

## REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, diecisiete (17) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

|                    |  |
|--------------------|--|
| <b>PROCESO No.</b> | <b>17001-33-39-007-2020-00241-02</b>   |
| <b>CLASE</b>       | <b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</b>  |
| <b>ACCIONANTE</b>  | <b>MARÍA OFELIA LÓPEZ LONDOÑO</b>  |
| <b>ACCIONADO</b>   | <b>NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO</b> |

Procede la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, conforme al artículo 18 de la Ley 446 de 1998, a dictar sentencia de segunda instancia, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el fallo que negó las pretensiones, proferido por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, de fecha 22 de noviembre de 2021, dentro del proceso de la referencia.

**PRETENSIONES**

Solicitó la parte actora declarar la nulidad del acto ficto negativo, configurado al no dar respuesta a la petición de reconocimiento y pago de la prima de mitad de año a que tienen derecho los docentes pensionados por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que no obtienen pensión gracia por haber sido nombrados con posterioridad al 31 de diciembre de 1980 o ser de vinculación nacional, de acuerdo a lo establecido el artículo 15 de la Ley 91 de 1985.

Que, como consecuencia de la declaración de nulidad, se ordene como restablecimiento del derecho, el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año consagrada en la Ley 91 de 1985.

Se ordene a la entidad accionada indexar las sumas que le sean reconocidas por concepto de la presente condena.

Se ordene el cumplimiento del fallo en los términos del artículo 192 y siguientes del CPACA.

Que se condene a la parte demandada en costas y gastos del proceso.

### **HECHOS**

La señora **López Londoño** fue nombrada como docente en fecha posterior al 01 de enero de 1981.

Mediante Resolución nro. 0081 del 10 de abril de 2006 le fue reconocida a la señora **López Londoño** una pensión de jubilación.

Mediante petición radicada ante el FNPSM se solicitó el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985, sin recibir hasta la fecha respuesta alguna.

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

Ley 91 de 1989 Artículo 15 y la Sentencia de unificación, SUJ—014— CE—S2—2019, Consejero Ponente César Palomino Cortés.

Como sustentó del concepto de violación, señaló que el objetivo de haber establecido esta prestación, fue en compensación por haber perdido la pensión de gracia, sumado al hecho de que el derecho solicitado fue establecido mucho antes de reconocerse la mesada en la ley 100 de 1993.

Señaló que cuando se estableció el pago de una mesada adicional para los pensionados en el artículo 142 de la ley 100 de 1993, ya existía para los docentes del Magisterio que fueron vinculados después de 1981, conforme lo establece la ley 91 de 1989 una prima de medio año equivalente a una mesada pensional a partir de la adquisición del derecho pensional, sin que se realizara alguna derogatoria del beneficio reclamado.

Finalmente, agregó que es claro que el numeral 2 del artículo 15 de la ley 91 de 1989, nada tiene que ver con la mesada pensional causada con posterioridad al año 2005, pues el régimen especial, que contiene la misma, identifica una prima, que "equivale" a una mesada pensional, situación diferente a la prestación acontecida como mesada adicional a los docentes en el mes de junio de cada año.

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

**Nación - Ministerio de Educación - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio:** manifestó que se opone a todas y cada una de las pretensiones, puesto que los actos demandados se ajustan a derecho.

Como argumentos de defensa señaló que, el acto administrativo demandado fue proferido atendiendo los parámetros normativos vigentes que versan sobre el reconocimiento, pago y reliquidación de pensiones y además de el mismo se presume su legalidad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 88 de la Ley 1437 de 2011.

La Nación- Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio debe sujetarse a lo determinado por la Ley para la expedición de actos administrativos que traten temas de reconocimiento pensional o prestacional, pues los mismos son expedidos bajo los parámetros de la Ley 91 de 1989, por la cual se creó el precitado fondo y, señaló que los docentes en materia prestacional se regirían por las disposiciones ahí señaladas, las cuales se resumen de la siguiente manera:

Los docentes nacionalizados que se vincularon hasta el 31 de diciembre de 1989, mantendrían el régimen que han venido gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes; y los nacionales y los que se vinculen a partir del 1o. de enero de 1990, se regularían por las disposiciones vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en dicha ley.

Con fundamento en la normativa y Jurisprudencia antes transcrita se determina que, la mesada 14 no puede ser reconocida a personas cuyo derecho pensional se consolide con posterioridad a la entrada en vigencia del citado acto legislativo, salvo aquellas que perciban una pensión igual o inferior a 3 SMLMV, y que la misma se hubiere causado antes del 31 de julio de 2011.

Propuso como excepción la que denominó:

**Legalidad de los actos administrativos atacados de nulidad:** Afirma que los actos demandados se encuentran ajustados a derecho, se profirió en estricto seguimiento de las normas legales vigentes ya aplicables al caso de la demandante.

**Carencia de fundamento jurídico de las pretensiones:** Asegura que los docentes del sector oficial, nacionales, nacionalizados y territoriales, que causen el derecho a la pensión de jubilación o vejez a partir del 25 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 1 del 2005, no tiene derecho a la mesada pensional adicional del mes de junio de que tratan el artículo 142 de la ley 100 de 1993 y la ley 238 de 1995. Se exceptúan los docentes que causen el derecho a la pensión antes del 31 de julio del 2011, si su mesada pensional es igual o inferior a tres salarios mínimos legales vigentes, según lo establece el párrafo transitorio 6° del artículo 1 del Acto Legislativo en mención

### **FALLO DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales mediante sentencia del 22 de noviembre de 2021, negó las pretensiones de la demanda después de plantearse como problema jurídico principal, si a la actora le asistía el derecho a que se le reconozca la prima de mitad de año creada por la Ley 91 de 1989.

Tras hacer un recuento normativo sobre la mesada adicional consagrada en la Ley 91 de 1985, concluyó que, para determinar si un docente es beneficiario de la mesada 14 se debe determinar si se causó la pensión antes del 31 de julio de 2011 y si la prestación reconocida en inferior a 3 salarios mínimos mensuales vigentes.

Sobre el caso concreto, indicó que, la actora adquirió el estatus pensional con posterioridad al 31 de julio de 2011, por lo que no tiene derecho al reconocimiento de la mesada 14, y por ello niega las pretensiones.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la decisión adoptada en primera instancia, la parte accionante presentó recurso de alzada de forma oportuna, mediante memorial visible en PDF 22 del expediente digital de primera instancia.

Después de hacer un recuento normativo sobre la mesada adicional de mitad de año, señaló que el actor reúne los requisitos establecidos en la ley para obtener el reconocimiento a la prima de mitad de año, equivalente a una mesada pensional, pues en el presente caso el docente se vinculó al magisterio después del 01 de enero de 1981, por lo tanto, cumple con el primer requisito consagrado en el numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, que indica que tiene derecho a la prima de mitad de año aquellos docentes que se hayan vinculado a partir del 01 de enero de 1981.

Resalta que cabe recordar una vez más, que la prima de mitad de año fue prevista por el legislador como un beneficio adicional a la pensión de jubilación, para aquellos docentes que por su fecha de vinculación no tenían derecho a la pensión gracia. De ahí que por el hecho de que se pague en junio y que equivalga a una mesada pensional, no desnaturaliza su calidad de prima de beneficio solo para los docentes que cumplen los requisitos establecidos en el numeral 2, literal b) del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y tampoco la convierte en la mesada adicional creada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, pues la naturaleza de ambas es diferente.

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

Conforme a la constancia secretarial visible en PDF nro. 05 del expediente digital de segunda instancia las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

### **CONSIDERACIONES**

La Sala no observa irregularidades procedimentales que conlleven a decretar la nulidad parcial o total de lo hasta aquí actuado, y procederá en consecuencia a fallar de fondo la litis.

#### **Problemas jurídicos.**

Los problemas jurídicos principales que se deben resolver en esta instancia se resumen en el siguiente interrogante:

¿Tiene derecho la señora López Londoño a que se le reconozca y pague la prima de mitad de año, mesada adicional, consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989?

#### **LO PROBADO**

Para el caso bajo estudio, se encuentra demostrado lo siguiente:

- Mediante Resolución nro. 000081 del 10 de abril de 2006 le fue reconocida a la señora **López Londoño** una pensión de jubilación, efectiva desde el 01/01/2006 siendo que adquirió el derecho pensional el 30/12/2005; en cuantía de \$1.384.292..oo (pdf nro. 02 del expediente digital de primera instancia)
- Mediante petición radicada el 12/06/2019 solicitó el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985, siendo negada mediante silencio administrativo negativo.

#### **Régimen legal aplicable**

Para determinar cuál es el régimen aplicable a los docentes, debe hacerse referencia inicialmente al artículo 81 de la Ley 812 de 2003<sup>1</sup>, que reguló dos eventos:

---

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

- i) El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, **que se encontraban vinculados antes de la entrada en vigencia de dicha ley** al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones que regían con anterioridad.
- ii) Los docentes **que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la referida ley**, deben ser afiliados al FOMAG y tienen los derechos pensionales del régimen de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

El Acto Legislativo nro. 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, dispuso en el párrafo transitorio 1º, lo siguiente:

**PARÁGRAFO TRANSITORIO 1o.** *El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003.*

Antes de la Ley 812 de 2003, la norma que regía el régimen pensional de los docentes era la Ley 91 de 1989 “Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”, que unificó el porcentaje de la pensión y también equiparó el régimen al de los pensionados del sector público nacional. Señaló a propósito, en su artículo 15, lo siguiente:

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

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

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

*2. Pensiones:[...]*

*B. Para los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1º de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector*

***público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional. [...]*** (Negrillas fuera de texto)

Respecto de la mesada catorce contemplada para los docentes que no tuvieran derecho a la pensión gracia, el Consejo de Estado Sala de Servicio Civil y consulta en concepto del 22 de noviembre de 2007<sup>2</sup>, esgrimió:

2. La mesada adicional del mes de junio:

2.1. Su origen y evolución:

Como lo reseña la consulta de la señora Ministra, la mesada adicional del mes de junio fue concebida durante las discusiones del proyecto de normatividad en materia de seguridad social que se concretó en la ley 100 de 1993, con la finalidad de compensar a un grupo de pensionados a los cuales la aplicación de la fórmula consagrada en la ley 4ª de 1976 para el reajuste de su pensión, pudo haberle significado un menor valor frente al resultado de las reglas establecidas en la ley 71 de 1988 18. Tal finalidad sustentó la decisión del legislador, recogida en el artículo 142 de la ley 100 de 1993, de consagrar la mesada adicional del mes de junio, relacionando sus destinatarios. Las expresiones subrayadas fueron declaradas inenajenables 19, pero a continuación se transcribe la versión originalmente aprobada:

"Artículo 142. Mesada adicional para actuales pensionados: Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado, y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1º) de enero de 1988, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994. / Los pensionados por vejez del orden nacional, beneficiarios de los reajustes ordenados en el decreto 2108 de 1992, recibirán el reconocimiento y pago de los treinta días de la mesada adicional sólo a partir de junio de 1996.

"Parágrafo. Esta mesada adicional será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince (15) veces el salario mínimo legal mensual."

La norma así aprobada fue incorporada por el legislador como una de las "disposiciones finales del Sistema General de Pensiones", regulado en el Libro I de la ley 100 de 1993 20, que "con las excepciones previstas en el artículo 279" y el respeto a los derechos adquiridos, se aplica a "todos los habitantes del territorio nacional."<sup>21</sup>

Por sus antecedentes y su ubicación en el cuerpo normativo, la mesada adicional es parte del sistema general de pensiones. Esta afirmación se refuerza al observar que la misma ley 100, artículo 279, excluía del régimen general a varios grupos de pensionados, pese a lo cual el texto del artículo 142 incluyó de manera expresa uno de esos grupos, el de "los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de Policía", para que pudieran gozar del beneficio de la mesada adicional. En este sentido, la Corte Constitucional

señaló en la sentencia C-461-95, al ordenar aplicar un beneficio similar a los afiliados al Fondo de Prestaciones del Magisterio:

"La excepción al régimen general, consagrada en el artículo 279 de la ley 100, es total. Vale decir, a los afiliados del mencionado Fondo no se les aplica la Ley 100, en ninguna de sus partes, en lo referente al Sistema Integral de Seguridad Social. El artículo 142 – que consagra la mesada adicional para pensionados – tampoco se aplicaría a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dado que tal artículo forma parte del Sistema Integral de Seguridad Social."<sup>22</sup>

Ahora bien, en nuestro ordenamiento es claro que los requisitos, condiciones y beneficios que configuran un régimen general o un régimen especial, son excluyentes<sup>23</sup>, de manera que los destinatarios de uno y de otro se sujetan en su integridad al que les sea aplicable; salvo disposición legal en contrario que extienda un beneficio del régimen general a los pensionados bajo regímenes especiales, pero sin modificar estos últimos, como es el caso que nos ocupa.

Es claro que la mesada adicional creada por el artículo 142 de la ley 100 de 1993 es un beneficio del sistema general de pensiones, y por lo mismo, de él estaban excluidos quienes se pensionaran bajo los regímenes exceptuados expresamente por el artículo 279 de la misma ley 100; al analizar esta última disposición, la Corte Constitucional con base en la ley 91 de 1989 encontró que los docentes que no tuvieran derecho a la pensión de gracia y los vinculados al fondo de Prestaciones del Magisterio, antes del 1º de enero de 1988, sin derecho a esa pensión, configuraban una excepción arbitraria pues su régimen pensional no incluía ningún beneficio similar a la mesada adicional del mes de junio, con lo cual se rompía la igualdad de todos los pensionados<sup>24</sup>; y tomó esta situación como ejemplo de comparación entre el régimen general y los regímenes especiales, a fin de determinar la constitucionalidad de estos; así, en la sentencia C-080-9925, se lee:

"...7. Con base en los anteriores criterios, la Corte concluyó que, por ejemplo, la exclusión de la mesada pensional adicional prevista por la Ley 100 de 1993 a ciertos maestros desconocía la igualdad, por cuanto estos no gozaban, dentro de su régimen especial, de ningún beneficio similar o equivalente 'que obre como compensación por el deterioro que causa la inflación sobre el poder adquisitivo de las pensiones... 8. El análisis precedente muestra que, conforme a la jurisprudencia de la Corte, en principio no es posible comparar las prestaciones individuales de los regímenes especiales de seguridad social frente a la regulación establecida por el sistema general de pensiones o de salud. Sin embargo, en algunos casos, y de manera excepcional, es procedente un examen de igualdad. Para tal efecto, se requiere que se trate de una prestación claramente separable del conjunto de beneficios previstos por el régimen, en la medida en que tiene una suficiente autonomía y no se encuentra indisolublemente ligada a otras prestaciones..."

La extensión de la mesada adicional del sistema general de pensiones a los grupos de pensionados exceptuados de él, tiene como antecedente la sentencia C- 409-9426 que declaró inexequibles las expresiones "actuales" y "cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1º) de enero de 1988", del artículo 142 de la ley 100 de 1993, por considerar que "la desvalorización constante y progresiva de la moneda" afectaba a todos los pensionados en los reajustes anuales de sus mesadas; la segunda, ya comentada, de la cual surgió un grupo de docentes que por no tener derecho a la pensión de gracia y haberse vinculado al servicio antes del 1º de enero de 1980, no tenían un beneficio equivalente, de manera que la excepción del artículo 279 de la ley 100 de 1993 se había tornado discriminatoria en cuanto



impedía el reconocimiento a este sector de pensionados de dicha mesada adicional.

Las razones expuestas en la sentencia C-409-94 fundamentaron la iniciativa parlamentaria que se concretó en la ley 238 de 1995, y que fue propuesta y aprobada como una "adición" de un párrafo al artículo 279 de la ley 100 de 1993 para que, sin modificar su texto, esto es conservando el reconocimiento de los regímenes especiales de ECOPETROL y del Magisterio, por lo mismo exceptuados del sistema general de pensiones, se precisara que los pensionados de esos sectores tendrían derecho a los beneficios consagrados en los artículos 14 y 142 de dicha ley. El texto aprobado fue el siguiente:

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

Destaca la Sala que la iniciativa fue muy clara en el sentido de aplicar a un grupo de pensionados unos beneficios del régimen general, pero no planteó, ni se discutió, la modificación de los correspondientes regímenes especiales; de este modo, el texto aprobado muestra que con él se permite el reconocimiento de la mesada adicional a los sectores de pensionados exceptuados de ese régimen general pero sin modificar sus propios regímenes especiales para incorporarla a ellos.

Es decir, la mesada pensional no dejó de ser un beneficio del régimen general de pensiones, pero tampoco fue incluida como parte de los beneficios de los regímenes especiales ni de los expresamente relacionados en el artículo 279 de la ley 100 de 1993; en rigor, la ley 238 lo que hizo fue introducir una excepción muy particular a la excepción general, consistente en permitir que un beneficio regulado para los pensionados bajo el régimen general pudiera ser aplicado a quienes por estar sujetos a regímenes especiales de pensión, no podían ser destinatarios de dicho beneficio.

Conservándose como parte del sistema general, la derogatoria de la mesada pensional en la forma como quedó dispuesta por el inciso octavo del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 del 2005, aplica a todos los pensionados, incluidos los docentes oficiales, como se expone a continuación.

## 2.2. La supresión de la mesada adicional del mes de junio:

Con la finalidad de introducir como principio constitucional la indispensable sostenibilidad del sistema de seguridad social y limitar la posibilidad de que por ley o negociación colectiva continuara la multiplicidad de regímenes pensionales y su impacto en las finanzas públicas, el gobierno nacional presentó dos proyectos de acto legislativo el 20 de julio y el 19 de agosto del 2004, los cuales fueron acumulados para su estudio y trámite.

Ambos proyectos contenían la siguiente propuesta de norma constitucional:

"Las personas a las que se les reconozca pensión a partir de la entrada en vigencia del presente acto legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año."

Esta propuesta no encontró reparos en el Congreso y desde el inicio de los debates fue modificada para que la prohibición no quedara referida al reconocimiento de la pensión sino a su causación; así, la norma aprobada como inciso octavo del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 del 2005, ordena:

"Artículo 1º...

"Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se hubiese efectuado su reconocimiento."

En los debates, la propuesta fue aceptada en razón del impacto económico de esa mesada adicional; pero también se dio el acuerdo de introducir una excepción para los pensionados que reciban mesadas no superiores a tres salarios mínimos mensuales legales vigentes, siempre que reúnan los requisitos para pensionarse antes del 31 de julio del 2011; este acuerdo se recogió en el párrafo transitorio 6º del Acto Legislativo No. 01 del 2005: "Párrafo transitorio 6o. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8o. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año".

De manera que, a partir del 25 de julio del 2005, fecha en la cual se publicó el Acto Legislativo No. 01 del 2005 29, las personas que adquieran el derecho a la pensión recibirán un máximo de trece mesadas al año, con la excepción establecida en el párrafo 6º transitorio, que, evidentemente, también está restringida en el tiempo y en sus destinatarios.

Entonces, los docentes oficiales que causen su derecho a la pensión de jubilación o de vejez a partir del 25 de julio del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 01 del 2005, no podrán recibir la mesada adicional del mes de junio creada por el artículo 142 de la ley 100 de 1993; con la salvedad del párrafo transitorio 6º del mencionado acto legislativo.

Con base en las premisas anteriores,

**SE RESPONDE:**

**"1. Desde la perspectiva jurídica, por gozar los docentes de un régimen especialísimo de pensiones y al haber sido excluidos de la aplicación del Sistema de Seguridad Social integral implementado por la ley 100 de 1993 ¿tienen los docentes del sector oficial, nacionales, nacionalizados o territoriales, cuyo derecho a pensión se ha causado con posterioridad a la vigencia del Acto legislativo No. 01 de 2005, derecho a la mesada pensional del mes de junio?"**

**Los docentes del sector oficial, nacionales, nacionalizados y territoriales, que causen el derecho a la pensión de jubilación o vejez a partir del 25 de julio del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 1 del 2005, no tienen derecho a la mesada pensional adicional del mes de junio de que tratan el artículo 142 de la ley 100 de 1993 y la ley 238 de 1995. Se exceptúan los docentes que causen el derecho a la pensión antes del 31 de julio del 2011, si su mesada pensional es igual o inferior a tres salarios mínimos legales vigentes, según lo establece el párrafo transitorio 6º del artículo 1º del Acto Legislativo en mención.**

**"2. De acuerdo con lo dispuesto en el párrafo transitorio 2 del Acto legislativo No. 01 de 2005, ¿la vigencia del régimen exceptuado de los docentes afiliados al fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio expirará el 31 de julio del año 2010?"**

Sí; de manera que en virtud del Acto Legislativo No. 01 del 2005, son tres los regímenes pensionales aplicables al personal docente afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio:

a). el de la ley 91 de 1989 y demás leyes vigentes al 27 de junio del 2003, para los docentes vinculados al servicio con antelación al 27 de junio del 2003 (artículo 81 de la ley 812 del 2003 y artículo 160 de la ley 1151 del 2007).

b). el de prima media con prestación definida de las leyes 100 de 1993 y 797 del 2003, pero con edad de 57 años para hombres y mujeres, tratándose de los docentes vinculados al servicio a partir del 27 de junio del 2003 (artículo 81 de la ley 812 del 2003 y artículo 160 de la ley 1151 del 2007);

c). el del Sistema General de Pensiones, para las pensiones que se causen después del 31 de julio del 2010 (parágrafo transitorio segundo del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 del 2005).

[...] (negrillas y subrayas de la Sala)

Ahora bien, respecto de la aplicación del Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil el Consejo de Estado en providencia del 1 de febrero de 2018 expuso:

La accionante, centra su inconformidad en la interpretación que fue dada por el Tribunal Administrativo del Tolima, a las normas del Acto Legislativo 01 de 2005 que hace referencia a los regímenes pensionales exceptuados, especialmente, el relacionado con la carrera docente y sus derechos pensionales.

Al respecto, indicó que en relación con la mesada catorce, la procedencia para su reconocimiento es la fecha en que se presentó la vinculación al servicio oficial de educación, y no, como razón la autoridad judicial accionada, la fecha de adquisición del estatus pensional por parte de quien pretende el reconocimiento de dicha prestación económica.

Sobre el particular, este juez constitucional encuentra que la interpretación dada por el tribunal accionado, resulta razonable y por lo tanto, los defectos alegados por la parte accionante, no se configuran. Lo anterior, bajo las siguientes consideraciones:

Como se expuso en el acápite de hechos probados en de la presente providencia, en la sentencia que resolvió en segunda instancia sobre las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho de la actora, el fallador parte de la base de establecer con claridad el régimen aplicable (i) tanto al reconocimiento pensional docente, así como a (ii) la mesada adicional número catorce.

Respecto al segundo de los aspectos, el cual resulta ser el relevante para el sub lite, la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo del Tolima, señaló que tras la inclusión de la mesada catorce como un beneficio de los docentes oficiales (a través de la Ley 238 de 1995), con el Acto Legislativo 01 de 2005 se establecieron condiciones específicas para su reconocimiento, de las cuales se puede concluir que (i) la mesada adicional catorce no será pagada a quienes causen su derecho con posterioridad a la entrada en vigencia del acto reformatorio de la constitución y (ii) se exceptúan de ello a quienes obtenga su estatus pensional antes del 31 de julio del 2011, y tengan igual o menos de tres salarios mínimos como monto reconocido.

La conclusión expuesta en precedencia, tuvo como sustento una lectura armónica de las disposiciones del citado acto reformatorio de la constitución, especialmente, lo fijado en el inciso 8º del artículo 1º del

mismo, el cual señala que “las personas cuyo derecho de pensión se cause a partir de la vigencia del presente acto legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento”.

Fundamentó la autoridad judicial accionada dicha interpretación, no sólo en la lectura de las normas, sino también en un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado de fecha 22 de noviembre del 2007, radicado 2007-0084, en donde se expuso lo dicho en precedencia.

A su vez, la autoridad judicial accionada señaló que conforme al concepto del Consejo de Estado, el beneficio de la mesada catorce en favor de los docentes oficiales, si bien fue incluido excepcionalmente, ello no implica una modificación del régimen que regula su situación pensional, razón por la cual, al mantenerse como un beneficio del régimen general (Ley 100 de 1993), “la derogatoria de la mesada pensional en la forma como quedó dispuesta por el inciso octavo del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005, aplica a todos los pensionados, incluidos los docentes oficiales”.<sup>34</sup>

Así las cosas, para esta judicatura, la interpretación dada por la el Tribunal Administrativo del Tolima es razonable, toda vez que obedece a un criterio derivado de la lectura de las normas aplicables al caso concreto, lo que implica que el defecto alegado no se configure.

De acuerdo a lo anterior, es claro concluir que, la mesada catorce consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985 solo puede ser reconocida a aquellos docentes nacionales o nacionalizados que hubieren adquirido su status pensional antes de 25 de julio del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 1 del 2005, o que, habiendo causado su derecho pensional antes del 31 de julio del 2011, su mesada pensional sea igual o inferior a tres salarios mínimos legales vigentes, según lo establece el parágrafo transitorio 6º del artículo 1º del Acto Legislativo en mención.

En este punto considera necesario este Juez Colegiado poner de presente que, la postura aquí plasmada ha sido adoptada en decisiones anteriores de esta Sala, como la tomada dentro del proceso identificado con radicado nro. 17-001-33-33-003-2017-00576-02.

#### **Caso concreto**

De acuerdo a lo probado en el expediente que la señora López Londoño ingresó como docente con posterioridad al 01 de enero de 1981; que mediante Resolución nro. 000081 del 10 de abril de 2006 le fue reconocida una pensión de jubilación, efectiva a partir del 01-01-2006, en cuantía de \$21.384.292.oo.

---

3

4

Conforme a lo anterior evidencia la Sala que la actora adquirió su status pensional después del 25 de julio de 2005, y si bien fue anterior al 31 de julio de 2011, su mesada pensional fue mayor a 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes, por lo que no se encuentran dentro de las excepciones contempladas para que sea procedente el reconocimiento de la mesada adicional consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985, ello en virtud del Acto Legislativo 01 del 25 de julio de 2005.

### **Conclusión**

De conformidad con la normativa y la jurisprudencia citada, y con fundamento en los hechos debidamente acreditados, estima esta sala de decisión que a la parte demandante no le asiste derecho a que le sea reconocida la mesada adicional de junio consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985.

En ese sentido, se confirmará la sentencia dictada en primera instancia mediante la cual se niegan las pretensiones.

### **COSTAS**

En el presente asunto, pese a lo señalado en el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, no se condena en costas toda vez que no existió actuación alguna por la parte demandada en la segunda instancia.

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

### **FALLA**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia del 22 de noviembre de 2021 proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por **MARÍA OFELIA LÓPEZ LONDOÑO** contra la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**.

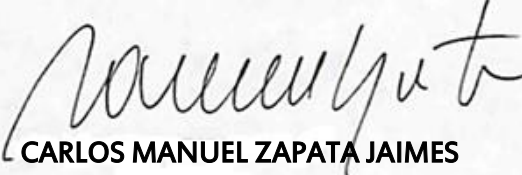
**SEGUNDO: SIN COSTAS** de segunda instancia, conforme a la parte motiva.

**TERCERO: NOTIFÍQUESE** conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA

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

**NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión celebrada el 17 de noviembre de 2022 conforme acta nro. 064 de la misma fecha.



**CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES**

**Magistrado Ponente**



**FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN**

**DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS**

**Magistrado**

**Ausente con permiso**

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS  
ESTADO ELECTRÓNICO**

Notificación por Estado Electrónico nro. 208 del 21 de noviembre de 2022

## REPÚBLICA DE COLOMBIA

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

Manizales, diecisiete (17) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

|                         |  |
|-------------------------|--|
| <b>RADICADO</b>         | <b>17-001-33-39-008-2017-00447-02</b>                        |
| <b>MEDIO DE CONTROL</b> | <b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</b>                |
| <b>DEMANDANTE</b>       | <b>JORGE MARIO CASTRILLÓN ARBOLEDA</b>                       |
| <b>DEMANDADO</b>        | <b>ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES</b> |

Procede la Sala Primera de Decisión el Tribunal Administrativo de Caldas, conforme al artículo 18 de la Ley 446 de 1998, a dictar sentencia de segunda instancia en virtud de recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia que accedió parcialmente a pretensiones, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales el 25 de agosto de 2020.

**PRETENSIONES**

1. Declarar que el señor Jorge Mario Castrillón Arboleda tiene derecho a que se le reliquide la pensión de vejez con fundamento en lo establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.
2. Declarar la nulidad parcial de la Resolución GNR 241811 del 18 de agosto de 2016, por medio de la cual se reliquidó la pensión de vejez.
3. Que se declare la nulidad total de la Resolución VPB 44358 del 12 de diciembre de 2016, que resolvió un recurso de apelación interpuesto contra la Resolución GNR 241811 del 18 de agosto de 2016.
4. Que a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la entidad demandada reliquidar la pensión de vejez según los parámetros establecidos en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, esto es, con el 75% del promedio de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

5. Que a título de restablecimiento del derecho, se condene a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de vejez del demandante a partir del 1° de enero de 2013, teniendo en cuenta para ello un IBL calculado con el promedio de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.
6. Que a título de restablecimiento del derecho, se condene a Colpensiones a reconocer y pagar al actor, una primera mesada pensional a partir del 1° de enero de 2013, equivalente a \$1.745.068.
7. Que se condene a la demandada, a reconocer y pagar las diferencias entre lo cancelado y lo que se ha debido pagar a partir del 1° de enero de 2013.
8. Que se condene a la accionada a que sobre las sumas que resulte condenada reconozca y ordene el pago de las sumas necesarias para hacer los ajustes de valor, conforme al IPC, según lo determinado en el artículo 187 del CGP.
9. Que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos establecidos en el artículo 192 del CPACA.
10. Que se condene en costas y agencias en derecho a la parte demandada, según lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA.

