizamiento. Acota que no hay acumulación de aguas, estas discurren por una canal incipiente y el resto van hacia el andén, no representan riesgo de estabilidad, son afectaciones más de tipo estético para algunos apartamentos, pero no compromete a la estabilidad del conjunto.

Interrogado por el vocero de la Defensoría del Pueblo, insiste que la condición actual no compromete la estabilidad del talud, puede generar humedades en muros con afectación de acabados como revoques y pinturas pero no comprometen la fijeza del talud.

Acotó que no tiene información sobre agrietamientos en otros sectores de la ladera, que permitan intuir que se trata de una problemática generalizada en ese sector de la ciudad. De igual manera, reitera una vez más que las obras de estabilidad fueron realizadas a cabalidad, lo que queda pendiente está encaminado simplemente a mejorar la estética a través del manejo de aguas lluvias en la base, que generan afectaciones a algunos apartamentos. Incluso, considera que al mitigarse el nivel de riesgo podría habilitarse el tránsito vehicular, tal como se lo indicaron al municipio, estas cargas dinámicas fueron tenidas en cuenta para la elaboración de los estudios, aclarando que lo que no se ha sugerido la posibilidad de parquear carros pesados, únicamente el tránsito vehicular, respecto al parqueo o estacionamiento, corresponde al municipio evaluar si esto es posible o no.

Finalmente, aclara que en el marco de esos trabajos no se hicieron análisis sobre los estudios que en su momento presentó el urbanizador para la construcción del edificio, por lo que no puede emitir un concepto sobre este punto.

## INTERROGATORIO DE PARTE

Fue interrogada la representante legal del CONJUNTO HABITACIONAL BOSQUES DE VILLA CAFÉ Diana Cristina Rodríguez López, prueba solicitada por CONSTRUCTORA ECO S.A. Precisó que la propiedad horizontal inicialmente instaló unos plásticos para evitar la infiltración de aguas en el talud, además, adelantó obras relacionadas con la construcción de 8 drenes con una profundidad de 20 metros para sacar el agua que estaba dentro del talud. Dice que CORPOCALDAS y el MUNICIPIO DE MANIZALES también han ejecutado obras de mitigación del riesgo. Menciona que está pendiente hacer las canales pegadas a la base del talud que la constructora dejó sin inclinación, por lo que el agua entra al segundo piso de la torre y algunos de los apartamentos, anotando que existe riesgo de inundación en los apartamentos 201 y 202.

\*\*\*

En línea de lo discurrido, en el expediente quedó acreditada la situación de riesgo expuesta por la parte demandante, circunscrita a la posibilidad de deslizamiento del talud ubicado en la parte posterior al CONJUNTO HABITACIONAL BOSQUES DE VILLA CAFÉ P.H., por la insuficiencia de las obras existentes al momento de la presentación del libelo introductor, con las que se buscaba estabilizar esta ladera, intervenida en su momento por la CONSTRUCTORA ECO S.A EN LIQUIDACIÓN para la construcción de la unidad habitacional. La acreditación de este estado inicial de riesgo se logró de forma plena con los informes técnicos elaborados por la UGR del MUNICIPIO DE MANIZALES y CORPOCALDAS, documentos aportados con el escrito de la demanda, así como el testimonio del Ingeniero CHISCO LEGUIZAMÓN, Subdirector de Infraestructura Ambiental de esta corporación.

Así como se probó la situación primigenia de riesgo, representada en la alta probabilidad de fenómenos de deslizamiento en dicha ladera, en el curso del proceso este estado de cosas cesó, a partir de las obras ejecutadas por el MUNICIPIO DE MANIZALES y CORPOCALDAS en cumplimiento de la medida cautelar decretada por este Tribunal junto con la admisión de la demanda. A

partir de esa decisión, como lo manifestó el ingeniero CHISCO LEGUIZAMÓN, las entidades demandadas construyeron una cinta en concreto reforzado con anclajes cada 3 metros, a 20 metros de profundidad, según los diseños elaborados por la corporación autónoma regional, trabajos que como lo señaló el profesional declarante por modo insistente, permiten que en la actualidad el peligro de deslizamiento se encuentra mitigado, al paso que en este momento las condiciones de la zona pueden catalogarse como de riesgo bajo o de niveles aceptables, lo que representa un estándar de seguridad muy alto, pues como lo explicó el mismo testigo, el nivel de riesgo cero (0) no existe dentro de esa disciplina.

