

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, seis (6) de agosto de dos mil veinte (2020)

PROCESO No.	17-001-33-39-007-2017-00428-02
CLASE	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	MARÍA TERESA MARTÍNEZ DE QUINTERO
ACCIONADO	NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, DEPARTAMENTO DE CALDAS

Procede la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas a dictar sentencia de segunda instancia, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra el fallo que negó a pretensiones, proferido por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales el 18 de julio de 2019 dentro del proceso de la referencia.

PRETENSIONES

Solicita se declare la nulidad de la Resolución 1558-6 del 23 de febrero de 2016, por medio del cual se negó el reconocimiento y pago del reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme lo establece la Ley 71 de 1988.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho se solicita se reconozca el reajuste y pago del retroactivo de las mesadas pensionales en los términos establecidos en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988.

Las sumas reconocidas deberán ser indexadas.

Se condene a la parte demandada al pago de intereses señalados en el artículo 192 del CPACA.

Se condene a la entidad demandada al pago de costas y agencias en derecho.

HECHOS

A la señora MARÍA TERESA MARTÍNEZ DE QUINTERO le fue reconocida una pensión de jubilación a través de la Resolución n° 3250 del 26/06/2012, por el valor de \$1.591. 214.00, efectiva a partir del 4/11/2011.

Mediante petición radicada bajo el n° SAC2016PQR1333 del 27 de enero de 2016 se solicitó ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, el reajuste periódico de pensiones conforme a los ajustes fijados por el Gobierno Nacional para el salario mínimo legal, en aplicación a la Ley 71 de 1989.

Mediante la Resolución 1558-6 del 23 de febrero de 2016, la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, denegó el ajuste deprecado.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Consideró como violados los artículos 53 y 58 de la Constitución Política; 5, 9 y 15 de la Ley 91 de 1989; 1; de la Ley 71 de 1988; 238 de 1995; 14, 279 de la Ley 100 de 1993; Decreto 2831 de 2005.

Analizó el régimen jurídico que reguló los ajustes en las mesadas pensionales, teniendo en cuenta el incremento del salario mínimo legal mensual vigente establecido en la Ley 71 de 1989 y posteriormente en las Leyes 91 de 1989 y 100 de 1993; teniendo en cuenta las excepciones previstas en el artículo 279 de ésta última disposición.

Expuso que la Nación Ministerio de Educación -Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, reajustó las pensiones de jubilación a partir del año 1995 conforme al artículo 14 de la Ley 100 de 1993; y que para los años 1996, 1998, 2000 y siguientes hasta el año 2018 los reajustes anuales de las pensiones de jubilación se realizaron por debajo del aumento del salario mínimo legal mensual vigente, teniendo en cuenta la excepción prevista en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, que excluye su aplicación a los afiliados de dicho fondo.

Reiteró que "... (s)e busca por este medio la nulidad del referido acto y el consecuente reajuste de las pretensiones de jubilación reconocidas a mi poderdante, teniendo como fórmula de incremento pensional la establecida en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988...".

Pasó a explicar que si se aplica la fórmula de incremento de las mesadas superiores al salario mínimo, que es con el IPC, éstas presentan una pérdida porcentual frente a si se hiciera aumento con el salario mínimo mensual vigente, lo que representa un detrimento a la parte demandante.

Aludió a los presupuestos normativos contenidos en el artículo 58 de la Constitución Política y pronunciamientos jurisprudenciales del Honorable Consejo de Estado y la Corte Constitucional, respecto al alcance de los derechos adquiridos y los supuestos sustanciales que la caracteriza.

Indicó que se vulneró el principio de favorabilidad, al omitir el estudio de la normativa prevista en las Leyes 71 de 1989 y 238 de 1995, al no ajustar las mesadas pensionales al ajuste del salario mínimo legal.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Ministerio de Educación - Fondo de Prestaciones de Sociales del Magisterio: se opuso a la totalidad de las pretensiones y adujo no constarle los hechos aludidos en la demanda.

Como excepciones propone las que denomina:

OMISIÓN DE REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD: esgrimió a la vulneración del derecho de defensa y al debido proceso previsto en el artículo 29 de la Constitución Política; al no aportarse a la demanda el requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 35 de la Ley 640 de 2001.

FALTA DE INTEGRACIÓN DEL CONTRADICTORIO – LITIS CONSORCIO NECESARIO: consideró en virtud de las Leyes 715 de 2001, 91 de 1989, 60 de 1993, por el cual se atribuye a los entes territoriales la participación educativa, y las obligaciones prestacionales del personal docente, y conforme al trámite para su reconocimiento previsto en el Decreto 2831 de 2005, a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, vincular al Departamento de Caldas, y a la fiduciaria la Previsora S.A., en virtud del contrato de fiducia mercantil 83 de 1990, suscrito con el Ministerio de Educación Nacional, por el cual se transfiere al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio administrar los recursos destinados al pago de prestaciones sociales.

VINCULACIÓN DE LITISCONSORTE: solicitó la vinculación de la **Fiduprevisora la Previsora S.A.**, en virtud del contrato mercantil 83 de 1990 suscrito con el Ministerio de Educación Nacional.

INEPTITUD SUSTANCIAL DE LA DEMANDA POR FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DE LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL: describió en armonía a lo preceptuado en el artículo 52 de la Ley 962 de 2005, la Ley 715 de 2001, que definió las competencias de la entidad en materia de educación, cuya función es la de ser ente rector de las políticas educativas dada su función de trazar los lineamientos generales en la prestación del servicio de educación, por tanto no presta el servicio de educación, ni administra las plantas de personal, como tampoco es empleador de los docente del Magisterio.

INEXISTENCIA DEL DEMANDADO – FALTA DE RELACIÓN CON EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO, CONEXO O DERIVADO DEL ACTO ADMINISTRATIVO EXPEDIDO POR LA ENTIDAD TERRITORIAL CERTIFICADA. FALTA DE COMPETENCIA DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN PARA EXPEDIR EL ACTO ADMINISTRATIVO Y RECONOCER EL DERECHO RECLAMADO: hizo alusión a los elementos esenciales del acto administrativo e indicó que no existe causalidad o vínculo entre la Nación – Ministerio de Educación Nacional, y el derecho solicitado por el accionante, toda vez que el procedimiento de reconocimiento y pago de las prestaciones sociales se encuentra en cabeza de la entidad territorial certificada y de la sociedad fiduciaria administradora del fondo, siendo esta última y con fundamento en el contrato de fiducia mercantil 83 de 1990, quien administra y paga con recursos del fondo las obligaciones que en materia de prestaciones reclamen los docentes afiliados al FOMAG; indicó que el Ministerio de Educación nacional no interviene en el trámite de reconocimiento y pago de la prestación, no revisa ni analiza la viabilidad del pago de la misma, no tiene competencia para la expedición del acto administrativo de reconocimiento, no ordena el pago, ni destina los recursos para el pago de las prestaciones.

CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO: argumentó que la demanda se presentó transcurridos los cuatros meses desde la expedición del acto administrativo que denegó el derecho, por lo que debe prosperar la presente excepción.

INEXISTENCIA DE LA CAUSA POR INEXISTENCIA JURÍDICA: apuntó que el ajuste de la pensión de jubilación, es el establecido en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993; y no el previsto en la Ley 71 de 1988; además que la Ley 812 de 2003, integró a los docentes al

régimen pensional de prima media, con lo cual se deriva la derogación tácita de la normatividad anterior.

PRESCRIPCIÓN: solicitó se declare la prescripción de los derechos reclamados, prevista en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968.

COBRO DE LO NO DEBIDO: indicó que la entidad no tiene competencia en el trámite para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes; además, que los recursos son manejados por la sociedad de economía mixta fiduciaria; y por tanto, cualquier gasto que afecte el presupuesto de la fiduciaria, deben contar con la respectiva apropiación presupuestal.

BUENA FE: enfatizó que el pago no las prestaciones sociales de los docentes no depende del diligenciamiento de los actos administrativos por parte del ente territorial y del visto bueno de la entidad fiduciaria, sino de la disponibilidad presupuestal conforme lo prevé la Ley 38 de 1989.

DEPARTAMENTO DE CALDAS se opuso a la totalidad de las pretensiones y adujo no constarle los hechos aludidos en la demanda.

Propuso los siguientes medios exceptivos:

FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA: expuso que las Secretarías de Educación solo realizan trámites y procedimientos para el reconocimiento y pago de prestaciones sociales de los docentes, por tanto, no le asiste al Departamento de Caldas, responsabilidad en cuanto a los hechos y pretensiones de la demanda.

BUENA FE: afirmó en caso de presentarse los presupuestos para declarar la obligación a cargo de la entidad territorial, existen eximentes de responsabilidad en los pagos de prestaciones sociales, toda vez que ha obrado con correcto diligenciamiento y cumplimiento de los respectivos actos administrativos.

PRESCRIPCIÓN: solicitó se de aplicación a lo dispuesto en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 y el Decreto 3135 de 1968.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, dictó sentencia, negando a las pretensiones de la parte actora.

Analizó el régimen jurídico del Sistema General de Seguridad Social, en cuanto al incremento anual de las pensiones, previsto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, que ordena el reajuste anual, conforme a la variación de Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE, y a las excepciones contempladas en el artículo 279 de esta disposición, y la Ley 238 de 1995.

Con apoyo en el pronunciamiento jurisprudencial proferido por el Honorable Consejo de Estado y de la Honorable Corte Constitucional en sentencia C-435 del 1994, expuso que no le asiste razón a la parte actora en cuanto a la práctica de dicha disposición, en lo relacionado con el aumento anual de la pensión; además, que no se vulneró el principio de favorabilidad previsto en el artículo 53 de la Constitución Política; con la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

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.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte actora precisó inicialmente sobre la indebida aplicación del precedente jurisprudencial interpretada el Juez *a quo*, toda vez que, no corresponde a idénticos hechos, fundamentos de derecho y pretensiones en relación con el convocado; por tanto la providencia carece de los presupuestos procesales previstos en los artículos 162, 187 de la Ley 1437 de 2011, como quiera que "*... el objeto real del litigio fue determinar la fórmula aplicable para el incremento del debate corresponde al incremento de la pensión de jubilación de los docentes dentro del régimen exceptuado del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 1º de la Ley 238 de 1995... sino determinar la fórmula de incremento más favorable dentro del régimen exceptuado conforme a la posibilidad otorgadas por el artículo 1º de la Ley 238 de 1995*".

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

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

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

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

En consecuencia, solicitó revocar la sentencia proferida, y su lugar acceder a las pretensiones de la demanda.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Las partes y el Ministerio Público guardaron silencio en esta etapa procesal.

CONSIDERACIONES

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

Problema jurídico

El problema jurídico a dilucidar en segunda instancia se contrae a resolver el siguiente interrogante:

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

Lo probado

Del material probatorio que reposa en el expediente, se destaca lo siguiente:

- Que mediante la Resolución n° 3250 del 26 de junio de 2012 se reconoció la pensión de jubilación, por parte del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a favor de MARÍA TERESA MARTÍNEZ DE QUINTERO en cuantía de \$1.591. 214.00., efectiva a partir del 2011/11/04 (fol. 25-26 C.1)
- Mediante solicitud SAC2016PQR1333 del 27 de enero de 2016, elevada ante la Nación – Ministerio de Educación Nacional –Fondo de Prestación Social del Magisterio; solicitó se reajuste la pensión de jubilación, tomando como base el porcentaje del incremento del salario mínimo legal mensual vigente del año inmediatamente anterior, cuando sea superior al IPC. (Fol. 21-24, C.1).
- Mediante la Resolución n° 1558-6 del 23 de febrero de 2016, se niega el reajuste periódico de la pensión de jubilación con base en el incremento del salario mínimo mensual legal vigente a la docente MARÍA TERESA MARTÍNEZ DE QUINTERO (fol. 29-30 ibídem).

Fundamento jurídico

Régimen general de seguridad social

El artículo 48 de la Carta Política concibe la seguridad social como un servicio público obligatorio que debe prestarse bajo la dirección coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; asimismo se garantiza como un derecho irrenunciable, al mismo tiempo que se consagra el respeto al poder adquisitivo de las pensiones.

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

El Sistema de Seguridad Social Integral, previsto en la Ley 100 de 1993¹, tuvo como objeto garantizar los derechos de las personas y comunidad, en aras de mejorar la calidad de vida, y la dignidad humana, a través de las instituciones públicas y privadas prestadora de los servicios, como un servicio esencial bajo los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

O sea, que al derogarse el párrafo 7 de la Ley 71 de 1988, se derogó la norma que disponía un régimen de reconocimiento pensional para las personas que tengan diez (10) años o más de afiliación en una o varias de las entidades y cincuenta (50) años o más de edad si es varón o cuarenta y cinco (45) años o más si es mujer, continuarían aplicándose las normas de los regímenes actuales vigentes.

Además, este párrafo de la Ley 71 de 1988 fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional Sentencia C-012 de 1994.

La Ley 100 de 1993 en su artículo 279 contempló los regímenes exceptuados a dicho régimen quedando contemplado, entre otros el personal docente vinculado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, y señaló que estas excepciones no implican negación de los beneficios y derechos determinados en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, el cual consagra el reajuste anual de las pensiones en el IPC:

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

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

(...)

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

Concerniente al reajuste de las pensiones el Régimen General de Pensiones previsto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, precisó:

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

Dicha normativa fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-387 de 1994⁵, donde señaló:

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

[...]

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

[“...”]

***Ahora bien: que el índice de precios al consumidor aumenta en proporción superior al porcentaje en que se incrementa el salario mínimo, es un argumento que esgrime el demandante, pero que*”**

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

no se ajusta a la realidad, pues como se demostrará en seguida, estos valores no han sido constantes, y no podían serlo, por que su comportamiento depende de una serie de circunstancias económicas y políticas que resultan variables, y en consecuencia, no es posible determinar con certeza el porcentaje en que cada uno de esos dos factores aumentará.