#### **HECHOS**

- ✓ El demandante nació el 18 de febrero de 1968; y estuvo vinculado al servicio del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC en el cargo de dragoneante por más de 20 años, desde el 12 de julio de 1991 al 31 de diciembre de 2012, data en la cual se le aceptó la renuncia.
- ✓ Mediante Resolución nro. 248080 del 2013 Colpensiones reconoció una pensión de vejez a partir del 1° de octubre de 2013. La prestación fue calculada con un total de 1.125 semanas y un IBL por valor de \$1.458.083, al cual se le aplicó una tasa de reemplazo del 75%, lo que arrojó como resultado una mesada pensional por valor de \$1.093.562.
- ✓ Que solicitó la reliquidación de su pensión; petición que fue negada mediante Resolución GNR 249788 del 8 de julio de 2014, confirmada a través de las Resoluciones GNR 94666 del 27 de marzo de 2015 y VPB 49279 del 17 de junio de 2015.



✓ Nuevamente solicitó el reajuste de su pensión para que se incluyeran en el IBL la totalidad de factores salariales percibidos en el último año de servicios, lo cual fue resuelto mediante Resolución GNR 241811 del 18 de agosto de 2016 que ordenó reajustar la prestación periódica; decisión que se confirmó con la Resolución VPB 44358 del 12 de diciembre de 2016.

✓ Que el accionante percibió en su último año de servicios aparte de la asignación básica, prima de riesgo, subsidio de alimentación, auxilio de transporte, bonificación por recreación, prima de vacaciones, prima de navidad y prima de servicios.

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

Consideró que los actos administrativos cuya nulidad se pretende infringen los artículos 13, 48 y 53 de la Constitución Política; el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; los artículos 1 y 3 de la ley 33 de 1985; el artículo 1 de la Ley 62 de 1985; el artículo 73 del Decreto 1848 de 1969; y el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

Manifestó que el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 establece los factores salariales para la liquidación de las pensiones que tuvieron derecho los empleados públicos, los cuales no se incluyeron en el IBL de la pensión del demandante, tal y como se consagró en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2020 proferida por el Consejo de Estado, ratificado por sentencia del 25 de febrero de 2016, en la cual se precisaron los alcances de las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015.

Resaltó, que como el régimen especial en materia pensional aplicable a los empleados del INPEC no contempló los factores a tener en cuenta para su liquidación, se debe atender la remisión de los artículos 114 de la Ley 32 de 1986 y 184 del Decreto 407 de 1994, que señalan que en los aspectos no previstos se aplicaran las normas vigentes para los empleados públicos nacionales, la cual en dado caso sería la Ley 33 de 1985; pero como esta no se aplica a los servidores cobijados por un régimen especial, dada la exclusión del artículo 1º, hace necesario acudir a los factores establecidos en el Decreto 1045 de 1978.

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

La Administradora Colombiana de Pensiones se pronunció sobre los hechos, e indicó de su mayoría que eran ciertos de conformidad con la documental aportada al proceso.

En cuanto a las pretensiones se opuso a su prosperidad, al resaltar que los actos administrativos demandados se encuentran ajustados a derecho.

Propuso las excepciones de:

- **Ausencia del derecho reclamado – aplicación normativa y reliquidación pensional:** explicó que no es posible acceder a la reliquidación de la pensión, ya que al dar aplicación a una normativa anterior, vigente en virtud de lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sobre ella solo se puede aplicar lo atinente a la edad, semanas y monto, más no la forma de calcular el IBL, tal como lo han establecido las Altas Cortes en sus sentencias.
- **Improcedencia de tomar todos los factores salariales devengados:** manifestó que la modificación que introdujo el Decreto 1158 de 1994 se refiere a cuáles serán los factores salariales que se tendrán en cuenta para calcular las cotizaciones al sistema, y es claro que, los rubros que pretende el accionante sean incorporados en el IBL no están enlistados como aquellos sobre los cuales se debe aportar al sistema.
- **Improcedencia de reliquidar la prestación pensional:** en atención a que la prestación periódica se liquidó teniendo en cuenta que el actor es beneficiario del régimen de transición, y por esto, la misma debe calcularse acorde la normativa vigente, y el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 es el que dispone cuál es la forma de calcular la prestación.
- **Prescripción del reajuste de la mesada pensional:** sostuvo que la jurisprudencia tanto de la Corte Suprema como de la Corte Constitucional ha sido clara en establecer que, el derecho a la pensión no prescribe, pero eso solo opera frente a las bases salariales sobre las cuales se determina su monto, excluyendo de esta forma la indexación pensional.
- **Prescripción:** de conformidad con el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y el Decreto 1848 de 1969, es claro que, los derechos prescriben en un término de 3 años, por lo que cualquier exigencia anterior resulte improcedente.
- **Improcedencia de los intereses moratorios por no dar cumplimiento al fallo conforme lo dispuesto en el artículo 192 del CPACA:** para la causación de intereses moratorios, la ley dispone que el interesado debe presentar reclamación ante la entidad, pues los mismos no nacen únicamente por haberse proferido una sentencia condenatoria.
- **Buena fe:** sostiene que el actuar de Colpensiones siempre se ha permeado por este principio, ya que ha atendido de manera diligente las reclamaciones realizadas por el actor.

### **FALLO DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 25 de agosto de 2020, accedió a pretensiones, tras plantearse como problema jurídico determinar si el accionante tenía derecho a que su mesada pensional fuera reliquidada tomando como base todos los factores salariales percibidos por él durante su último año de servicios.

En primer momento, analizó el régimen jurídico aplicable, específicamente el contenido y alcance del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, así como el Acto Legislativo nro. 01 de 2005, para afirmar que los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional que se encontraban vinculados hasta antes del 28 de julio de 2003 –fecha de vigencia del Decreto Ley 2090 -, para efectos pensionales, se rigen por la norma vigente para esa fecha, esto es, la Ley 32 de 1986; y por su parte, al personal que se vinculó con posterioridad a la misma data, y para los mismos efectos, se les aplica el Decreto 2090 de 2003.

Seguidamente, referenció la Ley 32 de 1986 y el Decreto 407 de 1994, para afirmar que, la normas solo indican que los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC tienen derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación al momento de cumplir 20 años de servicio, bien sean continuos o discontinuos, y sin tener en cuenta la edad, pero nada dispuso frente a la forma de liquidación y el monto de la prestación.

Aseveró que para el 1° de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el demandante contaba con 2 años y 8 meses de servicios, y tenía tan solo 26 años de edad, es decir, no reunía ninguno de los requisitos alternativos exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 para ser acogido en el régimen de transición. No obstante, para el 28 de julio de 2003–fecha de entrada en vigencia del Decreto –Ley 2090 de 2003-, el actor hacía parte del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, y por tal razón le resultaba aplicable el artículo 96 de la Ley 32 de 1986.

Al revisar el certificado de valores pagados en el último año de servicios, evidenció que, al actor le cancelaron los siguientes factores salariales: asignación básica mensual, prima de riesgo, subsidio de alimentación, auxilio de transporte, bonificación por recreación, prima de vacaciones, prima de navidad y prima de servicios. Y de acuerdo con lo expuesto, infirió que el demandante tenía derecho a la reliquidación de su pensión con la inclusión del subsidio de alimentación, auxilio de transporte, prima de vacaciones, prima de navidad y

prima de servicios como quiera que estos factores hacían parte de los enlistados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, no así la prima de riesgo y la bonificación por recreación, respecto de las cuales negó su inclusión en el IBL.

Finalmente, sostuvo que no se había configurado la prescripción del reajuste de las mesadas pensionales, teniendo en cuenta que, entre la fecha de reclamación administrativa, 15 de junio de 2016, y la fecha de presentación de la demanda, 5 de octubre de 2017, no habían transcurrido más de tres años.

Se plasmó en la parte resolutive:

*PRIMERO. - DECLARAR parcialmente nulas las Resoluciones GNR 241811 del 18 de agosto de 2016 y VPB 44358 del 12 de diciembre de 2016.*

*SEGUNDO.-A título de restablecimiento del derecho, CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES a reliquidar y pagar a los ajustes económicos de la pensión de jubilación que devenga el señor JORGE MARIO CASTRILLON ARBOLEDA tomando en cuenta el 75% del promedio total de los factores salariales devengados en el último año de servicios (asignación básica mensual, subsidio de alimentación, auxilio de transporte, prima de vacaciones, prima de navidad y prima de servicios), con los respectivos reajustes de ley y descontando las sumas canceladas. Tal reliquidación debe hacerse efectiva a partir del 1 de octubre de 2013. Las sumas insolutas se indexarán aplicando la fórmula establecida en la parte considerativa.*

*TERCERO. -AUTORIZAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, para que el evento de no haberse pagado la totalidad de los aportes de ley sobre los factores salariales ordenados en esta sentencia, realice los descuentos a que haya lugar al momento de pagar las mesadas correspondientes, aportes que en todo caso deberán ser asumidos por el demandante en la proporción de ley.*

*CUARTO. -NEGAR las pretensiones de la demanda con relación a la inclusión de los factores salariales denominados prima de riesgo y bonificación por recreación por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

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

*SEXTO. -SIN COSTAS, por lo considerado.*

### **RECURSO DE APELACIÓN**

La Administradora Colombiana de Pensiones apeló la sentencia mediante memorial que reposa en el archivo #09 del expediente digital.

Indicó que se evidencia que, al accionante Colpensiones le reliquidó pensión de vejez de conformidad con la Ley 32 de 1986, aplicando un IBL de \$1.466.941, con una tasa de remplazo del 75%, en cuantía inicial de \$1.100.206, efectiva a partir del 1° de octubre de 2013.

Resaltó que el artículo 9 de la Ley 32 de 1986 simplemente establece el tiempo de servicios que debe tenerse en cuenta para reconocer la pensión, pero no consagra la forma de liquidar la prestación, lo que significa que existe un vacío en este aspecto que debe llenarse con lo establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

Con fundamento en las premisas normativas y jurisprudenciales citadas en el recurso, concluyó que la pensión que fue reconocida al señor Jorge Mario Castrillón Arboleda no puede ser reliquidada en los términos deprecados, es decir, teniendo cuenta todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios para el cálculo del IBL conforme la Ley 32 de 1986, ya que, la prestación solo puede ser liquidada según lo normado por el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 teniendo en cuenta que: (i) la Ley 32 de 1986 no contempla la forma de liquidación de la pensión; (ii) la fecha de estatus del demandante (11 de julio de 2011) se causó en vigencia de la Ley 100 de 1993; y (iii) la única forma lógica para suplir el vacío normativo de la ley especial es acudir a las normas de carácter general, para el caso en cuestión Ley 100 de 1993.

Por ello, insistió, en que la liquidación del IBL de las pensiones de vejez reconocidas conforme al régimen de transición se deberán realizar, teniendo en cuenta el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o el artículo 21 *ibidem*, según corresponda, así como los factores salariales establecidos en los artículos 18 y 19 de la Ley 100 de 1993 y artículo 1 del Decreto 1158 del 3 de junio de 1994.

En consideración de los argumentos jurídicos y jurisprudenciales expuestos y citados, solicitó se accediera a las peticiones hechas en favor de Colpensiones, y como consecuencia, se revocaran los numerales primero, segundo, tercero y quinto del fallo

proferido en primera instancia, y en su lugar se absolviera a la entidad de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

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

**Parte demandante:** aseveró que no le asiste razón a la entidad, ya que al momento de efectuar la liquidación de la pensión del actor no tuvo en cuenta el promedio de todos y cada uno de los factores salariales devengados en el último año de servicios, los cuales fueron objeto de cotización de conformidad con las certificaciones laborales.

En ese orden de ideas, y teniendo en cuenta el fundamento constitucional, legal y jurisprudencial citado en los alegatos, afirmó que es claro que la reliquidación de la pensión es procedente, conforme los factores salariales enlistado en el artículo 45 de Decreto 1045 de 1978.

Que así las cosas, en virtud del principio de favorabilidad, del artículo 53 de la Constitución Política, y el principio de inescindibilidad que prohíbe dentro de una sana hermenéutica desmembrar las normas legales rompiendo de tal manera el principio de la seguridad jurídica, era procedente confirmar la decisión de primera instancia y acceder a las suplicas incoadas en la demanda.

### **CONSIDERACIONES.**

La Sala no observa irregularidades procedimentales que conlleven a decretar la nulidad parcial o total de lo hasta aquí actuado, y procederá en consecuencia a fallar de fondo el proceso.

#### **Problema jurídico**

¿Le asiste derecho a la parte demandante a que su pensión de jubilación se reliquide con inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados por aquel en el último año de servicio?

#### **Lo probado**

- Según lo consignado en los actos administrativos demandados, el señor Jorge Mario Castrillón Arboleda nació el 18 de febrero de 1968.

- Según formato nro. 1 – certificado de información laboral - el demandante ingresó al INPEC en el cargo de Dragoneante el 12 de julio de 1991 hasta el 31 de diciembre de 2012, efectuando aportes a Cajanal (del 12 de julio de 1991 al 30 de junio de 2009) y al ISS (del 1 de julio de 2009 al 31 de diciembre de 2012). Información que se corrobora con la constancia expedida por la Coordinadora del Grupo Administrativo de Hojas de Vida de la Subdirección de Talento Humano del INPEC.
- Mediante Resolución nro. 005469 del 5 de diciembre de 2012 se aceptó la renuncia del accionante al cargo de dragoneante a partir del 31 de diciembre de 2012.
- A través de Resolución nro. 248080 del 4 de octubre de 2013 se reconoció una pensión de vejez al demandante con fundamento en la Ley 32 de 1986 y el Decreto 407 de 1994; prestación que fue liquidada con un IBL por valor de \$1.458.083 y una tasa de reemplazo del 75%, para obtener una mesada en la suma de \$1.093.562. Se indicó que la fecha de adquisición del estatus era 11 de agosto de 2011.
- Mediante Resolución GNR 249788 del 8 de julio de 2014 se negó una reliquidación de la pensión de vejez del accionante. Decisión que fue confirmada por la Resolución GNR 94666 del 27 de marzo de 2015, que desató un recurso de reposición; y la Resolución VPB 49279 del 17 de junio de 2015, que resolvió el recurso de apelación.
- A través de Resolución GNR 241811 del 18 de agosto de 2016 se reliquidó la pensión de vejez del accionante con fundamento en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, es decir, con el promedio de los factores salariales devengados en los últimos 10 años de servicios, en consonancia con lo establecido en el Decreto 1158 de 1994 (asignación básica, bonificación por servicios prestados y dominicales y festivos). Se obtuvo entonces una mesada pensional por valor de \$1.100.206, efectiva al 1° de octubre de 2013.
- Mediante Resolución nro. VPB 44358 del 12 de diciembre de 2016 se desató un recurso de apelación interpuesto contra la Resolución GNR 241811 del 18 de agosto de 2016, y se decidió confirmar la decisión.
- Según certificado salarial, el actor devengó en el último año de servicios asignación básica mensual, prima de riesgo, subsidio de alimentación, auxilio de transporte, bonificación por recreación, prima de vacaciones, prima de navidad y prima de servicios.

### **Solución al problema jurídico**

¿Le asiste derecho a la parte demandante a que su pensión de jubilación se reliquide con inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados por aquel en el último año de servicio?

**Tesis:** La Sala defenderá tesis que el demandante no tiene derecho a que se reliquide su pensión de vejez con la inclusión en el IBL de la totalidad de factores salariales devengados en el último año de servicios según el decreto 1045 de 1978, ya que el ingreso base de liquidación de su pensión se rige por lo establecido en la Ley 100 de 1993.

### **Marco normativo**

La Ley 32 de 1986 dispone en relación con la pensión de los miembros del INPEC lo siguiente:

**ARTÍCULO 96. PENSIÓN DE JUBILACIÓN:** *Los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional, tendrán derecho a gozar de la pensión de jubilación al cumplir veinte (20) años de servicio, continuos o discontinuos al servicio de la guardia nacional, sin tener en cuenta su edad.*

(...)

**ARTÍCULO 114. NORMAS SUBSIDIARIAS:** *En los aspectos no previstos en esta ley o en sus decretos reglamentarios, a los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria nacional, se les aplicarán las normas vigentes para los empleados públicos nacionales.*

De acuerdo a lo anterior, los empleados del Cuerpo de Custodia y Vigilancia gozan de un régimen prestacional especial para efectos de la pensión de jubilación, consistente en que tendrán derecho a que se les reconozca tal prestación al cumplir 20 años de servicios a cualquier edad.

De manera posterior, con la Ley 65 de 1993 (Código Penitenciario y Carcelario), artículo 172, fueron conferidas facultades extraordinarias al presidente para dictar normas con fuerza material de ley, entre otros aspectos, para el regular frente a los empleados del sistema penitenciario y carcelario el *“Régimen salarial, prestacional y pensional, que no podrá desmejorar los derechos y garantías vigentes de los actuales servidores”*.



Por su parte, la Ley 100 de 1993 al promulgar el régimen general de pensiones que entró a regir el 1º de abril de 1994, dispuso en su artículo 140 una salvedad respecto de las actividades de alto riesgo y las del personal del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria al señalar:

**ARTÍCULO 140. ACTIVIDADES DE ALTO RIESGO DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS.** *De conformidad con la Ley 4a. de 1992, el Gobierno Nacional expedirá el régimen de los servidores públicos que laboren en actividades de alto riesgo, teniendo en cuenta una menor edad de jubilación o un número menor de semanas de cotización, o ambos requisitos. Se consideran para este efecto como actividades de alto riesgo para el trabajador aquellas que cumplen algunos sectores tales como el Cuerpo de Custodia y Vigilancia Nacional Penitenciaria. Todo sin desconocer derechos adquiridos.*

*El Gobierno Nacional establecerá los puntos porcentuales adicionales de cotización a cargo del empleador, o del empleador y el trabajador, según cada actividad. (Subraya la Sala).*

Con base en las anteriores disposiciones, el 20 de febrero de 1994, esto es, después de la expedición de la Ley 100 de 1993<sup>1</sup>, pero antes de la entrada en vigencia del régimen general de pensiones allí establecido<sup>2</sup>, se expidió el Decreto 407 de 1994, a través del cual se estableció el “Régimen de Personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario”, ratificando para efectos pensionales el régimen especial de jubilación dispuesto en el artículo 96 de la Ley 32 de 1986, sin otro requisito distinto al de que, para el momento de la entrada vigencia de dicho decreto, los funcionarios respectivos ya hicieren parte del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria. En efecto el artículo 168 del Decreto 407 de 1994 señaló:

**ARTÍCULO 168:** *Los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, que a la fecha de la vigencia del presente decreto<sup>3</sup> se encuentren prestando sus servicios al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, tendrán derecho a gozar de la pensión de jubilación en los términos establecidos en el artículo 96 de la Ley 32 de 1986. El tiempo de servicio prestado en la fuerza pública se tendrá en cuenta para estos efectos (...)*

**PARÁGRAFO 1º.** *Las personas que ingresen a partir de la vigencia de este decreto, al Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, tendrán derecho a una*

---

<sup>1</sup> 23 de diciembre de 1993 -publicada en el Diario Oficial 41.148 de dicha fecha-.

<sup>2</sup> 1 de abril de 1994, artículo 151 de la referida Ley.

<sup>3</sup> 21 de febrero de 1994, dada su publicación en el Diario Oficial 41.233 de dicha fecha.

*pensión de vejez en los términos que establezca el Gobierno Nacional, en desarrollo del artículo 140 de la Ley 100 de 1993 para las actividades de alto riesgo (...).*

Así las cosas, los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC que para el 21 de febrero de 1994, fecha de entrada en vigencia del Decreto 407 de 1994, se encontraran prestando sus servicios a la entidad, tendrían derecho a gozar de la pensión de jubilación en los términos establecidos en el artículo 96 de la Ley 32 de 1986. Por el contrario, quienes ingresaran a laborar como guardias de dicha institución con posterioridad a la mencionada fecha, la prestación sería reconocida conforme a lo dispuesto por el Gobierno Nacional sobre la materia en desarrollo del artículo 140 de la Ley 100 de 1993.

Ahora bien, el presidente en uso de las facultades extraordinarias otorgadas en el artículo 17 (numeral 2) de la Ley 797 de 2003 que reformó “(...) algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales”, expidió el Decreto 2090 de 2003, “por el cual se definen las actividades de alto riesgo para la salud del trabajador y se modifican y señalan las condiciones, requisitos y beneficios del régimen de pensiones de los trabajadores que laboran en dichas actividades”, el cual en el numeral 7 del artículo 2 enlistó como actividad de alto riesgo para la salud del trabajador la desarrollada en el INPEC. Veamos:

**ARTÍCULO 2o. ACTIVIDADES DE ALTO RIESGO PARA LA SALUD DEL TRABAJADOR.** *Se consideran actividades de alto riesgo para la salud de los trabajadores las siguientes:*

*(...)*

*7. En el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, Inpec, la actividad del personal dedicado a la custodia y vigilancia de los internos en los centros de reclusión carcelaria, durante el tiempo en el que ejecuten dicha labor. Así mismo, el personal que labore en las actividades antes señaladas en otros establecimientos carcelarios, con excepción de aquellos administrados por la fuerza pública.».*

A su vez, en los artículos 3º y 4º *ibidem* se establecieron las condiciones y requisitos para ser beneficiario de la pensión especial de jubilación, así:

**ARTÍCULO 3º. PENSIONES ESPECIALES DE VEJEZ.** *Los afiliados al Régimen de Prima Media con prestación definida del Sistema General de Pensiones, que se dediquen en forma permanente al ejercicio de las actividades indicadas en el artículo anterior, durante el número de semanas que corresponda y efectúen la cotización especial durante por lo*

*menos 700 semanas, sean estas continuas o discontinuas, tendrán derecho a la pensión especial de vejez, cuando reúnan los requisitos establecidos en el artículo siguiente.*

**ARTÍCULO 4º. CONDICIONES Y REQUISITOS PARA TENER DERECHO A LA PENSIÓN ESPECIAL DE VEJEZ.** *La pensión especial de vejez se sujetará a los siguientes requisitos:*

- 1. Haber cumplido 55 años de edad.*
- 2. Haber cotizado el número mínimo de semanas establecido para el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, al que se refiere el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003.*

*La edad para el reconocimiento especial de vejez se disminuirá en un (1) año por cada (60) semanas de cotización especial, adicionales a las mínimas requeridas en el Sistema General de Pensiones, sin que dicha edad pueda ser inferior a cincuenta (50) años.*

Y el artículo 6º del Decreto 2090 de 2003 consagró un régimen de transición de la siguiente forma:

**ARTÍCULO 6º. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN.** *Quienes a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto hubieren cotizado cuando menos 500 semanas de cotización especial, tendrán derecho a que, una vez cumplido el número mínimo de semanas exigido por la Ley 797 de 2003 para acceder a la pensión, esta les sea reconocida en las mismas condiciones establecidas en las normas anteriores que regulaban las actividades de alto riesgo.*

**Parágrafo.** *Para poder ejercer los derechos que se establecen en el presente decreto cuando las personas se encuentren cubiertas por el régimen de transición, deberán cumplir en adición a los requisitos especiales aquí señalados, los previstos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1814 de la Ley 797 de 2003.*

De otro lado, el 13 de junio de 2005 se expidió el Decreto 1950, que reglamentó el artículo 140 de la Ley 100 de 1993 respecto de los miembros de Custodia y Vigilancia y dispuso:

**Artículo 1º.** *De conformidad con lo dispuesto por el artículo 140 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto-ley 2090 de 2003, a partir de la entrada en vigencia de este último decreto, a los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional se les aplicará el régimen de alto riesgo contemplado en el mismo. Con anterioridad a dicha fecha se aplicará el régimen hasta ese entonces vigente para dichas personas por razón de los riesgos de su labor, esto es, el dispuesto para el efecto por la Ley 32 de 1986, para lo cual deben haberse cubierto las cotizaciones correspondientes de conformidad con el Decreto-ley 407 de 1994 en concordancia con el artículo 1º del Decreto 1835 de 1994.*

Finalmente, se expidió Acto Legislativo 1 de 22 de julio 2005, que retomó lo expuesto en el Decreto 1950 de 2005, y que adicionó el artículo 48 Constitucional de la siguiente manera:

*Parágrafo transitorio 5°. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 140 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 2090 de 2003, a partir de la entrada en vigencia de este último decreto, a los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional se les aplicará el régimen de alto riesgo contemplado en el mismo. A quienes ingresaron con anterioridad a dicha fecha se aplicará el régimen hasta ese entonces vigente para dichas personas por razón de los riesgos de su labor, este es el dispuesto para el efecto por la Ley 32 de 1986, para lo cual deben haberse cubierto las cotizaciones correspondientes.*

Con lo anterior, se deja en claro el régimen pensional del personal de custodia del INPEC.

Se recuerda, que en este caso se discute es la manera de calcular el ingreso base de liquidación de la pensión del demandante, al argumentarse que este debe estar conformado por los factores salariales devengados en el último año de servicios de acuerdo al Decreto 1045 de 1978, ya que su prestación periódica se rige por la Ley 32 de 1986, tal como lo aceptó la *A quo*. Y Por su parte Colpensiones argumenta que el ingreso base de liquidación debe calcularse con el promedio de los factores salariales recibidos en los 10 últimos años, según los rubros determinados en el Decreto 1158 de 1994, ya que el IBL no hace parte del régimen de transición.

Sobre este tema, con ocasión de la sentencia SU-230 de 2015 de la Corte Constitucional, se generó una amplia discusión no solo sobre la procedencia de incluir el ingreso base de liquidación como parte de los aspectos que por el régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993 deben ser respetados y reconocidos conforme a la legislación anterior aplicable, sino también acerca de los factores salariales que deben ser tenidos en cuenta en la respectiva liquidación, esto es, si deben ser solamente aquellos en relación con los cuales se hubieren hecho los correspondientes aportes.

En efecto, en varios pronunciamientos, el Consejo de Estado reiteró que, de un lado, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 contemplaba como elementos constitutivos del régimen de transición la edad, el tiempo de servicio y el monto, entendiendo que a este último comprendía no solo el IBL del último año de servicios sino también el porcentaje asignado por la ley; y, de otra parte, que la única excepción a lo que debe entenderse por monto

aplica para las pensiones de los congresistas y asimilados, en virtud de la cosa juzgada constitucional con ocasión de la sentencia C-258 de 2013.

En sentencia SU-395 de 2017<sup>4</sup>, la Corte Constitucional nuevamente insistió en que el régimen de transición contemplado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 abarcaba edad, tiempo de servicios y monto de la pensión, entendiendo por este último la tasa de reemplazo, es decir, el porcentaje correspondiente y no el ingreso base de liquidación, el cual debía ser promediado, para todos los efectos, con la base del régimen general; y que solo pueden incluirse los factores de liquidación de la pensión sobre los cuales se hubieren realizado las cotizaciones respectivas.

Posteriormente, el Consejo de Estado profirió sentencia de unificación el 28 de agosto de 2018<sup>5</sup>, en la que precisó lo siguiente:

*1. El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985.*

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

*- Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.*

*- Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.*

*3. Los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se*

---

<sup>4</sup> Corte Constitucional. Sala Plena. Magistrado Ponente: Dr. Luis Guillermo Guerrero Pérez. Sentencia SU-395 del 22 de junio de 2017.

<sup>5</sup> Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. César Palomino Cortés. Sentencia del 28 de agosto de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 52001-23-33-000-2012-00143-01(IJ).

*hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.*

En aplicación de la nueva jurisprudencia sobre los elementos del régimen de transición al caso concreto, la sentencia de unificación citada precisó los efectos de la decisión con la cual se fijaron las reglas jurisprudenciales en materia de aplicación del régimen de transición; y al respecto determinó que el nuevo criterio señalado se aplicaría en forma retrospectiva, esto es, a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias, salvo aquellos en los que hubiere operado la cosa juzgada, que en virtud del principio de seguridad jurídica resultarían inmodificables.

Así las cosas, la Sala considera que se debe acudir al precedente vigente sobre la materia, dado que el presente asunto se encuentra pendiente de decisión, por lo que no ha operado cosa juzgada.

Como se advirtió en el acápite correspondiente, se encuentra acreditado en el expediente que, el demandante prestó sus servicios al INPEC entre el 12 de julio de 1991 hasta el 31 de diciembre de 2012, esto quiere decir que, para el 27 de julio de 2003, fecha de entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003, el demandante aún no cumplía los 20 años de servicios, pero sí contaba con más de 500 semanas de cotización, luego esta situación lo hacía beneficiario de la Ley 32 de 1986, como en efecto lo reconoció la entidad demandada en los actos acusados, siendo este un aspecto que no está en discusión en el presente proceso.