En este contexto, el elemento perturbador de las prerrogativas de orden colectivo, se itera, el riesgo inicial de deslizamiento calificado como alto, fue corregido en desarrollo de este trámite procesal, dando lugar a la superación de los supuestos de hecho que motivaron la petición de protección judicial para la comunidad.

El Consejo de Estado ha aludido a la figura de la carencia de objeto por hecho superado en las acciones populares, basándose en idéntica teoría y supuestos que utiliza en las acciones de tutela (Sentencia de 4 de septiembre de 2018, M.P. Stella Conto Díaz Del Castillo, Exp.05001-33-31-004-2007-00191-01(AP)SU):

“(…) El Consejo de Estado ha adoptado idéntico criterio para evaluar si el fenómeno de carencia actual de objeto se ha presentado o no en el curso de una acción popular. En reciente sentencia, la Sección Primera de esta Corporación reiteró la jurisprudencia sentada desde 2003, según la cual este tiene lugar ante las siguientes dos circunstancias: i) la primera de ellas, cuando quiera que se ha superado la afectación de los derechos e intereses colectivos y no es procedente ordenar la restitución de las cosas a su estado anterior, por no ser ya necesario; o ii) cuando acaece un daño consumado y no es posible acudir a la restitución.

Cuando tales supuestos se presentan, la orden judicial sería inocua, por lo cual deben denegarse las pretensiones.

Ahora bien, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que, mientras permanezcan vigentes los hechos que han dado lugar a la interposición de la demanda, no se configura el fenómeno de la carencia de objeto. Lo anterior ocurre, por ejemplo, cuando la autoridad administrativa ha adelantado alguna actuación tendente a la superación de la situación que ocasiona la vulneración o amenaza de los derechos, sin que ello implique que cesó la conducta o los hechos que dieron lugar al reclamo de amparo de dichos derechos”  
/Destacado fuera del texto/.

Según lo señaló de manera contundente la prueba testimonial, una vez ejecutadas las labores de reforzamiento y garantizado el nivel de estabilidad exigido por las vigentes normas técnicas de sismo resistencia, el remanente de trabajos u obras menores que se hallan pendientes al interior del conjunto habitacional no guardan ninguna relación con la estabilidad de la ladera, su incidencia es más de tipo estético, y puede generar afectaciones como daños en la pintura o charcos en algunos apartamentos, situaciones que si bien ameritan una corrección o acciones de los copropietarios, exceden el marco de debate judicial.

En consonancia con lo expuesto, para el Tribunal resulta pertinente reiterar que desde el punto de vista fáctico, el origen de la acción popular se encuentra limitado al potencial peligro de deslizamiento que representaba la inestabilidad del talud adyacente al CONJUNTO BOSQUES DE VILLA CAFÉ P.H., sin que el ámbito de discusión jurídica y de protección de este mecanismo constitucional pueda extenderse a situaciones eminentemente particulares, como las humedades, los daños en los acabados o posibles encharcamientos que se producen en algunos de los apartamentos producto, al parecer, de trabajos inconclusos realizados por la empresa constructora del edificio, pues

estas hipótesis ninguna incidencia tienen sobre la estabilidad del terreno y los derechos colectivos.

Además, las reparaciones locativas de estos inmuebles particulares tampoco hacen parte del ámbito de pretensiones de la parte actora, circunscritas igualmente a conjurar el riesgo de deslizamiento en el talud.

En conclusión, este juez plural se encuentra ante una carencia actual de objeto por hecho superado en punto al riesgo por deslizamiento, y en esta medida, si bien al momento de la presentación de la demanda el derecho colectivo a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente se encontraba en peligro, esta situación fue conjurada durante el curso del proceso, por lo que así habrá de declararse.

En mérito de lo discurredo es que el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, SALA 4ª ORAL DE DECISIÓN**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### **FALLA**

**DECLÁRASE** la carencia actual de objeto por **HECHO SUPERADO**, dentro del proceso iniciado en ejercicio de la **ACCIÓN POPULAR**, por la señora **DIANA CRISTINA RODRÍGUEZ LÓPEZ** en calidad de Administradora de la **P.H. CONJUNTO HABITACIONAL BOSQUES DE VILLA CAFÉ** contra el **MUNICIPIO DE MANIZALES, AGUAS DE MANIZALES S.A. E.S.P.**, la **CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CALDAS -CORPOCALDAS**, la **CONSTRUCTORA ECO EN LIQUIDACIÓN**, y la **CURADURÍA 2ª URBANA DE MANIZALES**, en el cual actúa como coadyuvante de la parte accionante la **P.H. ALTOS DE GRANADA**.

