

17001-33-39-006-2018-00341-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, nueve (9) de OCTUBRE de dos mil veinte (2020)

S. 145

La Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, conformada por los Magistrados AUGUSTO MORALES VALENCIA, quien la preside, AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN y PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA, procede a dictar sentencia de segundo grado por vía del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia emanada del Juzgado 6º Administrativo del circuito de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por la señora **MARÍA MERY RAMÍREZ DE RÍOS** dentro del contencioso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

ANTECEDENTES

PRETENSIONES DE LA PARTE ACTORA.

- I) Se declare la nulidad de la Resolución N° 7595-6 de 4 de octubre de 2017.
- II) Se declare que la parte actora pertenece al régimen exceptuado previsto en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, que su situación se halla cobijada por el régimen especial previsto para los docentes vinculados antes del 27 de junio de 2003, y por ende, que su pensión de jubilación debe ser reajustada anualmente con base en lo previsto en las Leyes 91 de 1989 y 71 de 1988.
- III) Se condene a la parte accionada a aplicar el porcentaje previsto en el artículo 8 ordinal 5° de la Ley 91 de 1989 para los descuentos en salud, equivalente al 5%, cesando los actuales aportes del 12%.

IV) Se disponga el reajuste pensional de manera retroactiva, aplicando lo previsto en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, esto es, con base en el incremento anual del salario mínimo y no el IPC.

V) Se reintegren las sumas que han sido descontadas de su mesada pensional, superiores al 5% de las mesadas de julio y diciembre.

VI) Se paguen a la parte demandante las diferencias resultantes entre la mesada pensional reajustada y la que actualmente recibe.

VII) Se indexen las sumas reconocidas, y se condene en costas y agencias en derecho a la demandada.

A título de pretensión subsidiaria, impetra que de llegar a considerarse por el Tribunal que su régimen pensional es el consagrado en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, se ordene reintegrar a favor del accionante lo descontado equivalente al 12% de las mesadas de junio y diciembre, se ordene cesar dichos aportes y se condene en costas a la accionada.

CAUSA PETENDI.

En síntesis, expresa lo siguiente:

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

con la aplicación del Índice de Precios al Consumidor (IPC), según lo consagrado en el canon 14 de dicho dispositivo legal.

➤ El 4 de octubre de 2017 presentó solicitud ante la entidad demandada con el fin de que su pensión fuera incrementada conforme lo dispone el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, igualmente que el descuento con destino al sistema de salud se ajustara al 5% de cada mesada, peticiones negadas a través del acto demandado.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Se invocaron: Constitución Política, arts. 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29, 48, 53, 90, 121, 125 y 209 Ley 33 de 1985; Ley 91/89, art. 15, numeral 2 literal A; Ley 115 de 1994, art. 115; Ley 71/88, art. 1; Ley 238/95; Ley 100/93, art. 279; Ley 238 de 1995, art. 1; Ley 700 de 2011, art. 4; Ley 797 de 2003, art. 9; Ley 812 de 2003, art. 81; Ley 1151 de 2007, art. 160; Acto Legislativo 01 de 2005; Ley 1437 de 2011, art. 137.

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

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

Respecto a los aportes en salud y el monto que ha de ser descontado, acota que el FNPSM toma como excusa el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 para incrementar el porcentaje de cotización al sistema, sin atender las

precisiones que deben hacerse dependiendo de la vinculación al servicio docente. Agrega que con la aplicación de manera indistinta de normas generales y especiales, se ha creado un tercer régimen no previsto por el legislador, en contravía del postulado 53 Superior.

CONTESTACIÓN AL LIBELO DEMANDADOR.

La **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FNPSM** no contestó la demanda, según consta a folio 88 de la actuación.

A su turno, el **DEPARTAMENTO DE CALDAS** /fls. 58 a 63 cdno. 1/ formuló como excepciones las de 'FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA', fundamentada en que no le asiste competencia para el reconocimiento y pago de las prestaciones docentes, las cuales están en cabeza del FNPSM; 'INAPLICABILIDAD DE LAS NORMAS QUE REGULAN LOS DESCUENTOS EN SALUD'; 'BUENA FE' atendiendo a que su actuación se ha ceñido a los postulados legales; y 'PRESCRIPCIÓN', con base en los Decretos 3135 de 1968 y 1838 de 1969.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Jueza 6ª Administrativa del Circuito de Manizales dictó sentencia negando las pretensiones de la parte actora en los términos que pasan a compendiarse /fls. 90 a 100 cdno ppl/:

En primer término, señaló que el reconocimiento y pago de las prestaciones de los docentes afiliados al FNPSM está a cargo de dicho fondo, de acuerdo con lo estipulado en la Ley 91 de 1989, por lo que declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva respecto al DEPARTAMENTO DE CALDAS.

Frente al fondo del asunto, acudió a los artículos 14 de la Ley 100 de 1993 que regula el reajuste periódico de las pensiones, en desarrollo del mandato superior establecido en el canon 53 Constitucional; 279 de la misma norma,

que preceptúa las excepciones para la aplicación del régimen general de pensiones.

En resumen, la operadora judicial concluyó que contrario a lo afirmado por la parte demandante, su caso se halla gobernado por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, toda vez que al tenor de lo dispuesto en la Ley 238 de 1995, los artículos 14 y 142 de la Ley 100 de 1993 resultan aplicables también a los regímenes exceptuados, al paso que el texto legal primeramente citado, derogó el apartado 1 de la Ley 71 de 1998. Así mismo, la aplicación del mencionado régimen legal no supone una vulneración del principio de favorabilidad.

En cuanto al segundo de los problemas jurídicos, referido al porcentaje de los descuentos con destino al sistema de salud, estimó que si bien con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 se conservó el régimen especial en pensiones de los docentes (Ley 91 de 1989), en cuanto a los aportes al sistema de seguridad social estos sí deben ceñirse a la norma general.

Finalmente, concluyó que la parte actora también debe realizar aportes con destino al sistema de salud sobre las mesadas de julio y diciembre, pues ingresó al servicio docente con anterioridad a la promulgación de la Ley 812 de 2003 y obtuvo su reconocimiento pensional con base en los mandatos de la Ley 91 de 1989.

EL RECURSO DE SEGUNDO GRADO.

Mediante memorial visible de folios 103 a 114 del cuaderno principal, la parte demandante impugnó la sentencia de primera instancia, centrando su desacuerdo con la decisión en los puntos que a continuación se relacionan.

Expresa que la sentencia de primer grado desconoce la supremacía constitucional y la prevalencia de las normas especiales sobre las generales, en la medida que el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, aún vigente para un grupo de docentes, circunscribe el aumento del valor de las pensiones al incremento del salario mínimo mensual legal vigente. En este sentido, desestima el

argumento según el cual ese artículo haya sido sustituido por el canon 14 de la Ley 100 de 1993, pues a los docentes vinculados antes de la Ley 812 de 2003 como es su caso, han de aplicarse las normas anteriores a su vigencia. Plantea que con la promulgación de la Ley 238 de 1995, el legislador pretendió que los pensionados mantuvieran el poder adquisitivo de estas prestaciones, pudiendo optar por el régimen general o el especial según les resulte más favorable, es decir, se aplica el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 siempre y cuando redunde en beneficio del pensionado, en todo caso, indica que los docentes ya contaban con una norma que les garantizaba mantener el poder adquisitivo de la mesada, como lo es la Ley 71/88.

Reitera que con base en la Ley 812 de 2003 y el Acto Legislativo N° 01 de 2005, el régimen pensional de los docentes vinculados antes de promulgada esa norma está conformado por la Ley 91 de 1989 y las normas que la complementen, como la citada Ley 71/88, por lo que solo a los docentes vinculados luego de proferida la Ley 812/03 resulta viable aplicarles el ajuste del IPC previsto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993. De la misma manera, cuestiona que no se haya empleado el principio de favorabilidad, pues a su juicio, es claro que existen dos regímenes pensionales, uno general y aquel que cobija a los docentes.

En cuanto a los descuentos en salud sobre las mesadas pensionales, acota que estos deben ser del 5% y no del 12%, atendiendo lo dispuesto en las Sentencias T-348 de 1997, C-956 de 2001 y C-980 de 2002, por lo que considera que proceder en contravía de esta hermenéutica implica la creación de un tercer régimen o una disposición desfavorable para el docente.

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

Pretende la parte actora la nulidad del acto administrativo con el cual se negó el reajuste periódico de la pensión de jubilación con base en el incremento anual del salario mínimo mensual legal vigente, atendiendo los dictados de la Ley 71 de 1988.

PROBLEMA JURÍDICO

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

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

(I)

AJUSTE PERIÓDICO DE LAS PENSIONES

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

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

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación

e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

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

Este cometido constitucional encuentra desarrollo en diversos instrumentos de índole legal, incluso, se encuentra previsto en diferentes disposiciones anteriores a la Carta Política de 1991. Verbigracia, el canon 1 de la Ley 4ª de 1976¹ disponía a la sazón:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“ARTÍCULO 14. 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.” /Resaltado del Tribunal/.

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

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

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

De otra parte, estima la Corte pertinente agregar que la Constitución al consagrar el derecho al reajuste periódico de las pensiones (art. 53 inc. 2o.), no señala la proporción

² MP. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

en que éstas deben incrementarse, como tampoco la oportunidad o frecuencia en que debe llevarse a cabo, quedando en manos del legislador la regulación de estos aspectos, como en efecto lo hace la norma parcialmente impugnada” /Destacado del Tribunal/.

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

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

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

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

las pensiones reconocidas antes y después de dicha ley, se vienen reajustando en la forma prevista por su artículo 14 y teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 142 y 143 ibídem, lo que significa que el referido reajuste se produce anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior, más la mesada adicional y el reajuste equivalente a la elevación en la cotización para salud, a favor de los pensionados con anterioridad al 1° de enero de 1994 (...)

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

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

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

⁴ M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

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

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

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

intereses de los pensionados entre todos los posibles”
/Resaltados del Tribunal/.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

CASO CONCRETO

En virtud de lo expuesto y abordados los pormenores del caso, resulta evidente que la pensión reconocida por el FNPSM a favor de la señora MARÍA MERY RAMÍREZ DE RÍOS supera con creces el valor del salario mínimo legal mensual vigente (la mesada pensional reconocida equivale a \$ 1`256.502 para

2006) /fl. 40 cdno. 1/, por lo que la entidad demandada, al negar el incremento pretendido al tenor del artículo 1 de la Ley 71 de 1988 se ajustó plenamente al ordenamiento jurídico, lo que derivaba en una decisión negativa frente a las pretensiones de la demanda, como en efecto ocurrió.

(II)
DESCUENTOS CON DESTINO
AL SISTEMA DE SALUD

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

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

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

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

⁶ Sentencia T-835 de 2014.

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

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

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

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

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

En el caso de los educadores, la Ley 91 de 1989, creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que tiene como uno de sus objetivos

garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales de los profesores, y en el artículo 8 de la citada ley se establece que esta cuenta se haya constituida, entre otros, por *‘El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados’*.

Sin embargo, el porcentaje fue modificado con posterioridad con la expedición de la Ley 812 de 2003, que introdujo modificaciones sustanciales al régimen pensional docente. En el artículo 81 esta norma prescribe:

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

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

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

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

correspondiente a las cuentas de salud y pensiones” /Subraya el Tribunal/.

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

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

Debe anotarse que esta preceptiva fue objeto de dos (2) modificaciones relacionadas con el valor o monto de las cotizaciones al sistema de salud, de la siguiente manera:

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

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

De igual manera, el deber de cotizar al sistema de salud en cabeza de los pensionados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM), así como el monto de los aportes, fue objeto de pronunciamiento

por el H. Consejo de Estado⁷, que en reciente oportunidad puntualizó lo siguiente:

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

6.2. Afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

<i>Ley 91 de 1989 artículo 8-5</i>	<i>5%</i>
<i>Ley 812 de 2003, 8, artículo 81</i>	<i>El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma</i>

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

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

	<i>distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.</i>
--	--

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

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

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

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

la Ley 91/89, en cuanto prescribe que tales mesadas serán objeto de aportes con destino al sistema de salud.

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

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

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

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

Por modo, aun cuando los descuentos sobre las mesadas adicionales no se encuentren previstos de manera explícita en la Ley 812 de 2003, la Sala es

⁹ Sentencia de 14 de septiembre de 2017.

del criterio que dicha obligación no ha cesado, pues en atención al principio de solidaridad que informa todo el Sistema de Seguridad Social, los descuentos por este concepto se avienen al ordenamiento jurídico.

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

Por ende, se confirmará la sentencia de primer grado.

COSTAS.

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

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

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia proferida por el Juzgado 3º Administrativo del circuito de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por la señora **MARÍA MERY RAMÍREZ DE RÍOS** dentro del contencioso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

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

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

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

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según consta en Acta N° 056 de 2020.

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 144 de fecha 14 de Octubre 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

17001-33-33-003-2018-00371-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, nueve (9) de OCTUBRE de dos mil veinte (2020)

S. 146

La Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, conformada por los Magistrados AUGUSTO MORALES VALENCIA, quien la preside, AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN y PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA, procede a dictar sentencia de segundo grado por vía del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia emanada del Juzgado 3º Administrativo del circuito de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por la señora LUZ MERY ARISTIZABAL DE ARIAS dentro del contencioso de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO promovido contra la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM y el DEPARTAMENTO DE CALDAS.

ANTECEDENTES

PRETENSIONES DE LA PARTE ACTORA.

- I) Se declare la nulidad de la Resolución N° 8035-6 de 18 de octubre de 2017.
- II) Se declare que la parte actora pertenece al régimen exceptuado previsto en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, que su situación se halla cobijada por el régimen especial previsto para los docentes vinculados antes del 27 de junio de 2003, y por ende, que su pensión de jubilación debe ser reajustada anualmente con base en lo previsto en las Leyes 91 de 1989 y 71 de 1988.
- III) Se condene a la parte accionada a aplicar el porcentaje previsto en el artículo 8 ordinal 5° de la Ley 91 de 1989 para los descuentos en salud, equivalente al 5%, cesando los actuales aportes del 12%.

IV) Se disponga el reajuste pensional de manera retroactiva, aplicando lo previsto en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, esto es, con base en el incremento anual del salario mínimo y no el IPC.

V) Se reintegren las sumas que han sido descontadas de su mesada pensional, superiores al 5% de las mesadas de julio y diciembre.

VI) Se paguen a la parte demandante las diferencias resultantes entre la mesada pensional reajustada y la que actualmente recibe.

VII) Se indexen las sumas reconocidas, y se condene en costas y agencias en derecho a la demandada.

A título de pretensión subsidiaria, impetra que de llegar a considerarse por el Tribunal que su régimen pensional es el consagrado en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, se ordene reintegrar a favor del accionante lo descontado equivalente al 12% de las mesadas de junio y diciembre, se ordene cesar dichos aportes y se condene en costas a la accionada.

CAUSA PETENDI.

En síntesis, expresa lo siguiente:

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

con la aplicación del Índice de Precios al Consumidor (IPC), según lo consagrado en el canon 14 de dicho dispositivo legal.

➤ El 4 de octubre de 2017 presentó solicitud ante la entidad demandada con el fin de que su pensión fuera incrementada conforme lo dispone el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, igualmente que el descuento con destino al sistema de salud se ajustara al 5% de cada mesada, peticiones negadas a través del acto demandado.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Se invocaron: Constitución Política, arts. 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29, 48, 53, 90, 121, 125 y 209 Ley 33 de 1985; Ley 91/89, art. 15, numeral 2 literal A; Ley 115 de 1994, art. 115; Ley 71/88, art. 1; Ley 238/95; Ley 100/93, art. 279; Ley 238 de 1995, art. 1; Ley 700 de 2011, art. 4; Ley 797 de 2003, art. 9; Ley 812 de 2003, art. 81; Ley 1151 de 2007, art. 160; Acto Legislativo 01 de 2005; Ley 1437 de 2011, art. 137.

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

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

Respecto a los aportes en salud y el monto que ha de ser descontado, acota que el FNPSM toma como excusa el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 para incrementar el porcentaje de cotización al sistema, sin atender las

precisiones que deben hacerse dependiendo de la vinculación al servicio docente. Agrega que con la aplicación de manera indistinta de normas generales y especiales, se ha creado un tercer régimen no previsto por el legislador, en contravía del postulado 53 Superior.

CONTESTACIÓN AL LIBELO DEMANDADOR.

La **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FNPSM** no contestó la demanda, según consta a folio 52 de la actuación.

A su turno, el **DEPARTAMENTO DE CALDAS** /fls. 46 a 50 cdno. 1/ formuló como excepciones las de ‘FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA’, fundamentada en que no le asiste competencia para el reconocimiento y pago de las prestaciones docentes, las cuales están en cabeza del FNPSM; ‘INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY’; ‘BUENA FE’ atendiendo a que su actuación se ha ceñido a los postulados legales; y ‘PRESCRIPCIÓN’, con base en los Decretos 3135 de 1968 y 1838 de 1969.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez 3° Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia negando las pretensiones de la parte actora en los términos que pasan a compendiarse /fls.66 a 73 cdno ppl/:

Como sustento de la decisión, acudió a los artículos 14 de la Ley 100 de 1993 que regula el reajuste periódico de las pensiones, en desarrollo del mandato superior establecido en el canon 53 Constitucional; 279 de la misma norma, que preceptúa las excepciones para la aplicación del régimen general de pensiones.

Menciona que al tenor de lo analizado por la Corte Constitucional en Sentencia C-387 de 1994, el derecho al aumento en el valor de las pensiones en determinado monto no es un derecho adquirido, sino una mera expectativa, pues el legislador goza de un margen amplio de decisión sobre

el método a emplear para el ajuste de las pensiones, siempre que se garantice el poder adquisitivo de su valor.

Abordando los pormenores del caso, estableció que con la expedición de la Ley 100 de 1993, quedaron sin efectos las disposiciones contrarias, como el artículo 1º de la Ley 71 de 1988 y con respecto de la violación del principio de favorabilidad, concluyó que solo aplica en caso de vacíos normativos o tratamientos distintos en casos iguales, lo cual no aplica en el caso.

En cuanto al segundo de los problemas jurídicos, referido al porcentaje de los descuentos con destino al sistema de salud, estimó que si bien con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 se conservó el régimen especial en pensiones de los docentes (Ley 91 de 1989), en cuanto a los aportes al sistema de seguridad social estos sí deben ceñirse a la norma general.

Finalmente, concluyó que la parte actora también debe realizar aportes con destino al sistema de salud sobre las mesadas de julio y diciembre, pues ingresó al servicio docente con anterioridad a la promulgación de la Ley 812 de 2003 y obtuvo su reconocimiento pensional con base en los mandatos de la Ley 91 de 1989.

EL RECURSO DE SEGUNDO GRADO.

Mediante memorial visible de folios 77 a 88 del cuaderno principal, la parte demandante impugnó la sentencia de primera instancia, centrando su desacuerdo con la decisión en los puntos que a continuación se relacionan.

Expresa que la sentencia de primer grado desconoce la supremacía constitucional y la prevalencia de las normas especiales sobre las generales, en la medida que el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, aún vigente para un grupo de docentes, circunscribe el aumento del valor de las pensiones al incremento del salario mínimo mensual legal vigente. En este sentido, desestima el argumento según el cual ese artículo haya sido sustituido por el canon 14 de la Ley 100 de 1993, pues a los docentes vinculados antes de la Ley 812 de 2003 como es su caso, han de aplicarse las normas anteriores a su vigencia.

Plantea que con la promulgación de la Ley 238 de 1995, el legislador pretendió que los pensionados mantuvieran el poder adquisitivo de estas prestaciones, pudiendo optar por el régimen general o el especial según les resulte más favorable, es decir, se aplica el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 siempre y cuando redunde en beneficio del pensionado, en todo caso, indica que los docentes ya contaban con una norma que les garantizaba mantener el poder adquisitivo de la mesada, como lo es la Ley 71/88.

Reitera que con base en la Ley 812 de 2003 y el Acto Legislativo N° 01 de 2005, el régimen pensional de los docentes vinculados antes de promulgada esa norma está conformado por la Ley 91 de 1989 y las normas que la complementen, como la citada Ley 71/88, por lo que solo a los docentes vinculados luego de proferida la Ley 812/03 resulta viable aplicarles el ajuste del IPC previsto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993. De la misma manera, cuestiona que no se haya empleado el principio de favorabilidad, pues a su juicio, es claro que existen dos regímenes pensionales, uno general y aquel que cobija a los docentes.

En cuanto a los descuentos en salud sobre las mesadas pensionales, acota que estos deben ser del 5% y no del 12%, atendiendo lo dispuesto en las Sentencias T-348 de 1997, C-956 de 2001 y C-980 de 2002, por lo que considera que proceder en contravía de esta hermenéutica implica la creación de un tercer régimen o una disposición desfavorable para el docente.

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

Pretende la parte actora la nulidad del acto administrativo con el cual se negó el reajuste periódico de la pensión de jubilación con base en el incremento anual del salario mínimo mensual legal vigente, atendiendo los dictados de la Ley 71 de 1988.

PROBLEMA JURÍDICO

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

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

(I)

AJUSTE PERIÓDICO DE LAS PENSIONES

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

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

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las

relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

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

Este cometido constitucional encuentra desarrollo en diversos instrumentos de índole legal, incluso, se encuentra previsto en diferentes disposiciones anteriores a la Carta Política de 1991. Verbigracia, el canon 1 de la Ley 4ª de 1976¹ disponía a la sazón:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“ARTÍCULO 14. 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.” /Resaltado del Tribunal/.

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

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

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

De otra parte, estima la Corte pertinente agregar que la Constitución al consagrar el derecho al reajuste periódico de las pensiones (art. 53 inc. 2o.), no señala la proporción en que éstas deben incrementarse, como tampoco la oportunidad o frecuencia en que debe llevarse a cabo,

² MP. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

quedando en manos del legislador la regulación de estos aspectos, como en efecto lo hace la norma parcialmente impugnada” /Destacado del Tribunal/.

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

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

« (...) A partir del 1.º de enero de 1989 y hasta la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, todas las pensiones que fueron reconocidas en el país, tanto en el sector público como en el privado, se reajustaron anualmente conforme a la fórmula (sic) prevista en la Ley 71 de 1988, esto es, en el mismo porcentaje en que se incrementó por el Gobierno el salario mínimo legal mensual. Con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigencia, las pensiones reconocidas antes y después de dicha ley, se vienen reajustando en la forma prevista por su artículo 14 y teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 142 y

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

143 ibídem, lo que significa que el referido reajuste se produce anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior, más la mesada adicional y el reajuste equivalente a la elevación en la cotización para salud, a favor de los pensionados con anterioridad al 1° de enero de 1994 (...)

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

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

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

“ (...) Lo anterior, hasta el punto de que en su demanda no sólo solicita declarar inexecutable el apartado demandado, según el cual las pensiones “se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación

⁴ M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior”, sino que incluso le pide a la Corte señalar que lo más favorable para el pensionado es “la medición del poder adquisitivo constante de las pensiones por el método de medición de la equivalencia de las pensiones en relación con el Salario Mínimo Legal Vigente”[85], como si este fuese expresamente el mandato constitucional

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

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

Finalmente, es claro que los docentes afiliados el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM) se hallan excluidos del régimen

pensional general previsto en la Ley 100 de 1993 en virtud del expreso mandato del artículo 279 de esa norma⁵, no obstante, este mandato legal debe leerse en armonía con el canon 1 parágrafo 4 de la Ley 238 de 2005, que reza:

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

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

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

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

Adicional a ello, es de suma importancia resaltar que el canon 53 de la Carta, al paso que consagra el mandato de incremento periódico de las pensiones de tal forma que mantengan su poder adquisitivo, no sujeta este postulado a

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

un método específico, dejando en manos del legislador la materialización de este cometido, lo cual precisamente ocurre con el artículo 14 de la Ley 100/93, expedido en uso de la libertad de configuración que sobre el particular le asiste al Congreso de la República.

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

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

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

CASO CONCRETO

En virtud de lo expuesto y abordados los pormenores del caso, resulta evidente que la pensión reconocida por el FNPSM a favor de la señora LUZ MERY ARISTIZÁBAL DE ARIAS supera con creces el valor del salario mínimo legal mensual vigente (la mesada pensional reconocida equivale a \$ 728.005 para 1999) /fl. 30 cdno. 1/, por lo que la entidad demandada, al negar el incremento pretendido al tenor del artículo 1 de la Ley 71 de 1988 se ajustó

plenamente al ordenamiento jurídico, lo que derivaba en una decisión negativa frente a las pretensiones de la demanda, como en efecto ocurrió.

(II)
**DESCUENTOS CON DESTINO
AL SISTEMA DE SALUD**

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

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

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

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

⁶ Sentencia T-835 de 2014.

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

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

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

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

En el caso de los educadores, la Ley 91 de 1989, creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que tiene como uno de sus objetivos garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales de los profesores, y en el artículo 8 de la citada ley se establece que esta cuenta se

haya constituida, entre otros, por *‘El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados’*.

Sin embargo, el porcentaje fue modificado con posterioridad con la expedición de la Ley 812 de 2003, que introdujo modificaciones sustanciales al régimen pensional docente. En el artículo 81 esta norma prescribe:

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

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

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

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

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

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

Debe anotarse que esta preceptiva fue objeto de dos (2) modificaciones relacionadas con el valor o monto de las cotizaciones al sistema de salud, de la siguiente manera:

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

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

De igual manera, el deber de cotizar al sistema de salud en cabeza de los pensionados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM), así como el monto de los aportes, fue objeto de pronunciamiento

por el H. Consejo de Estado⁷, que en reciente oportunidad puntualizó lo siguiente:

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

6.2. Afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

<i>Ley 91 de 1989 artículo 8-5</i>	<i>5%</i>
<i>Ley 812 de 2003, 8, artículo 81</i>	<i>El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma</i>

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

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

	<i>distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.</i>
--	--

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

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

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

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

la Ley 91/89, en cuanto prescribe que tales mesadas serán objeto de aportes con destino al sistema de salud.

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

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

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

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

Por modo, aun cuando los descuentos sobre las mesadas adicionales no se encuentren previstos de manera explícita en la Ley 812 de 2003, la Sala es

⁹ Sentencia de 14 de septiembre de 2017.

del criterio que dicha obligación no ha cesado, pues en atención al principio de solidaridad que informa todo el Sistema de Seguridad Social, los descuentos por este concepto se avienen al ordenamiento jurídico.

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

Por ende, se confirmará la sentencia de primer grado.

COSTAS.

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

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

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia proferida por el Juzgado 3º Administrativo del circuito de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por la señora **LUZ MERY ARISTIZÁBAL DE ARIAS** dentro del contencioso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

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

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

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

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según consta en Acta N° 056 de 2020.

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 144 de fecha 14 de Octubre 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

17001-33-33-001-2018-00517-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, nueve (9) de OCTUBRE de dos mil veinte (2020)

S. 147

La Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, conformada por los Magistrados AUGUSTO MORALES VALENCIA, quien la preside, AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN y PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA, procede a dictar sentencia de segundo grado por vía del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia emanada del Juzgado 1º Administrativo del circuito de Manizales, con la cual accedió a las pretensiones formuladas por el señor PEDRO NEL AGUDELO CASTAÑEDA dentro del contencioso de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO promovido contra la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -FNPSM-.

ANTECEDENTES

PRETENSIONES DE LA PARTE ACTORA.

- I) Se declare la nulidad de la Resolución N° 0939-6 de 23 de noviembre de 2017.
- II) Se declare que la parte actora pertenece al régimen exceptuado previsto en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, que su situación se halla cobijada por el régimen especial previsto para los docentes vinculados antes del 27 de junio de 2003, y por ende, que su pensión de jubilación debe ser reajustada anualmente con base en lo previsto en las Leyes 91 de 1989 y 71 de 1988.
- III) Se condene a la parte accionada a aplicar el porcentaje previsto en el artículo 8 ordinal 5º de la Ley 91 de 1989 para los descuentos en salud, equivalente al 5%, cesando los actuales aportes del 12%.

IV) Se disponga el reajuste pensional de manera retroactiva, aplicando lo previsto en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, esto es, con base en el incremento anual del salario mínimo y no el IPC.

V) Se reintegren las sumas que han sido descontadas de su mesada pensional, superiores al 5% de las mesadas de julio y diciembre.

VI) Se paguen a la parte demandante las diferencias resultantes entre la mesada pensional reajustada y la que actualmente recibe.

VII) Se indexen las sumas reconocidas, y se condene en costas y agencias en derecho a la demandada.

A título de pretensión subsidiaria, impetra que de llegar a considerarse por el Tribunal que su régimen pensional es el consagrado en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, se ordene reintegrar a favor del accionante lo descontado equivalente al 12% de las mesadas de junio y diciembre, se ordene cesar dichos aportes y se condene en costas a la accionada.

CAUSA PETENDI

En síntesis, expresa lo siguiente:

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

➤ El 27 de octubre de 2017 presentó solicitud ante la entidad demandada con el fin de que su pensión fuera incrementada conforme lo dispone el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, igualmente que el descuento con destino al sistema de salud se ajustara al 5% de cada mesada, peticiones negadas a través del acto demandado.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Se invocaron: Constitución Política, arts. 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29, 48, 53, 90, 121, 125 y 209; art. 137 de la Ley 1437 de 2011; Ley 33 de 1985; Ley 91/89, art. 15, numeral 2 literal A; Ley 115 de 1994, art. 115; Ley 71/88, art. 1; Ley 238/95; Ley 100/93, art. 279; Ley 238 de 1995, art. 1; Ley 700 de 2011, art. 4; Ley 797 de 2003, art. 9; Ley 812 de 2003, art. 81; Ley 1151 de 2007, art. 160; Acto Legislativo 01 de 2005.

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

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

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

CONTESTACIÓN AL LIBELO DEMANDADOR.

La **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FNPSM**, se pronunció con memorial obrante de folios 64 a 81, oponiéndose a las pretensiones del libelo demandador y proponiendo las excepciones denominadas ‘INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN O COBRO DE LO NO DEBIDO’, por considerar que los descuentos realizados obedecen a las normas vigentes; ‘PRESCRIPCIÓN’, de conformidad con el artículo 102 del Decreto 1848/69; y ‘RECONOCIMIENTO OFICIOSO O GENÉRICA’, solicitando que se declaren las excepciones que resulten demostradas en el proceso.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez 1° Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia accediendo parcialmente a las pretensiones de la parte actora en los términos que pasan a compendiarse /fls. 84-94 cdno ppl/:

Como sustento de la decisión, manifestó que la parte actora tiene derecho al reajuste pretendido, en atención a que el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 hace referencia a los regímenes generales y no al régimen pensional de los docentes que se halla expresamente exceptuado de ese cuerpo legal, en virtud de su canon 279, a lo que añade que la Sentencia C- 435 de 107 no hace alusión a los profesionales de la educación y sus normas exceptuadas.

Acude a algunas posturas del órgano de cierre de esta jurisdicción, con las cuales afirma que en virtud de la favorabilidad puede acudirse al régimen especial docente si este resulta más beneficioso, al paso que resalta que el acto de reconocimiento pensional ciñe el reajuste de la mesada a lo previsto en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, declaración administrativa que no ha sido declarada nula.

En cuanto al segundo de los problemas jurídicos, referido al porcentaje de los descuentos con destino al sistema de salud, estimó que si bien con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 se conservó el régimen especial en pensiones de los docentes (Ley 91 de 1989), en cuanto a los aportes al sistema de seguridad

social estos sí deben ceñirse a la norma general, intelección que refuerza con lo esbozado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-369 de 2004.

Finalmente, concluyó que la parte actora también debe realizar aportes con destino al sistema de salud sobre las mesadas de julio y diciembre, pues ingresó al servicio docente con anterioridad a la promulgación de la Ley 812 de 2003 y obtuvo su reconocimiento pensional con base en los mandatos de la Ley 91 de 1989.

Con base en lo expuesto, anuló parcialmente el acto demandado y en su lugar dispuso el reajuste pensional anual, mes por mes, de la pensión de la parte accionante con base en el incremento del salario mínimo mensual vigente, y el pago de la diferencia entre la prestación reajustada y lo que se ha pagado hasta ahora.

EL RECURSO DE SEGUNDO GRADO.

Mediante memorial visible de folios 108 a 119 del cuaderno principal, la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM** apeló el fallo de primer grado.

A su juicio, la Ley 71 de 1988 regulaba un cúmulo de pensiones enumeradas en la Ley 4 de 1976, y no solo las docentes, por lo que mal podría afirmarse que los docentes cuenten con un estatuto exclusivo a este respecto. Luego, aclara que si bien los educadores se hallan exceptuados de los mandatos de la Ley 100 de 1993, en lo que atañe al reajuste pensional sí deben circunscribirse a sus mandatos, por disposición de la Ley 238 de 1995.

Prosigue indicando que el sistema de reajuste pensional no constituye un derecho adquirido, como lo expuso la Corte Constitucional en la Sentencia C-387 de 1994, y que por ende, el modelo previsto en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988 fue subrogado al expedirse la Ley 100 de 1993, en especial su artículo 14, como también lo estableció el Acto Legislativo N° 01 de 2005.

Finalmente, expresa que no tiene ninguna lógica aplicar una norma derogada so pretexto de que es más favorable al docente, pues ello atentaría contra el principio de sostenibilidad del sistema pensional.

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

Pretende la parte actora la nulidad del acto administrativo con el cual se negó el reajuste periódico de la pensión de jubilación con base en el incremento anual del salario mínimo mensual legal vigente, atendiendo los dictados de la Ley 71 de 1988.

PROBLEMA JURÍDICO

Atendiendo a la postura erigida por la parte apelante y a lo expuesto por el funcionario *A quo*, el problema jurídico a resolver en el presente asunto se contrae a la dilucidación del siguiente interrogante:

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

(I)

AJUSTE PERIÓDICO DE LAS PENSIONES

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

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

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de

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

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

Este cometido constitucional encuentra desarrollo en diversos instrumentos de índole legal, incluso, se encuentra previsto en diferentes disposiciones anteriores a la Carta Política de 1991. Verbigracia, el canon 1 de la Ley 4ª de 1976¹ disponía a la sazón:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“ARTÍCULO 14. 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.” /Resaltado del Tribunal/.

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

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

(...) Así las cosas, no le asiste razón al demandante, pues no es posible afirmar con certeza cuál de los dos sistemas podría resultar más benéfico para el pensionado, ya que ello dependerá del comportamiento que presente cada uno de esos factores a través del

² MP. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

tiempo, de manera que habrá ocasiones en que el índice de precios al consumidor sea superior al porcentaje en que se incremente el salario mínimo, y en otras, éste sea inferior a aquél, o pueden existir casos en que los dos sean iguales.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Al mismo tiempo que, se reitera, el constituyente impuso al legislador el deber general de actualizar el monto de las

⁴ M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

aumentos pensionales con base en el salario mínimo únicamente se justifica en el caso de las pensiones cuyo monto equivale a este salario.

CASO CONCRETO

En virtud de lo expuesto y abordados los pormenores del caso, resulta evidente que la pensión reconocida por el FNPSM a favor del señor PEDRO NEL AGUDELO CASTAÑEDA supera el valor del salario mínimo legal mensual vigente (la mesada liquidada equivale a \$ 638.022 para el año 2000) /fl. 45 cdno. 1/, por lo que la entidad demandada, al negar el incremento pretendido al tenor del artículo 1 de la Ley 71 de 1988 se ajustó plenamente al ordenamiento jurídico, lo que derivaba en una decisión negativa frente a las pretensiones de la demanda, como en efecto ocurrió.

Por ende, se revocará la sentencia de primer grado y en su lugar se negarán las pretensiones de la parte demandante.

COSTAS.

Se condenará en costas a la parte accionante, en virtud del supuesto previsto en el numeral 4 del artículo 365 del Código General del Proceso. Sin agencias en derecho en esta instancia por no haberse causado.

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

FALLA

REVÓCASE la sentencia proferida por el 1º Administrativo del circuito de Manizales, con la cual accedió parcialmente a las pretensiones formuladas por el señor **PEDRO NEL AGUDELO CASTAÑEDA** dentro del contencioso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM**.

En su lugar, **NIÉGANSE** las pretensiones de la parte actora.

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

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

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

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según consta en Acta N° 056 de 2020.

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Maqistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado




PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 144 de fecha 14 de Octubre 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

17001-23-33-000-2019-00262-00

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, nueve (9) de OCTUBRE de dos mil veinte (2020)

A.I. 310

Procede la Sala de Decisión a pronunciarse sobre la aclaración de la demanda presentada por la apoderada judicial de la señora **AMPARO DE JESÚS MORALES AGUIRRE**, dentro de la actuación de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** por ella promovida contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-FNPSM-**.