En cuanto a la forma de liquidación de la pensión, la jurisprudencia de la Corte Constitucional en diferentes pronunciamientos ha considerado que, la regla de exclusión del IBL aplica para todos los regímenes pensionales anteriores a la Ley 100 de 1993, incluso aquellos que contemplan regímenes especiales como sería el caso del demandante. En Sentencia T-109 de 2019 la Corte Constitucional reiteró:

*Así, en la Sentencia SU-230 de 2015, la Sala Plena "reafirmó la interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 establecida en la sentencia C-258 de 2013, fallo en el que por primera vez la Sala analizó el IBL, en el sentido de que, el modo de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón a que el régimen de transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el promedio de liquidación. Por tanto, el IBL debe*

*ser contemplado en el régimen general para todos los efectos”.*

*Así mismo, la Sala estima pertinente reiterar que la interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 anteriormente descrita **abarca a todos los regímenes anteriores a la expedición de dicha normativa**, esto es, cubija tanto a quienes estuvieron afiliados al denominado régimen general (Ley 33 de 1985) como a los demás regímenes especiales (Rama Judicial, Procuraduría General de la Nación, Registraduría Nacional del Estado Civil, etc.).*

*En otras palabras, la interpretación establecida por la Corte Constitucional en relación con el ingreso base de liquidación como aspecto excluido del régimen de transición es aplicable para todas las normas anteriores a la Ley 100 de 1993, **incluso aquellas que contemplan regímenes especiales.***

*El anterior precedente constitucional ha sido reiterado en múltiples ocasiones por la Corte Constitucional –tanto por la Sala Plena como por las distintas Salas de Revisión– en las Sentencias SU-427 de 2016, SU-395 de 2017, SU-631 de 2017, SU-023 de 2018, SU-068 de 2018, SU-114 de 2018, T-078 de 2014, T-494 de 2017, T-643 de 2017, T-661 de 2017, T-039 de 2018, T-328 de 2018 y T-368 de 2018.*

Es claro entonces que, la regla fijada por la Corte Constitucional, consiste en que *el Ingreso Base de Liquidación (IBL) no hace parte del régimen de transición consagrado en el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993*, aplica tanto para el régimen general como para los regímenes especiales, por lo que el IBL se debe establecer en los términos del inciso 3º de ese artículo que establece que:

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

Lo anterior, en concordancia con el 21 de la misma ley que precisa:

*Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, el promedio de los salarios o rentas **sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión**, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones*

*de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.*

*Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo.*

En el mismo sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en sentencia del 1 de junio de 2020<sup>6</sup>, al señalar que:

*4.6. Con todo, conviene señalar que, si en gracia de discusión se tuviera que el actor sí es beneficiario del régimen de transición del Decreto 2090 de 2003, lo cierto es que tampoco habría lugar al amparo de los derechos fundamentales que invoca. Lo anterior, por cuanto la decisión del tribunal de denegar la reliquidación de la pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales, está conforme con la jurisprudencia de la Corte Constitucional que, en diferentes pronunciamientos, ha considerado que la regla de exclusión del IBL aplica para todos los regímenes pensionales anteriores a la Ley 100 de 1993, incluso, aquellos que contemplan regímenes especiales como sería el caso del demandante. (Se resalta).*

Y frente a un caso con supuestos fácticos similares al presente, se encuentra sentencia del 9 de junio de 2022, dictada por la Sección Segunda – Subsección B del Consejo de Estado dentro del proceso con radicado 23001-23-33-000-2016-00284-01, en la cual se concluyó:

*60. En el sub iudice, teniendo en cuenta lo hechos anunciados, se tiene que el actor inició labores en el INPEC el 17 de noviembre de 1987, por lo que al 28 de julio de 2003, fecha en la que entro a regir el Decreto 2090 de 2003, acreditaba 823 semanas de cotización, cumpliendo los supuestos de la norma para, en virtud del régimen de transición del mencionado decreto, obtener el derecho pensional bajo las disposiciones de la Ley 32 de 1986.*

*61. Así las cosas, se tiene que el ente de previsión acertó al reconocerle la pensión de jubilación al actor, por medio de la Resolución GNR 233007 del 12 de septiembre de 2013, con los requisitos de edad y tiempo, así como con la tasa pensional (75%), contenidos en la Ley 32 de 1986 y el Decreto 407 de 1994.*

---

<sup>6</sup> Sección Cuarta. C.P. Julio Roberto Piza Rodríguez. (11) de junio de dos mil veinte (2020). Radicación: 11001-03-15-000-2020-01850-00(AC),



*62. Dicha prestación, fue calculada sobre el promedio de lo cotizado en los 10 últimos años de servicios, con inclusión de la asignación básica, el sobresueldo y la bonificación por servicios prestados, como lo preceptúa el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 en armonía con los emolumentos establecidos en los Decretos 691 y 1158 de 1994 como ingreso base de cotización (IBC).*

*63. Así las cosas, se tiene que al accionante le fue calculada su pensión de jubilación con fundamento en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 en armonía con los emolumentos establecidos en los Decretos 691 y 1158 de 1994 como ingreso base de cotización (IBC), en atención a las reglas de interpretación fijadas tanto por la Corte Constitucional como por el Consejo de Estado, establecidas en las sentencias citadas en el acápite precedente, en el sentido de que en tal inciso el legislador excluyó del régimen de transición la expectativa de las personas beneficiarias de este de obtener su pensión con el ingreso base de liquidación (IBL) que consagraba el régimen anterior al que se encontraban afiliados al entrar en vigor aquella, por lo que se someten a lo dispuesto en la mencionada norma o en el inciso 3º del artículo 36 ibídem, según corresponda, tal como lo hizo COLPENSIONES en el presente caso; lo que además guarda relación con el artículo 48 superior, en cuanto dispone que «(p)ara la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones (...).».*

*64. Es de indicar, que los fallos de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, mencionados con anterioridad, en los cuales se precisó la aplicación del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, en particular, en lo que tiene que ver con el ingreso base de liquidación (IBL) pensional, la sala plena de esta Corporación advirtió que «(...) por regla general, ha dado aplicación al precedente en forma retrospectiva, método al que se acudirá en esta sentencia, disponiendo que las reglas jurisprudenciales que se fijaron en este pronunciamiento se aplican a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables».*

Lo expuesto sirve para afirmar que, al demandante no le es aplicable la Ley 32 de 1986 y sus normas complementarias anteriores a la Ley 100 de 1993, ya que él no adquirió el estatus pensional antes de la entrada en vigencia de esta norma; sino que su situación pensional se rige por esa ley del año 1986 pero en aplicación del régimen de transición establecido en los decretos especiales del INPEC proferidos después de la Ley 100 de

1993, ya que incluso su estatus pensional fue posterior a la entrada en vigencia de esta disposición.

Así las cosas, para efectos de la liquidación de la pensión de vejez del demandante se debe tener en cuenta el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el 21 de la misma ley, normas que solo permiten incluir en el IBL los factores sobre los que se hubiera cotizado, acorde al Decreto 1158 de 1994; por lo tanto, no le asiste razón al demandante al señalar que le resulta aplicable el Decreto 1045 de 1978 para efectos de calcular su pensión, esto es, promediar los factores salariales percibidos en el último año de servicios.

### **Conclusiones**

En este caso la sentencia de primera instancia emitida el 25 de agosto de 2020 por el Juzgado Octavo Administrativo deberá ser revocada, y en consecuencia se deben negar las pretensiones, ya que el IBL de la pensión del accionante no se debe calcular de la forma peticionada en la demanda, sino en los términos establecidos en la Ley 100 de 1993, por cuanto este aspecto no hace parte del régimen de transición que le es aplicable.

### **Costas**

En el presente asunto, pese a lo señalado en el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, no se condenará en costas a la parte demandante, toda vez que no existió actuación de la parte demandada en segunda instancia.

En mérito de lo expuesto, **LA SALA PRIMERA DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

### **FALLA**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia del 25 de agosto de 2020 emitida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por el **JORGE MARIO CASTRILLÓN ARBOLEDA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**.

En su lugar:

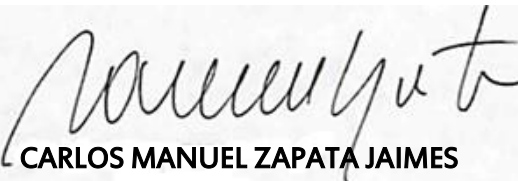
1. **DECLARAR PROBADAS LAS EXCEPCIONES** denominadas “Ausencia del derecho reclamado – aplicación normativa y reliquidación pensional”, “Improcedencia de tomar todos los factores salariales devengados” e “Improcedencia de reliquidar la prestación pensional” planteadas por Colpensiones, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.
2. **NEGAR LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA.**

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

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

**NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**

Proyecto discutido y aprobado en Sala realizada el 17 de noviembre de 2022, conforme acta nro. 064 de la misma fecha.



**CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES**

**Magistrado Ponente**



**FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN**

**DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS**

**Magistrado**

**Ausente con permiso**

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS  
ESTADO ELECTRÓNICO

Notificación por Estado Electrónico nro. 208 del 21 de noviembre de 2022

# REPÚBLICA DE COLOMBIA



## RAMA JUDICIAL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

*Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía*

Manizales, noviembre dieciocho (18) de dos mil veintidós (2022)

**A.I. 232**

**Medio de Control: Ejecutivo**

**Demandante: Francisco Joel Ángel Gómez**

**Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones -  
Colpensiones**

**Radicado: 1700123-33-02017-00432-00**

### **Asunto**

Procede el Despacho a resolver la solicitud elevada por el apoderado judicial de la entidad Colpensiones, respecto al control de legalidad que debe efectuarse al proceso antes de darse por terminado.

### **Antecedentes**

Mediante auto proferido el pasado 31 de octubre de 2022, se ordenó dar traslado a las partes por el término de tres (3) días, de la solicitud precitada por la entidad Colpensiones. A su vez, se requirió a la entidad rendir explicaciones sobre el fundamento de la solicitud.

El 4 de noviembre de 2012, la entidad a través de correo electrónico en aras de dar respuesta al requerimiento del despacho, señaló: (i) Que se otorgó poder a la firma de abogados Wold Legal Corporation, y ésta le sustituyó el poder a la abogada Nancy Yanet Restrepo Hernández. (ii) Contestó la demanda y propuso excepciones e indicó que el despacho no realizó controles de legalidad en las actuaciones procesales (iii) La firma Unión temporal Abaco Paniagua & Cohen, no ha demandado a la entidad Colpensiones en procesos de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, ni tiene proceso en contra de dicha entidad (iv) presentó objeción a la liquidación del crédito, presentada por el apoderado judicial de la parte actora y se presentó la petición en aras de la protección de sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social; (v) Se detectó que la sentencia superó el tope de 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes, generando liquidaciones por encima del valor que le corresponde al demandante.

En escrito del 4 de noviembre del año avante, el apoderado judicial de la parte actora, se opuso a la solicitud elevada por la entidad, al considerar que la misma es extemporánea e impertinente; basado en las oportunidades procesales que tuvo Colpensiones para debatir las actuaciones judiciales adelantadas en el proceso de Nulidad y Restablecimiento, así como el proceso ejecución originado por el incumplimiento de la orden judicial.

En aras de resolver la solicitud elevada por el apoderado judicial de la entidad Colpensiones, el realizan las siguientes,

### Consideraciones

El Código General del Proceso previó en los artículos 117, 173, 318, las términos y oportunidades procesales, para la realización de los actos procesales de las partes, como son la presentación de la demanda, contestación, excepciones, allegar los medios probatorios, interponer los recursos pertinente y nulidades si fuera del caso. Lo anterior, tiene apoyo en el derecho de contradicción y defensa que tiene los administrados frente a las decisiones y actos judiciales.

A su vez, los artículos 303 y 305 ibidem, dispone sobre la ejecución de las providencias, los términos de ejecutoria, y los efectos del valor de cosa juzgada de la sentencia. Que no pueden ser debatidos nuevamente en un proceso posterior. Como quiera que las decisiones judiciales tienen características vinculantes y obligatorias.

Es preciso señalar como se ha indicado por las Altas Cortes sobre la obligatoriedad de los fallos judiciales como elementos esenciales de la cosa juzgada como garantía del principio de seguridad jurídica, como institución jurídica que conlleva al carácter definitivo de una decisión judicial respecto de determinada controversia.

Sobre el particular, el Consejo de Estado<sup>1</sup>, ha explicado sobre el alcance del fenómeno de la cosa juzgada frente a las decisiones judiciales, al prevenir que de dicten decisiones contradictorias, que fueron definidas en su oportunidad, al respecto la corporación señaló:

*“Las sentencias dictadas por los funcionarios judiciales, con el fin de garantizar el orden, la justicia y la seguridad jurídica, tienen las características de ser imperativas, siendo susceptibles de cumplirse coercitivamente y convirtiéndose a la postre en inmutables, garantizándole a los ciudadanos la protección de sus derechos.*

*La cosa juzgada tiene unos efectos importantes, los cuales pueden resumirse así:*

- i. Impide la posibilidad de volver a plantear las mismas pretensiones ante la autoridad judicial.*
- ii. La sentencia ejecutoriada - cosa juzgada formal - frente a la cual no existe posibilidad de impugnación - cosa juzgada material - no puede ser modificada adquiriendo la característica de la inmutabilidad.*
- iii. La prestación impuesta a cargo de una de las partes en la sentencia puede hacerse cumplir coercitivamente.*

---

<sup>1</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 12 de diciembre de 2005, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

*En este orden de ideas, se presenta cosa juzgada, adquiriendo esta figura jurídica toda la importancia que la reviste, cuando llega al conocimiento de la jurisdicción un nuevo proceso con identidad jurídica de partes, causa e igual objeto al ya resuelto por los funcionarios judiciales.”*

Como se ha precisado por la jurisprudencia, el cumplimiento de los actos judiciales, tiene como garantía de los derechos a la seguridad jurídica, atendiendo al su carácter definitivo y obligatorio de la sentencia, sin que deba hacer controvertida indefinidamente.

### **Naturaleza y finalidad del proceso ejecutivo**

En virtud del artículo 422 del CGP, se pueden demandar ejecutivamente las obligaciones claras, expresas y exigibles contenidas en documentos idóneos, así como en las sentencias proferidas por juez o tribunal.

A su vez, en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa la sentencia debidamente ejecutoriada, constituye título ejecutivo en virtud del numeral 1 el artículo 297 el CPACA.

Sobre la naturaleza del proceso ejecutivo el Consejo de Estado, en sentencia del 12 de julio de 2018<sup>2</sup>, ha estimado, este se caracteriza por ser un proceso de ejecución que permite garantizar los derechos otorgados en un título ejecutivo, que tiene la finalidad hacer efectivo los derechos reconocidos:

*“En primer lugar, la Sala advierte que el proceso ejecutivo es un instituto jurídico procesal idóneo para garantizar el ejercicio libre y eficaz de los derechos respecto de los cuales no hay duda que le pertenecen a una persona, incluso mediante el uso de la facultad coercitiva de la rama jurisdiccional del poder público.*

*En otras palabras, el proceso ejecutivo es una herramienta por medio de la cual el ordenamiento jurídico le brinda a los asociados la posibilidad de hacer efectivo el derecho material o sustancial del que son titulares, como una manifestación del compromiso del Estado colombiano en la consecución de sus fines esenciales.*

La Corte Constitucional, mediante sentencia C-454 de 12 de junio de 2002 se pronunció acerca de la finalidad del proceso ejecutivo, en los siguientes términos:

*“4.1. El proceso ejecutivo en general tiene por finalidad obtener la plena satisfacción de una prestación u obligación a favor del demandante y a cargo del demandado; se trata, como lo han definido los doctrinantes de una pretensión cierta pero insatisfecha, que se caracteriza porque no se agota sino con el pago total de la obligación”.*

---

<sup>2</sup> Consejo de Estado, CP. María Elizabeth García González de 12 de julio del 2018 radicado 81-001-23-33-003-2017-00042-01

## **Control de legalidad**

Sobre el control de legalidad de las actuaciones judiciales quedó determinado en el CPACA y CGP, con el fin de precaver posibles vicios de procedimiento y sanear situaciones que se puedan presentar en las diferentes etapas del proceso.

En las precitadas codificaciones se prescribió:

El artículo 207 de la ley 1437 de 2011, que dice: *“Artículo 207. Control de legalidad. Agotada cada etapa del proceso, el juez ejercerá el control de legalidad para sanear los vicios que acarreean nulidades, los cuales, salvo que se trate de hechos nuevos, no se podrán alegar en las etapas siguientes.”*

El artículo 132 del Código General del Proceso, regula la figura del Control de Legalidad al determinar: *“...Agotada cada etapa del proceso el juez deberá realizar control de legalidad para corregir o sanear los vicios que configuren nulidades u otras irregularidades del proceso, las cuales, salvo que se trate de hechos nuevos, no se podrán alegar en las etapas siguientes, sin perjuicio en lo previsto para los recursos de revisión y casación...”*

## **Caso concreto**

De acuerdo con lo expuesto, la Sala unitaria observa que la solicitud elevada por el apoderado judicial de la entidad Colpensiones, carece de oportunidad y pertinencia, al indicar que en el trámite del proceso ejecutivo adelantado por el señor Francisco Joel Ángel Gómez en contra de la entidad; como consecuencia del incumplimiento a la orden judicial dentro del proceso ordinario de nulidad y restablecimiento del derecho, se omitió ejercer el control de legalidad; lo anterior basado en que la liquidación del crédito y conforme a las decisiones judiciales no se advirtió el tope de los 25 smlmv.

En efecto de las actuaciones procesales surtidas se observa que el proceso ejecutivo fue adelantado con el fin de hacer efectiva la sentencia proferida por esta Colegiatura Judicial dentro del proceso ordinario, el cual contó con todas las garantías procesales y sustanciales que prevé el ordenamiento legal.

Lo anterior, tiene fundamento, en el acatamiento de los términos; en el traslado de las decisiones que interesaban a las partes; con el fin de ejercer el derecho de contradicción y defensa. No obstante, lo anterior, se observa que aún ante una condena en contra de la entidad, ésta no ejerció del recurso de apelación frente al sentencia proferida en primera instancia.

A su vez, el proceso ejecutivo que ahora se discute, también contó con todas las garantías procesales y fue adelantado conforme a las ritualidades previstas en el CGP. De igual manera, se contó con el apoyo del contador de la corporación para efectuar con la liquidación del mandamiento de pago y posterior liquidación del crédito; puesto en conocimiento de las partes.

Seguidamente, la entidad Colpensiones al presentar la objeción de liquidación del crédito fue presentado por un valor superior al liquidado por el despacho sin realizar otra manifestación al respecto. Ahora bien, observa el despacho

con asombro que solo hasta la etapa final del proceso de ejecución la entidad haya puesto en conocimiento alguna irregularidad presentada; lo anterior alegando que no se efectuó control de legalidad por parte del funcionario judicial en las actuaciones adelantadas.

En este sentido, discrepa el despacho de los argumentos señalados dado que en las etapas procesales se surte el control de legalidad, frente a las decisiones judiciales que se ponen en conocimiento de las partes, a efectos percatarse de vicios en el trámite que puedan ser advertidos o ser recurridos a través de los mecanismos de defensa con los que cuentan los administrados.

Situación que para el caso sub examine no se dio, dado que la entidad no recurrió las decisiones como fue la sentencia y solo hasta el proceso de ejecución dio cuenta de posibles anomalías en la liquidación, sin que tampoco efectuara una defensa idónea al respecto, en la decisión del proceso ejecutivo.

Por lo anterior, se denegará la solicitud elevada por la entidad Colpensiones, y se continuará el trámite procesal respectivo, respecto al pago y entrega del título judicial, conforme a la liquidación efectuada.

Por lo anteriormente, expuesto se

### RESUELVE

**PRIMERO:** Negar la solicitud elevada por el apoderado judicial de la entidad Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones dentro del proceso Ejecutivo adelantado por Francisco Joel Ángel Gómez, conforme a los argumentos expuestos.

**SEGUNDO:** CONTINUAR con la gestión respectiva; por tanto se ordena a la Secretaría de la Corporación realizar los trámites requeridos para la expedición del título judicial para su entrega al apoderado de la parte actora y al demandante; una vez quede ejecutoriado éste acto judicial.

### Notifíquese y Cúmplase

Los Magistrado,



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No.

FECHA: 21/11/2022

Secretario

# REPÚBLICA DE COLOMBIA



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

### SALA SEGUNDA DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, dieciocho (18) de Noviembre de dos mil veintidós (2022).

|                          |  |
|--------------------------|--|
| <b>Medio de control:</b> | <b>Nulidad y restablecimiento del derecho</b>              |
| <b>Radicación:</b>       | <b>17001 23 33 000 2018 00123 00 acumulado</b>             |
| <b>Demandante:</b>       | <b>Amparo Montes de Zuluaga</b>                            |
| <b>Demandado:</b>        | <b>Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN-</b> |
| <b>Providencia:</b>      | <b>Sentencia No. 251</b>                                   |

Pasa la Sala a proferir sentencia anticipada de primera instancia dentro del asunto de la referencia.

#### I. Antecedentes

##### 1. Declaraciones y condenas.

17 001 23 33 000 2018 00123 00

-Que se declare la nulidad de la Liquidación Oficial de Revisión No. 102412017000012 del 18/abr/2017.

- Se declare la nulidad de la Resolución del recurso de Reconsideración No. 102362017000002 del 30/oct/2017.

- Que a título de restablecimiento del derecho, se declare la firmeza de la declaración privada del impuesto sobre la **renta y complementarios** asociada al año gravable **2014**, y en consecuencia se declare que mi prohijada no está obligada a pagar suma alguna por concepto de las obligaciones determinadas en los actos demandados.

17 001 33 39 2018 00345 00

- Que se declare la nulidad de la Liquidación Oficial de Revisión No. 102412017000006 del 19/abr/2017.

- Se declare la nulidad de la Resolución del recurso de Reconsideración No. 102362018000002 del 26/Fbro/2018.

- Que a título de restablecimiento del derecho, se declare la firmeza de la declaración privada del impuesto sobre las **ventas (2014-1)**, y en consecuencia se declare que mi prohijada no está obligada a pagar suma alguna por concepto de las obligaciones determinadas en los actos demandados.

17 001 33 39 2018 00337 00

-Que se declare la nulidad de la Liquidación Oficial de Revisión No. 102412017000007 del 19/abr/2017.  
- Se declare la nulidad de la Resolución del recurso de Reconsideración No. 102362018000003 del 26/Fbro/2018.  
- Que a título de restablecimiento del derecho, se declare la firmeza de la declaración privada del impuesto sobre las **ventas (2014-2)**, y en consecuencia se declare que mi prohijada no está obligada a pagar suma alguna por concepto de las obligaciones determinadas en los actos demandados

17 001 33 01 2018 00307 00

-Que se declare la nulidad de la Liquidación Oficial de Revisión No. 102412017000009 del 19/abr/2017.  
- Se declare la nulidad de la Resolución del recurso de Reconsideración No. 102362018000004 del 26/Fbro/2018.  
- Que a título de restablecimiento del derecho, se declare la firmeza de la declaración privada del impuesto sobre las **ventas (2014-3)**, y en consecuencia se declare que mi prohijada no está obligada a pagar suma alguna por concepto de las obligaciones determinadas en los actos demandados.

17 001 33 07 2018 00305 00

-Que se declare la nulidad de la Liquidación Oficial de Revisión No. 102412017000011 del 19/abr/2017.  
- Se declare la nulidad de la Resolución del recurso de Reconsideración No. 102362018000005 del 26/Fbro/2018.  
- Que a título de restablecimiento del derecho, se declare la firmeza de la declaración privada del impuesto sobre las **ventas (2015-1)**, y en consecuencia se declare que mi prohijada no está obligada a pagar suma alguna por concepto de las obligaciones determinadas en los actos demandados

17 001 33 04 2018 00317 00

-Que se declare la nulidad de la Liquidación Oficial de Revisión No. 102412017000010 del 19/abr/2017.  
- Se declare la nulidad de la Resolución del recurso de Reconsideración No. 102362018000006 del 26/Fbro/2018.  
- Que a título de restablecimiento del derecho, se declare la firmeza de la declaración privada del impuesto sobre las **ventas (2015-2)**, y en consecuencia se declare que mi prohijada no está obligada a pagar suma alguna por concepto de las obligaciones determinadas en los actos demandados.

17 001 33 06 2018 00346 00

-Que se declare la nulidad de la Liquidación Oficial de Revisión No. 102412017000009 del 19/abr/2017.  
- Se declare la nulidad de la Resolución del recurso de Reconsideración No. 102362018000007 del 26/Fbro/2018.  
- Que a título de restablecimiento del derecho, se declare la firmeza de la declaración privada del impuesto sobre las **ventas (2015-3)**, y en consecuencia se declare que mi prohijada no está obligada a pagar suma alguna por concepto de las obligaciones determinadas en los actos demandados.”

## 2. Hechos.

Los hechos en que se fundamentaron todas las demandas son idénticos, a diferencia de los números de los actos proferidos por la DIAN y las fechas de notificación de los mismos; y, se resumen en los siguientes:

- La demandante presentó declaración de renta y complementarios; y declaración del impuesto sobre las ventas asociados al año gravable 2014 en el primer caso, y de los bimestres primero, segundo y tercero de los años 2014 y 2015.
- Mediante resolución la DIAN ordenó la diligencia de registro de que trata el artículo 779-1 del Estatuto Tributario en el domicilio de la demandante, ubicado en la calle 8 número 8 – 21 del municipio de Neira – Caldas.
- Durante la diligencia de registro llevada a cabo los funcionarios encargados, recolectaron un libro que denominaron como “libro de pasta negra”, el cual corresponde al sustento probatorio en el cual se fundaron los actos administrativos demandados.
- Afirma que la aprehensión de ese documento, estuvo precedida de las siguientes irregularidades:
- Valiéndose de la coerción que ejerce la presencia de funcionarios de la DIAN y miembros de la Policía, éstos hicieron que la señora Kristy Dayana Rivera Valencia, empleada de la ferretería, “bautizara con su puño y letra, el libro de pasta negra con el enunciado FERRETERÍA MARYZUL LIBRO DE VENTAS”
- Buscando con ello que, el contenido del libro estuviese dotado de autenticidad y lo ligara con la demandante, pues los funcionarios de la visita hicieron que la señora Amparo montes de Zuluaga suscribiera el documento con su firma, justo encima de la denominación “Ferretería Maryzul libro de ventas”
- Realizadas las modificaciones al documento recolectado, se recibió prueba testimonial, donde se puso de presente el libro de pasta negra, y se formularon preguntas sugestivas conclusivas, en procura de brindar mayor credibilidad al material probatorio recolectado.
- El contenido del libro de pasta negra recaudada en la diligencia de registro, no refleja la realidad económica de las operaciones realizadas por la señora Amparo Montes de Zuluaga.

- El día 17 de junio de 2016, la demandante radicó un derecho de petición dirigido a la Jefe de División Gestión de la Fiscalización de la Seccional Manizales, a fin de que excluyera del proceso de determinación, el material probatorio recaudado durante la diligencia de registro.
- Mediante oficio, la DIAN manifestó que en dicha instancia no era procedente la realización de esas solicitudes.
- Luego, se notifica a la demandante los requerimientos especiales, proponiendo un aumento del saldo a pagar, incluida la sanción por inexactitud, en relación con su declaración de renta y complementarios del año gravable 2014, y, a la vez, la DIAN adelantó 6 procesos administrativos adicionales en contra de la demandante; todos en razón al mismo fundamento fáctico y probatorio
- El 16 de diciembre de 2016 la demandante dio respuesta al acto previo, y los recursos de reconsideración interpuestos, desatando los mismos.
- El día 25 de abril de 2017 se notificaron las liquidaciones oficiales de revisión del 19 de abril de 2017, frente a las cuales se interpusieron recursos de reconsideración; resueltos por la DIAN.

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

Refiere el apoderado del demandante como normas vulneradas las siguientes:

Artículo 29 y numeral 9 del artículo 206 de la Constitución Política.

Artículos 26, 82, 683, 730, 742, 779-1 del Estatuto Tributario.

Artículos 3, 137 y 138 del CPACA

Numeral 6 del artículo 193 de la ley 1607 de 2012

Sostiene la demandante que los actos demandados vulneraron las normas en que debían fundarse, pues los hechos ocurridos en la diligencia de registro del domicilio de la demandante, en la que se recaudó el material probatorio dieron origen a los actos demandados, incurrieron en contradicción con el artículo 777-9 del Estatuto Tributario, argumentando que, “el libro de pasta negra” fue modificado en razón a la corrección ejercida por los funcionarios de la DIAN en su visita mediante coacción de los mismos, afirmando que la DIAN no negó en instancia esa actuación; entonces, los funcionarios al llevar a cabo la función de

registro, no tomó todas las acciones para evitar que las pruebas obtenidas sean alteradas, ocultadas o destruidas, mediante su inmovilización y aseguramiento.

Sostiene que al denominar el libro como ferretería Maryzul libro de ventas, se crea un vínculo entre su contenido y la razón social del establecimiento de la demandante; diferente a que éste haya permanecido como un libro simple de documentos y valores contables, que puede o no pertenecer a la demandante, cambia ello como prueba idónea para determinar las obligaciones hoy discutidas.

Sostiene que hubo expedición de los actos con violación al debido proceso, exponiendo la regla de la exclusión probatoria según la cual, no son admisibles en medio de procesos judiciales o administrativos las pruebas recaudadas o valoradas con violación al debido proceso; y en este caso, los ingresos adicionados por la DIAN a la declaración privadas de la demandante, están soportadas en una prueba ilegal e ilícita, por cuanto la misma fue recolectada con desconocimiento de los ritos legales, y vulnerando la garantía del derecho de audiencia y defensa; siendo necesaria la exclusión de la prueba como consecuencia de la ilegalidad de la diligencia de registro adelantada; además por la prueba testimonial del señor José Albeiro Zuluaga Montes, donde se le hicieron a su juicio, preguntas sugestivas y conclusivas, en búsqueda de dotar de validez el material recaudado.