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

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

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

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

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

En este sentido, el Máximo Tribunal Constitucional, alude a la determinación de incrementar las pensiones en el salario mínimo **solo para los pensionados que devengan la pensión mínima**, en aras de salvaguardar los derechos constitucionales de los pensiones que se **encuentran en debilidad manifiesta frente a los demás ciudadanos**; a su vez, que la determinación del índice de precios al consumidor **para los demás pensionados** para

establecer el incremento pensional, se ajusta a factores circunstancias económicas y políticas.

De otro lado, la Ley 238 de 1995⁶, dispuso la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 **a los regímenes exceptuados previstos en dicha disposición**; al respecto señaló:

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

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

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

Bajo el tema en cuestión referente al reajuste de las mesadas en aplicación de la Ley 100 de 1993, la Sección Segunda el Honorable Consejo de Estado⁷, en providencia del 17 de agosto del 2017, dentro de la acción pública de nulidad contra el artículo 40 del Decreto 692 de 1994; expuso **que el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 derogó el dispuesto por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988**, tal como se pudo observar en el siguiente extracto de esa sentencia:

"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

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

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

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

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

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

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

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

Referente a los motivos que alega el libelista, de aplicar artículo 1 de la Ley 71 de 1989, en armonía con el principio de favorabilidad, al ajuste de la mesada pensional, es pertinente traer a colación los pronunciamientos jurisprudenciales expuestos por la Máxima Corporación Constitucional en sentencia C-435 de 2017, bajo la acción pública de constitucionalidad se demanda la nulidad parcial del artículo 14 de la Ley 100 de 1993; concerniente al reajuste de pensiones, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, así:

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

[...]

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

[...]

Siendo así, se tiene que en la norma demandada el legislador específicamente dispuso que el criterio o parámetro de actualización fuera el IPC en tanto que, como claramente explicó el DANE en su intervención, éste precisamente “es una estadística que mide la variación porcentual de los precios de un conjunto representativo de los bienes y servicios de consumo de los hogares

del país". Pero, simultáneamente, el legislador distinguió entre las pensiones superiores e inferiores al salario mínimo legal mensual vigente (SMLMV), estableciendo que únicamente éstas últimas se incrementarían en el mismo porcentaje que ese salario, "con el fin de que dicho ingreso conserve su poder adquisitivo y así pueda el beneficiario satisfacer sus necesidades básicas y llevar una vida digna"[94].

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

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

[...]

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

En consecuencia, conforme a los pronunciamientos jurisprudenciales citados, se tiene que, la constitución política facultó al legislador bajo su autonomía de fijar las fórmulas específicas el reajuste periódico de las pensiones, teniendo en cuenta el índice de precios al consumidor, parámetro que se adoptó obedeciendo a las satisfacciones de las necesidades del orden familiar, material, social, cultural y educativo, y con el fin de

garantizar los fines del salario mínimo, en aras de actualizar el monto de las pensiones y de contrarrestar el fenómeno de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

En ese orden de ideas, considera la Sala que no se encuentra demostrado, la vulneración de los derechos invocados en la parte actora, dado que conforme a los presupuestos normativos y jurisprudenciales antes citados, se observa que no le asiste razón al accionante al indicar que el reajuste de las mesadas pensionales se deben realizar conforme al artículo 1 de la Ley 71 de 1989, esto es, conforme al salario mínimo, y no conforme a lo establecido en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

Lo anterior teniendo, en cuenta que la Ley 100 de 1993, reajustó las mesadas de los regímenes del sistema general de pensiones, y en aras de mantener su poder adquisitivo, ordenó el ajuste según la variación porcentual del índice de precios al consumidor; además con la expedición de dicha norma, se entendió derogada la Ley 71 de 1989.

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

COSTAS EN ESTA INSTANCIA.

No se condena en segunda instancia toda vez que la parte demandada no ejerció actividad alguna que justifique la condena.

Por lo discurrido, **LA SALA PRIMERA DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales el 18 de julio de 2019, dentro del proceso que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por **MARÍA TERESA MARTÍNEZ DE QUINTERO** en contra de la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

SEGUNDO: SIN COSTAS

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

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

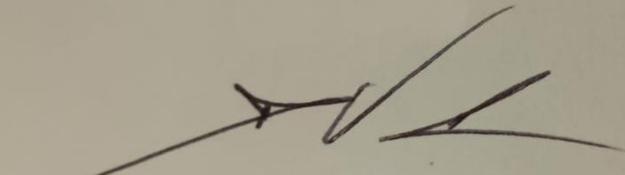
Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Virtual celebrada el 6 de agosto de 2020, conforme Acta nº 037 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
Magistrado

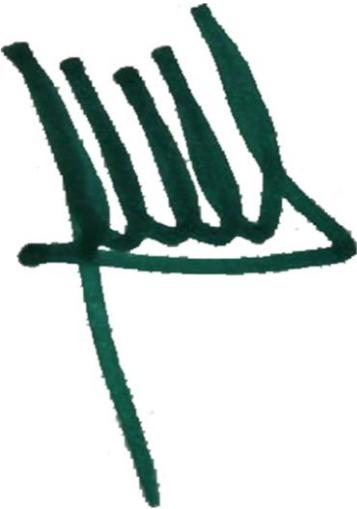


DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 102 del 12 de agosto de 2020.
Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.

Manizales, _____



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

17-001-23-33-000-2019-00286-00

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, once (11) de AGOSTO de dos mil veinte (2020)

A.I. 255

Atendiendo al memorial allegado por la nueva Secretaria General de la **EMPRESA DE RENOVACIÓN URBANA DE MANIZALES -ERUM S.A.S.**, con el cual refiere que dicha entidad actualmente adelanta el proceso de empalme, el mismo que se ha dificultado por la pandemia generada por el COVID 19, el despacho reprogramará, **POR ÚLTIMA VEZ**, la audiencia de pruebas fijada inicialmente para el día 11 de agosto de 2020.

Por ende, se **FIJA como nueva fecha** el día **MARTES 25 DE AGOSTO DE 2020 a las 2:30 p.m.** para llevar a cabo el traslado de documentos y la prueba testimonial, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por la señora **MARIA ELENA ALZATE MEJÍA** contra la **EMPRESA DE RENOVACIÓN URBANA DE MANIZALES -ERUM**, el **INSTITUTO DE FINANCIAMIENTO, PROMOCIÓN Y DESARROLLO DE MANIZALES - INFIMANIZALES**, el **MUNICIPIO DE MANIZALES** y como llamada en garantía la **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA**.

La audiencia se realizará a través de la plataforma **MICROSOFT-TEAMS**, para lo cual se enviará la respectiva invitación a la dirección de correo electrónico suministrada por las partes, los apoderados, terceros si los hubiere, y el Ministerio Público, quienes deberán conectarse desde un equipo con micrófono y cámara de video.

Se advierte a las partes y demás intervinientes, que en caso que requieran allegar sustituciones de poder u otros documentos para que sean tenidos en cuenta en el mismo acto procesal, se sirvan remitirlos **a más tardar el día anterior a la celebración de la audiencia, únicamente al correo**

['sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co'](mailto:sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co) . Cualquier documento enviado a otra dirección de correo, se tendrá por no presentado.

REQUIÉRESE por tercera vez a la **EMPRESA DE RENOVACIÓN URBANA DE MANIZALES- ERUM**, interesada en la prueba testimonial, para que se sirva suministrar al despacho con la **debida antelación**, la dirección de correo electrónico desde la cual se conectará a la audiencia el testigo **JUAN DAVID DUQUE PEDRAZA**.

NOTIFÍQUESE



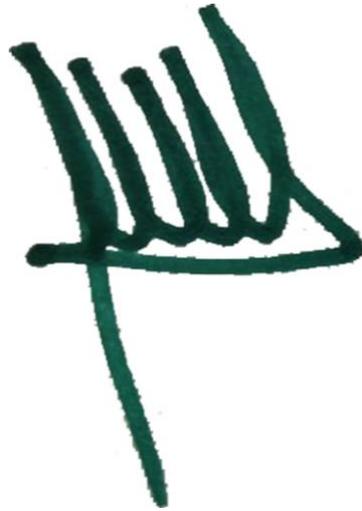
AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado Ponente

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 102 de fecha 12 de Agosto de 2020.

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

Manizales,

A handwritten signature in green ink, consisting of several vertical strokes of varying heights and a horizontal base, with a long vertical stroke extending downwards from the center.

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, once (11) de agosto de dos mil veinte (2020).

RADICADO	17-001-23-33-000-2019-00246-00
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	TERESA DE JESÚS TABARES SÁNCHEZ
DEMANDADO	LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

Procede el despacho a emitir pronunciamiento sobre el desistimiento de las pretensiones presentado por la apoderada de la parte demandante.

ANTECEDENTES

Mediante auto del 22 de agosto de 2019 se admitió la demanda presentada por la señora Teresa de Jesús Tabares Sánchez que pretende la nulidad del acto ficto configurado el 30 de agosto de 2018 frente a la petición realizada el 30 de mayo de 2018, y como consecuencia de ello se reconozca una sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías definitivas.

Luego de surtido el trámite de notificación y traslado, el día 27 de febrero del año en curso se radicó memorial mediante el cual la parte demandante manifestó que desistía de las pretensiones.

De la solicitud se dio traslado a la parte accionada sin que se pronunciara sobre ella.

CONSIDERACIONES

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo no consagra la figura del desistimiento del proceso, por lo que al tenor del artículo 306 de dicha codificación se deberá acudir al Código General del Proceso en los aspectos no contemplados en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que corresponden a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Sobre el desistimiento de las pretensiones el artículo 314 del CGP dispone:

El demandante podrá desistir de las pretensiones mientras no se haya pronunciado sentencia que ponga fin al proceso. Cuando el desistimiento se presente ante el superior por haberse interpuesto por el demandante apelación de la sentencia o casación, se entenderá que comprende el del recurso.

El desistimiento implica la renuncia de las pretensiones de la demanda en todos aquellos casos en que la firmeza de la sentencia absolutoria habría producido efectos de cosa juzgada. El auto que acepte el desistimiento producirá los mismos efectos de aquella sentencia.

Si el desistimiento no se refiere a la totalidad de las pretensiones, o si sólo proviene de alguno de los demandantes, el proceso continuará respecto de las pretensiones y personas no comprendidas en él.

En los procesos de deslinde y amojonamiento, de división de bienes comunes, de disolución o liquidación de sociedades conyugales o patrimoniales, civiles o comerciales, el desistimiento no producirá efectos sin la anuencia de la parte demandada, cuando esta no se opuso a la demanda, y no impedirá que se promueva posteriormente el mismo proceso.

El desistimiento debe ser incondicional, salvo acuerdo de las partes, y sólo perjudica a la persona que lo hace y a sus causahabientes.

El desistimiento de la demanda principal no impide el trámite de la reconvenición, que continuará ante el mismo juez cualquiera que fuere su cuantía.

Cuando el demandante sea la Nación, un departamento o municipio, el desistimiento deberá estar suscrito por el apoderado judicial y por el representante del Gobierno Nacional, el gobernador o el alcalde respectivo

Por otra parte, el artículo 315 *ibídem* consagra:

No pueden desistir de las pretensiones:

1. Los incapaces y sus representantes, a menos que previamente obtengan licencia judicial.

En este caso la licencia deberá solicitarse en el mismo proceso, y el juez podrá concederla en el auto que acepte el desistimiento si considera que no requiere la práctica de pruebas; en caso contrario fijará fecha y hora para audiencia con tal fin.

2. Los apoderados que no tengan facultad expresa para ello.

3. Los curadores ad litem.

Finalmente, el artículo 316 del mismo cuerpo normativo indica que:

Las partes podrán desistir de los recursos interpuestos y de los incidentes, las excepciones y los demás actos procesales que hayan promovido. No podrán desistir de las pruebas practicadas.

El desistimiento de un recurso deja en firme la providencia materia del mismo, respecto de quien lo hace. Cuando se haga por fuera de audiencia, el escrito se presentará ante el secretario del juez de conocimiento si el expediente o las copias para dicho recurso no se han remitido al superior, o ante el secretario de este en el caso contrario.

El auto que acepte un desistimiento condenará en costas a quien desistió, lo mismo que a perjuicios por el levantamiento de las medidas cautelares practicadas.

No obstante, el juez podrá abstenerse de condenar en costas y perjuicios en los siguientes casos:

- 1. Cuando las partes así lo convengan.*
- 2. Cuando se trate del desistimiento de un recurso ante el juez que lo haya concedido.*
- 3. Cuando se desista de los efectos de la sentencia favorable ejecutoriada y no estén vigentes medidas cautelares.*
- 4. Cuando el demandado no se oponga al desistimiento de las pretensiones que de forma condicionada presente el demandante respecto de no ser condenado en costas y perjuicios. De la solicitud del demandante se correrá traslado al demandado por tres (3) días y, en caso de oposición, el juez se abstendrá de aceptar el desistimiento así solicitado. Si no hay oposición, el juez decretará el desistimiento sin condena en costas y expensas.*

Como se reseñó en líneas anteriores, a través de escrito radicado el 27 de febrero de 2020 la parte actora presentó solicitud de desistimiento del proceso y además que no se condenara en costas de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, en concordancia con el artículo 365 del CGP.

Al revisar los requisitos establecidos en las normas reproducidas, el Tribunal observa que la solicitud fue presentada por la apoderada de la parte demandante, quien está facultada expresamente para desistir (fol. 2 C.1); y además se radicó antes de que se profiriera fallo que pusiera fin al proceso.

Aunado a ello se dio traslado de la solicitud a la parte demandada sin que presentara escrito pronunciándose sobre la misma.

Por ello, se aceptará el desistimiento presentado por la parte demandante en tanto se encuentra ajustado al ordenamiento jurídico, y específicamente a lo indicado en el artículo 314 del CGP y demás normas que regulan la figura procesal, y en consecuencia se dará por terminado el trámite judicial de la referencia.

En cuanto a las costas, debe señalarse que el Código General del Proceso, norma a la que se acudió para aceptar el desistimiento de las pretensiones, determina las hipótesis para no condenar a este rubro cuando se realiza este acto procesal, y se evidencia que en este caso al darse traslado a la entidad demandada esta no presentó objeción alguna, lo que permite afirmar que no es procedente esta condena.