EL MEMORIAL DE ACLARACIÓN

Con memorial allegado el 3 de septiembre de los corrientes, la doctora Luz Herlinda Álvarez Salinas allegó aclaración de la demanda, así:

‘(...) se allega al expediente certificaciones con el fin de que sea tenida (sic) en cuenta al momento de analizar el caso particular:

- Reporte de semanas cotizadas en Colpensiones de los años 1981 a 2006.
- Certificado de historia laboral como docente nombrada en Propiedad por la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas desde el año 2006 a la actualidad.

En mérito de lo expuesto se le da a conocer al despacho dicho documento el cual es anexado al presente, así mismo se hace la respectivas (sic) notificaciones a las partes.

Por lo anterior solicito respetuosamente al despacho se continúe con el proceso’.

CONSIDERACIONES

El artículo 173 del C/CA, dispone:

“Art. 173. REFORMA DE LA DEMANDA. El demandante podrá adicionar, aclarar o modificar la demanda, por una sola vez, conforme a las siguientes reglas:

1. La reforma podrá proponerse hasta el vencimiento de los diez (10) días siguientes al traslado de la demanda. De la admisión de la reforma se correrá traslado mediante notificación por estado y por la mitad del término inicial. Sin embargo, si se llama a nuevas personas al proceso, de la admisión de la demanda y de su reforma se les notificará personalmente y se les correrá traslado por el término inicial.

2. La reforma de la demanda podrá referirse a las partes, las pretensiones, los hechos en que estas se fundamentan o a las pruebas.

3. No podrá sustituirse la totalidad de las personas demandantes o demandadas ni todas las pretensiones de la demanda. Frente a nuevas pretensiones deberán cumplirse los requisitos de procedibilidad.

La reforma podrá integrarse en un solo documento con la demanda inicial. Igualmente, el juez podrá disponer que el demandante la integre en un solo documento con la demanda inicial”.
/Subrayas y negrillas de la Sala/

De conformidad con la constancia secretarial visible a folio 70 del cuaderno principal, se tiene que:

- La notificación del auto admisorio de la demanda se llevó a cabo el 7 de octubre de 2019 /fls. 65 y 66 C.1/
- El término común de 25 días transcurrió entre el 31 de octubre y el 11 de diciembre de 2019.
- El término común de 30 días de traslado de la demanda corrió entre el 12 de diciembre de 2019 y el 14 de febrero de 2020.
- El término de 10 días para reforma de la demanda se dio entre el 17 y el 28 de febrero último.

Así las cosas, se concluye con diafinidad que al haber sido presentada la aclaración de la demanda el 3 de septiembre del año en curso, la misma excedió el término legal, lo que impone rechazar por extemporánea la solicitud, tal como se dispondrá en la parte resolutive de este proveído.

Por lo expuesto, la SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL del Tribunal Administrativo de Caldas,

RESUELVE

RECHÁZASE por extemporánea, la aclaración de demanda presentada por la apoderada judicial de la señora **AMPARO DE JESÚS MORALES AGUIRRE**, dentro de la actuación de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** por ella promovida contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-FNPSM-**.

EJECUTORIADA esta providencia, regrese el expediente a despacho para lo de Ley, previas las anotaciones pertinentes en el Programa Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según consta en Acta N° 056 de 2020.



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 144 de fecha 14 de Octubre de 2020.

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

Manizales,



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.I. 289

Asunto:	Niega nulidad
Acción:	Popular
Radicación:	17001-23-33-000-2015-00155-00
Accionante:	Jaime Ospina Meza
Accionado:	Corporación Autónoma Regional de Caldas - Corpocaldas y Municipio de Manizales

Manizales, trece (13) de octubre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con la constancia secretarial que antecede a esta providencia, mediante correo electrónico adjunto al expediente a folio 404 del cuaderno uno A, Javier Elías Arias Idárraga solicitó: *“PIDO DECRETE SU NULIDAD COMO LO HA HECHO, ANTE LA DENUNCIA PENAL Q (sic) PRESENTO (sic) A MI CONTRA. SOLICITO SE APLIQUE LA NULIDAD EN DERECHO Q (sic) MANDA EL ART (sic) 121 CODIO (sic) GEENERAL (sic) EL (sic) PROCESO, APLICABLE POR REMISION (sic) EXPRESA ART 44 LEY 472 DE 1998 PIDO APLICAR ART (sic) 84 LEY 472 DE 1998 POR QUIEN EN DERECHO CORRESPONDA”*.

Sobre la nulidad propuesta

En primer lugar, es preciso señalar que las nulidades son irregularidades que se presentan dentro de un proceso, que por su gravedad pueden invalidar las actuaciones surtidas en él, de manera que tienen por finalidad garantizar la validez de la actuación procesal y asegurar a las partes el derecho al debido proceso, el acceso a la administración de justicia y la igualdad procesal, entre otros principios constitucionales.

Tratándose en este caso de un aspecto que no fue regulado por la Ley 472 de 1998 debe acudirse a lo dispuesto por el Código General del Proceso¹, por remisión expresa del artículo 44 de la ley 472 de 1998².

Es así, como el artículo 133 del C.G.P. consagra de manera taxativa las causales que pueden dar origen a la declaratoria de nulidad y el artículo 135

¹ En adelante, CGP

² Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones.

del mismo código señala entre los requisitos para alegar una nulidad, que debe expresarse la causal invocada y los hechos en que se fundamenta, y aportar o solicitar las pruebas que se pretenda hacer valer.

Ahora, del examen del escrito contentivo de la solicitud de nulidad presentada por el accionante, se observa que no se invoca ninguna de las causales contempladas en el precitado artículo 133 del C.G.P., ni que la situación descrita en el mismo encuadre en alguna de las descritas en esa norma. Lo anterior, basta para aplicar la consecuencia prevista por el artículo 135 del estatuto adjetivo civil, según el cual “*El juez rechazará de plano la solicitud de nulidad que se funde en causal distinta de las determinadas en este capítulo...*”.

No obstante lo anterior, este Despacho considera pertinente aclarar que la situación referida por el accionante en su solicitud de nulidad, ya se encuentra superada dentro del presente trámite, toda vez que mediante escrito visible de folios 311 a 312 del cuaderno uno, este Magistrado declaró su impedimento para conocer del asunto planteado, siendo objeto de pronunciamiento dicha decisión a través de oficio del veinticuatro (24) de noviembre de 2017 que obra a folio 316 del ibidem.

Por lo descrito se negará la solicitud de nulidad invocada por el coadyuvante Arias Idárraga.


Por lo anterior el Despacho,

RESUELVE

Primero. **NEGAR** la nulidad solicitada por el coadyuvante, Javier Elías Arias Idárraga dentro de la presente actuación constitucional.

Segundo. En firme esta providencia, **CONTINÚESE** con la siguiente etapa procesal de acuerdo con lo expresado en la constancia secretarial que obra a folio 407 del cuaderno uno A, en el sentido que se encuentran aportadas las pruebas decretadas en el presente asunto.

Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

No. 144

FECHA: 14 de octubre de 2020

A handwritten signature in green ink, consisting of several vertical strokes and a horizontal base, resembling the name Héctor Jaime Castro Castañeda.

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA

Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, trece (13) de octubre de dos mil veinte (2020)

PROCESO No.	17001-23-33-000-2018-00284-00
CLASE	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	ALEJANDRO OROZCO CONSTRUCCIONES S.A.
ACCIONADO	MUNICIPIO DE PALESTINA - CALDAS

Estando el proceso a Despacho para fijar fecha para audiencia de pruebas, se encuentra que en virtud del Decreto 806 de 2020 antes de fijar fecha y hora para la realización de la audiencia se hace necesario que las partes informen a este Despacho cuentan con computador con cámara y micrófono, si tienen acceso a internet y cuenta con un correo en donde pueda ser enviado el link mediante el cual deben conectarse a la diligencia que se llevara a cabo de manera virtual.

Por lo anterior en el término de tres (3) días contados a partir del día siguiente de la notificación del presente auto mediante estado electrónico deberá la parte actora **ALEJANDRO OROZCO CONSTRUCCIONES S.A.** y el accionada **MUNICIPIO DE PALESTINA - CALDAS** allegar la información requerida.

De igual forma deberá la parte actora informa el correo del perito Carlos Gilberto Arango Tobón en donde deba enviarse el link de la audiencia de pruebas a fin de que este pueda aclarar y/o adicionar el dictamen pericial rendido en audiencia (prueba de la parte accionante).

Finalmente las partes deberán informar si cuentan con los medios audiovisuales necesarios para llevar a cabo la audiencia de pruebas de manera virtual. En caso

de que no cuenten con los medios tecnológicos se les solicita se informe de manera clara esta situación y presenten propuestas de cómo llevar a cabo la audiencia virtual, ello en aras de garantizar la continuidad del proceso.

Se advierte a las partes y demás intervinientes, que la información requerida deberá ser allegada únicamente al correo sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co. Cualquier documento enviado a dirección distinta, se entenderá por no presentado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Maestrado

<p style="text-align: center;">TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS</p> <p>El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la partes por Estado Electrónico No. 144 del 14 de octubre de 2020. Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.</p> <p>Manizales, _____</p>

<p>HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA Secretario</p>

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, ocho (8) de octubre de dos mil veinte (2020)

PROCESO No.	17001-23-33-000-2019-00466-00
CLASE	PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS
ACCIONANTE	ENRIQUE ARBELÁEZ MUTIS
ACCIONADO	MUNICIPIO DE CHINCHINÁ – CALDAS, CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CALDAS - CORPOCALDAS
VINCULADO	EFIGAS S.A. E.S.P Y EMPOCALDAS S.A E.S.P

Procede la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas a estudiar la aprobación del pacto de cumplimiento celebrado entre las partes en la audiencia consagrada en el artículo 27 de la Ley 472 de 1998, diligencia que tuvo lugar de manera virtual el 23 de septiembre de 2020, dentro del proceso de la referencia.

PRETENSIONES

La parte actora solicita se ordene a las accionadas:

- Monitorear las zonas aledañas en forma permanente sobre la quebrada.
- Realizar inventario de descoles de aguas servidas que vierten en la quebrada, los cuales deben ser conectados a la red principal de alcantarillado.
- Recuperar la franja protectora de la quebrada, dando prioridad a las zonas que afectadas frecuentemente por las corrientes.

- Reparar el proceso de socavación que amenaza con afectar el puente peatonal que comunica el barrio Santa Clara con el barrio el Bosque.
- Llevar a efecto obras de mitigación en el puente para consolidar una estructura que sea sólida y eficiente.
- Aplicar comparendo ambiental ante las basuras y escombros que se presentan.
- La infraestructura sobre los hombros del cauce deben ser retiradas y reconstruidas, con el fin de evitar situaciones a futuro de desastres y emergencias.

HECHOS

Como sustento de las pretensiones la actora sostiene que:

En el Municipio de Chinchiná – Caldas se está viendo afectado un puente que queda sobre una quebrada que comunica a dos barrios Santa Clara y el Bosque; de igual forma el cauce del río se encuentra afectado, presentándose socavación del mismo.

TRÁMITE DE LA DEMANDA

Este Despacho mediante auto del 1 de octubre de 2019 admitió la demanda y ordenó su notificación al señor Agente del Ministerio Público, al representante legal del Municipio de Chinchiná y al representante legal de la Corporación Autónoma Regional de Caldas¹. Se corrió traslado a las entidades demandadas por el término de diez (10) días dentro de los cuales podrían contestar la demanda, solicitar la práctica de pruebas y proponer excepciones. Posteriormente mediante auto del 16 de diciembre de 2019 se ordenó la

¹ De ahora en adelante Corpocaldas

vinculación de Efigas y Empocaldas dándose el correspondiente traslado para que contestaran la demanda, solicitaran práctica de pruebas y propusieran excepciones.

INTERVENCIÓN DE LAS ACCIONADAS

- **MUNICIPIO DE CHINCHINÁ:** a través de apoderado judicial, la entidad territorial manifiesta que se opone a las pretensiones de la parte actora, argumentando que las obras de mitigación del riesgo para evitar la socavación en la margen derecha de la quebrada ubicada en los barrios Santa Clara y el Bosque es competencia de Corpocaldas. De igual forma señala que la entidad territorial ha adelantado gestiones para realizar las obras de mitigación del riesgo que requiere el municipio, de tal suerte que siempre ha estado atento a velar por la seguridad de los habitantes del municipio.

- **CORPOCALDAS:** a través de apoderado judicial la entidad manifestó que se opone a las pretensiones de la actora de un lado porque Corpocaldas no ha vulnerado derecho colectivo alguno puesto que de acuerdo a sus funciones a dado las recomendaciones técnicas y de otro porque las acciones que se deben implementar en el sector, esto es la quebrada cameguadua ubicada a la altura del barrio Santa Clara, recaen en cabeza de la autoridad municipal.

De igual forma de acuerdo a las visitas realizadas por parte de la entidad se hicieron unas recomendaciones técnicas en cuanto a las obras que se pueden realizar para mitigar la problemática que se presenta en el lugar de los hechos.

Así las cosas, solicita se desvincule a Corpocaldas del presente trámite, proponiendo como excepciones la ausencia de transgresión de los derechos colectivos y cumplimiento integral y diligente de las funciones asignadas por la ley a Corpocaldas en atención a su órbita de competencia, sustentado las mismas en las razones ya expuestas.

VINCULADAS

EMPOCALDAS S.A. E.S.P: mediante apoderado judicial da respuesta a la demanda manifestando que se opone a las pretensiones del actor, toda vez que la entidad en momento alguno ha vulnerado los derechos colectivos esgrimidos por el actor. Debe además resaltarse que la entidad no tiene infraestructura cercana al sitio donde el actor señala se esta presentando la problemática.

EFIGAS S.A. E.S.P: al contestar la demanda esgrime que se opone a las pretensiones del actor. Señala que la infraestructura que se ubica en el sector señalado por el actor cumple con todos los lineamientos técnicos, de suerte que en momento alguno pone en riesgo a la comunidad.

AUDIENCIA ESPECIAL DE PACTO DE CUMPLIMIENTO

El 23 de septiembre de 2020 se celebró audiencia de pacto, en ella se presentaron las partes y demás intervinientes debidamente representados, el representante de Corpocaldas informa que trae formula de pacto la cual consiste en la celebración de un convenio con el municipio de Chinchiná para la realización de las obras de mitigación en el punto geográfico, conocido como (puente ubicado sobre la quebrada ubicada en el barrio Santa Clara).

El representante del municipio de Chinchiná informa que la propuesta de acuerdo que les asiste consiste en realizar las obras que de acuerdo a los estudios de Corpocaldas deban ejecutarse.

Tanto la parte demandante como el Ministerio Público están de acuerdo con la propuesta de pacto presentada por las entidades accionadas.

Con la intervención del Magistrado ponente, las partes pactaron el siguiente cronograma para la solución a los problemas planteados por el actor.

A más tardar, al 23 de octubre de 2020, CORPOCALDAS finiquitará el estudio hidrológico, hidráulico y topográfico que permitirá determinar las obras necesarias para intervenir en la quebrada correspondiente.

A fecha 23 de octubre se suscribirá un convenio entre CORPOCALDAS y el Municipio de Chinchiná-Caldas, relativo a la forma en que estas entidades participarán en la construcción de las obras necesarias y determinadas en el estudio, cuyo presupuesto y contratación será por cuenta del municipio de Chinchiná.

El Municipio de Chinchiná. Caldas, se compromete a culminar toda la fase administrativa, presupuestal y contractual necesaria al 1 de marzo del año 2021.

Las obras deberán quedar culminadas al 1 de septiembre del año 2021.

El Municipio también se comprometerá a realizar un programa de sensibilización a la población aledaña sobre la manera en que deben participar en el cuidado y atención de estas fuentes hidrológicas y socialización del convenio a realizar con CORPOCALDAS.

Y por último, para que el Tribunal tenga conocimiento de las obras definitivas que se deben realizar en el punto geográfico de la demanda, CORPOCALDAS se compromete a enviar con destino a este expediente, la conclusión del estudio a más tardar el 23 de octubre del año en curso, a fin de poder hacer seguimiento al cumplimiento de lo aquí acordado.

CONSIDERACIONES

Procede entonces esta Sala de Decisión a pronunciarse sobre la legalidad del pacto de cumplimiento suscrito entre las partes que intervienen en la acción popular de la referencia, alcanzado en audiencia especial celebrada el día 23 de septiembre de 2020 de manera virtual.

La jurisprudencia del Consejo de Estado² frente a los requisitos del pacto de cumplimiento, ha descrito los siguientes:

“De la norma trascrita se desprenden como presupuestos formales y de fondo para la existencia de pacto de cumplimiento, los siguientes:
-La asistencia a la audiencia especial de todas las partes interesadas.
-La proposición por las partes, a iniciativa del juez, de un pacto de cumplimiento que determine la forma de protección de los derechos o el restablecimiento de las cosas a su estado anterior de ser posible.
–Que las partes consientan en las correcciones realizadas por el juez al proyecto de pacto. En estos términos, el pacto de cumplimiento viene previsto para hacer efectiva la primacía del derecho sustancial sobre el procesal y los principios de economía, eficacia y celeridad, a través de un acuerdo de naturaleza conciliatoria o mecanismo de concertación tendiente a ponerle fin al debate judicial originado mediante el ejercicio de la acción popular. Respecto de la aprobación del pacto de cumplimiento la Sección Primera del Consejo de Estado ha señalado lo siguiente: “El Pacto de Cumplimiento es un acuerdo de naturaleza conciliatoria, en el cual el juez, con citación de las personas interesadas, y de la autoridad que realiza el agravio o agresión al derecho colectivo buscará un compromiso mediante el cual, se suspenda la amenaza o agresión del derecho colectivo, y el establecimiento de las cosas a su estado anterior, obviamente, de ser esto posible. Tal Pacto de Cumplimiento, si es suficiente para poner fin a la violación de los derechos, se aprobará por el Juez mediante sentencia. Si no es suficiente, el Juez continuará con la etapa probatoria”.

De acuerdo con la jurisprudencia en cita, se pueden precisar como requisitos que debe reunir el pacto de cumplimiento los siguientes: i. Las partes deberán

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 22 de noviembre de 2007. Rad. 2005-01640. C.P. Marco Antonio Velilla Moreno

formular un proyecto de pacto de cumplimiento. ii. A su celebración deberán concurrir todas las partes interesadas. iii. Se debe determinar la forma de protección de los derechos colectivos que se señalan como vulnerados. Cuando sea posible, determinar la forma en que se restablezcan las cosas a su estado anterior.

Adicionalmente debe tenerse en cuenta que la decisión mediante la cual se aprueba el pacto de cumplimiento, debe partir de la verificación de la conducta que se estima como violatoria de los derechos colectivos que se estiman vulnerados y la constatación de que el compromiso adquirido entre las partes es efectivo y suficiente para cesación de tal conducta.

Procede este Tribunal a abordar en concreto el acuerdo reseñado en precedencia, comenzando por examinar si existe mérito para solicitar la protección de los derechos colectivos dada la vulneración que según los accionantes se ha dado en este asunto.

El demandante atribuye a las entidades accionadas la vulneración o amenaza de los derechos colectivos relativos a la seguridad y salubridad públicas, el derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente y la realización de edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes; como consecuencia de que en el barrio Santa Clara del municipio de Chinchiná existe un puente que queda sobre una quebrada que está siendo afectado por la socavación del margen derecho de la quebrada.

Ahora bien, la fórmula de pacto de cumplimiento aprobada por las partes, con la anuencia del Ministerio Público fue la siguiente:

A más tardar, al 23 de octubre de 2020, CORPOCALDAS finiquitará el estudio hidrológico, hidráulico y topográfico que permitirá determinar las obras necesarias para intervenir en la quebrada correspondiente.

A fecha 23 de octubre se suscribirá un convenio entre CORPOCALDAS y el Municipio de Chinchiná-Caldas, relativo a la forma en que estas entidades participarán en la construcción de las obras necesarias y determinadas en el estudio, cuyo presupuesto y contratación será por cuenta del municipio de Chinchiná.

El Municipio de Chinchiná. Caldas, se compromete a culminar toda la fase administrativa, presupuestal y contractual necesaria al 1 de marzo del año 2021.

Las obras deberán quedar culminadas al 1 de septiembre del año 2021.

El Municipio también se comprometerá a realizar un programa de sensibilización a la población aledaña sobre la manera en que deben participar en el cuidado y atención de estas fuentes hidrológicas y socialización del convenio a realizar con CORPOCALDAS.

Y por último, para que el Tribunal tenga conocimiento de las obras definitivas que se deben realizar en el punto geográfico de la demanda, CORPOCALDAS se compromete a enviar con destino a este expediente, la conclusión del estudio a más tardar el 23 de octubre del año en curso, a fin de poder hacer seguimiento al cumplimiento de lo aquí acordado.

La fórmula de pacto también contó, con el concepto favorable del actoral igual que la aprobación del Ministerio Público, al considerar que el mismo satisface las pretensiones de la acción además de proteger de manera eficiente los derechos colectivos afectados.

De esta manera, en criterio de la Sala, los compromisos adquiridos por el municipio de Chinchiná y Corpocaldas y el actor, se encuentran adecuados e idóneos, tanto para la satisfacción de las pretensiones contenidas en la acción popular, como para la protección efectiva de los derechos colectivos que podrían resultar eventualmente conculcados, toda vez que la realización del acuerdo logrado es factible económica, material y jurídicamente hablando, como quiera que de acuerdo a la manifestación de las entidades el convenio que se celebre entre las partes permite contar con el presupuesto necesario para la ejecución de las obras, además que corresponderán a las recomendaciones técnicas de Corpocaldas y con el asesoramiento de esta entidad.

Con esta fórmula de arreglo se puede hablar de una integralidad con relación a la satisfacción de las pretensiones de la demanda y la protección específica de los derechos e intereses colectivos mencionados, como quiera que al señalar la realización de las obras necesarias para mitigar el riesgo, las medidas de adecuación y el término para realizarlas, se abarca de manera general una solución específica a la problemática planteada, logrando una verdadera eficacia y economía de la administración en el entendido de que ésta asume directamente las responsabilidades por sus acciones u omisiones y así evita la imposición de condenas aún más perjudiciales para su correcto funcionamiento.

En síntesis, la íntegra satisfacción de las pretensiones que dieron origen a esta acción popular y la protección de los derechos colectivos en ella denunciados que podían resultar comprometidos con la acción u omisión de las entidades demandadas; aunado al plazo razonable dentro del cual las mismas se comprometieron a efectuar las actividades que conjuran la amenaza denunciada, constituyen razones suficientes para que este Tribunal apruebe el pacto de cumplimiento celebrado en la audiencia especial llevada a cabo de manera virtual el 23 de septiembre de 2020.

De otro lado, se desvinculará del presente proceso a EFIGAS S.A. E.S.P y a EMPOCALDAS S.A. E.S.P. al evidenciarse en la audiencia de pacto que ninguna injerencia tienen en la vulneración de los derechos colectivos alegados por el actor y en la ejecución de las obras necesarias para la protección de los mismos.

Finalmente, se ordenará la conformación del respectivo Comité de Verificación de Cumplimiento de la Sentencia, el cual estará integrado por un delegado de la Personería del municipio de Chinchiná quien lo presidirá, convocará e informará a esta Corporación; el actor popular, un delegado de Corpocaldas y un delegado del municipio de Chinchiná.

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

RESUELVE:

PRIMERO: APROBAR el pacto de cumplimiento suscrito por las partes en la audiencia especial celebrada de manera virtual el día 23 de septiembre de 2020, dentro del trámite de la acción popular promovida por **ENRIQUE ARELAEZ MUTIS** en contra del **MUNICIPIO DE CHINCHINÁ Y CORPOCALDAS**, cuyo texto es el siguiente:

A más tardar, al 23 de octubre de 2020, CORPOCALDAS finiquitará el estudio hidrológico, hidráulico y topográfico que permitirá determinar las obras necesarias para intervenir en la quebrada correspondiente.

A fecha 23 de octubre se suscribirá un convenio entre CORPOCALDAS y el Municipio de Chinchiná-Caldas, relativo a la forma en que estas entidades participarán en la construcción de las obras necesarias y determinadas en el

estudio, cuyo presupuesto y contratación será por cuenta del municipio de Chinchiná.

El Municipio de Chinchiná. Caldas, se compromete a culminar toda la fase administrativa, presupuestal y contractual necesaria al 1 de marzo del año 2021.

Las obras deberán quedar culminadas al 1 de septiembre del año 2021.

El Municipio también se comprometerá a realizar un programa de sensibilización a la población aledaña sobre la manera en que deben participar en el cuidado y atención de estas fuentes hidrológicas y socialización del convenio a realizar con CORPOCALDAS.

Y por último, para que el Tribunal tenga conocimiento de las obras definitivas que se deben realizar en el punto geográfico de la demanda, CORPOCALDAS se compromete a enviar con destino a este expediente, la conclusión del estudio a más tardar el 23 de octubre del año en curso, a fin de poder hacer seguimiento al cumplimiento de lo aquí acordado.

SEGUNDO: NOMBRASE un Comité de Verificación de Cumplimiento de la Sentencia que estará integrado, por un delegado de la Personería del municipio de Chinchiná-Caldas quien lo presidirá, convocará e informará a esta Corporación; el actor popular, un delegado de Corpocaldas y un delegado del municipio de Chinchiná.

Dicho comité deberá reunirse dentro de los ocho (8) meses siguientes a la ejecutoria del presente pacto, para rendir un informe a este Tribunal sobre el avance de las obras de mitigación del riesgo que deben realizarse en el sector objeto de la presente acción popular.

TERCERO: SE DESVINCULA del presente trámite a **EFIGAS S.A. E.S.P** y a **EMPOCALDAS S.A. E.S.P.**

CUARTO: PUBLÍQUESE la parte resolutive de esta providencia en un diario de amplia circulación nacional, a costa del municipio de Chinchiná. Una vez realizada la publicación mencionada, entidad territorial deberá allegar constancia de su realización.

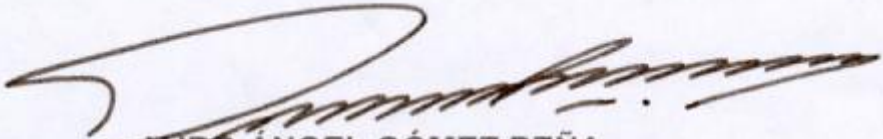
QUINTO: NOTIFIQUESE la presente además, al buzón de notificaciones de la personería del Municipio de Chinchiná- Caldas, para que tenga conocimiento de la presente decisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

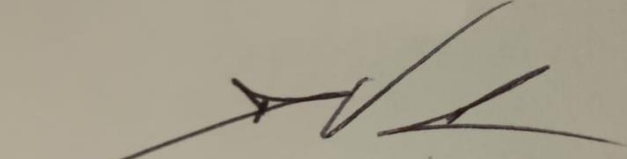
Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Virtual celebrada el 8 de octubre de 2020 conforme Acta n° 050 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
Magistrado



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

<p style="text-align: center;">TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS</p> <p>El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 144 del 14 de octubre de 2020. Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.</p> <p>Manizales, _____</p> <div style="text-align: center;"></div> <hr/> <p style="text-align: center;">HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA Secretario</p>
--



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.S.: 138

Asunto: Corre traslado prueba documental
Medio de control: Nulidad Electoral
Radicación: 17001-23-33-000-2019-00600-00
Demandante: Jorge Eliécer Silva Merchán
Demandado: Jorge Enrique Vargas Franco (concejal del Municipio de La Dorada)

Manizales, trece (13) de octubre de dos mil veinte (2020).

Encontrándose pendiente el presente asunto de la realización de la audiencia de pruebas de que trata el artículo 181 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA, por remisión expresa del artículo 285 del mismo estatuto, observa el Despacho que las pruebas a recaudar son de carácter documental en su totalidad.

Por tal razón, atendiendo el principio de economía procesal y con el fin de darle celeridad al trámite del proceso de la referencia, así como en procura de garantizar el derecho al debido proceso, este Despacho prescindirá de la celebración de la referida audiencia de pruebas, para en su lugar, conceder a las partes la oportunidad de ejercer de manera escrita su derecho de contradicción respecto de la prueba documental aportada por el Consejo Nacional Electoral (obrante en el C.2, y en los documentos nº 16, 17, 20 y 21 del expediente digital) y por el Partido Liberal (visible en los C.3 y C.4).

En consecuencia, **CÓRRESE** traslado a las partes de la prueba documental indicada anteriormente, por el término de tres (3) días, contado a partir de la notificación de este auto, para que aquellas se pronuncien al respecto si lo consideran pertinente. Para tal efecto, al enviar el mensaje de datos correspondiente, la Secretaría de esta Corporación anexará de manera escaneada la prueba documental de la que se corre traslado.


Si al vencimiento del término de traslado indicado las partes no realizan pronunciamiento alguno, se entenderá debidamente allegada la prueba documental referida.

Se advierte a las partes y demás intervinientes que cualquier pronunciamiento que consideren necesario realizar en relación con la prueba documental referida, deberán remitirlos únicamente al correo dispuesto para tal fin, esto es, a sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co. Cualquier documento enviado a otra dirección de correo, se tendrá por no presentado.

Surtido lo anterior, **DEVUÉLVASE** el expediente al Despacho para decidir lo que corresponda.

NOTIFÍQUESE el presente auto por estado electrónico, según lo dispone el artículo 201 del CPACA, en concordancia con el artículo 9 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

No. 144
FECHA: 14 de octubre de 2020

A handwritten signature in green ink, consisting of several vertical strokes and a horizontal base, resembling the name 'Héctor Jaime Castro Castañeda'.

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, ocho (8) de octubre de dos mil veinte (2020)

PROCESO No.	17001-23-33-000-2020-00243-00
CLASE	TRÁMITE DE HOMOLOGACIÓN DE CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL
SOLICITANTE	LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS
ACCIONADO	CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPUBLICA Y LA INDUSTRIA LICORERA DE CALDAS

Procede la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas a estudiar la homologación del acuerdo conciliatorio adelantado ante el Ministerio Público entre la Previsora S.A. Compañía de Seguros y la Contraloría General de la República.

PRETENSIONES

La parte actora solicita se ordene a las accionadas:

PRIMERO: Que se declare la nulidad del acto administrativo Fallo con Responsabilidad Fiscal No. 350 del 29 de agosto de 2019, por haberse proferido el mismo sin arreglo a la normatividad vigente y que se sirve de fundamento para el correcto desarrollo del procedimiento adelantado por la Codemandada Contraloría.

SEGUNDO: Que se declare la nulidad del acto administrativo auto No. 466 del 18 de noviembre de 2019 que resuelve el recurso de reposición interpuesto por los presuntos responsables y la tercera civilmente responsable.

TERCERO: Que se declare la nulidad del acto administrativo auto No. 88 del 31 de enero de 2020 que resuelve el recurso de apelación interpuesto por los presuntos responsables y la tercera civilmente responsable, posteriormente resuelto por la Dirección de Juicios Fiscales de la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva.

CUARTO: Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA- GERENCIA DEPARTAMENTAL COLEGIADA DE CALDAS modificar total o parcialmente los autos No. 350 del 29 de agosto de 2019, Auto No. 466 del 18 de noviembre de 2019 y el Auto No. 88 del 31 de enero de 2020; y en su lugar disponer que:

QUINTO: Declarar la no responsabilidad fiscal de los señores GERMAN SARASTY MONCADA y CÉSAR HUMBERTO LADINO LADINO, al no haber nexo causal entre sus funciones específicas al interior y para la época en la ILC, y la gestión fiscal requerida para ser sujetos de la Responsabilidad Fiscal que se les endilgó.

SEXTO: Ordenar a la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA- GERENCIA DEPARTAMENTAL DE CALDAS para que en su lugar, termine y archive cualquier proceso iniciado en contra de los funcionarios GERMAN SARASTY MONCADA y CÉSAR HUMBERTO LADINO LADINO, conforme a las disposiciones que contrariamente los declararon gestores y responsables fiscales.

SÉPTIMO: Que se declare la no responsabilidad de la compañía LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, al haberse trasgredido las particularidades relacionadas con el contrato de seguro objeto de vinculación de la aseguradora, sin perjuicio de la decisión tomada respecto a la no declaratoria de responsabilidad fiscal de los presuntos responsables, teniendo en cuenta además, la operatividad de la caducidad, la prescripción y la ausencia de cobertura de las pólizas.

OCTAVO: En atención a lo anterior, que se ordene la desvinculación, terminación y archivo de cualquier actuación que se surta en contra de mi representada la PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, ya sea como tercera civilmente responsable o en cualquier otra calidad en que pudiere vincularse al asunto de marras.

CONDENATORIAS

Como consecuencia de todo lo anterior, que se ordene a las codemandadas a pagar título de restablecimiento del derecho, suma de NOVECIENTOS CUARENTA Y CINCO MILLONES DE PESOS M/CTE (\$945.000.000.00) más la indexación e intereses a que haya lugar, valor que se fundamenta en la cifra erogada por mi representada para entonces, por concepto de afectación a la PÓLIZA GLOBAL DE MANEJO SECTOR OFICIAL No. 1001535 y la PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL PARA SERVIDORES PÚBLICOS No. 1001402.

HECHOS

Como sustento de las pretensiones la actora sostiene que:

“...PRIMERO: La Contraloría General de la República- Gerencia Departamental Colegiada de Caldas, inició proceso de responsabilidad fiscal PRF 2015-00329-1742 mediante Auto AP No. 112 del 26 de marzo de 2015, en el cual dispuso como entidad afectada a la hoy codemandada Industria Licorera de Caldas –en adelante ILC-, y dos exfuncionarios de esta, señalados como presuntos responsables de un detrimento fiscal equivalente a la suma de \$1.190.226.814.00, cuya indexación final para la fecha del fallo con responsabilidad fiscal arrojó el valor de \$1.543.105.619.00; todo a raíz de una sanción administrativa proveniente de la DIAN por inexactitudes en declaración de impuesto sobre las ventas ocurridas para el año 2002 respecto de la tributación de la ILC.

SEGUNDO: Conforme a lo relatado en el hecho anterior, el presunto detrimento se dio por inexactitudes en la declaración de impuestos sobre las ventas en los seis bimestres del año 2002, donde al parecer,

cierta mercancía declarada como exportada al Archipiélago de San Andrés y Providencia, en realidad, no tenía soporte alguno de dicho trámite, mucho menos un recibo de importación, entre otros, conforme se habría estipulado en el contrato 2055 del 23 de febrero de 1994.

TERCERO: *A raíz de dichas inexactitudes en el año 2002 en las declaraciones de IVA, y cursando el respectivo procedimiento adelantado por la DIAN, se profirió por parte de esta requerimiento especial por cada uno de los seis bimestres, posteriormente evidenciando dicha inexactitud e imponiendo una sanción a la Industria Licorera de Caldas de conformidad al artículo 647 del Estatuto Tributario Caldas, pues en el rigor probatorio se estableció que dicha mercancía declarada no salió del territorio nacional.*

CUARTO: *Frente a dicha actuación de la DIAN, se interpusieron los recursos de Ley, en su totalidad rechazados sus fundamentos por parte del ente y se siguió adelante con la actuación correspondiente a la sanción impuesta; así mismo, adelantó la ILC proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, igualmente con resultados desfavorables para la sociedad inconforme.*

QUINTO: *Conforme al hecho anterior, la ILC se acogió al beneficio que contempla el artículo 148 de la Ley 1607 de 2012 con el fin de acceder a una rebaja del monto total de la sanción, donde finalmente se canceló la suma definitiva de \$4.669.187.000.00 tal y como lo certifico en los años 2013 y 2014 la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Manizales.*

SEXTO: *La Gerencia Departamental Colegiada de Caldas, fundamentó la apertura del proceso y la posterior decisión de proferir fallo con responsabilidad fiscal, en que el hecho generador del daño patrimonial investigado se constituyó en el pago efectuado por la entidad afectada "en virtud a la sanción económica impuesta por la División de Fiscalización Tributaria y Aduanera.*

SÉPTIMO: *Dicho fallo se fundó básicamente y en voz de la Contraloría, por la calidad de gestores fiscales de los presuntos responsables, German Sarasty Moncada (Subgerente General de la ILC) y César Humberto Ladino (Jefe de División de Ventas Nacionales e Internacionales de la ILC), quienes en su sentir omitieron haber adelantado todas las gestiones y/o acciones necesarias para evitar las sanciones que fueron impuestas por la DIAN respecto de las inexactitudes tributarias frente a las exportaciones/importaciones en el año 2002 respecto del contrato con el archipiélago de San Andrés y Providencia.*

OCTAVO: *Por otra parte, y si bien los presuntos responsables y para entonces la tercera civilmente responsable, la cual funge hoy como mi representada, alegaron además de la presunta inexistencia de gestión fiscal por parte de estos, la prescripción del proceso fiscal, la caducidad de la acción fiscal, la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro, así como la ausencia de cobertura de las pólizas por medio del cual se le vinculó al proceso a la compañía de seguros, estos fueron desestimados por la codemandada Colegiatura.*

NOVENO: *Ahora bien, pese a que el auto de apertura del proceso de Responsabilidad Fiscal se dio para el día de 2015, es decir más de 12 años del hecho generador del presunto detrimento, se siguió el curso del mismo, se despacharon las etapas probatorias y de descargos, arribando finalmente al fallo con responsabilidad fiscal que hoy se ataca.*

DÉCIMO: *La decisión precitada, evidentemente adolece de apreciaciones por parte de la Contraloría respecto de todos los elementos que fueron expuestos, para entonces, por la compañía de seguros, especialmente en los aspectos atinentes a los contratos de seguro por medio de los cuales fue vinculada como tercera civilmente responsable en el marco de la ley 640 de 2000, estos son:*

DÉCIMO PRIMERO: *Póliza de Responsabilidad Civil Servidores Públicos No. 1001402 con vigencia desde el 16 de septiembre de 2001 hasta el 16 de septiembre de 2002 y del 16 de septiembre de 2002 al 16 de septiembre de 2003, modalidad de contratación Claims Made, es decir amparaba para entonces, las reclamaciones hechas por el tomador/asegurado durante la vigencia de la póliza.*

DÉCIMO SEGUNDO: *Póliza Global de Manejo Sector Oficial No. 1001535, expedida bajo la modalidad de ocurrencia, cuya vigencia se estipuló desde el 29 de septiembre de 2001 hasta el 29 de septiembre de 2003, es decir, amparaba los hechos susceptibles de afectación de la póliza una vez estos acaecieran en la vigencia de la misma.*

DÉCIMOTERCERO: *En su momento, la compañía aseguradora, como se relató previamente, fincó su defensa en tres aristas básicas, la prescripción del contrato de seguro de la que trata el artículo 1081 del Código de Comercio, la contenida en el artículo 9 de la Ley 600 de 2001, y la ausencia de cobertura en ambos contratos de seguro, a saber: la Póliza de Responsabilidad Civil Servidores Públicos No. 1001402 y la Póliza Global de Manejo Sector Oficial No. 1001535; en primer lugar, por la ausencia de cobertura por el límite temporal y luego, por estar el riesgo expresamente excluido al haberse derivado*

de una sanción administrativa de la DIAN como claramente lo fundamentó la Contraloría en la parte motiva del fallo conculcado.