Como cargo de nulidad dice que hay desconocimiento de derechos fundamentales en medio del recaudo y valoración de la prueba hace que la misma sea ilícita y redundante su exclusión.

Como argumento subsidiario dice la demandante que, sólo en el evento en que se deniegue la declaratoria de nulidad de los actos, se solicita la presunción de costos del artículo 82 del Estatuto tributario, bajo el entendido que todo ingreso percibido debe tener un costo asociado.

Y que, tener en cuenta que la figura jurídica de costos presuntos nace en el principio contable de asociación, según el cual, no hay ingreso sin costo, reprochando que la DIAN expusiera que la demandante no desplegó actividad suficiente para acceder al reconocimiento de las erogaciones, y dice que no es posible que la DIAN haya dividido para su beneficio el contenido del medio

probatorio recolectado, tomando de éste solo los ingresos, siendo imposible solicitar a la demandante probar una operación económica que no conoce; para lo cual debe acudir al artículo 82, sin que las erogaciones se circunscriban solamente a las pruebas recaudadas, sino que deben existir indicios de que el costo declarado no es real; y que, la determinación del costo no sea posible a través de pruebas directas.

Finalmente, expone que desconocer la aplicación de costos presuntos, conllevaría a infringir los mandatos de los artículos 95-9 constitucional (SIC) y 683 del Estatuto Tributario, en virtud de la prohibición de exigir al contribuyente cuando se encuentre en imposibilidad de aportarlo, los costos presuntos.

#### **5. Contestación de la demanda. (Documento 12 del expediente digital)**

En su escrito de contestación de la demanda la DIAN sostiene que la señora Amparo Montes de Zuluaga es propietaria del establecimiento de comercio "FERRETERÍA MARIZUL"; y que, recibió denuncia de un tercero que informó que en dicho establecimiento no se facturaban las ventas realizadas; lo cual originó la realización del registro de que trata el artículo 779-1 del Estatuto Tributario, con el fin de obtener pruebas y evitar que estas fueran alteradas, ocultadas o destruidas, mediante su inmovilización y aseguramiento, como se demuestra dentro del contenido de las actuaciones administrativas adelantadas por cada uno de los periodos cuatrimestrales correspondientes a los años 2014 y 2015 sobre el impuesto a las ventas.

Que en cumplimiento de la resolución número 00327 del 26 de abril de 2016, se realizó diligencia de registro el día 27 de abril de 2016, en la cual se encontró dentro del establecimiento de comercio un libro de pasta negra al que se denominó "libro de ventas Ferretería MARYZUL", y, se recibió la declaración juramentada al señor José Albeiro Zuluaga Montes, como administrador del mismo.

Sostiene que de la visita realizada se concluyó que, la señora Amparo Montes de Zuluaga no estaba declarando todos los ingresos por las ventas que se realizaba en el establecimiento de comercio, pues en el libro de pasta negra encontrado, se registraba todos los ingresos por las ventas que diariamente se hacían en el establecimiento de comercio y que, al compararlas con los

ingresos declarados en las respectivas declaraciones de IVA y RENTA, resultó que los ingresos declarados eran menores a los ingresos que diariamente se recibían en el establecimiento por las ventas de los productos.

Afirma la DIAN que, en las actuaciones administrativas aportadas está demostrado que las pruebas recaudadas en la inspección de registro fueron obtenidas conforme a derecho; pues se ordenó mediante auto motivado por el funcionario competente, tuvo una causa válida que fue el aseguramiento de las pruebas para verificar la veracidad de las declaraciones tributarias presentadas por la contribuyente, además de lo anterior se notificó al momento de iniciar la diligencia de registro.

Expone que, el libro mencionado por la demandante, fue encontrado en el establecimiento Ferretería MARIZUL de propiedad de la señora Amparo Montes de Zuluaga, y que, el mismo administrador, señor José Albeiro Zuluaga Montes, en declaración juramentada, al ponérselo de presente, dijo que se trataba de lo que él mismo denominó ventas diarias, compras y gastos de la ferretería.

Dice que, que las pruebas que reposan en las actuaciones administrativas dan cuenta que en este libro se llevaban las ventas diarias, compras y gastos de la ferretería MARIZUL, como se demuestra con el testimonio rendido por el mentado señor; y que, la demandante nunca ha precisado con certeza en que consistió la coerción que afirma en los hechos de la demanda, y, solo ha manifestado que por la presencia intimidatoria de los funcionarios de la DIAN y de la policía se le puso un nombre al libro encontrado, pero nunca ha manifestado de forma clara el tipo de violencia que se ejerció, sea que, haya sido de palabra o psicológica, o si se emitió alguna amenaza que tuviera la connotación de vulnerar la voluntad de los que atendieron la visita de registro.

Dice que se encuentra demostrado en los expedientes, exactamente en el acta de registro, que se dejó constancia que se respetaron todos los derechos como se lee a folio 3 reverso de la actuaciones administrativas, firmada por la señora Amparo Montes de Zuluaga y José Albeiro Zuluaga Montes, como propietaria y administrador del establecimiento de comercio, en esa misma oportunidad se le informó del derecho que le asistía para agregar, corregir o enmendar lo registrado en dicha acta.



Refiere que, la autenticidad y veracidad del libro de pasta negra recaudado en la diligencia de registro no deriva de la firma de la propietaria o empleada y del nombre que se le dé, sino de las pruebas que demuestran que en realidad el libro pertenece al establecimiento de comercio "FERRETERÍA MARIZUL" de propiedad de la señora Amparo Montes de Zuluaga, y que allí se registraban todas las ventas realizadas en el día.

Sostiene la DIAN que, las pruebas recaudadas en la inspección de registro son suficientes para soportar la adición de ingresos en la declaración del impuesto a las ventas por el primero, segundo y tercer cuatrimestre del año 2014, primero segundo y tercer bimestre de 2015, pues, demuestran de forma contundente, que los ingresos por ventas que diariamente se hacían en el establecimiento de comercio son mayores a los ingresos declarados por la contribuyente; quien no ha aportado ningún medio de juicio que desvirtúe la adición de ingresos realizada por la DIAN; y cuestiona que, si en realidad los ingresos declarados fueron los reales, por qué en sede administrativa o judicial no anexó las pruebas para desvirtuar la adición de los ingresos realizada en el acto de fondo.

## **6. Alegatos de conclusión.**

### **- Alegatos demandante (Documento 36 expediente digital)**

Reitera la demandante todos los argumentos presentados con la demanda, especialmente lo relacionado con la diligencia de registro, y solicita la aplicación del artículo 82 del estatuto tributario, que permite la determinación de costos presuntos ante la imposibilidad de constatar los mismos a través de otros medios; y sostiene que, el libro de pasta negra debió haber sido excluido como prueba, por haber sido modificado durante la diligencia de registro debía excluirse por ser violatorio del artículo 779 - 1 del Estatuto Tributario.

Finalmente sostiene que la ilicitud del documento que fue valorado como prueba por la DIAN lo torna en ineficaz, así como el consecuente testimonio del señor Albeiro Zuluaga en la misma diligencia, debiendo a su juicio, igualmente ser excluido.

### **- Alegatos demandada (Documento 37 expediente digital)**

La DIAN reitera los planteamientos de la contestación de la demanda, y dice que, la contribuyente Amparo Montes propietaria del establecimiento de comercio “Ferretería MaryZul” omitió declarar ingresos en el impuesto de renta y ventas; y que, las pruebas obtenidas y recaudadas en la inspección de registro fueron obtenidas conforme a derecho; observaron los derechos y garantías fundamentales y, los requisitos de ley en su recaudo y práctica. Resultando dichas pruebas suficientes para soportar la adición de ingresos en las declaraciones del impuesto a la renta y ventas.

Concluye que se encuentra demostrado que, los ingresos por ventas que diariamente se hacían en el establecimiento de comercio son mayores a los ingresos declarados por la contribuyente; y que, la demandante no ha aportado nada que desvirtúe la adición de ingresos realizada por la DIAN; sumado a que, tuvo las oportunidades procesales para allegar las pruebas de los costos, tanto en la respuesta del requerimiento especial, con ocasión al recurso de reconsideración y con la interposición de la demanda o su reforma, y no lo hizo; de manera que, la falta de prueba o la omisión probatoria del contribuyente, no es presupuesto para aplicar los costos presuntos establecidos en el artículo 82 del Estatuto Tributario, y dichos costos no resultan ser una alternativa ni un derecho del contribuyente, y, solo se llega a ello cuando, no es posible determinar directamente los costos, requisito que no se cumple en este caso.

Y dice que la prueba no fue ni ilícita, ni alterada, y que, la diligencia de registro cumple con los requisitos de validez para su valoración, y por ende, para dar sustento a los actos demandados en cuanto a la adición de ingresos, en ellos contenidos

## **6. Concepto del Ministerio Público.**

El Ministerio Público no rindió concepto como dice la constancia secretarial del 19 de agosto de 2022, que se encuentra en el documento 42 del expediente digital.

## **II. Consideraciones de la Sala**

Los problemas jurídicos en esta instancia se contraen a absolver los siguientes planteamientos:

## 1. Problemas jurídicos a resolver:

Se centra el debate al determinar si, en este caso hay lugar a declarar la nulidad de los siguientes actos administrativos demandados:

- *Liquidación Oficial de Revisión No. 102412017000012 del 18/abr/2017.*
- *Resolución del recurso de Reconsideración No. 102362017000002 del 30/oct/2017.*
- *Liquidación Oficial de Revisión No. 102412017000006 del 19/abr/2017.*
- *Resolución del recurso de Reconsideración No. 102362018000002 del 26/Fbro/2018.*
- *Liquidación Oficial de Revisión No. 102412017000007 del 19/abr/2017.*
- *Resolución del recurso de Reconsideración No. 102362018000003 del 26/Fbro/2018.*
- *Liquidación Oficial de Revisión No. 102412017000009 del 19/abr/2017.*
- *Resolución del recurso de Reconsideración No. 102362018000004 del 26/Fbro/2018.*
- *Liquidación Oficial de Revisión No. 102412017000011 del 19/abr/2017.*
- *Resolución del recurso de Reconsideración No. 102362018000005 del 26/Fbro/2018.*
- *Liquidación Oficial de Revisión No. 102412017000010 del 19/abr/2017.*
- *Resolución del recurso de Reconsideración No. 102362018000006 del 26/Fbro/2018.*
- *Liquidación Oficial de Revisión No. 102412017000009 del 19/abr/2017.*
- *Resolución del recurso de Reconsideración No. 102362018000007 del 26/Fbro/2018.*

Para resolver lo anterior, es necesario despejar los siguientes problemas jurídicos:

- 1.1. ¿Puede decirse en este caso que, la prueba documental obtenida en la diligencia de registro practicada al establecimiento ferretería MARIZUL y denominado libro de pasta negra, es una prueba ilícita?
- 1.2. ¿En este caso hubo una alteración del libro encontrado por la DIAN, y de ser así, cuál es la incidencia de ésta en el procedimiento administrativo llevado a cabo por la DIAN; y si por ello, ¿ésta prueba debía ser excluida o no de la actuación administrativa?

- 1.3. ¿Resulta o no aplicable en este caso el artículo 82 del Estatuto Tributario, y a quién corresponde la carga de la prueba?

## 2. Análisis normativo

De las normas que el demandante cita como vulneradas, se citan las siguientes por ser de mayor relevancia para el estudio inicial del fondo del asunto, normas del estatuto tributario vigente para el momento en que se adelantó la actuación administrativa y en que se profirieron las liquidaciones oficiales demandadas:

**“Artículo 26. Los ingresos son base de la renta líquida.**

*La renta líquida gravable se determina así: de la suma de todos los ingresos ordinarios y extraordinarios realizados en el año o período gravable, que sean susceptibles de producir un incremento neto del patrimonio en el momento de su percepción, y que no hayan sido expresamente exceptuados, se restan las devoluciones, rebajas y descuentos, con lo cual se obtienen los ingresos netos. De los ingresos netos se restan, cuando sea el caso, los costos realizados imputables a tales ingresos, con lo cual se obtiene la renta bruta. De la renta bruta se restan las deducciones realizadas, con lo cual se obtiene la renta líquida. Salvo las excepciones legales, la renta líquida es renta gravable y a ella se aplican las tarifas señaladas en la ley.*

**Artículo 82. Determinación de costos estimados y presuntos.** *Cuando existan indicios de que el costo informado por el contribuyente no es real o cuando no se conozca el costo de los activos enajenados ni sea posible su determinación mediante pruebas directas, tales como las declaraciones de renta del contribuyente o de terceros, la contabilidad o los comprobantes internos o externos, el funcionario que esté adelantando el proceso de fiscalización respectivo, puede fijar un costo acorde con los incurridos durante el año o período gravable por otras personas que hayan desarrollado la misma actividad del contribuyente, o hayan hecho operaciones similares de enajenación de activos, atendiendo a los datos estadísticos producidos por la Dirección General de Impuestos Nacionales, por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística, por el Banco de la República, por la Superintendencia de Industria y Comercio, por la Superintendencia de Sociedades u otras entidades cuyas estadísticas fueren aplicables.*

*Su aplicación y discusión se hará dentro del mismo proceso.*

*Si lo dispuesto en este artículo no resultare posible, se estimará el costo en el setenta y cinco por ciento (75%) del valor de la respectiva enajenación, sin perjuicio de las sanciones que se impongan por inexactitud de la declaración de renta o por no llevar debidamente los libros de contabilidad.*

**Artículo 683. Espíritu de justicia.** *Los funcionarios públicos, con atribuciones y deberes que cumplir en relación con la liquidación y recaudo de los impuestos nacionales, deberán tener siempre por norma*

en el ejercicio de sus actividades que son servidores públicos, que la aplicación recta de las leyes deberá estar presidida por un relevante espíritu de justicia, y que el Estado no aspira a que al contribuyente se le exija más de aquello con lo que la misma ley ha querido que coadyuve a las cargas públicas de la Nación.

**Artículo 730. Causales de nulidad.** Los actos de liquidación de impuestos y resolución de recursos, proferidos por la Administración Tributaria, son nulos:

1. Cuando se practiquen por funcionario incompetente.
2. Cuando se omita el requerimiento especial previo a la liquidación de revisión o se pretermita el término señalado para la respuesta, conforme a lo previsto en la ley, en tributos que se determinan con base en declaraciones periódicas.
3. Cuando no se notifiquen dentro del término legal.
4. Cuando se omitan las bases gravables, el monto de los tributos o la explicación de las modificaciones efectuadas respecto de la declaración, o de los fundamentos del aforo.
5. Cuando correspondan a procedimientos legalmente concluidos.
6. Cuando adolezcan de otros vicios procedimentales, expresamente señalados por la ley como causal de nulidad.

**Artículo 742. Las decisiones de la administración deben fundarse en los hechos probados.** La determinación de tributos y la imposición de sanciones deben fundarse en los hechos que aparezcan demostrados en el respectivo expediente, por los medios de prueba señalados en las leyes tributarias o en el Código de Procedimiento Civil, en cuanto éstos sean compatibles con aquellos.

**Artículo 779-1. Facultades de registro.** La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales podrá ordenar mediante resolución motivada, el registro de oficinas, establecimientos comerciales, industriales o de servicios y demás locales del contribuyente o responsable, o de terceros depositarios de sus documentos contables o sus archivos, siempre que no coincida con su casa de habitación, en el caso de personas naturales.

En desarrollo de las facultades establecidas en el inciso anterior, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales podrá tomar las medidas necesarias para evitar que las pruebas obtenidas sean alteradas, ocultadas o destruidas, mediante su inmovilización y aseguramiento.

Para tales efectos, la fuerza pública deberá colaborar, previo requerimiento de los funcionarios fiscalizadores, con el objeto de garantizar la ejecución de las respectivas diligencias. La no atención del anterior requerimiento por parte del miembro de la fuerza pública a quien se le haya solicitado, será causal de mala conducta.

**Parágrafo 1o.** La competencia para ordenar el registro y aseguramiento de que trata el presente artículo, corresponde al Administrador de Impuestos y Aduanas Nacionales y al Subdirector de Fiscalización de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. Esta competencia es indelegable.

**Parágrafo 2o.** La providencia que ordena el registro de que trata el presente artículo será notificado en el momento de practicarse la diligencia a quien se encuentre en el lugar, y contra la misma no procede recurso alguno.”

Y, el numeral 6 del artículo 193 de la Ley 1607 de 2012 por la cual se expiden normas en materia tributaria y se dictan otras disposiciones que precisa:

**“Artículo 193. Contribuyentes.** *Son contribuyentes o responsables directos del pago del tributo los sujetos respecto de quienes se realiza el hecho generador de la obligación sustancial.*

*Las autoridades tributarias deberán brindar a las personas plena protección de los derechos consagrados en el Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo.*

*Adicionalmente, en sus relaciones con las autoridades, toda persona tiene derecho:*

*(...)*

*6. A que se observe el debido proceso en todas las actuaciones de la autoridad.*

*(...)”*

### **3. Lo que se encuentra probado en el proceso.**

De las pruebas aportadas con el proceso, se resaltan las siguientes por ser de mayor relevancia en la discusión; dejando presente que, en virtud que en este caso se estudian 6 procesos que fueron acumulados, y que los hechos y cargos de nulidad son coincidentes, así como las pruebas que allí se aportan, no se discriminará cada uno de los actos con sus números, pues éstos ya se consignaron en las pretensiones de la demanda transcritas en la parte de antecedentes de esta sentencia:

- Resolución número 00327 de 26 de abril de 2016 por la cual se ordena un registro, y notificación personal de la misma a la señora Amparo Montes de Zuluaga.
- Diligencia de testimonio del día 27 de abril de 2016, rendido por el señor José Alberto Zuluaga Montes.
- Los autos de aperturas correspondientes a cada proceso, correspondiente a los impuestos de renta complementarios y asociada del año gravable 2014, y las del impuesto a las ventas de los periodos primero, segundo y tercero de los años 2014 y 2015.
- Copia de documento denominado “Ferretería Maryzul libro de ventas”. Informe final de la investigación de obligaciones tributarias Sustanciales y formales.

- Los requerimientos especiales de renta y ventas de los periodos mencionados, con sus anexos; y las respuestas de la señora Amparo Montes de Zuluaga a los mismos.
- Las liquidaciones oficiales de renta y de ventas de los periodos discutidos; sus anexos, los correspondientes recursos de reconsideración; y, las resoluciones mediante las cuales se resolvió cada uno de los recursos interpuestos.

#### 4. Del caso en concreto

La parte demandante centra la discusión en la diligencia de registro a su establecimiento de comercio, en el cual encontraron un libro de pasta negra, y que afirma se indujo a quienes recibieron la visita a cambiar su nombre, tomando su contenido como prueba para la investigación y liquidación oficial posterior; pero sostiene que, dicha prueba fue ilegal, e ilícita, y que, debía excluirse de la investigación por tal motivo; por lo que pasa la Sala a resolver los problemas jurídicos planteados de la siguiente manera:

##### 4.1. De la prueba ilícita; y del libro de pasta negra y la alteración de éste.

Sea lo primero tener presente que el inciso quinto del artículo 29 Constitucional dispone que “Es nula de pleno derecho toda prueba obtenida con violación del debido proceso”; artículo que es concordante con el 168 del Código General del Proceso que predica que, será rechazada por el juez las pruebas ilícitas.

En este sentido la Corte Constitucional se ha pronunciado en reiteradas oportunidades en relación con la prueba ilegal, apartes que se traen a continuación:

*“(...) En el plano jurisprudencial se ha aplicado una diferenciación entre pruebas ilegales y pruebas inconstitucionales. Así, por ejemplo, en Sentencia SU-159 de 2002 se hizo alusión al escenario penal, así:*

*“El artículo 29 señala de manera general que la prueba obtenida con violación del debido proceso es nula de pleno derecho. Esta disposición ha sido desarrollada por el legislador penal para indicar dos grandes fuentes jurídicas de exclusión de las pruebas: **la prueba inconstitucional y la prueba ilícita**. La primera se refiere a la que ha sido **obtenida violando derechos fundamentales** y la segunda guarda relación con la adoptada mediante actuaciones ilícitas que representan una violación de las*

garantías del investigado, acusado o juzgado. En cuanto al debido proceso, el legislador ha consagrado condiciones particulares para la práctica de pruebas y requisitos sustanciales específicos para cada tipo de prueba, cuyo cumplimiento debe ser examinado por el funcionario judicial al momento de evaluar si una determinada prueba es o no ilícita. La sanción, según la norma constitucional citada, la prueba obtenida de esa manera es nula de pleno derecho.” (negrilla del de texto) (...)<sup>1</sup>

Así mismo ha sostenido:

(...) Se trata de la inclusión y valoración de la prueba ilegal, es decir, de aquella que ha sido practicada, recaudada, y valorada en contravía de las formas propias de cada juicio, concretamente, del régimen legal de la prueba, o de la prueba inconstitucional, esto es, de aquella prueba que en agresión directa a los preceptos constitucionales, ha sido incluida en el proceso en desconocimiento y afrenta de derechos fundamentales<sup>2</sup>.

(...)

Ahora bien, la Corte en la sentencia SU-159 de 2002<sup>3</sup> abordó el análisis y desarrollo del inciso último del artículo 29 de la Constitución Política<sup>4</sup>, y estableció que la sanción contenida en él permite aplicar la regla general constitucional de exclusión de las pruebas<sup>5</sup>, teniendo en cuenta para ello, las siguientes consideraciones:

“En primer lugar, es importante examinar si se trata de una irregularidad menor que no afecta el debido proceso. En ese evento la prueba no tiene que ser obligatoriamente excluida. Según esta consideración, se está ante una ilegalidad que compromete el debido proceso, bien sea cuando se han afectado las reglas sustantivas que protegen la integridad del sistema judicial o que buscan impedir que se tomen decisiones arbitrarias o bien sea cuando han sido desconocidas formalidades esenciales que aseguran la confiabilidad de la prueba y su valor para demostrar la verdad real dentro del proceso. El mandato constitucional de exclusión cobija a las pruebas obtenidas de manera inconstitucional o con violación de reglas legales que por su importancia tornan a una prueba en ilícita.

(...)

---

<sup>1</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU – 371 de 27 de octubre de 2021. MP. Dra. Cristina Pardo Schlesinger. Exp.T-8.092.147.

<sup>2</sup> Ídem.

<sup>3</sup> Ídem.

<sup>4</sup> Ídem: “El artículo 29, inciso final, de la Carta consagra expresamente una regla de exclusión de las pruebas practicadas con violación del debido proceso. Así lo señala en su inciso final cuando afirma que ‘es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso’.

El aparte citado establece el remedio constitucional para evitar que los derechos de quienes participan en actuaciones judiciales o administrativas, sean afectados por la admisión de pruebas practicadas de manera contraria al debido proceso.”

<sup>5</sup> Ídem: “Esta regla constitucional contiene dos elementos: (i) Las fuentes de exclusión. El artículo 29 señala de manera general que la prueba obtenida con violación del debido proceso es nula de pleno derecho. Esta disposición ha sido desarrollada por el legislador penal para indicar dos grandes fuentes jurídicas de exclusión de las pruebas: la prueba inconstitucional y la prueba ilícita. La primera se refiere a la que ha sido obtenida violando derechos fundamentales y la segunda guarda relación con la adoptada mediante actuaciones ilícitas que representan una violación de las garantías del investigado, acusado o juzgado. (ii) La sanción. Según la norma constitucional citada, la prueba obtenida de esa manera es nula de pleno derecho. El desarrollo que el legislador penal le ha dado a dicha disposición ha sido el de señalar como consecuencias de la obtención de pruebas contrarias al debido proceso o violatorias de los derechos fundamentales, el rechazo de la prueba (artículo 250, Decreto 2700 de 1991) y su exclusión del acervo probatorio por invalidez (artículos 304 y 308, Decreto 2700 de 1991).”



*En cuarto lugar, el mandato constitucional de exclusión de las pruebas obtenidas con violación del debido proceso exige que el funcionario judicial de manera expresa determine que la prueba viciada no puede continuar formando parte del expediente. Si bien la carta señala que dicha prueba es 'nula de pleno derecho', de los antecedentes en la Asamblea Constituyente y de la finalidad de la norma constitucional, se infiere que los derechos y principios constitucionales son efectivamente garantizados cuando hay una decisión explícita de exclusión que ofrezca certeza sobre las pruebas que no podrán usarse en el proceso y que no pueden ser fundamento ni de la acusación ni de la sentencia. La exclusión de la prueba viciada exige que esta no forme parte de la convicción, de tal manera que el funcionario no puede considerarla. Las cuestiones relativas a la manera como debe realizarse desde el punto de vista material la exclusión de la prueba viciada, al instrumento procesal para exigir su exclusión y a la situación del funcionario judicial que haya mantenido la prueba viciada, así como otras sobre esta materia, se encuentran dentro del ámbito de la potestad de configuración del legislador. Cuando este decida ejercerla en el futuro, habrá de hacerlo obviamente de conformidad con la Constitución."<sup>6</sup> (...)" (Subraya la Sala).*

Discute el demandante que, en la diligencia de registro adelantada por la DIAN el día 27 de abril de 2016 en el establecimiento de comercio de la señora amparo montes de Zuluaga, denominado Ferretería Mary Zul, se encontró un libro de pasta negra y que, éste fue modificado por la coerción ejercida por los funcionarios de la DIAN, lo cual incide negativamente en el proceso y por ello, esa prueba no debe tenerse en cuenta.

De lo que se encuentra probado dentro del proceso es que efectivamente, en la diligencia realizada se encontró un libro con unas fechas, relaciones de pagos y ventas, y en la página primera dice, también a mano, Ferretería Maryzul, Libro de ventas.

Lo único que ha discutido la demandante en sede administrativa y judicial es el título otorgado al libro en mención, pero no ha controvertido su contenido, no dice que corresponda a cifras, sumas diferentes, o a personas distintas ni a otro establecimiento que tuviera la demandante.

Se encuentra que la diligencia fue relacionada en un acta que dice que lo siguiente:

*"Con fundamento en el inciso segundo del artículo 779-1 del Estatuto Tributario y para los fines respectivos, los funcionarios comisionados procedieron a asegurar mediante su Inmovilización la siguiente documentación física, la cual es necesario trasladar a las oficinas de la*

---

<sup>6</sup> Sentencia SU-159 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda).

*Dirección de impuestos y Aduanas de Manizales, advirtiendo al contribuyente relacionado que la física será restituida una vez concluido su análisis:*

*1. Libro pasta negra bautizado libro de ventas Ferretería MARY ZUL*

*Realizada la diligencia se deja constancia de los siguientes hechos; se respetaron los derechos fundamentales, derecho a la integridad personal, derecho al trabajo, a la comunicación y se permitió el desarrollo de la actividad económica en el establecimiento objeto de registro. No se afectaron ni sustrajeron bienes; la revisión de archivos y documentos se hizo en presencia de personal del establecimiento, quienes constataron que únicamente se retiraron los documentos antes relacionados. Los computadores se dejaron en el estado en que se encontraron y de tal hecho firman en constancia los señores AMPARO MONTES DE ZULUGA CC. 24.643.364 y JOSE ALBEIRO ZULUAGA MONTES cc 75,056.170 y los funcionarios comisionados por la DIAN en el Acta de Hechos la cual se anexa.*

*OBSERVACIONES: Ninguna*

*De igual manera los señores AMPARO MONTES DE ZULUGA CC, 24.643.364 y JOSE ALBEIRO ZULUAGA MONTES cc 75,056,170 en calidad de propietaria y administrador fueron informados del derecho que lo asiste para agregar, corregir o enmendar lo registrado en el Acta de Hechos y cuyas observaciones quedan registradas en la misma.*

*QUIEN ATIENDE LA DILIGENCIA*

*Amparo Montes de Zuluaga en calidad de propietaria  
Alberto Zuluaga Montes en calidad de administrador.” (Subraya la Sala).*

Del documento en mención, se evidencia que tanto la propietaria como el administrador no pusieron observación alguna en el documento de visita que firmaron, en el cual se habló siempre de “libro de pasta negra bautizado libro de ventas Ferretería MaryZul”; sin que se haga mención de coerción, constreñimiento, imposición, o directriz por parte de algún funcionario de la DIAN para modificar su nombre ni contenido.

En el acta de visita se dice que se puede agregar, corregir, enmendar lo registrado, no obstante, ninguno de los participantes lo hizo, sin que hay constancia de esa situación o inconformidad, la cual surgió una vez iniciado el procedimiento como tal.

De acuerdo con la jurisprudencia referida, la prueba ilícita es aquella obtenida mediante actuaciones ilícitas que representan violación a las garantías del investigado; y, al revisar cómo se recaudó en este caso la prueba debatida, ella se obtuvo en medio de una diligencia de registro; originada en la denuncia de

un tercero; diligencia que encuentra su respaldo en el artículo 779-1 del Estatuto tributario que dispone:

**“Artículo 779-1. Facultades de registro. La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales podrá ordenar mediante resolución motivada, el registro de oficinas, establecimientos comerciales, industriales o de servicios y demás locales del contribuyente o responsable, o de terceros depositarios de sus documentos contables o sus archivos, siempre que no coincida con su casa de habitación, en el caso de personas naturales.**

**En desarrollo de las facultades establecidas en el inciso anterior, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales podrá tomar las medidas necesarias para evitar que las pruebas obtenidas sean alteradas, ocultadas o destruidas, mediante su inmovilización y aseguramiento.**

*Para tales efectos, la fuerza pública deberá colaborar, previo requerimiento de los funcionarios fiscalizadores, con el objeto de garantizar la ejecución de las respectivas diligencias. La no atención del anterior requerimiento por parte del miembro de la fuerza pública a quien se le haya solicitado, será causal de mala conducta.*

**Parágrafo 1o.** *La competencia para ordenar el registro y aseguramiento de que trata el presente artículo, corresponde al Administrador de Impuestos y Aduanas Nacionales y al Subdirector de Fiscalización de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. Esta competencia es indelegable.*

**Parágrafo 2o.** *La providencia que ordena el registro de que trata el presente artículo será notificado en el momento de practicarse la diligencia a quien se encuentre en el lugar, y contra la misma no procede recurso alguno.”* (Subraya la Sala).