Aunado a ello, debe resaltarse que la Sala considera que en asuntos que se ventilen ante la jurisdicción contenciosa administrativa la condena en costas solo procede cuando se dicta sentencia según los postulados del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, y en atención a la posición adoptada por el H. Consejo de Estado¹ en tal sentido.

De acuerdo a ello, se aceptará el desistimiento de las pretensiones y no se condenará en costas a la parte demandante.

Sin más consideraciones, la Sala Primera del Tribunal Administrativo de Caldas,

RESUELVE

PRIMERO: aceptar la solicitud de desistimiento de las pretensiones de la demanda presentada por la parte demandante, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: dar por terminado el proceso iniciado en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho por la señora **TERESA DE JESÚS TABARES SÁNCHEZ**

¹ Al respecto ver auto de doce (12) de mayo de dos mil quince (2015). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección "A". C.P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Radicación número: 27001-23-33-000-2014-00056-01(1000-15), en el cual se indicó "...precisando que resulta consonante con la tesis de esta Sala la decisión sobre la no imposición de condena en costas, ya que, por expresa orden contenida en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, estas (las costas) tan sólo pueden ser impuestas en la sentencia, no siendo de aplicación las normas contenidas en el Código General del Proceso, ya que no se dan las condiciones previstas por el artículo 306 ibídem, al hallarse regulado el tema de manera expresa en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo".

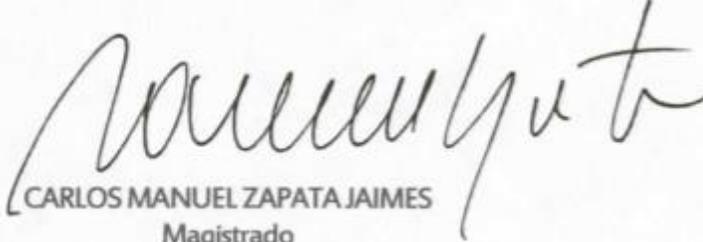
en contra **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.**

TERCERO: NO CONDENAR EN COSTAS, según lo expuesto en la parte motiva.

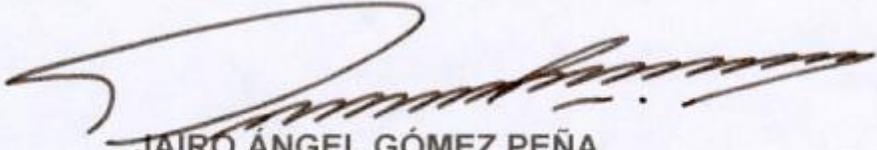
CUARTO: ejecutoriado el presente auto archívese el expediente previa cancelación de la radicación del mismo en el programa Justicia Siglo XXI. Hágase entrega de sus anexos sin necesidad de desglose.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

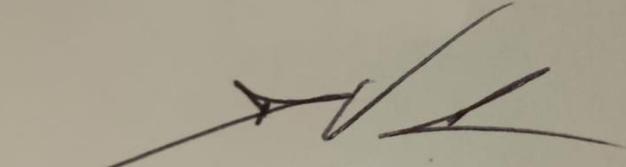
Sentencia proferida en sala de decisión Virtual realizada el 6 de agosto de 2020 conforme acta nº 037 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
Magistrado

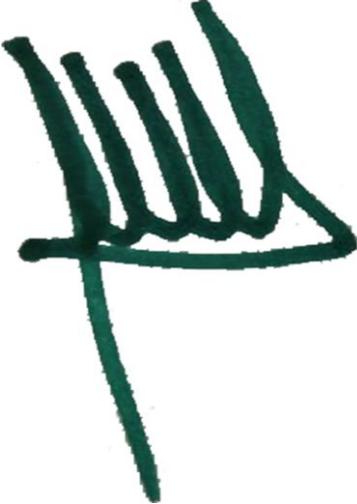


DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 102 del 12 de agosto de 2020.
Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.

Manizales, _____



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



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

Manizales, once (11) de agosto de dos mil veinte (2020).

RADICADO:	17-001-23-33-000-2020-00197-00
CLASE:	RECURSO DE INSISTENCIA
SOLICITANTE	CONSORCIO CASAVI
ACCIONADA:	GESTIÓN ENERGÉTICA S.A. E.S.P. (GENSA S.A. ESP)

Procede la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas a resolver el recurso de insistencia, presentado por el CONSORCIO CASAVI a GENSA S.A. ESP, frente a la negativa de esta última a expedir unos documentos solicitados en aduciendo ser documentos de reserva legal.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, el CONSORCIO CASAVI allegó a GENSA S.A. ESP sendos requerimientos referentes a unas dificultades que manifiesta el primero se han presentado en la ejecución del contrato identificado al número interno N° 076-2014, celebrado entre las partes, en los que manifiesta el supuesto reiterado incumplimiento de las obligaciones de parte de GENSA S.A. ESP, específicamente señala que si bien el contrato ya se ha ejecutado en un 90%, se encuentra paralizado por cuanto ésta última sociedad, no ha finiquitado lo referente a la adquisición de unas franjas de terreno necesaria para terminar las obras contratadas, lo que sostiene le conlleva graves perjuicios.

Además de algunas peticiones específicas, que no son el objeto de esta insistencia, le solicita la expedición de los siguientes documentos:

Punto 4.

a. Actos administrativos y demás documentos que conforman el plenario de la etapa de enajenación voluntaria de los predios de ejecución del presente contrato. En particular los siguientes:

v) Formato de estudio de títulos realizados a cada uno de los predios sobre los cuales se impuso la medida de servidumbre de interconexión eléctrica

y sus anexos.

vi) Avalúos comerciales.

vii) Ficha social o de caracterización de inmueble.

viii) Oficio mediante el cual se presenta oferta formal de compra a los propietarios de cada uno de ellos propietarios de los inmuebles para la ejecución del proyecto.

ix) Copia de las resoluciones por el cual se ordena seguir adelante con la expropiación.

x) Escrito de la demanda y sus anexos de cada uno de los inmuebles.

xi) Constancia, acta o copia del auto por medio la cual se ordena la entrega anticipada de dichos bienes inmuebles.

xii) Certificación de pago del valor del avalúo que dio pie a la entrega anticipada del inmueble en los precisos términos del artículo 399. Numeral 4º. del C.G.P.

xiii) Plano general del proyecto aportado como requisito de la demanda.

xiv) En caso tal de que existan inmuebles o franjas de terreno adquiridas por parte de GENSA, en la etapa de enajenación voluntaria, o a partir de una negociación directa, sírvanse aportar copia de los contratos suscritos con los propietarios y copia simple de las escrituras de compraventa celebradas con los mismos.

xv) En consonancia con el numeral anterior, de los predios adquiridos en la

b. Para el caso en particular del predio donde se encuentra ubicada la Torre 59, del predio de ORLANDO "SIMÓN" CALA, me permito solicitar los siguientes documentos:

i. Copia de correspondencia cruzada entre GENSA SA ESP y el propietario donde se demuestre los avances de la negociación de franja donde se ubicará la servidumbre

iv. Formato de estudio de títulos realizados a cada uno de los predios sobre los cuales se impuso la medida de servidumbre de interconexión eléctrica y sus anexos.

v. Avalúo comercial del inmueble del señor CALA .

vi. Ficha social o de caracterización de inmueble.

vii. Oficio mediante el cual se presenta oferta formal de compra al propietario

xi. Certificación de pago del valor del avalúo que dio pie a la entrega anticipada del inmueble en los precisos términos del artículo 399. Numeral 4º. del C.G.P.

xii. copia del contrato suscritos con los propietarios y copia simple de las escrituras de compraventa celebradas con el mismo.

xiii. En consonancia con el numeral anterior, si el predio fue adquirido mediante negociación en etapa de enajenación voluntaria o negociación

directa copia de las certificaciones de desembolso del dinero pactado con el propietario, con fechas visibles.

GENSA S.A. ESP mediante oficio No 014462020 de fecha 15 de julio de 2020, le responde a todos los puntos requeridos por el consorcio, pero con respecto a la solicitud de copia de los documentos señalados en aparte 4) puntos a) del v a xv, y b) puntos i, iv, v,vi, xi, xii y xiii, según la numeración de la petición, le informa que en atención a que GENSA S.A. ESP, es una empresa de servicios públicos domiciliarios, se rige por las disposiciones de la Ley 142 de 1994, que en su artículo 31 dispone que los contratos que celebre no le son aplicables las disposiciones de la ley 80 de 1993, sino que se rigen por el derecho privado, por eso deduce que los documentos deben someterse a la reserva establecida en los artículos 61 y siguientes del Código de Comercio.

Ahora, como en el escrito de petición se solicita que en caso de que se le nieguen los documentos requeridos presenta recurso de insistencia GENSA S.A. E.S.P. allega la documentación a este Tribunal para que se le dé el trámite correspondiente.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes señalados anteriormente, el Tribunal deberá resolver el siguiente problema jurídico.

¿ Está ajustado a derecho el fundamento legal que expone GENSA S.A. ESP para considerar que los documentos solicitados por el Consorcio CASAVI están sometidos a reserva de ley.?

Marco Jurisprudencial

Marco Jurídico de las Empresas de economía mixta prestadoras de servicios públicos domiciliarios.

La corte Constitucional en la sentencia C-736 de 2007, hace un estudio ampliado, sobre cuál es la naturaleza de las empresas de servicio público domiciliario y se precisa que se entienden que forman parte del sector público descentralizado por servicios, en ella se hacen las siguientes precisiones:

La vinculación de las sociedades de economía mixta a la Rama Ejecutiva, y su condición de entidades descentralizadas, implica consecuencias que emergen de la propia Constitución cuales son particularmente las siguientes: (i) que están sujetas un control fiscal en cabeza de la Contraloría General de la República, que toma pie en lo reglado por el artículo 267 de la Constitución, y que incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados; (ii) que están sujetas a un control político, que ejerce directamente el Congreso de la República en virtud de lo reglado por el último inciso del artículo 208 de la Constitución Política. (iii) que de conformidad con lo prescrito por el artículo 150 numeral 7, según el cual al Congreso le corresponde “crear o autorizar la constitución de ... sociedades de economía mixta” del orden nacional, su creación o autorización tiene que producirse mediante ley. Correlativamente, en los órdenes departamental y municipal esta misma facultad se le reconoce a las asambleas y concejos, según lo prescriben los artículos 300 numeral 78 y 313 numeral 6, respectivamente, por cual en dichos niveles las empresas de servicios públicos que asumieran la forma de sociedades de economía mixta deben ser creadas o autorizadas mediante ordenanza o acuerdo, según sea el caso; (iv) que les son aplicables las inhabilidades para la integración de órganos directivos a que aluden los artículos 180-3, 292 y 323 de la Carta; (v) que en materia presupuestal quedan sujetas a las reglas de la ley orgánica del presupuesto; (vi) que en materia contable quedan sujetas a las reglas de contabilidad oficial;

[...]

EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS-Naturaleza jurídica especial

El constituyente quiso definir que las personas o entidades que asuman la prestación de los servicios públicos tendrán no sólo un régimen jurídico especial, sino también una naturaleza jurídica especial; esta particular naturaleza y reglamentación jurídica encuentra su fundamento en la necesidad de hacer realidad la finalidad social que es definida por la misma Carta como objetivo de la adecuada prestación de los servicios públicos. De lo anterior se desprende que cuando el Estado asume directamente o participa con los particulares en dicho cometido, las entidades que surgen para esos efectos también se revisten de ese carácter especial y quedan sujetas a la reglamentación jurídica particularmente diseñada para la prestación adecuada de los servicios públicos. Otro tanto sucede cuando los particulares asumen la prestación de servicios públicos. Así las cosas, las sociedades públicas, privadas o mixtas cuyo objeto social sea la prestación de los servicios en comento, antes que sociedades de economía mixta, sociedades entre entidades públicas o sociedades de carácter privado, vienen a ser entidades de naturaleza especial.

[...]

La Corte estima que la naturaleza y el régimen jurídico especial de la prestación de los servicios públicos dispuesto por el constituyente en el artículo 365 de la Carta impiden considerar que las empresas de servicios públicos constituidas bajo la forma de sociedades por acciones, en las cuales concurren en cualquier proporción el capital público y el privado, sean “sociedades de economía mixta”. A juicio de la Corporación, y por lo dicho anteriormente, se trata de entidades de tipología especial expresamente definida por el legislador en desarrollo de las normas superiores antes mencionadas, que señalan las particularidades de esta actividad. Ahora bien, dentro de esa categoría especial diseñada por el legislador y llamada “empresa de servicios públicos”, resulta obvio que la ley puede establecer diferencias de regulación que atiendan a

distintos factores o criterios de distinción, uno de los cuales puede ser el porcentaje de la participación accionaria pública presente en las empresas de servicios públicos constituidas bajo la forma de sociedades por acciones. Estas diferencias de régimen están constitucionalmente justificadas, en cuanto hacen posibles las condiciones jurídicas que favorecen la asociación de los particulares con el Estado a fin a lograr la adecuada prestación de los servicios públicos. Ciertamente, el legislador puede regular de manera diferente situaciones de hecho también distintas, más cuando este trato jurídico diverso permite cumplir ese objetivo superior de eficiencia en la prestación de los servicios públicos, que la propia Constitución Política en su artículo 365 define que como vinculado a “a la finalidad social del Estado”.

[...]

Distintos pronunciamientos de la Rama Judicial han llegado a interpretaciones contrarias en lo relativo a si las empresas de servicios públicos mixtas (con participación mayoritaria de capital público o participación igualitaria de capital público y privado) y las empresas de servicios públicos privadas (con participación minoritaria de capital público) son o no sociedades de economía mixta. Al parecer de la Corte, la interpretación según la cual las empresas de servicios públicos son sociedades de economía mixta resulta contraria a la Constitución. Ciertamente, según se dijo arriba, del artículo 365 superior se desprende que el régimen y la naturaleza jurídica de los prestadores de servicios públicos es especial; además, del numeral 7° del artículo 150 de la Carta, se extrae que el legislador está constitucionalmente autorizado para crear o autorizar la creación de “otras entidades del orden nacional”, distintas de los establecimientos públicos, las empresas comerciales e industriales de Estado y las sociedades de economía mixta. Por todo lo anterior, la Corte encuentra que cuando el numeral 6 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994 dispone que una empresa de servicios públicos mixta “(e)s aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen aportes iguales o superiores al 50”, y cuando el numeral 7 de la misma disposición agrega que una empresa de servicios públicos privada “(e)s aquella cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares, o a entidades surgidas de convenios internacionales que deseen someterse íntegramente para estos efectos a las reglas a las que se someten los particulares”, simplemente está definiendo el régimen jurídico de esta tipología especial de entidades, y estableciendo para este propósito diferencias fundadas en la mayor o menor participación accionaria pública.

[...]

La demanda indica que los artículos 38 y 68, parcialmente demandados dentro de este proceso, excluirían de la conformación de la Rama Ejecutiva a las empresas de servicios públicos mixtas y privadas (Artículo 38) y también las excluirían de la pertenencia a la categoría jurídica denominada “entidades descentralizadas” (Artículo 68). No obstante, la Corte observa que una interpretación armónica del literal d) del artículo 38 de la Ley 489 de 1998, junto con el literal g) de la misma norma, permiten entender que la voluntad legislativa no fue excluir a las empresas de servicios públicos mixtas o privadas de la pertenencia a la Rama Ejecutiva del poder público. Nótese cómo en el literal d) el legislador incluye a las “demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público”, categoría dentro de la cual deben entenderse incluidas las empresas de servicios públicos mixtas o

privadas, que de esta manera, se entienden como parte de la Rama Ejecutiva en su sector descentralizado nacional. Así las cosas, de cara a la constitucionalidad del artículo 38 de la Ley 498 de 1998, y concretamente de la expresión “las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios” contenida en su literal d), la Corte declarará su exequibilidad, por considerar que dentro del supuesto normativo del literal g) se comprenden las empresas mixtas o privadas de servicios públicos, que de esta manera viene a conformar también la Rama Ejecutiva del poder público.

[...]

Si bien el legislador sólo considera explícitamente como entidades descentralizadas a las empresas oficiales de servicios públicos, es decir a aquellas con un capital cien por ciento (100%) estatal, lo cual haría pensar que las mixtas y las privadas no ostentarían esta naturaleza jurídica, a continuación indica que también son entidades descentralizadas “las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio.” (Subraya la Corte). Así las cosas, de manera implícita incluye a las empresas de servicios públicos mixtas o privadas como entidades descentralizadas, por lo cual la Corte no encuentra obstáculo para declarar su constitucionalidad.

[...]

El Congreso ha establecido como regla general que tanto las sociedades de economía mixta como las empresas de servicios públicos están sujetas a un régimen de derecho privado. La razones de esta decisión legislativa tienen que ver con el tipo de actividades industriales y comerciales que llevan a cabo las sociedades de economía mixta, y con la situación de concurrencia y competencia económica en que se cumplen tales actividades, así como también con el régimen de concurrencia con los particulares en que los servicios públicos son prestados por las empresas de servicios públicos, circunstancias estas que implican que, por razones funcionales y técnicas, se adecue más al desarrollo de tales actividades la vinculación de sus trabajadores mediante un régimen de derecho privado.

Conforme a la anterior sentencia, las sociedades de economía mixta, pertenecen al poder ejecutivo, y son verdaderas entidades públicas descentralizadas por servicio, y a pesar de que frente al régimen de contratación se sometan al derecho privado, esto para equipararlas con las empresas del sector privado para que su naturaleza no conlleve desventajas competitivas con ellas, no quiere decir que en los demás aspectos no se les aplique las disposiciones para todas las demás entidades del Estado, como lo es, que están sometidas al estatuto orgánico del presupuesto, están sometidas al control fiscal, y que su contabilidad esté sometida a las reglas de contabilidad oficial entre otras.

Sobre cuales asuntos pueden estar sometidos a reserva

En sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, C.P. STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO, e fecha 20 de febrero de 2017, Radicación número: 11001031500020160194301, se dijo sobre los documentos sometidos a reserva lo siguiente;

Del acceso a la información y su reserva El artículo 74 de la Constitución Política consagra el derecho de acceso a la información en los siguientes términos: “Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley”. La Corte Constitucional ha determinado que el derecho de acceso a la información pública cumple tres funciones: primero, garantizar la participación democrática y el ejercicio de los derechos políticos; segundo, posibilitar el ejercicio de otros derechos constitucionales al permitir conocer las condiciones necesarias para su realización; y tercero, garantizar la transparencia de la gestión pública, al constituirse en un mecanismo de control ciudadano de la actividad estatal.

Las restricciones del acceso a la información están sometidas a algunas condiciones muy precisas y definidas por la ley, las cuales fueron definidas en la sentencia C-491 de 2007. En esa ocasión, la Corte Constitucional explicó que donde quiera que no exista reserva legal expresa debe imperar el derecho fundamental de acceso a la información, que la ley que restringe el derecho fundamental de acceso a la libertad de información debe ser precisa y clara al definir qué tipo de información puede ser objeto de reserva y que autoridades pueden establecer tal información, cualquier decisión destinada a mantener en reserva determinada información debe ser motivada y la interpretación de la norma debe ser restrictiva. Los límites al derecho de acceso a la libertad de información solo será constitucionalmente legítimo si se sujeta a los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

En este punto conviene precisar que cuando una autoridad administrativa se niegue a suministrar la información solicitada, deberá motivar de manera suficiente su decisión e indicar de manera precisa el marco normativo expreso en el que se sustenta la reserva para limitar el derecho fundamental de acceso a la información.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) consagra en su artículo 13 el derecho a la libertad de pensamiento y expresión, este comprende la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole. El ejercicio de este derecho no puede estar sujeto a previa censura sino a “responsabilidades ulteriores” que deben estar fijadas taxativamente en la ley. Este artículo ampara el derecho de las personas a recibir la información requerida y consagra la obligación del Estado de suministrarla o de brindar una respuesta negativa fundamentada únicamente en los casos que consagra la Convención tales como:

a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás.

b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

El Principio 4 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la Organización de Estados Americanos, establece que el acceso a la información en poder del Estado es un derecho fundamental de los individuos. Los Estados están obligados a garantizar el ejercicio de este derecho. Este principio sólo admite limitaciones excepcionales que deben estar establecidas previamente por la ley para el caso que exista un peligro real e inminente que amenace la seguridad nacional en sociedades democráticas.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil) 15, señaló que la protección que brinda el artículo 13 de la CADH no solo comprende el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. También ha dicho que al estipularse en el artículo 13 de la CADH los derechos a buscar y a recibir informaciones, "protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención". De esta manera ha precisado los siguientes estándares internacionales: (i) toda persona tiene el derecho a recibir la información solicitada y el Estado la obligación positiva de suministrarla, de tal manera que en caso de que haya limitaciones en el acceso se brinde una respuesta fundamentada para el caso concreto; (ii) no se requiere acreditar un interés directo o una afectación personal para que la información sea entregada, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción; (iii) la entrega de la información puede permitir que la misma circule en la sociedad de manera que pueda conocerla, acceder a ella y valorarla; (iv) el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión comprende la protección del derecho de acceso a la información bajo el control del Estado y (v) el acceso a la información contiene dos dimensiones: la individual y la social que deben ser garantizadas por el Estado de manera simultánea.

En el ámbito interno, artículo 24 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido por la Ley 1755 de 2015, determinó que solo tendrán carácter reservado las informaciones y documentos expresamente sometidos a reserva por la Constitución Política o la ley, y en especial:

- 1. Los relacionados con la defensa o seguridad nacionales.*
- 2. Las instrucciones en materia diplomática o sobre negociaciones reservadas.*
- 3. Los que involucren derechos a la privacidad e intimidad de las personas, incluidas en las hojas de vida, la historia laboral y los expedientes pensionales y demás registros de personal que obren en los archivos de las instituciones públicas o privadas, así como la historia clínica.*
- 4. Los relativos a las condiciones financieras de las operaciones de crédito público y tesorería que realice la nación, así como a los estudios técnicos de valoración de los activos de la nación. Estos documentos e informaciones estarán sometidos a reserva por un término de seis (6) meses contados a partir de la realización de la respectiva operación.*
- 5. Los datos referentes a la información financiera y comercial, en los términos de la Ley Estatutaria 1266 de 2008.*
- 6. Los protegidos por el secreto comercial o industrial, así como los planes estratégicos de las empresas públicas de servicios públicos.*
- 7. Los amparados por el secreto profesional.*
- 8. Los datos genéticos humanos.*

Parágrafo. Para efecto de la solicitud de información de carácter reservado, enunciada en los numerales 3, 5, 6 y 7 solo podrá ser solicitada por el titular de la información, por sus apoderados o por personas autorizadas con facultad expresa para acceder a esa información”.

El fundamento de la reserva consagrada en el numeral 6 de la referida norma alude a información vital para cualquier empresa o comerciante, cuya reserva representa protección de su actividad económica o industrial. Una reserva similar se prevé en el literal c) del artículo 18 de la Ley Estatutaria 1712 de 2014, que restringe el acceso a la denominada “información pública clasificada”, la cual puede ser negada mediante decisión motivada, cuando pudiere causar un daño a los secretos comerciales e industriales

Conforme a la anterior jurisprudencia, la regla general es que todos los documentos públicos solicitados por los peticionarios deben ser suministrados, salvo que exista una disposición constitucional o legal que establezca la excepción, caso en el cual la entidad debe informársela al petente.

El Artículo 61 del Código de Comercio señala:

Art. 61. Excepciones al derecho de reserva: Los libros y papeles del comerciante no podrán examinarse por personas distintas de sus propietarios o personas autorizadas para ello, sino para los fines indicados en la Constitución Nacional y mediante orden de autoridad competente.

Lo dispuesto en este artículo no restringirá el derecho de inspección que confiere la ley a los asociados sobre libros y papeles de las compañías comerciales, ni el que corresponda a quienes cumplan funciones de vigilancia o auditoría en las mismas.

Solución al Problema Jurídico

En el caso *sub judice*, observa la Sala que GENSA S.A.A EPS al exponer la razón legal para exonerarse a expedir copia de los documentos pedidos por el consorcio CASAVI, incurre en una irregularidad lógica, pues de una premisa verdadera, quiere darle una conclusión que no tiene conexidad con la premisa.

Primero debemos señalar, que conforme lo señalan los estatutos, GENSA S.A. ESP, y la jurisprudencia antes transcrita, es una empresa de servicios públicos mixta, de capital mayoritariamente oficial, sus aportes públicos en cabeza de la Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público, corresponden a un porcentaje del 93.19 % del capital social, esto hace que pertenezca al poder ejecutivo, en el sector descentralizado por servicios y que además conforme al parágrafo del artículo 104 del CPACA, se entienda como entidad pública, lo que implica que en lo único que se asimila a una sociedad anónima privada, es

que las actividades propias del desarrollo de su razón social están sometidas al derecho privado, pero en lo demás debe cumplir todas y cada una de las obligaciones y funciones de una entidad pública, una consecuencia de ello es que todas sus actividades son de interés general.

Ahora, si bien es cierto, por el hecho de ser una empresa de servicios públicos domiciliarios, se rigen por lo dispuesto en la Ley 142 de 1994, la que en su artículo 31 establece que el régimen contractual no está sometido a la Ley 80 de 1993 y sus modificatorias, sino por las normas de derecho privado, y por su puesto en lo tocante con el Código de Comercio; de esta premisa verdadera, no se puede deducir que los documentos que reposan en sus dependencias, estén sometidas a la reserva señalada en el artículo 61 del Código de Comercio.

Esto es, del hecho de que el régimen contractual no esté sometido a los contratos administrativos, y que por lo contrario sean de derecho privado, no conlleva que los documentos dejen de ser públicos, pues ello se desprende es de la naturaleza de entidad pública que tiene, y por lo tanto al poseer esta calidad los documentos que forman parte de la ejecución de un contrato, no alcanzan el calificativo de documentos de un comerciante común y corriente.

Tal y como se señala en la sentencia C- 736 de 2007, una de las características o consecuencias de que se trate de una empresa de servicios públicos domiciliarios, y por ello de pertenecer al poder ejecutivo, es que su contabilidad está sometida a las reglas de la contabilidad oficial, y el artículo 61 del C. de Comercio, hace referencia a la contabilidad propia de los comerciantes del sector privado, que es de diferente tratamiento de la contabilidad pública,

Y en todo caso, el artículo 61 del Código de Comercio hace referencia a la reserva de los libros de contabilidad y papeles del comerciante, que, examinados frente a los documentos solicitados en la petición, se observa que no se refiere a información de esos libros, ni de papeles del comerciante, sino documentación referente a una información sobre aspectos relativos al cumplimiento por parte de GENSA S.A ESP sobre el contrato No 076-2014 celebrado con el consorcio petente.

Así las cosas, los documentos que GENSA S.A. ESP niega en virtud de la reserva establecida en el artículo 61 del Código de Comercio, no está ajustada a derecho, por cuanto al ser una sociedad que forma parte del poder ejecutivo descentralizado por servicios, toda la

documentación que se relacione con la celebración, ejecución y desarrollo de un contrato es información pública, y como la contabilidad se somete es a las reglas propias de la contabilidad pública, no se aplica las disposiciones propias de los comerciantes cuyo régimen está sometido completamente al derecho privado y a las protecciones propias de derivadas de ejercer el comercio.

Más en el caso de GENSA S.A. E.S.P. que como se señala anteriormente, su capital está conformado en un 93.19% de recursos de la nación aportados por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en principio es claro que cualquier ciudadano puede acceder a cualquier documento que se relacione al desarrollo del objeto social de GENSA S.A. ESP, o al menos que no es el artículo 61 del Código de Comercio fuente normativa para amparar una reserva de ley.