#### **SIN COSTAS**

Por Secretaría, **REMÍTASE** copia digital de este fallo con destino a la Defensoría del Pueblo (Art. 80 Ley 472/98).

**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 consta en Acta N° 030 de 2022.



**AUGUSTO MORALES VALENCIA**  
Magistrado



**AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN**  
Magistrado



**PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA**  
Magistrado

**CONSTANCIA SECRETARIAL:** El presente proceso Ejecutivo fue devuelto del H. Consejo de Estado, confirmando la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas.

El expediente digital consta de

Una (1) carpeta con 35 archivo en formato pdf, un (1) archivo en formato xls y un (1) archivo en formato Doc.

Manizales, veintiocho (28) de junio de dos mil veintidós (2022)



**CARLOS ANRÉS DÍEZ VARGAS**  
**Secretario**

Medio de control: Ejecutivo  
Radicación: 17001-23-33-000-2021-00047-00  
Demandante: Victorina Padilla Montes y otros  
Demandado: Municipio de Anserma

**REPUBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**

**A.S. 084**

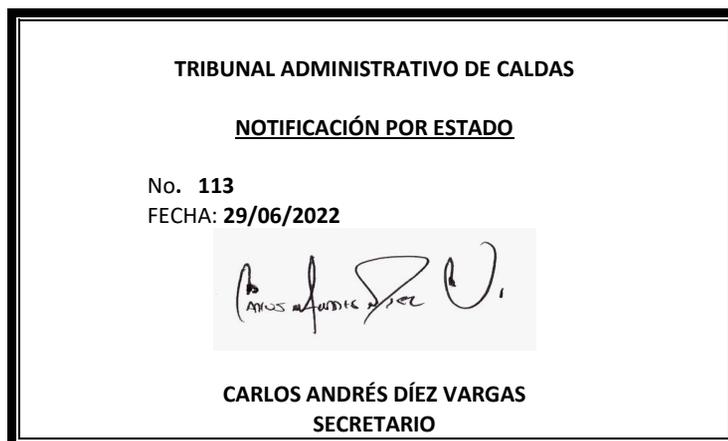
Manizales, veintiocho (28) de junio de dos mil veintidós (2022)

Toda vez que el H. Consejo de Estado confirmó el Auto proferido por este Tribunal el día 14 de mayo de 2021, estése a lo dispuesto por la Suprema Corporación de lo Contencioso Administrativo.

Ejecutoriado el presente auto, procédase al archivo de las diligencias, efectuando las anotaciones respectivas en el Programa Justicia Siglo XXI.

**Notifíquese**

**AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN**  
**Magistrado**



Firmado Por:

**Augusto Ramon Chavez Marin**  
**Magistrado Tribunal O Consejo Seccional**  
**Oral 5**  
**Tribunal Administrativo De Caldas**

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

Código de verificación: 3b71b75961cfd7f9b4262b108ecd51a01d7406d7caf3c0c39aad5a0ec75fac81

Documento generado en 28/06/2022 04:12:51 PM

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

**REPUBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**  
**-Presidencia-**

Manizales, veintiocho (28) de junio de dos mil veintidós (2022)

**ASUNTO**

Toda vez que el Consejo de Estado, aceptó el impedimento presentado por la Sala Plena de este Tribunal y ordenó el conocimiento de esta causa a la Sala de Conjueces, se fija fecha para la realización de **SORTEO DE CONJUECES** el cual se programa para el próximo **JUEVES TREINTA (30) DE JUNIO DE DOS MIL VEINTIDOS (2022)**, a las **ONCE DE LA MAÑANA (11:00 a.m)**, a través de la plataforma teams.

**Notifíquese y cúmplase**

**AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN**  
Magistrado

<p><b>Presidenterepublica DE COLOMBIA</b></p> <p><b>TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS</b></p> <p>El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la(s) parte(s) por anotación en el Estado Electrónico <u>n° 113 de 29 de junio de 2022.</u></p> <p><b>CARLOS ANDRÉS DIEZ VARGAS</b> Secretario</p>
--