Ahora bien, al revisar el expediente se encuentra que, efectivamente a la diligencia de registro la precedió una providencia que la ordena, la cual se encuentra debidamente motivada y notificada a la propietaria del establecimiento de comercio, y también se observa que la DIAN tiene conferida por la Ley esa facultad de registro, en aras de tomar las medidas necesarias para evitar que las pruebas obtenidas sean alteradas, ocultadas o destruidas, mediante su inmovilización y aseguramiento; situación que fue la ocurrida en este caso.

Por lo anterior, no puede decirse que, el libro de pasta negra que se discute en este asunto, sea un apueba ilícita, pues no se recaudó en actuación de esa naturaleza; sino que por el contrario, se tomó en medio de diligencia de registro avalada por la ley, de la cual se levantó un acta con la firma de los intervinientes, acta en la que podían dejar sus consideraciones, y no lo hicieron, estando conformes con el contenido de la misma.

Por otra parte, la prueba ilegal es la recaudada y valorada en contravía de las formas de cada juicio, o asunto; y, en este caso, como se dijo anteriormente, la misma fue el resultado de la visita de registro realizada por la DIAN, de la cual no se advierte ilicitud ni ilegalidad, por lo que lo allí ocurrido, conserva su naturaleza de legalidad.

Sumado a lo anterior, se encuentra la recepción de un testimonio recaudado en la diligencia de registro, del cual también la demandante reprocha el tipo de preguntas realizadas, por consideradas sugestivas; testimonio del cual se extrae lo siguiente:

*“(...) PREGUNTADO: Jura usted decir la verdad, toda la verdad y nada más que la verdad. CONTESTO: SI PREGUNTADO: Sírvase decir sus generales de ley. CONTESTO: Mi nombre completo es JOSÉ ALBEIRO ZULUAGA MONTES (...) REGUNTADO: ¿Qué actividad económica se desarrolla el establecimiento de comercio? CONTESTADO: Venta por mostrador de artículo de ferretería. PREGUNTADO: Cuál es la hora en el que el establecimiento abre al público CONTESTADO: De lunes a sábado de 7 de la mañana a las 6 de la tarde. PREGUNTADO: ¿Cómo se realizan las ventas? CONTESTADO: Contado y crédito y se factura en facturas de talonario. PREGUNTADO: ¿Todas las ventas que se realizan en el establecimiento de comercio son facturadas? CONTESTADO: sí. PREGUNTADO: ¿En el establecimiento de comercio se lleva algún libro o cuaderno para registrar las ventas diarias? CONTESTADO: Si. Se pone de presente un libro de pasta negra denominado libro de ventas FERRETERIA MARY ZUL. PREGUNTADO: ¿Conoce usted el contenido de este libro? CONTESTADO: Si. PREGUNTADO: ¿Nos puede informar de que se trata este contenido? CONTESTADO Se trata de ventas diarias, compras y gastos de la ferretería MARY ZUL. Se pone de presente el anexo No. 1 realizado por los funcionarios comisionados que contienen la sumatoria de las ventas correspondientes al cuatrimestre enero, febrero marzo y abril de 2015, tomadas del libro que el señor JOSE ALBEIRO manifiesta que corresponde a ventas, compras y gastos del establecimiento de comercio que administra. El valor de las ventas de este cuatrimestre suma \$402.149.681. Igualmente, se le pone de presente la declaración de IVA correspondiente a este cuatrimestre PREGUNTADO: ¿Podría explicarnos el por qué se presenta la diferencia? CONTESTADO: Hacer la pregunta al contador CARLOS EDUARDO PALACIO HURTADO CC. 10.261.340. Número del celular 3108411933 PREGUNTADO: Qué documentos le entrega usted al contador para realizar las declaraciones tributarias. CONTESTADO: Facturas de compras, facturas de venta y gastos. PREGUNTADO: ¿El contador tiene conocimiento de la información que contiene el libro de pasta negra en donde manifiesta que contiene información de ventas, compras y gastos del establecimiento de comercio? CONTESTADO: No. (...)”*

Del cuestionario realizado por funcionarios de la DIAN se evidencia que no hay preguntas sugestivas, ni conclusivas como lo afirma la demandante, pues se pregunta por la actividad económica del establecimiento de comercio; de la forma como se realizan las ventas, se pregunta si el establecimiento lleva algún

cuaderno o libro para el registro de las ventas, y de ser así, si conoce el contenido de éste; y se le ponen de presente los documentos de las declaraciones realizadas.

De igual manera, su testimonio respalda la prueba documental encontrada y recaudada, pues él mismo expresa que el establecimiento registra las ventas diarias; y cuando se le muestra el mismo, dice que allí se registran las ventas, compras y gastos diarios de la Ferretería, y dice desconocer la diferencia entre lo que se consigna en el libro y lo que está en las declaraciones presentadas.

El testimonio quedó consignado y se encuentra firmado por quien lo rinde, no está fragmentado, y se encuentra acorde con el contexto de la diligencia practicada; incluso, antes de preguntarle por el libro de ventas, se le pregunta si el establecimiento consigan las ventas que hace diariamente y donde las hace; sin que se advierta del testimonio ilegalidad, ilicitud, e irregularidad alguna; y contrario a ello, respalda el título o la denominación del libro de pasta negra, porque allí se consignaban las ventas realizadas por el establecimiento visitado.

Concluyendo que, ni el libro recaudado como prueba, ni la diligencia de testimonios sean ilícitos o ilegales.

4.2. ¿En este caso hubo una alteración del libro encontrado por la DIAN, y de ser así, cuál es la incidencia de ésta en el procedimiento administrativo llevado a cabo por la DIAN; y si por ello, ¿ésta prueba debía ser excluida o no de la actuación administrativa?

Claro como está que el libro de pasta negra denominado Libro de ventas Ferretería Maryzul no constituye una prueba ilegal ni ilícita; lo que debe esclarecerse es si éste fue o no modificado, por quién lo fue, en qué consistió tal modificación, y, de ser así, cuál es su incidencia dentro de la actuación administrativa adelantada por la DIAN.

Sea lo primero decir por parte de esa Sala que, no encuentra prueba siquiera indiciaria que de cuenta que el libro encontrado por la DIAN fue objeto de modificación en el momento de la diligencia; tampoco se demostró que durante

la diligencia algún funcionario de la DIAN constriñó, obligó o incitó a algún empleado del establecimiento de comercio Ferretería Maryzul para cambiar, modificar o alterar el documento encontrado.

En las demandas no se hace mención a nombres propios, ni del funcionario que dio la orden de poner un nombre al libro, ni del empleado de la Ferretería que así lo hizo, ni se dejó manifestación alguna en el acta de visita; de manera que, con la mera afirmación de la demandante resulta imposible aceptar que el libro fue modificado, y que esa modificación fue el resultado de la presión, directriz u orden de un funcionario de la demandada.

Ahora bien, no sólo es necesario precisar si el libro fue modificado o no; sino cuál es la modificación que se imputa, y el verdadero alcance de la misma; ante lo cual debe decirse que, lo único que se discute es la denominación que se le da al libro de pasta negra, no se dice que se cambió en su contenido, que se alteraron las cifras contenidas, que se borró información; y menos aún, que las modificaciones hubieran sido realizadas directamente por la DIAN.

Bien podría decirse en este caso que, aún, si a última hora al libro de pasta negra encontrado en el establecimiento de comercio Ferretería Maryzul se le hubiera puesto un título o denominación, ello por sí sólo no afecta su contenido, pues fue hallada dentro de la Ferretería, tiene registros de fechas, ventas y compras; fue avalado y aceptado en el testimonio del administrador; de manera que, aún si se dijera que su nombre varió, el contenido, que es lo realmente sustanciales, las cifras allí contenidas, los valores consignados por las ventas realizadas se presumen veraces; la misma demandante no ha desconocido el libro ni su contenido, no ha sido tachado de falsedad alguna; y, es una prueba de los movimientos realizados por el establecimiento visitado por la DIAN, por estar allí al momento de la visita y tener la información que se evidencia en el mismo.

Por lo anterior, si en gracia de discusión se dijera que existió una irregularidad al marcar el libro con un nombre en la visita realizada, dicha irregularidad no tiene el alcance ni de volver ilegal o ilícita la diligencia realizada, ni las pruebas recaudadas; y tampoco tiene ello la virtud de variar el resultado de la actuación administrativa, por lo que al no encontrar esta Sala vulneración al debido proceso, ni infracción de las normas en que debían fundarse los actos; ni

pruebas ilegales o ilícitas en la actuación administrativa llevada a cabo por la DIAN, no encuentra causal de nulidad de los actos demandados, como se dirá en la parte resolutive de esta sentencia.

**5. ¿Resulta o no aplicable en este caso el artículo 82 del Estatuto Tributario, y a quién corresponde la carga de la prueba?**

Finalmente, propone la demandante como argumento subsidiario que, en caso de negarse la declaratoria de nulidad de los actos demandados, se aplique la presunción de costos del artículo 82 del Estatuto Tributario, bajo el entendido que todo ingreso percibido debe tener un costo asociado.

Sea lo primero citar nuevamente el artículo referido, el cual dispone:

**Artículo 82. Determinación de costos estimados y presuntos.** *Cuando Existan indicios de que el costo informado por el contribuyente no es real o cuando no se conozca el costo de los activos enajenados ni sea posible su determinación mediante pruebas directas, tales como las declaraciones de renta del contribuyente o de terceros, la contabilidad o los comprobantes internos o externos, el funcionario que esté adelantando el proceso de fiscalización respectivo, puede fijar un costo acorde con los incurridos durante el año o período gravable por otras personas que hayan desarrollado la misma actividad del contribuyente, o hayan hecho operaciones similares de enajenación de activos, atendiendo a los datos estadísticos producidos por la Dirección General de Impuestos Nacionales<sup><1></sup>, por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística, por el Banco de la República, por la Superintendencia de Industria y Comercio, por la Superintendencia de Sociedades u otras entidades cuyas estadísticas fueren aplicables.*

*Su aplicación y discusión se hará dentro del mismo proceso.*

*Si lo dispuesto en este artículo no resultare posible, se estimará el costo en el setenta y cinco por ciento (75%) del valor de la respectiva enajenación, sin perjuicio de las sanciones que se impongan por inexactitud de la declaración de renta o por no llevar debidamente los libros de contabilidad.*

El artículo del cual solicita la aplicación consagra que, cuando existan indicios de que el costo informado por el contribuyente no es real o cuando no se conozca el costo de los activos enajenados ni sea posible su determinación mediante pruebas directas, el funcionario que esté adelantando el proceso de fiscalización respectivo, puede fijar un costo acorde con los incurridos durante el año o período gravable por otras personas que hayan desarrollado la misma

actividad del contribuyente, o hayan hecho operaciones similares; y que, si ello no es aplicable, entonces se estimará el costo en el 75% del valor de la respectiva enajenación.

Sea lo primero decir que, si bien efectivamente en este caso, la DIAN, debido a la denuncia de terceros tenía indicios que el costo informado por el contribuyente no era real, en ningún momento de la actuación administrativa, ni ahora en sede judicial, se predicó por parte de la demandante, la imposibilidad de determinar esos costos mediante prueba alguna.

Ahora se discute que, si ello no fue posible, se estimará el costo en el 75% del valor de la venta; sin embargo, en este caso no se ha hecho un despliegue probatorio por parte del contribuyente, ahora demandante para determinar con precisión las ventas realizadas y los costos de las mismas, de manera que efectivamente pueda aplicarse sin mayores interpretaciones el artículo que solicita.

Al respecto, el Consejo de Estado se ha pronunciado en reiteradas oportunidades sobre la aplicación del artículo 82 en mención en los siguientes sentidos:

*“(…) Para el efecto, se recalcó la postura en torno al alcance del artículo 82 del ET y respecto de la carga probatoria del contribuyente sobre los costos y deducciones<sup>7</sup>.*

*La Sala ha precisado que de conformidad con el artículo 742 del ET, los actos de liquidación de impuestos deben fundarse en los hechos que se encuentren acreditados en el expediente administrativo, y soportarse en los medios probatorios previstos en la normativa tributaria y en los códigos procesales. A su turno, el artículo 744 ib. prevé que las pruebas a valorar en el proceso deben formar parte de la declaración, haber sido aportadas en desarrollo de la facultad de fiscalización e investigación o en cumplimiento del deber de información, haberse acompañado o solicitado en la respuesta al requerimiento especial o en su ampliación, haberse acompañado al memorial del recurso o pedido en este, o haberse practicado de oficio, entre otras circunstancias<sup>8</sup>.*

---

<sup>7</sup> Sentencias del 1 de marzo de 2012, Exp. 17568, CP. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas; del 31 de mayo y 29 de agosto de 2018, del 21 de febrero y 25 de julio de 2019 y del 13 de mayo de 2021, Exps. 20813, 21349, 21295, 21366, 21030 y 23202, respectivamente, CP. Julio Roberto Piza Rodríguez, del 9 y 30 de septiembre de 2021, Exps. 25168 y 24832, respectivamente, CP. Stella Jeannette Carvajal Basto.

<sup>8</sup> Sentencias del 4 de octubre de 2018, Exp. 19778, del 5 de febrero de 2019, Exp. 20851, y del 12 de febrero de 2019, Exp. 22156, C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto.



Lo anterior supone que en la respuesta al requerimiento especial y con el recurso de reconsideración, el contribuyente puede controvertir las pruebas presentadas por la autoridad fiscal en desarrollo de las facultades de fiscalización e investigación, mediante la incorporación de las pruebas que considere pertinentes, las cuales deben ser valoradas por la autoridad fiscal como garantía del debido proceso y de los derechos de defensa y de contradicción. (...) (Subraya la Sala)

Coincide el Consejo de Estado<sup>9</sup> en:

“(...) Igualmente, en los términos del artículo 746 del ET. En tal sentido, la carga de la prueba en materia tributaria en lo que atañe a los factores de aminoración de la base imponible -costos, gastos, impuestos descontables y demás- tienen un especial tratamiento en la normativa, como se evidencia en los artículos 786 y siguientes del ET, advirtiendo que según el artículo 167 CGP, la carga de la prueba de dichos factores recae en el sujeto pasivo, por cuanto es quien los invoca<sup>10</sup>.”

*En ese contexto, una vez requerida por la autoridad, la demandante tenía la carga de aportar los medios de prueba idóneos, pertinentes y necesarios para soportar los costos con los que había disminuido la base imponible del impuesto sobre la renta del año gravable 2009(...)*

*Ahora bien, aunque el artículo 82 del ET<sup>11</sup>, invocado por la actora, consagra un método de estimación indirecta en lo concerniente a los costos, la Sala ha advertido que la citada disposición no incluye «la no comprobación» como presupuesto para su aplicación, ni avala la inactividad probatoria del contribuyente<sup>12</sup>.*

*(...)*

*en el caso concreto no se dan los supuestos fácticos que prevé el artículo 82 ET para estimar costos de manera indirecta, pues el rechazo de las erogaciones obedeció a la falta de pruebas que la autoridad le exigió a la demandante en la oportunidad administrativa y fue ella quien no cumplió con la carga que acreditara el renglón glosado, por lo que, se reitera, que es una interpretación indebida del artículo 82 del ET pretender «que su aplicabilidad opere en los casos en que el contribuyente no ejercita la carga de la prueba, pues los medios de estimación indirecta no constituyen un derecho del contribuyente del que pueda servirse cada vez que, por inactividad probatoria, no logre demostrar las erogaciones relevantes asociadas a sus ingresos».(...)*

---

<sup>10</sup> Sentencia del 13 de mayo de 2021, Exp. 23202, que reitera la sentencia del 31 de mayo de 2018, Exp. 20813, CP. Julio Roberto Piza Rodríguez.

<sup>11</sup> Art. 82. Determinación de costos estimados y presuntos. Cuando existan indicios de que el costo informado por el contribuyente no es real o cuando no se conozca el costo de los activos enajenados ni sea posible su determinación mediante pruebas directas, tales como las declaraciones de renta del contribuyente o de terceros, la contabilidad o los comprobantes internos o externos, el funcionario que esté adelantando el proceso de fiscalización respectivo, puede fijar un costo acorde con los incurridos durante el año o período gravable por otras personas que hayan desarrollado la misma actividad del contribuyente, o hayan hecho operaciones similares de enajenación de activos, atendiendo a los datos estadísticos producidos por la Dirección General de Impuestos Nacionales, por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística, por el Banco de la República, por la Superintendencia de Industria y Comercio, por la Superintendencia de Sociedades u otras entidades cuyas estadísticas fueren aplicables. Su aplicación y discusión se hará dentro del mismo proceso. Si lo dispuesto en este artículo no resultare posible, se estimará el costo en el setenta y cinco por ciento (75%) del valor de la respectiva enajenación, sin perjuicio de las sanciones que se impongan por inexactitud de la declaración de renta o por no llevar debidamente los libros de contabilidad.

<sup>12</sup> Sentencias del 23 de julio de 2020, Exp. 23237, CP. Stella Jeannette Carvajal Basto y del 13 de mayo de 2021, Exp. 23202, CP. Julio Roberto Piza Rodríguez.

(Subraya la Sala).

Reitera el Consejo de Estado<sup>13</sup> que:

*“(...) 4.1- El artículo 82 del ET invocado por la apelante consagra un método de estimación indirecta de los costos (...) ese mecanismo no es una alternativa ni un derecho del contribuyente, sino que solo puede acudirse a él cuando la determinación directa de los elementos de la obligación tributaria sea imposible, pero sin que ello conlleve desatender las consecuencias jurídicas que derivan de la aplicación de la regla de decisión que impone la carga de la prueba.*

*(...) Lo anterior, en armonía con la prescripción del artículo 167 del CGP, según la cual incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, de tal suerte que si el contribuyente pretende el reconocimiento de costos presuntos es necesario que demuestre el presupuesto consagrado en el artículo 82 del ET para su procedencia. (...) es del caso concluir que, una vez requerido por la autoridad, el demandante tenía la carga de aportar los medios de prueba idóneos, pertinentes y necesarios para afirmar los costos con los que había disminuido la base imponible del impuesto sobre la renta del año gravable 2009 (...)*

*Precisado lo anterior, no comparte la Sala la tesis del a quo, según la cual, exista un principio económico en el que todo ingreso estará precedido por un costo, pues tal razonamiento no puede desplazar el correcto ejercicio de la depuración de la renta y el establecimiento del tributo a cargo, junto con el adecuado despliegue de la carga de la prueba, de ahí que el artículo 82 del ET no premie la inactividad probatoria del contribuyente con un reconocimiento que incluso superaría los costos de ventas inicialmente declarados. En ese orden de ideas, le asiste mérito al cargo de apelación de la DIAN, en la medida en que el demandante no accederá a la presunción de costos. (...) (Subraya la Sala)*

De la jurisprudencia en mención, se extrae que, el mecanismo de estimación indirecta de costos prevista en el artículo 82 no es de aplicación irrestricta cuando no hayan pruebas de los costos; tampoco es una alternativa o derecho del contribuyente por sí sólo, sino que, es un medio al cual acudir cuando la determinación directa de los elementos de la obligación tributaria sea imposible; pero es imposible no obedece a la inactividad probatoria del contribuyente; pues también quedó claro que, en estos casos, la carga de la prueba de los costos recae en el sujeto pasivo.

---

<sup>13</sup> Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia de 13 de mayo de 2021. CP. Dr. Julio Roberto Piza Rodríguez. Rad. 25000-23-37-000-2015-00289-01(23202)

Es decir que, en este caso, era la señora Amparo Montes de Zuluaga, quien, en sede administrativa y judicial, debió desplegar toda su actividad probatoria tendiente a demostrar los costos operacionales en los que incurrió como propietaria del establecimiento de comercio Ferretería MaryZul; no obstante, no lo hizo; pues no se advierte de las respuestas al requerimiento especial, y de los recursos de apelación formulados contra las liquidaciones oficiales solicitudes de pruebas, aportes de las mismas, o siquiera afirmaciones de los costos en los que incurrió para poder acceder al método descrito en el artículo 82 del Estatuto Tributario.

Por lo expuesto, para esta Sala no resulta posible acceder a la pretensión subsidiaria de aplicar la presunción de costos del artículo 82 solicitada por el demandante, por lo que se negarán las pretensiones de la demanda; pues toda la discusión se centró en el tema de la ilegalidad e ilicitud del libro de pasta negra recadado en la diligencia, y no hubo un activismo probatorio relacionado con los costos que debían deducirse, ni tampoco se demostró la imposibilidad de demostrar los mismos.

## **6. Costas**

No se condenará en costas a la parte actora vencida, de conformidad con las previsiones contenidas en el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable por remisión a las normas procedimentales civiles, contenida en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, por cuanto no se encuentran acreditadas las mismas, acorde con la posición que ha asumido el Consejo de Estado que, luego de señalar el criterio objetivo- valorativo para la imposición de costas<sup>14</sup>, en la que se indicó que: “(...) *En esta oportunidad la Subsección A varía aquella posición y acoge el criterio objetivo para la imposición de costas (incluidas las agencias en derecho) al concluir que no se debe evaluar la conducta de las partes (temeridad o mala fe). Se deben valorar aspectos objetivos respecto de la causación de las costas, tal como lo prevé el Código General del Proceso, con el fin de darle plena aplicación a su artículo 365*”, y, ha proferido número de sentencias<sup>15</sup> sin condena en costas, al considerar que no se encuentra demostrada su causación.

---

<sup>14</sup>Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 7 de abril de 2016, radicación número: 13001-23-33-000-2013-00022-01(1291-14 Actor: José Francisco Guerrero Bardi)

<sup>15</sup>Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, providencia del 17 de octubre de 2018. Radicación: 66001-23-31-003-2012-00140-01, Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Demandante: Héctor Alexander Zamora Perea. Demandado: Municipio de Pereira; providencia del 19 de abril de 2018, Radicación: 66001-23-33-000-2013-0334-01, Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento

Pues bien, teniendo en cuenta que la Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso), dispone en el numeral octavo del artículo 365, entre otras que: “Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”; una vez revisado el expediente, se advierte que no existen elementos de prueba que demuestren o justifiquen las erogaciones por concepto de costas en esta instancia, así como tampoco se observa ningún tipo de conducta que amerite la condena por ese concepto, razonamientos estos que son trasunto de los que las diferentes secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado han señalado en punto a costas, donde la regla general ha sido la no condena por tal concepto. En consecuencia, al no existir fundamento para su imposición la Sala concluye que no es procedente la condena en costas.

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

### **Falla**

**Primero: Negar** las pretensiones que dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó la señora Amparo Montes de Zuluaga contra la DIAN, dentro de los procesos con radicados 17 001 23 33 000 2018 00123, 17 001 33 06 2018 00346 00, 17 001 33 04 2018 00317 00, 17 001 33 07 2018 00305 00, 17 001 33 01 2018 00307 00, 17 001 33 39 2018 00337 00 y 17 001 33 39 2018 00345 acumulados.

**Segundo: Sin condena en costas.**

**Tercero:** Ejecutoriada esta providencia, **liquidar** los gastos del proceso, **devolver** los remanentes si los hubiere, y **archivar** el proceso, previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia Siglo XXI.

---

del Derecho. Demandante: Luz Nelly Meza Ocampo. Demandado: Departamento de Risaralda; providencia del 26 de abril de 2018. Radicación: 66001-23-33-000-2013-00203-01. Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Demandante: Esmeralda García Carvajal. Demandado: Departamento de Risaralda; providencia del 21 de junio de 2018. Radicación: 66001-23-33-000-2013-00427-01. Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Demandante: Ligia Stella López Restrepo. Demandado: Departamento de Risaralda, entre otras.

**Notifíquese y cúmplase**

Discutido y aprobado en Sala de Ordinaria de Decisión celebrada en la fecha.

**Magistrados**



**Fernando Alberto Álvarez Beltrán**  
Magistrado Ponente

**Dohor Edwin Varón Vivas**

Magistrado  
Ausente con permiso



**AUGUSTO MORALES VALENCIA**  
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Segunda Oral de Decisión

Magistrado Ponente: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, dieciocho (18) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

|                     |  |
|---------------------|--|
| <b>Radicado.</b>    | <b>17-001-33-39-008-2018-00388-02</b>  |
| <b>Clase:</b>       | <b>Nulidad y restablecimiento del derecho</b>  |
| <b>Demandante:</b>  | <b>Consuelo de Jesús Aristizábal</b>   |
| <b>Demandado:</b>   | <b>Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio</b> |
| <b>Providencia:</b> | <b>Sentencia No. 241</b>   |

**Asunto**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales el 18 de septiembre de 2020, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

**I. Antecedentes.**

**1. Pretensiones.**

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

- Se declare la nulidad de la Resolución N° 8027-6 de 18 de octubre de 2017.
- Se declare que la parte actora pertenece al régimen exceptuado previsto en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, que su situación se halla cobijada por el régimen especial previsto para los docentes vinculados antes del 27 de junio de 2003 y, por ende, que su pensión de jubilación debe ser reajustada anualmente con base en lo previsto en las Leyes 91 de 1989 y 71 de 1988.
- Se condene a la parte accionada a aplicar el porcentaje previsto en el artículo 8 ordinal 5° de la Ley 91 de 1989 para los descuentos en salud, equivalente al 5%, cesando los actuales aportes del 12%.

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

## **2. Hechos.**

Se relataron los que a continuación se resumen:

- Se vinculó a la docencia oficial con anterioridad al 27 de junio de 2003, y al cumplir los requisitos de ley le fue reconocida pensión de jubilación, de la cual le han venido descontando el 12% de cada mesada pensional, incluidas las adicionales de junio y diciembre, con destino al sistema de salud.
- Pese a que en el acto de reconocimiento se dijo que el reajuste anual pensional se daría en virtud de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, dichos incrementos se han hecho conforme lo dispone el mandato 14 de la Ley 100 de 1993.
- Desde la promulgación de la Ley 100 de 1993, los incrementos anuales de las pensiones ordenados en el artículo 53 de la Carta Política vienen dándose con la aplicación del Índice de Precios al Consumidor (IPC), según lo consagrado en el canon 14 de dicho dispositivo legal.
- El 5 de octubre de 2017 presentó solicitud ante la entidad demandada con el fin de que su pensión fuera incrementada conforme lo dispone el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, igualmente que el descuento con destino al sistema de salud se ajustara al 5% de cada mesada, peticiones negadas a través del acto demandado.

### **3. Normas violadas**

Como disposiciones violadas se citaron las siguientes:

Se invocaron: Constitución Política, arts. 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29, 48, 53, 90, 121, 125 y 209 Ley 33 de 1985; Ley 91/89, art. 15, numeral 2 literal A; Ley 115 de 1994, art. 115; Ley 71/88, art. 1; Ley 100/93, art. 279; Ley 238 de 1995, art. 1; Ley 700 de 2011, art. 4; Ley 797 de 2003, art. 9; Ley 812 de 2003, art. 81; Ley 1151 de 2007, art. 160; Acto Legislativo 01 de 2005; Ley 1437 de 2011, art. 137.

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

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

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

### **4. Contestación de la demanda.**

#### **4.1. Departamento de Caldas.**

Formuló las excepciones de *'falta de legitimación en la causa por pasiva'*, fundamentada en que no le asiste competencia para el reconocimiento y pago de las prestaciones docentes, las cuales están en cabeza del FNPSM; *'buena fe'* atendiendo a que su actuación se ha ceñido a los postulados legales; y *'prescripción'*, con base en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969.



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

Guardó silencio.

#### **5. Sentencia de Primera Instancia**

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

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

En cuanto al incremento anual de las pensiones con fundamento en el salario mínimo señaló que éste está dado únicamente para las pensiones que se otorgan con ese rango constitucional. Estima que el reajuste de la pensión con fundamento en el Índice de Precios al Consumidor (IPC) no vulnera los postulados del Estado Social de Derecho ni el principio de favorabilidad previsto en el artículo 53 de la Constitución Política. Expuso que para el caso bajo examine, se debe incrementar la pensión conforme a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

#### **6. Recurso de Apelación**

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

beneficioso la aplicación del artículo 1 de la Ley 71 de 1988 en tanto contempla un incremento de acuerdo con el aumento anual del salario mínimo legal mensual vigente; y no de acuerdo al IPC como se prevé en la Ley 100 de 1993.

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

## **7. Alegatos de conclusión segunda instancia.**

Las partes guardaron silencio.

## **II. Consideraciones de la Sala**

Atendiendo a lo planteado 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 los siguientes interrogantes:

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

## 1. Ajuste periódico de las pensiones.

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

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

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

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

Este cometido constitucional encuentra desarrollo en diversos instrumentos de índole legal, incluso, se encuentra previsto en diferentes disposiciones anteriores a la Carta Política de 1991. Verbigracia, el canon 1 de la Ley 4ª de 1976<sup>1</sup> disponía:

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

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

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

**“ARTICULO 1o.** *Las pensiones a que se refiere el artículo 1o. de la Ley 4a. de 1976, las de incapacidad permanente parcial y las compartidas, serán reajustadas de oficio cada vez y con*

---

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

el mismo porcentaje en que sea incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.