DÉCIMO CUARTO: *Para el día 29 de agosto de 201, mediante auto No. 350 se profirió fallo con responsabilidad fiscal en cabeza de los funcionarios antes mencionados, y en cabeza de la compañía aseguradora que hoy represento, se impuso la obligación de acudir al pago de \$945.000.000.oo en su calidad de tercera civilmente responsable y con fundamento en el contrato de seguro que ya hemos referenciado previamente.*

DÉCIMOQUINTO: *Ante dicha decisión, se propusieron los recursos de ley, esto es de reconsideración y en subsidio apelación como lo contempla la normativa que regula la materia tantas veces mencionada, básicamente en una precisa contradicción a los argumentos que se sirvieron de base a la primera instancia, que evidenciaban sin lugar a duda alguna, los yerros apreciativos de la Contraloría al tomar una decisión sin apreciación conjunta del material probatorio y los argumentos que desarrollaban los mismos por los sujetos procesales.*

DÉCIMOSEXTO: *El recurso de reposición presentado por los presuntos responsables y mi representada, fue resuelto desfavorablemente mediante Auto No. 466 del 18 de noviembre de 2019; cuya decisión fue no reponer la decisión basado en una ampliación y somera apreciación de argumentos que sirvieron de base para el fallo con responsabilidad No. 350 del 29 de agosto de 2019, sin que se ahondara en las vicisitudes que fueron expuestas por los recurrentes o se hiciera un análisis de fondo.*

DÉCIMOSÉPTIMO: *Ante la negativa del recurso de reposición mencionado, se dio el trámite correspondiente al recurso de apelación subsidiario interpuesto por las partes, mediante una relación de los antecedentes del proceso y ratificando la posición tomada por la Colegiatura de Caldas, fue resuelto el mismo por la Dirección de Juicios Fiscales de la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva mediante auto No. 88 del 31 de enero de 2020, resolviendo no revocar el fallo atacado y por consiguiente, confirmando la decisión antecedente.*

DÉCIMOCTAVO: *Además de los yerros expuestos en que incurrió la Contraloría codemandada, se avizoró que sin lugar alguna duda pretendió pasar por alto el fallecimiento de la persona quien en efecto era la verdadera encargada o en quien recaía la Gestión Fiscal o Gestión patrimonial de la ILC, esto es, el señor Luis José Restrepo Restrepo y, en su defecto, declaró responsables a dos funcionarios que*

conforme sus alegaciones, no ostentaban dicha calidad, y no tenían un poder decisorio respecto de las formas de contratación o la aprobación/rechazo de los proyectos y/o exportaciones.

DÉCIMONOVENO: *Ahora, la Industria Licorera de Caldas- ILC, siendo la Empresa y/o entidad afectada por el presunto detrimento fiscal derivado de la sanción administrativa impuesta por la DIAN, cuyo valor final e indexado alcanzó la cifra de \$1.543.105.619.00, obra en el presente asunto en su calidad de tomadora y asegurada de las multicitadas pólizas de seguro, es decir, la Póliza de Responsabilidad Civil Servidores Públicos No. 1001402 y la Póliza Global de Manejo Sector Oficial No. 1001535; por lo que, una vez se impuso la obligación de pago a la aseguradora, fue esta quien recibió con arreglo a los límites de valor asegurado, la cifra de \$945.000.000.00 por concepto del detrimento patrimonial reseñado.*

VIGÉSIMO: *La compañía en razón del fallo con responsabilidad ejecutoriado el pasado 03 de febrero de 2020, se vio obligada a realizar el pago por concepto de NOVECIENTOS CUARENTA Y CINCO MILLONES DE PESOS M/CTE (\$945.000.000.00), constituyendo dicho pago, en un perjuicio patrimonial considerable e injustificado el cual no está llamada a soportar.*

VIGÉSIMOPRIMERO: *Evidentemente, el fundamento de la presente solicitud pretende la Nulidad y Restablecimiento del Derecho del auto por medio del cual se dispuso el fallo con responsabilidad fiscal y aquellos subsecuentes que resolvieron sendos recursos interpuestos por las partes, que de no haberse incurrido en las erradas apreciaciones de dicha colegiatura, luego mi representada no debió haber erogado suma alguna en favor de la Industria Licorera de Caldas.*

VIGÉSIMOSEGUNDO: *Por consiguiente, es la Industria Licorera de Caldas o en su Defecto la Contraloría General de la República- Gerencia Departamental Colegiada de Caldas, quienes están llamadas a retribuir, a título de Restablecimiento del Derecho, la suma antes señalada por el valor que le fuere impuesto mediante el Auto No. Auto 350 del 29 de agosto de 2019.*

VIGÉSIMOTERCERO: *Lo anterior, permite establecer que la decisión a la que arribó la Contraloría en ambas instancias, supone una contravención a las formas del mismo procedimiento, al fondo del asunto, y por ende adolece de una nulidad que debe no solo invalidar los efectos de dicha decisión, sino que restablecer los derechos y el patrimonio de mi representada, por el gasto en que incurrió por la decisión adoptada, tal y como se plantea en el juramento estimatorio subsecuente..."*

FUNDAMENTOS DE DERECHO Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Señala el actor que La presente solicitud de conciliación prejudicial, encuentra su fundamento conforme a lo expuesto en los artículos 1, 2, 4, 13, 29, 93, 26, 29, 238 y 267 de la Constitución Política de Colombia, el artículo 26 de la ley 640 de 2001, y los artículos 137 y subsiguientes de la ley 1437 de 2011- Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el artículo 35 del Código Contencioso Administrativo. Además del contenido de los artículos relacionados con el supuesto fáctico, artículos 1047, 1048, 1055, 1054, 1056, 1072, 1081, 1162 y s.s. del Código de Comercio, artículos 2 y s.s. de la Ley 610 de 2000, artículo 4 de la Ley 389 de 1997, el artículo 1602 del Código Civil, la Circular No. 005 del 16 de marzo 2020 de la Contraloría General de la República, Resolución Ordinaria No. ORD-80112-0737-2019 del 18 de noviembre de 2019 expedida por la Contraloría General de la República y demás disposiciones aplicables.

CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

1. Expedición irregular por falta de motivación de los actos administrativos en cuestión: Improcedencia de atribuir gestión fiscal a los declarados responsables

De forma general, los denominados presuntos responsables, y hoy declarados responsables por su supuesta gestión fiscal, evidenciaron en el periplo probatorio, toda y cada una de las particularidades que se dieron en el proceso de contratación directa que conllevó posteriormente a las inexactitudes tributarias con la DIAN por los seis bimestres del año 2002 respecto de la distribución de bebidas alcohólicas al archipiélago de San Andrés y Providencia, en resumidas cuentas, se lograba establecer sin duda alguna que sobre dichas personalidades, no podría recaer la calidad de gestores fiscales, tal y como lo exige la Ley 610 de 2000 en cuestión.

No se valoraron correctamente las pruebas aportadas por la tercera civilmente responsable, mucho menos se resolvieron de fondo sus descargos.

No siendo suficiente, las cuestiones probatorias suscitadas por la compañía de seguros para entonces, nunca se les surtió un análisis de fondo como era estrictamente necesario, máxime si se tienen en cuenta todos los argumentos antecedentes que se han expuesto ampliamente y cuyo soporte jurisprudencial y normativo no da pie a dilucidar lo contrario, evidentemente, la Contraloría erró en la apreciación del *onus probandi*, sobre todo, las reglas dispuestas por la Ley 610 del 2000 sobre la necesidad de la prueba para llegar a un fallo adecuado. Alude al artículo 44. De esa ley que señala: VINCULACION DEL GARANTE. Cuando el presunto responsable, o el bien o contrato sobre el cual recaiga el objeto del proceso, se encuentren amparados por una póliza, se vinculará al proceso a la compañía de seguros, en calidad de tercero civilmente responsable, en cuya virtud tendrá los mismos derechos y facultades del principal implicado.

La vinculación se surtirá mediante la comunicación del auto de apertura del proceso al representante legal o al apoderado designado por éste, con la indicación del motivo de procedencia de aquella.

Señala que, como puede observarse en los antecedentes del proceso de responsabilidad fiscal, las Colegiaturas tanto en el fallo como en sus etapas consecuentes de resolución de recursos, fue repetitiva y en ningún momento entró a resolver de fondo las cuestiones que fueron suscitadas por la tercera civilmente responsable vinculada al proceso, se echó de menos la documental y testimonial practicada, que no ofrecía dudas respecto a la ausencia de cobertura de ambas pólizas, bajo el único argumento de la prevalencia de la connotación patrimonial que persigue, por sobre el fin privado.

En este orden de ideas, los motivos del acto administrativo, comúnmente llamados "considerandos", deberán dar cuenta de las razones de hecho, precisamente circunstanciadas, y de derecho, que sustenten de manera suficiente la adopción de determinada decisión por parte de la administración pública, así como el razonamiento causal entre las razones expuestas y la decisión adoptada

2. Falsa motivación de los actos administrativos:

Por error de hecho: Exclusión por reclamaciones derivadas de sanciones administrativas- póliza responsabilidad civil servidores públicos no. 1001402 modalidad *claims made*.

A pesar que en su momento se solicitó la desvinculación de la aseguradora respecto de la póliza responsabilidad civil servidores públicos no. 1001402 al operar la ausencia de cobertura por contener una exclusión en sus clausulados dirigidos a la exclusión contractual derivada del pago de multas o sanciones administrativas, dicha situación fue igualmente desestimada por la colegiatura de caldas, siendo una situación expresa y más aún, si se trae a colación que el auto de imputación subsecuente al auto de apertura y las recopilaciones probatorias, tenían como fundamento la imposición de la sanción más intereses es sobre la misma que habría impuesto la DIAN por las irregularidades en la liquidación del IVA de los seis bimestres del año 2002. En ese sentido, manifiesta, es importante retrotraer lo plasmado respecto de las exclusiones contenidas en el clausulado anexo a la póliza de responsabilidad civil no. 1001402:

"exclusiones

"En ningún caso estarán cubiertos bajo la presente póliza:
(...)

f) Multas o sanciones penales o administrativas impuestas a la entidad tomadora o a los funcionarios asegurados..." (subrayas y negrilla fuera de texto original).

Reitera que si se acompaña el criterio por medio del cual se hizo el despliegue del proceso de responsabilidad fiscal, como lo adujo en su momento la contraloría, en razón a la sanción por las inexactitudes en la declaración del IVA por parte de la Industria Licorera de Caldas, evidentemente, era una situación que debía mantener indemne a la compañía de seguros, además de encontrarse por fuera de las vigencias contratadas entre los años 2002 y 2003, por ser un riesgo expresamente excluido en los clausulados aplicables.

Lo anterior obedece a las previsiones que facultan a la actora para expedir, dentro de los márgenes del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, la Superintendencia Financiera de Colombia y el Código de Comercio, diferentes tipos de pólizas bajo sus condiciones y restricciones, así lo contempla el artículo 1056:

Así las cosas, no es cierto que la finalidad de las compañías de seguro en el marco de la responsabilidad fiscal sea el de mantenerse indemnes para la cobertura de siniestros de esta índole, por el contrario, es precisamente la libertad negocial y comercial la que le permite eventualmente cubrir este tipo de sucesos en favor de los tomadores y/o asegurados; no obstante, así como está obligada a acudir al pago del siniestro una vez este se encuentre demostrado, tampoco es menos cierto que podrá elegir libremente y bajo los parámetros legales, la forma en que brindará cobertura para alguno o todos los riesgos, y en su libre manifestación de la voluntad, el otro extremo contractual accederá o no al pago de la prima y a hacer parte de dicho contrato.

La ausencia de un análisis de fondo y de la mayor objetividad al presente caso, permitió que la Contraloría General de la República- Gerencia Departamental Colegiada de Caldas, incurriese en este tipo de yerros de apreciación

probatoria, luego ello no obsta para que en esta instancia se suscite la controversia en aras de que se declare la nulidad de los actos administrativos señalados y el posterior restablecimiento del derecho.

Prescripción de las obligaciones originadas en el contrato de seguro póliza global de manejo sector oficial no. 1001535

Resulta especialmente importante, señalar la contradicción a la que arribó la Colegiatura al momento de fallar con responsabilidad fiscal y vincular a la compañía de seguros, pues téngase en cuenta que la póliza Global de Manejo Sector Oficial No. 1001535 opera en la modalidad OCURRENCIA, es decir dicha póliza fue destinada para cubrir siniestros acontecidos en el lapso de tiempo de dicha cobertura, esto es desde el 29 de septiembre de 2001 al 29 de septiembre de 2002 y del 29 de septiembre de 2002 al 29 de septiembre de 2003.

Ahora bien, en voces de la Contraloría, el detrimento patrimonial se consolida al momento en que la ILC se acoge a los beneficios tributarios para el pago de la sanción administrativa impuesta por las inexactitudes tributarias tantas veces relatada en dicho fallo, esto es para el año 2013, lo que desde allí indicaría que la vigencia previamente señalada no se enmarca en las fechas suscitadas por el ente, contrario a ello, no fue renovada o contratadas nuevas vigencias, por lo que dicho contrato no ofrecía cobertura.

Veamos que el clausulado anexo a la póliza contempla que:

“condiciones generales
condición primera- amparos y exclusiones
amparos

LA PREVISORA, EN CONSIDERACION A LAS DECLARACIONES QUE EL TOMADOR HA HECHO EN LA SOLICITUD, LAS CUALES SE INCORPORAN A ESTE CONTRATO PARA TODOS LOS EFECTOS, AMPARA A LA(S) ENTIDAD(ES) ESTATAL(ES) ASEGURADA(S) CONTRA

LOS RIESGOS QUE IMPLIQUEN MENOSCABO DE FONDOS Y BIENES, CAUSADOS POR SUS EMPLEADOS EN EL EJERCICIO DE LOS CARGOS AMPARADOS, POR ACTOS QUE SE TIPIFIQUEN COMO DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA O FALLOS CON RESPONSABILIDAD FISCAL, SIEMPRE Y CUANDO EL HECHO SEA COMETIDO DENTRO DE LA VIGENCIA DE LA PRESENTE PÓLIZA

Por consiguiente, el fallo de la Contraloría fue evidentemente contrario al contenido de la póliza y su clausulado, más si el hecho que suscitó la controversia fue para los meses de mayo y julio de 2013 –pago de la sanción–, anualidad en la cual no se había contratado por parte de la Industria Licorera de Caldas, renovación alguna de la póliza vinculada, mucho menos alguna otra que cubriese este tipo de eventos, máxime al transcurrir más de 12 años desde los hechos que fueron objeto de las indagaciones.

Afirma que las premisas anteriores, conllevan a considerar que desde cualquier momento en que se pretenda ubicar el hecho generador del detrimento patrimonial que da lugar a las acciones, evidentemente riñe con la naturaleza del contrato de seguro en mención, a saber:

Si el hecho generador se pretende ubicar por el ente de Control Fiscal para la anualidad del 2002 o años subsecuentes, luego, la prescripción ordinaria, especialmente la extraordinaria, de la que trata el Artículo 1081 del Código de Comercio, incluso de la que trata la Ley 610 de 2000, ya se habría consolidado en razón del paso del tiempo, es decir, al tenerse como notificación para tal fin el auto de apertura de proceso, luego como se ha subrayado de manera insistente, transcurrió mucho más que cinco años posterior al hecho generador, siendo la prescripción una situación insanable, mucho menos bajo los criterios que fueron señalados por las Contralorías.

Finalmente, si quisiera entonces tenerse como fecha del hecho generador, la anualidad de 2013, fechas en que se realizó el pago de la sanción impuesta por la DIAN, como hecho generador y que da base a la acción, luego, al proceso

no se arrió ni vinculó el contrato de seguro adecuado o aquel que en su modalidad de OCURRENCIA se encontrase brindando cobertura para el año 2013, pues conforme las condiciones previamente citadas, la cobertura va dirigida a hechos ocurridos durante la vigencia de la póliza. Es por ello, que de manera reiterativa, el acto administrativo que hoy se ataca, carece de toda validez, porque no había una metodología legal que permitiese la vinculación, o tan siquiera la decisión de condenar a la Previsora S.A. como tercera civilmente responsable, por los argumentos ya expuestos.

Por error de derecho: Ausencia de cobertura por límite temporal de la póliza responsabilidad civil servidores públicos no. 1001402 modalidad 'claims made'.

Como se advirtió previamente, las decisiones tomadas por la Contraloría General de la República en ambas instancias, permitió la configuración de las causales de nulidad señaladas, pues en este punto, valga recordar que nada se analizó respecto de la modalidad de contratación de la póliza, por lo que dicha premisa permite concluir que sin un análisis de fondo, tampoco se utilizó más que el argumento netamente subjetivo del ente al referir que "de operar la cláusula Claims Made de este tipo de pólizas nunca se cumpliría con el fin de retribuir el detrimento patrimonial de la entidad afectada" sin que se valorase las cuestiones inherentes al contrato de seguro.

Para el caso del contrato de seguro precitado, el cual evidentemente operaba en la modalidad Claims Made, es decir, por reclamaciones formuladas en la vigencia contratada y hallada en la carátula de la póliza conforme las condiciones en las que se pactó dicho contrato. Así las cosas, para que hubiese sido procedente la afectación eventual de la póliza en cita, luego la apertura del proceso, el cual evidentemente es notificado a la compañía de seguros, debió ser en el límite temporal hallado en las vigencias para las cuales se contrató la póliza.

En ese sentido, el desbalance jurídico y económico que se cimenta en torno a la Previsora S.A. se concreta al momento en que deja de percibir una prima, como elemento esencial del contrato de seguro, desde la calenda del 2003 hasta la fecha, no obstante, en voz de la Contraloría y del fallo atacado, dicho valor asegurado y reservas de las compañías deben estar sometidas a la posteridad y voluntariedad del ente de control fiscal.

Señala que debe tenerse en cuenta, que las altas cortes han sostenido un criterio uniforme en el sentido en que el contrato de seguro y todas las acciones que del mismo se derivan, nacen a raíz de normas sustanciales civiles/comerciales, y son propias de sus formalidades, deben someterse a dicho régimen, pues como ya se ha dicho reiteradamente, las eventuales obligaciones que de allí emanan es en virtud de las condiciones plasmadas en el contrato, no en atención a la responsabilidad fiscal que reputa la Contraloría.

En este orden de ideas sostiene, se tiene que la obligación indemnizatoria se activa con la ocurrencia del siniestro y con la reclamación por parte del afectado, es decir estas fechas deben estar dentro de la vigencia de la póliza contratada.

Por ende, este hecho debe ser imputable al asegurado y que la reclamación se debe realizar en vigencia del seguro, pues esta es la condición para que el siniestro sea indemnizable, de acuerdo a la modalidad contratada *claims made*.

En consecuencia, se requiere que, en ambos casos se cumplan con la exigencia de que la reclamación se haga dentro del lapso de vigencia de la convención.

Prescripción de las obligaciones derivadas del contrato de seguro- póliza de responsabilidad civil para servidores públicos no. 1001402 modalidad *claims made*

Señala que el contrato de seguro Póliza de Responsabilidad Civil para Servidores Públicos No. 1001402 modalidad *Claims Made*, además de no ofrecer cobertura por las situaciones motivadas previamente, otra razón adicional es la prescripción del contrato de seguro de que trata el artículo 1081 del Código de Comercio.

"ARTÍCULO 1081. <PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES>. La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.

La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.

La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho.

Estos términos no pueden ser modificados por las partes."

Señala que conforme a lo anterior, debe tenerse en cuenta que la vigencia de la misma correspondía desde el 16 de septiembre de 2001 hasta el 16 de septiembre de 2002 y del 16 de septiembre de 2002 al 16 de septiembre de 2003, modalidad de contratación *Claims Made*, es decir amparaba para entonces, las reclamaciones hechas por el tomador/asegurado durante la vigencia de la póliza.

Por ello resulta palmaria la prescripción extraordinaria por haber pasado más de cinco años, teniendo en cuenta que, se pactó bajo la modalidad *claims made*, es decir, la reclamación opera siempre que se haga dentro del término pactado en el contrato de seguro, esto es, como máximo hasta el 16 de septiembre de 2003, cosa que no ocurrió y pasó más del tiempo contemplado por la normativa desde su última vigencia y posible reclamación.

Por último, y en cuanto a la prescripción extraordinaria, la norma es clara y así lo ha acompañado la jurisprudencia de las altas Cortes desde entonces, que

dicho término correrá de forma indistinta para todos, y desde que nace el respectivo derecho, teniendo en cuenta entonces la valoración objetiva que debe hacerse sobre el particular, dicho término extintivo inició desde el año 2003, fecha para la cual no solo ya encontraba su vigencia final la póliza en mención, sino que ya se había surtido el trámite administrativo por parte de la DIAN, que eventualmente hubiere podido poner en contexto de la realización de algún riesgo a la compañía aseguradora o por parte del tomador/asegurado.

Prescripción de las obligaciones derivadas del contrato de seguro- póliza global de manejo sector oficial no. 1001535- artículo 1081 código de comercio.

Considera que la jurisprudencia actual que rige la materia en procesos de responsabilidad fiscal, ha sido unívoca en cuanto al tratamiento que debe imprimirse a los contratos de seguro por medio de los cuales se vincula a las denominadas terceras civilmente responsables, en este caso, LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS en vigencia de dicho procedimiento, alegó la prescripción a la que hace referencia el código de comercio en su artículo 1081, pues si se tiene en cuenta su contenido, aunado a la multicitada jurisprudencia, se clarifica el error cometido por la Colegiatura al momento de emitir el fallo.

Caducidad y/o prescripción de la acción de responsabilidad fiscal:

Sostiene que la Contraloría General de la República evidentemente desconoció normas procedimiento, pues los hechos constitutivos del supuesto agravio económico o detrimento patrimonial a la Industria Licorera de Caldas- ILC, se dieron para el año 2002, no obstante, el auto de apertura del proceso de Responsabilidad Fiscal, data del año 2015, es decir, más de doce (12) años después de la ocurrencia de los hechos, se inició la gestión investigativa y procedimental por parte de la Contraloría codemandada.

Dado lo anterior, resulta claro que toda la actuación llevada a cabo desde su apertura era nula, es decir, se desplegó toda la acción fiscal desconociendo los preceptos mismos de esta contenidos en la Ley 610 de 2000, es decir, si tenemos en cuenta que el contenido de la norma en cita, es sumamente clara respecto a los tiempos de Caducidad y/o Prescripción, tal y como lo relata el artículo 9° que pasa a citarse:

3- Nulidad del acto administrativo por inobservancia de normas a las que debía estar sujeto

Todos los señalamientos o causales de nulidad frente a los actos administrativos atacados, vulneran de forma evidente las premisas Constitucionales que blindan toda y cada una de las actuaciones del Estado mediante sus agentes o entidades, como no es distinto, debe imprimirse un trámite ceñido al debido proceso y al derecho de defensa, lo cual no ocurrió en el trámite fiscal adelantado por la Contraloría.

TRÁMITE DE LA SOLICITUD DE CONCILIACIÓN

El 17 de junio de 2020, la Procuraduría 28 Judicial II Para Asuntos Administrativos, admitió la solicitud de conciliación presentada el 12 de ese mes y año, y convocó audiencia para el 5 de agosto de 2020 a las partes involucradas.

Presentes las partes en la audiencia respectiva, la apoderada de la Contraloría General de la República, manifiesta: "la decisión del Comité de Conciliación de la Contraloría General de la república, en la sesión extraordinaria virtual No.12 del 17 de julio de 2020, se adoptaron las siguientes determinaciones: Con respecto a la decisión de tener como Tercero Civilmente Responsable a LA PREVISORA S.A COMPAÑÍA DE SEGUROS identificada con Nit. 860.002.400-2 por razón de la expedición de la Póliza de Responsabilidad Civil Servidores

Públicos No. 1001402 con vigencia desde el 16 de septiembre de 2001 hasta el 16 de septiembre de 2002 y del 16 de septiembre de 2002 al 16 de septiembre de 2003, modalidad de contratación Claims Made, valor asegurado \$1.000.000.000; se decidió por unanimidad, proponer fórmula de conciliación judicial, en los siguientes términos: -Revocar directa y únicamente la decisión de tener como tercero civilmente responsable a LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., en virtud de la Póliza de Responsabilidad Civil de Servidores Públicos No. 1001402, con vigencia desde el 16 de septiembre de 2001 hasta el 16 de septiembre de 2002 y del 16 de septiembre de 2002 al 16 de septiembre de 2003, valor asegurado \$1.000.000.000, en el proceso de responsabilidad fiscal No. PRF 2015-00329-1742 adelantado por la Gerencia Departamental Colegiada de Caldas; toda vez que atendiendo el contenido de la misma y de conformidad con el artículo 4 de la Ley 389 de 1997, se estableció que por haber sido pactada bajo la modalidad de contratación Claims Made, el Auto de Apertura No. 112 del 26 de marzo de 2015, fue expedido por fuera de su vigencia. Esta decisión será adoptada, sin reconocimiento de perjuicio alguno a favor de LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. -La revocatoria parcial se adelantará por la dependencia competente de la Contraloría Delegada para Responsabilidad Fiscal, Intervención Judicial y Cobro Coactivo; de conformidad con lo establecido por la Resolución Organizacional 0748 de 2020, en un término de (30) días luego de la aprobación judicial correspondiente. -En el evento de que haya habido pago de LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. por razón de la decisión adoptada por los actos acusados y que afecta la Póliza de Responsabilidad Civil de Servidores Públicos No. 1001402; la autoridad administrativa competente, dentro de los 30 días siguientes a la firmeza del acto de revocación parcial, adoptará las medidas necesarias para solicitar a la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda, la devolución de los recursos correspondientes, sin lugar al reconocimiento de indexación, ni de intereses de ninguna índole. En lo que atañe a la decisión de tener como Tercero Civilmente Responsable a LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS identificada con

Nit. 860.002.400-2 por razón de la expedición de la Póliza Global de Manejo Sector Oficial No. 1001535, bajo la modalidad de ocurrencia, cuya vigencia se estipuló desde el 29 de septiembre de 2001 hasta el 29 de septiembre de 2003, suma asegurada \$50.000.000; el Comité de Conciliación acogió la recomendación de NO CONCILIAR porque [i] por la naturaleza del hecho que dio lugar a la generación del daño patrimonial al Estado, no se está frente a los fenómenos de la prescripción de la responsabilidad fiscal, ni de caducidad de la acción fiscal; y [ii] el artículo 120 de la Ley 1474 de 2011 no dejó duda respecto a que las pólizas de seguros por las cuales se vincule al proceso de responsabilidad fiscal al garante en calidad de tercero civilmente responsable, prescribirán en los plazos previstos en el artículo 9o de la Ley 610 de 2000". Se anexa la certificación de fecha 17 de julio de 2020 que expide la Secretaria Técnica del Comité de Conciliación de la Contraloría General de la República.

La Industria Licorera de Caldas, informa que la decisión tomada por el comité de conciliación de la entidad en relación con la solicitud incoada manifiesta: "El Comité de Conciliación de la ILC en sesión del 28 de julio de 2020, acta 14, decidió por unanimidad de sus miembros no conciliar, teniendo en cuenta que la Industria Licorera de Caldas no es la llamada a restablecer el derecho solicitado por la Previsora S.A. Compañía de Seguros, al igual que los actos administrativos objeto de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho fueron emitidos por la Contraloría General de la República, por lo que la Industria Licorera de Caldas no tuvo injerencia en las decisiones tomadas por esta autoridad fiscal". Se anexa el acta de la reunión del Comité de Conciliación de la Industria Licorera de Caldas.

El apoderado de la Previsora S.A, manifestó: "Ratificamos nuestra intención de aceptar en su totalidad la propuesta realizada por la Contraloría General de la República y con ella conciliar la totalidad de pretensiones de la solicitud. Se acepta así mismo que la Contraloria no reconocerá indexación, perjuicios e intereses de ninguna índole a cargo de su patrimonio y que se limitará a la

devolución del dinero que llegare a corresponder. Dado que el 19 de Mayo de 2020, se realizó consignación en el Banco Popular a órdenes del Tesoro Nacional por la suma de \$ 1.000.077.189., y que en ella están incluidos no sólo el pago de los valores asegurados, sino también los intereses que corrieron desde el mes de febrero de 2020 en que adquirió ejecutoria formal los actos administrativos hasta 19 de mayo de 2020, fecha de realización de la consignación, se solicita que se aclare que la palabra " intereses de toda índole" habrá de entenderse, respecto al no pago de intereses de ninguna índole respecto a pagos que deba hacer la contraloría con su patrimonio, pero que podrá ordenarse la devolución de los intereses consignados por previsor, en proporción al valor del seguro objeto de la revocatoria directa". Anexó el Acta del Comité de Conciliación Judicial de la Previsora S,A, de fecha 31 de julio de 2020, donde se aprueba la oferta de la Contraloría General de la República. La apoderada de la Contraloría solicitó que se suspendiera la audiencia para que se estudiara la nueva solicitud de los pagos de los intereses causados y pagados por la Previsora S.A. desde el 4 de febrero de 2020 al 19 de mayo de este año. Petición aceptada para reanudarse el 14 de agosto de 2020.

El 21 de agosto se reanudó la audiencia de conciliación y otorgándosele la palabra a la apoderada de la Contraloría, señaló: Que en Acta de Comité que adjunta que la devolución, solo se admitirá frente a la suma de NOVECIENTOS CINCUENTA Y DOS MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y CINCO PESOS CON SETENTA Y CINCO CENTAVOS (\$ 952. 454.465.75) imputables a la Póliza No 1001402, devolución que se hará en los términos y forma señalada en la audiencia anterior. El apoderado de la Previsora S,A, manifiesta que acepta la fórmula de conciliación dada por la Contraloría General de la República, se anexa el documento emitido por la Secretaria Técnica del Comité de Defensa Judicial y Conciliación de La Previsora S.A.

El Ministerio público consideró que el anterior acuerdo cumple con todas las exigencias constitucionales y legales y la prueba y ordena que se envíe copia de la actuación al Tribunal Administrativo de Caldas para el trámite de homologación respectiva.

CONSIDERACIONES

Procede entonces esta Sala de Decisión a pronunciarse sobre la legalidad de la conciliación adelantada ante el Ministerio Público, entre la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA y LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS.

Lo Probado

- Con auto 580 del 12 de junio de 2019 la Contralora Delegada Intersectorial No 9, profirió fallo con responsabilidad fiscal dentro del Proceso Fiscal No PRF 2014-05388, declarando a la PREVISORA S.A. CIA DE SEGUROS, como tercero civilmente responsable por las pólizas de responsabilidad No 1004642 y 1005143-
- Con auto no. 161 del 15 de agosto de 2019 el Contralor General de la República resolvió la apelación presentada por la PREVISORA S,A, confirmando el auto anterior.
- Mediante Resolución no 0737 del 18 de noviembre de 2019 el Contralor General de la República resolvió solicitud de revocatoria directa presentada por la Previsora S,A, contra el auto 580 del 12 de junio de 2019 y 161 del 15 de agosto de ese año, en la que se decidió ordenar a LA PREVISORA S.A. la restitución de \$3.764.037.216.02 pagada por efecto de la condena dispuesta en el auto 580 del 12 de junio de 2019 proferido por el Contralor Delegado Intersectorial No 9 y confirmada con auto 161 del 15 de agosto de 2019 proferido por el Contralor General de la República o el pago que se demuestre pagado por este proceso de responsabilidad fiscal.

- La Gerencia Departamental Colegiada de Caldas, inició proceso de responsabilidad fiscal PRF 2014-05388, por el presunto detrimento patrimonial causado a la Industria Licorera de Caldas, con ocasión a que esta empresa debió cancelar unas multas impuestas por la DIAN por irregularidades que encontró en las declaraciones del Impuesto IVA por los 6 períodos del año 2002
- Mediante Auto 350 del 29 de agosto de 2019 resolvió el proceso anteriormente señalado, declarando a algunos servidores públicos de la ILC como responsables fiscales y además declaró a la PREVISORA S,A, CIA DE SEGUROS, como tercero civilmente responsable, en razón a las pólizas de responsabilidad No 1004642 y 1005143.
- Con Auto no 466 del 18 de noviembre de 2019, a Gerencia Departamental Colegiada de Caldas confirmó la decisión anterior, resolviendo recurso de reposición interpuesta con el auto 350.
- Mediante Auto No 088 del 31 de enero de 2020 el Director de Juicios Fiscales de la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva, resolvió el recurso de apelación contra el auto 350 del 29 de agosto de 2019 proferido por la Gerencia Departamental Colegiada de Caldas, confirmando en todos sus partes el auto anterior.
- En fecha 12 de junio de 2020, el apoderado de la PREVISORA S.A. CIA DE SEGUROS presentó ante el Ministerio Público, solicitud de conciliación extrajudicial, solicitando la nulidad de los actos anteriores y la devolución a título de restablecimiento del derecho de lo pagado en virtud de la responsabilidad endilgada.
- En audiencia programada por el Ministerio Público se llegó a conciliación, por la cual, la Contraloría General de La República se compromete una vez

ejecutoriado el auto que apruebe la misma, a revocar parcialmente los autos anteriores en lo tocante a la vinculación de la Previsora S.A. con respecto a la póliza de Responsabilidad Civil de Servidores Públicos No. 1001402, pero mantener la vinculación de esta compañía de seguros frente a la póliza Global de Manejo Sector Oficial No. 1001535 y ofrece iniciar los trámites para la devolución del dinero cancelado por la Previsora S.A. dentro de los 30 días siguientes. En dicha audiencia, se allegaron las actas de comité de conciliación tanto de la Contraloría General de la República como de la Previsora S.A. CIA de SEGUROS.

Marco Jurisprudencial

El Honorable Consejo de Estado se ha pronunciado en diferentes ocasiones sobre los requisitos o parámetros que debe tener en cuenta el Juez administrativo para aprobar una conciliación, la Sección Tercera, auto del 30 de marzo de 2006, Exp. 31385, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez; auto del 21 de octubre de 2009, Exp. 37243, C.P. Mauricio Fajardo Gomez; auto del 27 de junio de 2012, Exp. 40634, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

El Juez deberá verificar el cumplimiento de los siguientes requisitos: (i) que no haya operado el fenómeno jurídico procesal de la caducidad del término para accionar, (ii) que el acuerdo conciliatorio verse sobre acciones o derechos económicos disponibles por las partes, (iii) que las partes estén debidamente representadas y que sus representantes tengan capacidad para conciliar, (iv) que el acuerdo conciliatorio cuente con las pruebas necesarias, (v) que no sea violatorio de la ley, y (vi) que no resulte lesivo para el patrimonio público

Procederá la Sala en consecuencia a verificar el cumplimiento de los anteriores requisitos en el caso *sub judice*:

Que no haya operado el fenómeno jurídico procesal de la caducidad del término para accionar:

El acto administrativo definitivo a demandar es el auto el 088 del 31 de enero de 2020, del cual no hay constancia de su notificación, sin embargo si contáramos desde ese mismo 31 de enero la notificación, el vencimiento para demandar en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme al literal c) numeral 2º del artículo 164 del CPACA, se vencería el 1 de mayo de 2020; y la solicitud de conciliación se presentó ante el Ministerio Público el 12 de junio de este año, sin embargo debemos tener en cuenta que atendiendo las dificultades propias de la pandemia originada por el Covid-19, el Gobierno Nacional ejerciendo facultades extraordinaria, expidió el Decreto 564 de 2020 el cual en su artículo primero dispuso:

Artículo 1. Suspensión términos de prescripción y caducidad. Los términos de prescripción y de caducidad previstos en cualquier norma sustancial o procesal para derechos, acciones, medios controlado presentar demandas la Judicial o ante los tribunales arbitrales, sean de meses o años, se encuentran suspendidos el 16 marzo 2020 hasta el día que Consejo Superior de la Judicatura disponga la reanudación los términos judiciales. El conteo los términos prescripción y caducidad se reanudará a partir del día hábil siguiente a la fecha en que cese la suspensión términos judiciales ordenada por Consejo Superior de la Judicatura. No obstante, cuando al decretarse la suspensión de términos por dicha Corporación, el plazo que restaba para interrumpir prescripción o inoperante la caducidad sera inferior a treinta (30) días, interesado tendrá un mes contado a partir del día siguiente al levantamiento de la suspensión, para realizar oportunamente la actuación correspondiente.