Por último, se deja constancia que, estando el proyecto en discusión de sala, se recibió escrito del Consorcio CASAVI con el objeto de ampliar las razones para la insistencia, sin embargo, se informa que, conforme al procedimiento regulado por el CPACA, todas las razones para invocar la insistencia se debieron presentar a la entidad que niega la petición, razón por la cual esta Sala no se pronunciará al respecto.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

RESUELVE

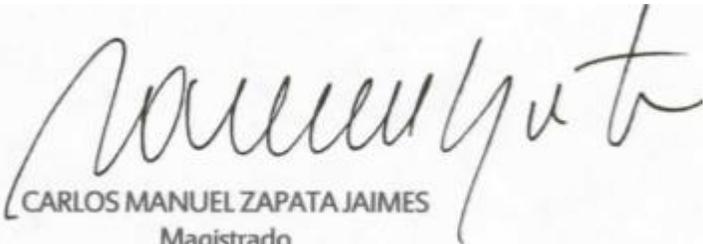
PRIMERO: ACCEDER AL RECURSO DE INSISTENCIA y en consecuencia ordenar a **GENSA S.A. ESP**, que proceda a entregar a el consorcio **CASAVI** los documentos que le fueron negados aduciendo la reserva del artículo 61 del Código de Comercio, dentro de los 5 días siguientes a la notificación de esta providencia.

SEGUNDO: Notifíquese a las partes a los siguientes correos electrónicos a **GENSA S.A. ESP** notificacionjudicial@gensa.gov.co y al consorcio **CASAVI** al correo abogadosarana@gmail.com

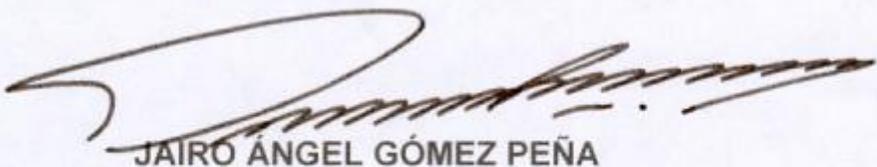
TERCERO: EJECUTORIADA esta providencia **ARCHÍVENSE** las diligencias previas las anotaciones respectivas en el sistema SIGLO XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

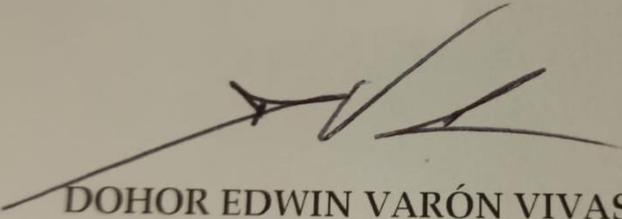
Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Virtual realizada el 11 de agosto de 2020 conforme Acta n° 038 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
Magistrado



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 102 del 12 de agosto de 2020. Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.
Manizales, _____



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



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

Manizales, once (11) de agosto de dos mil veinte (2020).

Procede la Sala Primera de Decisión a resolver solicitud de corrección presentado por la parte actora, de la sentencia proferida por esta Corporación en segunda instancia en fecha 18 de junio de 2020, dentro del proceso de **REPARACIÓN DIRECTA** promovido por la señora **GLORIA INÉS QUINTERO OSORIO** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**,

La petición la sustentó en el artículo 286 del CGP, y en el hecho que en la página 16 de la providencia y en la parte resolutive del fallo se hace alusión a la demandante como Gloria Inés Osorio Quintero, cuando su nombre correcto es Gloria Inés Quintero Osorio.

CONSIDERACIONES:

El artículo 286 del Código General del Proceso, norma aplicable por remisión del artículo 306 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, establece frente a la corrección de las providencias lo siguiente:

Toda providencia en que se haya incurrido en error puramente aritmético puede ser corregida por el juez que la dictó en cualquier tiempo, de oficio o a solicitud de parte, mediante auto.

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

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

Como la corrección de una providencia puede ser solicitada en cualquier tiempo, es procedente emitir pronunciamiento sobre la petición presentada por el apoderado de la parte demandante.

Revisada la sentencia visible de folio 19 a 35 del C.6, se encuentra que efectivamente en el párrafo 3º de la página 16 (folio 26 vuelto), y en parte resolutive, ordinales primero y segundo se consignó, por un error involuntario, que el nombre de la demandante era Gloria Inés Osorio Quintero, cuando en realidad es Gloria Inés Quintero Osorio, es decir, se intercambiaron los apellidos de la actora.

De acuerdo a lo anterior, y a lo planteado por el apoderado de la parte accionante, confrontado con la norma transcrita, se puede inferir que en el *sub lite* existe un cambio de palabras entre la parte motiva y resolutive en la sentencia proferida el día 18 de junio de 2020, en relación con el nombre de la demandante, el cual amerita ser corregido.

Por lo anteriormente expuesto, **LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS,**

RESUELVE:

PRIMERO: CORREGIR la parte motiva de la sentencia proferida por esta Corporación el día 18 de junio de 2020, en el sentido que el nombre correcto de la demandante es Gloria Inés Quintero Osorio.

SEGUNDO: CORREGIR los ordinales primero y segundo del fallo del 18 de junio de 2020 los cuales quedarán así:

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia del 23 de octubre de 2018 proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales dentro del proceso que por el medio de control de **REPARACIÓN DIRECTA** instauró **GLORIA INÉS QUINTERO OSORIO** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, de acuerdo a las consideraciones que anteceden, en el sentido de fijar como indemnización por perjuicios morales a favor de la parte actora en la cuantía de 30 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo o demás la sentencia del 23 de octubre de 2018 proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales dentro del proceso que por el medio de control de **REPARACIÓN DIRECTA** instauró **GLORIA INÉS QUINTERO OSORIO** contra **LA**

**ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES.**

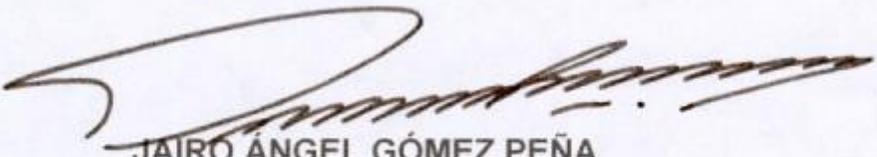
TERCERO: NOTIFÍQUESE el presente proveído.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

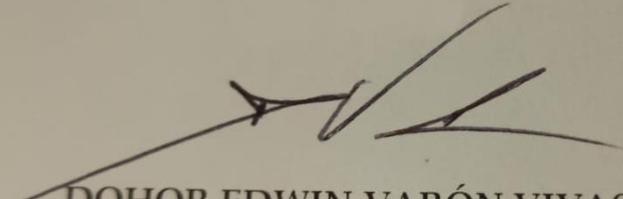
Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Virtual realizada el 6 de agosto conforme acta nº 037 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
Magistrado



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 102 del 12 de agosto de 2020. Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.

Manizales, _____

A handwritten signature in green ink, consisting of several vertical strokes of varying heights and a horizontal base line, with a long vertical stroke extending downwards from the center.

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, seis (6) de agosto de dos mil veinte (2020)

PROCESO No.	17001-33-33-004-2018-00536-02
CLASE	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	AMELIA ARIAS TORRES
ACCIONADO	NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO¹, DEPARTAMENTO DE CALDAS

Procede la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas a dictar sentencia de segunda instancia, dentro del proceso que por el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promueve la señora **AMELIA ARIAS TORRES** contra el **DEPARTAMENTO DE CALDAS** y la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**

PRETENSIONES

La actora solicita se declare la nulidad absoluta de la Resolución 8850-6 del 16/11/2017 expedida por el Departamento de Caldas, la cual denegó la aplicación del numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989 respecto del porcentaje que se debe aportar para el servicio de salud sobre la mesada pensional y se negó el reconocimiento y pago del reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme lo establece la Ley 71 de 1988.,

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicita se de aplicación del numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989 y se reconozca el reajuste y pago del retroactivo de las mesadas pensionales en los términos establecidos en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988.

Las sumas reconocidas deberán ser indexadas.

Se condene a la parte demandada al pago de intereses señalados en el artículo 192 del CPACA.

¹ De ahora en adelante FNPSM

Se condene a la entidad demandada al pago de costas y agencias en derecho.

Subsidiarias

En caso de que se establezca que se debe cancelar el 12% destinado a salud, se señale que el mismo solo procede respecto de las mesadas pensionales sin que sea aplicable sobre las mesadas pensionales adicionales de junio y diciembre, ordenado en consecuencia la devolución de los dineros descontados por dicho concepto de manera indexada.

HECHOS

Señala la parte actora que se vinculó a la docencia oficial con anterioridad al 27 de junio de 2003, y que al cumplir los requisitos de tiempo y edad le fue reconocida la pensión de jubilación mediante Resolución n° 4209 del 8 de agosto de 2012 por parte del FNPSM.

El FNPS a través de la fiduprevisora ha venido efectuando descuentos sobre la mesada pensional destinado al servicio de salud en un porcentaje del 12% y no del 5% como corresponde.

Mediante Petición radicada bajo el n° SAC 2017PQR16765 del 30/10/2017 se solicitó ante el FNPSM el cese del descuento en un porcentaje del 12% con la devolución de los dineros descontados, y que se siguiera aplicando solo un descuento correspondiente del 5% sobre las mesadas pensionales.

Mediante Resolución n° 8850-6 del 16/11/2017 se negó los reajustes de los descuentos pensionales destinados al servicio de salud y la aplicación del artículo 1 de la Ley 71 de 1988.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

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

Como concepto de violación con apoyo en las normas vulneradas y pronunciamientos jurisprudenciales del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, precisó que es

indebido el cobro de las mesadas adicionales a los docentes pensionados y por tanto, se les debe inaplicar las normas que se consideran vulneradas.

Continuo el acápite analizando el régimen jurídico que reguló los ajustes en las mesadas pensionales, teniendo en cuenta el incremento del salario mínimo legal mensual vigente, establecido en la Ley 71 de 1989 y posteriormente en las Leyes 91 de 1989 y 100 de 1993; teniendo en cuenta las excepciones previstas en el artículo 279 de ésta última disposición.

Expuso que la Nación Ministerio de Educación - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, reajustó las pensiones de jubilación a partir del año 1995, conforme al artículo 14 de la Ley 100 de 1993; y que para los años 1996, 1998, 2000 y siguientes hasta el año 2018 los reajustes anuales de las pensiones de jubilación se realizaron por debajo del aumento del salario mínimo legal mensual vigente, teniendo en cuenta la excepción prevista en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, que excluye su aplicación a los afiliados de dicho fondo.

Aludió a los presupuestos normativos contenidos en el artículo 58 de la Constitución Política y pronunciamientos jurisprudenciales del Honorable Consejo de Estado y la Corte Constitucional, respecto al alcance de los derechos adquiridos y los supuestos sustanciales que la caracteriza.

Y finalmente indicó que se vulneró el principio de favorabilidad, al omitir el estudio de la normatividad prevista en las Leyes 71 de 1989 y 238 de 1995, al no ajustar las mesadas pensionales al ajuste del salario mínimo legal.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

DEPARTAMENTO DE CALDAS: se opuso a la totalidad de las pretensiones y en cuanto a los hechos adujo como ciertos los concernientes al reconocimiento pensonal y a los descuentos efectuados por concepto de salud.

Como medios exceptivos propuso los que denominó:

FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA: con apoyo en la Ley 91 de 1989; Decreto 2831 de 2005, Ley 715 de 2001; expuso que las Secretarías de Educación solo realizan trámites y procedimientos para el reconocimiento y pago de prestaciones sociales

de los docentes, por tanto, no le asiste al Departamento de Caldas, responsabilidad en cuanto a los hechos y pretensiones de la demanda.

BUENA FE: afirmó en caso de presentarse los presupuestos para declarar la obligación a cargo de la entidad territorial, existen eximentes de responsabilidad en los pagos de prestaciones sociales, toda vez que ha obrado con correcto diligenciamiento y cumplimiento de los respectivos actos administrativos.

PRESCRIPCIÓN: Solicitó se de aplicación a lo dispuesto en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 y el Decreto 3135 de 1968.

MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO DE PRESTACIONES DE SOCIALES DEL MAGISTERIO: se opuso a la totalidad de las pretensiones y en cuanto a los hechos manifestó no constarle ninguno de ellos.

Manifestó como fundamento de defensa la ausencia de responsabilidad del MINISTERIO DE EDUCACION - FONDO DE PRESTACIONES DE SOCIALES DEL MAGISTERIO en razón a la inexistencia de un vínculo contractual con el demandante que justifique el pago de los derechos prestacionales pretendidos.

Propuso los siguientes medios previos: caducidad

Propuso los siguientes medios exceptivos: inexistencia de la obligación cobro de lo no debido y prescripción.

SENTENCIA RECURRIDA

El Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito mediante sentencia del 9 de octubre de 2019 negó las pretensiones de la actora.

Una vez expuestos los fundamentos fácticos y jurídicos de la demanda y la contestación, determinó como problema jurídico, ¿Tiene derecho la parte demandante que se le reconozca y aplique el incremento del salario mínimo legal mensual vigente como fórmula de reajuste anual de su mesada pensional, conforme lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, quedando exceptuado del incremento previsto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, en virtud de lo preceptuado en el artículo 279 de la mencionada ley?

¿Tiene derecho la parte demandante que se le aplique la cuantía de los aportes en salud establecida en el numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989; es decir, que solo se le aplique el 5% a cada mesada pensional incluyendo las adicionales y se reintegre las sumas de dinero superiores que hayan sido descontadas para el sistema de salud?

Respecto del reajuste pensional del artículo 1 de la Ley 71 de 1988 sostiene, luego de hacer un recuento normativo y jurisprudencial, que dicho artículo estuvo vigente hasta que comenzó a regir el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, disposición que por demás es aplicable a todas las pensiones reconocidas en el país en los sectores público y privado. No se puede entender que el sistema de reajuste constituye para el pensionado un derecho adquirido, toda vez que si bien éste tiene derecho constitucional a que esa prestación sea incrementada, esta prerrogativa es de naturaleza genérica y abstracta, por cuanto se encuentra sometida a las reglamentaciones y modificaciones que el Estado encuentre pertinentes y necesarias para cumplir con el mandato de la Carta Magna.

Ahora respecto del descuento a salud esgrime conforme a la jurisprudencia vigente la remisión normativa que hace el régimen prestacional docente a la Ley 100 de 1993, se concreta al valor de la tasa de cotización que los docentes afiliados al FNPSM deben hacer por concepto de salud, incluyendo dichos descuentos en las mesadas adicionales de junio y diciembre.

APELACIÓN

Inconforme con la decisión el apoderado de la parte demandante esgrimió como argumentos de la apelación:

RESPECTO AL INCREMENTO ANUAL DE LA PENSIÓN CONFORME AL SALARIO MÍNIMO MENSUAL LEGAL VIGENTE: critica la indebida aplicación del precedente jurisprudencial de la sentencia proferida por el Consejo de Estado del año 2015, cuya causa petendi es el incremento pensional conforme al salario mínimo dentro del régimen del servidor público.

Expuso, que la sentencia carece de los presupuestos procesales previstos en los artículos 162, 187 de la Ley 1437 de 2011, como quiera que "... el objeto real del litigio *fue determinar la fórmula aplicable para el incremento del debate corresponde al incremento de la pensión de jubilación de los docentes dentro del régimen exceptuado del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 1º de la Ley 238 de 1995... sino determinar la fórmula de incremento más favorable dentro del régimen exceptuado conforme a la posibilidad otorgadas por el artículo 1º de la Ley 238 de 1995*'.

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

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

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

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

RESPECTO A LOS APORTES EN SALUD: expreso referente a los aportes en salud, con apoyo en las sentencias T-348 de 1997; C-956 de 2001; C-980 de 2002, que los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio antes del 27 de junio de 2003, el descuento de la cotización del 5% para salud se hace sobre la mesada pensional, incluidas las mesadas adicionales.

Finalmente solicitó revocar la sentencia proferida, y su lugar acceder a las pretensiones de la demanda.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante: se ratificó en los argumentos expuestos en la demanda y en el recurso de apelación.

Parte actora: guardó silencio

Ministerio Público: luego de hacer un resumen de la demanda, su contestación, el fallo de primera instancia y el recurso de apelación manifiesta que el aumento anual que se debe aplicar a los pensionados del FNPSM es el establecido en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, toda vez que el artículo 1 de la Ley 71 de 1988 no se encuentra vigente.

De otro lado respecto del descuento destinado a salud señala que se les debe aplicar el consagrado en la Ley 100 de 1993 por ser esta la normativa aplicable sin que ello implique un desconocimiento del régimen especial de los docentes.

Es por lo anterior que solicita se confirme el fallo de primera instancia.

CONSIDERACIONES

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

Problema jurídico

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

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

Lo probado

Se encuentra probado dentro del expediente:

➤ Mediante la Resolución nº 4209 del 8 de agosto de 2012 se reconoció la pensión de jubilación, por parte del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a favor de AMELIA ARIAS TORRES, en cuantía de \$2.217.221.00., efectiva a partir del 2011/11/26 (fol. 41-42, C.1)

- Por medio de petición radicada bajo el número SAC 2017PQR16765 del 30/10/17, elevada ante la Nación – Ministerio de Educación Nacional –Fondo de Prestación Social del Magisterio; solicitó se reajuste la pensión de jubilación, tomando como base el porcentaje del incremento del salario mínimo legal mensual vigente del año inmediatamente anterior, cuando sea superior al IPC. De igual forma se solicitó se diera aplicación al porcentaje del 5% para los descuentos a salud (fol. 34 a 39, ibídem).
- Mediante la Resolución nº 8850-6 del 16 de noviembre de 2017, se niega la devolución de aportes en salud y el reajuste periódico de la pensión de jubilación con base en el incremento del salario mínimo mensual legal vigente a la docente AMELIA ARIAS TORRES, fol, 43-44, ibídem).

PRIMER PROBLEMA JURÍDICO

Fundamento jurídico

Régimen general de seguridad social

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

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

El Sistema de Seguridad Social Integral, previsto en la Ley 100 de 1993², tuvo como objeto garantizar los derechos de las personas y comunidad, en aras de mejorar la calidad de vida, y la dignidad humana, a través de las instituciones públicas y privadas prestadora de los servicios, como un servicio esencial bajo los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación.

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

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

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

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

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

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

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

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

“Reajuste pensional. Las pensiones de jubilación, invalidez, vejez, incapacidad permanente parcial, compartidas y de sobrevivientes, de los sectores público, privado y del Instituto de Seguros Sociales, se

³ Ley 4 de 1989, “Por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones.”

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=1165>

⁴ Ley 71 de 1988 por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=307>

reajustarán de oficio y en forma simultánea con el salario mínimo legal, en el mismo porcentaje en que éste sea incrementado por el Gobierno Nacional”.

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

Luego, el artículo 1 de la Ley 71 de 1988⁵ precisó que las pensiones referidas en el artículo 1 de la Ley 4 de 1976, la de incapacidad permanente parcial y las compartidas, serían reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que sea incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.

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

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

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

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

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

O sea, que al derogarse el parágrafo 7 de la Ley 71 de 1988, se derogó la norma que disponía un régimen de reconocimiento pensional para las personas que tengan diez (10) años o más de afiliación en una o varias de las entidades y cincuenta (50) años o más de

⁵ Ley 71 de 1988 *por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones*, <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=307>

edad si es varón o cuarenta y cinco (45) años o más si es mujer, continuarían aplicándose las normas de los regímenes actuales vigentes.

Además, este párrafo de la Ley 71 de 1988 fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional Sentencia C-012 de 1994.

La Ley 100 de 1993 en su artículo 279 contempló los regímenes exceptuados a dicho régimen quedando contemplado, entre otros el personal docente vinculado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, y señaló que estas excepciones no implican negación de los beneficios y derechos determinados en el artículos 14 de la Ley 100 de 1993, el cual consagra el reajuste anual de las pensiones en el IPC:

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

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

[...]

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

Concerniente al reajuste de las pensiones el Régimen General de Pensiones previsto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, precisó:

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

Dicha normativa fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-387 de 1994⁶, donde señaló:

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

[...]

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

[...]

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

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

<i>“Año</i>	<i>Inflación</i>	<i>Salario mínimo</i>
<i>1983</i>	<i>16.64</i>	<i>22%</i>
<i>1984</i>	<i>18.28</i>	<i>22%</i>
<i>1985</i>	<i>22.45</i>	<i>20%</i>

⁶ Corte Constitucional sentencia C- 387 de 1994; MP. Dr. Carlos Gaviria Díaz, 1 de septiembre de 1994; REF.: expediente No. D-529. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/c-387-94.htm>

1986	20.95	24%
1987	24.02	22%
1988	28.12	25%
1989	26.12	27%
1990	32.36	26%
1991	26.82	26.07%
1992	25.13	26.04%
1993	22.6	21.09%"

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

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

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

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

De otro lado, la Ley 238 de 1995⁷, dispuso la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 a los regímenes exceptuados previstos en dicha disposición; al respecto señaló:

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

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

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

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

Bajo el tema en cuestión referente al reajuste de las mesadas en aplicación de la Ley 100 de 1993, la Sección Segunda el Honorable Consejo de Estado⁸, en providencia del 17 de agosto del 2017, en pronunciamiento dentro de la acción pública de nulidad en contra del artículo 40 del Decreto 692 de 1994; expuso que el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 derogó el dispuesto por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988:

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

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

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

cotización para salud, a favor de los pensionados con anterioridad al 1° de enero de 1994.[...]

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

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

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

En consideración al postulado jurisprudencial precitado se extrae, que si bien, quienes se pensionaron con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se rigen por el régimen anterior al del sistema de seguridad social integral, esto no quiere decir, que en cuento al incremento de la mesada pensional deba realizarse conforme lo contempla la Ley 71 de 1988, ajustado al salario mínimo, toda vez que, con la entrada en vigencia del régimen general de pensiones, dicha norma quedó derogada por ésta última, que dispuso que los ajustes de las mesadas pensionales fueran incrementadas conforme a la variación del índice de precios al consumidor.

Referente a los motivos que alega el libelista, de aplicar artículo 1 de la Ley 71 de 1989, en armonía con el principio de favorabilidad, al ajuste de la mesada pensional, es pertinente traer a colación los pronunciamientos jurisprudenciales expuestos por la Máxima Corporación Constitucional en sentencia C-435 de 2017, bajo la acción pública de constitucionalidad se demanda la nulidad parcial del artículo 14 de la Ley 100 de 1993; concerniente al reajuste de pensiones, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, así:

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

[...]

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

[...]

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

Lo anterior pues, como también se ha explicado en la jurisprudencia constitucional, sin perjuicio de que toda pensión

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

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

[...]

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

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

En ese orden de ideas, considera la Sala que no se encuentra demostrado la vulneración de los derechos invocados en la parte actora, dado que conforme a los presupuestos normativos y jurisprudenciales antes citados, se deduce que no le asiste razón al accionante al indicar que el reajuste de las mesadas pensionales se deben realizar

conforme al artículo 1 de la Ley 71 de 1989, esto es, conforme al salario mínimo, y no conforme a lo establecido en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

Lo anterior teniendo, en cuenta que la Ley 100 de 1993, reajustó las mesadas de los Regímenes del Sistema General de Pensiones, y en aras de mantener su poder adquisitivo, ordenó el ajuste según la variación porcentual del índice de precios al consumidor; además con la expedición de dicha norma, se entendió derogada la Ley 71 de 1989.

SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO

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

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

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

APLICACIÓN DEL RÉGIMEN EN SALUD PARA LOS AFILIADOS AL SECTOR PÚBLICO Y AL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y AL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD.

La Ley 4 de 1966⁹, determinó para los afiliados a los Caja Nacional de Previsión Social, el deber de cotizar el porcentaje del 5%, a favor de la entidad de previsión, sobre la mesada pensional.

⁹ <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjurMantenimiento/normas/Norma1.jsp?i=1573>

Lo anterior es reiterado por el Decretos 3135 de 1968¹⁰, en cuyo artículo 37, se dispone: "*Prestaciones para pensionados. A los pensionados por invalidez, jubilación y retiro por vejez se les prestará por la entidad que les pague la pensión, asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria. **Para este efecto el pensionado cotizará mensualmente un cinco por ciento (5%) de su pensión**".*

Posteriormente la Ley 91 de 1989¹¹, por el cual se creó el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en su artículo 8 numeral 2, señaló como objetivos de dicho fondo, garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales, y fue constituido entre otros: "*...El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo **incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.***"

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

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

(Ver art. 6 Ley 60 de 1993)

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

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

Por su parte, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003¹², estableció que el régimen prestacional de los docentes nacionales y nacionalizados vinculados antes de la vigencia de esta ley, es el señalado en las normas establecidas con anterioridad a la misma, y que los vinculados a partir de la entrada en vigencia de la citada norma afiliados al Fondo de Prestaciones

¹⁰ "por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales"

¹¹ https://www.mineducacion.gov.co/1621/articles-85852_archivo_pdf.pdf

¹² http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0812_2003.html#1

Sociales del Magisterio tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres, norma declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-369-04.

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

Posteriormente, el primer párrafo transitorio del Acto Legislativo 01 de 2005, dispuso que: *"El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de ésta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003."*

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

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

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

*"**Artículo 204. Monto y distribución de las cotizaciones.** La cotización al Régimen Contributivo de Salud será, a partir del primero (1º) de enero del año 2007, **del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo.** La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. **Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado.** Las cotizaciones que hoy tienen para salud los regímenes especiales y de excepción se incrementarán*

en cero punto cinco por ciento (0,5%), a cargo del empleador, que será destinado a la subcuenta de solidaridad para completar el uno punto cinco a los que hace referencia el presente artículo. El cero punto cinco por ciento (0,5%) adicional reemplaza en parte el incremento del punto en pensiones aprobado en la Ley 797 de 2003, el cual sólo será incrementado por el Gobierno Nacional en cero punto cinco por ciento (0,5%).

Finalmente, por virtud de la Ley 1250 de 2008¹², por medio del artículo 1 adicionó el 204 de la Ley 100 de 1993, en el sentido de que la cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional.

De las normas señaladas se evidencia que, el objetivo del legislador se encaminó a ordenar que se hagan aportes para salud, tanto en los regímenes especiales como del Sistema General de Seguridad Social, incluidos los pensionados, afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

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

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

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

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

“(…) frente al deber que tienen los pensionados de cotizar en materia de salud, la Corte ha estimado que (i) es un desarrollo natural de los preceptos constitucionales que la ley ordene brindar asistencia médica a los pensionados y que prevea que éstos paguen una

cotización para tal efecto, ya que la seguridad social no es gratuita sino que se financia, en parte, con los mismos aportes de los beneficiarios, de conformidad con los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad; y (ii) no viola la constitución que el legislador establezca que los pensionados deben cotizar en mataría de salud.”

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

Respecto al monto de las cotizaciones que deben realizar los docentes pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por concepto de salud, respecto al porcentaje del Régimen General de Pensiones, la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado, en sentencia del 10 de mayo de 2018¹³, precisó:

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

[...]

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

[...]

¹³ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION SEGUNDA - SUBSECCIÓN B- Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS- Bogotá, D.C., diez (10) de mayo de dos mil dieciocho (2018) -Radicación número: 68001-23-31-000-2010-00624-01(0340-14)

6.2. Afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterios

<i>Ley 91 de 1989 artículo 8-5</i>	5%
<i>Ley 812 de 2003, 14, artículo 81</i>	<i>El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.</i>

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

(...)

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

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-529 de 23 de junio de 2010

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

"Artículo 14. Régimen de excepción. Para efecto de evitar el pago doble de cobertura y la desviación de recursos, las personas que se encuentren excepcionadas por ley para pertenecer al Sistema General de Seguridad Social en Salud, de conformidad con lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, no podrán utilizar simultáneamente los servicios del Régimen de Excepción y del Sistema General de Seguridad Social en Salud como cotizantes o beneficiarios.

Cuando la persona afiliada como cotizante a un régimen de excepción tenga una relación laboral o ingresos adicionales sobre los cuales esté obligado a cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud, su empleador o administrador de pensiones deberá efectuar la respectiva cotización al FOSYGA en los formularios que para tal efecto defina el Ministerio de Salud. Los servicios asistenciales serán prestados, exclusivamente a través del régimen de excepción; las prestaciones económicas a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, serán cubiertas por el FOSYGA en proporción al Ingreso Base de cotización sobre el cual se realizaron los respectivos aportes. Para tal efecto el empleador hará los trámites respectivos..."

De conformidad con el anterior artículo es completamente válido -y legal que quien se encuentra percibiendo una pensión de vejez, y a su vez recibe pensión gracia, cotice sobre las dos pensiones en materia de salud. Una cotización será girada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y la otra al FOSYGA, recursos con los cuales se financia el Sistema de Seguridad Social en Salud.

23. Como se puede observar ni el artículo 52 del Decreto 806 de 1998, ni en el artículo 14 de Decreto 1703 de 2002, excluyeron de la obligación de cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud a los beneficiarios de la pensión gracia, por lo tanto, los mismos se encuentran obligados a efectuar aportes con destino al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en los términos señalados en la ley y en las normas reglamentarias aplicables.

24. Sobre el monto del aporte a salud con anterioridad a la Ley 100 de 1993, los pensionados del sector oficial, incluyendo los beneficiarios de la pensión gracia, cotizaban sobre el 5% de su mesada pensional, con fin que se les prestaran los servicios médico asistenciales; porcentaje diferenciado respecto al establecido para los pensionados del sector privado afiliados al Instituto de Seguros Sociales.

Con la expedición de la Ley 100 de 1993, artículo 143, se estableció de manera general que la tasa de cotización para financiar el Sistema General de Seguridad Social en Salud sería hasta del 12 %, motivo por el cual, con el fin de no afectar los ingresos efectivos de los pensionados, y mantener el poder adquisitivo de sus mesadas, se consagró un incremento en el monto de las pensiones equivalente a la diferencia entre el valor de la cotización establecida en la Ley 100 de 1993 (12%), y el valor del aporte que se le venía efectuando al beneficiario de la pensión gracia (5%).

De esta manera, por virtud de la misma disposición, a los beneficiarios de la denominada pensión gracia también se les incrementó correlativamente el valor de su mesada en el monto del incremento de su aporte a salud, con el fin de no afectar los ingresos reales que venían percibiendo.

*25. En conclusión, no existe disposición que excluya a los regímenes de excepción del deber de cotizar al Sistema General de Seguridad Social, por el contrario se encuentra demostrado, que a través del tiempo los beneficiarios de la pensión gracia han estado obligados a efectuar los aportes correspondientes al sistema de salud para la prestación de los servicios médico asistenciales, situación que no varió con la expedición de la Ley 100 de 1993. **El pago de las cotizaciones en salud es obligatorio**, independientemente de que se preste o no el servicio de salud, en acatamiento del principio de solidaridad que rige el sistema de Seguridad Social en Colombia, conforme lo establece el artículo 48 de la Constitución, definido en el literal c) del artículo 2 de la Ley 100 de 1993,*

...

*26. De lo expuesto se puede concluir que **todo pensionado debe contribuir a la sostenibilidad** y eficiencia del sistema General de Salud, no sólo para recibir los distintos beneficios, **sino para financiar el sistema en su conjunto, colaborando con sus aportes** a la prestación de la asistencia médica de todas las personas que pertenecen al régimen subsidiado, en desarrollo del principio de solidaridad consagrado en la Constitución. ..."-sft-*

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

DESCUENTO DE SALUD SOBRE LAS MESADAS ADICIONALES.

El Sistema General de Seguridad Social en Salud no establece descuento alguno sobre las mesadas adicionales, sin embargo, la Ley 91 de 1989 que parte del régimen especial de los docentes afiliados al FNPSM, sí lo permite de manera expresa en el numeral 5º del artículo 8º; luego entonces, aun cuando la Ley 812 de 2003 extendió el régimen de cotización en

materia de salud a los pensionados afiliados al FNPSM, ello, sólo conllevó a que se incrementara el porcentaje de cotización de los docentes, del 5% al 12%, más no tiene virtualidad de derogar expresa ni tácitamente lo previsto en el régimen especial en punto de la posibilidad de hacer los descuentos de salud sobre las mesadas adicionales.

De igual manera, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en providencia de tutela del 14 de septiembre de 2017¹⁵, denegó la solicitud sobre la devolución de aportes de salud sobre las mesadas adicionales de los pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, basado en los siguientes argumentos:

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

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

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

En suma, concluye esta Sala de decisión que en la providencia cuestionada no se evidencia ninguna causal de procedencia de la acción de tutela, pues como se demostró, no fue producto de un actuar caprichoso del Colegiado demandado, sino de la conjunción en la apreciación de las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica y la interpretación legal de las normas aplicables al caso concreto.”

En ese orden de ideas, considera la Sala que los descuentos por concepto de salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre fueron previstas en la Ley 91 de 1989, para los afiliados del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y, a pesar de no

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION SEGUNDA - SUBSECCIÓN A- Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ- Bogotá, D.C., catorce (14) de septiembre de dos mil diecisiete (2017) -Radicación número: 11001-03-15-000-2017-01998-00(AC). <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2108186>

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

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

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

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

COSTAS EN ESTA INSTANCIA.

En segunda instancia pese a que se confirma la sentencia recurrida no se condenará en costas toda vez que parte demandada no ejerció actuación alguna en la segunda instancia. Por lo discurrido, **LA SALA PRIMERA DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

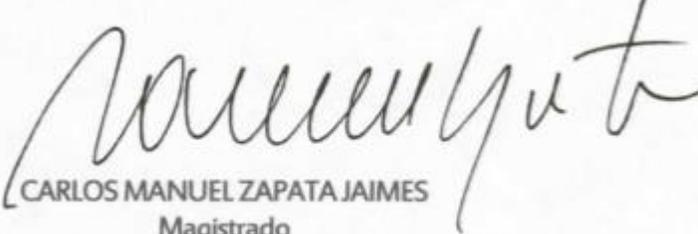
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia dictada por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales el 9 de octubre de 2019, en el proceso que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuso **AMELIA ARIAS TORRES** contra la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, DEPARTAMENTO DE CALDAS.**

SEGUNDO: SIN CONDENAS EN COSTAS conforme a los argumentos expuestos.

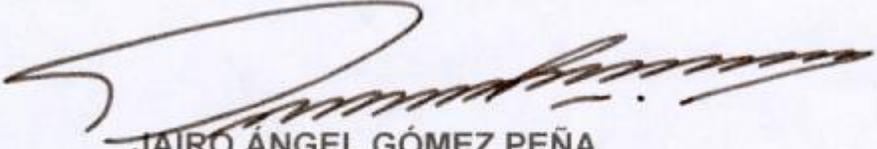
TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

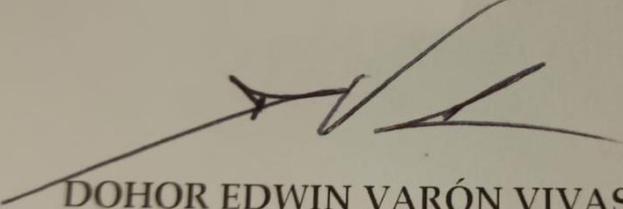
Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Virtual celebrada el 6 de agosto de 2020, conforme Acta n°. 037 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
Magistrado

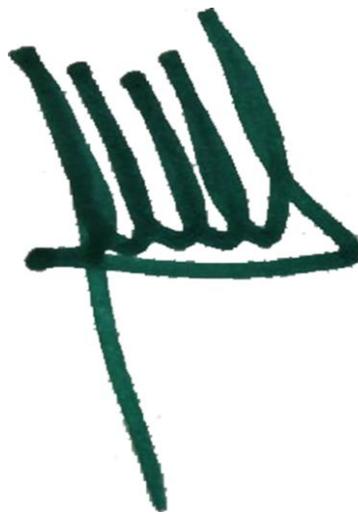


DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 102 del 12 de agosto de 2020. Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.

Manizales, _____

A handwritten signature in green ink, consisting of several vertical strokes of varying heights and a horizontal base line, with a long vertical stroke extending downwards from the left side.

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL
Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación: 17-001-23-33-000-2015-00299-00
Demandante: JAIME GUTIÉRREZ ÁNGEL
Demandado: Procuraduría General de la Nación

-Salvamento de Voto-
Despacho del Magistrado Augusto Ramón Chávez Marín

Manizales, diez de agosto (10) de agosto de dos mil veinte (2020)

Con el respeto acostumbrado por la opinión de mis compañeros de Sala, me permito sustentar en la oportunidad correspondiente, mi disenso frente a la decisión mayoritaria adoptada para expedir la sentencia en el proceso de la referencia, en la cual se accedió parcialmente a las pretensiones del actor, lo cual hago con las siguientes razones expuestas ampliamente en las salas de discusión y que me permito sintetizar así:

- 1.- Considero que no se violaron por la parte demandada las reglas y principios previstos en la Ley 734 de 2002 invocados en la ponencia aprobada, al no adelantar en un solo proceso la investigación disciplinaria del demandante y de los otros servidores eventualmente involucrados en las irregularidades ocurridas en los procesos contractuales por las que fue sancionado el actor.
- 2.- Se recuerda que en este caso el 11 de diciembre de 2008 se dispuso la apertura de la investigación disciplinaria contra el demandante y en

la providencia del 10 de marzo de 2012 se le formularon cargos por ciertas irregularidades contractuales, pero además se compulsaron copias para investigar a otros servidores públicos que habrían podido incurrir también en faltas disciplinarias respecto de los hechos objeto de tales actividades. Finalmente el demandante fue sancionado y tal decisión confirmada en segunda instancia, mientras que a los demás les prescribió la acción disciplinaria.

3.- Invocando el art. 81 del CDU relativo a la competencia por razón de la conexidad, el argumento del actor implica –y ello se prohíja en la sentencia- que su proceso disciplinario debió someterse a una de las siguientes determinaciones: i) esperar hasta tanto se formularan cargos a los demás disciplinados; ii) retrotraerse a la iniciación de los procesos disciplinarios de los demás investigados, o bien, iii) vincular a los nuevos disciplinados al estado actual del proceso del demandante.

Estimar que la exigencia del primer evento es procedente implica que en los procesos disciplinarios no es posible expedir copias a fin de adelantar otras investigaciones, como ocurre en los muchos casos en los que se tienen hallazgos disciplinarios en el curso de otro proceso de esa índole cuando se trata de servidores que han participado en unas actividades que los involucran. Impedir esa remisión a otra o nueva investigación implica paralizar la gestión disciplinaria. Lo propio ocurre en el segundo evento, pues se presenta en ocasiones que es en el curso de un proceso en el que se tiene noticia sobre otros implicados y se cuestiona su comportamiento. El tercer evento mencionado implicaría a todas luces la violación de los derechos de los nuevos investigados.

Al respecto estimo que el entendimiento y alcance o consecuencias de la previsión del art. 81 del CDU invocada en el proceso, según la cual *“Cuando varios servidores públicos de la misma entidad participen en la comisión de una falta o de varias que sean conexas, se investigarán y decidirán en el mismo proceso, por quien tenga la competencia para juzgar al de mayor*

jerarquía”, tiene precisamente por objeto asignar la competencia en tal sentido, para que los varios disciplinados que eventualmente se investiguen lo sean por el que tiene la atribución de hacerlo frente al de mayor grado. Pero esta norma no prevé que si los servidores de inferior jerarquía no fueron investigados en el mismo proceso se viole el derecho de aquel que sí fue investigado por un funcionario competente para procesarlo, como ocurrió en este caso. La norma sanciona una incompetencia o, en sentido positivo, la asigna, previendo quien tiene la atribución de investigar si se presentase el evento de varios disciplinados.

4.- Lo anterior debe entenderse en armonía con el art. **143 del mismo código disciplinario que erige como causal de nulidad en “La falta de competencia del funcionario para proferir el fallo”**. Evidentemente en este caso tal nulidad no se tipificó.

Tampoco se configuró la alegada violación del debido proceso. Es inaceptable considerar que ello ocurrió porque el disciplinado y demandante no gozó supuestamente del derecho de aportar y controvertir las pruebas aportadas a su vez por los demás disciplinados en el proceso que fuera adelantado contra ellos, pues no se aseveró en este asunto judicial ni fue acreditado que se le hubiera negado la libertad probatoria, el derecho, pues, de aportar y controvertir pruebas en el proceso disciplinario y, más aún, la sala no avanza en ese examen sustancial que permitiera haber alcanzado una conclusión semejante.

Igualmente se excluye el argumento de violación al derecho a la igualdad basado en el hecho de haber sido sancionado disciplinariamente mientras que a los demás servidores les prescribió la acción disciplinaria. La responsabilidad disciplinaria es individual y así fue “juzgada” en este caso. Y cada cual tiene derecho al debido proceso y las prerrogativas de defensa que implica.

Un problema diferente es que desde la perspectiva de la eficiencia en la gestión disciplinaria del Ministerio Público sea reprochable que las investigaciones prescriban, pero ese tema debe ser examinado en un ámbito distinto y exterior al del proceso correspondiente, cual es la responsabilidad que propiamente cabe a las autoridades que siendo competentes para adelantar una investigación no la llevaron a cabo a tiempo y la dejaron inconclusa por prescripción.

5.- Una consideración menor, pero importante por su alcance institucional, hacía el proyecto sometido a discusión, respecto de la “guía disciplinaria”, adoptada por la Resolución 191 de 2003, de la cual se señala que no fue posible ubicarla, a pesar de mencionar el Diario Oficial en que se publicó (Diario Oficial No. 45.650, 24 de agosto de 2004). Si era importante para la decisión, el tribunal debió ordenar la prueba, cosa que no hizo; y, de otra parte, si es una resolución expedida por el Procurador General de la Nación, debió valorar la aplicación del art. 177 del Código General del Proceso sobre la prueba de normas nacionales. Pero no se hace ninguna de las dos cosas; en cambio se introduce erráticamente una decisión sobre tal acto jurídico emanada del Consejo de Estado que por lo demás declara su legalidad y en consecuencia su obligatoriedad, según allí se indica.