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

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

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

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

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

La norma en mención fue objeto de estudio de constitucionalidad, cuyo resultado fue la exequibilidad, declarada mediante la Sentencia C-387 de 1994<sup>2</sup>, de la cual la Sala destaca en lo pertinente, lo siguiente:

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

*(...) Así las cosas, no le asiste razón al demandante, pues no es posible afirmar con certeza cuál de los dos sistemas podría resultar más*

---

<sup>2</sup> MP. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

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

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

Por su parte, el Consejo de Estado<sup>3</sup> se pronunció sobre la vigencia del artículo 1 de la Ley 71 de 1988 y el alcance de la fórmula del incremento pensional consagrado en la Ley 100 de 1993:

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

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

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

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

---

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

Por otra parte, uno de los argumentos en los que insiste la parte actora en su recurso de apelación se entrelaza con el principio de favorabilidad en materia pensional, que a su juicio, legitima la aplicación del incremento pensional con el aumento del salario mínimo legal mensual vigente, previsto en la Ley 71 de 1988. En punto a este raciocinio, la Corte Constitucional se pronunció en la Sentencia C-425 de 2017<sup>4</sup> esbozando:

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

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

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

Finalmente, es claro que los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM) se hallan excluidos del régimen pensional general previsto en la Ley 100 de 1993 en virtud del expreso mandato del artículo 279 de esa norma<sup>5</sup>, no obstante, este mandato legal debe leerse en armonía con el canon 1 parágrafo 4 de la Ley 238 de 2005, que reza:

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

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

<sup>4</sup> M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

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

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

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

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

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

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

Ante este panorama, tampoco resulta de recibo el argumento relacionado con el principio de favorabilidad, pues existe una disposición expresa sobre la forma en la que

proceden los aumentos pensionales, y la existencia de aumentos pensionales con base en el salario mínimo únicamente se justifica en el caso de las pensiones cuyo monto equivale a este salario. Tal y como lo ha dejado claro la Corte Constitucional en la sentencia ut supra, el legislador cuenta con un poder de configuración normativa asignado por la Constitución Política, que ciertamente le otorga autonomía para establecer el modelo o fórmula específica de actualización anual de las pensiones en aras de contrarrestar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y, por ende, de las mesadas pensionales.

Así las cosas, abordados los pormenores del caso, resulta evidente que la pensión reconocida por el FNPSM a favor de la señora Consuelo de Jesús Aristizábal supera el valor del salario mínimo legal mensual vigente /fl. 43 cdno. 1/, por lo que la entidad demandada, al negar el incremento pretendido al tenor del artículo 1 de la Ley 71 de 1988 se ajustó plenamente al ordenamiento jurídico, lo que derivaba en una decisión negativa frente a las pretensiones de la demanda, como en efecto ocurrió.

## **2. Descuentos con destino al sistema de salud.**

El principio de solidaridad constituye uno de los pilares del Sistema General de Seguridad Social tanto en salud como en pensiones, y de él se derivan algunas obligaciones de los afiliados, como lo es contribuir a su financiación a través de aportes (art. 48 C.P.). En el mismo sentido se encuentra concebido el servicio de salud en el canon 49 constitucional, soportado en la solidaridad como elemento medular de su prestación.

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

Al pronunciarse sobre la obligación de los pensionados de cotizar con destino al sistema de salud, la Corte Constitucional<sup>6</sup> expresó:

*“(...) Entonces, incluso los regímenes de excepción tienen el deber de cotizar al Sistema General de Seguridad Social, para la prestación de los servicios médico asistenciales, situación que no varió con la expedición de la Ley 100 de 1993. Esto encuentra respaldo en el principio de solidaridad que caracteriza este sistema. Así en las sentencias C-1000 de 2007, la Corte reiteró la posición de la*

---

<sup>6</sup> Sentencia T-835 de 2014.



*obligación de cotizar al Sistema, señalada en la C-548 de 1998 y sobre los aportes que deben efectuar los pensionados señaló:*

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

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

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

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

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

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

En el artículo 81 de esta norma prescribe:

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

*Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los*

derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

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

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

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

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

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

(i) Mediante la Ley 1122 de 2007, artículo 10, la cotización al régimen contributivo en salud a partir del 1º de enero de 2007 pasó a ser ‘del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado’.

(ii) Luego, la Ley 1250 de 2008 adicionó el canon 204 de la Ley 100/93 al prescribir que ‘La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional’.

De igual manera, el deber de cotizar al sistema de salud en cabeza de los pensionados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM), así como el monto de los aportes, fue objeto de pronunciamiento por el Consejo de Estado<sup>7</sup> como pasa a verse a continuación:

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

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

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

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

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

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

<sup>8</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-529 de 23 de junio de 2010

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

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

El Tribunal trae a colación los planteamientos esbozados por el Consejo de Estado<sup>9</sup> al abordar las pretensiones de devolución de aportes realizados sobre las mesadas adicionales de un pensionado afiliado al FNPSM:

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

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

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

Finalmente, se toma como referente la sentencia de unificación del Consejo de Estado<sup>10</sup> con la cual se fijó la siguiente regla: *“Son procedentes los descuentos con destino a salud en el porcentaje del 12% señalado en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, así como las normas que lo modifiquen, de las mesadas adicionales de junio y diciembre de los docentes. Lo anterior por cuanto el artículo 8 de la Ley 91 de 1989 les impuso el deber de contribuir con el aporte del 5% al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales*

<sup>9</sup> Sentencia de 14 de septiembre de 2017.

<sup>10</sup> Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda. Consejero ponente: William Hernández Gómez. Bogotá D.C., tres (03) de junio de dos mil veintiuno (2021) Radicación número: 66001-33-33-000-2015-00309-01(0632-18) CE-SUJ-024-21

*del Magisterio, incluso con la deducción de las mesadas adicionales. Más adelante, la Ley 812 de 2003, en el artículo 81, incrementó el porcentaje al 12%, al hacer remisión a las disposiciones generales de la Ley 100 de 1993, particularmente a los porcentajes de los aportes señalados en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, los cuales se deducen de todas las mesadas pensionales, incluso de las adicionales.”*

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

Por ende, se confirmará la sentencia de primer grado.

### **3. Costas.**

En relación con la condena en costas, el Consejo de Estado<sup>11</sup> ha desarrollado una línea jurisprudencial que introduce un criterio objetivo valorativo al momento de su imposición, esto es, hay lugar a las mismas siempre que se hayan causado y en la medida de su comprobación conforme lo dispone el numeral 8º del artículo 365 del CGP.

De lo anterior se sigue que, en este caso, no se causaron costas procesales en segunda instancia en razón a la inactividad de la parte demandada.

### **4. Consideración final.**

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

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

---

<sup>11</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, 12 de abril de 2018, radicación No.05-001-23-33-000-2012-00439-02(0178-2017), C.P: William Hernández Gómez

### III. Falla

**Primero: Se confirma** la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales el 18 de septiembre de 2020, mediante la cual se negaron las pretensiones de la parte demandante en el proceso promovido en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho por la señora Consuelo de Jesús Aristizábal contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

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

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

#### Notifíquese y cúmplase

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



**Fernando Alberto Álvarez Beltrán**  
Magistrado Ponente

**Dohor Edwin Varón Vivas**

Magistrado  
Ausente con permiso



AUGUSTO MORALES VALENCIA  
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Segunda de Decisión

Magistrado Ponente: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, dieciocho (18) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

|                     |  |
|---------------------|--|
| <b>Radicado:</b>    | <b>17-001-33-33-001-2019-00002-02</b>  |
| <b>Clase:</b>       | <b>Nulidad y restablecimiento del derecho</b>  |
| <b>Demandante:</b>  | <b>Emma Osorio Zapata</b>  |
| <b>Demandado:</b>   | <b>Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio</b> |
| <b>Providencia:</b> | <b>Sentencia No. 238</b>   |

**Asunto**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, el 23 de junio de 2021, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

**I. Antecedentes.**

**1. Pretensiones.**

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

- Se declare la nulidad de la Resolución N° 9307-6 del 28 de noviembre de 2017.
- Se declare que la parte actora pertenece al régimen exceptuado previsto en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, que su situación se halla cobijada por el régimen especial previsto para los docentes vinculados antes del 27 de junio de 2003, y por ende, que su pensión de jubilación debe ser reajustada anualmente con base en lo previsto en las Leyes 91 de 1989 y 71 de 1988.

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

## **2. Hechos.**

Se relataron los que a continuación se resumen:

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



- El 2 de noviembre de 2017 presentó solicitud ante la entidad demandada con el fin de que su pensión fuera incrementada conforme lo dispone el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, igualmente que el descuento con destino al sistema de salud se ajustara al 5% de cada mesada, peticiones negadas a través del acto demandado.

### **3. Normas violadas**

Como disposiciones violadas se citaron las siguientes:

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

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

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

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

### **4. Contestación de la demanda.**

La parte demandada guardó silencio.

### **5. Sentencia de Primera Instancia**

El a quo accedió parcialmente a las pretensiones de la parte demandante, así:

[...]"

*SEGUNDO: Igualmente se DECLARA PROBADA de oficio la excepción de "inexistencia del derecho para el cese, disminución y devolución de un porcentaje por concepto de aportes al sistema de seguridad social en salud" en todos los procesos en cuanto a la devolución de los aportes en salud superiores al 5%, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.*

*Igualmente se declara probada parcialmente de oficio la excepción de prescripción, en los procesos instaurados por [...] Emma Osorio Zapata, [...]*

*TERCERO: DECLARAR la nulidad parcial de los siguientes actos administrativos que negaron el reconocimiento y pago del incremento pensional con base en el incremento porcentual del salario mínimo legal mensual vigente en los siguientes expedientes: [...] Exp. 3 rad: 2019-00002: Resolución 9307-6 del 28 de noviembre de 2017.*

*CUARTO: A título de restablecimiento del derecho, ORDENAR a la Nación – Ministerio de Educación –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para que proceda a reajustar anualmente, la pensión mensual vitalicia de los demandantes con base en el porcentaje de incremento del salario mínimo mensual legal vigente. Posteriormente determinará la diferencia entre la suma efectivamente pagada mes a mes y la que debió pagar, para fijar el monto que deberá reconocer y pagar a cada uno de los demandantes, y por los siguientes periodos: [...] 3) Emma Osorio Zapata: el reajuste se liquidará desde el 04 de septiembre de 2002, pero con efectos fiscales a partir del 02 de noviembre de 2014, en virtud de la prescripción trienal. [...]*

*QUINTO: La suma que se pague a favor de cada uno los demandantes se actualizará mes a mes utilizando la fórmula matemática financiera empleada por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para la actualización del dinero.*

*SEXTO: SIN CONDENAS EN COSTAS conforme a la parte motiva.*

*SÉPTIMO: NEGAR las pretensiones de la demanda en cuanto a la devolución de los aportes en salud superiores al 5%, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva. [...]"*

De un lado, consideró que los docentes afiliados al FNPSM no tienen derecho al cese del cobro y a la devolución de un porcentaje de los aportes que realizaron y realizan al sistema de seguridad social en salud sobre las mesadas adicionales, ello, de conformidad con el numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989; el porcentaje de dicho descuento se regula por lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, artículo 204.

En cuanto al incremento anual de las pensiones con fundamento en el salario mínimo señaló que, los docentes afiliados al FNPSM tienen derecho a un reajuste pensional equivalente al incremento anual del SMLMV de conformidad con el artículo 1° de la Ley 71 de 1988, en concordancia con el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, por tratarse de un régimen exceptuado. Como sustento de ello, señaló que el incremento consagrado en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 se aplica al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y al Régimen de Ahorro Individual, no a los regímenes exceptuados. Así mismo, aduce que el artículo 279 de la Ley 100 hace referencia a los regímenes exceptuados para indicar que las disposiciones de dicha ley no le son aplicables. Expone que el artículo 1 de la Ley 71 de 1988 no quedó derogado con la Ley 100 de 1993, pues esta última, en su artículo 289, puntualmente derogó el parágrafo del artículo 7 de dicha Ley 71 y si la intención hubiese sido la de derogar el artículo 1°, así lo hubiese consagrado. Finalmente, consideró que la Ley 238 de 1995 no impone un

régimen de reajuste derogatorio de los previstos en los regímenes exceptuados, sino que impide que el beneficio del reajuste por el IPC se le niegue a los pensionados cuyas pensiones resulten reajustadas con un valor inferior al IPC, tal como sucedía con el principio de oscilación. La ley 238 consagra un principio de favorabilidad en favor de los regímenes exceptuados, en virtud del cual, sólo cuando el incremento de la pensión de acuerdo al IPC previsto en el artículo 14 de la Ley 100 les sea más favorable, puede serles aplicado; no así cuando ello resulte menos favorable.

## **6. Recurso de Apelación**

### **6.2. Parte demandada.**

Considera que, si bien los docentes afiliados al FNPSM se encuentran exceptuados de la aplicación del Régimen General de Seguridad Social, en lo que respecta al reajuste de sus pensiones debe darse aplicación a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 como consecuencia de lo establecido en la Ley 238 de 1995. Agrega que el derecho al porcentaje del reajuste de la pensión no es un derecho adquirido y ello está sometido a la libertad de configuración normativa del legislador. Asegura que el Acto Legislativo 01 de 2005 dejó sin efectos los regímenes especiales como el consagrado en la Ley 71 de 1988 a partir del 31 de julio de 2010; luego, no hay lugar a aplicar el principio de favorabilidad pues no hay coexistencia de normas vigentes ante la derogatoria tácita de la Ley 71 de 1988. Solicita en consecuencia, se revoque el fallo de primer grado y se denieguen todas las pretensiones de la parte demandante.

### **7. Alegatos de conclusión segunda instancia.**

Las partes guardaron silencio.

## **II. Consideraciones de la Sala**

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

- *¿Le asiste derecho a la parte demandante al reajuste periódico de la pensión de jubilación con base en el incremento del salario mínimo mensual legal vigente, según lo establece la Ley 71 de 1988?*

## 1. Ajuste periódico de las pensiones.

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

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

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

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

Este cometido constitucional encuentra desarrollo en diversos instrumentos de índole legal, incluso, se encuentra previsto en diferentes disposiciones anteriores a la Carta Política de 1991. Verbigracia, el canon 1 de la Ley 4ª de 1976<sup>1</sup> disponía:

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

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

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

**“ARTICULO 1o.** *Las pensiones a que se refiere el artículo 1o. de la Ley 4a. de 1976, las de incapacidad permanente parcial y las compartidas, serán reajustadas de oficio cada vez y con*

---

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

el mismo porcentaje en que sea incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.

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

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

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

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

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

La norma en mención fue objeto de estudio de constitucionalidad, cuyo resultado fue la exequibilidad, declarada mediante la Sentencia C-387 de 1994<sup>2</sup>, de la cual la Sala destaca en lo pertinente, lo siguiente:

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

*(...) Así las cosas, no le asiste razón al demandante, pues no es posible afirmar con certeza cuál de los dos sistemas podría resultar más*

---

<sup>2</sup> MP. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

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

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

Por su parte, el Consejo de Estado<sup>3</sup> se pronunció sobre la vigencia del artículo 1 de la Ley 71 de 1988 y el alcance de la fórmula del incremento pensional consagrado en la Ley 100 de 1993:

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

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

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

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

---

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

Por otra parte, frente al argumento según el cual, el principio de favorabilidad en materia pensional legitima la aplicación del incremento pensional con el aumento del salario mínimo legal mensual vigente previsto en la Ley 71 de 1988, la Corte Constitucional en la Sentencia C-425 de 2017<sup>4</sup> esbozó:

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

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

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

Finalmente, es claro que los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM) se hallan excluidos del régimen pensional general previsto en la Ley 100 de 1993 en virtud del expreso mandato del artículo 279 de esa norma<sup>5</sup>, no obstante, este mandato legal debe leerse en armonía con el canon 1 párrafo 4 de la Ley 238 de 2005, que reza:

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

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

<sup>4</sup> M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

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

Recogiendo los elementos presentes en el marco normativo y jurisprudencial reproducido en las líneas que anteceden, las súplicas de la demanda no encuentran eco de prosperidad, por diversas razones.

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

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

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

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

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



sentencia ut supra, el legislador cuenta con un poder de configuración normativa asignado por la Constitución Política, que ciertamente le otorga autonomía para establecer el modelo o fórmula específica de actualización anual de las pensiones en aras de contrarrestar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y por ende, de las mesadas pensionales.

Así las cosas, abordados los pormenores del caso, resulta evidente que la pensión reconocida por el FNPSM a favor de la señora Emma Osorio Zapata supera el valor del salario mínimo legal mensual vigente /fl. 43-44 cdno. 1/, por lo que la entidad demandada, al negar el incremento pretendido al tenor del artículo 1 de la Ley 71 de 1988 se ajustó plenamente al ordenamiento jurídico, lo que derivaba en una decisión negativa frente a las pretensiones de la demanda, como en efecto ocurrió.

Por ende, se revocará el inciso dos del ordinal segundo de la sentencia en referencia, en tanto declaró probada parcialmente la excepción de prescripción en el proceso instaurado por la señora Emma Osorio Zapata. De igual manera, se revocarán los ordinales tercero, cuarto y quinto en lo que a este proceso refiere. Se confirmará en lo demás la providencia apelada.

## **2. Costas en segunda instancia.**

En relación con la condena en costas, el Consejo de Estado<sup>6</sup> ha desarrollado una línea jurisprudencial que introduce un criterio objetivo valorativo al momento de su imposición, esto es, hay lugar a las mismas siempre que se hayan causado y en la medida de su comprobación conforme lo dispone el numeral 8º del artículo 365 del CGP.

De lo anterior se sigue que, en este caso, no se causaron costas procesales en segunda instancia en razón a la inactividad de la parte demandada.

## **3. Consideración final.**

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

---

<sup>6</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, 12 de abril de 2018, radicación No.05-001-23-33-000-2012-00439-02(0178-2017), C.P: William Hernández Gómez

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

### III. Falla

**Primero: Se revoca** el inciso dos del ordinal segundo de la sentencia, en tanto declaró probada parcialmente la excepción de prescripción en el proceso instaurado por la señora Emma Osorio Zapata. **Se revocan** los ordinales tercero, cuarto y quinto de la sentencia en lo que a este proceso refiere. **Se confirma en lo demás** la providencia apelada.

**Segundo: Sin condena** en costas.

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

### Notifíquese y cúmplase

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



**Fernando Alberto Álvarez Beltrán**  
Magistrado Ponente

**Dohor Edwin Varón Vivas**

Magistrado  
Ausente con permiso



**AUGUSTO MORALES VALENCIA**  
Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Segunda Oral de Decisión

Magistrado Ponente: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, dieciocho (18) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

|                     |  |
|---------------------|--|
| <b>Radicado.</b>    | <b>17-001-33-39-007-2019-00003-02</b>  |
| <b>Clase:</b>       | <b>Nulidad y restablecimiento del derecho</b>  |
| <b>Demandante:</b>  | <b>María Sara Zuluaga Molina</b>   |
| <b>Demandado:</b>   | <b>Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio</b> |
| <b>Providencia:</b> | <b>Sentencia No. 240</b>   |

**Asunto**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales el 27 de mayo de 2021, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

**I. Antecedentes.**

**1. Pretensiones.**

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

- Se declare la nulidad de la Resolución N° 9303-6 de 28 de noviembre de 2017.
- Se declare que la parte actora pertenece al régimen exceptuado previsto en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, que su situación se halla cobijada por el régimen especial previsto para los docentes vinculados antes del 27 de junio de 2003, y por ende, que su pensión de jubilación debe ser reajustada anualmente con base en lo previsto en las Leyes 91 de 1989 y 71 de 1988.
- Se condene a la parte accionada a aplicar el porcentaje previsto en el artículo 8 ordinal 5° de la Ley 91 de 1989 para los descuentos en salud, equivalente al 5%, cesando los actuales aportes del 12%.

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

## **2. Hechos.**

Se relataron los que a continuación se resumen:

- Se vinculó a la docencia oficial con anterioridad al 27 de junio de 2003, y al cumplir los requisitos de ley le fue reconocida pensión de jubilación, de la cual le han venido descontando el 12% de cada mesada pensional, incluidas las adicionales de junio y diciembre, con destino al sistema de salud.
- Pese a que en el acto de reconocimiento se dijo que el reajuste anual pensional se daría en virtud de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, dichos incrementos se han hecho conforme lo dispone el mandato 14 de la Ley 100 de 1993.
- Desde la promulgación de la Ley 100 de 1993, los incrementos anuales de las pensiones ordenados en el artículo 53 de la Carta Política vienen dándose con la aplicación del Índice de Precios al Consumidor (IPC), según lo consagrado en el canon 14 de dicho dispositivo legal.
- El 2 de noviembre de 2017 presentó solicitud ante la entidad demandada con el fin de que su pensión fuera incrementada conforme lo dispone el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, igualmente que el descuento con destino al sistema de salud se ajustara al 5% de cada mesada, peticiones negadas a través del acto demandado.

### **3. Normas violadas**

Como disposiciones violadas se citaron las siguientes:

Se invocaron: Constitución Política, arts. 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29, 48, 53, 90, 121, 125 y 209 Ley 33 de 1985; Ley 91/89, art. 15, numeral 2 literal A; Ley 115 de 1994, art. 115; Ley 71/88, art. 1; Ley 100/93, art. 279; Ley 238 de 1995, art. 1; Ley 700 de 2011, art. 4; Ley 797 de 2003, art. 9; Ley 812 de 2003, art. 81; Ley 1151 de 2007, art. 160; Acto Legislativo 01 de 2005; Ley 1437 de 2011, art. 137.

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

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

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

### **4. Contestación de la demanda.**

#### **4.1. Departamento de Caldas.**

Formuló las excepciones de *'falta de legitimación en la causa por pasiva'*, fundamentada en que no le asiste competencia para el reconocimiento y pago de las prestaciones docentes, las cuales están en cabeza del FNPSM; *'buena fe'* atendiendo a que su actuación se ha ceñido a los postulados legales; y *'prescripción'*, con base en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969.

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

Aceptó algunos hechos y negó otros. Se opuso a las pretensiones de la parte demandante con apoyo en la Ley 91 de 1989 en tanto establece que el FNPSM estará constituido, entre otros recursos, por el 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados. Indica que posteriormente, con la Ley 812 de 2003, se dispuso que el valor total de la tasa de cotización por lo docentes afiliados al FNPSM corresponderá a la suma de aportes que para la salud y pensiones establezcan las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución para empleadores y trabajadores. Estima que el régimen pensional de todos los docentes vinculados al servicio público educativo oficial será el establecido con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, es decir, la Ley 91 de 1980, la cual estipula que en los descuentos deben estar incluidas las mesadas adicionales. Considera así mismo, que la Ley 812 únicamente modificó respecto del personal docente, lo concerniente al porcentaje destinado a los aportes de salud pero no modificó su régimen pensional. De igual forma pone de presente que la Ley 1250 de 2008 dispuso que la cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional; precepto que estima igualmente a los pensionados por el FNPSM.

#### **5. Sentencia de Primera Instancia**

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

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

En cuanto al incremento anual de las pensiones con fundamento en el salario mínimo señaló que éste está dado únicamente para las pensiones que se otorgan con ese rango

constitucional. Estima que el reajuste de la pensión con fundamento en el Índice de Precios al Consumidor (IPC) no vulnera los postulados del Estado Social de Derecho ni el principio de favorabilidad previsto en el artículo 53 de la Constitución Política. Expuso que para el caso bajo examine, se debe incrementar la pensión conforme a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

## **6. Recurso de Apelación**

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

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

## **7. Alegatos de conclusión segunda instancia.**

Las partes guardaron silencio.



## II. Consideraciones de la Sala

Atendiendo a lo planteado 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 los siguientes interrogantes:

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

### 1. Ajuste periódico de las pensiones.

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

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

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

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

Este cometido constitucional encuentra desarrollo en diversos instrumentos de índole legal, incluso, se encuentra previsto en diferentes disposiciones anteriores a la Carta Política de 1991. Verbigracia, el canon 1 de la Ley 4ª de 1976<sup>1</sup> disponía:

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

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

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

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

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

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

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

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

**“Artículo 14.** *Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o*

---

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

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

La norma en mención fue objeto de estudio de constitucionalidad, cuyo resultado fue la exequibilidad, declarada mediante la Sentencia C-387 de 1994<sup>2</sup>, de la cual la Sala destaca en lo pertinente, lo siguiente:

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

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

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

Por su parte, el Consejo de Estado<sup>3</sup> se pronunció sobre la vigencia del artículo 1 de la Ley 71 de 1988 y el alcance de la fórmula del incremento pensional consagrado en la Ley 100 de 1993:

“Ahora bien, en criterio de la parte demandante, la mesada de quienes se pensionaron con anterioridad al 1.º de abril de 1994 debe incrementarse en la forma prevista por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, esto es, en el mismo porcentaje en que se ajustaba el salario mínimo, afirmación frente a la cual debe indicarse que el hecho de que el porcentaje en el cual se reajusta la pensión no sea un derecho adquirido, implica que el sistema definido por la Ley 100 de 1993 podía regular válidamente la proporción del aumento de la prestación,

---

<sup>2</sup> MP. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

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

derogando el enunciado normativo que venía rigiendo hasta ese momento, tal y como lo admitió la Corte Constitucional en la sentencia C-110 de 1996, al señalar:

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

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

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

Por otra parte, uno de los argumentos en los que insiste la parte actora en su recurso de apelación se entrelaza con el principio de favorabilidad en materia pensional, que a su juicio, legitima la aplicación del incremento pensional con el aumento del salario mínimo legal mensual vigente, previsto en la Ley 71 de 1988. En punto a este raciocinio, la Corte Constitucional se pronunció en la Sentencia C-425 de 2017<sup>4</sup> esbozando:

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

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

---

<sup>4</sup> M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

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

Finalmente, es claro que los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM) se hallan excluidos del régimen pensional general previsto en la Ley 100 de 1993 en virtud del expreso mandato del artículo 279 de esa norma<sup>5</sup>, no obstante, este mandato legal debe leerse en armonía con el canon 1 parágrafo 4 de la Ley 238 de 2005, que reza:

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

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

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

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

Adicional a ello, es de suma importancia resaltar que el canon 53 de la Carta, al paso que consagra el mandato de incremento periódico de las pensiones de tal forma que

---

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

mantengan su poder adquisitivo, no sujeta este postulado a un método específico, dejando en manos del legislador la materialización de este cometido, lo cual precisamente ocurre con el artículo 14 de la Ley 100/93, expedido en uso de la libertad de configuración normativa que sobre el particular le asiste al Congreso de la República.

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

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

Ante este panorama, tampoco resulta de recibo el argumento relacionado con el principio de favorabilidad, pues existe una disposición expresa sobre la forma en la que proceden los aumentos pensionales, y la existencia de aumentos pensionales con base en el salario mínimo únicamente se justifica en el caso de las pensiones cuyo monto equivale a este salario. Tal y como lo ha dejado claro la Corte Constitucional en la sentencia *ut supra*, el legislador cuenta con un poder de configuración normativa asignado por la Constitución Política, que ciertamente le otorga autonomía para establecer el modelo o fórmula específica de actualización anual de las pensiones en aras de contrarrestar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y por ende, de las mesadas pensionales.

Así las cosas, abordados los pormenores del caso, resulta evidente que la pensión reconocida por el FNPSM a favor de la señora María Sara Zuluaga Molina supera el valor del salario mínimo legal mensual vigente /fl. 45-46 cdno. 1/, por lo que la entidad demandada, al negar el incremento pretendido al tenor del artículo 1 de la Ley 71 de 1988 se ajustó plenamente al ordenamiento jurídico, lo que derivaba en una decisión negativa frente a las pretensiones de la demanda, como en efecto ocurrió.

## **2. Descuentos con destino al sistema de salud.**

El principio de solidaridad constituye uno de los pilares del Sistema General de Seguridad Social tanto en salud como en pensiones, y de él se derivan algunas obligaciones de los afiliados, como lo es contribuir a su financiación a través de aportes (art. 48 C.P.). En el mismo sentido se encuentra concebido el servicio de salud en el canon 49 constitucional, soportado en la solidaridad como elemento medular de su prestación.

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

Al pronunciarse sobre la obligación de los pensionados de cotizar con destino al sistema de salud, la Corte Constitucional<sup>6</sup> expresó:

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

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

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

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

---

<sup>6</sup> Sentencia T-835 de 2014.

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

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

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

En el artículo 81 de esta norma prescribe:

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

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

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

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



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

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

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

(i) Mediante la Ley 1122 de 2007, artículo 10, la cotización al régimen contributivo en salud a partir del 1º de enero de 2007 pasó a ser ‘del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado’.

(ii) Luego, la Ley 1250 de 2008 adicionó el canon 204 de la Ley 100/93 al prescribir que ‘La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional’.

De igual manera, el deber de cotizar al sistema de salud en cabeza de los pensionados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM), así como el monto de los aportes, fue objeto de pronunciamiento por el Consejo de Estado<sup>7</sup> como pasa a verse a continuación:

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

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

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

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

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

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

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

<sup>8</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-529 de 23 de junio de 2010

El Tribunal trae a colación los planteamientos esbozados por el Consejo de Estado<sup>9</sup> al abordar las pretensiones de devolución de aportes realizados sobre las mesadas adicionales de un pensionado afiliado al FNPSM:

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

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

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

Finalmente, se toma como referente la sentencia de unificación del Consejo de Estado<sup>10</sup> con la cual se fijó la siguiente regla: “Son procedentes los descuentos con destino a salud en el porcentaje del 12% señalado en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, así como las normas que lo modifiquen, de las mesadas adicionales de junio y diciembre de los docentes. Lo anterior por cuanto el artículo 8 de la Ley 91 de 1989 les impuso el deber de contribuir con el aporte del 5% al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, incluso con la deducción de las mesadas adicionales. Más adelante, la Ley 812 de 2003, en el artículo 81, incrementó el porcentaje al 12%, al hacer remisión a las disposiciones generales de la Ley 100 de 1993, particularmente a los porcentajes de los aportes señalados en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, los cuales se deducen de todas las mesadas pensionales, incluso de las adicionales.”

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

<sup>9</sup> Sentencia de 14 de septiembre de 2017.

<sup>10</sup> Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda. Consejero ponente: William Hernández Gómez. Bogotá D.C., tres (03) de junio de dos mil veintiuno (2021) Radicación número: 66001-33-33-000-2015-00309-01(0632-18) CE-SUJ-024-21

Por ende, se confirmará la sentencia de primer grado.

### **3. Costas.**

En relación con la condena en costas, el Consejo de Estado<sup>11</sup> ha desarrollado una línea jurisprudencial que introduce un criterio objetivo valorativo al momento de su imposición, esto es, hay lugar a las mismas siempre que se hayan causado y en la medida de su comprobación conforme lo dispone el numeral 8º del artículo 365 del CGP.

De lo anterior se sigue que, en este caso, no se causaron costas procesales en segunda instancia en razón a la inactividad de la parte demandada.

### **4. Consideración final.**

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

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

## **III. Falla**

**Primero: Se confirma** la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales el 27 de mayo de 2021, mediante la cual se negaron las pretensiones de la parte demandante en el proceso promovido en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho por la señora María Sara Zuluaga Molina contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

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

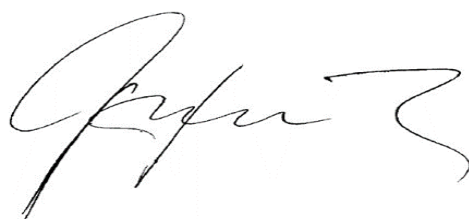
**Tercero: Ejecutoriada** esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

## **Notifíquese y cúmplase**

---

<sup>11</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, 12 de abril de 2018, radicación No.05-001-23-33-000-2012-00439-02(0178-2017), C.P: William Hernández Gómez

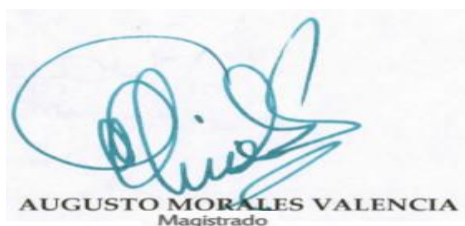
Discutida y aprobada en Sala de Decisión Ordinaria celebrada en la fecha.



**Fernando Alberto Álvarez Beltrán**  
Magistrado Ponente

**Dohor Edwin Varón Vivas**

Magistrado  
Ausente con permiso



**AUGUSTO MORALES VALENCIA**  
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Segunda Oral de Decisión

Magistrado Ponente: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, dieciocho (18) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

|                     |  |
|---------------------|--|
| <b>Radicado.</b>    | <b>17-001-33-39-008-2019-00318-02</b>  |
| <b>Clase:</b>       | <b>Nulidad y restablecimiento del derecho</b>  |
| <b>Demandante:</b>  | <b>Ituriel Osorio Ortiz</b>  |
| <b>Demandado:</b>   | <b>Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio</b> |
| <b>Providencia:</b> | <b>Sentencia No. 245</b>   |

**Asunto**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales el 16 de noviembre de 2021, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

**I. Antecedentes.**

**1. Pretensiones.**

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

- Se declare la nulidad de la Resolución N° 9315-6 de 28 de noviembre de 2017.
- Se declare que la parte actora pertenece al régimen exceptuado previsto en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, que su situación se halla cobijada por el régimen especial previsto para los docentes vinculados antes del 27 de junio de 2003, y por ende, que su pensión de jubilación debe ser reajustada anualmente con base en lo previsto en las Leyes 91 de 1989 y 71 de 1988.
- Se condene a la parte accionada a aplicar el porcentaje previsto en el artículo 8 ordinal 5° de la Ley 91 de 1989 para los descuentos en salud, equivalente al 5%, cesando los actuales aportes del 12%.

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

## **2. Hechos.**

Se relataron los que a continuación se resumen:

- Se vinculó a la docencia oficial con anterioridad al 27 de junio de 2003, y al cumplir los requisitos de ley le fue reconocida pensión de jubilación, de la cual le han venido descontando el 12% de cada mesada pensional, incluidas las adicionales de junio y diciembre, con destino al sistema de salud.
- Pese a que en el acto de reconocimiento se dijo que el reajuste anual pensional se daría en virtud de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, dichos incrementos se han hecho conforme lo dispone el mandato 14 de la Ley 100 de 1993.
- Desde la promulgación de la Ley 100 de 1993, los incrementos anuales de las pensiones ordenados en el artículo 53 de la Carta Política vienen dándose con la aplicación del Índice de Precios al Consumidor (IPC), según lo consagrado en el canon 14 de dicho dispositivo legal.
- El 17 de noviembre de 2017 presentó solicitud ante la entidad demandada con el fin de que su pensión fuera incrementada conforme lo dispone el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, igualmente que el descuento con destino al sistema de salud se ajustara al 5% de cada mesada, peticiones negadas a través del acto demandado.

### **3. Normas violadas**

Como disposiciones violadas se citaron las siguientes:

Se invocaron: Constitución Política, arts. 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29, 48, 53, 90, 121, 125 y 209 Ley 33 de 1985; Ley 91/89, art. 15, numeral 2 literal A; Ley 115 de 1994, art. 115; Ley 71/88, art. 1; Ley 100/93, art. 279; Ley 238 de 1995, art. 1; Ley 700 de 2011, art. 4; Ley 797 de 2003, art. 9; Ley 812 de 2003, art. 81; Ley 1151 de 2007, art. 160; Acto Legislativo 01 de 2005; Ley 1437 de 2011, art. 137.

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

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

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

### **4. Contestación de la demanda.**

#### **4.1. Departamento de Caldas.**

Formuló las excepciones de *'falta de legitimación en la causa por pasiva'*, fundamentada en que no le asiste competencia para el reconocimiento y pago de las prestaciones docentes, las cuales están en cabeza del FNPSM; *"inaplicabilidad de las normas que regulan los descuentos en salud régimen docente e inexistencia del derecho reclamado"* por indebida interpretación de las normas; *'buena fe'* atendiendo a que su



actuación se ha ceñido a los postulados legales; y '*prescripción*', con base en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969.

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

Aceptó algunos hechos y negó otros. Se opuso a las pretensiones de la parte demandante con apoyo en la Ley 91 de 1989 en tanto establece que el FNPSM estará constituido, entre otros recursos, por el 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados. Indica que posteriormente, con la Ley 812 de 2003, se dispuso que el valor total de la tasa de cotización por lo docentes afiliados al FNPSM corresponderá a la suma de aportes que para la salud y pensiones establezcan las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución para empleadores y trabajadores. Estima que el régimen pensional de todos los docentes vinculados al servicio público educativo oficial será el establecido con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, es decir, la Ley 91 de 1980, la cual estipula que en los descuentos deben estar incluidas las mesadas adicionales. Considera así mismo, que la Ley 812 únicamente modificó respecto del personal docente, lo concerniente al porcentaje destinado a los aportes de salud pero no modificó su régimen pensional. De igual forma pone de presente que la Ley 1250 de 2008 dispuso que la cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional; precepto que estima igualmente a los pensionados por el FNPSM.

#### **5. Sentencia de Primera Instancia**

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

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

En cuanto al incremento anual de las pensiones con fundamento en el salario mínimo señaló que éste está dado únicamente para las pensiones que se otorgan con ese rango constitucional. Estima que el reajuste de la pensión con fundamento en el Índice de Precios al Consumidor (IPC) no vulnera los postulados del Estado Social de Derecho ni el principio de favorabilidad previsto en el artículo 53 de la Constitución Política. Expuso que para el caso bajo examine, se debe incrementar la pensión conforme a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

## **6. Recurso de Apelación**

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

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

## **7. Alegatos de conclusión segunda instancia.**

Las partes guardaron silencio.

## II. Consideraciones de la Sala

Atendiendo a lo planteado 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 los siguientes interrogantes:

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

### 1. Ajuste periódico de las pensiones.

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

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

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

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

Este cometido constitucional encuentra desarrollo en diversos instrumentos de índole legal, incluso, se encuentra previsto en diferentes disposiciones anteriores a la Carta Política de 1991. Verbigracia, el canon 1 de la Ley 4ª de 1976<sup>1</sup> disponía:

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

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

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

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

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

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

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

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

**“Artículo 14.** *Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o*

---

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

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

La norma en mención fue objeto de estudio de constitucionalidad, cuyo resultado fue la exequibilidad, declarada mediante la Sentencia C-387 de 1994<sup>2</sup>, de la cual la Sala destaca en lo pertinente, lo siguiente:

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

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

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

Por su parte, el Consejo de Estado<sup>3</sup> se pronunció sobre la vigencia del artículo 1 de la Ley 71 de 1988 y el alcance de la fórmula del incremento pensional consagrado en la Ley 100 de 1993:

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

---

<sup>2</sup> MP. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

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

momento, tal y como lo admitió la Corte Constitucional en la sentencia C-110 de 1996, al señalar:

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

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

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

Por otra parte, uno de los argumentos en los que insiste la parte actora en su recurso de apelación se entrelaza con el principio de favorabilidad en materia pensional, que a su juicio, legitima la aplicación del incremento pensional con el aumento del salario mínimo legal mensual vigente, previsto en la Ley 71 de 1988. En punto a este raciocinio, la Corte Constitucional se pronunció en la Sentencia C-425 de 2017<sup>4</sup> esbozando:

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

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

---

<sup>4</sup> M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

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

Finalmente, es claro que los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM) se hallan excluidos del régimen pensional general previsto en la Ley 100 de 1993 en virtud del expreso mandato del artículo 279 de esa norma<sup>5</sup>, no obstante, este mandato legal debe leerse en armonía con el canon 1 parágrafo 4 de la Ley 238 de 2005, que reza:

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

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

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

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

Adicional a ello, es de suma importancia resaltar que el canon 53 de la Carta, al paso que consagra el mandato de incremento periódico de las pensiones de tal forma que

---

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

mantengan su poder adquisitivo, no sujeta este postulado a un método específico, dejando en manos del legislador la materialización de este cometido, lo cual precisamente ocurre con el artículo 14 de la Ley 100/93, expedido en uso de la libertad de configuración normativa que sobre el particular le asiste al Congreso de la República.

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

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

Ante este panorama, tampoco resulta de recibo el argumento relacionado con el principio de favorabilidad, pues existe una disposición expresa sobre la forma en la que proceden los aumentos pensionales, y la existencia de aumentos pensionales con base en el salario mínimo únicamente se justifica en el caso de las pensiones cuyo monto equivale a este salario. Tal y como lo ha dejado claro la Corte Constitucional en la sentencia *ut supra*, el legislador cuenta con un poder de configuración normativa asignado por la Constitución Política, que ciertamente le otorga autonomía para establecer el modelo o fórmula específica de actualización anual de las pensiones en aras de contrarrestar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y por ende, de las mesadas pensionales.

Así las cosas, abordados los pormenores del caso, resulta evidente que la pensión reconocida por el FNPSM a favor del señor Ituriel Osorio Ortiz supera el valor del salario mínimo legal mensual vigente /fl. 44 cdno. 1/, por lo que la entidad demandada, al negar el incremento pretendido al tenor del artículo 1 de la Ley 71 de 1988 se ajustó plenamente al ordenamiento jurídico, lo que derivaba en una decisión negativa frente a las pretensiones de la demanda, como en efecto ocurrió.

## **2. Descuentos con destino al sistema de salud.**



El principio de solidaridad constituye uno de los pilares del Sistema General de Seguridad Social tanto en salud como en pensiones, y de él se derivan algunas obligaciones de los afiliados, como lo es contribuir a su financiación a través de aportes (art. 48 C.P.). En el mismo sentido se encuentra concebido el servicio de salud en el canon 49 constitucional, soportado en la solidaridad como elemento medular de su prestación.

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

Al pronunciarse sobre la obligación de los pensionados de cotizar con destino al sistema de salud, la Corte Constitucional<sup>6</sup> expresó:

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

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

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

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

---

<sup>6</sup> Sentencia T-835 de 2014.

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

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

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

En el artículo 81 de esta norma prescribe:

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

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

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

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

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

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

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

(i) Mediante la Ley 1122 de 2007, artículo 10, la cotización al régimen contributivo en salud a partir del 1º de enero de 2007 pasó a ser *‘del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado’.*

(ii) Luego, la Ley 1250 de 2008 adicionó el canon 204 de la Ley 100/93 al prescribir que *‘La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional’.*

De igual manera, el deber de cotizar al sistema de salud en cabeza de los pensionados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM), así como el monto de los aportes, fue objeto de pronunciamiento por el Consejo de Estado<sup>7</sup> como pasa a verse a continuación:

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

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

6.2. Afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

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

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

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

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

<sup>8</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-529 de 23 de junio de 2010

El Tribunal trae a colación los planteamientos esbozados por el Consejo de Estado<sup>9</sup> al abordar las pretensiones de devolución de aportes realizados sobre las mesadas adicionales de un pensionado afiliado al FNPSM:

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

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

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

Finalmente, se toma como referente la sentencia de unificación del Consejo de Estado<sup>10</sup> con la cual se fijó la siguiente regla: “Son procedentes los descuentos con destino a salud en el porcentaje del 12% señalado en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, así como las normas que lo modifiquen, de las mesadas adicionales de junio y diciembre de los docentes. Lo anterior por cuanto el artículo 8 de la Ley 91 de 1989 les impuso el deber de contribuir con el aporte del 5% al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, incluso con la deducción de las mesadas adicionales. Más adelante, la Ley 812 de 2003, en el artículo 81, incrementó el porcentaje al 12%, al hacer remisión a las disposiciones generales de la Ley 100 de 1993, particularmente a los porcentajes de los aportes señalados en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, los cuales se deducen de todas las mesadas pensionales, incluso de las adicionales.”

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

<sup>9</sup> Sentencia de 14 de septiembre de 2017.

<sup>10</sup> Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda. Consejero ponente: William Hernández Gómez. Bogotá D.C., tres (03) de junio de dos mil veintiuno (2021) Radicación número: 66001-33-33-000-2015-00309-01(0632-18) CE-SUJ-024-21

Por ende, se confirmará la sentencia de primer grado.

### **3. Costas.**

En relación con la condena en costas, el Consejo de Estado<sup>11</sup> ha desarrollado una línea jurisprudencial que introduce un criterio objetivo valorativo al momento de su imposición, esto es, hay lugar a las mismas siempre que se hayan causado y en la medida de su comprobación conforme lo dispone el numeral 8º del artículo 365 del CGP.

De lo anterior se sigue que, en este caso, no se causaron costas procesales en segunda instancia en razón a la inactividad de la parte demandada.

### **4. Consideración final.**

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

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

## **III. Falla**

**Primero: Se confirma** la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales el 16 de noviembre de 2021, mediante la cual se negaron las pretensiones de la parte demandante en el proceso promovido en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho por el señor Ituriel Osorio Ortiz contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

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

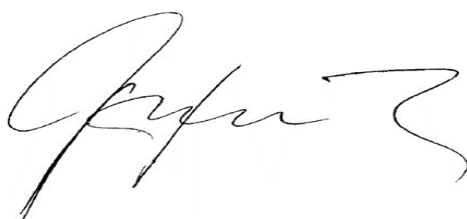
**Tercero: Ejecutoriada** esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

---

<sup>11</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, 12 de abril de 2018, radicación No.05-001-23-33-000-2012-00439-02(0178-2017), C.P: William Hernández Gómez

**Notifíquese y cúmplase**

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



**Fernando Alberto Álvarez Beltrán**  
Magistrado Ponente

**Dohor Edwin Varón Vivas**

Magistrado  
Ausente con permiso



**AUGUSTO MORALES VALENCIA**  
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Segunda Oral de Decisión

Magistrado Ponente: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, dieciocho (18) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

|                     |  |
|---------------------|--|
| <b>Radicado.</b>    | <b>17-001-33-39-008-2019-00341-02</b>  |
| <b>Clase:</b>       | <b>Nulidad y restablecimiento del derecho</b>  |
| <b>Demandante:</b>  | <b>Miryam Restrepo Franco</b>  |
| <b>Demandado:</b>   | <b>Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio</b> |
| <b>Providencia:</b> | <b>Sentencia No. 244</b>   |

**Asunto**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales el 17 de noviembre de 2021, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

**I. Antecedentes.**

**1. Pretensiones.**

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

- Se declare la nulidad de la Resolución N° 9527-6 de 5 de diciembre de 2017.
- Se declare que la parte actora pertenece al régimen exceptuado previsto en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, que su situación se halla cobijada por el régimen especial previsto para los docentes vinculados antes del 27 de junio de 2003, y por ende, que su pensión de jubilación debe ser reajustada anualmente con base en lo previsto en las Leyes 91 de 1989 y 71 de 1988.
- Se condene a la parte accionada a aplicar el porcentaje previsto en el artículo 8 ordinal 5° de la Ley 91 de 1989 para los descuentos en salud, equivalente al 5%, cesando los actuales aportes del 12%.



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

## **2. Hechos.**

Se relataron los que a continuación se resumen:

- Se vinculó a la docencia oficial con anterioridad al 27 de junio de 2003, y al cumplir los requisitos de ley le fue reconocida pensión de jubilación, de la cual le han venido descontando el 12% de cada mesada pensional, incluidas las adicionales de junio y diciembre, con destino al sistema de salud.
- Pese a que en el acto de reconocimiento se dijo que el reajuste anual pensional se daría en virtud de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, dichos incrementos se han hecho conforme lo dispone el mandato 14 de la Ley 100 de 1993.
- Desde la promulgación de la Ley 100 de 1993, los incrementos anuales de las pensiones ordenados en el artículo 53 de la Carta Política vienen dándose con la aplicación del Índice de Precios al Consumidor (IPC), según lo consagrado en el canon 14 de dicho dispositivo legal.
- El 20 de noviembre de 2017 presentó solicitud ante la entidad demandada con el fin de que su pensión fuera incrementada conforme lo dispone el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, igualmente que el descuento con destino al sistema de salud se ajustara al 5% de cada mesada, peticiones negadas a través del acto demandado.

### **3. Normas violadas**

Como disposiciones violadas se citaron las siguientes:

Se invocaron: Constitución Política, arts. 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29, 48, 53, 90, 121, 125 y 209 Ley 33 de 1985; Ley 91/89, art. 15, numeral 2 literal A; Ley 115 de 1994, art. 115; Ley 71/88, art. 1; Ley 100/93, art. 279; Ley 238 de 1995, art. 1; Ley 700 de 2011, art. 4; Ley 797 de 2003, art. 9; Ley 812 de 2003, art. 81; Ley 1151 de 2007, art. 160; Acto Legislativo 01 de 2005; Ley 1437 de 2011, art. 137.

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

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

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

### **4. Contestación de la demanda.**

#### **4.1. Departamento de Caldas.**

Formuló las excepciones de *'falta de legitimación en la causa por pasiva'*, fundamentada en que no le asiste competencia para el reconocimiento y pago de las prestaciones docentes, las cuales están en cabeza del FNPSM; *"inaplicabilidad de las normas que regulan los descuentos en salud régimen docente e inexistencia del derecho reclamado"* por indebida interpretación de las normas; *'buena fe'* atendiendo a que su

actuación se ha ceñido a los postulados legales; y '*prescripción*', con base en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969.

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

Guardó silencio.

#### **5. Sentencia de Primera Instancia**

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

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

En cuanto al incremento anual de las pensiones con fundamento en el salario mínimo señaló que éste está dado únicamente para las pensiones que se otorgan con ese rango constitucional. Estima que el reajuste de la pensión con fundamento en el Índice de Precios al Consumidor (IPC) no vulnera los postulados del Estado Social de Derecho ni el principio de favorabilidad previsto en el artículo 53 de la Constitución Política. Expuso que para el caso bajo examine, se debe incrementar la pensión conforme a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

#### **6. Recurso de Apelación**

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte demandante apeló la sentencia de primera instancia al considerar que, el objeto de la demanda era obtener el incremento de la mesada pensional conforme al salario mínimo dentro del régimen exceptuado y determinar la fórmula de incremento más favorable conforme a la posibilidad otorgada por el artículo 1° de la Ley 238 de 1995. A su juicio, la aplicación

del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 a los regímenes exceptuados, se condicionó a que ello implicara un beneficio para el pensionado, situación que no ocurre con las pensiones reconocidas conforme a la Ley 33 de 1985, a las cuales les resulta más beneficioso la aplicación del artículo 1 de la Ley 71 de 1988 en tanto contempla un incremento de acuerdo con el aumento anual del salario mínimo legal mensual vigente; y no de acuerdo al IPC como se prevé en la Ley 100 de 1993.

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

## **7. Alegatos de conclusión segunda instancia.**

Las partes guardaron silencio.

## **II. Consideraciones de la Sala**

Atendiendo a lo planteado 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 los siguientes interrogantes:

- *¿Le asiste derecho a la parte demandante al reajuste periódico de la pensión de jubilación con base en el incremento del salario mínimo mensual legal vigente, según lo establece la Ley 71 de 1988?*
- *¿Qué porcentaje debe aplicarse sobre la mesada pensional de la parte actora, para realizar el descuento con destino al sistema de salud?*

- ¿Tiene derecho la parte actora a que no se le realicen los descuentos con destino al sistema de salud sobre las mesadas adicionales de su pensión ordinaria de jubilación?

## 1. Ajuste periódico de las pensiones.

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

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

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

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

Este cometido constitucional encuentra desarrollo en diversos instrumentos de índole legal, incluso, se encuentra previsto en diferentes disposiciones anteriores a la Carta Política de 1991. Verbigracia, el canon 1 de la Ley 4ª de 1976<sup>1</sup> disponía:

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

La norma en mención fue objeto de estudio de constitucionalidad, cuyo resultado fue la exequibilidad, declarada mediante la Sentencia C-387 de 1994<sup>2</sup>, de la cual la Sala destaca en lo pertinente, lo siguiente:

*“Para la Corte es evidente que ese tratamiento distinto ante situaciones iguales, a la luz de los cánones constitucionales, tiene una justificación clara y razonable, cual es la de dar especial protección a aquellos pensionados que por devengar una pensión mínima se encuentran, por*

---

<sup>2</sup> MP. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás. En consecuencia, ha decidido el legislador que el valor de la pensión para esas personas se reajuste en un porcentaje igual al del salario mínimo legal mensual, con el fin de que dicho ingreso conserve su poder adquisitivo y así pueda el beneficiario satisfacer sus necesidades básicas y llevar una vida digna.

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

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

Por su parte, el Consejo de Estado<sup>3</sup> se pronunció sobre la vigencia del artículo 1 de la Ley 71 de 1988 y el alcance de la fórmula del incremento pensional consagrado en la Ley 100 de 1993:

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

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

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

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

proporción en que se realizarán los aumentos de las mesadas pensionales”.

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

Por otra parte, uno de los argumentos en los que insiste la parte actora en su recurso de apelación se entrelaza con el principio de favorabilidad en materia pensional, que a su juicio, legitima la aplicación del incremento pensional con el aumento del salario mínimo legal mensual vigente, previsto en la Ley 71 de 1988. En punto a este raciocinio, la Corte Constitucional se pronunció en la Sentencia C-425 de 2017<sup>4</sup> esbozando:

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

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

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

Finalmente, es claro que los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM) se hallan excluidos del régimen pensional general previsto en la Ley 100 de 1993 en virtud del expreso mandato del artículo 279 de esa norma<sup>5</sup>, no obstante, este mandato legal debe leerse en armonía con el canon 1 párrafo 4 de la Ley 238 de 2005, que reza:

<sup>4</sup> M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

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



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

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

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

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

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

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

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

diferente al vigente, pues este aspecto no integra el régimen pensional propiamente dicho.

Ante este panorama, tampoco resulta de recibo el argumento relacionado con el principio de favorabilidad, pues existe una disposición expresa sobre la forma en la que proceden los aumentos pensionales, y la existencia de aumentos pensionales con base en el salario mínimo únicamente se justifica en el caso de las pensiones cuyo monto equivale a este salario. Tal y como lo ha dejado claro la Corte Constitucional en la sentencia ut supra, el legislador cuenta con un poder de configuración normativa asignado por la Constitución Política, que ciertamente le otorga autonomía para establecer el modelo o fórmula específica de actualización anual de las pensiones en aras de contrarrestar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y por ende, de las mesadas pensionales.

Así las cosas, abordados los pormenores del caso, resulta evidente que la pensión reconocida por el FNPSM a favor de la señora Miryam Restrepo Franco supera el valor del salario mínimo legal mensual vigente /fl. 42 cdno. 1/, por lo que la entidad demandada, al negar el incremento pretendido al tenor del artículo 1 de la Ley 71 de 1988 se ajustó plenamente al ordenamiento jurídico, lo que derivaba en una decisión negativa frente a las pretensiones de la demanda, como en efecto ocurrió.

## **2. Descuentos con destino al sistema de salud.**

El principio de solidaridad constituye uno de los pilares del Sistema General de Seguridad Social tanto en salud como en pensiones, y de él se derivan algunas obligaciones de los afiliados, como lo es contribuir a su financiación a través de aportes (art. 48 C.P.). En el mismo sentido se encuentra concebido el servicio de salud en el canon 49 constitucional, soportado en la solidaridad como elemento medular de su prestación.

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

Al pronunciarse sobre la obligación de los pensionados de cotizar con destino al sistema de salud, la Corte Constitucional<sup>6</sup> expresó:

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

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

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

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

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

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

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

En el artículo 81 de esta norma prescribe:

---

<sup>6</sup> Sentencia T-835 de 2014.

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

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

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

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

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

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

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

- (i) Mediante la Ley 1122 de 2007, artículo 10, la cotización al régimen contributivo en salud a partir del 1º de enero de 2007 pasó a ser ‘del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de

la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado’.

(ii) Luego, la Ley 1250 de 2008 adicionó el canon 204 de la Ley 100/93 al prescribir que ‘La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional’.

De igual manera, el deber de cotizar al sistema de salud en cabeza de los pensionados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM), así como el monto de los aportes, fue objeto de pronunciamiento por el Consejo de Estado<sup>7</sup> como pasa a verse a continuación:

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

6.2. Afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

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

A voces de las normas parcialmente reproducidas, el ordenamiento constitucional

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

<sup>8</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-529 de 23 de junio de 2010

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

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

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

El Tribunal trae a colación los planteamientos esbozados por el Consejo de Estado<sup>9</sup> al abordar las pretensiones de devolución de aportes realizados sobre las mesadas adicionales de un pensionado afiliado al FNPSM:

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

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

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

---

<sup>9</sup> Sentencia de 14 de septiembre de 2017.

Finalmente, se toma como referente la sentencia de unificación del Consejo de Estado<sup>10</sup> con la cual se fijó la siguiente regla: *“Son procedentes los descuentos con destino a salud en el porcentaje del 12% señalado en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, así como las normas que lo modifiquen, de las mesadas adicionales de junio y diciembre de los docentes. Lo anterior por cuanto el artículo 8 de la Ley 91 de 1989 les impuso el deber de contribuir con el aporte del 5% al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, incluso con la deducción de las mesadas adicionales. Más adelante, la Ley 812 de 2003, en el artículo 81, incrementó el porcentaje al 12%, al hacer remisión a las disposiciones generales de la Ley 100 de 1993, particularmente a los porcentajes de los aportes señalados en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, los cuales se deducen de todas las mesadas pensionales, incluso de las adicionales.”*

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

Por ende, se confirmará la sentencia de primer grado.

### **3. Costas.**

En relación con la condena en costas, el Consejo de Estado<sup>11</sup> ha desarrollado una línea jurisprudencial que introduce un criterio objetivo valorativo al momento de su imposición, esto es, hay lugar a las mismas siempre que se hayan causado y en la medida de su comprobación conforme lo dispone el numeral 8º del artículo 365 del CGP.

De lo anterior se sigue que, en este caso, no se causaron costas procesales en segunda instancia en razón a la inactividad de la parte demandada.

### **4. Consideración final.**

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

---

<sup>10</sup> Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda. Consejero ponente: William Hernández Gómez. Bogotá D.C., tres (03) de junio de dos mil veintiuno (2021) Radicación número: 66001-33-33-000-2015-00309-01(0632-18) CE-SUJ-024-21

<sup>11</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, 12 de abril de 2018, radicación No.05-001-23-33-000-2012-00439-02(0178-2017), C.P: William Hernández Gómez

principios de economía y celeridad.