Por su parte el Consejo Superior de la Judicatura mediante Acuerdo 11567 del 5 de junio de 2020, determinó levantar la suspensión de términos judiciales a partir del 1 de julio de 2020, así las cosas desde el 16 de marzo de 2020 hasta el 30 de junio de este año, estuvieron suspendidos los términos de caducidad, por lo que al haberse presentado la solicitud de conciliación el 12 de junio del año en curso, la misma se entiende dentro de la oportunidad legal correspondiente.

Que el acuerdo conciliatorio verse sobre acciones o derechos económicos disponibles por las partes:

El artículo 2º del Decreto 1716 de 2009 indica:

ARTÍCULO 2o. ASUNTOS SUSCEPTIBLES DE CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL EN MATERIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA. Podrán conciliar, total o parcialmente, las entidades públicas y las personas privadas que desempeñan funciones propias de los distintos órganos del Estado, por conducto de apoderado, sobre los conflictos de carácter particular y contenido económico de los cuales pueda conocer la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo o en las normas que los sustituyan.

PARÁGRAFO 1o. No son susceptibles de conciliación extrajudicial en asuntos de lo contencioso administrativo:

- Los asuntos que versen sobre conflictos de carácter tributario.
- Los asuntos que deban tramitarse mediante el proceso ejecutivo de que trata el artículo 75 de la Ley 80 de 1993.
- Los asuntos en los cuales la correspondiente acción haya caducado.

PARÁGRAFO 2o. El conciliador velará porque no se menoscaben los derechos ciertos e indiscutibles, así como los derechos mínimos e intransigibles.

Conforme a la anterior disposición y aplicándola al caso concreto, observa la Sala que el asunto objeto de conciliación, es de carácter económico, pues se contrae a que previa solicitud de nulidad de los actos fiscales que vinculan al demandante como tercero civilmente responsable en un proceso de responsabilidad fiscal, se le devuelvan los dineros cancelados por virtud de esa decisión administrativa, y la misma es demandable mediante el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Además se observa que no se encuentra dentro de las prohibiciones establecidas en el artículo 2 del Decreto 1716, compilado por el Decreto Único Reglamentario 1016 de 2015, ni mucho menos son derechos ciertos e indiscutibles

Que las partes estén debidamente representadas y que sus representantes tengan capacidad para conciliar:

Conforme lo verificó el Ministerio Público, las partes estuvieron debidamente representadas y el poder otorgado proviene de quien tenía capacidad para representar tanto a la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA como a LA FIDEPREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS

Además se anexó al acta correspondiente, las respectivas actas del Comité de Defensa Judicial de cada una de las partes en esta conciliación, en la que se observa que estaban conformes con los puntos objeto de conciliación.

Que el acuerdo conciliatorio cuente con las pruebas necesarias:

Se allegaron a la audiencia de conciliación y forma parte de los antecedentes del trámite correspondiente, los actos administrativos demandados, en los cuales se hace precisión además sobre las pólizas y tipo de las mismas, sobre las cuales la administración vinculó como tercero civilmente responsable a la Fiduprevisora S.A., y el Comité de conciliación de la Contraloría General de la República certifica el pago recibido por concepto de la Póliza no. 1001402 por una suma de NOVECIENTOS CINCUENTA Y DOS MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y CINCO PESOS CON SETENTA Y CINCO CENTAVOS (\$952.454.465,75), que es la que acuerda devolver una vez finiquitado el presente trámite.

Que no se vea violatorio de la ley:

La conciliación aprobada por la Contraloría General de la República, se fundamentó en el hecho que una de las la Pólizas por las cuales se vinculó como tercera civilmente responsable a la Fiduprevisora S.A. la Póliza de Responsabilidad Civil de Servidores Públicos no. 1001402, se estableció que por haber sido pactada bajo la modalidad de contratación Claims Made, el Auto de Apertura No. 112 del 26 de marzo de 2015, fue expedido por fuera de su vigencia.

El artículo 1081 del Código de Comercio establece:

"ARTÍCULO 1081. <PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES>. La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria. La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción. La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho. Estos términos no pueden ser modificados por las partes."

Conforme a lo anterior, la vigencia de la misma correspondía desde el 16 de septiembre de 2001 hasta el 16 de septiembre de 2002 y del 16 de septiembre de 2002 al 16 de septiembre de 2003, modalidad de contratación Claims Made, es decir amparaba para entonces, las reclamaciones hechas por el tomador/asegurado durante la vigencia de la póliza.

Por ello se observa que, efectivamente tiene vocación legal para que prosperara la causal de nulidad invocada, sobre el argumento de que hay prescripción extraordinaria por haber pasado más de cinco años, teniendo en cuenta que, se pactó bajo la modalidad claims made, es decir, la reclamación opera siempre que se haga dentro del término pactado en el contrato de seguro, esto es, como máximo hasta el 16 de septiembre de 2003, cosa que no

ocurrió y pasó más del tiempo contemplado por la normativa desde su última vigencia y posible reclamación.

Así lo ha entendido igualmente el Consejo de Estado, pues en sentencias de tutela del 25 de enero de 2018¹ y del 28 de marzo de 2019², el Alto Tribunal sostuvo que "(...) las cláusulas "claims made o reclamación hecha" constituyen una limitación temporal al cubrimiento de la póliza, toda vez que no basta que los sucesos generadores de responsabilidad civil ocurran, sino que también resulta necesario que la reclamación por parte de la víctima se materialice durante la vigencia de aquella o, en su defecto, en el período adicional estipulado en el contrato de seguro, que, en todo caso, no puede ser inferior a dos años, de tal suerte que si esta no se presenta oportunamente, se excluye el referido débito a cargo del asegurador, a pesar de presentarse el hecho dañoso"³.

Que no resulte lesivo para el patrimonio público:

El acuerdo a que se llegó, si bien acepta revocar parcialmente el fallo que vincula a la actora Fiduprevisora S. A. y por lo tanto, conlleva la devolución de unas sumas pagadas por ésta última, no es lesivo para el patrimonio de la entidad Contraloría General de la República, ni tampoco de la entidad pública en la cual se presentó el detrimento patrimonial, pues de todas maneras el acto de responsabilidad fiscal se mantiene incólume frente a los servidores que incurrieron en la conducta fiscal, y además incluso la ahora demandante, mantiene la calidad de responsable como tercero vinculado pero únicamente frente a la póliza Global de Manejo Sector Oficial No. 1001535.

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Dr. Julio Roberto Piza Rodríguez. Sentencia del 25 de enero de 2018. Radicación número: 11001-03-15-000-2017-02479-00(AC).

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Consejera Ponente: Dra. María Adriana Marín. Sentencia del 28 de marzo de 2019. Radicación número: 11001-03-15-000-2018-02290-01(AC).

³ *Ibidem*.

Conclusión

La conciliación adelantada entre la Fiduprevisora S.A. Compañía de Seguros y la Contraloría General de la República, cumple con todos y cada uno de los requisitos que la ley y la jurisprudencia han señalado como necesario, esto es, i) no ha operado el fenómeno jurídico procesal de la caducidad del término para accionar, (ii) el acuerdo conciliatorio verse sobre acciones o derechos económicos disponibles por las partes, (iii) las partes estuvieron debidamente representadas y sus representantes tenían capacidad para conciliar, (iv) el acuerdo conciliatorio cuente con las pruebas necesarias, (v) no sea violatorio de la ley, y (vi) que no resulte lesivo para el patrimonio público

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

RESUELVE:

PRIMERO: APROBAR el acuerdo de conciliación celebrado ante la Procuraduría 28 Judicial II Para Asuntos Administrativos, celebrada el 21 de agosto del año en curso, entre la Fiduprevisora S.A. Compañía de Seguros y la Contraloría General de la República, en los términos y condiciones señaladas en el acta correspondiente.


SEGUNDO: En firme el presente auto, adquiere la calidad de **TÍTULO EJECUTIVO**, junto con el acta señalada en el ordinal anterior.

TERCERO: En firme la presente háganse las anotaciones correspondientes en el programa justicia Siglo XXI,

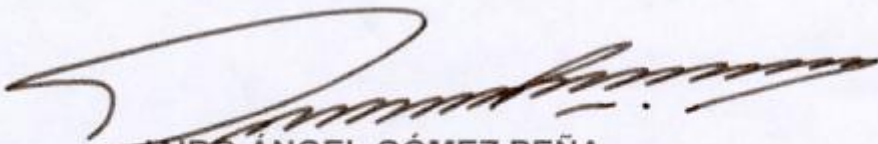
CUARTO: NOTIFIQUESE a las partes y al Ministerio público en los correos informados, adjuntando copia de la presente providencia

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

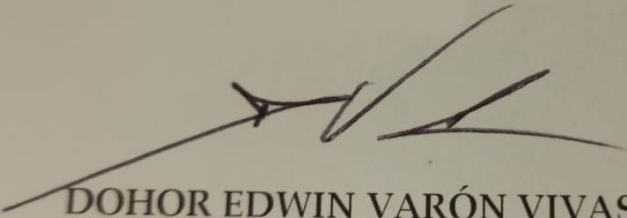
Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Virtual celebrada el 8 de octubre de 2020 conforme Acta n° 050 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
Magistrado



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

<p style="text-align: center;">TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS</p> <p>El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 144 del 14 de octubre de 2020. Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.</p> <p>Manizales, _____</p> <div style="text-align: center;"></div> <p style="text-align: center;">HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA Secretario</p>
--

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, ocho (8) de octubre de dos mil veinte (2020).

RADICADO	17001-33-33-001-2016-00203-02
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	MARGARITA SERNA TABARES
DEMANDADO	HOSPITAL DE CALDAS E.S.E

Procede la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas a dictar sentencia de segunda instancia con ocasión al recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el fallo que negó pretensiones, proferido por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales el día 28 de agosto de 2018, dentro del proceso de la referencia.

PRETENSIONES

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

1. Declarar la nulidad de la Resolución HC-065 del 16 de julio de 2015 proferida por el Hospital de Caldas E.S.E, por medio de la cual se negó el reconocimiento y pago de la reliquidación de la pensión de jubilación de la accionante.
2. Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, pidió que se ordene al Hospital de Caldas E.S.E proferir un nuevo acto administrativo en el cual se ordene el reconocimiento y pago de la reliquidación de la pensión de jubilación de la demandante, a partir del 15 de noviembre de 1998, teniendo en cuenta el 75% de todos los factores salariales devengados en

el último año de servicios a saber: salario, recargo nocturno, dominicales, subsidio de transporte, reajuste sueldo, reajuste recargo, reajuste dominicales, prima de antigüedad, prima de servicios, prima de navidad, prima de vacaciones y vacaciones.

3. Que se reconozcan las sumas de dinero dejadas de percibir desde la fecha de cumplimiento del estatus jurídico, equivalentes a la diferencia entre lo efectivamente recibido por pensión de jubilación y lo que corresponda al liquidarse en forma debida la prestación periódica.

4. Que se indexen las sumas de dinero, de acuerdo a la fórmula establecida por el Consejo de Estado.

5. Que se ordene al Hospital de Caldas dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011, y en caso de no hacerse así, se paguen intereses moratorios.

6. Que se condene a la demandada al reconocimiento y pago de costas procesales, y a pagar los intereses moratorios.

HECHOS

En resumen, los siguientes son los fundamentos fácticos de las pretensiones:

- La señora Margarita Serna Tabares laboró a órdenes del Hospital de Caldas E.S.E por más de 20 años, retirándose del servicio público a partir del 31 de agosto de 1998.
- Mediante Resolución RHPS – nro. 1467 del 28 de agosto de 1998 la demandada le reconoció pensión de jubilación la actora partir del 1º de septiembre de 1998, bajo los presupuestos de la Ley 6 de 1945 en concordancia con la Ley 33 de 1985,

pero se tuvo en cuenta para conformar el IBL el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

- Resaltó que la Ley 33 de 1985 dispuso que la pensión se liquidaría con el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes del último año de servicios, destacando que la accionante recibió factores salariales que no se incluyeron al momento del reconocimiento de la prestación periódica.
- Que la actora solicitó mediante petición radicada el 15 de junio de 2015 la reliquidación de la pensión por inclusión de factores salariales, la cual fue negada a través de Resolución HC-065 del 16 de julio de 2015.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

- Constitución Política: artículo 2, 13 y 53
- Código Laboral: artículo 21
- Ley 100 de 1993: artículo 12, 36 y CC
- Ley 6ª de 1945
- Ley 33 de 1985: artículo 1 y siguientes
- Ley 62 de 1985
- Decreto Ley 1045 de 1978: artículo 45
- Circular 054 de noviembre de 2010
- Ley 1437 de 2011: artículo 10

Adujo que la entidad violó el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 y el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, por cuanto no se tuvo en cuenta para efectos de la liquidación de la pensión la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicio.

Aseguró además que se vulneró el artículo 53 de la Constitución Política, por cuanto no se dio aplicación a la norma más favorable para el trabajador.

Que se desconoció el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual dispuso que el salario lo constituye no solo la remuneración fija u ordinaria, sino todo lo que percibe el trabajador en dinero o en especie que implique retribución de servicios, sea cual sea la forma o denominación que adopte.

Transcribió sentencia del Consejo de Estado del 4 de agosto de 2010, radicado interno 0112-09, para apoyar su tesis del caso, y resaltó que efectivamente la Ley 33 de 1985 no señaló en forma taxativa los factores salariales a incluir en la pensión.

Finalmente, enlistó 5 providencias proferidas por el Máximo Tribunal Administrativo relacionadas con el tema.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Hospital de Caldas: en cuanto a los hechos afirmó que son ciertos los relacionados con la vinculación de la demandante a la entidad y los actos administrativos proferidos en relación con la pensión de jubilación.

Sobre las pretensiones se opuso a la prosperidad de las mismas, al considerar que la pensión fue reconocida de conformidad con la ley, sin que existan fundamentos de hecho o de derecho para expedir un nuevo acto administrativo.

Frente a la aplicación de la Ley 100 de 1993 señaló que los títulos II y III están dedicados "al régimen transitorio del sistema de ahorro pensional" y al "régimen aplicable a los trabajadores no afiliados al sistema de ahorro pensional", lo que denota que la intención del Legislador fue abarcar también las situaciones

pensionales surgidas con anterioridad a la vigencia de la ley, con la debida salvaguarda de los derechos adquiridos.

Aseguró que el régimen de transición estipulado en el artículo 36 de la norma en comento solamente mantuvo respecto al régimen anterior la edad, el tiempo de servicio o número de semanas cotizadas y el monto, ya que el ingreso base de liquidación no fue considerado en dicho régimen, al señalar el inciso tercero de la norma que el IBL para liquidar la pensión de quienes les faltaren menos de 10 años para adquirir el derecho, sería el promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciera falta.

Sobre los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1989, aseveró que los beneficios de la transición están circunscritos a la aplicación de las disposiciones del régimen anterior al cual se encontraban afiliados los trabajadores, en lo relacionado con la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión; en los demás requisitos y condiciones, por expreso señalamiento de la ley, se rigen por las disposiciones de la Ley 100 de 1993.

Finalmente, sobre el Decreto 1045 de 1978, precisó que el mismo no es aplicable para efectos de la determinación de la base salarial con la cual se calculó la pensión, resaltando además que el mismo se aplica de manera exclusiva al sector nacional, no a los niveles territoriales.

Propuso la excepción previa de:

- **Falta de integración de litisconsorcio necesario – solicitud de integración litisconsorcio necesario e integración del contradictorio:** con base en que, de un lado, siendo el Fondo Territorial de Pensiones el mayor contribuyente en el pago de la prestación periódica de la demandante, le asiste interés directo en el asunto

que se somete a debate judicial, por lo que debe vincularse a la acción a través de sus administradores actuales, Municipio de Manizales y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público; y como el Departamento de Caldas contribuye con recursos al citado fondo, también se vería afectado por cualquier decisión que eventualmente se llegare a adoptar en relación con la liquidación pensional de la accionante.

Propuso las excepciones de fondo que denominó:

- **Falta de legitimación pasiva:** argumentó que en el hipotético caso que la demandante tuviera derecho a la reliquidación de la pensión, la misma no estaría a cargo del Hospital de Caldas, pues los tiempos de servicios por los cuales se haría responsable presuntamente la entidad son tiempos en los cuales no era la directa comprometida al pago con recursos propios, pues la mayor parte de ellos se deben requerir a la concurrencia para el sector salud que determinó el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, pues con apoyo en la Ley 60 de 1993, la Ley 715 de 2001, el Decreto 306 de 2004, y la Ley 1438 de 2011, aseguró que son dineros que deben ser pagados como pasivo prestacional del sector salud público.

- **Cobro de lo no debido:** indicó que a la demandante se le reconoció la pensión de conformidad con las normas que regulan el tema, sin que pueda afirmarse que se le adeuda dinero alguno por concepto de reajuste pensional.

- **Adecuada determinación del monto de la pensión e ingreso base:** aseveró que el monto de la pensión de la demandante fue liquidada con el 75% del promedio de lo devengado entre el 1º de julio de 1995 y el 30 de septiembre de 1998, teniendo en cuenta el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el cual mantuvo respecto al régimen anterior la edad, el tiempo de servicio o número de semanas cotizadas y el monto, ya que el IBL no fue considerado al señalar la norma que para liquidar las pensiones de quienes les faltaren menos de 10 años para adquirir el derecho,

se debería tener en cuenta el promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciera falta para ello.

- **Prescripción trienal de mesada pensional y prescripción de la acción:** consideró que en la eventualidad de demostrarse que la accionante tiene o tenía algún asomo de derecho frente a la reclamación, se deben ajustar las mesadas trienales de años anteriores a la reclamación con el fenómeno de la prescripción, ante la inactividad de la actora.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El 28 de agosto de 2018 el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, en audiencia inicial, dictó sentencia que negó pretensiones.

Para resolver el meollo del asunto relacionó la Ley 100 de 1993, para aclarar que el régimen aplicable al caso de la demandante era el establecido en la Ley 33 de 1985 en relación con el IBC, pero que los factores salariales debían ser calculados con fundamento en lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 y el Decreto 1158 de 1994 por expresa disposición de la Corte Constitucional en sentencia de exequibilidad y unificación, postura que afirmó fue acogida por el Tribunal Administrativo de Caldas.

Luego de relacionar la tesis de la Corte Constitucional expuesta en la sentencia SU-230 de 2015, del Consejo de Estado según providencia del 25 de febrero de 2016 y del Tribunal Administrativo de Caldas en fallo del 23 de abril de 2018, sostuvo que el despacho consideraba que la posición expuesta por el Máximo Tribunal Administrativo en la sentencia del 25 de febrero de 2016 es la que mejor se acoge al ordenamiento jurídico por respetar la Convención Americana de Derechos Humanos y los principios de progresividad y de prohibición de regresividad, pero que como en este caso estaba probado que la pensión de la

demandante se liquidó de conformidad con el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, según la posición de la Corte Constitucional y del Tribunal Administrativo de Caldas, el despacho debía acoger la postura que para las personas beneficiarias del régimen de transición se había establecido, en el sentido que su IBL no quedaba comprendido dentro de los aspectos regulados por la ley anterior, en este caso la Ley 33 de 1985, y que debía regirse por lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, por lo que en este caso no era posible reliquidar la pensión con todos los factores salariales percibidos en el último año de prestación de servicios.

En consecuencia, declaró probadas las excepciones de "cobro de lo no debido" y "adecuada determinación del monto de la pensión e ingreso base de liquidación" propuestas por la demandada y en consecuencia negó pretensiones.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante apeló la sentencia mediante memorial que reposa de folio 135 a 138 del expediente.

Adujo que el juzgado de primera instancia desconoció que a la demandante se le reconoció su pensión de jubilación bajo los presupuestos de la Ley 6 de 1945, en concordancia con la Ley 33 de 1985, ya que era beneficiaria del régimen de transición establecido en esa norma, pues para el 13 de febrero de 1985, data de la entrada en vigencia de la Ley 33, tenía más de 15 años de servicios.

Resaltó que, en atención a ello, se deben tener en cuenta sentencias del Tribunal Administrativo de Caldas relacionadas con estos casos, tal como la del 24 de mayo de 2018, proceso radicado 2013-00221, Magistrado ponente Carlos Manuel Zapata Jaimes, la cual se aplicó a otros procesos similares tramitados en esta Corporación.

Concluyó, que la demandante tiene derecho a la reliquidación de la pensión con la inclusión de la totalidad de salarios y factores salariales percibidos en el último año de servicios, y por ello pidió que se revoque la sentencia y como consecuencia de ello se reliquide la pensión con el 75% de todos los factores salariales devengados en el año de retiro, condenado en costas a la entidad accionada.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante: guardó silencio.

Partes demandadas: guardó silencio.

MINISTERIO PÚBLICO

No presentó concepto sobre el asunto.

CONSIDERACIONES

Al no observarse alguna irregularidad que pueda generar nulidad de lo actuado, procede la Sala a resolver de fondo la impugnación.

PROBLEMAS JURÍDICOS

Los problemas jurídicos a dilucidar en esta instancia son los siguientes:

1. ¿Cuál es el régimen de pensiones aplicable a la actora?
2. ¿Qué factores salariales tiene derecho la señora Margarita Serna Tabares se le tengan en cuenta al momento de conformar el ingreso base de liquidación de su pensión ordinaria?

Quedó probado en el proceso

- La constancia suscrita por el gerente del Hospital de Caldas el día 6 de julio de 2015, da cuenta que la demandante laboró en ese centro asistencial en el cargo de secretaria del 12 de agosto de 1967 al 31 de agosto de 1998 (fol. 23 C.1).
- Se decretó como prueba de oficio que se allegara copia del acto administrativo mediante el cual se reconoció pensión de jubilación a la demandante, y se aportó copia de la Resolución RHPS-1467 de 1998, la cual da cuenta que el gerente del Hospital de Caldas E.S.E reconoció a partir del 1º de septiembre de 1998 a favor de la señora Margarita Serna Tabares una pensión de jubilación en cuantía de \$279.087,81, equivalente al 75% del salario promedio percibido entre el 1º de julio de 1995 al 31 de agosto de 1998 (fols. 26 a 28 C.2).
- Que mediante derecho de petición radicado el 15 de junio de 2015 la accionante solicitó la reliquidación de su pensión con inclusión de todos los factores salariales devengados en el año de retiro del servicio (fol. 13 a 17 ibídem).
- A través de Resolución HC-065 del 16 de julio de 2015 el gerente del Hospital de Caldas resolvió la solicitud de la accionante de manera negativa (fols. 18 a 21 ibídem).
- Que según certificado de factores salariales expedido por el asesor jurídico del Hospital de Caldas E.S.E, la accionante devengó entre el 1º de septiembre de 1997 al 31 de agosto de 1998 los factores salariales de: ordinario diurno, 15% incentivo, reajuste salario, reajuste prima de vacaciones, reajuste 15% incentivo, vacaciones, prima de vacaciones, prima de antigüedad, prima de servicios y prima de navidad (fol. 113 C.1).

Primer problema jurídico

¿Cuál es el régimen de pensiones aplicable a la actora?

Tesis: La Sala defenderá la tesis que a la parte demandante no la cubre la transición de la Ley 100 de 1993 sino la de la Ley 33 de 1985 y, en consecuencia, su pensión se debe reconocer conforme a la Ley 6 de 1945, el Decreto 3135 de 1968 y el Decreto 1045 de 1978.

Ha de comenzar la Sala precisando que en la sentencia de primera instancia el estudio del caso se realizó a la luz del régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993, pese a que en los hechos de la demanda se hizo alusión a que la pensión de jubilación le fue reconocida a la demandante bajo los presupuestos de la Ley 6 de 1945, la Ley 33 de 1985 y la Ley 100 de 1993.

Al revisar este Tribunal la constancia que da cuenta del tiempo de servicios de la demandante, se avizora que se vinculó el 12 de agosto de 1967, lo que permite inferir que es beneficiaria de la transición de la Ley 33 de 1985, no de la establecida en la Ley 100 de 1993, por lo siguiente.

El artículo 1º de la Ley 33 de 1985 reza:

(...) El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio (...).

Ahora bien, el párrafo 2º de la Ley 33 de 1985 estableció:

Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente Ley.

Incluso, al revisar el acto administrativo que reconoció la pensión se evidencia que se plasmó lo siguiente: "Que el (la) señor (a) MARGARITA SERNA TABARES, reúne los requisitos consagrados en la Ley 6° de 1945 en concordancia con la Ley 33 de 1985, "Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente ley hayan cumplido 15 años continuos o discontinuos de servicios, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regía con anterioridad a la presente ley" (fol. 26 vuelto).

Lo anterior, significa que para el día 13 de febrero de 1985, fecha de entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985, la demandante tenía más de 15 años de servicios, hecho que hace que se encuentre cubierta por el régimen de transición de esta última norma frente a la edad para pensión, de conformidad con lo estipulado en el parágrafo 2° del artículo primero.

A pesar de que el parágrafo 2° del artículo 1° de la Ley 33 de 1985 establece que el beneficio de transición de esa ley aplica en lo relativo a la edad de jubilación, lo cierto es que el H. Consejo de Estado, en virtud del principio de inescindibilidad y de favorabilidad, extendió la transición a todos los aspectos del régimen de pensiones. Al respecto, el Consejo de Estado señaló lo siguiente¹:

(...) Al 13 de febrero de 1985, fecha de vigencia de la ley 33, el actor se encontraba en la segunda hipótesis aludida. Hasta antes de la expedición de la Ley 33 de 1985 la pensión de jubilación de los empleados territoriales se regía por la ley 6ª de 1945, siendo aplicable esta ley y las normas que la modificaron antes de la vigencia de la Ley 33 de 1985, como lo ha precisado

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A". Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. siete (7) de octubre de dos mil diez (2010).

esta Sección. A pesar de que el régimen de transición establecido en la Ley 33 de 1985, sólo remite a la edad de jubilación que regía con anterioridad a su entrada en vigencia y no señaló nada en cuanto a la liquidación, considera la Sala que en este aspecto se debe aplicar también el régimen anterior, porque resulta más favorable al actor.

De no hacerse así, se desconocería el principio mínimo fundamental consagrado en el artículo 53 de la Carta Política que establece la "situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho". Sobre el particular, la Corte Constitucional señaló en sentencia C-168/95: "... De conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas escoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador.

Igualmente, el Consejo de Estado, en virtud del principio de inescindibilidad ha sostenido reiteradamente que la norma anterior aplicable debe serlo en su integridad. Al respecto, en sentencia proferida por la Subsección A, Sección Segunda de esta Corporación, de 20 de octubre de 2005, M. P. Dra. Ana Margarita Olaya Forero, radicado interno No. 3701-04. En consecuencia, el reconocimiento pensional efectuado al demandante debe sujetarse en su totalidad a lo establecido por la Ley 6ª de 1945, y las normas que la modificaron o adicionaron, en lo referente a la edad, tiempo y monto pensional, pues si se diera aplicación a una normatividad diferente, como la Ley 100 de 1993, o la Ley 33 de 1985 se estaría desmembrando el régimen transitorio.

Por su parte, el artículo 27 del Decreto 3135 de 1968, norma anterior a la Ley 33 de 1985, estableció:

ARTÍCULO 27. PENSIÓN DE JUBILACIÓN O VEJEZ. El empleado público o trabajador oficial que sirva veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de

55 años si es varón o 50 si es mujer, tendrá derecho a que por la respectiva entidad de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia o de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio (Subrayado del Tribunal).

De acuerdo al anterior recuento normativo, la accionante tiene derecho a que su pensión de jubilación sea equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio.

Segundo Problema Jurídico

¿Qué factores salariales tiene derecho la señora Margarita Serna Tabares se le tengan en cuenta al momento de conformar el ingreso base de liquidación de su pensión ordinaria?

Tesis: La Sala defenderá la tesis que la pensión de vejez de la demandante deberá incluir en el IBL los factores salariales percibidos en el último año de servicios de conformidad con la lista establecida en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

En este caso la norma aplicable al *sub lite* es el Decreto 3135 de 1968, el cual indicó que la pensión de jubilación será equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios. En este caso la E.S.E. demandada al momento de liquidar la pensión de la accionante fraccionó las normas a aplicar, siendo claro que no podía tomar parte de la legislación anterior en virtud de la garantía del régimen de transición, sino que debía aplicar en forma plena la disposición normativa conforme a la cual el beneficiario hubiese adquirido su derecho. Ello, en garantía del principio de inescindibilidad y las garantías mínimas en materia laboral pese a las transiciones normativas.

Por su parte, el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, establece:

ARTÍCULO 45: DE LOS FACTORES DE SALARIO PARA LA LIQUIDACIÓN DE CESANTÍA Y PENSIONES. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieran derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario:

- a) La asignación básica mensual*
- b) Los gastos de representación y la prima técnica*
- c) Los dominicales y feriados*
- d) Las horas extras*
- e) Los auxilios de alimentación y transporte*
- f) La prima de navidad*
- g) La bonificación por servicios prestados*
- h) La prima de servicios*
- i) Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio.*
- j) Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto Ley 710 de 1.978.*
- k) Prima de vacaciones*
 - l) El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.*
 - ll) Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968 (subrayado Sala de Decisión).*

Según la norma reproducida, solamente los factores enlistados en esta disposición devengados durante el último año de prestación de servicios, que en este caso es del 1º de septiembre de 1997 al 31 de agosto de 1998, serían los que sirven de base para calcular la prestación periódica, previa deducción de los descuentos que por aportes dejaron de efectuarse, en caso de que no se hubieran realizado en su momento.

En el acto administrativo de reconocimiento de la pensión no se plasmaron los factores a tener en cuenta en la base de liquidación, simplemente se indicó que debían incluirse los consagrados en el Decreto 1158 de 1994, percibidos entre el

1° de julio de 1995 al 31 de agosto de 1998. Esta afirmación da cuenta que a la actora no se le calculó su pensión de conformidad con las normas referenciadas, sino con el promedio de los rubros establecidos en el decreto del año 1994 percibidos durante el tiempo que le faltaba para adquirir el derecho, es decir, según la Ley 100 de 1993.

Según el certificado de factores salariales aportado al proceso, la demandante devengó en el último año de servicios los rubros de: ordinario diurno, 15% incentivo, reajuste salarios, reajuste prima de vacaciones, reajuste 15% incentivo, vacaciones, prima de vacaciones, prima de antigüedad, prima de servicios y prima de navidad. Este recuento permite concluir que los únicos factores que deben ser incluidos en el reajuste pensional son: ordinario diurno, reajuste de salario, reajuste prima de vacaciones, prima de vacaciones y prima de navidad.

En relación con el 15% incentivo, reajuste 15% incentivo y prima de antigüedad, se desprende que no están enumerados en el Decreto 1045 de 1978, por ello no deben hacer parte del IBL, pese a haberse percibido. Y sobre las vacaciones debe advertirse que tampoco puede ser tenido en cuenta para conformar el IBL, por cuanto el Máximo Tribunal Administrativo ha precisado que las vacaciones no son salario ni prestación, sino que corresponden a un descanso remunerado para el trabajador.

Finalmente, sobre la prima de servicios, si bien está consagrada en la norma antes señalada, la misma no es procedente reconocerla en este caso, por cuanto se ha precisado que los factores salariales consagrados en el Decreto 1042 de 1978, entre ellos el mencionado rubro, únicamente hacen parte del régimen salarial de los empleados públicos del nivel central.

Así mismo, la Ley 10 de 1990 solo extendió a los empleados públicos de las Empresas Sociales del Estado del nivel territorial, el régimen prestacional (no

salarial) de los empleados del nivel central; y el Decreto 1919 de 2002 solamente hizo extensivo a los empleados públicos territoriales el régimen de prestaciones sociales (no salarial) propio de los del orden nacional.

Sobre los derechos adquiridos, el artículo 58 de nuestra Carta Política estipula:

ARTICULO 58. Modificado por el art. 1, Acto Legislativo No. 01 de 1999. el nuevo texto es el siguiente: Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultare en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica.

El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad.

Por motivos de utilidad pública o interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Este se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa-administrativa, incluso respecto del precio.

En consecuencia, en Colombia, por norma superior, se garantizan los derechos adquiridos conforme a la ley.

Por lo anterior, aunque se probó con el certificado de factores salariales que la demandante percibió la prima de servicios en el último año laboral, es claro que

al tratarse de un factor salarial reconocido únicamente para los empleados públicos del orden nacional la misma se percibió en contra de las disposiciones legales, situación que impide que se genere un derecho adquirido para que pueda incluirse en la base de liquidación de la pensión de jubilación de la demandante, quien fungía como empleada pública del orden territorial.

Deberá dejarse claro que en caso de que sobre la prima de servicios, el 15% incentivo, reajuste del 15% incentivo, vacaciones y la prima de antigüedad se hubieran efectuado descuentos para aportes a pensión, la entidad demandada debe proceder a reembolsarlos, pues lo contrario sería consentir un enriquecimiento sin causa.

Decisión de segunda instancia

En el caso concreto, el Tribunal considera que se impone revocar la providencia del 28 de agosto de 2018 proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito, en el sentido de declarar la nulidad de la Resolución nro. HC-065 del 16 de julio de 2015 y acceder a la reliquidación de la pensión para que en el IBL se incluyan los factores de: ordinario diurno, reajuste de salario, reajuste prima de vacaciones, prima de vacaciones y prima de navidad percibidos entre el 1° de septiembre de 1997 y el 31 de agosto de 1998.

Sobre la prescripción, de conformidad con el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, como el reconocimiento de la pensión se realizó mediante Resolución RHPS-1467 de 1998, la petición en la que se instó a la reliquidación se presentó el 15 de junio de 2015 y que la demanda se radicó el 6 de agosto de 2015, es claro que el escrito de petición interrumpió la prescripción pero solo 3 años hacia atrás, por lo que efectivamente se configuró este fenómeno procesal frente a las mesadas anteriores al 15 de junio de 2012. Por ello, se declarará probada la excepción de prescripción planteada por la entidad demandada.

Las sumas reconocidas serán reajustadas conforme la siguiente fórmula:

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

R= suma actualizada

Rh= suma a actualizar

Índice final= índice de precios al consumidor vigente a la fecha de la sentencia

Índice inicial= índice de precios al consumidor vigente en cada uno de los meses en los que se causa el derecho.

Por tratarse de pagos sucesivos o continuos, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, por cada mesada pensional debida teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

También se autorizará a que si sobre los factores que se ordenan incluir no se realizaron los descuentos de ley, la entidad los efectúe en el porcentaje que le correspondía al trabajador, debidamente indexados.

Se autoriza además a que si sobre los factores de prima de servicios, 15% incentivo, reajuste del 15% incentivo, vacaciones y la prima de antigüedad se realizaron descuentos para aportes a pensión, los mismos sean reintegrados a la actora en el porcentaje que a este le correspondía, de manera indexada

Costas

En el presente asunto no se condenará en costas, en atención a que no se evidencia actuación de ninguna de las partes en el trámite adelantado antes esta Corporación.

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

FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales el 28 de agosto de 2018 dentro del proceso que en ejercicio del medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovió **MARGARITA SERNA TABARES** contra **EL HOSPITAL DE CALDAS E.S.E** según lo consignado en la parte motiva, y en su lugar:

DECLARAR NO PROBADAS las excepciones denominadas "cobro de lo no debido" y "adecuada determinación del monto de la pensión e ingreso base de liquidación", planteadas por el Hospital de Caldas, según lo analizado en las consideraciones del caso.

DECLARAR PROBADA la excepción de prescripción planteada por la entidad demandada, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

DECLARAR la nulidad de la Resolución HC-065 del 16 de julio de 2015.