6.- Finalmente, no debe pasarse por alto que el proceso disciplinario versó sobre irregularidades contractuales ocurridas en el desarrollo o ejecución de convenios interadministrativos, comprometiendo importantes recursos públicos, y que de por medio hubo un acto de delegación administrativa (vertical, de grado, jerárquica o clásica, tal como en trabajos doctrinarios la hemos identificado) dictado por parte del señor Alcalde Municipal de La Dorada y a pesar de que se indica en la demanda que la conducta se cometió antes de la vigencia de la Ley 1150 de 2007, se pasa por alto la jurisprudencia constitucional previa sobre la materia y las previsiones propias de la Ley 489 de 1998. Pero esas discusiones sustanciales, no alcanzaron a ser examinadas por

el Tribunal, que procedió a anular los actos por los motivos apuntados, en mi sentir, formales.



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Salvamento de voto

Manizales, diez (10) de agosto de dos mil quince (2020)

Salvamento de voto del magistrado :	Jairo Ángel Gómez Peña
Providencia:	Sentencia del (31) de julio de dos mil veinte (2020)
Radicación:	17-001-33-33-002-2014-00360-02
Demandante:	Marisol Montoya Monroy
Demandada:	Nación – Fiscalía General de la Nación, Nación – Rama Judicial y Nación- Ministerio de Defensa – Policía Nacional
Magistrado ponente:	Carlos Manuel Zapata Jaimes

Con toda deferencia hacia mis compañeros de Sala, paso a continuación a expresar las razones que, en esta oportunidad, me llevan a apartarme de la decisión mayoritariamente adoptada, en tanto se revocó la sentencia condenatoria de primera instancia.

Se sostiene en la decisión de la que me aparto entre otros aspectos, los siguientes:

“Es cierto que la sentencia de la Juez Penal del Circuito de Riosucio absolvió a la accionante al considerar que no se había demostrado que la sustancia alucinógena fuera llevada por ella ese día de su captura; es decir, para la juez había ausencia de evidencia física porque nunca aparecieron los tamales, lo cual concluyó después de ser adelantado todo el proceso penal, después de practicar testimonios y otras pruebas que le dieron soporte a esa conclusión.

Pese a ello, para la Sala, y en relación con la medida de aseguramiento que es lo que debe analizarse en este proceso, la cual fue dictada al día siguiente de la captura de la accionante, se encuentran elementos probatorios importantes que daban cuenta de que la demandante posiblemente había cometido el delito conocido como tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, pues había una captura en flagrancia y un acta de incautación que daba cuenta de la existencia de una droga que le había sido incautada a la demandante el día 1 de septiembre de 2012, lo que denota que al ser ella la que transportaba esa sustancia, con su actuar se expuso a ser objeto de esa medida de aseguramiento.

Por ello, sin pretender desconocer la decisión emitida por el juez penal que declaró a la accionante inocente del delito que se le imputaba, lo cierto es que al momento de dictarse la medida de aseguramiento existían pruebas que respaldaban la solicitud que se realizó ante el juez de control de garantías.

Y es que, sin querer atentar contra la presunción de inocencia de la accionante, debe advertirse que ella ya había sido condena por este mismo delito en época anterior, esto es, en el año 2008; e incluso, según certificado de la directora del EPMSC de Riosucio reporta 4 entradas previas al año 2012 a diferentes cárceles, e incluso una posterior que data del 3 de agosto del año 2015.

Para la Sala, la medida de aseguramiento de la que fue objeto la actora contaba con un material probatorio que arrojaba indicios graves que no solamente apuntaban a la posible comisión de un delito que, si bien al final del proceso penal consideró la juez que la accionante había sido acusada falsamente, no por eso deja de tener fundamento para dictar la medida de aseguramiento.

Es por ello que se considera que conforme a los hechos probados, los actos en que se vio comprometida la demandante y que dieron lugar a iniciar la investigación penal y su posterior detención preventiva no puede calificarse de cuidadosos, correctos o prudentes, sino que más bien encajan en conductas culposas, valoradas desde el punto de vista civil como lo enseña la jurisprudencia de unificación tantas veces señalada, pues aunque en esta instancia no se está juzgando penalmente a la actora, si se hace desde la óptica de lo que la jurisprudencia del Consejo de Estado señala como comportamientos que pueden originar la imposición de una medida de aseguramiento.

Es decir, la medida de aseguramiento de la que fue objeto la señora Montoya Monroy contaba con un material probatorio suficiente que daba cuenta de una posible comisión del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, aspecto que sí daba lugar a tomar la medida de privación de la libertad, por cuanto se debe advertir que esta medida no está condicionada a la existencia de una prueba categórica e irrefutable de la responsabilidad penal, sino a que medie una orden de la autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por un motivo previamente definido en la ley (como la existencia de indicios en su contra), requisitos sin los cuales su imposición sí se tornaría en injusta e, incluso, ilícita.

Es importante también recordar que el ser objeto de una medida de aseguramiento no va en contravía de la presunción de inocencia, es decir, la misma se mantiene incólume, ya que esta solo resulta ser desvirtuada una vez se agotan los trámites propios del proceso penal mediante la decisión de declaratoria de responsabilidad en firme, pues de conformidad con el artículo 29 de la Constitución “toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable”.

De conformidad con los artículos 355 y 356 de la Ley 600 del 2000, para decretar las medidas de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario se requería, en primer lugar, de la configuración de, por lo menos, dos indicios graves de responsabilidad en contra del implicado y, en segundo, de la necesidad de su imposición, bien con el fin de garantizar la comparecencia de los sindicados al proceso, asegurar la ejecución de la pena privativa de la libertad, evitar la continuación de su actividad delictual o impedir el entorpecimiento de la actividad probatoria

Sobre si se evidenciaron elementos que afirmaban la existencia de la droga tenemos:

En el acta de incautación de elementos que data del 1 de septiembre de 2012 se consignó que se le había sido retenido a la señora Marisol Montoya Monroy una envoltura plástica color blanco con cinta adhesiva transparente que en su interior contenía sustancia polvorienta con olor y color similar al bazuco, así como la suma de \$15.000 pesos moneda corriente, en billetes de diez mil y cinco mil pesos (fol. 89 C.2).

En el informe de investigador de campo para diligencia PIPH del 2 de septiembre de 2012, se indica que entregada para análisis una bolsa plástica transparente sellada y rotulada en cuyo interior había una porción de sustancia sólida, color café, la cual arrojó como resultado a su valoración 102 gramos con 9 miligramos de cocaína y sus derivados; resultado que después fue confirmado también con otro análisis de laboratorio realizado el 8 de octubre de 2012 (fol. 156 a 159 C.2).

Los anteriores elementos son o eran jurídicamente válidos para decretar la medida de aseguramiento, otra cosa es que ya para la fecha de la audiencia de juzgamiento, no se encontrara la droga o se evidenciaran los errores del procedimiento policial o las incongruencias de las declaraciones de los policías. lo que llevó a la sentencia absolutoria.

Así las cosas, se evidencia que la señora Marisol Montoya Monroy si bien sufrió un daño, este no tiene la connotación de ser antijurídico, ya que la medida de aseguramiento encontró fundamento en pruebas que permitían presumir la comisión de un delito por parte de la mencionada persona, por lo que es diáfano concluir que asumió una carga que tenía el deber jurídico de soportar.

No sobra señalar que para determinar si la administración tiene responsabilidad por privación injusta de la libertad no le compete al juez revisar la legalidad de la decisión de privación, esto es, que no le implica estudiar si la decisión se tomó teniendo en cuenta los parámetros legales y/o jurisprudenciales para decretarla, únicamente si quien fue sujeto pasivo del ius puniendi estaba obligado o no a soportar esa carga, lo que en este caso se responde de manera positiva.

Conforme a lo anterior, y en atención a la Jurisprudencia del Consejo de Estado frente a la responsabilidad del Estado en casos de privación de la libertad, encuentra esta Sala de

Decisión que la demandante con su actuar dio lugar de manera clara y objetiva a la medida de aseguramiento de la que fue objeto, y por ello conforme a la dogmática actual de la privación de la libertad la misma no se torna en injusta, y por el contrario era una carga que debía soportar, lo que lleva a esta corporación a revocar la sentencia de primera instancia, y por sustracción de materia a no estudiar los demás problemas jurídicos planteados.

(Subrayas no originales del texto)

Esencialmente, los motivos de mi discrepancia atañen a que, tal como lo expuse en el debate llevado a cabo en la Sala de Decisión, considero, con el debido respeto de la Sala mayoritaria, que el presente Fallo es absolutamente contraevidente, por lo siguiente: (i) la conclusión terminante de la Juez Penal de instancia, es que la supuesta droga que llevaba la hoy demandante el día de los hechos fue plantada por la Policía, es decir, que ella no solo no cometió delito alguno sino que fue víctima de un procedimiento ilegal y abusivo por parte de la autoridad de policía. Tanto es así, que ordena, en la parte resolutive del fallo penal, la compulsa de copias para ante la autoridad penal y disciplinaria. Contra la sentencia no se interpuso recurso alguno y no hay prueba alguna de su infirmación por otro medio, (ii) de que ello es así, da cuenta el texto de la sentencia penal, numeral 5.4.4.2., que dice: “De otra parte, logró la defensa demostrar, de acuerdo a lo prometido al inicio del juicio, que su prohijada era inocente, que la droga había sido puesta en sus pertenencias, y que todo obedecía a una única razón: que la señora Marisol Monroy (sic) había denunciado con anterioridad al intendente Ospina Chica, y esto lo demostró con suficiencia con la declaración de la Personera Municipal de Riosucio, Caldas, con la declaración de la misma acusada, y con copia del expediente que contiene la queja en contra del intendente Ospina Chica y Otros” (subraya no original del texto), (iii) con fundamento en lo anterior, la sentencia penal concluye: “Es por todo lo anterior que se absolverá de toda responsabilidad penal a la señora Marisol Montoya Monroy, y como consecuencia obligada de ello, se ordenará expedir copias de la presente sentencia absolutoria con destino a la Fiscalía General de la Nación y a la Oficina de Control Interno Disciplinario de la Policía Nacional para que procedan a iniciar las correspondientes investigaciones que consideren procedentes en contra de los funcionarios de la Policía Nacional, Intendente Alexander Ospina Chica y el patrullero Correa Marín”, (iv) De manera que ¿cuál es la conducta culposa a que hace referencia la Sala mayoritaria, cuando afirma que “Es por ello que se considera que conforme a los hechos probados, los actos en que se vio comprometida la demandante y que dieron lugar a iniciar la investigación penal y su posterior detención preventiva no puede (sic) calificarse de cuidadosos, correctos o prudentes, sino que más bien encajan en conductas culposas, valoradas desde el punto de vista civil” (subraya no original del texto), cuando, por el contrario, queda claro que fue la hoy demandante quien fue víctima de una conducta, esa sí, dolosa, por parte de los funcionarios policiales que ejecutaron la requisita y captura? (v) ¿a qué material probatorio se refiere la Sala mayoritaria cuando habla de que “Para la Sala, la medida de aseguramiento de la que fue objeto la actora contaba con un material probatorio que arrojaba indicios graves que no solamente apuntaban a la posible comisión de un delito que, si bien al final del proceso penal consideró la juez que la accionante había sido acusada falsamente, no por eso deja de tener fundamento para dictar la medida de

aseguramiento”, si todo ese supuesto *“material probatorio”*, fue completamente desvirtuado por la juzgadora penal de instancia, para quien quedó demostrado que éste fue puesto entre las pertenencias de la demandante por los policías que practicaron el irregular procedimiento, es decir provino de una actuación ilegal y arbitraria de la autoridad? (vi) y cuando la Sala afirma: “Y es que, sin querer atentar contra la presunción de inocencia de la accionante, debe advertirse que ella ya había sido condenada por este mismo delito en época anterior, esto es, en el año 2008; e incluso, según certificado de la directora del EPMSC de Riosucio reporta 4 entradas previas al año 2012 a diferentes cárceles, e incluso una posterior que data del 3 de agosto del año 2015”, más allá de la tesis peligrosista que está implícita en el planteamiento, creo que también la sala puede incurrir en una discriminación respecto de la persona que en esta oportunidad acude a esta jurisdicción a que se juzguen objetivamente los hechos que dan origen a la presunta privación injusta de su libertad, con total independencia de que en otras oportunidades haya estado debida y legalmente privada de ella, como resultado de conductas que lo ameritaron. ¿Estamos juzgando este caso, estos hechos, estas circunstancias o estamos juzgando el pasado delictivo de la demandante? Ese pasado, ese historial ¿equivale a una licencia para que se entienda que ella ha de soportar la privación injusta de su libertad, sin derecho a reclamar? Dicho de otra manera ¿se presume que, en este caso, la privación de la libertad es justa, en virtud de los antecedentes de la actora? ¿acaso una persona con un dilatado prontuario penal, no puede ser víctima de una privación injusta de la libertad y el tener tales antecedentes se convierte en una patente para considerar probada la culpa grave o dolo civil que da lugar a que el Estado se exonere de indemnizar? Cree el Despacho que un juicio de tal naturaleza arroja un prejuicio discriminatorio perfectamente identificable, al cual el juez de lo Contencioso Administrativo debe ser ajeno, (vii) una precisión adicional: no es que la demandante haya quedado libre en virtud del principio *in dubio pro reo*, no: quedó libre por que a juicio del Despacho Juzgador se demostró que ella no cometió la conducta punible, por eso fue absuelta; y esa es una de las tres causales del artículo 414 del viejo Código de Procedimiento Penal, con base en la cual la Sección Tercera elaboró la ya clásica jurisprudencia sobre el tema, y con cuya demostración probatoria se puede establecer la configuración de la privación injusta de la libertad.

Con estas respetuosas consideraciones dejo sentado mi salvamento de voto.



JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA

Magistrado