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

### III. Falla

**Primero: Se confirma** la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales el 17 de noviembre de 2021, mediante la cual se negaron las pretensiones de la parte demandante en el proceso promovido en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho por la señora Miryam Restrepo Franco contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

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

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

### Notifíquese y cúmplase

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



**Fernando Alberto Álvarez Beltrán**  
Magistrado Ponente

**Dohor Edwin Varón Vivas**

Magistrado  
Ausente con permiso



**AUGUSTO MORALES VALENCIA**  
Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Segunda Oral de Decisión

Magistrado Ponente: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, dieciocho (18) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

|                     |  |
|---------------------|--|
| <b>Radicado.</b>    | <b>17-001-33-33-003-2019-00531-02</b>  |
| <b>Clase:</b>       | <b>Nulidad y restablecimiento del derecho</b>  |
| <b>Demandante:</b>  | <b>Gloria Inés Correa Arias</b>  |
| <b>Demandado:</b>   | <b>Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio</b> |
| <b>Providencia:</b> | <b>Sentencia No. 242</b>   |

**Asunto**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales el 20 de octubre de 2021, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

**I. Antecedentes.**

**1. Pretensiones.**

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

- Se declare la nulidad de la Resolución N° 9327-6 de 28 de noviembre de 2017.
- Se declare que la parte actora pertenece al régimen exceptuado previsto en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, que su situación se halla cobijada por el régimen especial previsto para los docentes vinculados antes del 27 de junio de 2003, y por ende, que su pensión de jubilación debe ser reajustada anualmente con base en lo previsto en las Leyes 91 de 1989 y 71 de 1988.
- Se condene a la parte accionada a aplicar el porcentaje previsto en el artículo 8 ordinal 5° de la Ley 91 de 1989 para los descuentos en salud, equivalente al 5%, cesando los actuales aportes del 12%.

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

## **2. Hechos.**

Se relataron los que a continuación se resumen:

- Se vinculó a la docencia oficial con anterioridad al 27 de junio de 2003, y al cumplir los requisitos de ley le fue reconocida pensión de jubilación, de la cual le han venido descontando el 12% de cada mesada pensional, incluidas las adicionales de junio y diciembre, con destino al sistema de salud.
- Pese a que en el acto de reconocimiento se dijo que el reajuste anual pensional se daría en virtud de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, dichos incrementos se han hecho conforme lo dispone el mandato 14 de la Ley 100 de 1993.
- Desde la promulgación de la Ley 100 de 1993, los incrementos anuales de las pensiones ordenados en el artículo 53 de la Carta Política vienen dándose con la aplicación del Índice de Precios al Consumidor (IPC), según lo consagrado en el canon 14 de dicho dispositivo legal.
- El 7 de noviembre de 2017 presentó solicitud ante la entidad demandada con el fin de que su pensión fuera incrementada conforme lo dispone el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, igualmente que el descuento con destino al sistema de salud se ajustara al 5% de cada mesada, peticiones negadas a través del acto demandado.

### **3. Normas violadas**

Como disposiciones violadas se citaron las siguientes:

Se invocaron: Constitución Política, arts. 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29, 48, 53, 90, 121, 125 y 209 Ley 33 de 1985; Ley 91/89, art. 15, numeral 2 literal A; Ley 115 de 1994, art. 115; Ley 71/88, art. 1; Ley 100/93, art. 279; Ley 238 de 1995, art. 1; Ley 700 de 2011, art. 4; Ley 797 de 2003, art. 9; Ley 812 de 2003, art. 81; Ley 1151 de 2007, art. 160; Acto Legislativo 01 de 2005; Ley 1437 de 2011, art. 137.

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

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

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

### **4. Contestación de la demanda.**

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

Aceptó algunos hechos y se opuso a las pretensiones de la parte demandante con apoyo en la Ley 91 de 1989 en tanto establece que el FNPSM estará constituido, entre otros recursos, por el 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados. Indica que posteriormente, con

la Ley 812 de 2003, se dispuso que el valor total de la tasa de cotización por lo docentes afiliados al FNPSM corresponderá a la suma de aportes que para la salud y pensiones establezcan las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución para empleadores y trabajadores. Estima que el régimen pensional de todos los docentes vinculados al servicio público educativo oficial será el establecido con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, es decir, la Ley 91 de 1980, la cual estipula que en los descuentos deben estar incluidas las mesadas adicionales. Considera así mismo, que la Ley 812 únicamente modificó respecto del personal docente, lo concerniente al porcentaje destinado a los aportes de salud pero no modificó su régimen pensional. De igual forma pone de presente que la Ley 1250 de 2008 dispuso que la cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional; precepto que estima igualmente a los pensionados por el FNPSM. Propone las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, así como la excepción de prescripción.

El departamento de Caldas no contestó.

## **5. Sentencia de Primera Instancia**

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

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

En cuanto al incremento anual de las pensiones con fundamento en el salario mínimo señaló que éste está dado únicamente para las pensiones que se otorgan con ese rango constitucional. Estima que el reajuste de la pensión con fundamento en el Índice de Precios al Consumidor (IPC) no vulnera los postulados del Estado Social de Derecho ni el principio de favorabilidad previsto en el artículo 53 de la Constitución Política.

Expuso que para el caso bajo examine, se debe incrementar la pensión conforme a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

## **6. Recurso de Apelación**

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

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

## **7. Alegatos de conclusión segunda instancia.**

Las partes guardaron silencio.

## **II. Consideraciones de la Sala**

Atendiendo a lo planteado 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 los siguientes interrogantes:

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

### **1. Ajuste periódico de las pensiones.**

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

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

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

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

Este cometido constitucional encuentra desarrollo en diversos instrumentos de índole legal, incluso, se encuentra previsto en diferentes disposiciones anteriores a la Carta Política de 1991. Verbigracia, el canon 1 de la Ley 4ª de 1976<sup>1</sup> disponía:

*“Artículo 1º.- Las pensiones de jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, y en el sector privado, así como las que paga el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales a excepción de las pensiones por incapacidad permanente*

---

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

*parcial, se reajustarán de oficio, cada año, en la siguiente forma:*

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

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

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

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

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

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

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

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

La norma en mención fue objeto de estudio de constitucionalidad, cuyo resultado fue la exequibilidad, declarada mediante la Sentencia C-387 de 1994<sup>2</sup>, de la cual la Sala destaca en lo pertinente, lo siguiente:

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

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

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

Por su parte, el Consejo de Estado<sup>3</sup> se pronunció sobre la vigencia del artículo 1 de la Ley 71 de 1988 y el alcance de la fórmula del incremento pensional consagrado en la Ley 100 de 1993:

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

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

---

<sup>2</sup> MP. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

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



artículo 14 y teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 142 y 143 ibídem, lo que significa que el referido reajuste se produce anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior, más la mesada adicional y el reajuste equivalente a la elevación en la cotización para salud, a favor de los pensionados con anterioridad al 1° de enero de 1994 (...)

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

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

Por otra parte, uno de los argumentos en los que insiste la parte actora en su recurso de apelación se entrelaza con el principio de favorabilidad en materia pensional, que a su juicio, legitima la aplicación del incremento pensional con el aumento del salario mínimo legal mensual vigente, previsto en la Ley 71 de 1988. En punto a este raciocinio, la Corte Constitucional se pronunció en la Sentencia C-425 de 2017<sup>4</sup> esbozando:

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

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

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

---

<sup>4</sup> M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Finalmente, es claro que los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM) se hallan excluidos del régimen pensional general previsto en la Ley 100 de 1993 en virtud del expreso mandato del artículo 279 de esa norma<sup>5</sup>, no obstante, este mandato legal debe leerse en armonía con el canon 1 párrafo 4 de la Ley 238 de 2005, que reza:

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

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

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

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

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

Justamente, al referirse a dicho texto legal, tanto la Corte Constitucional como el supremo órgano de lo contencioso administrativo en las providencias citadas en

---

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

precedencia, coinciden al afirmar que el artículo 1 de la Ley 71 de 1988 ha de entenderse derogado por el canon 14 de la Ley 100/93, incluso, respecto a quienes obtuvieron su derecho pensional con anterioridad a aquella disposición, todo ello bajo el entendido de que el porcentaje de incremento o reajuste pensional anual no constituye un derecho adquirido.

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

Ante este panorama, tampoco resulta de recibo el argumento relacionado con el principio de favorabilidad, pues existe una disposición expresa sobre la forma en la que proceden los aumentos pensionales, y la existencia de aumentos pensionales con base en el salario mínimo únicamente se justifica en el caso de las pensiones cuyo monto equivale a este salario. Tal y como lo ha dejado claro la Corte Constitucional en la sentencia ut supra, el legislador cuenta con un poder de configuración normativa asignado por la Constitución Política, que ciertamente le otorga autonomía para establecer el modelo o fórmula específica de actualización anual de las pensiones en aras de contrarrestar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y por ende, de las mesadas pensionales.

Así las cosas, abordados los pormenores del caso, resulta evidente que la pensión reconocida por el FNPSM a favor de la señora Gloria Inés Correa Arias supera el valor del salario mínimo legal mensual vigente /fl. 43 cdno. 1/, por lo que la entidad demandada, al negar el incremento pretendido al tenor del artículo 1 de la Ley 71 de 1988 se ajustó plenamente al ordenamiento jurídico, lo que derivaba en una decisión negativa frente a las pretensiones de la demanda, como en efecto ocurrió.

## **2. Descuentos con destino al sistema de salud.**

El principio de solidaridad constituye uno de los pilares del Sistema General de Seguridad Social tanto en salud como en pensiones, y de él se derivan algunas obligaciones de los afiliados, como lo es contribuir a su financiación a través de aportes (art. 48 C.P.). En el mismo sentido se encuentra concebido el servicio de salud en el canon 49 constitucional, soportado en la solidaridad como elemento medular de su prestación.

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

Al pronunciarse sobre la obligación de los pensionados de cotizar con destino al sistema de salud, la Corte Constitucional<sup>6</sup> expresó:

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

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

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

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

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

En el caso de los educadores, la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que tiene como uno de sus objetivos garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales de los profesores, y en el artículo 8 de la citada

---

<sup>6</sup> Sentencia T-835 de 2014.

ley se establece que esta cuenta se halla constituida, entre otros, por *‘El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados’*.

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

En el artículo 81 de esta norma prescribe:

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

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

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

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

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

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

*financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado”  
/Resalta la Sala/.*

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

(i) Mediante la Ley 1122 de 2007, artículo 10, la cotización al régimen contributivo en salud a partir del 1º de enero de 2007 pasó a ser *‘del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado’.*

(ii) Luego, la Ley 1250 de 2008 adicionó el canon 204 de la Ley 100/93 al prescribir que *‘La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional’.*

De igual manera, el deber de cotizar al sistema de salud en cabeza de los pensionados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM), así como el monto de los aportes, fue objeto de pronunciamiento por el Consejo de Estado<sup>7</sup> como pasa a verse a continuación:

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

6.2. Afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

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

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

|                                 |  |
|---------------------------------|--|
| Ley 812 de 2003, 8, artículo 81 | El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo 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 (...)/Subrayado del Tribunal/.*

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

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

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

---

<sup>8</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-529 de 23 de junio de 2010

El Tribunal trae a colación los planteamientos esbozados por el Consejo de Estado<sup>9</sup> al abordar las pretensiones de devolución de aportes realizados sobre las mesadas adicionales de un pensionado afiliado al FNPSM:

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

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

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

Finalmente, se toma como referente la sentencia de unificación del Consejo de Estado<sup>10</sup> con la cual se fijó la siguiente regla: “Son procedentes los descuentos con destino a salud en el porcentaje del 12% señalado en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, así como las normas que lo modifiquen, de las mesadas adicionales de junio y diciembre de los docentes. Lo anterior por cuanto el artículo 8 de la Ley 91 de 1989 les impuso el deber de contribuir con el aporte del 5% al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, incluso con la deducción de las mesadas adicionales. Más adelante, la Ley 812 de 2003, en el artículo 81, incrementó el porcentaje al 12%, al hacer remisión a las disposiciones generales de la Ley 100 de 1993, particularmente a los porcentajes de los aportes señalados en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, los cuales se deducen de todas las mesadas pensionales, incluso de las adicionales.”

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

<sup>9</sup> Sentencia de 14 de septiembre de 2017.

<sup>10</sup> Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda. Consejero ponente: William Hernández Gómez. Bogotá D.C., tres (03) de junio de dos mil veintiuno (2021) Radicación número: 66001-33-33-000-2015-00309-01(0632-18) CE-SUJ-024-21



Por ende, se confirmará la sentencia de primer grado.

### **3. Costas.**

En relación con la condena en costas, el Consejo de Estado<sup>11</sup> ha desarrollado una línea jurisprudencial que introduce un criterio objetivo valorativo al momento de su imposición, esto es, hay lugar a las mismas siempre que se hayan causado y en la medida de su comprobación conforme lo dispone el numeral 8º del artículo 365 del CGP.

De lo anterior se sigue que, en este caso, no se causaron costas procesales en segunda instancia en razón a la inactividad de la parte demandada.

### **4. Consideración final.**

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

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

## **III. Falla**

**Primero: Se confirma** la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales el 20 de octubre de 2021, mediante la cual se negaron las pretensiones de la parte demandante en el proceso promovido en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho por la señora Gloria Inés Correa Arias contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

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

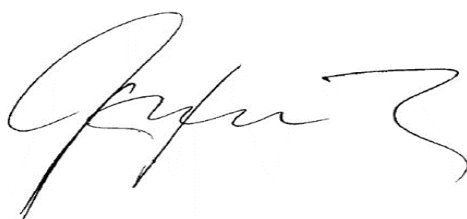
**Tercero: Ejecutoriada** esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

---

<sup>11</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, 12 de abril de 2018, radicación No.05-001-23-33-000-2012-00439-02(0178-2017), C.P: William Hernández Gómez

**Notifíquese y cúmplase**

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



**Fernando Alberto Álvarez Beltrán**  
Magistrado Ponente

**Dohor Edwin Varón Vivas**

Magistrado  
Ausente con permiso



**AUGUSTO MORALES VALENCIA**  
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Segunda de Decisión

Magistrado Ponente: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, dieciocho (18) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

|                     |  |
|---------------------|--|
| <b>Radicado.</b>    | <b>17-001-33-39-004-2019-00532-02</b>  |
| <b>Clase:</b>       | <b>Nulidad y restablecimiento del derecho</b>  |
| <b>Demandante:</b>  | <b>María Elvia Londoño Arcila</b>  |
| <b>Demandado:</b>   | <b>Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio</b> |
| <b>Providencia:</b> | <b>Sentencia No. 243</b>   |

**Asunto**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, el 24 de septiembre de 2021, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

**I. Antecedentes.**

**1. Pretensiones.**

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

- Se declare la nulidad de la Resolución N° 9330-6 de 28 de noviembre de 2017.
- Se declare que la parte actora pertenece al régimen exceptuado previsto en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, que su situación se halla cobijada por el régimen especial previsto para los docentes vinculados antes del 27 de junio de 2003, y por ende, que su pensión de jubilación debe ser reajustada anualmente con base en lo previsto en las Leyes 91 de 1989 y 71 de 1988.
- Se condene a la parte accionada a aplicar el porcentaje previsto en el artículo 8 ordinal 5° de la Ley 91 de 1989 para los descuentos en salud, equivalente al 5%, cesando los actuales aportes del 12%.

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

## **2. Hechos.**

Se relataron los que a continuación se resumen:

- Se vinculó a la docencia oficial con anterioridad al 27 de junio de 2003, y al cumplir los requisitos de ley le fue reconocida pensión de jubilación, de la cual le han venido descontando el 12% de cada mesada pensional, incluidas las adicionales de junio y diciembre, con destino al sistema de salud.
- Pese a que en el acto de reconocimiento se dijo que el reajuste anual pensional se daría en virtud de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, dichos incrementos se han hecho conforme lo dispone el mandato 14 de la Ley 100 de 1993.
- Desde la promulgación de la Ley 100 de 1993, los incrementos anuales de las pensiones ordenados en el artículo 53 de la Carta Política vienen dándose con la aplicación del Índice de Precios al Consumidor (IPC), según lo consagrado en el canon 14 de dicho dispositivo legal.
- El 7 de noviembre de 2017 presentó solicitud ante la entidad demandada con el fin de que su pensión fuera incrementada conforme lo dispone el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, igualmente que el descuento con destino al sistema de salud se ajustara al 5% de cada mesada, peticiones negadas a través del acto demandado.

### **3. Normas violadas**

Como disposiciones violadas se citaron las siguientes:

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

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

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

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

### **4. Contestación de la demanda.**

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

Guardó silencio.

### **5. Sentencia de Primera Instancia**

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

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

En cuanto a los descuentos sobre las mesadas adicionales señaló que, si la vinculación del docente es anterior al 27 de junio de 2003, deben realizarse los descuentos sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, pero si el docente pensionado se vinculó después de esta fecha no son procedentes los descuentos.

En cuanto al incremento anual de las pensiones se remitió al artículo 14 y 279 de la Ley 100 de 1993 en concordancia con el artículo 1° de la Ley 238 de 1995, para concluir que lo dispuesto en la Ley 100 le era igualmente aplicable a los regímenes exceptuados. Señaló que con lo dispuesto en el artículo 286 de la Ley 100 de 1993 quedó derogado de manera tácita el artículo 1° de la Ley 71 de 1988.

## **6. Recurso de Apelación**

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

Respecto de los aportes en salud, citó apartes de las sentencias T-348 de 1997; C-956 de 2001 y C-980 de 2002, según las cuales, en el caso de los docentes vinculados al servicio estatal antes del 27 de junio de 2003 que se encuentran pensionados por el FNPSM, el descuento de la cotización del 5% para la salud se hace sobre cada mesada pensional incluidas las adicionales; en el caso de docentes vinculados a partir del 27 de junio de 2003 que se encuentran pensionados por el referido fondo, la cotización del

12% para salud se descuenta de la respectiva mesada pensional mensual y no de las mesadas adicionales. Considera que aplicar el 12% de descuento para el sistema de salud sobre las mesadas adicionales, desconoce el principio de indivisibilidad en la aplicación de los regímenes pensionales; es decir, que el tomar elementos de uno y otro régimen – de la Ley 812 de 2003 y de la Ley 91 de 1989 – para resolver un mismo aspecto – descuentos en salud respecto de la pensión de afiliados al FNPSM – implica la creación de un tercer régimen.

## **7. Alegatos de conclusión segunda instancia.**

Las partes guardaron silencio.

## **II. Consideraciones de la Sala**

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

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

### **1. Ajuste periódico de las pensiones.**

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

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

*Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en*

*normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.*

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

Este cometido constitucional encuentra desarrollo en diversos instrumentos de índole legal, incluso, se encuentra previsto en diferentes disposiciones anteriores a la Carta Política de 1991. Verbigracia, el canon 1 de la Ley 4ª de 1976<sup>1</sup> disponía:

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

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

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

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

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

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

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

---

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



*porcentaje en que éste sea incrementado por el Gobierno Nacional”.*

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

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

La norma en mención fue objeto de estudio de constitucionalidad, cuyo resultado fue la exequibilidad, declarada mediante la Sentencia C-387 de 1994<sup>2</sup>, de la cual la Sala destaca en lo pertinente, lo siguiente:

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

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

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

---

<sup>2</sup> MP. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

Por su parte, el Consejo de Estado<sup>3</sup> se pronunció sobre la vigencia del artículo 1 de la Ley 71 de 1988 y el alcance de la fórmula del incremento pensional consagrado en la Ley 100 de 1993:

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

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

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

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

Por otra parte, uno de los argumentos en los que insiste la parte actora en su recurso de apelación se entrelaza con el principio de favorabilidad en materia pensional, que a su juicio, legitima la aplicación del incremento pensional con el aumento del salario mínimo legal mensual vigente, previsto en la Ley 71 de 1988. En punto a este raciocinio, la Corte Constitucional se pronunció en la Sentencia C-425 de 2017<sup>4</sup> esbozando:

*“ (...) Lo anterior, hasta el punto de que en su demanda no sólo solicita declarar inexecutable el apartado demandado, según el cual las pensiones “se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor,*

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

<sup>4</sup> M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior”, sino que incluso le pide a la Corte señalar que lo más favorable para el pensionado es “la medición del poder adquisitivo constante de las pensiones por el método de medición de la equivalencia de las pensiones en relación con el Salario Mínimo Legal Vigente”[85], como si este fuese expresamente el mandato constitucional

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

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

Finalmente, es claro que los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM) se hallan excluidos del régimen pensional general previsto en la Ley 100 de 1993 en virtud del expreso mandato del artículo 279 de esa norma<sup>5</sup>, no obstante, este mandato legal debe leerse en armonía con el canon 1 parágrafo 4 de la Ley 238 de 2005, que reza:

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

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

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

---

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

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

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

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

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

Ante este panorama, tampoco resulta de recibo el argumento relacionado con el principio de favorabilidad, pues existe una disposición expresa sobre la forma en la que proceden los aumentos pensionales, y la existencia de aumentos pensionales con base en el salario mínimo únicamente se justifica en el caso de las pensiones cuyo monto equivale a este salario. Tal y como lo ha dejado claro la Corte Constitucional en la sentencia *ut supra*, el legislador cuenta con un poder de configuración normativa asignado por la Constitución Política, que ciertamente le otorga autonomía para establecer el modelo o fórmula específica de actualización anual de las pensiones en

aras de contrarrestar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y por ende, de las mesadas pensionales.

Así las cosas, abordados los pormenores del caso, resulta evidente que la pensión reconocida por el FNPSM a favor de la señora María Elvia Londoño Arcila supera el valor del salario mínimo legal mensual vigente /fl. 44 cdno. 1/, por lo que la entidad demandada, al negar el incremento pretendido al tenor del artículo 1 de la Ley 71 de 1988 se ajustó plenamente al ordenamiento jurídico, lo que derivaba en una decisión negativa frente a las pretensiones de la demanda, como en efecto ocurrió.

## **2. Descuentos con destino al sistema de salud.**

El principio de solidaridad constituye uno de los pilares del Sistema General de Seguridad Social tanto en salud como en pensiones, y de él se derivan algunas obligaciones de los afiliados, como lo es contribuir a su financiación a través de aportes (art. 48 C.P.). En el mismo sentido se encuentra concebido el servicio de salud en el canon 49 constitucional, soportado en la solidaridad como elemento medular de su prestación.

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

Al pronunciarse sobre la obligación de los pensionados de cotizar con destino al sistema de salud, la Corte Constitucional<sup>6</sup> expresó:

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

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

---

<sup>6</sup> Sentencia T-835 de 2014.

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

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

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

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

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

Sin embargo, el porcentaje fue modificado con posterioridad con la expedición de la Ley 812 de 2003, que introdujo modificaciones sustanciales al régimen pensional docente. En el artículo 81 esta norma prescribe:

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

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

*Los servicios de salud para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán prestados de conformidad con la Ley 91 de 1989, las*

prestaciones correspondientes a riesgos profesionales serán las que hoy tiene establecido el Fondo para tales efectos.

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

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

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

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

(i) Mediante la Ley 1122 de 2007, artículo 10, la cotización al régimen contributivo en salud a partir del 1º de enero de 2007 pasó a ser ‘del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado’.

(ii) Luego, la Ley 1250 de 2008 adicionó el canon 204 de la Ley 100/93 al prescribir que ‘La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional’.

De igual manera, el deber de cotizar al sistema de salud en cabeza de los pensionados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM), así como el

monto de los aportes, fue objeto de pronunciamiento por el Consejo de Estado<sup>7</sup>, que en reciente oportunidad puntualizó lo siguiente:

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

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

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

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

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

En lo que atañe a los descuentos sobre mesadas adicionales, estos se hallan previstos en la Ley 91/89, según la cual el FNPSM se halla constituido, entre otros recursos, por

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

<sup>8</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-529 de 23 de junio de 2010



*‘El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados’, disposición que goza de plena vigencia en la medida que no ha sido objeto de derogatoria, bien sea tácita o expresa.*

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

El Tribunal trae a colación los planteamientos esbozados por el Consejo de Estado<sup>9</sup> al abordar las pretensiones de devolución de aportes realizados sobre las mesadas adicionales de un pensionado afiliado al FNPSM:

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

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

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

Finalmente, se toma como referente la sentencia de unificación del Consejo de Estado<sup>10</sup> con la cual se fijó la siguiente regla: *“Son procedentes los descuentos con destino a salud en el porcentaje del 12% señalado en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, así como las normas que lo modifiquen, de las mesadas adicionales de junio y diciembre de los docentes. Lo anterior por cuanto el artículo 8 de la Ley 91 de 1989 les impuso el deber de contribuir con el aporte del 5% al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, incluso con la deducción de las mesadas adicionales. Más adelante, la Ley 812 de 2003, en el artículo 81, incrementó el porcentaje al 12%, al hacer remisión*

<sup>9</sup> Sentencia de 14 de septiembre de 2017.

<sup>10</sup> Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda. Consejero ponente: William Hernández Gómez. Bogotá D.C., tres (03) de junio de dos mil veintiuno (2021) Radicación número: 66001-33-33-000-2015-00309-01(0632-18) CE-SUJ-024-21

*a las disposiciones generales de la Ley 100 de 1993, particularmente a los porcentajes de los aportes señalados en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, los cuales se deducen de todas las mesadas pensionales, incluso de las adicionales.”*

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

Por ende, se confirmará la sentencia de primer grado.

### **3. Costas.**

En relación con la condena en costas, el Consejo de Estado<sup>11</sup> ha desarrollado una línea jurisprudencial que introduce un criterio objetivo valorativo al momento de su imposición, esto es, hay lugar a las mismas siempre que se hayan causado y en la medida de su comprobación conforme lo dispone el numeral 8º del artículo 365 del CGP.

De lo anterior se sigue que, en este caso, no se causaron costas procesales en segunda instancia en razón a la inactividad de la parte demandada.

### **4. Consideración final.**

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

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

---

<sup>11</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, 12 de abril de 2018, radicación No.05-001-23-33-000-2012-00439-02(0178-2017), C.P: William Hernández Gómez

### III. Falla

**Primero: Se confirma** la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales el 24 de septiembre de 2021, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda en el proceso promovido en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, por la señora María Elvia Londoño Arcila contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

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

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

#### Notifíquese y cúmplase

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



**Fernando Alberto Álvarez Beltrán**  
Magistrado Ponente

**Dohor Edwin Varón Vivas**

Magistrado  
Ausente con permiso



**AUGUSTO MORALES VALENCIA**  
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL  
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

*Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía*

Manizales, dieciocho (18) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

**Auto I: 235**

**Asunto: Admisión de Demanda**  
**Radicado: 17-001-2333-0002022-00199-00**  
**Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho**  
**Demandante: Carmen Elena Cardona Diaz**  
**Demandada: Nación - Ministerio de Educación Nacional – FOMAG**

**SISTEMA DE ORALIDAD**  
**-Ley 1437 de 2011-**

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, **Carmen Elena Cardona Diaz**, por conducto de apoderada judicial interpuso demanda en contra de la Nación - **Ministerio de Educación Nacional – FOMAG**.

Una vez analizado su contenido y anexos, el Tribunal encuentra procedente admitir la demanda, por cuanto fueron satisfechos los presupuestos y requisitos que se requieren para su presentación en el marco de la Ley 1437 de 2011.

En razón de lo expuesto,

- 1. ADMITIR** la demanda bajo el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho promovida por **CARMEN ELENA CARDONA DIAZ**, en contra de **MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FOMAG**.
- 2. NOTIFÍQUESE** personalmente a **MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FOMAG** conforme lo dispone el artículo 199 del C.P.A.C.A., modificado por el artículo 612 del C.G.P. Para el efecto, **envíese** por Secretaría copia magnética de la presente providencia y de la demanda.
  - 2.1.** Por tener interés en el proceso, vincúlese al **DEPARTAMENTO DE CALDAS**, (Art. 159 CPACA), o a quien éste haya delegado la facultad de recibir notificaciones judiciales.
- 3. NOTIFÍQUESE** personalmente al Agente del Ministerio Público, Procurador Delegado ante esta Corporación, conforme lo dispone el artículo 199 del C.P.A.C.A., modificado por el artículo 612 del C.G.P. Para el efecto, envíese por Secretaría copia magnética de la presente providencia y de la demanda

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL  
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

*Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía*

4. **NOTIFÍQUESE** personalmente a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, conforme lo dispone el artículo 199 del C.P.A.C.A., modificado por el artículo 612 del C.G.P. Para el efecto, envíese por Secretaría copia magnética de la presente providencia y de la demanda.
5. **NOTIFÍQUESE** por estado electrónico a la parte demandante, como lo indica el artículo 201 del C.P.A.C.A.
6. **OTÓRGUESE** el término de treinta (30) días, para que la parte demandada, el Ministerio Público, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y los sujetos que tengan interés directo en las resultas del proceso, contesten la demanda, propongan excepciones, soliciten pruebas, llamen en garantía y/o presenten demanda de reconvencción.

Igualmente, en virtud de los principios de colaboración con la administración de justicia, economía procesal y celeridad, alléguese con la contestación de la demanda copia virtual de la misma.

La secretaría al momento de efectuar la notificación correspondiente deberá indicar lo precedente a la entidad en el respectivo mensaje de datos.

Requírase a la parte demandada para que insten al Comité de Conciliación de la respectiva entidad a estudiar la viabilidad de conciliar en el presente proceso, previo a la fecha de celebración de la audiencia inicial, de conformidad con lo establecido en el numeral 8° del artículo 180 del C.P.A.C.A.

7. **RECONOCER**, personería para actuar en nombre y representación a la Dra. Laura Marcela López Quintero, identificada con la C.C. No. 41.960.717 de Armenia y T.P. No. 165.395 del C. S. de la J. como apoderada judicial de la señora Carmen Elena Cardona Diaz en los términos del poder conferido.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Magistrado