A título de restablecimiento del derecho, se **ORDENA** al Hospital de Caldas E.S.E relíquidar la pensión de jubilación que devenga la señora **MARGARITA SERNA TABARES** tomando como base el 75% del promedio de los factores salariales de ordinario diurno, reajuste de salario, reajuste prima de vacaciones, prima de vacaciones y prima de navidad percibidos entre el 1° de septiembre de 1997 y el 31 de agosto de 1998, pero con efectos fiscales a partir 15 de junio de 2012 por prescripción trienal.

Las sumas de dinero reconocidas en la sentencia a favor de la demandante deberán ser ajustadas en su valor aplicando la fórmula señalada en la parte motiva de esta providencia.

De los mayores valores determinados, se autoriza a la demandada a realizar las deducciones para el sistema pensional respecto de los factores salariales ahora reconocidos, siempre que en su oportunidad no se hubieren realizado los descuentos, y en el porcentaje que le correspondía al trabajador, debidamente indexados.

Se autoriza a que si sobre los factores de prima de servicios, 15% incentivo, reajuste del 15% incentivo, vacaciones y la prima de antigüedad se realizaron descuentos para aportes a pensión, los mismos sean reintegrados a la actora en la proporción que estos rubros hayan influido en el valor total del aporte que le correspondía como trabajadora, debidamente indexados.

La entidad demandada dará cumplimiento a esta sentencia en los términos previstos en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011, **PREVINIÉNDOSE** a la parte actora de la carga prevista en el inciso 2º del precepto citado.

TERCERO: SIN COSTAS por lo brevemente expuesto.

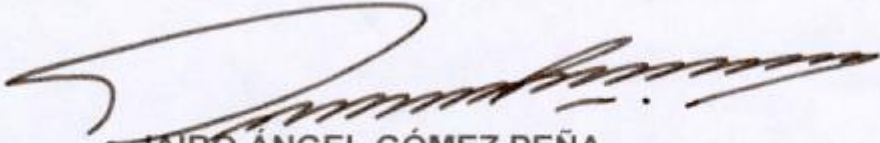
CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático "Justicia Siglo XXI".

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

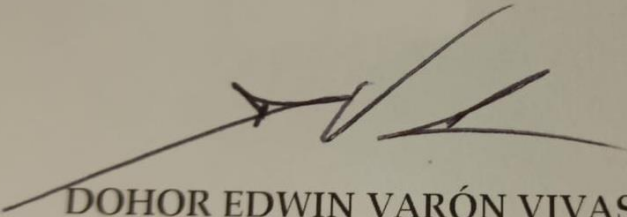
Proyecto discutido y aprobado en Sala Virtual celebrada el 8 de octubre de 2020 conforme Acta n° 050 de la misma fecha.



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. 144 del 14 de octubre 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
MAGISTRADO PONENTE: MANUEL ZAPATA JAIMES CARLOS

Manizales, trece (13) de octubre de dos mil veinte (2020)

PROCESO No.	17-001-33-39-008-2019-00331-02
CLASE	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	MARÍA OLGA VALLEJO MURILLO
ACCIONADO	NACIÓN – RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL

Ingresa el proceso a Despacho para fijar nueva fecha para el sorteo de conjueces con ocasión del impedimento manifestado por los jueces y aceptado por el Tribunal Administrativo de Caldas mediante auto del 31 de julio de 2020, ello en virtud a que por el cierre de que fue objeto el Palacio Nacional en el mes de agosto no se pudo llevar a cabo el sorteo programado para el 14 de agosto de 2020.

Así las cosas, se FIJA como fecha y hora para el sorteo de conjuez que deba actuar en el presente trámite, el día **VIERNES TREINTA Y UNO (31) DE OCTUBRE DE DOS MIL VEINTE (2020) A LAS NUEVE Y MEDIA (9:30) DE LA MAÑANA** de manera virtual.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 144 del 14 de octubre 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
RAMA JUDICIAL



HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala de Decisión

Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

ASUNTO: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: JORGE ELIECER CAÑAS TREJOS
DEMANDADO: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-FOMAG
RADICACIÓN: 17-001-33-33-003-2017-00580-02
SENTENCIA: 143

Manizales, cinco (05) de octubre de dos mil veinte (2020).

Proyecto discutido y aprobado en Sala Ordinaria de Decisión de la presente fecha.

ASUNTO

§01. A Despacho se encuentra el recurso de apelación interpuesto por la parte **demandante** contra la sentencia proferida el **19 de febrero del 2019** por la Señoría del Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por **JORGE ELIECER CAÑAS TREJOS** en contra de la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, que negó las pretensiones de la demanda.

1. ANTECEDENTES

1.1.LA DEMANDA (fs. 2 a 14 c. 1)

§02. El acto pretende la nulidad de la **Resolución 5325-6 del 14 de julio de 2017**, expedida por la gobernación de Caldas, que negó el **reconocimiento y pago de la prima de mitad de año, conforme lo establece la Ley 91 de 1988**.

§03. En restablecimiento del derecho, el accionante solicitó se reconozca y pague la prima de mitad de año a que tiene derecho por ser pensionado por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, porque: **no tuvo derecho al reconocimiento de la pensión gracia**, y fue **nombrado con posterioridad al 31 de diciembre de 1980 o tuvo vinculación nacional conforme lo establece el numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989**.

§04. La parte demandante describió que prestó servicios como docente **nacional** adscrito a la Secretaría de Educación del departamento de Caldas, nombrado mediante la resolución 199 del 25 de enero de 1996, y posesionado el 16 de febrero de 1996.

§05. El FOMAG le reconoció al actor la pensión a través de la Resolución 9772-6 del 1 de diciembre de 2016, por el monto de \$2.393.897, a partir del 5 de agosto de 2016.

§06. Manifestó que conforme lo preceptúa el numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, tiene derecho al reconocimiento de la **prima de mitad de año**, por haber sido **nombrado con posterioridad al 31 de diciembre de 1980 y no ser acreedor de la pensión gracia establecida en la Ley 114 de 1913.**

§07. Señaló que elevó petición radicada con el número SAC 2017PQR10048 del 30 de junio de 2017, en aras del reconocimiento de la prima de mitad de año, misma que fue negada a través de la resolución 5325-6 del 14 de julio de 2017.

§08. Consideró como violados los artículos 13, 46, 48 y 53 de la Constitución Política; 56 de la Ley 962 de 2005; 56 del Decreto 2831 de 2005; y 15 de la Ley 91 de 1989

§09. Expresó que se vulneró el artículo 13 de la Constitución Política, al negar el reconocimiento de la **prima de mitad de año equivalente a una mesada pensional, contemplada en el literal b numeral 2 artículo 15 de la Ley 91 de 1989, para los docentes que se encuentran pensionados por el FOMAG, que no tuvieron derecho a la pensión gracia por haber sido nombrados con posterioridad al 31 de diciembre de 1980** o por ser nombrados docentes nacionales. Esta prima fue creada como una compensación por la pérdida al derecho a la pensión gracia.

§10. Epilogó que el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 creó una mesada adicional para los pensionados contemplados en dicha ley, que no tiene relación con la prima de mitad de año creada en la Ley 91 de 1989 para los docentes que no tuvieron derecho a la pensión gracia.

1.2.CONTESTACIÓN DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN (53-66, c1).

§11. Se opuso a la totalidad de las pretensiones y adujo no constarle los hechos aludidos en la demanda.

§11.1. **Propuso los siguientes medios exceptivos:**

§11.2. **FALTA DE INTEGRACIÓN DEL CONTRADICTORIO – LITIS CONSORCIO NECESARIO- VINCULACIÓN DE LITISCONSORTE- INEPTITUD SUSTANCIAL DE LA DEMANDA POR FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DE LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL:** Consideró en virtud de las Leyes 715 de 2001, 91 de 1989, 60 de 1993, el Decreto 2831 de 2005, el trámite de las prestaciones docentes está a cargo de las entidades territoriales certificadas y FIDUPREVISORA, son quienes deben ser partes en el proceso.

§11.3. **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: 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.

§11.4. **INEXISTENCIA DE LA CAUSA POR INEXISTENCIA DE JURÍDICA:** Apuntó que no le asiste el derecho a reclamar la reliquidación de la pensión de jubilación con la inclusión de la prima de servicios, según el pronunciamiento jurisprudencial proferido por el Honorable Consejo de Estado, con radicación CE-SUJ215001333301020130013401 del 14 de abril de 2016.

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

§11.6. **BUENA FE:** Enfatizó que el pago de 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.

§11.7. **GENÉRICA.**

1.3.CONTESTACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS (71-75 vto, c1).

§12. Se opuso a la totalidad de las pretensiones y adujo no constarle los hechos aludidos en la demanda.

§01. Expuso que solo le corresponde el trámite de los reconocimientos y pagos de la pensión de jubilación ante el FOMAG.

§02. Señaló que conforme al inciso 8 del artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, el actor no tiene derecho a la mesada pensional, toda vez que la pensión es de más de tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, y no se encuentra dentro de las excepciones previstas en la norma citada.

§03. **Propuso los siguientes medios excepcionales:**

§03.1. **FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA:** Explicó que de acuerdo a lo previsto en la ley 91 de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es la entidad que tiene a cargo el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación de la demandante y es la Fiduprevisora en calidad de administradora de los recursos del Fondo.

§03.2. **INAPLICACIÓN DE LAS NORMAS QUE ALEGA PARTE DEMANDANTE E INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO.** Describe que no le asiste la obligación del reconocimiento de las obligaciones solicitadas toda vez que conforme al Acto Legislativo 01 de 2005, las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente acto no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año.

§03.3. **BUENA FE:** Defendió que sus actuaciones se apegaron a la legalidad y a las funciones que por ley son de su competencia.

§03.4. **PRESCRIPCIÓN:** De ser acogida solicitó se declare sobre las mesadas pensionales susceptibles del medio extintivo conforme lo señala el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 y el Decreto 3115 de 1965.

§04. La parte actora a través de escrito visible a folio 77-86, c1, se pronunció sobre las excepciones formuladas.

1.3. SENTENCIA RECURRIDA (fs. 96-102 vto. c. 1)

§13. El 26 de febrero de 2019, el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia negando a las pretensiones de la parte actora, las que pasan a relacionarse:

*“**PRIMERO.- DECLARAR FUNDADA** la excepción de “falta de legitimación por pasiva”, propuesta por el Departamento de Caldas, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

***SEGUNDO.- DECLARAR INFUNDADA** la excepción de “falta de legitimación en la causa por pasiva” y **FUNDADA** la excepción denominada “inexistencia de la obligación demandada por inexistencia de causa jurídica”, propuestas por la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, conforme a lo expuesto en la parte considerativa.*

TERCERO: - NEGAR** las pretensiones de la demanda dentro del medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** instaurado por el señor **JORGE ELIECER CAÑAS TREJOS** en contra de la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y DEPARTAMENTAL DE CALDAS.

***CUARTO: CONDENAR EN COSTAS,** a la parte demandante, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma dispuesta en el Código General del Proceso. Se fijan agencias en derecho, en la suma de \$80.000.”*

§14. Una vez expuestos los fundamentos fácticos y jurídicos de la demanda y la contestación, determinó como problemas jurídicos, los siguientes:

*“1. ¿ El demandante tiene derecho a que se le reconozca y pague **la prima de mitad de año** creada por la Ley 91 de 1989 artículo 15 numeral 2 en su condición de pensionado del magisterio?*

2. ¿Son correspondientes la prima de mitad de año creada por la Ley 91 de 1989 artículo 15 numeral 2 y la mesada adicional para pensionados o “mesada catorce” contemplada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993?

3. ¿En caso de prosperar las pretensiones cual es la entidad encargada de reconocer y pagar la prima de mitad de año al docente pensionado?

4. En caso de tener derecho al reconocimiento solicitado, ¿se configura la prescripción del reconocimiento solicitado por el demandante?

§15. Procedió a declarar infundada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el Ministerio de Educación y fundada la excepción propuesta por el Departamento de Caldas, con apoyo en los fundamentos normativos previstos en el artículo 15 numeral 2 de la Ley 91 de 1989.

§16. Analizó el régimen jurídico contemplado en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, concerniente al reconocimiento de la mesada adicional para pensionados, conocida como mesada catorce; y al análisis de constitucionalidad conforme al

pronunciamiento jurisprudencial de la Honorable Corte Constitucional en sentencia C-409 de 1994; además, de las modificaciones realizadas a la norma ibídem, introducidas en la Ley 238 de 1995; artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y el Acto Legislativo 01 de 2005. Este último que eliminó dicha mesada en todos los regímenes pensionales.

§17. Consonante a los presupuestos normativos y jurisprudenciales precitados, el juez *a quo* hizo hincapié que el Acto Legislativo 01 de 2005 eliminó la mesada catorce a partir del 25 de julio de 2005.

§18. Expuso en cuanto a la procedencia de la prima de mitad de año o mesada 14 de los docentes pensionados por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales, que debe tenerse en cuenta la fecha de adquisición del estatus pensional, y el monto de la mesada adicional pensional que percibe, esto es, si es inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

§19. Dedujo que el actor no tiene derecho a percibir dicha mesada catorce, toda vez que adquirió el estatus pensional con posterioridad al 25 de julio de 2005, fecha de entrada en vigor del Acto Legislativo precitado y la mesada fue reconocida con una cuantía de \$2.393.897, suma superior a los 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

§20. En consecuencia, denegó las pretensiones de la demanda, y condenó en costas al accionante.

1.4. RECURSO DE APELACIÓN (fs. 105 a 111, c. 1)

§21. La parte demandante reclamó la revocatoria de la decisión de primera instancia, resaltando que la demanda pretende el reconocimiento y pago de la **prima de mitad de año con base en el literal b numeral 2 artículo 15 de la Ley 91 de 1989**, es diferente a la mesada adicional cuyo pago es en el mes de junio de cada año, establecida en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993.

§22. La primera alude a la prima de mitad de año para los docentes que perdieron el derecho a la pensión gracia, constituyéndose en una compensación por la pensión perdida. En cambio la prestación prevista en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, buscó compensar a los pensionados con anterioridad a la Ley 71 de 1989, respecto a las pensiones reajustadas en un porcentaje inferior al salario mínimo.

§23. Aludió a los preceptos jurisprudenciales contemplados en la sentencia C-409 de 1994 y C-461 de 1995, en cuanto a los reajustes de las mesadas pensionales previstas en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, que era aplicable a aquellos docentes que no tenían pensión gracia. En tanto los vinculados con posterioridad estaban regidos por el artículo 15 numeral 2 literal B, y al no tener derecho a la pensión gracia se les concedió el derecho a una prima de mitad de año equiparable a la Ley 100 de 1994.

§24. Planteó que conforme con lo previsto en los regímenes excepcionales del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, y en aplicación al artículo 15 numeral 2 de la Ley 91 de 1989; los vinculados con posterioridad al 1 de enero de 1981, cuentan con un beneficio asimilable a la mesada adicional establecida en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, **esto es la prima de medio año**, cuyo monto es el equivalente al de la mesada adicional contemplado en el régimen general de pensiones.

§25. Explicó que **la prima adicional de medio año, establecida en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 solo cobija a los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, además que dicho régimen especial se exceptúa del régimen**

general de la Ley 100 de 1993, toda vez que no otorga ningún beneficio que pudiera compensar la mesada adicional de que trata el artículo 142 de dicha preceptiva.

§26. Detalló que el acto legislativo 01 de 2005, terminó con la mesada 14 creada por la Ley 100 de 1993. Sin embargo, estableció una transición, determinando que dicho beneficio no se otorgaría a los docentes vinculados con anterioridad al 1 de enero de 1981 que no tuvieran pensión gracia. Empero, este acto no aludió ni acabó **con la prima de mitad de año establecida por la literal b numeral 2 artículo 15 de la Ley 91 de 1989**, toda vez fue creada como estímulo para aquellos docentes que perdieron el derecho a la pensión gracia.

§27. Advirtió que conforme a la Ley 812 de 2003, los docentes ingresados al sector educativo antes de junio de 2003 continuarían con el régimen pensional anterior y los vinculados posteriormente proseguirían con el nuevo régimen pensional contenido en la ley 100 de 1993 y se pensionarán con 57 años.

§28. Concluyó que la Ley 91 de 1989 no fue modificada en ninguno de los apartes por el Acto Legislativo número 01 de 2005, sigue vigente en su integralidad, y por tanto, la prima de mitad de año debe ser reconocida a los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones del Magisterio ingresados a partir del 1 de enero de 1989.

1.5 ACTUACIÓN SEGUNDA INSTANCIA

§29. Mediante auto del 13 de mayo del 2019, se admitió el recurso de apelación interpuesto (fl. 3, cdno 2); y se ordenó correr traslado de alegatos a las partes y al ministerio público.

1.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN SEGUNDA INSTANCIA

§30. La parte demandante, las demandadas y el Ministerio Público permanecieron silentes.

2. CONSIDERACIONES DEL HONORABLE TRIBUNAL

2.1. COMPETENCIA

§31. Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación, conforma al artículo 153 del CPACA¹.

§32. *“(E)l marco fundamental de competencia del juez de segunda instancia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia”*; los límites impuestos por los principios de congruencia y de la no REFORMATIO IN PEIUS, *“... junto con las excepciones que se derivan, por ejemplo, i) de las normas o los principios previstos en la Constitución Política; ii) de los compromisos vinculantes asumidos por el Estado a través de la celebración y consiguiente ratificación de Tratados Internacionales relacionados con la protección de los Derechos Humanos y la vigencia del Derecho Internacional Humanitario, o iii) de las normas legales de carácter imperativo, dentro de las cuales se encuentran, a título puramente ilustrativo, aquellos temas procesales que, de configurarse, el juez de la causa debe decretar de manera oficiosa, no obstante que no hubieren sido*

¹ http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011_pr003.html#153

propuestos por la parte impugnante como fundamento de su inconformidad para con la decisión censurada.”²

2.2. PROBLEMAS JURÍDICOS

§33. ¿Tiene derecho la parte demandante al reconocimiento y pago de la prima de mitad de año equivalente a una mesada pensional conforme lo prevé el numeral 2 artículo 15 de la Ley 91 de 1989?

2.3. Lo probado en el proceso

§34. Mediante la **Resolución 9772-6 del 1 de diciembre 2016**, a la parte demandante se le reconoció la pensión de jubilación por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en cuantía de \$2.393.897, a partir del **5 agosto de 2016**, quien se vinculó desde 1996. (fs.22 vto, c. 1).

§35. La accionante elevó solicitud **con radicación 2017 POR10048 del 30 de junio de 2017**, ante la Nación – Ministerio de Educación Nacional –Fondo de Prestación Social del Magisterio para el reconocimiento de la prima de mitad de año, contemplada en el numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989. (Fs. 27-30, c1).

§36. Por la Resolución número 5325-6 del 14 de julio de 2017, expedida por la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, se negó el reconocimiento de la mesada pensional (prima mitad de año). fs. 31 vto, c1.

2.4. FUNDAMENTO JURÍDICO

2.4.1 RÉGIMEN GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL

§37. 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 mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones.

§38. 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.

§39. El Sistema de Seguridad Social Integral, previsto en la Ley 100 de 1993³, tuvo como objeto garantizar los derechos de las personas y comunidad, en aras de mejorar la calidad de vida, y la dignidad humana, a través de las instituciones públicas y privadas prestadoras de los servicios, como un servicio esencial bajo los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación.

² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de febrero de 2012, exp. 21.060, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Reiterada en Sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera del 25 de septiembre de 2013. C.P. Enrique Gil Botero. Rad No. 05001-23-31-000-2001-00799-01(36460). En el mismo sentido sentencias 25279, 36.863 y 30.782

³ http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html#1

§40. El artículo 11 ibidem, modificado por el artículo 1 de la Ley 797 de 2003, prevé su campo de aplicación, así:

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

2.4.2. PRIMA DE MITAD DE AÑO DE LOS DOCENTES AFILIADOS AL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

§41. El artículo 53 de la Constitución Política establece que el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

§42. El artículo 11 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 797 de 2003, prevé sobre 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.”-nft-

§43. La mesada adicional de diciembre para los pensionados de los sectores público, oficial semioficial y privado los empleados públicos, incluidos docentes, fue creada por la Ley 4ª de 1976: *“Artículo 5º Los pensionados de que trata esta ley o las personas a quienes de acuerdo con las normas legales vigentes se transmite el derecho recibirán cada año, dentro de la primera quincena del mes de diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad, en forma adicional a su pensión.”*

§44. La Ley 91 de 1989 estipuló el régimen pensional para los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 y con posterioridad al 1 de enero de 1981. Para estos últimos **previó una prima de medio año, que es la que se demanda en este proceso,** equivalente a una mesada pensional:

*“B. Para los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de Ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. **Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional.** -Rft”*

§45. Luego, los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993 consagraron dos mesadas para los pensionados, la primera en noviembre y una mesada adicional, *de interés para este proceso*, pagadera en junio para los pensionados del sector

público, correspondiente a treinta (30) días de valor de la pensión, dicha norma dispone:

“ARTÍCULO 50. MESADA ADICIONAL. Los pensionados por vejez o jubilación, invalidez y sustitución o sobrevivencia continuarán recibiendo cada año, junto con la mesada del mes de Noviembre, en la primera quincena del mes de Diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad adicional a su pensión.

(...)

ARTÍCULO 142. MESADA ADICIONAL PARA PENSIONADOS. *Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.*

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

§46. Es de recordar que la Ley 100 de 1993 estipuló en el artículo 279 un régimen de excepción:

“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. (...)*”

§47. Debido que la sentencia de C-409 de 1994 declaró inexequibles los apartes tachados del precitado artículo 142 de la Ley 100 de 1993, dio lugar a la expedición del artículo 1º de la Ley 238 de 1995, que adicionó el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 sobre excepciones al sistema, de la siguiente manera: “... 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”

§48. La Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto 1857 de 2007⁴, ilustró que sobre el tránsito legislativo de la Ley 238 de 1995 que: “... la iniciativa fue muy clara en el sentido de aplicar a un grupo de pensionados unos beneficios del régimen general, pero no planteó, ni se discutió, la modificación de los correspondientes regímenes especiales; de este modo, el texto aprobado muestra que con él se permite el reconocimiento de la mesada adicional a los sectores de pensionados exceptuados de ese régimen general pero sin modificar sus propios regímenes especiales para incorporarla a ellos.”

⁴ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil del 22 de noviembre de 2007, radicado 1.857 .C.P. Enrique José Arboleda Perdomo.

§49. La sentencia C-461 de 1995 de la Corte Constitucional, en cuya demanda se pretendía la extensión de la mesada del artículo 142 de la Ley 100 de 1993 a todos los docentes, explica que la prima de medio año y la mesada catorce son asimilables, y debían ampliarse el beneficio de la mesada adicional solamente a los docentes que no gozaban de pensión gracia vinculados con anterioridad al 1° de enero de 1981: “... *el beneficio contemplado en el artículo 15, numeral 2°, literal b, de la Ley 91 de 1989, según el cual los pensionados vinculados al Fondo con posterioridad al 1° de enero de 1981, "gozarán (...) adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional", puede asimilarse a la mesada adicional de que trata el artículo 142 de la Ley 100 de 1993...*”:

“En efecto, la Corte advierte que el beneficio contemplado en el artículo 15, numeral 2°, literal b, de la Ley 91 de 1989, según el cual los pensionados vinculados al Fondo con posterioridad al 1° de enero de 1981, "gozarán (...) adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional", puede asimilarse a la mesada adicional de que trata el artículo 142 de la Ley 100 de 1993.

En el artículo 15, numeral 2, literal b, de la Ley 91 de 1989, se dispone que los pensionados del Magisterio tienen derecho a la prima de medio año allí establecida, "adicionalmente" a la pensión de jubilación - pensión ésta que de manera inmediatamente anterior, concede el mismo artículo para los docentes vinculados a partir del 1° de enero de 1981-

El monto de la prima de medio año del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, es el mismo que el de la mesada adicional contemplada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, ya que existe equivalencia entre "una mesada pensional" (monto de la prima de medio año de la Ley 91) y "30 días de pago de la pensión" (monto de la mesada adicional de la Ley 100), teniendo en cuenta que como mesada pensional se conoce aquel pago mensual (30 días) que recibe un pensionado en virtud de su derecho a la pensión.

Los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, vinculados con posterioridad al 1° de enero de 1981 no se encuentran en una situación distinta a la de los pensionados a quienes se aplica el Sistema Integral de Seguridad Social contemplado en la Ley 100 de 1993, en lo referente a la obtención de algún beneficio que compense la pérdida de poder adquisitivo de las pensiones, pues mientras los primeros reciben la prima adicional de medio año (artículo 15 Ley 91 de 1989), los segundos reciben la mesada adicional (artículo 142 Ley 100 de 1993), que son prestaciones equivalentes.

Sin embargo, es menester tener en cuenta que la prima adicional de medio año, establecida en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, sólo cobija a los docentes vinculados a partir del 1° de enero de 1981, mientras que el derecho a la mesada adicional del artículo 142 de la Ley 100, luego de la sentencia C-409 de 1994, no está condicionado por aspectos temporales.”

§50. El Acto Legislativo 01 de 2005 eliminó la posibilidad de recibir más de 13 mesadas a los nuevos pensionados:

“ARTÍCULO 1o. Se adicionan los siguientes incisos y párrafos al artículo 48 de la Constitución Política:

"El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas".

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

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

(...) "Parágrafo transitorio 6o. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8o. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año".

§51. En la exposición de motivos del proyecto de acto legislativo, se justificó la eliminación de la mesada 14 de la siguiente manera:

"5.4 La eliminación de la decimocuarta mesada pensional

Debe recordarse que esta mesada adicional fue creada por la Ley 100 de 1993 para compensar la falta de ajuste de las pensiones reconocidas con anterioridad a 1988, es decir para compensar su pérdida de poder adquisitivo, y fue extendida a todas las demás pensiones por una decisión de la Corte Constitucional (Sentencia C-489/94), generando un desequilibrio adicional en la financiación de los pasivos pensionales.

Dado el origen de esta mesada, no es razonable que la misma deba pagarse a los nuevos pensionados, cuyas pensiones se liquidan con base en lo dispuesto por la Ley 100 de 1993 y normas que la han modificado y no se ven expuestas a pérdida de poder adquisitivo. Es por ello que se propone su eliminación.

El costo anual de esta mesada adicional asciende hoy a \$1.1 billones. Sin embargo, debe aclararse que este costo no se va a reducir en la medida en que se seguirá pagando esta mesada a los actuales pensionados, pero dejará de incrementarse a futuro por efecto del presente Acto Legislativo. De acuerdo con las actuales proyecciones su eliminación reducirá el déficit operacional acumulado en 12.9% del PIB, entre los años 2004 y 2050." (PROYECTO DE LEY 034 CÁMARA - GACETA 385 DE 2004)

§52. El concepto 1857 de 2007⁵ de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado estimó que debido a los efectos del Acto Legislativo 01 de 2005 "... los docentes oficiales que causen su derecho a la pensión de jubilación o de vejez a partir del 25 de julio del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 01 del 2005, no podrán recibir la mesada adicional del mes de junio creada por el artículo 142 de la ley 100 de 1993; con la salvedad del parágrafo transitorio 6° del mencionado acto legislativo":

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

⁵ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil del 22 de noviembre de 2007, radicado 1.857 .C.P. Enrique José Arboleda Perdomo.

Con la finalidad de introducir como principio constitucional la indispensable sostenibilidad del sistema de seguridad social y limitar la posibilidad de que por ley o negociación colectiva continuara la multiplicidad de regímenes pensionales y su impacto en las finanzas públicas, el gobierno nacional presentó dos proyectos de acto legislativo el 20 de julio y el 19 de agosto del 200, los cuales fueron acumulados para su estudio y trámite.

*Ambos proyectos contenían la siguiente propuesta de norma constitucional:
“Las personas a las que se les reconozca pensión a partir de la entrada en vigencia del presente acto legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año.”*

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

“Artículo 1°...

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

En los debates, la propuesta fue aceptada en razón del impacto económico de esa mesada adicional; pero también se dio el acuerdo de introducir una excepción para los pensionados que reciban mesadas no superiores a tres salarios mínimos mensuales legales vigentes, siempre que reúnan los requisitos para pensionarse antes del 31 de julio del 2011; este acuerdo se recogió en el parágrafo transitorio 6° del Acto Legislativo No. 01 del 2005:

"Parágrafo transitorio 6o. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8o. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año".

De manera que, a partir del 25 de julio del 2005, fecha en la cual se publicó el Acto Legislativo No. 01 del 200, las personas que adquieran el derecho a la pensión recibirán un máximo de trece mesadas al año, con la excepción establecida en el parágrafo 6° transitorio, que, evidentemente, también está restringida en el tiempo y en sus destinatarios.

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

§53. Como se anotó en precedencia, la prima de medio año de una mesada prevista en el literal b, numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, es equivalente a la mesada prevista en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, que se extendió en garantía del principio de igualdad a todos los docentes por la sentencia C-461 de 1995, por la Ley 238 de 1995.

§54. Bajo este entendido, el Acto Legislativo 01 de 2005 dispuso que, a partir de su entrada en vigor, ningún nuevo pensionado podría recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año, salvo aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011.

§55. En sede de tutela, el Consejo de Estado ha considerado que esta interpretación de equivalencia de la prima de mitad de año y la mesada de junio: “...no desconoce las normas aplicables al caso, ni el precedente judicial de la Sección Segunda del Consejo de Estado sobre la materia, por lo que para la Sala es claro que no vulneró los derechos fundamentales que la accionante alega conculcados.”⁶

§56. Es por ello, que conforme a los parámetros normativos planteados en el Acto Legislativo 01 de 2005, aplicable a los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, se analizará el caso particular, en aras de identificar si le asiste el derecho a la parte actora a percibir la mesada de mitad de año.

§57. En el sub judice, la parte actora le fue reconocido el derecho a la pensión de jubilación a través de la Resolución 9772-6 del 1 de diciembre de 2016, teniendo en cuenta el tiempo laborado desde el **16 de febrero de 1996** al 4 de agosto de **2016**; conforme en dicho acto adquirió el estatus pensional el 4 de agosto de 2016; además el monto de la pensión está estimado en un valor de \$ 2.393.897 a partir del 5 de agosto de 2016. (fl. 22, c1).

§58. En consecuencia, no le asiste el derecho a la parte en percibir la mesada adicional toda vez que no se encuentra dentro de las excepciones previstas en el Acto Legislativo 01 de 2005; dado que su derecho pensional fue causado con posterioridad a la vigencia de dicho acto, esto es el 25 de julio de 2005, además se reconoció en cuantía superior de 3 smlmv.

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

3. COSTAS EN ESTA INSTANCIA.

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

§61. La presente sentencia se profiere fuera del turno ordinario de procesos a despacho para sentencia por permitirlo el artículo 18 de la Ley 446 de 1998.

§62. Por lo discurrido, la Sala de Decisión del Honorable Tribunal Administrativo de Caldas, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

SENTENCIA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia dictada el 19 de febrero del 2019 por la Señoría del Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por **JORGE ELIECER CAÑAS TREJOS** en contra de la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, por los argumentos motivo de la demanda.

⁶ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN CUARTA - Consejera ponente: STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO- Bogotá, D.C., veinticinco (25) de abril de dos mil dieciocho (2018)- Radicación número: 11001-03-15-000-2017-03255-00(AC). SECCIÓN PRIMERA- Consejero ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS- Bogotá, D.C., ocho (8) de febrero de dos mil dieciocho (2018)- Radicación número: 11001-03-15-000-2017-03251-00(AC).

SEGUNDO: NO SE CONDENA EN COSTAS conforme a los argumentos expuestos.

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

Notifíquese y Cúmplase

Los Magistrados



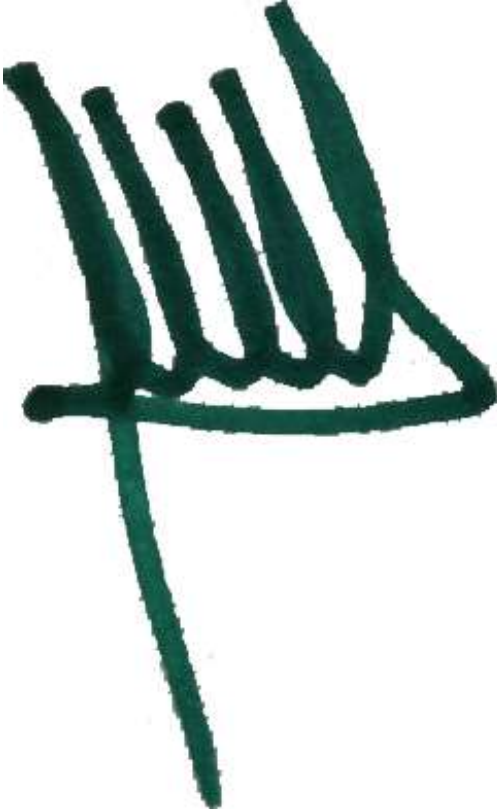
PUBLICO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
Magistrado

<p>TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS</p> <p>El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a las parte por Estado Electrónico No. 143.</p> <p>Manizales, 13 de octubre de 2020.</p> 
<p>HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA Secretario</p>

El acto judicial corresponde al aprobado en sala

Publio Martín Andrés Patiño Mejía
Firmado digitalmente

Firmado Por:

PUBLIO MARTIN ANDRES PATIÑO MEJIA
MAGISTRADO
MAGISTRADO - TRIBUNAL 006 ADMINISTRATIVO MIXTO DE LA
CIUDAD DE MANIZALES-CALDAS

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

Código de verificación:

83d7b1e0e71d7969674f9ef69f6eb5cea7b330d9dfcd224288273c5685b8ef6f

Documento generado en 09/10/2020 10:25:23 a.m.



República de Colombia
Honorable Tribunal Administrativo de Caldas
Sala Sexta de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Sentencia de segunda instancia

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Ana Dorie Garzón Restrepo
Demandado: Nación- Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG
Radicación: 17-001-33-39-007-2018-00178-02
Acto judicial: Sentencia 136

Manizales, cinco (05) de octubre de dos mil veinte (2020).

Proyecto discutido y aprobado en Sala Ordinaria de Decisión de la presente fecha.

ASUNTO

§01. **Síntesis:** La parte actora solicitó que se reliquide su pensión docente con inclusión de todos los factores percibidos el último año de servicios. El juzgado negó las pretensiones porque en la liquidación se tuvieron en cuenta los factores previstos en la Ley 62 de 1985 y la bonificación mensual. La sala confirma la decisión.

§02. La sala dicta sentencia de segunda instancia en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por Ana Dorie Garzón Restrepo, demandante, en contra de la Nación- Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-FOMAG, demandada. El objeto es decidir la apelación interpuesta por la demandante contra la sentencia proferida el 19 de septiembre de 2019 por la Señoría del Juzgado Séptimo Administrativo del circuito de Manizales.

1. Antecedentes

1.1. La demanda¹

¹ Fls. 5 a 18, c1

§03. La demandante pretende se declare la nulidad parcial de la **Resolución 0427 del 17 de enero de 2018**, que le reconoció la pensión sin incluir en el ingreso base de liquidación todos los factores salariales devengados **en el último año de servicio al cumplimiento del estatus pensional o del retiro del servicio**. En restablecimiento solicitó se ordene a la demandada reliquidar la pensión a partir **del 14 de agosto del 2017** con la inclusión de todos los factores salariales devengados el último año de servicios.

§04. Describió que la parte demandante prestó más de 20 años al servicio de la docencia oficial.

§05. El FOMAG le reconoció la pensión por la **Resolución 0427 del 17 de enero de 2018**. En la liquidación solo incluyó la asignación básica, omitiendo tener en cuenta la prima de navidad, prima de vacaciones y demás factores salariales percibidos durante el último año de servicios.

§06. Consideró como violados los artículos 15 de Ley 91 de 1989, 1 de la Ley 33 de 1985, la ley 62 de 1985 y el Decreto 1045 de 1978.

§07. Como concepto de violación precisó que a la accionante le es aplicable las Leyes 91 de 1989 y 33 de 1985, por haber sido vinculada antes de la Ley 812 de 2003. Por lo que se le debe liquidar su pensión sobre la base salarial del 75% de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, conforme lo prevé el Decreto 1045 de 1978. Se apoyó en pronunciamientos del Honorable Consejo de Estado.

1.2. Contestación de la demanda²

§08. Se opuso a las pretensiones. Negó los hechos de la demanda, argumentando que no tiene algún vínculo contractual con la actora.

§09. **Propuso los siguientes medios exceptivos:** falta de integración del contradictorio litisconsorte necesario; vinculación del litisconsorte; ineptitud sustancial de la demanda por falta de legitimación en la causa por pasiva; inexistencia del demandado - falta de relación con el reconocimiento del derecho, conexo o derivado del acto administrativo expedido por la entidad territorial certificada; falta de competencia del ministerio para expedir el acto administrativo y reconocer el derecho reclamado; inexistencia de la obligación demandada por inexistencia de causa jurídica; prescripción; buena fe y genérica.

1.3. Sentencia recurrida³

² Fl 143 a 157, c1.

³ Fls. 177 a 184, c1.

§10. El Juzgado Séptimo Administrativo del circuito de Manizales negó las pretensiones de la siguiente manera:

“PRIMERO: DECLARAR PROBADA la excepción denominada **INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DEMANDADA POR INEXISTENCIA DE CAUSA JURÍDICA**, y **NO PROBADA** la de **INEPTITUD SUSTANCIAL DE LA DEMANDA POR FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA** propuestas por la **NACIÓN-MIN. EDUCACIÓN-FNPSM** en los procesos identificados con número de radicación 2018-00068, **2018-00178** y 2018.00234.

(...)

SÉPTIMO: NEGAR las pretensiones de los demandantes en los procesos con radicados números 2018-00068, **2018-00178**, (...) conforme lo indicado en precedencia.

NOVENO: SIN CONDENA EN COSTAS, conforme las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.”-sft-

§11. Analizó el régimen jurídico aplicable al reconocimiento de la pensión de jubilación de los docentes oficiales. Determinó que como la accionante se vinculó antes de la Ley 812 de 2003, su pensión se encuentra sujeta al régimen pensional establecido en las leyes 33 y 62 de 1985.

§12. Expuso las posturas jurisprudenciales de la Sección Segunda y acogió la sentencia de unificación del Consejo de Estado de 2018, la cual señaló que para los docentes vinculados antes de la Ley 812 de 2003, la pensión se rige por las leyes 33 y 62 de 1985. Esto es, con los factores salariales señalados en la Ley 62 de 1985, percibidos el último año de servicios.

§13. En el caso concreto no hay lugar al reconocimiento del derecho deprecado por la demandante, toda vez la demandada tuvo en cuenta todos los factores consagrados en la Ley 62 de 1985 devengados por la señora Ana Dorie Garzón Restrepo durante el último año de servicios.

1.4. La apelación de la demandante⁴

§14. Solicitó se revoque la sentencia y se acceda a las pretensiones, porque en el momento de radicación de la demanda, se seguía la sentencia de unificación del

⁴ Fls. 191 a 198, c1

26 de agosto de 2010, que ordenaba tener en cuenta en el ingreso base de liquidación todos los factores percibidos el último año de servicios. De esta manera, no puede ser aplicada la sentencia de unificación SUJ-014-CE-S2-2019, con fundamento en el principio de la confianza legítima.

1.5 Actuación segunda instancia

§15. Mediante auto del 26 de febrero de 2020, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y se corrió el traslado para alegatos de conclusión.⁵

§16. La parte demandante presentó alegatos en término, la parte accionada y el Ministerio Público no se pronunciaron, como lo refiere la constancia secretarial del 17 de julio de 2020⁶.

§17. **Parte demandante:** Aludió a las posturas jurisprudenciales del Honorable Consejo de Estado, y precisó que se deben aplicar los criterios vigentes para la ocurrencia de los hechos, toda vez que se deben respetar los precedentes y leyes existentes en el tiempo y al momento de causar el derecho, según los principios de legítima confianza en la administración de justicia y seguridad jurídica.⁷

2. Consideraciones

2.1. Competencia

§18. Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación, conforma al artículo 153 del CPACA⁸.

§19. “...*(E)l marco fundamental de competencia del juez de segunda instancia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia*”; los límites impuestos por los principios de congruencia y de la no REFORMATIO IN PEIUS, “... *junto con las excepciones que se derivan, por ejemplo, i) de las normas o los principios previstos en la Constitución Política; ii) de los compromisos vinculantes asumidos por el Estado a través de la celebración y consiguiente ratificación de Tratados Internacionales relacionados con la protección de los Derechos Humanos y la vigencia del Derecho Internacional Humanitario, o iii) de las normas legales de carácter imperativo, dentro de las cuales se encuentran, a título puramente ilustrativo, aquellos temas procesales que, de configurarse, el juez de la causa debe decretar de manera*

⁵ Fl 1, c2.

⁶ Fl. 12, c2.

⁷ Fls. 4 a 11, c2.

⁸ http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011_pr003.html#153

oficiosa, no obstante que no hubieren sido propuestos por la parte impugnante como fundamento de su inconformidad para con la decisión censurada.”⁹

2.2. Problema jurídico

§20. ¿Tiene derecho la demandante a que le sea reliquidada la pensión con inclusión de todos los factores salariales devengados el último año de servicios?

2.3. Lo probado en el proceso

§21. A través de la **Resolución 0427-6 del 17 de enero de 2018** se reconoció pensión a la docente demandante, en cuantía de \$1'290.740, a partir del **14 de agosto de 2017**. En la liquidación se tuvo en cuenta el sueldo mensual, prima de vacaciones, subsidio de alimentación y bonificación mensual. El estatus de pensionada fue adquirido el 13/08/2017.¹⁰

§22. Según el formato único para la expedición de certificado de salarios 5539 percibidos entre los años 2014 a 2018, la demandante es de vinculación **NACIONAL**, recibió en el año anterior al estatus los siguientes factores: asignación básica, subsidio de alimentación, prima de navidad, prima de servicios, bonificación mensual docente, prima de vacaciones docentes. (fl.165 c.1).

2.4. Fundamentos jurídicos

2.4.1. La pensión de los docentes vinculados antes de la entrada en rigor de la Ley 812 de 2003 se rige por la Ley 33 de 1985 y los factores a tenerse en cuenta son los previstos en la Ley 62 de 1985 devengados el último año

§23. La Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado en providencia de unificación SUJ-014-CE –S2-2019 del 25 de abril de 2019 hizo un cambio jurisprudencial en cuanto al ingreso base de liquidación de la pensión ordinaria de los docentes afiliados al FOMAG.

§24. Adicionó que los efectos de la sentencia serían de forma retrospectiva, “... disponiendo para ello, que las reglas jurisprudenciales que se han fijado en este pronunciamiento se acojan de manera obligatoria en todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables”.

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

¹⁰ Fls. 19, c1.

§25. La unificación señala que la pensión de los docentes vinculados antes de la Ley 812 de 2003, son regidos por la Ley 33 de 1985, y los factores a tomarse en cuenta son los previstos en la Ley 62 de 1985, devengados en el último año:

“62. La Sección Segunda en su función unificadora, salvaguardando los principios constitucionales de igualdad y seguridad jurídica, acoge el criterio de interpretación sobre los factores salariales que se deben tener en cuenta para la liquidación de la mesada pensional en el régimen de la Ley 33 de 1985 que fijó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y sienta jurisprudencia frente a los factores que se deben tener en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, fijando la siguiente regla:

En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.

(...)

Reglas de unificación sobre el IBL en pensión de jubilación y Vejez de los docentes

71. De todo lo expuesto se extraen las siguientes reglas de unificación de la jurisprudencia en materia de régimen pensional de los docentes:

72. De acuerdo con el párrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, son dos los regímenes prestacionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial. La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial de cada docente, y se deben tener en cuenta las siguientes reglas:

a. En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.

b. Los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones.

2.4.2. Aplicación del ingreso base de liquidación en cuanto al periodo para la liquidación de docentes

§26. El anterior pronunciamiento de unificación precisa que la pensión de los docentes vinculados antes del 2003, se liquida el ingreso base de liquidación con el período del último año de servicios:

*“65. La regla que rige para el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a periodo y factores. **Lo que quiere decir que el periodo es el de un (1) año** y los factores son únicamente los que se señalan en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3 de la Ley 33 de 1985.*

*66. Los docentes, como ya lo precisó la Sala, están exceptuados del Sistema General de Pensiones, por lo que no les aplica el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que establece un régimen de transición y fija reglas propias para el Ingreso Base de Liquidación al disponer que: “El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor según certificación que expida el DANE”. **Por la misma razón, tampoco les aplica la regla sobre Ingreso Base de Liquidación prevista en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 que fija en 10 años el periodo que se debe tomar para la liquidación de la mesada pensional.**”*

2.4.3. La sentencia de unificación se aplica retrospectivamente a los procesos que están en curso

§27. La citada sentencia de unificación expresamente señaló sobre sus efectos obligatorios:

Efectos de la presente decisión.

Como se dijo en la sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 28 de agosto de 2018, "La Corte Constitucional, en sentencia C-816 de 2011, estableció que las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura - autoridades de cierre de las correspondientes jurisdicciones- y la Corte Constitucional - como guardiana de la Constitución -, tienen valor vinculante por emanar de órganos diseñados para la unificación de la jurisprudencia, y en virtud de los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica previstos en los artículos 13 y 83 de la Constitución Política. Por lo tanto, su contenido y la regla o norma jurídica que exponen, tienen características de permanencia, identidad y carácter vinculante y obligatorio".

En esta oportunidad y retomando lo indicado la Sala Plena de la Corporación, se acudirá al método de aplicación en forma retrospectiva del precedente, disponiendo para ello, que las reglas jurisprudenciales que se han fijado en este pronunciamiento se acojan de manera obligatoria en todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.

Como se ha dicho, los efectos que se dan a esta decisión garantizan la seguridad jurídica y dan prevalencia a los principios fundamentales de la Seguridad Social, por ello no puede invocarse el principio de igualdad, so pretexto de solicitar la no aplicación de esta sentencia.

§28. La sala no encuentra que se vulnere el principio de confianza legítima con la precitada sentencia de unificación, toda vez se hizo en virtud de los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica. La sentencia hizo un análisis de las decisiones antecedentes, poniendo de presente que sobre un mismo aspecto había contradicciones entre las Altas Cortes. Por ello se dispuso la aplicación retrospectiva de las reglas salvaguardando las situaciones jurídicas consolidadas.

3. Solución al problema jurídico

§29. Analizando el recuento fáctico se tiene que la parte actora laboró al servicio educativo como docente nacionalizado por más de 20 años.

§30. Mediante la **Resolución 0427-6 del 17 de enero de 2018**, se reconoció la pensión de jubilación a favor de **Ana Dorie Garzón Restrepo** en cuantía de \$1'290.740, a partir del **14 de agosto de 2017**, donde se tuvo en cuenta el **sueldo mensual, prima de vacaciones, subsidio de alimentación y bonificación mensual**.¹¹

§31. Según Formato Único para la expedición de certificado de salarios percibidos en 2016 y 2017, donde consta que devengó los factores de:

¹¹ Fl 165, c1.

asignación básica, subsidio de alimentación, prima de navidad, prima de servicios, bonificación mensual docente, prima de vacaciones docentes.¹²

§32. Conforme a las pruebas obrantes, concluye la sala que la parte actora para la vigencia de la Ley 812 de 2003, ya había ingresado a prestar sus servicios como docente nacionalizado, lo que permite determinar que para el reconocimiento pensional la norma **aplicable es la Ley 33 de 1985.**

§33. Una vez determinado el régimen que le cobija, y teniendo en cuenta que en virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, se encuentra exceptuada de Régimen General de Pensiones, no le cobija el Decreto 1158 de 1998 respecto a los factores base de cotización a tener en cuenta en la liquidación pensional, pero sí los factores previstos en la Ley 62 de 1985¹³:

“ARTÍCULO 1°. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.”

§34. Dentro de los elementos salariales percibidos por la parte demandante, están previstos en la norma precitada el sueldo mensual, también reconocido en la pensión.

§35. **Respecto a la prima de servicios** devengada el último año al retiro por la parte demandante está regida por el Decreto 1545 de 2013, en su artículo 5 precisa que es factor salarial para la liquidación de vacaciones, prima de vacaciones, cesantías y prima de navidad, por lo que no es procedente su inclusión dentro del ingreso base para la pensión.

¹² Fl. 165, c1.

¹³ ARTÍCULO 1°. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: **asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.** En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.

§36. De otro lado, **la bonificación creada por el Decreto 1566 de 2014, y prolongada por el Decreto 123 de 2016** se reconoce a partir del 1° de junio de 2014 al 31 de diciembre de 2016, como factor salarial para todos los efectos legales. La misma, ya se tuvo en cuenta en la reliquidación pensional.

§37. En cuanto a los demás factores salariales reconocidos en la pensión, no se hará pronunciamiento al respecto por no ser motivo del presente proceso.

§38. Por lo anterior, se confirmará la decisión de primera instancia.

4. Costas en esta Instancia.

§39. En cuanto a la confirmación de la sentencia de primera instancia, por un cambio jurisprudencial no se condenará en costas a la parte demandante.

§40. La presente sentencia se profiere fuera del turno ordinario de procesos a despacho para sentencia por permitirlo el artículo 18 de la Ley 446 de 1998.

§41. Por lo discurrido, la Sala Sexta de Decisión del Honorable Tribunal Administrativo de Caldas, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

Sentencia

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 19 de septiembre de 2019 por la Señoría del Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por la señora Ana Dorie Garzón Restrepo en contra de la Nación- Ministerio de Educación-Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por los argumentos motivo de la demanda.

SEGUNDO: No condenar en costas.

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

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión de la fecha.

Notifíquese y Cúmplase

Los Magistrados



PUBLICO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

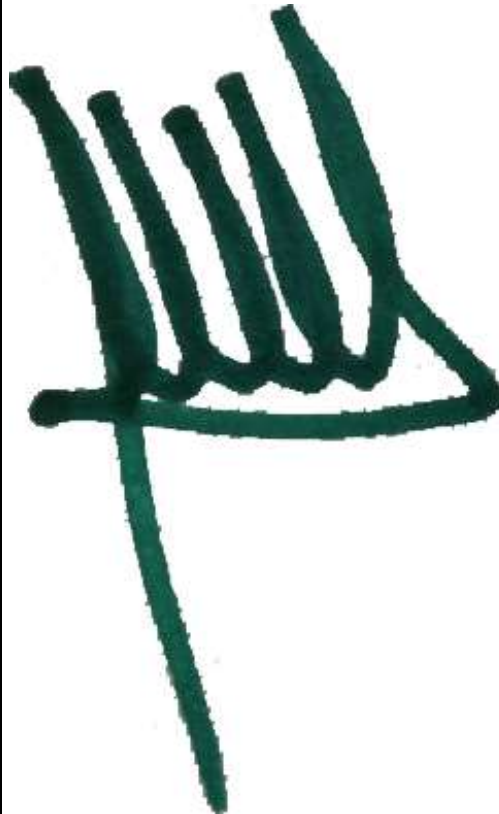


JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a las parte por Estado Electrónico No. 143.

Manizales, 13 de octubre de 2020.

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

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA

Secretario

El acto judicial corresponde al aprobado en sala

Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Firmado digitalmente

Firmado Por:

PUBLIO MARTIN ANDRES PATIÑO MEJIA

MAGISTRADO

**MAGISTRADO - TRIBUNAL 006 ADMINISTRATIVO MIXTO DE LA
CIUDAD DE MANIZALES-CALDAS**

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

Código de verificación:

7c54f8ad873d95999265ec0d74cc7a41e8e1cde6f78e8d2d828d8dc6d695f4bf

Documento generado en 09/10/2020 10:25:27 a.m.



República de Colombia
Honorable Tribunal Administrativo de Caldas
Sala Sexta de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Sentencia de segunda instancia

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Mariela Londoño Álzate
Demandado: Nación- Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
Radicación: 17-001-33-33-002-2018-00342-02
Sentencia: 137

Manizales, cinco (05) de octubre de dos mil veinte (2020).

Proyecto discutido y aprobado en Sala Ordinaria de Decisión de la presente fecha.

Asunto

§01. **Síntesis:** La parte actora solicitó que se reliquide su pensión docente con inclusión de todos los factores percibidos el último año de servicios. El juzgado negó las pretensiones porque en la liquidación se tuvieron en cuenta los factores previstos en la Ley 62 de 1985 y la bonificación mensual. La sala confirma la decisión.

§02. La sala profiere sentencia de segunda instancia en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por la señora Mariela Londoño Alzate, demandante, contra la Nación- Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG, demandada. El objeto de decisión es la apelación interpuesta por la demandante contra la sentencia proferida el 13 de diciembre de 2019 por la Señoría del Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales que negó las pretensiones.

1. Antecedentes

1.1. La Demanda¹

§03. La demandante pretende la nulidad de la **Resolución 470 del 20 de junio de 2018**, que negó reliquidar la pensión con la inclusión del factor salarial **prima de servicios** devengada **en el último año de servicios al retiro definitivo del cargo**. En restablecimiento se condene a realizar dicha reliquidación a partir **del 31 de diciembre del 2014**.

§04. Describió que a la parte demandante le fue reliquidada la pensión por parte del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por la **Resolución 470 del 20 de junio de 2018**, con la inclusión de la bonificación mensual prevista en el Decreto 1566 de 2014, pero omitiendo tener en cuenta la **prima de servicios** según el Decreto 1545 del 19 de julio de 2013, percibida durante el último año de servicios anterior al retiro definitivo del cargo.

§05. Consideró como violados los artículos 2, 4, 5, 6, 13, 20, 46, 48 y 53 de la Constitución Política; 3, 13, 66 y 138 del CPACA; Ley 91 de 1989; artículo 6 de la Ley 60 de 1993; Ley 33 de 1985; Artículo 29 de la Ley 100 de 1993; artículo 36 de la Ley 115 de 1994; Ley 812 de 2003 y el Acto Legislativo 01 de 2005.

§06. Como concepto de violación precisó que el acto administrativo demandado contraviene la Ley 812 de 2003 al aplicar el artículo 3 del Decreto 3752 de 2003, que al actor le cobijan los Decretos 3135 de 1968, Decreto 1848 de 1969 y Decreto 1045 de 1978; y se ratifica en los pronunciamientos jurisprudenciales del Honorable Consejo de Estado.

1.2. Contestación de la Demanda²

§07. Se opuso a la totalidad de las pretensiones formuladas por la parte actora, porque no tiene algún vínculo con la demandante.

§08. Propuso los siguientes medios exceptivos:

§09. **Falta de integración del contradictorio litisconsorte necesario, y vinculación del Litisconsorte**, respecto al ente territorial y FIDUPREVISORA que participaron en la emisión del acto pensional.

§10. **Ineptitud Sustancial de la demanda por falta de legitimación en la causa por pasiva:** Porque le compete a las entidades territoriales expedir del acto administrativo de reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes, con asistencia de FIDUPREVISORA.

¹ Fls. 3 a 17, c1

² Fls. 38 a 50, c1.

§11. **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:** Defendió que el Ministerio de Educación I 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.

§12. **Inexistencia de la Obligación Demandada por Inexistencia de Causa Jurídica:** Apuntó que el reconocimiento de la prestación se efectuó con base en el ordenamiento jurídico existente y la SUJ215001333301020130013401 del 14 de abril de 2016.

§13. **Prescripción**, prevista en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y en el Decreto 1848 de 1969.

§14. **Buena Fe:** porque no interviene en el reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes.

§15. **Genérica.**

1.3. La sentencia³

§16. El Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, dictó sentencia negando a las pretensiones de la parte actora, de la siguiente manera:

“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADA la excepción “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA” propuesta por el FOMAG, por lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA LA EXCEPCIÓN “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DEMANDADA POR INEXISTENCIA DE CAUSA JURÍDICA” formulada por la Nación – Ministerio de Educación – FOMAG, por lo expuesto en la parte motiva de la providencia.

TERCERO: NEGAR las pretensiones de la demanda.

CUARTO: SIN CONDENA EN COSTAS, según lo explicado en la parte motiva de esta providencia.”-sft-

§17. Formuló los siguientes problemas jurídicos:

³ Fls. 83 a 91, c1.

“¿Cuál es el régimen pensional aplicable a cada uno de los y las demandantes?

¿Tienen derecho los y las demandantes a que su pensión de jubilación sea reliquidada teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados durante los últimos 12 meses anteriores a la adquisición del status jurídico de pensionados (as) o al retiro definitivo del servicio, en aplicación de lo dispuesto en las leyes 33 y 62 de 1985 y demás normas concordantes?

En caso afirmativo,

¿Sobre cuáles factores debe reliquidarse la pensión de la cual es titular?

¿Se probó en el expediente que la parte actora devengó en el último año de servicios factores salariales que deben tenerse en cuenta en la base de la liquidación pensional?

¿Se configuró la prescripción de los casos estudiados?”

§18. Analizó el régimen jurídico aplicable al reconocimiento de la pensión de jubilación de los docentes oficiales y determinó los factores salariales a efecto de fijar el ingreso base de liquidación, conforme a las previsiones establecidas en la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 de 1985, Ley 812 de 2003, artículo 279 de la Ley 100 de 1993, Decreto 1566 de 2014 y Decreto 123 de 2016.

§19. Discernió acerca de las posturas jurisprudenciales de la Sección Segunda y la sentencia de unificación del Consejo de Estado del año 2019, acerca que en el ingreso base de la pensión docente debe tenerse los factores señalados en la Ley 62 de 1985. De esta manera, acogió la tesis jurisprudencial, y negó las pretensiones.

1.4. La apelación de la parte demandante⁴

§20. La accionante pidió se revoque la sentencia del juzgado, ordenando reliquidar la pensión con todos los factores percibidos el último año anterior al estatus.

§21. Criticó que el juez debió aplicar la jurisprudencia vigente al momento de radicación de la demanda, que es la sentencia de unificación del 26 de agosto de 2010, con fundamento en la confianza legítima. De esta manera debe hacerse la reliquidación con la inclusión de todos los factores salariales percibidos el último año.

1.5 Actuación de segunda instancia

⁴ Fls. 97 a 100, c1

§22. Mediante auto del 10 de marzo de 2020, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y ordenó correr traslado de alegatos a las partes y al Ministerio Público.⁵

1.6 Alegatos de Conclusión Segunda Instancia

§23. La parte demandante presentó alegatos en término, el Ministerio Público emitió su concepto en término, la parte accionada no se pronunció, como lo refiere la constancia secretarial del 04 de agosto de 2020⁶.

§24. **Parte demandante:** Resaltó el régimen pensional aplicable establecido en la Ley 91 de 1989, Ley 60 1993, Ley 33 de 1985 y Ley 62 de 1985. Aludió a las posturas jurisprudenciales del Honorable Consejo de Estado, y precisó que se deben “incluir en la base de liquidación pensional todos los factores salariales devengados por el servidor público”.⁷

§25. **Ministerio Público:** Mencionó que la unificación de la jurisprudencia busca que las decisiones se ajusten a la Constitución y a ley, garantizando principios como el de seguridad jurídica, por lo que el juez de primera instancia cumplió con su deber al acogerse a la SUJ-014-CE-S2-2019. Resalta como correcta la decisión de primera instancia acogiendo al artículo 1 de la Ley 62 de 1985.⁸

2. Consideraciones del Honorable Tribunal

2.1. Competencia

§26. Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación, conforma al artículo 153 del CPACA⁹.

§27. “...(E)l marco fundamental de competencia del juez de segunda instancia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia”; los límites impuestos por los principios de congruencia y de la no REFORMATIO IN PEIUS, “... junto con las excepciones que se derivan, por ejemplo, i) de las normas o los principios previstos en la Constitución Política; ii) de los compromisos vinculantes asumidos por el Estado a través de la celebración y consiguiente ratificación de Tratados Internacionales relacionados con la protección de los Derechos Humanos y la vigencia del Derecho Internacional Humanitario, o iii) de las normas legales de carácter imperativo, dentro de las cuales se encuentran, a título puramente ilustrativo, aquellos temas procesales que, de configurarse, el juez de la causa debe decretar de manera

⁵ Fl 1, c2.

⁶ Fl. 13, c2.

⁷ Fls. 5 a 7, c2.

⁸ Fl 5 a 12, C2.

⁹ http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011_pr003.html#153

oficiosa, no obstante que no hubieren sido propuestos por la parte impugnante como fundamento de su inconformidad para con la decisión censurada.”¹⁰

2.2. Problema jurídico

§28. ¿Tiene derecho la demandante a que le sea reliquidada la pensión con inclusión de todos los factores salariales devengados el último año de servicios, como la prima de servicios?

2.3. Lo probado en el proceso

§29. Mediante la **Resolución 470 del 20 de junio de 2018**, se reliquidó de la pensión de jubilación por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio a favor de la señora **Mariela Londoño Alzate**, en cuantía de \$2.839.489, a partir del **31 de diciembre de 2014**, donde se tuvo en cuenta el sueldo mensual, prima de navidad, prima de vacaciones, sobresueldo y la bonificación del Decreto 1566 de 2014. Empezó a laborar **desde el 06 de abril de 1978 hasta el 03 julio de 2014**¹¹, adquirió el estatus pensional el 30 de junio de 2014¹², y se retiró el **31 de diciembre de 2014**¹³.

§30. Según el formato único para la expedición de certificado de salarios devengados en el año 2014, expedido por la Secretaría de Educación del Municipio de Manizales, la demandante es de vinculación **NACIONALIZADA**, y percibió en el último año de servicios: asignación adicional coordinador, asignación básica, bonificación mensual, prima de navidad, prima de servicios y prima de vacaciones docentes.¹⁴

2.1. Fundamentos jurídicos

2.1.1. La pensión de los docentes vinculados antes de la entrada en rigor de la Ley 812 de 2003 se rige por la Ley 33 de 1985 y los factores a tenerse en cuenta son los previstos en la Ley 62 de 1985 devengados el último año

§31. La Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado en providencia de unificación SUJ-014-CE –S2-2019 del 25 de abril de 2019 hizo un cambio

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de febrero de 2012, exp. 21.060, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Reiterada en Sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera del 25 de septiembre de 2013. C.P. Enrique Gil Botero. Rad No. 05001-23-31-000-2001-00799-01(36460). En el mismo sentido sentencias 25279, 36.863 y 30.782

¹¹ Fls 18 a 19, C1

¹² Fls. 18 aa 19, C1

¹³ Fl 20 a 21, C1

¹⁴ Fl 23, C1

jurisprudencial en cuanto al ingreso base de liquidación de la pensión ordinaria de los docentes afiliados al FOMAG.

§32. Adicionó que los efectos de la sentencia serían de forma retrospectiva, “... disponiendo para ello, que las reglas jurisprudenciales que se han fijado en este pronunciamiento se acojan de manera obligatoria en todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables”.

§33. La unificación señala que la pensión de los docentes vinculados antes de la Ley 812 de 2003, son regidos por la Ley 33 de 1985, y los factores a tomarse en cuenta son los previstos en la Ley 62 de 1985, devengados en el último año:

“62. La Sección Segunda en su función unificadora, salvaguardando los principios constitucionales de igualdad y seguridad jurídica, acoge el criterio de interpretación sobre los factores salariales que se deben tener en cuenta para la liquidación de la mesada pensional en el régimen de la Ley 33 de 1985 que fijó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y sienta jurisprudencia frente a los factores que se deben tener en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, fijando la siguiente regla:

En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.

(...)

Reglas de unificación sobre el IBL en pensión de jubilación y Vejez de los docentes

71. De todo lo expuesto se extraen las siguientes reglas de unificación de la jurisprudencia en materia de régimen pensional de los docentes:

72. De acuerdo con el párrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, son dos los regímenes prestacionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial. La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial de cada docente, y se deben tener en cuenta las siguientes reglas:

a. En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.

b. Los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones.

2.1.2. Aplicación del ingreso base de liquidación en cuanto al periodo para la liquidación de docentes

§34. El anterior pronunciamiento de unificación precisa que la pensión de los docentes vinculados antes del 2003, se liquida el ingreso base de liquidación con el período del último año de servicios:

*“65. La regla que rige para el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a periodo y factores. **Lo que quiere decir que el periodo es el de un (1) año** y los factores son únicamente los que se señalan en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3 de la Ley 33 de 1985.*

*66. Los docentes, como ya lo precisó la Sala, están exceptuados del Sistema General de Pensiones, por lo que no les aplica el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que establece un régimen de transición y fija reglas propias para el Ingreso Base de Liquidación al disponer que: “El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor según certificación que expida el DANE”. **Por la misma razón, tampoco les aplica la regla sobre Ingreso Base de Liquidación prevista en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 que fija en 10 años el periodo que se debe tomar para la liquidación de la mesada pensional.**”*

2.1.3. La sentencia de unificación se aplica retrospectivamente a los procesos que están en curso

§35. La citada sentencia de unificación expresamente señaló sobre sus efectos obligatorios:

Efectos de la presente decisión.

Como se dijo en la sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 28 de agosto de 2018, "La Corte Constitucional, en sentencia C-816 de 2011, estableció que las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura - autoridades de cierre de las correspondientes jurisdicciones- y la Corte Constitucional - como guardiana de la Constitución -, tienen valor vinculante por emanar de órganos diseñados para la unificación de la jurisprudencia, y en virtud de los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica previstos en los artículos 13 y 83 de la Constitución Política. Por lo tanto, su contenido y la regla o norma jurídica que exponen, tienen características de permanencia, identidad y carácter vinculante y obligatorio".

En esta oportunidad y retomando lo indicado la Sala Plena de la Corporación, se acudirá al método de aplicación en forma retrospectiva del precedente, disponiendo para ello, que las reglas jurisprudenciales que se han fijado en este pronunciamiento se acojan de manera obligatoria en todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.

Como se ha dicho, los efectos que se dan a esta decisión garantizan la seguridad jurídica y dan prevalencia a los principios fundamentales de la Seguridad Social, por ello no puede invocarse el principio de igualdad, so pretexto de solicitar la no aplicación de esta sentencia.

§36. La sala no encuentra que se vulnere el principio de confianza legítima con la precitada sentencia de unificación, toda vez se hizo en virtud de los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica. La sentencia hizo un análisis de las decisiones antecedentes, poniendo de presente que sobre un mismo aspecto había contradicciones entre las Altas Cortes. Por ello se dispuso la aplicación retrospectiva de las reglas salvaguardando las situaciones jurídicas consolidadas.

3. Solución Al Problema Jurídico

§37. Analizando el recuento fáctico se tiene que la demandante laboró al servicio educativo como docente nacional por más de 20 años; desde el **06 de abril de 1978 hasta el 03 de julio del 2014**, adquiriendo el estatus de jubilada el 30 de

junio de 2014¹⁵ .

§38. A través de la **Resolución 470 del 20 de junio de 2018**, se reliquidó la pensión de jubilación por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio a favor de la señora **Mariela Londoño Alzate**, en cuantía de \$2.839.489, a partir del **31 de diciembre de 2014**, donde se tuvo en cuenta el **sueldo mensual, prima de navidad, prima de vacaciones, sobresueldo y bonificación del Decreto 1566 de 2014**. Empezó a laborar **desde el 06 de abril de 1978 hasta el 03 julio de 2014**¹⁶, adquirió el estatus pensional el 30 de junio de 2014¹⁷, y se retiró el **31 de diciembre de 2014**¹⁸.

§39. Según la constancia de salarios devengados por el actor expedido por la Secretaría de Educación del Municipio de Manizales, la parte actora devengó en el último año de servicios: **asignación adicional coordinador, asignación básica, bonificación mensual, prima de navidad, prima de servicios y prima de vacaciones docentes**.¹⁹

§40. Conforme a las pruebas obrantes, concluye la Sala que la parte actora para la vigencia de la Ley 812 de 2003, ya había ingresado a prestar sus servicios como docente nacional, lo que permite determinar que para el reconocimiento pensional la norma aplicable es la Ley 33 de 1985.

§41. Una vez determinado el régimen que le cobija, y teniendo en cuenta que en virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, se encuentra exceptuada de Régimen General de Pensiones, no le cobija el Decreto 1158 de 1998, respecto a los factores base de cotización a tener en cuenta en la liquidación pensional, pero sí los factores previstos en la Ley 62 de 1985²⁰, que no incluye la prima de servicios.

§42. **Respecto a la prima de servicios** devengada el último año al retiro por la parte demandante está regida por el Decreto 1545 de 2013, en su artículo 5 precisa que es factor salarial para la liquidación de vacaciones, prima de vacaciones, cesantías y prima de navidad, por lo que no es procedente su inclusión dentro del ingreso base para la pensión.

¹⁵ Folio 18, 19, c1.

¹⁶ Fls 18 a 19, C1

¹⁷ Fls. 18 aa 19, C1

¹⁸ Fl 20 a 21, C1

¹⁹ Fl 23, C1

²⁰ ARTÍCULO 1°. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: **asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio**. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.

§43. Por lo anterior, no es procedente acceder a que en el ingreso base de liquidación de la pensión se tengan en cuenta la prima de servicios devengada el último año de servicios.

§44. Respecto a los demás factores por los que se reliquidó la pensión, no son objeto de demanda en este proceso y no habrá pronunciamiento al respecto.

§45. En este sentido se confirmará la decisión de primera instancia.

4. COSTAS EN ESTA INSTANCIA.

§46. En cuanto a las costas de segunda instancia, como se confirma la sentencia de primera por un cambio jurisprudencial, no se condenará en costas a la parte demandante.

§47. La presente sentencia se profiere fuera del turno ordinario de procesos a despacho para sentencia por permitirlo el artículo 18 de la Ley 446 de 1998.

§48. Por lo discurrido, la Sala Sexta de Decisión del Honorable Tribunal Administrativo de Caldas, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

SENTENCIA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 13 de diciembre de 2019 por la Señoría del Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por la señora **Mariela Londoño Alzate** en contra de la **Nación- Ministerio de Educación- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio**.

SEGUNDO: NO CONDENAR EN COSTAS en esta instancia.

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

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión de la fecha.

Notifíquese y Cúmplase

Los Magistrados



PUBLICO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

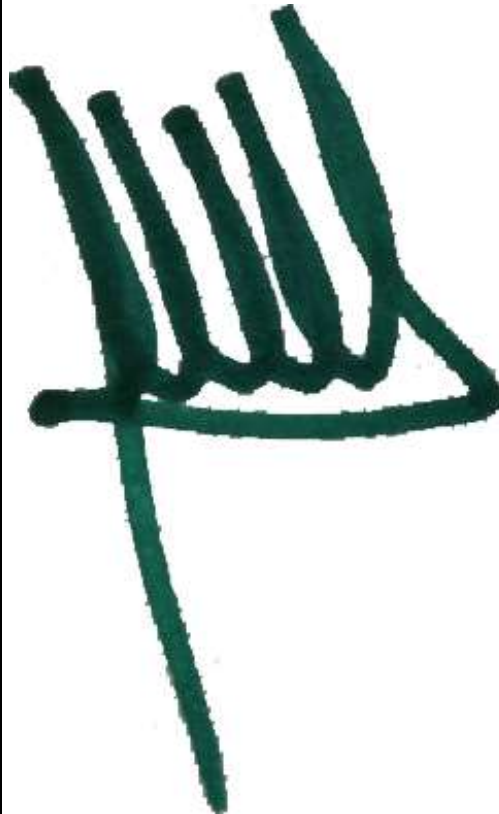


JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a las parte por Estado Electrónico No. 143.

Manizales, 13 de octubre de 2020.

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

El acto judicial corresponde al aprobado en sala

Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Firmado digitalmente

Firmado Por:

PUBLIO MARTIN ANDRES PATIÑO MEJIA

MAGISTRADO

**MAGISTRADO - TRIBUNAL 006 ADMINISTRATIVO MIXTO DE LA
CIUDAD DE MANIZALES-CALDAS**

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

Código de verificación:

1c88a1ea322fc10b2c35f40a75cc40750d6284ecf001e856878decd540f982b6

Documento generado en 09/10/2020 10:25:31 a.m.



República de Colombia
Honorable Tribunal Administrativo de Caldas
Sala Sexta de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Sentencia de segunda instancia

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Ana Gilsa Carmona Ospina
Demandado: Nación- Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG
Radicación: 17-001-33-33-002-2018-00367-02
Sentencia: 138

Manizales, cinco (05) de octubre de dos mil veinte (2020).

Proyecto discutido y aprobado en Sala Ordinaria de Decisión de la presente fecha.

Asunto

Síntesis: La parte actora solicitó que se reliquide su pensión docente con inclusión de todos los factores percibidos el último año de servicios. El juzgado negó las pretensiones porque en la liquidación se tuvieron en cuenta los factores previstos en la Ley 62 de 1985 y la bonificación mensual. La sala confirma la decisión.

§01. La sala dicta sentencia de segunda instancia en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho propuesta por la señora Ana Gilsa Carmona Ospina, demandante, contra la Nación- Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG, demandada. El objeto es decidir la apelación interpuesta por la demandante contra la sentencia proferida el 13 de diciembre de 2019 por la Señoría del Juzgado Segundo Administrativo del circuito de Manizales.

1. Antecedentes

1.1. La demanda¹

§02. La demandante pretende la nulidad de la Resolución 3363-6 del 18 de abril de 2018, que negó la reliquidación pensional con la inclusión de los factores salariales devengados en el último año de servicio al cumplimiento del estatus pensional o del retiro del servicio. En restablecimiento solicitó se ordene a la demandada reliquidar la pensión incluyendo todos los factores percibidos el último año de servicios.

§03. Al accionante describió que laboró por más de 20 años al servicio de la docencia oficial.

§04. El FOMAG reconoció a la actora la pensión por la Resolución 3363-6 del 18 de abril de 2018. En la liquidación solo incluyó los factores de: asignación básica, prima de vacaciones, prima de navidad, y bonificación mensual. Omitió tener en cuenta la prima de servicios percibidas durante el último año de servicios.

§05. Consideró como violados los artículos 2, 4, 5, 6, 13, 20, 46, 48 y 53 de la Constitución Política; 3, 13, 66 y 138 del CPACA; 6 de la Ley 60 de 1993; 29 de la Ley 100 de 1993, 36 de la Ley 115 de 1994; las leyes 91 de 1989, 33 de 1985, 812 de 2003 y el Acto Legislativo 01 de 2005.

§06. Como concepto de violación precisó que el acto demandado contraviene el régimen especial de pensión de la demandante, quien se vinculó antes de la Ley 812 de 2003, por lo que se debe pensionar conforme la Ley 33 de 1985, aplicando los decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978. Se apoyó en pronunciamientos del Honorable Consejo de Estado.

1.2. Contestación de la demanda del Ministerio de Educación Nacional²

§07. Se opuso a la totalidad de las pretensiones. Negó los hechos aludidos en la demanda, porque no tiene algún vínculo con la demandante.

§08. **Propuso los siguientes medios exceptivos:** ineptitud sustancial de la demanda por falta de legitimación en la causa por pasiva; inexistencia del demandado - falta de relación con el reconocimiento del derecho, conexo o derivado del acto administrativo expedido por la entidad territorial certificada, falta de competencia del ministerio para expedir el acto administrativo y reconocer el derecho reclamado; inexistencia de la obligación demandada por inexistencia de causa jurídica; prescripción y buena fe.

¹ Fls. 1 a 17, c1

² Fl 143 a 157, c1.

1.3. Sentencia que negó las pretensiones³

§09. El Juzgado Segundo Administrativo del circuito de Manizales dictó sentencia que negó las pretensiones de la demanda:

“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, propuesta por el FOMAG, por lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA LA EXCEPCIÓN “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DEMANDADA POR INEXISTENCIA DE CAUSA JURÍDICA” formulada por la Nación- Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo expuesto en l parte motiva de la providencia.

TERCERO: NEGAR las pretensiones de la demanda.

CUARTO: SIN CONDENAS EN COSTAS, según lo explicado en la parte motiva de esta providencia.”-sft-

§10. Analizó el régimen jurídico aplicable al reconocimiento de la pensión de jubilación de los docentes oficiales. Determinó que como la accionante se vinculó antes de la Ley 812 de 2003, su pensión se encuentra sujeta al régimen pensional establecido en las leyes 33 y 62 de 1985.

§11. Expuso las posturas jurisprudenciales de la Sección Segunda y acogió la sentencia de unificación del Consejo de Estado de 2018, la cual señaló que para los docentes vinculados antes de la Ley 812 de 2003, la pensión se rige por las leyes 33 y 62 de 1985. Esto es, con los factores salariales señalados en la Ley 62 de 1985, percibidos el último año de servicios.

§12. Declaró probada las excepciones y negó las pretensiones, porque la entidad demandada tuvo en cuenta los factores consagrados en la Ley 62 de 1985 y la bonificación, devengados por la señora **Ana Gilsa Carmona Ospina** durante el **último año al momento del retiro del servicio.**

1.4. La apelación de la parte demandante⁴

§13. Solicitó se revoque la sentencia y se acceda a las pretensiones, porque en el momento de radicación de la demanda, se seguía la sentencia de unificación del

³ Fls. 104 a 112, c1.

⁴ Fls. 121 a 124, c1

26 de agosto de 2010, que ordenaba tener en cuenta en el ingreso base de liquidación todos los factores percibidos el último año de servicios. De esta manera, no puede ser aplicada la sentencia de unificación SUJ-014-CE-S2-2019, con fundamento en el principio de la confianza legítima.

1.5 Actuación segunda instancia

§14. Mediante auto del 26 de febrero de 2020, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y se concede traslado para alegatos de conclusión.⁵

§15. Ninguna de las partes se pronunció⁶.

2. Consideraciones del honorable tribunal

2.1. Competencia

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

§17. “...(E)l marco fundamental de competencia del juez de segunda instancia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia”; los límites impuestos por los principios de congruencia y de la no REFORMATIO IN PEIUS, “... junto con las excepciones que se derivan, por ejemplo, i) de las normas o los principios previstos en la Constitución Política; ii) de los compromisos vinculantes asumidos por el Estado a través de la celebración y consiguiente ratificación de Tratados Internacionales relacionados con la protección de los Derechos Humanos y la vigencia del Derecho Internacional Humanitario, o iii) de las normas legales de carácter imperativo, dentro de las cuales se encuentran, a título puramente ilustrativo, aquellos temas procesales que, de configurarse, el juez de la causa debe decretar de manera oficiosa, no obstante que no hubieren sido propuestos por la parte impugnante como fundamento de su inconformidad para con la decisión censurada.”⁸

2.2. Problema Jurídico

⁵ Fl 1, c2.

⁶ Fl. 5, c2.

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

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de febrero de 2012, exp. 21.060, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Reiterada en Sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera del 25 de septiembre de 2013. C.P. Enrique Gil Botero. Rad No. 05001-23-31-000-2001-00799-01(36460). En el mismo sentido sentencias 25279, 36.863 y 30.782

§18. ¿Tiene derecho la parte demandante a que le sea reliquidada y pagada la pensión de jubilación con inclusión de todos los factores salariales devengados el último año anterior al retiro del servicio?

2.3. Lo probado en el proceso

§19. A través de la **Resolución 1117-6 del 13 de febrero de 2017**, se reconoció la pensión de jubilación como docente de régimen nacionalizado a cargo de la Gobernación de Caldas, en cuantía de \$2'323.346, donde se tuvo en cuenta el sueldo mensual, prima de navidad, prima de vacaciones, y bonificación mensual. La fecha del retiro definitivo fue el 31/12/2014.⁹

§20. Previa solicitud de la demandante para que se reliquidara la pensión con los factores percibidos el último año de servicios, el FOMAG negó la solicitud mediante **Resolución 3363-6 del 18 de abril de 2018**.¹⁰

§21. Según el formato único para la expedición de certificado de salarios 923 R.P.D., la demandante percibió los siguientes factores el último año de servicios: asignación básica, prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones docentes y bonificación mensual, entre enero a diciembre de 2014.¹¹

2.4. Fundamentos jurídicos

2.4.1. Régimen Pensional Docente

§22. La Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de unificación SUJ-014-CE –S2-2019 del 25 de abril de 2019¹², sentó jurisprudencia en cuanto al ingreso base de liquidación de la pensión ordinaria de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales de Magisterio, al respecto determinó:

“(…)

62. La Sección Segunda en su función unificadora, salvaguardando los principios constitucionales de igualdad y seguridad jurídica, acoge el criterio de interpretación sobre los factores salariales que se deben tener en cuenta para la liquidación de la mesada pensional en el régimen de la Ley 33 de 1985 que fijó la

⁹ Fls. 22, 23, c1.

¹⁰ Fl. 32, c1

¹¹ Fl, 26, c1

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero ponente: William Hernández Gómez, Bogotá, D.C., diez (10) de mayo de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 11001-03-15-000-2018-01102-00(AC). <http://www.consejodeestado.gov.co/busquedas/buscaador-jurisprudencia/>

Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y sienta jurisprudencia frente a los factores que se deben tener en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, fijando la siguiente regla:

En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.

(...)

iv. Reglas de unificación sobre el IBL en pensión de jubilación y Vejez de los docentes

71. De todo lo expuesto se extraen las siguientes reglas de unificación de la jurisprudencia en materia de régimen pensional de los docentes:

72. De acuerdo con el párrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, son dos los regímenes prestacionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial. La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial de cada docente, y se deben tener en cuenta las siguientes reglas:

a. **En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.**

b. Los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones.

§23. De los pronunciamientos jurisprudenciales transcritos, se concluye que la pensión de jubilación docente para los docentes vinculados con anterioridad a la Ley 812 de 2003, se debe calcular sobre los factores salariales, en los cuales se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1° de la Ley 62 de 1985.

2.4.2. Aplicación del ingreso base de liquidación en cuanto al periodo para la liquidación de docentes.

§24. La Honorable Corporación, en el pronunciamiento jurisprudencial de unificación antes citado, refiere a la regla que rige el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación docente en cuanto a factores y periodo, esto teniendo en cuenta el contenido normativo previsto en la Ley 33 de 1985, al cual refirió:

*“65. La regla que rige para el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a periodo y factores. **Lo que quiere decir que el periodo es el de un (1) año** y los factores son únicamente los que se señalan en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3 de la Ley 33 de 1985*

*66. Los docentes, como ya lo precisó la Sala, están exceptuados del Sistema General de Pensiones, por lo que no les aplica el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que establece un régimen de transición y fija reglas propias para el Ingreso Base de Liquidación al disponer que: “El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor según certificación que expida el DANE”. **Por la misma razón, tampoco les aplica la regla sobre Ingreso Base de Liquidación prevista en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 que fija en 10 años el periodo que se debe tomar para la liquidación de la mesada pensional.**”*

§25. De esta manera, la pensión de los docentes vinculados antes del 2003, que se rigen por la Ley 33 de 1985, se liquida el ingreso base de liquidación con el período del último año de servicios.

2.1.1. La sentencia de unificación se aplica retrospectivamente a los procesos que están en curso

§26. La citada sentencia de unificación expresamente señaló sobre sus efectos obligatorios:

Efectos de la presente decisión.

Como se dijo en la sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 28 de agosto de 2018, "La Corte Constitucional, en sentencia C-816 de 2011, estableció que las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura - autoridades de cierre de las correspondientes jurisdicciones- y la Corte Constitucional - como guardiana de la Constitución -, tienen valor vinculante por emanar de órganos diseñados para la unificación de la jurisprudencia, y en virtud de los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica previstos en los artículos 13 y 83 de la Constitución Política. Por lo tanto, su contenido y la regla o norma jurídica que exponen, tienen características de permanencia, identidad y carácter vinculante y obligatorio".

En esta oportunidad y retomando lo indicado la Sala Plena de la Corporación, se acudirá al método de aplicación en forma retrospectiva del precedente, disponiendo para ello, que las reglas jurisprudenciales que se han fijado en este pronunciamiento se acojan de manera obligatoria en todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.

Como se ha dicho, los efectos que se dan a esta decisión garantizan la seguridad jurídica y dan prevalencia a los principios fundamentales de la Seguridad Social, por ello no puede invocarse el principio de igualdad, so pretexto de solicitar la no aplicación de esta sentencia.

§27. La sala no encuentra que se vulnere el principio de confianza legítima con la precitada sentencia de unificación, toda vez se hizo en virtud de los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica. La sentencia hizo un análisis de las decisiones antecedentes, poniendo de presente que sobre un mismo aspecto había contradicciones entre las Altas Cortes. Por ello se dispuso la aplicación retrospectiva de las reglas salvaguardando las situaciones jurídicas consolidadas.

3. Solución al problema jurídico

§28. Analizando el recuento fáctico se tiene que la parte actora laboró al servicio educativo como docente nacionalizado por más de 20 años.

§29. Que mediante **Resolución 1117-6 del 13 de febrero de 2017**, se le reconoció la pensión en cuantía de \$2'323.346, a partir del **30 de diciembre de 2014**. En la liquidación se tuvo en cuenta el **sueldo mensual, prima de navidad, prima de vacaciones, y bonificación mensual**.¹³ Y mediante **Resolución 3363-6 del 18 de abril de 2018**, se negó la reliquidación de la pensión incluyendo

¹³ FI 165, cl.

todos los factores salariales percibidos el último año de servicios.¹⁴

§30. Según Formato Único para la expedición de certificado de salarios percibidos en 2014, donde consta que devengó los factores de: **asignación básica, prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones docentes y bonificación mensual**¹⁵

§31. Conforme a las pruebas obrantes, concluye la Sala que la parte actora para la vigencia de la Ley 812 de 2003, ya había ingresado a prestar sus servicios como docente nacionalizado, lo que permite determinar que para el reconocimiento pensional la norma **aplicable es la Ley 33 de 1985**.

§32. Una vez determinado el régimen que le cobija, y teniendo en cuenta que en virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, se encuentra exceptuada de Régimen General de Pensiones, no le cobija el Decreto 1158 de 1998 respecto a los factores base de cotización a tener en cuenta en la liquidación pensional. Pero sí los factores previstos en la Ley 62 de 1985¹⁶:

“ARTÍCULO 1°. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.”

§33. Dentro de los elementos salariales percibidos por la parte demandante, está previsto el sueldo mensual, también reconocido en la pensión.

§34. **Respecto a la prima de servicios** devengada el último año al retiro por la parte demandante está regida por el Decreto 1545 de 2013, en su artículo 5 precisa que es factor salarial para la liquidación de vacaciones, prima de

¹⁴ Fl 32, c1

¹⁵ Fl. 26, c1.

¹⁶ ARTÍCULO 1°. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: **asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio**. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.

vacaciones, cesantías y prima de navidad, por lo que no es procedente su inclusión dentro del ingreso base para la pensión.

§35. De otro lado, **la bonificación creada por el Decreto 1566 de 2014, y prolongada por el Decreto 123 de 2016** se reconoce a partir del 1° de junio de 2014 al 31 de diciembre de 2016, como factor salarial para todos los efectos legales. La misma, ya se tuvo en cuenta en la reliquidación pensional.

§36. En cuanto a los demás factores salariales reconocidos en la pensión, no se hará pronunciamiento al respecto por no ser motivo del presente proceso.

§37. Por lo anterior, se confirmará la decisión de primera instancia.

4. Costas en esta Instancia.

§38. En cuanto a la confirmación de la sentencia de primera instancia, por un cambio jurisprudencial no se condenará en costas a la parte demandante.

§39. La presente sentencia se profiere fuera del turno ordinario de procesos a despacho para sentencia por permitirlo el artículo 18 de la Ley 446 de 1998.

§40. Por lo discurrido, la Sala Sexta de Decisión del Honorable Tribunal Administrativo de Caldas, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

Sentencia

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 13 de diciembre de 2019 por la Señoría del Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por la señora **Ana Gilsa Carmona Ospina** en contra de la **Nación- Ministerio de Educación- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio**, por los argumentos motivo de la demanda.

SEGUNDO: NO CONDENAR en costas.

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

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión de la fecha.

Notifíquese y Cúmplase

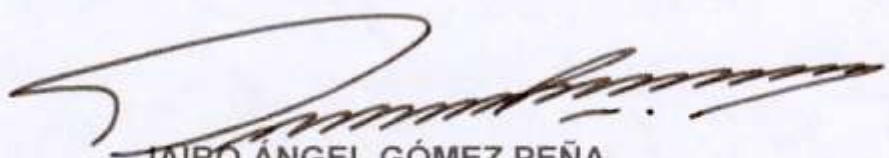
Los Magistrados



PUBLICO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

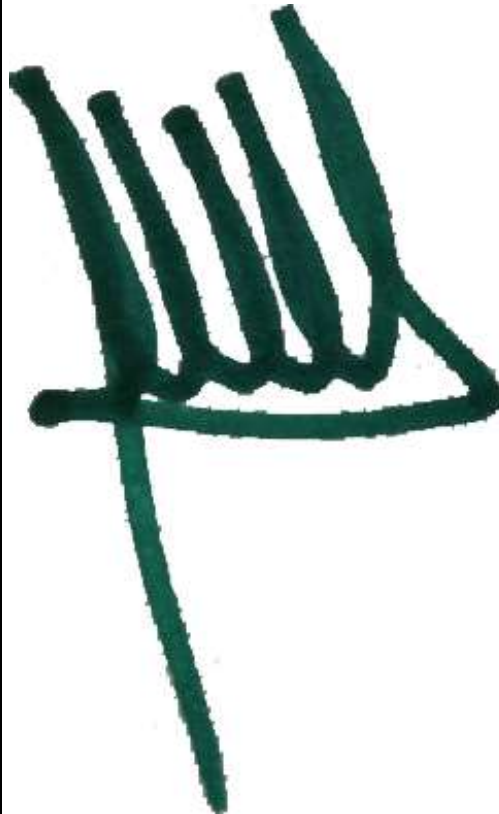


JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a las parte por Estado Electrónico **No. 143**.

Manizales, 13 de octubre de 2020.

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

El acto judicial corresponde al aprobado en sala

Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Firmado digitalmente

Firmado Por:

PUBLIO MARTIN ANDRES PATIÑO MEJIA

MAGISTRADO

**MAGISTRADO - TRIBUNAL 006 ADMINISTRATIVO MIXTO DE LA
CIUDAD DE MANIZALES-CALDAS**

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

Código de verificación:

281a0a170bf367c7e7e63cf71b8dfb573f8cfb63387392236e31b35f2fe49f8b

Documento generado en 09/10/2020 10:25:35 a.m.



República de Colombia
Honorable Tribunal Administrativo de Caldas
Sala Sexta de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Sentencia de segunda instancia

ACCIÓN: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
DEMANDANTE: Fabiola Mazo Osorio
DEMANDADO: Nación- Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
RADICACIÓN: 17-001-33-33-002-2018-00442-02
SENTENCIA: 140

Manizales, cinco (05) de octubre de dos mil veinte (2020).

Proyecto discutido y aprobado en Sala Ordinaria de Decisión de la presente fecha.

§01. **Síntesis:** La parte actora solicitó que se reliquide su pensión docente con inclusión de todos los factores percibidos el último año de servicios. El juzgado negó las pretensiones porque en la liquidación se tuvieron en cuenta los factores previstos en la Ley 62 de 1985 y la bonificación mensual. La sala confirma la decisión.

Asunto

§02. La sala profiere sentencia de segunda instancia en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por la señora Fabiola Mazo Osorio, demandante, contra la Nación- Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG, demandada. El objeto de decisión es la apelación interpuesta por la demandante contra la sentencia proferida el 26 de noviembre del 2019 por la Señoría del Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales que negó las pretensiones.

1. Antecedentes

1.1. La Demanda¹

§03. Se pretende la nulidad parcial de la **Resolución 000702 del 29 de septiembre de 2006**, la cual reconoció la pensión de la parte actora sin la inclusión en el ingreso base de liquidación de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio al retiro definitivo del cargo; en restablecimiento se solicitó se haga la inclusión de estos factores.

§04. Describió que la parte demandante prestó 20 años al servicio de la docencia oficial, siendo reconocido su derecho pensional por parte del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

§05. Manifestó que en la liquidación pensional que hizo el FOMAG a la accionante de la pensión por la **Resolución 0702 del 29 de septiembre de 2006** solo se incluyó en el ingreso base de liquidación la asignación básica, omitiendo tener en cuenta la prima de navidad, la prima vacaciones y demás factores salariales percibidos durante el último año de servicios anterior al retiro definitivo del cargo.

§06. Consideró como violados los artículos: 15 de Ley 91 de 1989, 1 de la Ley 33 de 1985, Ley 62 de 1985 y Decreto 1045 de 1978.

§07. Como concepto de violación precisó que a la accionante le son aplicables las Leyes 91 de 1989 y 33 de 1985; por lo que se le debe liquidar su pensión sobre la base salarial del 75% de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, conforme lo prevé el Decreto 1045 de 1978.

1.2. Contestación de la demanda ²

§08. Según constancia secretarial del 11 de junio de 2019, la parte demandada permaneció silente.

1.3. La sentencia apelada³

§09. El Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia, negando las pretensiones de la parte actora de la siguiente manera:

“(...) PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: SIN CONDENA EN COSTAS según lo explicado en la parte motiva de ésta sentencia.”

¹ Fl. 5 a 19, C1

² Fl. 136, C1

³ Fl 144 a 149, C1

§10. Formuló los siguientes problemas jurídicos:

“¿Cuál es el régimen pensional aplicable a cada uno de los y las demandantes?

¿Tienen derecho los y las demandantes a que su pensión de jubilación sea reliquidada teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados durante los últimos 12 meses anteriores a la adquisición del status jurídico de pensionados (as) o al retiro definitivo del servicio, en aplicación de lo dispuesto en las leyes 33 y 62 de 1985 y demás normas concordantes?

En caso afirmativo,

¿Sobre cuáles factores debe reliquidarse la pensión de la cual es titular?

¿Se probó en el expediente que la parte actora devengó en el último año de servicios factores salariales que deben tenerse en cuenta en la base de la liquidación pensional?

¿Se configuró la prescripción de los casos estudiados?”

§11. Analizó el régimen jurídico aplicable al reconocimiento de la pensión de jubilación de los docentes oficiales y determinó los factores salariales a efecto de fijar el ingreso base de liquidación, conforme a las previsiones establecidas en la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 de 1985, Ley 812 de 2003, artículo 279 de la Ley 100 de 1993, Decreto 1566 de 2014 y Decreto 123 de 2016.

§12. Discernió acerca de las posturas jurisprudenciales de la Sección Segunda y la sentencia de unificación del Consejo de Estado del año 2019, acerca que en el ingreso base de la pensión docente debe tenerse los factores señalados en la Ley 62 de 1985. De esta manera, acogió la tesis jurisprudencial.

§13. En el caso concreto no hay lugar al reconocimiento del derecho deprecado por la demandante, toda vez que la entidad demandada tuvo en cuenta todos los factores consagrados en la Ley 62 de 1985 y que fueron devengados por la parte demandante.

1.4. La apelación de la parte demandante⁴

§14. La accionante pidió se revoque la sentencia del juzgado, ordenando reliquidar la pensión con todos los factores percibidos el último año anterior al estatus.

⁴ Fl. 158 a 166, C1.

§15. Criticó que el juez debió aplicar la jurisprudencia vigente al momento de radicación de la demanda, que es la sentencia de unificación del 26 de agosto de 2010, con fundamento en la confianza legítima. De esta manera debe hacerse la reliquidación con la inclusión de todos los factores salariales percibidos el último año.

1.5 Actuación en segunda instancia

§16. Mediante auto del 10 de marzo de 2020, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y, se ordenó correr traslado de alegatos a las partes y al Ministerio Público.⁵

1.6 Alegatos de conclusión segunda instancia

§17. La parte demandante y el Ministerio Público presentaron alegatos en término, la parte accionada no se pronunció según constancia secretarial del 04 de agosto de 2020.⁶

§18. **Parte demandante:** Aludió a las posturas jurisprudenciales del Honorable Consejo de Estado, y precisó que se deben aplicar los criterios vigentes para la ocurrencia de los hechos, toda vez que se deben respetar los precedentes y leyes existentes en el tiempo y al momento de causar el derecho según los principios de legítima confianza en la administración de justicia y seguridad jurídica.⁷

§19. **Ministerio Público:** Mencionó que la unificación de la jurisprudencia busca que las decisiones se ajusten a la Constitución y a ley, garantizando principios como el de seguridad jurídica, por lo que el juez de primera instancia cumplió con su deber al acogerse a la SUJ-014-CE-S2-2019. Resalta como correcta la decisión de primera instancia acogiendo al artículo 1 de la Ley 62 de 1985.⁸

2. Consideraciones Del Honorable Tribunal

2.1. Competencia

§20. Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación, conforma al artículo 153 del CPACA⁹.

⁵ Fl. 1, C2

⁶ Fl 15, C2.

⁷ Fl 5 a 8, C2.

⁸ Fl 10 a 14, C2.

⁹ http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011_pr003.html#153

§21. “...(E)l marco fundamental de competencia del juez de segunda instancia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia”; los límites impuestos por los principios de congruencia y de la no REFORMATIO IN PEIUS, “... junto con las excepciones que se derivan, por ejemplo, i) de las normas o los principios previstos en la Constitución Política; ii) de los compromisos vinculantes asumidos por el Estado a través de la celebración y consiguiente ratificación de Tratados Internacionales relacionados con la protección de los Derechos Humanos y la vigencia del Derecho Internacional Humanitario, o iii) de las normas legales de carácter imperativo, dentro de las cuales se encuentran, a título puramente ilustrativo, aquellos temas procesales que, de configurarse, el juez de la causa debe decretar de manera oficiosa, no obstante que no hubieren sido propuestos por la parte impugnante como fundamento de su inconformidad para con la decisión censurada.”¹⁰

2.2. Problema Jurídico

§22. ¿Tiene derecho la demandante a que le sea liquidada la pensión con inclusión de todos los factores salariales devengados el último año de servicios?

2.3. Lo probado en el proceso

§23. Mediante la **Resolución 00702 del 29 de septiembre de 2006** se reconoció a la señora Fabiola Mazo Osorio la pensión por el FOMAG, en cuantía de \$666.569, a partir del **31 de diciembre de 2005**, donde se tuvo en cuenta el **sueldo mensual**.¹¹ Empezó a laborar desde el **01 de julio de 1972 hasta el 31 diciembre del 2005**¹², adquirió el status pensional el 17 de junio de 2004¹³ y se **retiró el 31 de diciembre de 2005**¹⁴.

§24. Según el formato único para la expedición de certificado de en los años 2004 y 2005, expedido por la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, la demandante es de vinculación **NACIONALIZADA**, y devengó los factores de: asignación básica, prima de alimentación, primas de navidad, prima de vacaciones

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de febrero de 2012, exp. 21.060, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Reiterada en Sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera del 25 de septiembre de 2013. C.P. Enrique Gil Botero. Rad No. 05001-23-31-000-2001-00799-01(36460). En el mismo sentido sentencias 25279, 36.863 y 30.782

¹¹ Fl. 118 a 119, C1

¹² Fl. 23, C1

¹³ Fl. 124, C1

¹⁴ Fl. 123, C1

docentes, entre 2004 a 2005.¹⁵

§25. Una vez observadas las pruebas aportadas en el presente asunto, procede esta Colegiatura a resolver el problema jurídico formulado.

2.4. Fundamentos jurídicos

2.4.1. La pensión de los docentes vinculados antes de la entrada en rigor de la Ley 812 de 2003 se rige por la Ley 33 de 1985 y los factores a tenerse en cuenta son los previstos en la Ley 62 de 1985 devengados el último año

§26. La Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado en providencia de unificación SUJ-014-CE –S2-2019 del 25 de abril de 2019 hizo un cambio jurisprudencial en cuanto al ingreso base de liquidación de la pensión ordinaria de los docentes afiliados al FOMAG.

§27. Adicionó que los efectos de la sentencia serían de forma retrospectiva, “... disponiendo para ello, que las reglas jurisprudenciales que se han fijado en este pronunciamiento se acojan de manera obligatoria en todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables”.

§28. La unificación señala que la pensión de los docentes vinculados antes de la Ley 812 de 2003, son regidos por la Ley 33 de 1985, y los factores a tomarse en cuenta son los previstos en la Ley 62 de 1985, devengados en el último año:

“62. La Sección Segunda en su función unificadora, salvaguardando los principios constitucionales de igualdad y seguridad jurídica, acoge el criterio de interpretación sobre los factores salariales que se deben tener en cuenta para la liquidación de la mesada pensional en el régimen de la Ley 33 de 1985 que fijó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y sienta jurisprudencia frente a los factores que se deben tener en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, fijando la siguiente regla:

En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo los

¹⁵ Fl. 24, C1.

factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.

(...)

Reglas de unificación sobre el IBL en pensión de jubilación y Vejez de los docentes

71. De todo lo expuesto se extraen las siguientes reglas de unificación de la jurisprudencia en materia de régimen pensional de los docentes:

72. De acuerdo con el párrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, son dos los regímenes prestacionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial. La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial de cada docente, y se deben tener en cuenta las siguientes reglas:

a. En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.

b. Los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones.

2.4.2. Aplicación del ingreso base de liquidación en cuanto al periodo para la liquidación de docentes

§29. El anterior pronunciamiento de unificación precisa que la pensión de los docentes vinculados antes del 2003, se liquida el ingreso base de liquidación con el período del último año de servicios:

“65. La regla que rige para el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a periodo y

factores. **Lo que quiere decir que el periodo es el de un (1) año** y los factores son únicamente los que se señalan en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3 de la Ley 33 de 1985.

66. Los docentes, como ya lo precisó la Sala, están exceptuados del Sistema General de Pensiones, por lo que no les aplica el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que establece un régimen de transición y fija reglas propias para el Ingreso Base de Liquidación al disponer que: “El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor según certificación que expida el DANE”. **Por la misma razón, tampoco les aplica la regla sobre Ingreso Base de Liquidación prevista en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 que fija en 10 años el periodo que se debe tomar para la liquidación de la mesada pensional.”**

2.4.3. La sentencia de unificación se aplica retrospectivamente a los procesos que están en curso

§30. La citada sentencia de unificación expresamente señaló sobre sus efectos obligatorios:

Efectos de la presente decisión.

Como se dijo en la sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 28 de agosto de 2018, "La Corte Constitucional, en sentencia C-816 de 2011, estableció que las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura - autoridades de cierre de las correspondientes jurisdicciones- y la Corte Constitucional - como guardiana de la Constitución -, tienen valor vinculante por emanar de órganos diseñados para la unificación de la jurisprudencia, y en virtud de los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica previstos en los artículos 13 y 83 de la Constitución Política. Por lo tanto, su contenido y la regla o norma jurídica que exponen, tienen características de permanencia, identidad y carácter vinculante y obligatorio".

En esta oportunidad y retomando lo indicado la Sala Plena de la Corporación, se acudirá al método de aplicación en forma retrospectiva del precedente, disponiendo para ello, que las reglas jurisprudenciales que se han fijado en este pronunciamiento se acojan de manera obligatoria en todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.

Como se ha dicho, los efectos que se dan a esta decisión garantizan la seguridad jurídica y dan prevalencia a los principios fundamentales de la Seguridad Social, por ello no puede invocarse el principio de igualdad, so pretexto de solicitar la no aplicación de esta sentencia.

§31. La sala no encuentra que se vulnere el principio de confianza legítima con la precitada sentencia de unificación, toda vez se hizo en virtud de los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica. La sentencia hizo un análisis de las decisiones antecedentes, poniendo de presente que sobre un mismo aspecto había contradicciones entre las Altas Cortes. Por ello se dispuso la aplicación retrospectiva de las reglas salvaguardando las situaciones jurídicas consolidadas.

3. Solución al problema jurídico

§32. Analizando el recuento fáctico se tiene que la demandante laboró al servicio educativo como docente nacional por más de 20 años; desde el **01 de julio de 1972 hasta el 31 de diciembre de 2005**¹⁶ fecha del retiro definitivo del cargo.¹⁷ Adquirió el estatus el 17 de junio del 2004¹⁸.

§33. A través de la **Resolución 0702 del 29 de septiembre 2006**, a la actora se reconoció la reliquidación de pensión de jubilación por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en cuantía de \$666.569, a partir del **31 de diciembre del 2005**, donde se tuvo en cuenta el **sueldo mensual**¹⁹.

§34. Según la constancia de salarios devengados por el actor expedido por la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, la parte actora devengó en el último año de servicios²⁰: **asignación básica, prima de alimentación, prima de vacaciones y prima navidad.**

§35. Conforme a las pruebas obrantes, concluye la Sala que la parte actora para la vigencia de la Ley 812 de 2003, ya había ingresado a prestar sus servicios como docente nacional, lo que permite determinar que para el reconocimiento pensional la norma aplicable es la Ley 33 de 1985.

§36. Una vez determinado el régimen que le cobija, y teniendo en cuenta que en virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, se encuentra exceptuada de Régimen General de Pensiones, no le cobija el Decreto 1158 de 1998, respecto a los factores base de cotización a tener en cuenta en la liquidación pensional, pero sí los factores

¹⁶ Fl.23, C1

¹⁷ Fl. 123, C1.

¹⁸ Fl.124, C1

¹⁹ Fl. 118, C1.

²⁰ Fl. 24, c1.

previstos en la Ley 62 de 1985²¹.(asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio)

§37. Por lo anterior, no es procedente acceder a que en el ingreso base de liquidación de la pensión se tengan en cuenta las primas de navidad, de alimentación ni de vacaciones devengadas el último año de servicios, sino los consagrados legalmente y por los que haya aportado. En este sentido se confirmará la decisión de primera instancia.

4. Costas en esta instancia.

§38. En cuanto a las costas de segunda instancia, como se confirma la sentencia de primera por un cambio jurisprudencial, no se condenará en costas a la parte demandante.

§39. La presente sentencia se profiere fuera del turno ordinario de procesos a despacho para sentencia por permitirlo el artículo 18 de la Ley 446 de 1998.

§40. Por lo discurrido, la Sala Sexta de Decisión del Honorable Tribunal Administrativo de Caldas, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

Sentencia

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia dictada en la audiencia inicial el 26 de noviembre de 2019 por la Señoría del Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por la señora **Fabiola Mazo Osorio**, en contra de la **Nación- Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**.

²¹ ARTÍCULO 1°. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: **asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio**. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.

SEGUNDO: NO CONDENAR EN COSTAS en esta instancia.

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

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión de la fecha.

Notifíquese y Cúmplase

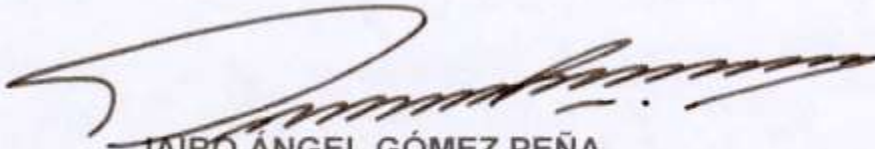
Los Magistrados



PUBLICO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

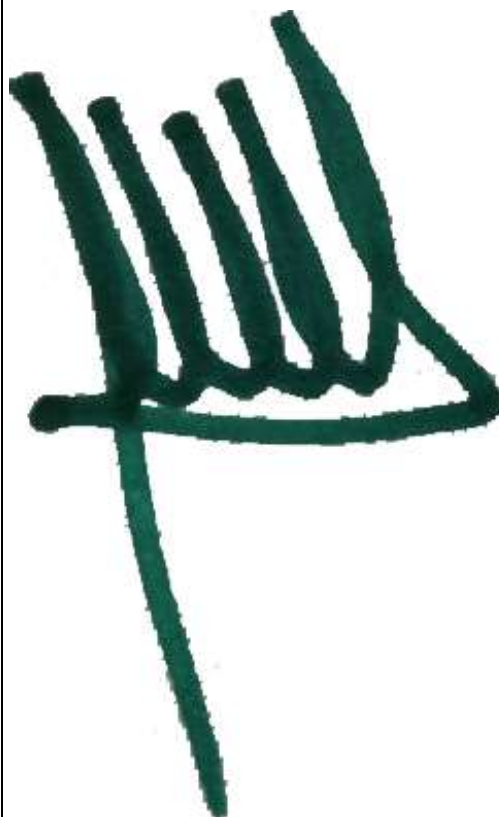


JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a las parte por Estado Electrónico **No. 143**.

Manizales, 13 de octubre de 2020.

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 left side.

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA

Secretario

El acto judicial corresponde al aprobado en sala

Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Firmado digitalmente

Firmado Por:

**PUBLIO MARTIN ANDRES PATIÑO MEJIA
MAGISTRADO
MAGISTRADO - TRIBUNAL 006 ADMINISTRATIVO MIXTO DE LA
CIUDAD DE MANIZALES-CALDAS**

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

Código de verificación:

e594365db1450aa8cb07d10fbeed98201173d653e6b48a531e0d67aacaefa732

Documento generado en 09/10/2020 10:25:39 a.m.

República de Colombia
Rama Judicial
Honorable Tribunal Administrativo de Caldas
Sala Sexta de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Sentencia de segunda instancia

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: María Berenice Arias Arciniegas
Demandado: Nación- Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
Radicación: 17-001-33-33-001-2019-00091 -02
Sentencia: 139

Manizales, cinco (05) de octubre de dos mil veinte (2020).

Proyecto discutido y aprobado en Sala Ordinaria de Decisión de la presente fecha.

ASUNTO

§1. **Síntesis:** La parte actora solicitó que se reliquide su pensión docente con inclusión de todos los factores percibidos el último año de servicios. El juzgado negó las pretensiones porque en la liquidación se tuvieron en cuenta los factores previstos en la Ley 62 de 1985 y la bonificación mensual. La sala confirma la decisión.

§02. La sala profiere sentencia de segunda instancia en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por la señora María Berenice Arias Arciniegas, demandante, contra la Nación- Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG, demandada. El objeto de decisión es la apelación interpuesta por la demandante contra la sentencia proferida el 19 de diciembre del 2019 por la Señoría del Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales que negó las pretensiones.

1. Antecedentes

1.1. La demanda¹

¹ Fls. 1 a 17, 30-31, c1

§03. La demandante pretende la nulidad parcial de la **Resolución 463 del 20 de junio de 2018** que le reconoció la pensión, sin incluir en el ingreso base de liquidación todos los factores salariales devengados **en el último año al retiro del servicio**. En restablecimiento se ordene a la demandada reliquidar la pensión a partir **del 31 de diciembre del 2017**.

§04. Describió que la parte demandante prestó más de 20 años al servicio de la docencia oficial.

§05. El FOMAG le reconoció la pensión por la Resolución **463 del 20 de junio de 2018**, a la accionante donde solo incluyó la asignación básica, omitiendo tener en cuenta la prima de navidad, prima de vacaciones y demás factores salariales percibidos durante el último año de servicios anterior al retiro.

§06. Consideró como violados los artículos 15 de Ley 91 de 1989, 1 de la Ley 33 de 1985, la Ley 62 de 1985 y el Decreto 1045 de 1978.

Como concepto de violación precisó que a la accionante le son aplicables las Leyes 91 de 1989 y 33 de 1985; por lo que se le debe liquidar su pensión sobre la base salarial del 75% de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, conforme lo prevé el Decreto 1045 de 1978.

1.2. Contestación de la demanda²

§06.1. La parte demandante guardó silencio.

1.3. La sentencia³

§07. El Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, dictó sentencia negando a las pretensiones de la parte actora, de la siguiente manera:

“(…) SEGUNDO: DECLARAR de oficio, probada TOTALMENTE la excepción de inexistencia de la obligación por inexistencia de la causa jurídica en los procesos con radicación 2019-00091 (...). En consecuencia, se niegan todas las pretensiones de la demanda en tales procesos.

SEXTO: Sin condena en costas.”-sft-

§08. Analizó el régimen jurídico aplicable al reconocimiento de la pensión de jubilación de los docentes oficiales y determinó los factores salariales a efecto de fijar el ingreso base de liquidación, conforme a las previsiones establecidas en la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 de 1985, Ley 812 de 2003, artículo 279 de la Ley 100 de 1993, Decreto 1566 de 2014 y Decreto 123 de 2016.

² Fl 51, c1.

³ Fls. 50 a 61, c1.

§09. Discernió acerca de las posturas jurisprudenciales de la Sección Segunda y la sentencia de unificación del Consejo de Estado del año 2019, acerca que en el ingreso base de la pensión docente debe tenerse los factores señalados en la Ley 62 de 1985. De esta manera, acogió la tesis jurisprudencial.

§10. En el caso concreto no hay lugar al reconocimiento del derecho deprecado por la demandante, toda vez que la entidad demandada tuvo en cuenta todos los factores consagrados en la Ley 62 de 1985 y que fueron devengados por la señora **María Berenice Arias Arciniegas** durante el **último año al momento del retiro**.

1.4. La apelación de la parte demandante⁴

§11. La accionante pidió se revoque la sentencia del juzgado, ordenando reliquidar la pensión con todos los factores percibidos el último año anterior al estatus.

§12. Criticó que el juez debió aplicar la jurisprudencia vigente al momento de radicación de la demanda, que es la sentencia de unificación del 26 de agosto de 2010, con fundamento en la confianza legítima. De esta manera debe hacerse la reliquidación con la inclusión de todos los factores salariales percibidos el último año.

1.5 Actuación segunda instancia

§01. Mediante auto del 18 de febrero de 2020, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y se corrió traslado para alegatos de conclusión.⁵

§02. La parte demandante presentó alegatos en término. La parte accionada y el Ministerio Público, no se pronunciaron, como lo refiere la constancia secretarial del 16 de junio de 2020⁶.

§03. **Parte demandante:** Aludió a las posturas jurisprudenciales del Honorable Consejo de Estado, y precisó que se deben aplicar los criterios vigentes para la ocurrencia de los hechos, toda vez que se deben respetar los precedentes y leyes existentes en el tiempo y al momento de causar el derecho según los principios de la legítima confianza en la administración de justicia y seguridad jurídica.⁷

⁴ Fls. 69 a 78, c1

⁵ Fl 1, c2.

⁶ Fl. 12, c2.

⁷ Fls. 4 a 11, c2.

2. Consideraciones

2.1. Competencia

§04. Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación, conforma al artículo 153 del CPACA⁸.

§05. “...(E)l marco fundamental de competencia del juez de segunda instancia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia”; los límites impuestos por los principios de congruencia y de la no REFORMATIO IN PEIUS, “... junto con las excepciones que se derivan, por ejemplo, i) de las normas o los principios previstos en la Constitución Política; ii) de los compromisos vinculantes asumidos por el Estado a través de la celebración y consiguiente ratificación de Tratados Internacionales relacionados con la protección de los Derechos Humanos y la vigencia del Derecho Internacional Humanitario, o iii) de las normas legales de carácter imperativo, dentro de las cuales se encuentran, a título puramente ilustrativo, aquellos temas procesales que, de configurarse, el juez de la causa debe decretar de manera oficiosa, no obstante que no hubieren sido propuestos por la parte impugnante como fundamento de su inconformidad para con la decisión censurada.”⁹

2.2. Problema jurídico

§13. ¿ Tiene derecho la demandante a que le sea reliquidada la pensión con inclusión de todos los factores salariales devengados el último año de servicios?

2.3. Lo demostrado

§14. A través de la **Resolución 463 del 20 de junio de 2018**, se reconoció la reliquidación de pensión de jubilación como docente de régimen nacionalizado a cargo del municipio de Manizales, en cuantía de \$2´946.980, a partir del **31 de diciembre de 2017**. En la liquidación se tuvo en cuenta el sueldo mensual, prima de navidad, prima de vacaciones y la bonificación del Decreto 1566 de 2014. El retiro del servicio se produjo a partir del 31/12/2017.¹⁰

§15. En el formato único para la expedición de certificado de salarios número 9843 percibidos en 2017, expedido por la Secretaría de Educación del municipio de Manizales, se informó que la demandante es de vinculación

⁸ http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011_pr003.html#153

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

¹⁰ Fls. 23,24, c1.

NACIONALIZADA, se retiró del servicio en el año 2017 y devengó los siguientes factores: asignación básica, prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones docentes y bonificación mensual entre enero a diciembre de 2017.¹¹

2.4. Fundamentos jurídicos

2.4.1. La pensión de los docentes vinculados antes de la entrada en rigor de la Ley 812 de 2003 se rige por la Ley 33 de 1985 y los factores a tenerse en cuenta son los previstos en la Ley 62 de 1985 devengados el último año

§16. La Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado en providencia de unificación SUJ-014-CE –S2-2019 del 25 de abril de 2019 hizo un cambio jurisprudencial en cuanto al ingreso base de liquidación de la pensión ordinaria de los docentes afiliados al FOMAG.

§17. Adicionó que los efectos de la sentencia serían de forma retrospectiva, “... *disponiendo para ello, que las reglas jurisprudenciales que se han fijado en este pronunciamiento se acojan de manera obligatoria en todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables*”.

§18. La unificación señala que la pensión de los docentes vinculados antes de la Ley 812 de 2003, son regidos por la Ley 33 de 1985, y los factores a tomarse en cuenta son los previstos en la Ley 62 de 1985, devengados en el último año:

“62. La Sección Segunda en su función unificadora, salvaguardando los principios constitucionales de igualdad y seguridad jurídica, acoge el criterio de interpretación sobre los factores salariales que se deben tener en cuenta para la liquidación de la mesada pensional en el régimen de la Ley 33 de 1985 que fijó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y sienta jurisprudencia frente a los factores que se deben tener en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, fijando la siguiente regla:

En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos

¹¹ Fl, 25, c1

aportes de acuerdo con el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.

(...)

Reglas de unificación sobre el IBL en pensión de jubilación y Vejez de los docentes

71. De todo lo expuesto se extraen las siguientes reglas de unificación de la jurisprudencia en materia de régimen pensional de los docentes:

72. De acuerdo con el párrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, son dos los regímenes prestacionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial. La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial de cada docente, y se deben tener en cuenta las siguientes reglas:

a. En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.

b. Los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones.

2.4.2. Aplicación del ingreso base de liquidación en cuanto al periodo para la liquidación de docentes

§19. El anterior pronunciamiento de unificación precisa que la pensión de los docentes vinculados antes del 2003, se liquida el ingreso base de liquidación con el período del último año de servicios:

*“65. La regla que rige para el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a periodo y factores. **Lo que quiere decir que el periodo es el de un (1) año** y los factores son únicamente los que se señalan en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3 de la Ley 33 de 1985.*

66. *Los docentes, como ya lo precisó la Sala, están exceptuados del Sistema General de Pensiones, por lo que no les aplica el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que establece un régimen de transición y fija reglas propias para el Ingreso Base de Liquidación al disponer que: “El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor según certificación que expida el DANE”. Por la misma razón, tampoco les aplica la regla sobre Ingreso Base de Liquidación prevista en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 que fija en 10 años el periodo que se debe tomar para la liquidación de la mesada pensional.”*

2.4.3. La sentencia de unificación se aplica retrospectivamente a los procesos que están en curso

§20. La citada sentencia de unificación expresamente señaló sobre sus efectos obligatorios:

Efectos de la presente decisión.

Como se dijo en la sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 28 de agosto de 2018, "La Corte Constitucional, en sentencia C-816 de 2011, estableció que las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura - autoridades de cierre de las correspondientes jurisdicciones- y la Corte Constitucional - como guardiana de la Constitución -, tienen valor vinculante por emanar de órganos diseñados para la unificación de la jurisprudencia, y en virtud de los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica previstos en los artículos 13 y 83 de la Constitución Política. Por lo tanto, su contenido y la regla o norma jurídica que exponen, tienen características de permanencia, identidad y carácter vinculante y obligatorio".

En esta oportunidad y retomando lo indicado la Sala Plena de la Corporación, se acudirá al método de aplicación en forma retrospectiva del precedente, disponiendo para ello, que las reglas jurisprudenciales que se han fijado en este pronunciamiento se acojan de manera obligatoria en todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.

Como se ha dicho, los efectos que se dan a esta decisión garantizan la seguridad jurídica y dan prevalencia a los principios fundamentales de la Seguridad Social,

por ello no puede invocarse el principio de igualdad, so pretexto de solicitar la no aplicación de esta sentencia.

§21. La sala no encuentra que se vulnere el principio de confianza legítima con la precitada sentencia de unificación, toda vez se hizo en virtud de los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica. La sentencia hizo un análisis de las decisiones antecedentes, poniendo de presente que sobre un mismo aspecto había contradicciones entre las Altas Cortes. Por ello se dispuso la aplicación retrospectiva de las reglas salvaguardando las situaciones jurídicas consolidadas.

3. Solución al problema jurídico

§22. La parte actora laboró al servicio educativo como docente nacionalizado por más de 20 años.

§23. Que mediante la **Resolución 463 del 20 de junio 2018** se reconoció la pensión de reliquidación de la pensión de jubilación a favor de **María Berenice Arias Arciniegas** en cuantía de \$2'946.980, a partir del **31 de diciembre de 2017**, donde se tuvo en cuenta el **sueldo mensual, prima de navidad, prima de vacaciones y bonificación del Decreto 1566 de 2014**.¹²

§24. Según Formato Único para la expedición de certificado de salarios percibidos en 2017, consta que devengó los factores el último año de servicios: **asignación básica, prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones docentes, y bonificación mensual entre enero a diciembre de 2017**
13

§25. Conforme a las pruebas obrantes, concluye la Sala que la parte actora para la vigencia de la Ley 812 de 2003, ya había ingresado a prestar sus servicios como docente nacionalizado, lo que permite determinar que para el reconocimiento pensional la norma **aplicable es la Ley 33 de 1985**.

§26. Una vez determinado el régimen que le cobija, y teniendo en cuenta que en virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, se encuentra exceptuada de Régimen General de Pensiones, no le cobija el Decreto 1158 de 1998, respecto a los factores base de cotización para tener en cuenta en la liquidación pensional, pero sí los factores previstos en la Ley 62 de 1985¹⁴:

¹² Fl 23, c1.

¹³ Fl. 25, c1.

¹⁴ ARTÍCULO 1°. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: **asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio**. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.

“ARTÍCULO 1°. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.”

§27. Dentro de los elementos salariales percibidos por la parte demandante, están previstos en la norma precitada el sueldo mensual, también reconocido en la pensión.

§28. **Respecto a la prima de servicios** devengada el último año al retiro por la parte demandante está regida por el Decreto 1545 de 2013, en su artículo 5 precisa que es factor salarial para la liquidación de vacaciones, prima de vacaciones, cesantías y prima de navidad, por lo que no es procedente su inclusión dentro del ingreso base para la pensión.

§29. De otro lado, **la bonificación creada por el Decreto 1566 de 2014, y prolongada por el Decreto 123 de 2016** se reconoce a partir del 1° de junio de 2014 al 31 de diciembre de 2016, como factor salarial para todos los efectos legales. La misma, ya se tuvo en cuenta en la reliquidación pensional.

§30. En cuanto a los demás factores salariales reconocidos en la pensión, no se hará pronunciamiento al respecto por no ser motivo del presente proceso.

§31. Por lo anterior, se confirmará la decisión de primera instancia.

4. COSTAS EN ESTA INSTANCIA.

§32. En cuanto a la confirmación de la sentencia de primera instancia, por un cambio jurisprudencial no se condenará en costas a la parte demandante.

§33. La presente sentencia se profiere fuera del turno ordinario de procesos a despacho para sentencia por permitirlo el artículo 18 de la Ley 446 de 1998.

§34. Por lo discurrido, la Sala Sexta de Decisión del Honorable Tribunal Administrativo de Caldas, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

SENTENCIA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 19 de diciembre del 2019 por la Señoría del Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por la señora **María Berenice Arias Arciniegas** en contra de la **Nación- Ministerio De Educación- Fondo De Prestaciones Sociales Del Magisterio**, por los argumentos motivo de la demanda.

SEGUNDO: No condenar en costas.

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

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión de la fecha.

Notifíquese y Cúmplase

Los Magistrados



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JIMES
Magistrado

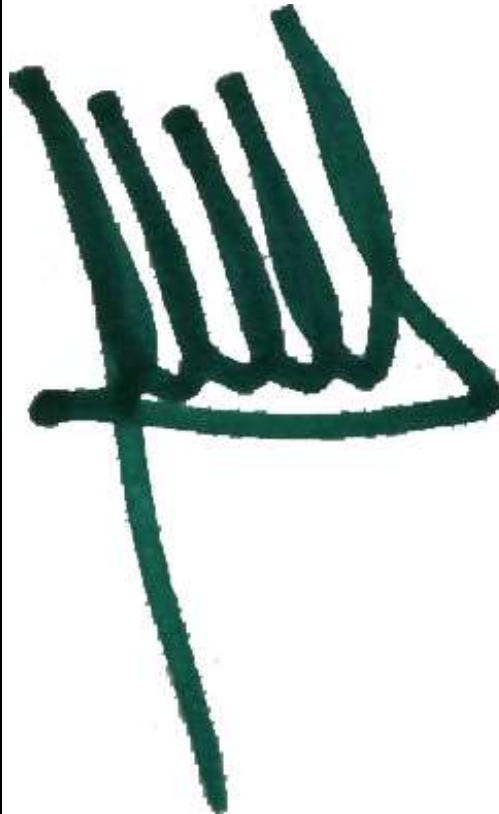


JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a las parte por Estado Electrónico No. 143.

Manizales, 13 de octubre de 2020.

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

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA

Secretario

El acto judicial corresponde al aprobado en sala

Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Firmado digitalmente

Firmado Por:

PUBLIO MARTIN ANDRES PATIÑO MEJIA

MAGISTRADO

**MAGISTRADO - TRIBUNAL 006 ADMINISTRATIVO MIXTO DE LA
CIUDAD DE MANIZALES-CALDAS**

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

Código de verificación:

c8144eaa9b53c14daa525c933328f87d37b27d90ed13d2b0533e7f8d05077ea5

Documento generado en 09/10/2020 10:25:42 a.m.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

SALA PRIMERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, ocho (8) de octubre de dos mil veinte (2020).

RADICADO	17-001-23-33-000-2019-00328-00
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	ANA CECILIA OSORIO GALINDO
DEMANDADO	LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

Procede la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas a resolver solicitud de desistimiento de las pretensiones presentado por la apoderada de la parte demandante dentro del proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

Mediante auto del 30 de septiembre de 2019 se admitió la demanda presentada por la señora Ana Cecilia Osorio Galindo que pretende la nulidad del acto ficto configurado el 9 de febrero de 2019 frente a la petición realizada el 9 de noviembre 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 de la demanda el día 27 de febrero de 2020 fue radicado un 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 reconvención, 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 lítem.

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 de las pretensiones 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. 1 y 50 C.1); y además se radicó antes de que se profiriera fallo que pusiera fin al proceso.

Aunado a lo anterior, se dio traslado de la solicitud a la parte demandada sin que presentara escrito pronunciándose sobre la misma, tal como se plasmó en la constancia secretarial visible a folio 53.

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 condenarse a este rubro cuando se realiza este acto procesal, y se evidencia que en este caso al darse traslado de la solicitud a la entidad demandada esta no presentó objeción alguna, lo que permite afirmar que no es procedente condenar en costas.

Debe además 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, aunque se aceptará el desistimiento de las pretensiones, no se condenará en costas a la parte demandante.

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".

Finalmente, se reconocerá personería a la doctora Laura Marcela López Quintero para actuar como apoderada sustituta de la parte actora, de conformidad con el memorial que reposa a folio 50 del expediente.

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

RESUELVE

PRIMERO: ADMITIR el 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 **ANA CECILIA OSORIO GIRALDO** en contra de **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: SE RECONOCE PERSONERÍA para actuar en el proceso de la referencia como apoderada sustituta de la parte demandante a la doctora Laura Marcela López Quintero, portador de la tarjeta profesional 165.395 del CSJ, de conformidad con el memorial visible a folio 50 del expediente.


QUINTO: 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.

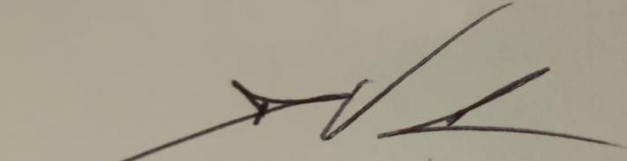
Providencia aprobada en Sala de Decisión Virtual realizada el 8 de octubre de 2020 conforme Acta n° 050 de la misma fecha.



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. 144 del 14 de octubre de 2020. Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.

Manizales, _____



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, ocho (8) de octubre de dos mil veinte (2020)

PROCESO No.	17-001-33-33-003-2014-00191-02
CLASE	EJECUTIVO
ACCIONANTE	INDUSTRIA ECOLÓGICA DE RECICLAJE
ACCIONADO	DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN

Procede el Tribunal Administrativo de Caldas a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra el auto proferido por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales el 3 de febrero de 2020, mediante el cual negó librar mandamiento de pago dentro del proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado la sociedad Industria Ecológica de Reciclaje S.A.S interpone demanda ejecutiva contra la DIAN, solicitando se libere mandamiento de pago por las sumas de \$23.620.000 por concepto de capital, \$5.230.000 por concepto de interés corrientes, y \$5.230.000 por concepto de intereses mora causadas hasta el 4 de octubre de 2019.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Administrativo del Circuito mediante auto del 3 de febrero de 2020 negó librar mandamiento de pago al considerar que la sentencia que se pretendía ejecutar no contiene una obligación clara expresa y exigible a favor de la sociedad demandante.

IMPUGNACIÓN

El apoderado de la parte accionante presentó recurso de apelación manifestando que, la DIAN debía devolver a la sociedad el saldo a favor en virtud de la sentencia proferida en segunda instancia, con sus respectivos intereses, sin embargo ello no ocurrió. De igual forma el A quo se apartó del precedente horizontal cuando el Tribunal Administrativo dentro el proceso 2019-00151-00 libro mandamiento de pago a favor de la sociedad Recolectora de Papeles y Metales en un caso similar.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico a decidir se circunscribe a determinar:

¿Las sentencias proferidas por parte del Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales y el Tribunal Administrativo de Caldas, contienen una obligación clara, expresa y exigible a favor de la sociedad Industria Ecológica de Reciclaje?

Caso concreto

Frente al título ejecutivo el numeral 1 del artículo 297 del CPACA establece que:

"Artículo 297. Título Ejecutivo. Para los efectos de este Código, constituyen título ejecutivo:

1. Las sentencias debidamente ejecutoriadas proferidas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, mediante las cuales se condene a una entidad pública al pago de sumas dinerarias.

De acuerdo a lo anterior es claro que las sentencias mediante las cuales se condene a una entidad al pago de sumas dinerarias, debidamente ejecutoriadas constituyen título ejecutivo, sin embargo, una sentencia ejecutoriada solo obliga conforme a las órdenes dadas en la parte resolutive de la misma, esto es que la obligación a pagar o el derecho a exigir el pago, no ampara aspectos diferentes a las condenas señaladas en la sentencia, en consecuencia en el evento que se

esgrima una sentencia como título ejecutivo, el mandamiento de pago debe ceñirse a los términos de la obligación allí consignada.

Ahora bien, en el caso sub-examine, se exhibe como título ejecutivo, una sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales del 6 de septiembre de 2016, la cual en su parte resolutive a letra dice:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad de la Liquidación Oficial de Revisión No. 102412013000080 del 9 de diciembre de 2013, emitida por la DIAN – Seccional Manizales.

SEGUNDO: En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, **DECLARAR** en firme la declaración privada del impuesto sobre las ventas del periodo gravable correspondiente al segundo bimestre del año 2012, presentado por la sociedad **INDUSTRIA ECOLÓGICA DE RECICLAJE**.

TERCERO: **COSTAS** a cargo de la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL – DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN**, las que serán liquidadas por la Secretaría en la oportunidad legal. Y **AGENCIAS EN DERECHO**, también a cargo de la entidad demandada y a favor de la parte actora, la suma de tres millones quinientos cuarenta y tres mil pesos \$3.543.000.

Mediante sentencia del 29 de noviembre de 2018 el Tribunal Administrativo de Caldas confirma los dos primeros ordinales de la sentencia y revoca el ordinal tercero en cuanto a la condena en costas. En la parte resolutive señaló expresamente:

PRIMERO: REVOCAR el ordinal tercero de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales el día 6 de septiembre de 2016, en el proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por **INDUSTRIA ECOLÓGICA DE RECICLAJE S.A.S** contra **LA DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN**, según lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás, sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales el día 6 de septiembre de 2016, en el proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por **INDUSTRIA ECOLÓGICA DE RECICLAJE S.A.S** contra **LA DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN**

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones pertinentes en el programa informático "Justicia Siglo XXI".

Conforme a lo anterior, es claro que la orden judicial consistió en dejar en firme la declaración privada del impuesto sobre las ventas del periodo gravable correspondiente al segundo bimestre del año 2012, presentado por la sociedad **INDUSTRIA ECOLÓGICA DE RECICLAJE**, sin que en momento alguno se ordenara devolución de saldos o pago de intereses corrientes o moratorios.

Respecto de la sentencia como título ejecutivo el Consejo de Estado en providencia del 18 de junio de 2020¹, expuso:

2- El artículo 297 del CPACA establece que constituye título ejecutivo *«las sentencias debidamente ejecutoriadas proferidas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, mediante las cuales se condene a una entidad pública al pago de sumas dinerarias»*. Por su parte, el artículo 422 del CGP, señala que *«pueden demandarse ejecutivamente las obligaciones expresas, claras y exigibles (...) que emanen de una sentencia de condena proferida por juez o tribunal de cualquier jurisdicción»*.

Una obligación es clara cuando contiene todos los elementos de la relación jurídica, *i. e.* los sujetos, el concepto y la naturaleza de la deuda; es expresa cuando contiene una suma líquida de dinero a cobrar, debidamente determinada y

¹ CE, Sección Cuarta; C.P: JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ, 18 de junio de 2020, Radicación número: 66001-23-31-000-2008-00043-02(24578)

expresada en un valor exacto (para las obligaciones de dar), y es exigible cuando su cumplimiento no está atado a la verificación de un plazo o condición (sentencia del 05 de junio de 2014, exp. 19664, CP: Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez).

Conforme a lo anterior es claro para esta Sala que, una sentencia constituye título ejecutivo cuando: i) los sujetos, el concepto y la naturaleza de la deuda es expresa ii) cuando contiene una suma líquida de dinero a pagar y debidamente determinada y iii) expresada en un valor exacto (para las obligaciones de dar), y es exigible cuando su cumplimiento no está atado a la verificación de un plazo o condición.

Ahora bien, revisando las órdenes dadas en las sentencia que se exhiben como título ejecutivo, encuentra la sala que, en momento alguno se ordenó la devolución de sumas de dinero o pago de intereses moratorios o corrientes, por lo que no se cumplen los elementos que la jurisprudencia ha determinado para que una sentencia sea considerada un título ejecutivo, pues no se evidencia la existencia de una obligación clara, expresa y exigible, teniendo en cuenta que la orden de restablecimiento del derecho fue dejar en firme la declaración privada del impuesto sobre las ventas del periodo gravable correspondiente al 2° bimestre del año 2012 presentada por la Sociedad Industria Ecológica de Reciclaje S.A.S.

Ahora bien, respecto del antecedente que menciona la parte actora en su recurso, encuentra esta Sala que la sentencia proferida el 10 de agosto de 2015 dentro del expediente identificado con radicado 17001-23-33-000-2014-00110-00, se ordenó a la entidad accionada *"la devolución del saldo a favor contenido en la declaración privada de renta correspondiente al año gravable 2011 del impuesto sobre la Renta y Complementarios presentado por la Sociedad demandante por valor de \$69.369.000 más los intereses moratorios a que haya lugar conforme lo regula el artículo 863 del Estatuto Tributario"*.

Conforme a lo anterior encuentra esta Sala, que la sentencia proferida el 10 de agosto de 2015 contiene una obligación clara, expresa y exigible, por lo que era procedente librar mandamiento de pago tal y como se hizo mediante providencia del 12 de agosto de 2019, situación muy diferente al caso en concreto, puesto que a diferencia de la sentencia en cita las sentencia proferidas el 6 de septiembre de 2016 por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito y el Tribunal Administrativo de Caldas el 29 de noviembre de 2018, no condena a la DIAN al pago de una obligación, y por lo mismo no contiene una obligación clara, expresa y exigible, por lo que el argumento de la parte actora de que se aplique el precedente horizontal no procede para este caso, pues se insiste se trata de situaciones fácticas completamente distintas.

Así las cosas, es claro para este Juez Plural que, en el presente asunto contrario a lo expresado por la parte actora no procede librar mandamiento de pago por las sumas reclamadas.

Por lo anterior, en consideración de esta Sala, el auto del 3 de febrero de 2020 por medio del cual el Juzgado Tercero Administrativo decidió no librar mandamiento de pago dentro del proceso de la referencia, amerita ser confirmado.

En mérito de lo expuesto LA SALA PRIMERA DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO Resuelve:

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR el auto del 3 de febrero de 2020 por medio del cual el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, decidió no librar mandamiento de pago dentro del proceso que en medio de control ejecutivo instaura LA SOCIEDAD INDUSTRIA ECOLÓGICA DE RECICLAJE S.A.S contra LA DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, para lo pertinente. Háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático "Justicia Siglo XXI"

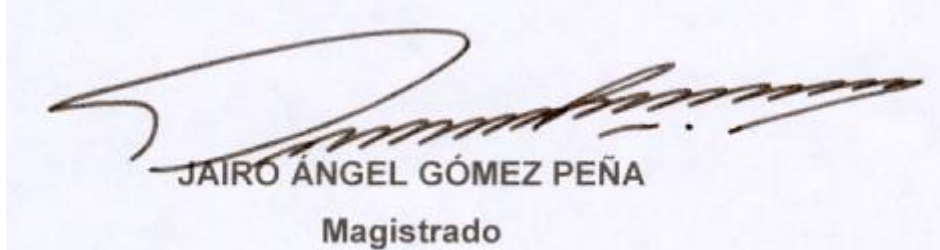
TERCERO: **NOTIFÍQUESE** por estado electrónico conforme al artículo 201 del C.P.A.C.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

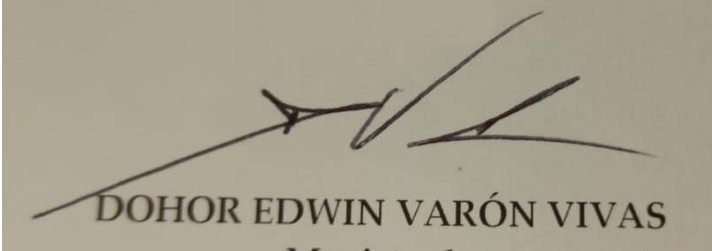
Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión virtual realizada el 8 de octubre de 2020 conforme Acta n° 050 de la misma fecha.



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. 144 del 14 de octubre de 2020.
Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.

Manizales, _____



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.S.: 136

Asunto:	Fija fecha audiencia
Acción:	Protección de los Derechos e Intereses Colectivos
Radicados acumulados:	17001-23-33-000-2017-00334-00 17001-23-33-000-2017-00396-00
Accionantes:	Enrique Arbeláez Mutis y Personera Municipal de Manizales
Accionados:	Municipio de Manizales; Ministerio del Comercio, Industria y Turismo; Fiducoldex; Asociación Cable Aéreo; Infimanizales; Sisctrac S.A. y Consorcio Alianza Turística

Manizales, trece (13) de octubre de dos mil veinte (2020)

ASUNTO

Procede este Despacho a fijar nueva fecha para la práctica de prueba testimonial y decidir lo pertinente en relación con la inspección judicial pendiente de realizar en este asunto, según lo previsto en el auto del 3 de marzo de 2020 que abrió el proceso a pruebas.

Así mismo, se decide la solicitud de la Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior – Fiducoldex S.A. como administradora del Fondo Nacional de Turismo – Fontur, en el sentido que se conceda prórroga del término otorgado para aportar el informe técnico decretado como prueba de oficio.

1.- Sobre las fechas de la audiencia de pruebas

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

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

En este sentido, **FÍJASE** nueva fecha para llevar a cabo la práctica de prueba testimonial como seguidamente se indica:

Prueba testimonial de Fiducoldex S.A. como administradora de Fontur

El día **diez (10) de noviembre de dos mil veinte (2020)** a partir de las **nueve de la mañana (9:00 a.m.)** recepciónese el testimonio del Ingeniero FERNEY CAMACHO, quien se puede ubicar en la Calle 28 N° 13A 24, Piso 6 del Edificio Museo del Parque en la ciudad de Bogotá D.C. De la asistencia del testigo deberá encargarse la parte que pidió la prueba.

El objeto de la anterior prueba testimonial está relacionado con *“el conocimiento que se tenga de los aspectos técnico mecánicos que han hecho inviable la puesta en marcha y operación del cable aéreo Los Yarumos e ilustre al Despacho de las posibles soluciones que se presentan en los arreglos del motorreductor y la función vital de este elemento y de cómo se llevaría a cabo su reparación.”* (fls.206, C1 proceso 2017-00396 y 103, C1 proceso 2017-00334)

Prueba testimonial de INFIMANIZALES

El día **diez (10) de noviembre de dos mil veinte (2020)** a partir de las **nueve y treinta de la mañana (9:30 a.m.)** recepciónese el testimonio de los señores LEONARDO FRANCO HINCAPIÉ, FERNANDO MONTOYA SALAZAR, ÁLVARO VÉLEZ GÓMEZ, JORGE MARIO AMARILES GÓMEZ, JAVIER EDUARDO TORRES MARTÍNEZ, JULIO CÉSAR SALGADO GALEANO y ALFREDO GIRALDO ARISTIZÁBAL. De la comparecencia de los testigos deberá encargarse la parte que pidió la prueba.

El objeto de la prueba testimonial está relacionado con los argumentos de defensa presentados por Infimanizales en las contestaciones de la demanda, la dirección de proyectos en la entidad y la suscripción de Otrosí, adición, prorroga y supervisión del contrato número 2010-07-050 del 4 de marzo de 2011.

Prueba testimonial COMÚN ASOCIACIÓN CABLE AÉREO MANIZALES E INFIMANIZALES

El día **diez (10) de noviembre de dos mil veinte (2020)** a partir de las **dos y treinta de la tarde (2:30 p.m.)** recepciónese el testimonio de los señores JUAN PABLO ÁNGEL GAVIRIA y ANDRÉS FELIPE ARISTIZÁBAL PARRA. De la comparecencia de los testigos deberán encargarse las partes que pidieron la prueba.

El objeto de la prueba testimonial está relacionado con los argumentos de defensa presentados por Infimanizales y Asociación Cable Aéreo Manizales en las contestaciones de la demanda.

Prueba testimonial común INFIMANIZALES Y L'ALIANZA TRAVEL NETWORK COLOMBIA S.A.

El día diez (10) de noviembre de dos mil veinte (2020) a partir de las tres y treinta de la tarde (3:30 p.m.) recepciónese el testimonio del señor WILLIAM NARANJO QUINTERO. De la comparecencia de los testigos deberán encargarse las partes que pidieron la prueba.

El objeto de la prueba testimonial está relacionado con “los aspectos técnicos, operativos y económicos del proyecto presentado por el Municipio de Manizales al fondo de Promoción Turística, denominado Cable Aéreo sector Cable Plaza-Yarumos, así como lo relativo a la supervisión del Contrato M-079 de 2010, suscrito por el mencionado Fondo y SISTRAC S.A.” (Fls.558, C1A expediente 2017-00334 y 741, C1B expediente acumulado).

2.- Sobre la Inspección Judicial

En el auto que abrió el proceso a pruebas, se decretó el mencionado medio de prueba, de manera común a solicitud de **FIDUCOLDEX S.A. COMO ADMINISTRADORA DEL FONDO NACIONAL DE TURISMO – FONTUR, la ASOCIACIÓN CABLE AÉREO MANIZALES E INFIMANIZALES.**

La Presidencia del Consejo Superior de la Judicatura en el Acuerdo PCSJ 20-11632 del 30 de septiembre de 2020, previó respecto de las inspecciones judiciales con ocasión de la emergencia sanitaria en el territorio colombiano a causa del COVID-19, lo siguiente:

Artículo 1. Levantamiento de la suspensión de términos judiciales. Se mantiene el levantamiento de la suspensión de términos judiciales y administrativos en todo el país. (...)

Parágrafo 2. A partir de la entrada en vigencia de este Acuerdo se podrán realizar las diligencias de inspección judicial, entrega y secuestro de bienes, salvo que los consejos seccionales de la judicatura determinen lo contrario, de conformidad con la información sanitaria que entregue el Ministerio de Salud y Protección Social; en este último caso, los procesos en los que deban adelantarse dichas actuaciones se tramitarán en forma virtual en todo lo que no dependa de ellas o hasta el vencimiento del término probatorio, según corresponda.

De acuerdo con lo anterior, para realizar la inspección judicial solicitada a la siguiente ubicación: estaciones del Cable Aéreo Camino de La Palma y Los Yarumos en la ciudad de Manizales, **FÍJASE como fecha y hora el día veintinueve (29) de octubre de dos mil veinte (2020) a partir de las nueve de la mañana (9:00 a.m.). La diligencia tendrá su inicio en la estación del Cable Aéreo Camino de La Palma en el sector del Cable en la ciudad de Manizales.**

3.- Sobre el informe técnico decretado como prueba de oficio

En el presente asunto se decretó como prueba a cargo de la Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior – Fiducoldex S.A. como administradora del Fondo Nacional de Turismo – Fontur, INFORME TÉCNICO en el que se indique:

- a. El estado actual de la infraestructura de las estaciones del cable aéreo Camino de la Palma y Los Yarumos de la ciudad de Manizales.
- b. Las reparaciones o intervenciones que serían necesarias para poner en funcionamiento la línea del cable aéreo Camino de la Palma - Los Yarumos de la ciudad de Manizales, así como su costo y el término que se estima necesario para su ejecución.

En memoriales del 18 y 28 de agosto de 2020, FIDUCOLDEX a través de su apoderado, solicitó prórroga para la entrega del informe técnico mencionado, aduciendo que en virtud de la emergencia sanitaria decretada por el Gobierno Nacional por el COVID-19, el Consejo Superior de la Judicatura suspendió los términos judiciales desde el 16 de marzo hasta el 30 de junio de 2020. Así mismo, explicó que la entidad adelantó en este periodo la consecución de los recursos para que un experto realizara el informe técnico, expidiendo así el certificado de disponibilidad n° 39 del 28 de junio de 2020. Agregó que el 6 de agosto del presente año se suscribió contrato con la firma IST SISTEMAS DE CABLE SAS con el propósito de obtener la prueba de oficio decretada por el Despacho.


Como fundamento de la solicitud, aportó el contrato FNTC n° 105 de 2020 suscrito entre FIDUCOLDEX SA e INGENIERIA DE SISTEMAS DE TRANSPORTE Y CABLES SAS.

De acuerdo con lo anterior, se accede a la solicitud de prórroga para presentar el informe técnico decretado como prueba de oficio en el presente asunto, concediendo un término de quince (15) días hábiles contados a partir del día siguiente a la ejecutoria del presente auto.

4.- Reconocimiento de personería

De acuerdo con el poder conferido por la gerente general de la Asociación Cable Aéreo Manizales (fl.1143, C. 1C) se RECONOCE personería para actuar como apoderada de la entidad a la abogada CAROLINA MÁRQUEZ YEPES, identificada con cedula de ciudadanía n° 30.239.714 y tarjeta profesional n° 174.742 del Consejo Superior de la Judicatura.

Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

No. 144
FECHA: 14 de octubre de 2020



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario