

REPÚBLICA DE COLOMBIA


TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, veinticinco (25) de enero de dos mil veintiuno (2021)

RADICADO	17-001-23-33-000-2019-00506-00
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	JAIRO ALBERTO GALLÓN GALLÓN
DEMANDADO	LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, MUNICIPIO DE FILADELFIA - CALDAS

Ingresó a despacho el proceso de la referencia para fijar fecha y hora para la audiencia inicial, o en su defecto realizar la actuación que corresponda según el Decreto 806 de 2020.

ANTECEDENTES

El señor **JAIRO ALBERTO GALLÓN GALLÓN** presentó demanda con la finalidad de que declara la nulidad del Oficio expedido el 10 de julio de 2019 por medio del cual se niega el reconocimiento y pago de las cesantías anualizadas causadas en los años, 1993,1994 y 1995, así como el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías correspondientes a dichos años.

Al momento de contestar la demanda el FNPSM propuso como excepción previa la de caducidad, la cual fundamentó con el argumento que, entre el oficio que se demanda y la presentación de la demanda transcurrieron más de 4 meses, la cual fue resuelta mediante auto del 3 de diciembre de 2021.

De acuerdo a lo anterior, el proceso ingresó a Despacho para convocar a audiencia inicial o realizar la actuación correspondiente según el Decreto 806 de 2020.

CONSIDERACIONES

El artículo 13 del Decreto Legislativo 806 de 2020 estableció la posibilidad de proferir sentencia anticipada en los asuntos de conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en los siguientes términos:

Artículo 13. Sentencia anticipada en lo contencioso administrativo. El juzgador deberá dictar sentencia anticipada:

1. Antes de la audiencia inicial, cuando se trate de asuntos de puro derecho o no fuere necesario practicar pruebas, caso en el cual correrá traslado para alegar por escrito, en la forma prevista en el inciso final del artículo 181 de la Ley 1437 de 2011 y la sentencia se proferirá por escrito.

2. En cualquier estado del proceso, cuando las partes o sus apoderados de común acuerdo lo soliciten, sea por iniciativa propia o por sugerencia del juez. Si la solicitud se presenta en el transcurso de una audiencia, se dará traslado para alegar dentro de ella. Si se hace por escrito, las partes podrán allegar con la petición sus alegatos de conclusión, de lo cual se dará traslado por diez (10) días comunes al Ministerio Público y demás intervinientes. El juzgador rechazará la solicitud cuando advierta fraude o colusión. Si en el proceso intervienen litisconsortes necesarios, la petición, deberá realizarse conjuntamente con estos. Con la aceptación de esta petición por parte del juez, se entenderán desistidos los recursos que hubieren formulado los peticionarios contra decisiones interlocutorias que estén pendientes de tramitar o resolver.

3. En la segunda etapa del proceso prevista en el artículo 179 de la Ley 1437 de 2011, cuando encuentre probada la cosa juzgada, la transacción, la conciliación, la caducidad, la prescripción extintiva y la falta de legitimación en la causa. La sentencia se dictará oralmente en audiencia o se proferirá por escrito. En este caso no se correrá traslado para alegar.

4. En caso de allanamiento de conformidad con el artículo 176 de la Ley 1437 de 2011.

Con fundamento en la anterior norma, procederá el despacho a emitir pronunciamiento sobre las pruebas del proceso.

De la parte demandante se tendrán como pruebas las documentales acompañadas con la demanda, visibles de folio 35 a 61 del C.1, mismas que serán valoradas de conformidad con la ley al momento de dictar sentencia; de igual forma tengase como pruebas los antecedentes administrativos allegados con la contestación de la demanda visible de folios 89 a 112 del cuaderno 1.

La parte demandante solicitó como prueba documental se oficie al Municipio de la Merced y/o Secretaría de Educación de Caldas para que se sirvan certificar cuáles fueron los salarios y prestaciones sociales que devengó el docente Jairo Alberto Fallo Gallon, identificado con cédula 4.419.032, durante los años 1993, 1994 y 1995.

En relación con esta prueba documental, considera el Despacho que la peticionada por la parte demandante es conducente, pertinente y necesaria. En consecuencia, por la Secretaría de la Corporación, requiérase al Municipio de Filadelfia – Caldas y a la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas para que en el término de 10 días, contados a partir de la recepción del oficio correspondiente, certifiquen cuáles fueron los salarios y prestaciones sociales que devengó el docente Jairo Alberto Fallo Gallon, identificado con cédula 4.419.032,, durante los años 1993, 1994 y 1995.

De oficio el Despacho decretará una prueba documental para que la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas certifique si a Jairo Alberto Fallo Gallón, identificado con cédula 4.419.032, se le consignaron cesantías por los años 1993, 1994 y 1995; en caso positivo, deberá determinar por qué valor y en qué fecha se consignaron. Además, deberá explicar de manera detallada si en las cesantías parciales que fueron reconocidas al señor Jairo Alberto Gallo Gallón mediante Resolución nro. 6158-6 del 17 de septiembre de 2014, se incluyeron cesantías de los años 1993, 1994 y 1995, ya que en el cuadro de reportes de cesantías que aparece en el acto administrativo, solo se registraron valores del año 1996 a 2013.

Al tenor del artículo 13 del Decreto 806 de 2020, el despacho considera que en este caso es posible dictar sentencia anticipada, ya que la prueba documental decretada no es necesario practicarla, por lo que una vez se tenga respuesta se emitirá un auto corriendo traslado de la misma para que las partes ejerzan su derecho de defensa y contradicción. Y una vez realizada esta actuación, se correrá el traslado de alegatos correspondiente.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas,

RESUELVE

PRIMERO: DIFERIR LA DECISIÓN de las excepciones de fondo propuestas por las entidades demandadas al momento de proferir sentencia.

SEGUNDO: TENER COMO PRUEBA los documentos aportados por la parte demandante y la demandada, mismos que serán valorados de conformidad con la ley al momento de dictar sentencia, según lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: DECRETAR PRUEBA DOCUMENTAL a la parte demandante y de oficio. En consecuencia:

por la Secretaría de la Corporación, requiérase al Municipio de Filadelfia – Caldas y a la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas para que en el término de 10 días, contados a partir de la recepción del oficio correspondiente, certifiquen cuáles fueron los salarios y prestaciones sociales que devengó el docente Jairo Alberto Fallo Gallon, identificado con cédula 4.419.032,, durante los años 1993, 1994 y 1995.

Por la Secretaría de la Corporación requiérase a la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas para que certifique si a si a Jairo Alberto Fallo Gallón, identificado con cédula 4.419.032, se le consignaron cesantías por los años 1993, 1994 y 1995; en caso positivo, deberá determinar por qué valor y en qué fecha se consignaron. Además, deberá explicar de manera detallada si en las cesantías parciales que fueron reconocidas al señor Jairo Alberto Gallo Gallón mediante Resolución nro. 6158-6 del 17 de septiembre de 2014, se incluyeron cesantías de los años 1993, 1994 y 1995,

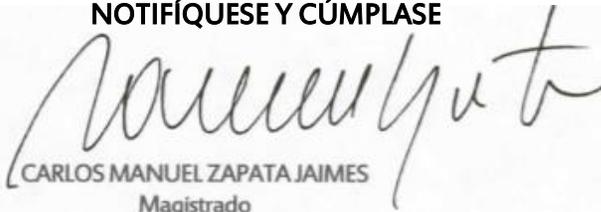
ya que en el cuadro de reportes de cesantías que aparece en el acto administrativo, solo se registraron valores del año 1996 a 2013.

CUARTO: RECONOCER PERSONERÍA para actuar en nombre y representación del Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio al abogado LUIS ALFREDO SANABRIA RÍOS conforme al poder a él otorgado. (Fol. 78, C.1)

QUINTO: RECONOCER PERSONERÍA para actuar en nombre y representación del municipio de Filadelfia – Caldas al abogado OSCAR EDUARDO ALZATE CANO conforme al poder a él otorgado. (Fol. 80, C.1)

SEXTO: SE ADVIERTE a las partes que todo memorial debe ser allegado únicamente al correo dispuesto para tal fin, este es, sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co. Cualquier documento enviado a otra dirección de correo electrónico se tendrá por no presentado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica por Estado Electrónico No. 011 DEL 26 DE ENERO DE 2021.
Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.

Manizales,



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



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

Manizales, veinticinco (25) de enero de dos mil veintiuno (2021)

RADICACIÓN	17-001-23-33-000-2019-00607-00
CLASE	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	CERVECERÍA UNIÓN S.A.
DEMANDADO	DEPARTAMENTO DE CALDAS

Ingresa el proceso a Despacho para fijar fecha para audiencia inicial, sin embargo, conforme a lo previsto en el artículo 12 del Decreto 806 de 4 de junio de 2020, en concordancia con los artículos 100, 101 y 102 del CGP, se hace necesario que Tribunal emita pronunciamiento sobre la excepción previa de “inepta demanda” que fue propuesta por la parte demandada, DEPARTAMENTO DE CALDAS.

ANTECEDENTES

Mediante demanda instaurada en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento **CERVECERIA UNION S.A** solicita que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter particular y concreto, Resolución n° 001 del 16 de mayo de 2016 por medio del cual se resolvieron las excepciones propuestas contra el mandamiento de pago n° 0140-2017 del 22 de noviembre de 2017, y de la Resolución n| 001-2019 mediante la cual se resuelve el recurso de reconsideración interpuesta contra la decisión de las excepciones y se ordena seguir adelante con la ejecución, expedidos por parte del DEPARTAMENTO DE CALDAS dentro del proceso de cobro coactivo adelantado en contra de Cervecería Unión S.A.

Al momento de contestar la demanda el Departamento de Caldas propone excepciones de fondo.

Debe advertirse que la entidad accionada no solicitó la práctica de ninguna prueba para demostrar la excepción.

De las excepciones propuestas se corrió traslado conforme a la constancia secretarial visible a folio 58 del cuaderno 1. La parte actora al pronunciarse sobre las excepciones solicita que se declaren no probadas.

CONSIDERACIONES

El artículo 12 del Decreto Legislativo 806 de 2020, con el cual el Gobierno Nacional adoptó medidas para agilizar los procesos judiciales, previó lo siguiente en relación con la decisión de excepciones en los asuntos de conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo:

Artículo 12. Resolución de excepciones en la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. De las excepciones presentadas se correrá traslado por el término de tres (3) días en la forma regulada en el artículo 110 del Código General del Proceso, o el que lo sustituya. En este término, la parte demandante podrá pronunciarse sobre ellas y, si fuere el caso, subsanar los defectos anotados en las excepciones previas.

Las excepciones previas se formularán y decidirán según lo regulado en los artículos 100, 101 Y 102 del Código General del Proceso. Cuando se requiera la práctica de pruebas a que se refiere el inciso segundo del artículo 101 del citado código, el juzgador las decretará en el auto que cita a la audiencia inicial, y en el curso de esta las practicará. Allí mismo, resolverá las excepciones previas que requirieron pruebas y estén pendientes de decisión.

Las excepciones de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva, se tramitarán y decidirán en los términos señalados anteriormente.

La providencia que resuelva las excepciones mencionadas deberá ser adoptada en primera instancia por el juez, subsección, sección o sala de conocimiento. Contra esta decisión procederá el recurso apelación, el cual será resuelto por la subsección, sección o sala del tribunal o Consejo de Estado. Cuando esta decisión se profiera en única instancia por los tribunales y Consejo de Estado se decidirá por el magistrado ponente y será suplicable.

En el *sub lite*, la parte demandada propuso como excepciones las que denominó: "Fuerza ejecutoria de título ejecutivo", "inepta demanda" y aplicabilidad y cumplimiento de la ley", las cuales, según sus argumentos, son excepciones que no tiene la naturaleza de previas sino de fondo, por lo que su estudio se diferirá para el momento de dictar sentencia. El Despacho tampoco observa que deba pronunciarse de oficio sobre alguna excepción

previa o mixta, de conformidad con lo establecido en el numeral 6 del artículo 180 del CPACA y el artículo 100 del Código General del Proceso.

De otro lado, el artículo 13 del citado decreto legislativo, estableció igualmente la posibilidad de proferir sentencia anticipada en los asuntos de conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en los siguientes términos:

Artículo 13. Sentencia anticipada en lo contencioso administrativo. El juzgador deberá dictar sentencia anticipada:

1. Antes de la audiencia inicial, cuando se trate de asuntos de puro derecho o no fuere necesario practicar pruebas, caso en el cual correrá traslado para alegar por escrito, en la forma prevista en el inciso final del artículo 181 de la Ley 1437 de 2011 y la sentencia se proferirá por escrito.

2. En cualquier estado del proceso, cuando las partes o sus apoderados de común acuerdo lo soliciten, sea por iniciativa propia o por sugerencia del juez. Si la solicitud se presenta en el transcurso de una audiencia, se dará traslado para alegar dentro de ella. Si se hace por escrito, las partes podrán allegar con la petición sus alegatos de conclusión, de lo cual se dará traslado por diez (10) días comunes al Ministerio Público y demás intervinientes. El juzgador rechazará la solicitud cuando advierta fraude o colusión. Si en el proceso intervienen litisconsortes necesarios, la petición, deberá realizarse conjuntamente con estos. Con la aceptación de esta petición por parte del juez, se entenderán desistidos los recursos que hubieren formulado los peticionarios contra decisiones interlocutorias que estén pendientes de tramitar o resolver.

3. En la segunda etapa del proceso prevista en el artículo 179 de la Ley 1437 de 2011, cuando encuentre probada la cosa juzgada, la transacción, la conciliación, la caducidad, la prescripción extintiva y la falta de legitimación en la causa. La sentencia se dictará oralmente en audiencia o se proferirá por escrito. En este caso no se correrá traslado para alegar.

4. En caso de allanamiento de conformidad con el artículo 176 de la Ley 1437 de 2011.

En consecuencia, se tendrán como pruebas en este proceso las documentales acompañadas con la demanda, visibles de folio 7 a 35 del C.1, las cuales serán valoradas de conformidad con la ley al momento de dictar sentencia. La parte demandante no solicitó la práctica de ninguna prueba. La parte demandada aportó los antecedentes administrativos en un CD que obra a folio 57, por lo que se tendrá como prueba; la entidad departamental no hace solicitud especial de pruebas.

Al no haber pruebas por decretar y practicar, según lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto 806 de 2020, es posible en este caso dictar sentencia anticipada, previo a dar la oportunidad para presentar alegatos de conclusión a las partes y concepto al Ministerio Público, por lo cual se correrá traslado.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas,

RESUELVE

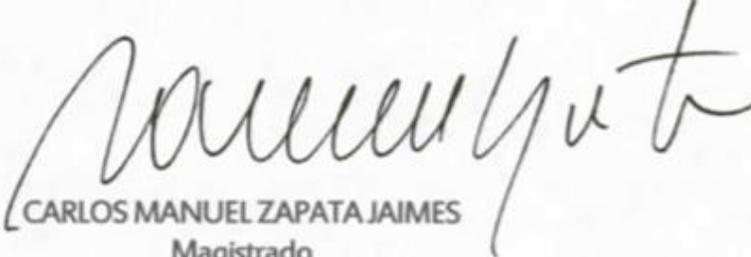
PRIMERO: TÉNGASE COMO PRUEBAS los documentos aportados por la parte demandante y demandada, mismos que serán valorados de conformidad con la ley al momento de dictar sentencia, según lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CÓRRASE TRASLADO a las partes y al Ministerio Público para que, dentro del término de diez (10) días siguientes a la notificación de esta providencia, presenten sus alegatos de conclusión y el respectivo concepto.

TERCERO: Surtido lo anterior, regrese el expediente a despacho para proferir la sentencia anticipada.

CUARTA: SE ADVIERTE a las partes que todo memorial debe ser allegado únicamente al correo dispuesto para tal fin, este es, sgtadminclcd@notificacionesrj.gov.co. Cualquier documento enviado a otra dirección de correo electrónico se tendrá por no presentado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Maestrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica por Estado Electrónico No. 011 de fecha 26 de enero de 2021.
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, veintiuno (21) de enero de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO No.	17-001-33-39-006-2018-00385-02
CLASE	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	ESPERANZA MURILLO GIL
ACCIONADO	NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y EL DEPARTAMENTO DE CALDAS

Procede la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas a dictar sentencia de segunda instancia, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el fallo proferido por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales el día 13 de diciembre de 2019, dentro del proceso de la referencia.

PRETENSIONES

1. Que se declare la nulidad absoluta de la Resolución nro. 7863-6 del 13/10/2017 expedida por la secretaría de Educación del departamento de Caldas, mediante la cual se negó la aplicación del numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989 respecto del porcentaje que debe aportar la demandante de su mesada pensional para el servicio de salud; y además se negó la aplicación de la Ley 71 de 1988 como norma para reajustar anualmente la mesada pensional docente.

2. Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, solicitó se profiera sentencia en la cual se ratifique que la demandante pertenece al régimen exceptuado consagrado en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, que se encuentra cobijada por el régimen especial determinado por la ley para los docentes que se vincularon con anterioridad al 27 de junio de 2003, y que su pensión ordinaria debe ser pagada y reajustada anualmente de conformidad con la Ley 91 de 1989 y lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 71 de 1988.

Subsecuente con las anteriores declaraciones pidió:

- Se apliquen los descuentos para efectos de aportes al sistema de salud a la mesada pensional de la demandante en la cuantía establecida en el numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989, es decir, el 5% de cada mesada incluyendo las adicionales, ordenándosele cesar la deducción del 12%, como actualmente se le está realizando.

 - Que se le reajuste anualmente la mesada pensional a la demandante con base en lo establecido en el artículo 1° de la Ley 71 de 1988, esto es, en el mismo porcentaje en que cada año es incrementado el salario mínimo legal mensual, ordenando su aplicación en forme retroactiva al año en que la docente consolidó su derecho pensional y de manera constante para las mesadas subsiguientes y futuras.

 - Que se reintegre a la demandante las sumas de dinero superiores al 5% que a título de aportes al sistema de salud le han sido descontadas de las mesadas pensionales y adicionales de junio y diciembre respecto de la pensión de jubilación que la demandada reconoció a la demandante; y a no continuar descontando valores superiores al precitado porcentaje en el pago de las mesadas futuras.

 - A que pague en favor de la demandante los valores resultantes por las diferencias existentes entre la mesada pensional que actualmente recibe la demandante y la que resulte después de tomar el valor pensional que le fue reconocido al momento del estatus, y reajustarlo año tras año con base en los porcentajes en que se ha incrementado el salario mínimo legal mensual.

 - Que se paguen de manera indexada las sumas de dinero que se obtengan como resultado de las declaraciones y condenas solicitadas, ordenando que sobre ese retroactivo se reconozcan los ajustes de valor y los respectivos intereses corrientes y moratorios, tal como lo disponen los artículos 187, 1889, 192 y 195 del CPACA.
3. Que la suma que resulte adeudada por la entidad sea ajustada conforme la fórmula establecida por el Consejo de Estado y en los términos del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011.
4. Que se condene a la parte demandada al pago de los intereses señalados en el artículo 192 del CPACA.
5. Que se condene a la entidad demandada al pago de costas y agencias en derecho según la Ley 1437 de 2011 y el Código General del Proceso.

6. Que se condene a la entidad demandada a dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 187, 189, 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 16 de la ley 446 de 1998.

Pretensiones subsidiarias

Que en el evento que se llegue a determinar que de conformidad con la Ley 812 de 2003 el régimen aplicable es el establecido en la Ley 100 de 1993, se tenga en cuenta que esta norma solo contempla única y exclusivamente un descuento para efectos de aportes al sistema de salud por un monto equivalente al 12%, sin aplicarle esa deducción a las mesadas adicionales de junio y diciembre; y que consecuente con ello se ordene:

- a) Que sean reintegrados a la demandante los dineros que bajo el rotulo de EPS se le han descontado en las mesadas adicionales de junio y diciembre, las cuales equivalen al 12% respecto del valor de la mesada pensional devengada; ordenando que el retroactivo que se obtenga se pague de manea indexada, junto con los ajustes de valor y los intereses moratorios de acuerdo con lo preceptuado en el CPACA.
- b) Que se ordene a la Fiduciaria La Previsora no continuar realizando descuentos en las mesadas de junio y diciembre con destino al sistema de salud, indicándosele que dicho aporte debe ser solamente aplicado a la mesada pensional que devenga la demandante.
- c) Que se condene al pago de costas y agencias en derecho a favor del demandante.

HECHOS

- La parte actora se vinculó a la docencia oficial con anterioridad al 27 de junio de 2003, por lo que al cumplir los requisitos de tiempo y edad le fue reconocida la pensión de jubilación mediante Resolución nro. 6540 del 28 de diciembre de 2009.
- El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por intermedio de la fiduciaria encargada de su administración, ha efectuado descuentos sobre la mesada pensional en un porcentaje del 12%, incluso en las mesadas de junio y diciembre, como aportes al sistema de salud.
- Que en el acto administrativo de reconocimiento pensional se consagró, además, expresamente, que esta sería reajustada anualmente conforme al artículo 1° de la Ley 71

de 1988, no obstante, la mesada ha sido ajustada de acuerdo al artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

- Mediante Petición radicada bajo el nro. SAC 2017PQR14755 del 27 de septiembre de 2017 se solicitó al Fondo de Prestaciones la aplicación del numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989 respecto a los descuentos a salud, indicando que solo corresponde hacerlos por el 5%, exigiendo en consecuencia la devolución de lo pagado en exceso.

Igualmente se solicitó la aplicación del artículo 1° de la ley 71 de 1988, como fórmula de reajuste de la pensión.

- Mediante Resolución nro. 7863-6 del 13 de octubre de 2017 se negó lo peticionado.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Consideró como violados los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29, 48, 53, 90, 121, 125 y 209 de la Constitución Política de Colombia; artículo 137 de la Ley 1437 de 2011; artículo 1° de la Ley 71 de 1988; Ley 33 de 1985; artículo 15 numeral 2 literal a) de la Ley 91 de 1989; artículo 115 de la Ley 115 de 1994; artículo 279 de la Ley 100 de 1991; Ley 238 de 1995; artículo 4 de la Ley 700 de 2001; Ley 797 de 2003; artículo 81 de la Ley 812 de 2003; artículo 160 de la Ley 1151 de 2007 y el Acto Legislativo 01 de 2005.

Adujo que los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se encuentran dentro de los regímenes exceptuados de la Ley 100 de 1993, al indicar expresamente que las normas no les resultan aplicables, según el artículo 279.

Hizo alusión además al régimen docente de la Ley 812 de 2003 que partió en dos la historia del régimen exceptuado de la Ley 100 de 1993, al indicar que los vinculados con anterioridad a esa norma quedaban cubiertos por las disposiciones de la Ley 91 de 1989, y que quienes se vinculen con posterioridad sus prestaciones sociales se rigen por el sistema general de seguridad social.

Referenció además el Acto Legislativo 01 de 2005, el cual afirmó mantuvo como régimen exceptuado el de los docentes vinculados antes del 26 de junio de 2003.

Aclaró que como la demandante se vinculó antes de la Ley 812 de 2003, quedó amparada por el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, y ello demuestra que el acto administrativo desconoció flagrantemente las normas especiales que determinan cómo debe reajustarse

la pensión de jubilación y cuál es el monto a descontar por aportes a salud, sobre los cuales explicó debe aplicarse la Ley 91 de 1989 que determina que este corresponde al 5%, el cual también se aplica a las mesadas adicionales.

En relación con los ajustes de la mesada pensional, insistió que la Ley 100 no es la norma que rige a la docente, sino que esta se ampara por lo establecido en la Ley 71 de 1988, pues la primera disposición está destinada a las pensiones del régimen de prima media con prestación definida y de ahorro individual con solidaridad, dentro de las cuales no están las otorgadas por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Resaltó además que la aplicación del IPC ha representado una pérdida porcentual en el quantum de la mesada pensional del accionante en relación con la variación del salario mínimo legal mensual vigente, que es el establecido por la Ley 71 de 1988, lo cual además no es acertado en atención a lo dispuesto en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, que excluyó su aplicación a los docentes.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

DEPARTAMENTO DE CALDAS: se opuso a la totalidad de las pretensiones, y en relación con los hechos adujo que unos eran ciertos, que otros no le constaban y que otros no eran hechos.

Como medios exceptivos propuso los que denominó:

- **Falta de legitimación en la causa por pasiva:** con apoyo en la Ley 91 de 1989, el Decreto 2831 de 2005 y la Ley 715 de 2001, expuso que las secretarías de Educación solo realizan trámites y procedimientos para el reconocimiento y pago de prestaciones sociales de los docentes, por tanto, no le asiste responsabilidad en cuanto a los hechos y pretensiones de la demanda.
- **Inaplicabilidad de las normas que regulan el descuento en salud régimen docente e inexistencia del derecho reclamado:** explicó que de acuerdo a lo contemplado en la Ley 91 de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tiene como objetivo garantizar la prestación de los servicios médico asistenciales a sus afiliados, y por ello se financia con un aporte que se realizada en todas las mesadas pensionales.
- **Buena fe:** afirmó que, en caso de presentarse los presupuestos para declarar la obligación a cargo de la entidad territorial, existen eximentes de responsabilidad en los pagos de

prestaciones sociales, toda vez que esta ha obrado con correcto diligenciamiento y cumplimiento de los respectivos actos administrativos.

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

MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO DE PRESTACIONES DE SOCIALES DEL MAGISTERIO: No contestó la demanda.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 13 de diciembre de 2019 negó pretensiones, tras plantearse como problemas jurídicos cuál era la entidad responsable de realizar los descuentos para salud en las mesadas pensionales de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio. Si eran procedentes los descuentos en salud que se realizan a las mesadas adicionales devengadas por los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Si había lugar a la devolución de los aportes que habían sido descontados de las mesadas adicionales de la demanda y a la suspensión del descuento. Y, finalmente, si tenía derecho la demandante a que se le actualizara la base salarial de su pensión de jubilación conforme al incremento del salario mínimo mensual cuando este fuera superior al IPC.

En primer momento analizó la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el departamento de Caldas la cual declaró probada, al explicar con fundamento en la Ley 91 de 1989, Ley 115 de 1994, Ley 962 de 2005 y Decreto 2831 de 2005, así como jurisprudencia del Consejo de Estado, que el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales del personal docente nacional y nacionalizado está a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En relación con los pagos al sistema de seguridad social en salud, adujo que la tasa o porcentaje que debe aportar el pensionado es la determinada por la Ley 100 de 1993, o las normas que la modifiquen o complementen, en tanto la remisión normativa que hace el régimen prestacional docente a la norma mencionada se concreta al valor de la tasa de cotización por concepto de salud, incluyendo descuentos adicionales en las mesadas de junio y diciembre.

Frente al incremento anual de la pensión, después de citar el artículo 14 y 279 de la Ley 100 de 1993, así como la Ley 238 de 1995, señaló que el reajuste a la pensión se está

realizando con fundamento en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 que sustituyó el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, el cual es el establecido para las pensiones que superen el monto del salario mínimo legal mensual vigente, como es el caso de la actora.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte actora apeló la sentencia mediante memorial que reposa de folio 100 a 111 del expediente.

Criticó la indebida aplicación del precedente jurisprudencial, al acudir a sentencias en las cuales se negaban pretensiones sin atender las causales de nulidad invocadas en la demanda, y más cuando estas no corresponden a idénticos hechos, fundamentos de derecho y pretensiones.

Resaltó que la Corte Constitucional al analizar la aplicabilidad del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 y la Ley 71 de 1988, no se refirió al régimen exceptuado de los docentes, es decir, no realizó un análisis comparativo, solo fijó el alcance y la interpretación del artículo 14; y añadió que el Consejo de Estado también se ha pronunciado sobre la no aplicación de esta disposición a los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales.

Expuso además que la sentencia no cumple los presupuestos procesales previstos en los artículos 162 y 187 de la Ley 1437 de 2011, como quiera que *“trae como apoyo jurisprudencial pronunciamiento que no atañe al objeto de debate, pues lo pretendido corresponde al incremento pensional aplicable a los regímenes exceptuados del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y del acto legislativo 01 de 2005”*.

Reiteró que el objeto del proceso es el descuento desproporcionado e ilegal para portes a salud y la forma equivocada como se reajustan las mesadas pensionales aplicables a los regímenes exceptuados del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y del acto legislativo 01 de 2005.

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

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

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

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

Respecto a los aportes en salud citó las sentencias T-348 de 1997, C-956 de 2001 y C-980 de 2002, para concluir que a los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio antes del 27 de junio de 2003, se les debe aplicar un descuento para la salud equivalente al 5%, el cual se hace sobre la mesada pensional y las mesadas adicionales, y no del 12%.

Por todo lo anterior, solicitó revocar la sentencia proferida, y en su lugar acceder a las pretensiones de la demanda.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante: no presentó alegatos.

Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio: hizo alusión en primer momento a la improcedencia del reajuste pensional con el incremento anual del salario mínimo según la Ley 71 de 1988, en tanto la parte actora desconoce fundamentos legales y jurisprudenciales que tienen vigencia en la actualidad como la Ley 100 de 1993, específicamente su artículo 14, el cual debe ser aplicado en

cualquiera de los regímenes pensionales, y más en este caso que la demandante devenga una mesada pensional superior al salario mínimo.

En relación con el descuento a salud, con fundamento en la Ley 91 de 1989, la Ley 812 de 2003 y la Ley 100 de 1993, indicó que el régimen de cotización de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales es el determinado en esta última norma, es decir, el del régimen general.

Pidió entonces negar las súplicas de la demanda.

Departamento de Caldas: guardó silencio.

Ministerio Público: no presentó concepto.

CONSIDERACIONES

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

Problemas jurídicos

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

Lo probado

- Mediante la Resolución nro. 6540 del 28 de diciembre de 2009 se reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación a la demandante en cuantía de \$2.124.770, efectiva a partir del 2009/07/26. En este mismo acto administrativo se indicó que el tiempo laborado por la demandante a la fecha de estatus era del 1978/05/26 al 2009/07/25 (fol. 39 a 41 C.1)

- Por medio de petición radicada bajo el número SAC 2017PQR14755 del 27/09/17, elevada ante la Nación – Ministerio de Educación Nacional –Fondo de Prestación Social del Magisterio y el Departamento de Caldas, la parte actora solicitó el reajuste de la pensión de jubilación de conformidad con el incremento del salario mínimo legal mensual vigente del año inmediatamente anterior. De igual forma peticionó se diera aplicación al porcentaje del 5% para los descuentos a salud y no del 12% (fol. 32 a 37 *ibídem*).
- Mediante la Resolución nro. 7863-6 del 13 de octubre de 2017 se negó la devolución de aportes en salud y el reajuste periódico de la pensión de jubilación con base en el incremento del salario mínimo mensual legal vigente (fol. 43 y 44 *ibídem*).

Primer problema jurídico

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

La Sala defenderá la tesis que la demandante no tiene derecho a que su mesada pensional se reajuste de conformidad con el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, toda vez que con la entrada en vigencia del régimen general de pensiones dicha norma quedó derogada por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, que dispuso que los ajustes de las mesadas pensionales fueran incrementadas conforme a la variación del índice de precios al consumidor.

Régimen general de seguridad social

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

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

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

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

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

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

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

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

Luego, el artículo 1 de la Ley 71 de 1988³ precisó que las pensiones referidas en el artículo 1 de la Ley 4 de 1976, la de incapacidad permanente parcial y las compartidas, serían

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Además, este parágrafo de la Ley 71 de 1988 fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-012 de 1994.

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

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

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

[...]

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

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

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

Dicha normativa fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-387 de 1994⁴, donde señaló:

*Para la Corte es evidente que ese tratamiento distinto ante situaciones iguales, a la luz de los cánones constitucionales, tiene una justificación clara y razonable, cual es la de dar especial protección a aquellos pensionados que por devengar una pensión mínima se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás. **En consecuencia, ha decidido el legislador que el valor de la pensión para esas personas se reajuste en un porcentaje igual al del salario***

⁴ Corte Constitucional sentencia C- 387 de 1994; MP. Dr. Carlos Gaviria Díaz, 1 de septiembre de 1994; REF.: expediente No. D-529. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/c-387-94.htm>

mínimo legal mensual, con el fin de que dicho ingreso conserve su poder adquisitivo y así pueda el beneficiario satisfacer sus necesidades básicas y llevar una vida digna.

[...]

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

[...]

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

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

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

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

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

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

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

De otro lado, la Ley 238 de 1995⁵, dispuso la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 a los regímenes exceptuados previstos en dicha disposición. Al respecto señaló:

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

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

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

⁵ Ley 238 de 1995; http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0238_1995.html

Bajo el tema en cuestión referente al reajuste de las mesadas en aplicación de la Ley 100 de 1993, la Sección Segunda el Honorable Consejo de Estado⁶ en providencia del 17 de agosto del 2017, dentro de la acción pública de nulidad en contra del artículo 40 del Decreto 692 de 1994, expuso que el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 derogó el dispuesto por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988:

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

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

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

⁶ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda -Subsección A- Consejero ponente: William Hernández Gómez - Bogotá, D.C., diecisiete (17) de agosto de dos mil diecisiete (2017) -Radicación número: 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14). <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2102915>

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

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

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

Referente a los motivos que alega el libelista de aplicar artículo 1º de la Ley 71 de 1988, en armonía con el principio de favorabilidad al ajuste de la mesada pensional, es pertinente traer a colación los pronunciamientos jurisprudenciales expuestos por la Máxima Corporación Constitucional en sentencia C-435 de 2017, bajo la acción pública de constitucionalidad mediante la cual se demandó la nulidad parcial del artículo 14 de la Ley 100 de 1993, concerniente al reajuste de pensiones según la variación porcentual del índice de precios al consumidor:

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

pensiones en relación con el Salario Mínimo Legal Vigente [85], como si este fuese expresamente el mandato constitucional.

[...]

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

[...]

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

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

Por lo tanto, se concluye que además de que la propia Constitución faculta al legislador a decidir, con autonomía política, de qué manera reajustar periódicamente el valor pensiones, de tal forma

que no hay lugar aquí para la aplicación del principio de favorabilidad en materia laboral del que trata el artículo 53 superior, en todo caso los índices o referencias de actualización a los que acudió el legislador para actualizar las pensiones de forma diferenciada según su valor (IPC y SMLMV) tienen un origen, una explicación y unos propósitos diferentes, al mismo tiempo que se relacionan entre ellos de una forma particular.

[...]

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

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

En ese orden de ideas, considera la Sala que no se encuentra demostrada la vulneración de los derechos invocados en la parte actora, dado que conforme a los presupuestos normativos y jurisprudenciales antes citados, se deduce que no le asiste razón al indicar que el reajuste de las mesadas pensionales se deben realizar conforme al artículo 1° de la Ley 71 de 1988, esto es, de acuerdo al salario mínimo, y no según lo establecido en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

Lo anterior teniendo, en cuenta que la Ley 100 de 1993 reajustó las mesadas de los Regímenes del Sistema General de Pensiones, y en aras de mantener su poder adquisitivo ordenó el ajuste según la variación porcentual del índice de precios al consumidor; además con la expedición de dicha norma, se entendió derogada la Ley 71 de 1988.

Segundo problema jurídico

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

La Sala defenderá la tesis de que los pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al ser beneficiarios del régimen especial en pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, no están exonerados de realizar los aportes al Sistema de Seguridad Social en salud, por disposición expresa de la Ley 812 de 2003.

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

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

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

Aplicación del régimen en salud para los afiliados al sector público y al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y al Sistema General de Seguridad social en salud

La Ley 4 de 1966⁷ determinó para los afiliados a la Caja Nacional de Previsión Social el deber de cotizar el porcentaje del 5% a favor de la entidad de previsión sobre la mesada pensional.

⁷ <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjurMantenimiento/normas/Norma1.jsp?i=1573>

Lo anterior, fue reiterado por el Decreto 3135 de 1968⁸, en cuyo artículo 37 se dispuso: "*Prestaciones para pensionados. A los pensionados por invalidez, jubilación y retiro por vejez se les prestará por la entidad que les pague la pensión, asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria. **Para este efecto el pensionado cotizará mensualmente un cinco por ciento (5%) de su pensión.***"

Posteriormente, la Ley 91 de 1989⁹, por la cual se creó el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en su artículo 8 numeral 2 señaló como objetivos de dicho fondo garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales, y fue constituido entre otros: "(...) *El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo **incluidas las mesadas adicionales**, como aporte de los pensionados.*"

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

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

(Ver art. 6 Ley 60 de 1993)

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

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

Por su parte, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003¹⁰ estableció que el régimen prestacional de los docentes nacionales y nacionalizados vinculados antes de la vigencia de esta ley, es el señalado en las normas establecidas con anterioridad a la misma; y que los vinculados a partir de la entrada en vigencia de la citada norma, afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en

⁸ "por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales"

⁹ https://www.mineducacion.gov.co/1621/articles-85852_archivo_pdf.pdf

¹⁰ http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0812_2003.html#1

él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres, norma declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-369-04.

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

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

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

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

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

***Artículo 204. Monto y distribución de las cotizaciones.** La cotización al Régimen Contributivo de Salud será, a partir del primero (1º) de enero del año 2007, **del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado.** Las cotizaciones que hoy tienen para salud los regímenes especiales y de excepción se incrementarán en cero punto cinco por ciento (0,5%), a cargo del empleador, que será destinado a la subcuenta de solidaridad para completar el uno punto cinco a los que hace referencia el presente artículo. El cero*

punto cinco por ciento (0,5%) adicional reemplaza en parte el incremento del punto en pensiones aprobado en la Ley 797 de 2003, el cual sólo será incrementado por el Gobierno Nacional en cero punto cinco por ciento (0,5%).

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

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

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

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

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

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

“(…) frente al deber que tienen los pensionados de cotizar en materia de salud, la Corte ha estimado que (i) es un desarrollo natural de los preceptos constitucionales que la ley ordene brindar asistencia médica a los pensionados y que prevea que éstos paguen una cotización para tal efecto, ya que la seguridad social no es gratuita sino que se financia, en parte, con los mismos aportes de los

beneficiarios, de conformidad con los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad; y (ii) no viola la constitución que el legislador establezca que los pensionados deben cotizar en materia de salud.”

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

Respecto al monto de las cotizaciones que deben realizar los docentes pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por concepto de salud, respecto al porcentaje del Régimen General de Pensiones, la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado en sentencia del 10 de mayo de 2018¹¹ precisó:

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

[...]

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

[...]

6.2. Afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del

¹¹ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección SEGUNDA -Subsección B- Consejero ponente: César Palomino Cortés- Bogotá, D.C., diez (10) de mayo de dos mil dieciocho (2018) -Radicación número: 68001-23-31-000-2010-00624-01(0340-14)

Magisterios

<i>Ley 91 de 1989 artículo 8-5</i>	<i>5%</i>
<i>Ley 812 de 2003, 12, artículo 81</i>	<i>El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.</i>

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

(...)

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

“22. Ahora bien, bajo el entendido que los docentes gozan de un

¹² Corte Constitucional. Sentencia C-529 de 23 de junio de 2010

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

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

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

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

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

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

Con la expedición de la Ley 100 de 1993, artículo 143, se estableció de manera general que la tasa de cotización para financiar el Sistema

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

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

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

...

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

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

Descuento de salud sobre las mesadas adicionales

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

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

De igual manera, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en providencia de tutela del 14 de septiembre de 2017¹³, denegó la solicitud sobre la devolución de aportes de salud sobre las mesadas adicionales de los pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, basado en los siguientes argumentos:

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

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

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

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

En ese orden de ideas, considera la Sala que los descuentos por concepto de salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre fueron previstas en la Ley 91 de 1989 para los afiliados del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, y a pesar de no mencionarse taxativamente en la Ley 812 de 2003 no significa que hubiese cesado la obligación de

¹³ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda -Subsección A- Consejero ponente: Gabriel Valbuena Hernández- Bogotá, D.C., catorce (14) de septiembre de dos mil diecisiete (2017) -Radicación número: 11001-03-15-000-2017-01998-00(AC). <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2108186>

cotizar sobre dichas mesadas, pues en atención al principio de solidaridad que erige el Sistema de Seguridad Social, y en aras de preservar la contribución al sistema para lograr la sostenibilidad, eficacia y financiación del mismo, es procedente realizar los descuentos sobre las mesadas adicionales recibidas por los pensionados afiliados a dicho fondo.

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

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

En este sentido, se comparte también la sentencia de primera instancia sobre este tópico.

Conclusiones

Se concluye que no le asiste razón a la parte accionante al indicar que el reajuste de las mesadas pensionales se debe realizar según el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, esto es, conforme al salario mínimo, y no de acuerdo a lo establecido en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

Lo anterior, porque la Ley 100 de 1993 reajustó las mesadas de los regímenes del sistema general de pensiones, y en aras de mantener su poder adquisitivo ordenó el ajuste según la variación porcentual del índice de precios al consumidor; además con la expedición de dicha norma se entendió derogada la Ley 71 de 1988.

En relación con los descuentos a salud, se evidencia que se colige que los pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al ser beneficiarios del régimen especial en pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, no están exonerados de realizar los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, por disposición expresa de la Ley 812 de 2003, sobre las mesadas pensionales y las adicionales de los meses de junio y diciembre.

Por lo anterior se confirmará la sentencia de primera instancia que data del 13 de diciembre de 2019.

Costas en esta instancia

En el presente asunto se condenará en costas de segunda instancia a la parte demandante, en atención a que la sentencia del *a quo* fue confirmada, y a que la parte demandada, Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se vio en la necesidad de asumir su defensa a través de abogado, lo cual se refleja en la presentación de los alegatos de conclusión de segunda instancia, las que se liquidarán de acuerdo al artículo 366 y siguientes del CGP.

Las agencias en derecho se tasan en un valor de \$237.353, de conformidad con el Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura, a cargo de la parte accionante y a favor únicamente Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues fue la única entidad que actuó en segunda instancia.

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

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales el 13 de diciembre de 2019, en el proceso que en ejercicio del medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** instauró **ESPERANZA MURILLO GIL** contra la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y EL DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

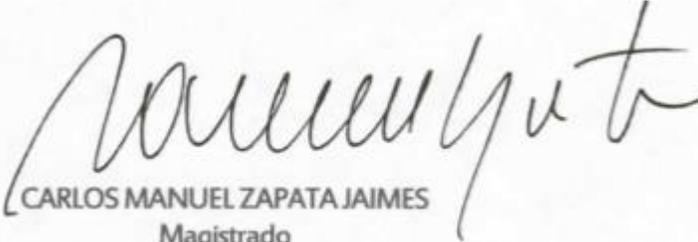
SEGUNDO: COSTAS de la segunda instancia a cargo de la parte demandante, y a favor únicamente de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma dispuesta en el Código General del Proceso. Se fijan agencias en derecho por valor de \$237.353.

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

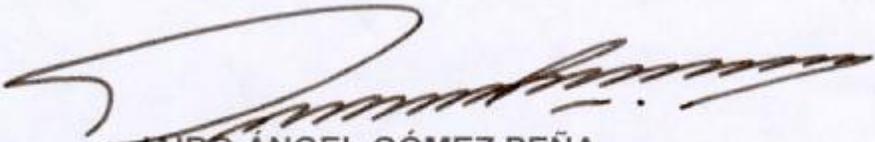
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Virtual celebrada el 21 de enero de

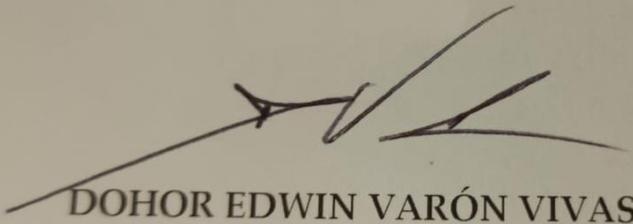
2021, conforme Acta n° 002 de la misma fecha.



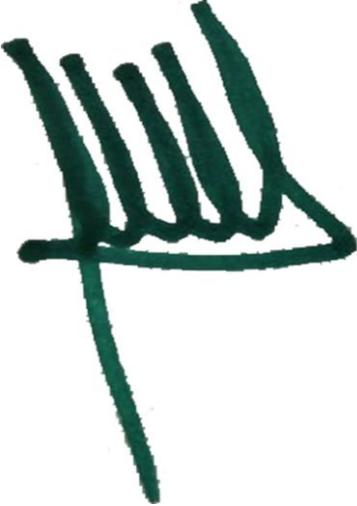
CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



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. 011 del 26 de enero de 2021. 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 TERCERA DE DECISIÓN**

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Sentencia No. 004

Manizales, veintidós (22) enero de dos mil veintiuno (2021).

Radicado: 17-001-33-33-004-2013-00422-00
Naturaleza: Reparación Directa
Demandante: Oscar Darío González y Otros
Demandado: Nación - Fiscalía General de la Nación

I. ASUNTO

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo de Manizales, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la parte demandante.

II. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

1.1. PRETENSIONES

Se solicita se declare responsable a la Nación - Fiscalía General de la Nación por los perjuicios ocasionados a los señores Oscar Darío González Páez y Edyer de Jesús Giraldo Aguirre y a sus núcleos familiares, a raíz de la privación injusta de la libertad que soportaron entre el 20 de enero de 2010 y el 22 de febrero de 2010.

Que por lo anterior, se ordene a pagar las indemnizaciones pertinentes con el fin de resarcir el daño material (lucro cesante) y los perjuicios morales ocasionados.

1.2. HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

Se indica que, la Fiscalía General de la Nación inició investigación penal en contra de los señores Oscar Darío González y Edyer de Jesús Giraldo Aguirre; que la Fiscalía Primera Delegada de Salamina profirió resolución de acusación contra ellos, por el delito de la desaparición forzada del señor Hoover Antonio Castrillón, siendo capturados el 20 de enero de 2010, formalizado mediante boletas de detención Nos. 06506 y 06507 del 21 de enero de 2010.

El ente acusador mediante Resolución del 19 de febrero de 2010 y ante la confesión del autor material del punible, revocó las medidas de aseguramiento impuestas a los señores González y Giraldo, siendo puestos en libertad el 22 de febrero de 2010; precluyendo la instrucción frente a ellos, a través de Resolución del 27 de octubre de 2010, proferida por el mismo funcionario.

1.3. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cita como fundamentos los artículos 1, 2, 6, 11, 28, 29, 90, 121 y 233 de la Constitución Política de Colombia; 140, 145, 154, 155, 157, 161 a 187 y 192 del CPACA; Ley 446 de 1988; Ley 270 de 1996; Ley 640 de 2001; Ley 1285 de 2009; y Ley 1395 de 2010.

En forma genérica citó *in extenso* sentencias proferidas por el Consejo de Estado sobre asuntos de responsabilidad patrimonial del Estado por privación de la libertad, señalando que en los eventos en los cuales el procesado, no cometió el hecho, el hecho no existió o la conducta es atípica, la privación del derecho fundamental a la libertad genera responsabilidad objetiva por parte del Estado.

Debiéndose aplicar una suerte de imputación objetiva donde la parte actora únicamente debe demostrar los conocidos elementos de la responsabilidad como son "*la actuación del Estado, los daños irrogados y el nexo de causalidad*" y por su parte la entidad demandada debe demostrar la existencia de un eximente de responsabilidad *so pena* de emitir condena en su contra.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **Fiscalía General de la Nación** manifestó que no se cumplen los presupuestos esenciales para la configuración de la responsabilidad que pretende endilgarse, pues la actuación fue acorde con a la normativa pertinente, sin que sea dable afirmar un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia ni privación injusta de la libertad.

Agregó que, la Fiscalía decretó la revocatoria de las medidas de aseguramiento debido a cuatro testimonios que fueron aportados posterior a la resolución mediante la cual fueron privados de la libertad, considerando que ello, fue debido a pruebas sobrevinientes.

Manifestó que, no es predicable la responsabilidad privación de la libertad, de forma automática, toda vez que no fue injusta la medida, toda vez que existían elementos probatorios que fueron debidamente valorados por el funcionario. Aseveró además que, para que se dé la injusticia en la privación de la libertad, se debe llegar a la arbitrariedad, a la desproporción, para que se configure la responsabilidad por parte del Estado.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El *a quo* accedió a las pretensiones de la parte demandante. Para dar base a la decisión realizó un análisis fáctico y jurisprudencial del caso planteado, para luego de transcribir apartes jurisprudenciales relacionados con la responsabilidad extracontractual y patrimonial del Estado por privación injusta de la libertad y analizar los elementos de la referida responsabilidad en concordancia con los elementos probatorios obrantes en el plenario.

Concluyó que los accionantes no estaba en la obligación de soportar el daño que el Estado les irrogó y por ello debe ser calificado como antijurídico, con la consecuente obligación para la Nación – Fiscalía General de la Nación de resarcir los perjuicios reclamados.

Al respecto indicó que, de acuerdo con la providencia que declaró la preclusión de la investigación de los hoy demandantes y las demás pruebas practicadas en la investigación, no ofrecían certeza sobre la participación en los hechos de la desaparición forzada del señor Hoover Antonio Castrillón García, pues las mismas no eran suficientes para llegar al grado de conocimiento que permitiera emitir condena, así como tampoco era suficiente para imponer medida restrictiva de la libertad.

Frente a las pretensiones indemnizatorias, otorgó las referentes al daño moral de los actores y sus grupos familiares; en cuanto a los perjuicios materiales, reconoció a favor Oscar Darío González Páez: i) \$1.122.273 (por lucro cesante) y \$4.307.357 (por daño emergente); en cuanto a Edyer de Jesús Giraldo Aguirre: \$3.300.802 (por lucro cesante) y \$16.939.046 (por daño emergente); finalmente, condenó en costas a la demandada.

4. RECURSO DE APELACIÓN

La **Fiscalía General de la Nación** expuso los siguientes cargos contra la sentencia de primera instancia:

i) No se demostró que en el proceso penal adelantado en contra de los señores Oscar Darío González Páez y Edyer de Jesús Giraldo Aguirre, se hubiera presentado una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, de forma tal que se torne evidente que la privación de la libertad no ha sido ni apropiada, ni razonada ni conforme a derecho o que es abiertamente arbitraria.

ii) En los eventos en que la absolución penal tuvo como fundamento la aplicación del *in dubio pro reo* y que el investigado no cometió la conducta punible, no se puede condenar de manera automática al Estado.

iii) Respecto a los perjuicios reconocidos:

- En cuanto al lucro cesante reconocido a Edyer de Jesús Giraldo Aguirre, indicó que la certificación aportada y que sirvió como fundamento para demostrar el contrato que tenía con la Alcaldía de Supía, no es plena prueba de que el señor Giraldo dejó de recibir la suma de \$3.000.000, ello porque, el documento carece de autenticación de la firma, no se allegó prueba de la existencia del supuesto contrato del que se puede establecer que quien lo ejecutaría sería el señor Giraldo y que el periodo de ejecución del contrato se debía dar en el periodo en el cual el demandante estuvo privado de la libertad.

- Frente al daño emergente reconocido a Oscar Darío González Páez, por valor de \$272.000, por concepto de parqueadero de un vehículo, supuestamente de su propiedad desde el 20 de enero de 2010 al 25 de febrero de 2010, señaló que no se estableció en el proceso la relación de dicho vehículo con el proceso penal del que fue objeto el demandante.

- En cuanto al daño emergente reconocido a ambos demandantes, por los honorarios de abogados asumidos en el proceso penal, los cuales el *a quo* tienen soportados con las certificaciones suscritas por los abogados, señaló que, estas no constituyen material probatorio idóneo y suficiente del que se desprenda el perjuicio.

- Frente al valor de \$1.800.000, por concepto de transporte de la señora María Nubia Díaz Vanegas, basado en la certificación expedida por la empresa Cootrans La Vega Ltda., considera que no constituye prueba del supuesto gasto, ya que no se aportaron otras pruebas de las que indique que los desplazamientos de la señora Díaz, estuvieran relacionados con la privación de Edyer de Jesús Giraldo, además porque resulta – a su

juicio, desproporcionado el valor cancelado por un pasaje entre los municipio de Supía y Salamina (Caldas).

iv) En cuanto a la condena en costas señaló que, la entidad no obró con temeridad o mala fe, lo cual es exigido por la Ley 446 de 1998.

2.7. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA.

La **Nación – Fiscalía General de la Nación** reiteró los argumentos presentados en el recurso de apelación.

III. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMAS JURÍDICOS

Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación propuestos, se estima necesario absolver los siguientes cuestionamientos:

- *¿Se encuentran probados los elementos que dan lugar a la responsabilidad administrativa y patrimonial del Estado, con ocasión de la privación de la libertad soportada por los señores Oscar Darío González Páez y Edyer de Jesús Giraldo Aguirre en el marco del proceso penal adelantado en su contra?*
- *¿Se encuentran debidamente demostrados los perjuicios materiales?*
- *¿Se encuentra debidamente valorada la imposición de costas y agencias en derechos en el fallo de primera instancia?*

2. PRIMER PROBLEMA JURÍDICO

Tesis: Se encuentran acreditados los elementos que dan lugar a la responsabilidad administrativa y patrimonial del Estado, por la privación de la libertad soportada por los señores Oscar Darío González Páez y Edyer de Jesús Giraldo Aguirre con ocasión del proceso penal adelantado en su contra y el daño resulta imputable a la entidad demandada.

Para soportar no anterior, se analizarán: i) los hechos acreditados relevantes para la resolución del problema jurídico; ii) el marco normativo y jurisprudencial sobre los elementos de la responsabilidad por privación injusta de la libertad; iii) el caso concreto.

2.1. Hechos relevantes acreditados

- Del expediente contentivo de la actuación penal adelantada en contra de los señores Oscar Darío González Páez y Edyer de Jesús Giraldo (fls. 107-712, cdo. 1 - 1A) se destacan los siguientes:

- Providencia del 19 de enero de 2010, proferida por la Fiscalía Primera de Salamina, mediante al cual se profirió: “(...) medida de aseguramiento de DETENCIÓN PREVENTIVA en contra de: CARLOS ENRIQUE VÉLEZ RAMÍREZ (...) EDYER DE JESÚS GIRALDO AGUIRRE (...) OSCAR DARÍO GONZÁLEZ PÁEZ (...) como responsables a título de dolo y en calidad de autor el primero y cómplices los segundos; del delito de DESAPARICIÓN FORZADA (...)”, orden en la cual se expuso como fundamento:

“(...) ”

1.- Que en la región del norte de Caldas (...) municipio de la Merced, existía u operaba un grupo o reducto, frente o cuadrilla, de las autodefensas unidad de Colombia (AUC), comandado por alias CARLOS ENRIQUE VÉLEZ RAMÍREZ conocido como alias VICTOR (...)

2.- Que Hoover Antonio Castrillón García el 12 de octubre de 2004 acudió en compañía de otras personas ante CARLOS ENRIQUE VÉLEZ RAMÍREZ alias VICTOR (...) a una cita a la que éste los había convocado en la finca La Lutaina (...)

3.- Que por orden de CARLOS ENRIQUE VÉLEZ RAMÍREZ alias VICTOR Hoover Antonio Castrillón fue capturado, esposado y encerrado en una pieza de la finca la Lutania. Esto se estableció a través de los testimonios de Nervey de Jesús Ramírez Ospina, Julián Andrés Bañol Agudelo, Edyer de Jesús Giraldo Aguirre y Oscar Darío González Páez.

4.- Que Hoover Antonio Castrillón García desapareció y fue visto por última vez entre las 18:00 y 18:30 horas de la noche del martes 12 de octubre de 2004 (...)

5.- Que EDYER DE JESÚS GIRALDO AGUIRRE y OSCAR DARÍO GONZÁLEZ PÁEZ integraban el grupo de personas que acudieron a la reunión para la cual cito CARLOS ENRIQUE VÉLEZ RAMÍREZ alias VICTOR el 12 de octubre de 2004 en la finca Lutania (...)

6.- Que HYDER DE JESÚS GIRALDO AGUIRRE y OSCAR DARÍO GONZÁLEZ PÁEZ luego de imputaciones que le hiciera CARLOS ENRIQUE VÉLEZ RAMÍREZ alias VICTOR a Hoover de ser un informante de la SIJIN, inmediatamente manifestaron que Hoover Antonio era un sapo y que le sacaran el celular y lo miraran porque ahí tenía los teléfonos de la SIJIN y luego que lo esposaron continuaron acusándolo de ser un sapo y le decía a alias VICTOR que si se había convencido de que Hoover era un sapo. Esto se estableció a través de los testimonios de Nervey de Jesús Ramírez Ospina y Julián Andrés Bañol Agudelo (...)” (fls. 320 a 321 C1A).

- De las Boletas de Encarcelación o Detención Nos. 06506 y 06507 del 20 de enero de 2010 (fls. 348-349 C1A), se desprende que efectivamente Oscar Darío González Páez y Edyer de Jesús Giraldo Aguirre fueron privados de la libertad por orden de la Fiscalía Delegada ante el Juzgado Penal del Circuito de Salamina.

- Mediante providencia del 19 de febrero de 2010, la Fiscalía Primera de Salamina dispuso: “(...) REVOCAR, las medidas de aseguramiento impuestas (...) respecto de los señores EDYER DE JESÚS GIRALDO AGUIRRE (...) y OSCAR DARÍO GONZÁLEZ PÁEZ (fls. 418-431 C1 A), de la que se destaca:

“(...) La prueba recaudada con la que se afianza la solicitud de la revocatoria de la medida, en cantidad de las cuatro declaraciones tomadas con posterioridad a la imposición de la medida, cambian el rumbo de las cosas (...) la misma deja entrever una animadversión por parte del señor NORBEY DE JESÚS GIRALDO hacia los señores EDIER GIRALDO (sic) y OSCAR GONZÁLEZ

(...)

Con lo anterior vemos que en el caso sub judice, cuando se impuso la medida de aseguramiento estaban satisfechos los requisitos para proferirla en relación con el delito que se le imputaba a los sindicados y la forma de participación en el mismo; más sin embargo (sic) le asiste razón a la defensa en que la prueba testimonial recaudada con posterioridad a su imposición hace que las circunstancias varíen.”

- A través de providencia del 27 de octubre de 2010, la Fiscalía Primera de Salamina decidió: “(...) PRECLUIR, la INSTRUCCIÓN que se adelantaba en contra de: EDYER DE JESÚS GIRALDO AGUIRRE (...) y OSCAR DARÍO GONZÁLEZ PÁEZ (fls. 696-710 C1 A), en la cual se indicó lo siguiente:

“(...) En síntesis, del estudio, análisis y evaluación del acervo probatorio recaudado se

desprende entonces que los sindicatos no han realizado las conducta (sic) que se les atribuyen individualmente y que se describen y sancionan como delitos en el Código Penal y que su responsabilidad como cómplices ya no se encuentra comprometida, toda vez que las pruebas antes enunciadas desvirtúan que las hayan realizado.”

2.2.Marco normativo y jurisprudencial (Elementos de la responsabilidad por privación injusta de la libertad)

El artículo 90 Constitucional preceptúa en su primer inciso que *“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”*; entretanto, la Ley 270 de 1996¹ estipuló en su artículo 65 que *“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales”*, señalando en el 2º inciso ibidem que *“...el Estado responderá por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por el error jurisdiccional y por la privación injusta de la libertad”*, mientras que el precepto 67 Ídem prevé que *“Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios”*.

En cuanto al alcance que ha de brindársele a la expresión *“daño antijurídico”* contenido en el canon 90 constitucional y en el artículo 65 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, la Corte Constitucional en sentencia C-333 de 1996, alusiva a las fuentes y motivos que dieron origen a aquel precepto Superior, dejó presente que aquella condición esencial de responsabilidad, consiste en la lesión producida por el Estado (entiéndase cualquier persona de derecho público) que el administrado no tenían el deber jurídico de padecer.

El Consejo de Estado en reciente oportunidad² dejó claro que el aludido daño no ha de derivarse necesariamente de un grosero proceder de la administración, pues ello contravendría el mismo postulado de responsabilidad objetiva contenido en el canon 90 Superior:

“Dado que en el nuevo paradigma constitucional la determinación de la responsabilidad estatal no depende de la pregunta por la ilegitimidad de la actuación estatal o culpa del agente que la ejecuta, sino de la interrogación sobre qué afectaciones del derecho deben ser soportadas por quien las padece y relación causa a efecto con y la acción u omisión de la administración, se impone que para la determinación de la naturaleza de la responsabilidad estatal por privación

¹ Estatutaria de Administración de Justicia.

² Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección B. Sentencia del 31 de agosto de 2015, Rad. 17001-23-31-000-2006-01248-01(36187).

de la libertad, se plantee previamente la pregunta de cuándo una persona está en la obligación de soportar una medida restrictiva de su libertad. Dentro del marco axiológico de un Estado de derecho, la única respuesta admisible es que alguien está obligado a soportar la restricción de la libertad cuando ésta ha sido impuesta como consecuencia de una acción libre antecedente, esto es, como medio de contención al delito. Tratándose de una pena efectivamente subsiguiente al delito, la restricción indeseada de la libertad, no entra realmente en pugna con la autonomía y la dignidad del hombre sino que de cierto modo, es consecuencia de ellas. Siguiendo, nuevamente a Kant, se puede decir que lo que realmente ha sucedido es que lo que, el delincuente recibe en forma de coacción, es la contracara de su acción libre...” (Se destaca).

La anterior posición, emitida de conformidad con la sentencia de unificación jurisprudencial proferida por la Sala Plena de la Sección Tercera del H. Consejo de Estado³, con la cual, en lo pertinente pregonó:

“[L]a Corte Constitucional, en la mencionada sentencia C-037 de 1996, expresó, para declarar la exequibilidad del referido precepto, que “el término “injustamente” se refiere a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, de forma tal que se torne evidente que la privación de la libertad no ha sido ni apropiada, ni razonada ni conforme a derecho, sino abiertamente arbitraria”.

Sin embargo, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha considerado que la transcrita interpretación respecto de los alcances del artículo 68 de la Ley 270 de 1996 podría conducir a entender que la referida norma estatutaria habría restringido el ámbito de posibilidades dentro de las cuales resultaría viable declarar la responsabilidad del Estado por el hecho de la detención ordenada por autoridad judicial dentro de una investigación penal, para circunscribirlo a los supuestos en los que se acredite una falla del servicio público de Administración de Justicia, pero además no una falla de cualquier índole, sino una acompañada de las características descritas por la Corte Constitucional en el apartado precedentemente traído a colación.

Por tal razón, la Sección Tercera de esta Corporación entendió entonces y ahora reitera, que semejante conclusión no consulta la obligación del intérprete de buscar el sentido de las disposiciones no de forma aislada e inconexa, sino en el conjunto tanto del cuerpo normativo en el cual se insertan, como en el de la totalidad del ordenamiento jurídico y, en especial, poniéndolas en contacto con aquellos preceptos de la Carta Política que no pueden soslayarse al momento de precisar su contenido y alcance, motivo por el

³Sección Tercera, sentencia de 17 de octubre de 2013, Exp. Interno 23354.

*cual “mal podría identificarse el significado del artículo 68 de la Ley 270 de 1996, prescindiendo de una hermenéutica sistemática con las demás normas de la misma Ley Estatutaria que regulan el objeto al cual ella se refiere o, peor aún, omitiendo conectarla con el artículo 90 constitucional, piedra angular del régimen de responsabilidad del Estado operante en Colombia desde que rige la Carta Política de 1991”, precepto superior éste que, del mismo modo en que lo hace el artículo 65 de la Ley 270 en mención “... **no introduce limitación o condicionamiento alguno** encaminado a impedir el juzgamiento o la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado como consecuencia de la actividad de la Administración de Justicia, **distinto de la causación de un daño antijurídico**. No podía preverlo, por lo demás, como quiera que con ello conculcaría la regulación efectuada por el artículo 90 de la Carta, que igualmente constituye el concepto de “daño antijurídico”, en el elemento central cuya concurrencia debe evidenciarse para que proceda el reconocimiento de la responsabilidad estatal ↯siempre, claro está, que ese daño pueda imputarse jurídicamente a una autoridad pública↯”. (Se resalta)*

Ahora bien, cabe señalar que la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado en Sentencia de Unificación proferida el 15 de agosto de 2018⁴ modificó algunos de los criterios que deben ser tenidos en cuenta a la hora de valorar los asuntos que por privación injusta de la libertad sean conocidos por esta jurisdicción, principalmente en lo que se refiere al eximente de responsabilidad de la culpa de la víctima, señalando en síntesis que el fallador debe analizar las conductas que a título de culpa grave o dolo -bajo su definición civil- haya ejercido el afectado con la privación, que pudieron dar lugar a la aplicación del proceso penal en su contra, en los siguientes términos:

*“**PRIMERO: MODIFÍCASE LA JURISPRUDENCIA DE LA SECCIÓN TERCERA** en relación con los casos en que la litis gravita en torno a la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños irrogados con ocasión de la privación de la libertad de una persona a la que, posteriormente, se le revoca esa medida, sea cual fuere la causa de ello, y **UNIFÍCANSE** criterios en el sentido de que, en lo sucesivo, en esos casos, el juez deberá verificar:*

- 1) Si el daño (privación de la libertad) fue antijurídico o no, a la luz del artículo 90 de la Constitución Política;*
- 2) Si quien fue privado de la libertad actuó con culpa grave o dolo, desde el punto de vista meramente civil -análisis que hará, incluso de oficio-, y si con ello dio lugar a la apertura del*

⁴ Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección Tercera Sala Plena; 15 de agosto de 2018; Radicación número: 66001-23-31-000-2010-00235-01(46947)

proceso penal y a la subsecuente imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva (artículos 70 de la ley 270 de 1996 y 63 del Código Civil) y,

3) *Cuál es la autoridad llamada a reparar el daño.*

En virtud del principio iura novit curia, el juez podrá encausar el análisis del asunto, siempre en forma razonada, bajo las premisas del título de imputación que, conforme al acervo probatorio, considere pertinente o que mejor se adecúa al caso concreto”

2.3. Caso concreto

De acuerdo con lo expuesto entrará el Tribunal a desarrollar los elementos de la responsabilidad en el presente asunto:

2.3.1. El daño y su antijuridicidad

Según lo señaló la sentencia recurrida y sin que sea objeto de mayor controversia, se encuentra acreditado que, los accionantes soportaron la privación de su libertad, dentro del proceso penal que concluyó cuando la Fiscalía Primera Delegada de Salamina dispuso: i) Revocar las medidas de aseguramiento y ii) Precluyó la instrucción en contra de los dos demandantes, por no haber cometido la conducta punible de la cual eran indiciados. Privación de la libertad que se extendió por los siguientes periodos (v. fl. 1 C3):

Procesado	Fecha de captura	Liberación por revocatoria de medida preventiva
Oscar Darío González Páez	20 de enero de 2010	22 de febrero de 2010
Edyer de Jesús Giraldo Aguirre	20 de enero de 2010	22 de febrero de 2010

Ahora bien, con el fin de establecer la antijuridicidad del daño, debe ser analizada conforme a los criterios señalados por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 15 de agosto de 2018 a la cual se hizo referencia previamente, esto es, determinando si existieron conductas adelantadas por los señores Oscar Darío González Páez y Edyer de Jesús Giraldo Aguirre que puedan ser calificadas como ejercidas a título de culpa grave o dolo -bajo su definición civil-, y si de ser así, estas conductas ubican a los accionantes en posición de soportar la privación de la libertad a que fueron sometidos.

2.3.2. Análisis de legalidad de la Medida

Conforme a las pruebas arrimadas al proceso, es pertinente recordar la providencia del 19 de enero de 2010, proferida por la Fiscalía Primera de Salamina, mediante al cual se ordenó la “(...) medida de aseguramiento de **DETENCIÓN PREVENTIVA** en contra de: **CARLOS ENRIQUE VÉLEZ RAMÍREZ (...)** **EDYER DE JESÚS GIRALDO AGUIRRE (...)** **OSCAR DARÍO GONZÁLEZ PÁEZ (...)** como responsables a título de dolo y en calidad de autor el primero y cómplices los segundos; del delito de **DESAPARICIÓN FORZADA**.

En relación con la privación de la libertad a la que fueron sometidos lo accionantes, la Sala considera que existió una falla en el servicio, por las razones que se exponen a continuación:

El artículo 28 de la Constitución Política establece que el derecho a la libertad solo puede restringirse en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, en cumplimiento de las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley.

El artículo 355 de la Ley 600 del 2000 autoriza como medida cautelar la imposición de medida de aseguramiento, consistente en detención preventiva con la finalidad de garantizar la comparecencia del sindicado al proceso, impedir su fuga o la continuación de su actividad delictual o las labores que emprenda para ocultar, destruir o deformar elementos probatorios importantes para la instrucción, o entorpecer la actividad probatoria.

Por su parte, los artículos 356 y 357 *ibidem* establecen que, la detención preventiva es procedente cuando contra el sindicado resulten por lo menos dos indicios graves de responsabilidad, con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso; y cuando la Fiscalía General de la Nación esté imputando un delito cuya pena mínima exceda de 4 años, que sea alguno de los delitos previstos en el mismo artículo 357, o que el sindicado ya estuviese condenado mediante sentencia ejecutoriada por otro delito que tuviera pena de prisión.

A la par de lo anterior, el artículo 20 de la citada ley señala que: “*El funcionario judicial tiene la obligación de investigar tanto lo favorable como lo desfavorable a los intereses del imputado*”. Dicho deber debe ser cumplido incluso desde la investigación previa. Al respecto la Corte Constitucional en sentencia C-1194 de 2005 señaló:

“En efecto, de acuerdo con el sistema de investigación que viene desmontándose, acogido por el constituyente de 1991 y que todavía rige en los territorios en los que no ha entrado en vigencia el nuevo sistema penal acusatorio, la Fiscalía está obligada a desplegar una instrucción integral respecto del hecho delictivo. El método de investigación integral -de stirpe alemana-

compromete al ente de instrucción en la investigación de los elementos de convicción favorables que pudieran absolver de responsabilidad al procesado, así como de los desfavorables que pudieran perjudicarlo. El artículo 250 constitucional establecía dicha obligación en los siguientes términos: “[l]a Fiscalía General de la Nación está obligada a investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al imputado, y a respetar sus derechos fundamentales y las garantías procesales que le asisten”.

La metodología de la instrucción integral –que obliga a investigar tanto lo favorable como lo desfavorable– encaja convenientemente en el sistema judicial de corte inquisitivo, pues, en aquél, la Fiscalía ejerce funciones jurisdiccionales en la medida en que resuelve aspectos vinculados con la situación jurídica de los derechos fundamentales del procesado, incluyendo el de su libertad personal. En el sistema procesal penal aplicado en Colombia hasta la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004, la Fiscalía no es un contrincante del debate jurídico, sino un funcionario con poderes autónomos de decisión que, en ejercicio de los mismos, tiene la posibilidad de afectar derechos fundamentales.

Por su parte, frente a la obligación constitucional que recaía sobre la Fiscalía y que la obligaba a actuar diligentemente en la obtención de las pruebas exculpatorias del procesado, éste podía permanecer inactivo en el proceso, al tanto de lo que sobre su responsabilidad penal decidieran el fiscal y el juez de la causa. Por ello, resultaba concordante con esa lógica que si la Fiscalía podía resolver autónomamente, por ejemplo, la preclusión de la investigación, y el procesado pudiera permanecer inactivo en el proceso, existiera una norma que obligara al ente de instrucción a investigar también lo que resulte favorable al procesado”.

En el sub examine, se observa que la actuación desplegada por la Fiscalía General de la Nación se promovió sin sujetarse a los requisitos señalados, toda vez que, no cumplió con el deber de adelantar una investigación integral, esto es, *de investigar tanto lo favorable como lo desfavorable a los intereses* de las personas que serían objeto de medida de aseguramiento, ello por cuanto previamente a la providencia del 19 de enero de 2010, proferida por la Fiscalía Primera de Salamina, tenía conocimiento de la existencia de otros testigos que también estuvieron presentes en la reunión en la finca Lutania el 12 de octubre de 2004, y a pesar de ello omitió recaudar su declaración.

En efecto, en la referida providencia tuvo en cuenta las declaraciones de Nervey de Jesús Ramírez Ospina y Julián Andrés Bañol Agudelo (quienes estuvieron en la mencionada reunión) a partir de las cuales consideró que, los señores Giraldo Aguirre y González Páez se encontraban presentes en una reunión donde, entre otros, estuvieron Hoover Antonio Castrillón (víctima del presunto delito) y Carlos Enrique Vélez Ramírez (alias Víctor), éste

último conocido como jefe paramilitar de la zona, quien: i) citó a Hoover Antonio, los demandantes y cuatro personas más a una reunión en la finca Lutania el 12 de octubre de 2004 y ii) capturó y encerró a Hoover en una habitación del mencionado inmueble.

Los testimonios de las referidas personas que también estuvieron presentes en la reunión del 12 de octubre de 2004 en la Finca Lutania, solo fueron recaudados con posterioridad a la imposición de la medida de aseguramiento y constituyeron la base fundamental para que se dispusiera la revocatoria de las medidas de aseguramiento y la posterior preclusión de la investigación.

Así, la Fiscalía Primera Delegada, mediante providencia del 19 de febrero de 2010, decidió: “(...) REVOCAR, las medidas de aseguramiento impuestas (...) respecto de los señores EDYER DE JESÚS GIRALDO AGUIRRE (...) y OSCAR DARÍO GONZÁLEZ PÁEZ (...)”, proveído en el que se argumentó:

“(...) La prueba recaudada con la que se afianza la solicitud de la revocatoria de la medida, en cantidad de las cuatro declaraciones tomadas con posterioridad a la imposición de la medida, cambian el rumbo de las cosas (...) la misma deja entrever una animadversión por parte del señor NORBEY DE JESÚS GIRALDO hacia los señores EDIER GIRALDO (sic) y OSCAR GONZÁLEZ (...) Con lo anterior vemos que en el caso sub judice, cuando se impuso la medida de aseguramiento estaban satisfechos los requisitos para proferirla en relación con el delito que se le imputaba a los sindicados y la forma de participación en el mismo; más sin embargo (sic) le asiste razón a la defensa en que la prueba testimonial recaudada con posterioridad a su imposición hace que las circunstancias varíen.”

Finalmente, a través de providencia del 27 de octubre de 2010, proferida por la Fiscalía Primera de Salamina, se resolvió: “(...) PRECLUIR, la INSTRUCCIÓN que se adelantaba en contra de: EDYER DE JESÚS GIRALDO AGUIRRE (...) y OSCAR DARÍO GONZÁLEZ PÁEZ (...)”, decisión en la que se dejó claro que, Oscar y Edyer no cometieron la conducta punible que se les pretendían atribuir.

Adicionalmente, en la mencionada providencia se destacó que, Carlos Enrique Vélez Ramírez (alias Víctor), se acogió a sentencia anticipada por el homicidio de Hoover Antonio Castrillón (fl. 699 C1 A); se consignó además en dicho libelo **que, la declaración hecha por Nervej de Jesús Ramírez en contra de Oscar Darío y Edyer de Jesús, quien aseguraba que aquellos habían señalado ante alias Víctor que Hoover era informante de la Sijin, no era cierta, según las declaraciones rendidas por las otras cuatro personas asistentes a la reunión en la finca Lutania (fl. 705 C1 A), dejando entrever que esa acusación, se debió a una**

animadversión de Nervey hacia Oscar Darío y Edyer de Jesús.

Se tiene entonces que, según dan fe las piezas obrantes en el plenario, la fiscalía previamente a la imposición de la medida de aseguramiento contra los aquí demandantes, si bien **contaba con dos declaraciones que señalaban la responsabilidad de los aquí demandantes**, también conocía la existencia de otras personas que fueron testigos de los hechos, y a pesar de ello omitió recibir su declaración, ello a pesar que el estatuto procesal penal le imponía el deber de adelantar una investigación integral.

La importancia y necesidad de dichos testimonios, así como la inexistencia de obstáculo para su recaudo también se encuentra acreditada, pues una vez fueron recibidas las declaraciones, sirvieron de base para que se dispusiera la revocatoria de la medida de aseguramiento de detención preventiva en contra de los aquí demandantes y para que se precluyera la investigación penal.

El Consejo de Estado en sentencia del 25 de septiembre de 2020⁵, se refirió al deber de la Fiscalía de corroborar la información suministrada por los testigos con los demás medios de prueba posibles, así:

“1. La Sala advierte que, para la imposición de la medida de detención preventiva, la fiscalía tuvo en cuenta el testimonio de Wadiht del Cristo Rojas, así como los informes de policía judicial de 12 y 28 de noviembre de 2006. En primer lugar, el ente acusador le otorgó plena credibilidad al testigo, al haber descrito, de manera precisa, las características físicas de María Rita Mejía Reynel, al igual que las presuntas actividades a las que se dedicaba en el grupo al margen de la ley. Sin embargo, esta información no se corroboró con otros medios de prueba, a pesar de que la sindicada, desde el inicio del proceso, señaló las pruebas que podían practicarse, con el fin de desvirtuar los hechos relatados por el testigo.

*2. Precisamente, en la diligencia de indagatoria, María Rita Mejía manifestó que las afirmaciones de Wadiht del Cristo Rojas no eran ciertas, dado que, contrario a lo manifestado por el testigo, se dedicaba a la gestión de proyectos sociales, como podía ser corroborado por Nemesio Castellar, Rosa Montero y José Tabora, entre otros. A pesar de las explicaciones otorgadas por la sindicada para demostrar su ajenidad en los hechos investigados, **la fiscalía no verificó esta información antes de ordenar la medida privativa de la libertad.** De hecho, como se advirtió posteriormente, las aludidas personas si estaban en la capacidad de desvirtuar las manifestaciones de Wadiht del Cristo Rojas, al conocer, en detalle, las actividades*

⁵ Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. C.P.: Alberto Montaña Plata. Rad.: 13001-23-31-000-2010-00066-01(46884)

personales y laborales desarrolladas por la entonces procesada y descartar varios hechos señalados por el testigo, como, por ejemplo, su compañero sentimental de esa época.

3. Así lo advirtió la fiscalía en la Resolución de 3 de abril de 2007, por medio de la cual se revocó la medida de aseguramiento (se transcribe):

...

27. En definitiva, la Sala considera que la fiscalía, para la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva, únicamente contaba con la declaración de Wadiht del Cristo Rojas, la cual no resultaba plenamente creíble, toda vez que, según lo explicó la defensa, varios de sus aspectos esenciales eran contrarios a la realidad, lo que se podía constatar con las respectivas pruebas de descargo. No obstante lo anterior, **la fiscalía se abstuvo de verificar las citas de la indagada y construyó los indicios de responsabilidad con base en esos señalamientos**, los cuales fueron desvirtuados, precisamente, con las pruebas testimoniales señaladas por la sindicada. **Lo anterior, lo que demuestra es que la fiscalía carecía del sustento probatorio necesario que diera cuenta de la presunta responsabilidad de la entonces procesada en los hechos investigados.** “(Se resalta)

Se observa además que, tampoco se justificó su necesidad de conformidad con el artículo 3 de la Ley 600 de 2000, el cual establece lo siguiente: “(...) La detención preventiva, en los términos regulados en este código, estará sujeta a la necesidad de asegurar la comparecencia al proceso del sindicado, la preservación de la prueba y la protección de la comunidad”.

Al respecto, es preciso advertir que, si bien la Fiscalía al momento de decretar la medida preventiva sostuvo que ésta era necesaria para garantizar la comparecencia de los sindicados al proceso, evitar entorpecer la actividad probatoria y la continuación de su actividad delictiva, dicho ente argumentó débilmente respecto a la necesidad de la medida, indicando que dada la magnitud de la pena (20 años para el autor del delito de desaparición forzada, artículo 30 de la Ley 599 de 2000), que probablemente les sería impuesta a los señores Edyer de Jesús Giraldo Aguirre y Oscar Darío González Páez, éstos no comparecerían al proceso; aduciendo además que, los acusados se negaban a informar el paradero de la víctima. Al respecto, encuentra esta instancia que, tal razonamiento se dio en el marco de la generalidad y no la sustentó con base en argumentos convincentes y elementos materiales probatorios que dieran cuenta que, en efecto, los aquí demandantes pretendían evadir su presencia en la investigación, ocultar evidencia o que procuraba seguir con la presunta comisión de los punibles. Es preciso advertir que esta medida debía estar debidamente justificada por tratarse de un instrumento que restringe el derecho fundamental a la libertad.

Por lo tanto, es diáfano que el daño soportado por los demandantes, esto es, la privación de su libertad en el marco del proceso penal que les fuere adelantado se torna en antijurídico.

2.3.3. La imputación

En este punto no cabe duda que, el daño antijurídico padecido por los señores Oscar Darío González Páez y Edyer de Jesús Giraldo Aguirre, es imputable a la Fiscalía General de la Nación, entidad que adelantó el proceso penal, bajo la égida de la Ley 600 de 2000 "*Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal*"⁶, norma que revestía al ente acusador con facultades de imponer y ordenar medida de aseguramiento, siendo el funcionario judicial quien en principio, impuso la captura, posteriormente y ante la falta de credibilidad del principal testimonio que sirvió como fundamento para la imposición de la medida, revocó la decisión de imponer la medida y finalmente, mediante providencia del 27 de octubre de 2010, decidió precluir la investigación contra los señores González y Giraldo, debido a que no cometieron la conducta por la cual habían sido privados de la libertad.

Sobre el particular estima la Sala que, los funcionarios adscritos a la Fiscalía General de la Nación recabaron el caudal probatorio base de la investigación de forma incompleta y a la ligera, pues a pesar de haber sido enterados por el testigo y los mismos indiciados, que en la reunión habían participado otras personas, de forma apresurada le dieron credibilidad a un solo testigo y procedieron a dictar la medida privativa de la libertad, optando por prescindir de efectuar las labores investigativas que se estiman idóneas o cuando menos básicas como sería indagar con los otros testigos presenciales o efectuar alguna labor frente a otros presuntos implicados señalados por el principal testigo de cargos frente a los acusados.

Conforme a lo expuesto considera la Sala, que el órgano investigador identificó e individualizó desacertada y apresuradamente a los señores Oscar Darío González Páez y Edyer de Jesús Giraldo Aguirre como los supuestos autores del delito de desaparición forzada.

Así las cosas, no es de recibo el argumento traído en el recurso de apelación, en tanto aduce que no fue probada una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, ello, por cuanto según lo expuesto hasta ahora, la Fiscalía actuó a

⁶ Norma que era aplicable por cuanto el delito que se investigaba, ocurrió con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 906 de 2004, la cual entró a regir a partir del 1 de enero de 2005 (Diario Oficial No. 45.658 de 1 de septiembre de 2004)

la ligera y sin practicar *-ex ante* a la imposición de la medida privativa de la libertad- los demás testimonios de las personas que acudieron a la cita en la finca Lutania, dándole crédito a unas declaraciones, se insiste, conociendo que otras personas podían confirmar o refutar la versión que, finalmente condujo a la captura de los hoy demandantes, siendo una conducta reprochable, más aún cuando se trata de imponer un medida que atenta contra la libertad y dignidad humanas.

Por otra parte, de conformidad con el artículo 70 de la Ley 270 de 1996 y lo señalado por la Corte Constitucional en sentencias C-037 de 1996 y SU-072 de 2018, en el presente caso no se evidenció conducta alguna de los aquí demandantes, dignas de reproche y que además tuviera incidencia exclusiva en la decisión de las autoridades de capturarlos y mantenerlos privado de su libertad. Además, que no es alegado por la Fiscalía en el recurso de apelación.

2.3.4. Conclusión

Atendiendo entonces al objeto del recurso de apelación el cual se circunscribe a la determinación de responsabilidad en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, este Tribunal concluye que las acciones y omisiones que generaron los perjuicios sufridos por los demandantes –perjuicios que no son objeto de controversia en esta instancia- fueron ejercidos por el ente acusador.

3. SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO: *¿Se encuentran debidamente demostrados los perjuicios materiales?*

Tesis: Considera el Tribunal que los perjuicios que fueron objeto de apelación, no se encuentran debidamente demostrados.

Para soportar no anterior, se analizarán: i) los hechos acreditados relevantes para la resolución del problema jurídico; ii) el marco normativo y jurisprudencial sobre los perjuicios, y iii) el caso concreto.

3.1. Hechos relevantes acreditados

- Obra certificación suscrita por Jair Betancurt quien se identifica con cédula No. 10.210.978 en la que se registra que: “(...) *EDYER DE JESÚS GIRALDO AGUIRRE*, ejecutaría el contrato No. 118 de 2010 de la alcaldía de Supía, cuyo objeto era el plan de mejoramiento vial (proyecto cero huecos) etapa III para las vías arriales de Municipio de Supía Caldas por un valor de 14.375.00, de los cuales el señor antes mencionado recibiría un valor de \$3.000.000, siendo motivo

de terminación de el (sic) contrato verbal adquirido entre el señor antes mencionado y mi parte el proceso legal en el que el cruzaba”./fl. 75 C1/

- En la certificación suscrita por Jesús Albán Moreno, quien afirma ser el comandante del Cuerpo de Bomberos Voluntarios de Supía - Caldas se indica que: *“el automóvil de placa SJS383, Modelo 2005, color amarillo, tipo sedan y de propiedad del señor: OSCAR DARÍO GONZÁLEZ PÁEZ (...) estuvo en el parqueadero de la estación de bomberos desde el 20 de enero al 25 de febrero de 2010 cancelando ocho mil pesos diarios (\$8000) por servicio de parqueadero.” /fl. 79 C1/.*
- En la Certificación expedida por el abogado Luis Arturo Bonilla Cadavid, identificado con cédula de ciudadanía No. 4.344.568 y tarjeta profesional No. 81.353 del Consejo Superior de la Judicatura, se afirma que el señor Oscar Darío González Páez, le canceló la suma de \$4.000.000 por concepto de honorarios en la representación y defensa técnica llevada a cabo ante la Fiscalía Primera Delegada de Salamina, por el proceso radicado: 126083 Proceso 1587. /fl. 62 C1/.
- En la certificación expedida por el abogado José Joaquín Ríos Valencia, identificado con cédula No. 4.511.299 y tarjeta profesional No. 30.059 del Consejo Superior de la Judicatura, se afirma que el señor Edyer de Jesús Giraldo Aguirre, le canceló la suma de \$15.000.000 por concepto de honorarios en la representación y defensa técnica llevada a cabo ante la Fiscalía Primera Delegada de Salamina, por el proceso radicado: 126083 Proceso 1587. /fl. 76 C1).
- En la Certificación suscrita por Jhon Eduar Sánchez Obando, quien afirma ser gerente de la Cooperativa Multiactiva de Transportadores La Vega Ltda., hace constar que la señora María Nubia Díaz Vegas, identificada con cédula No. 25.214.944, se transportó en el vehículo de placas VAF846 los días 23, 24, 30 y 31 de enero de 2010 y los días 6, 7, 13, 14 y 21 de febrero del mismo año, en la ruta Supía hacia Salamina y Salamina hacia Supía, por un costo de \$180.000, para un total de \$1.800.000. /fl. 77 C1/.

3.2. Marco normativo y jurisprudencial sobre los perjuicios

Frente al reconocimiento de perjuicios materiales, en aquellos procesos donde se demuestra la privación injusta de la libertad, recientemente, en providencia proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera, del 18 de julio 2019, Radicación número: 73001-23-31-000-2009-00133-01(44572), el alto Tribunal Unificó la

jurisprudencia, en materia de indemnización del perjuicio material solicitado por quien fue privado injustamente de la libertad y su familia, de lo que se destaca lo siguiente:

“(...) Perjuicios materiales

1. **Lucro cesante**

El tribunal accedió al reconocimiento de este perjuicio, para lo cual dijo que para la época de su detención, el afectado directo con la medida devengaba como conductor de taxi, al menos un salario mínimo legal mensual vigente.

La Fiscalía dijo que dicho reconocimiento no resultaba procedente, pues la detención a la cual fue sometido el actor constituía una carga que debía soportar.

*La Sala encuentra plenamente acreditado que, al tiempo de su detención **(16 de diciembre de 2004)**, el señor ORLANDO CORREA SALAZAR era taxista –incluso en ejercicio de esa actividad se produjo su captura–, pues así lo dejan ver los testimonios rendidos en el proceso, conforme a los cuales “... él (refiriéndose al señor CORREA SALAZAR) **era taxista**” (folio 7) y “... **trabajaba para mí conduciendo el vehículo tipo taxi**” (folio 10).*

Entonces, demostrado como ésta que el señor CORREA SALAZAR desempeñaba una actividad productiva al momento de su detención, procede reconocer el lucro cesante solicitado por el afectado directo con la medida; pero, como la prueba no permite establecer los ingresos que él tenía por esa actividad, para efectos de liquidar el perjuicio, como lo hizo el Tribunal y conforme a lo dicho en el acápite precedente.

(...)

5.2.2.2 Daño emergente

*El a quo negó el reconocimiento de los \$5'000.000.00 solicitados por concepto de **pago de honorarios profesionales**, pues no lo efectuó el señor CORREA SALAZAR, aspecto que cuestionó el recurrente diciendo que ese pago lo realizó la señora LUZ NEYLA VARÓN JIMÉNEZ, compañera permanente de aquél y también demandante dentro de este proceso.*

Para acreditar tal perjuicio, se aportaron (folios 779 y 780) las constancias emitidas por los apoderados que asumieron la defensa del señor ORLANDO CORREA SALAZAR, en las cuales se afirmó que éstos recibieron de la señora LUZ NEYLA VARÓN JIMÉNEZ las sumas de \$1'000.000 y de \$3'000.000.00, por concepto de honorarios profesionales “para la defensa penal de su esposo”.

Sin embargo, de conformidad con la materia que acá se unifica respecto de este tipo de reconocimiento, la Sala negará el perjuicio material solicitado, pues: i) no se aportaron las facturas o documentos equivalentes expedidos por los referidos profesionales del derecho ni la prueba de su pago y ii) el pago no lo hizo quien lo reclama, esto es, el señor CORREA SALAZAR.

Ahora, el a quo también negó el daño emergente solicitado por el señor CORREA SALAZAR derivado del pago de los \$3'000.000.00 que, adujo, le canceló a la víctima de los delitos investigados dentro de la causa penal que se le siguió. Según el a quo, "... no se accederá... teniendo en cuenta que a folio ... 668 el señor Israel Rivera (ofendido) es enfático en manifestar que los señores CARLOS ORLANDO NOGUERA y ALFREDO APONETE (sic) MARIN lo habían indemnizado integralmente".

La parte actora sostuvo en la apelación que sí se probó que el señor CORREA SALAZAR pagó los referidos \$3'000.000.00, en procura de obtener su libertad y que lo cancelado por los otros dos procesados correspondía al pago de la indemnización integral a la víctima.

*La Sala advierte que, si bien dentro de las copias que integran el proceso penal obra una certificación emitida por el señor ISRAEL RIVERA, en la cual informó que el señor CORREA SALAZAR le pagó \$3'000.000, "Por Concepto De Parte de Pago Que le Corresponde Del Proceso Legal ..., Sumario 181.513 (sic)", **lo cierto es que dicho pago representó un acto de mera liberalidad por parte del referido señor CORREA SALAZAR**, si se tiene en cuenta que, al haber sido absuelto de toda responsabilidad penal por la administración de justicia, ninguna justificación había para que indemnizara a la víctima de los delitos investigados y, por tanto, tampoco la hay para que la parte demandada deba indemnizar por ese concepto.*

(...)

1. En los términos indicados en la parte motiva de esta providencia, **UNIFÍCASE** la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en materia de indemnización del perjuicio material solicitado por quien fue privado injustamente de la libertad y su familia, criterios que serán aplicables también a los eventos en los cuales le corresponda al juzgador determinar la existencia y el monto de perjuicios materiales de la misma clase, los cuales se resumen así:

Respecto del daño emergente derivado del pago de honorarios profesionales

- i. Se reconoce el daño emergente por pago de honorarios profesionales únicamente en favor del demandante que lo haya solicitado como pretensión indemnizatoria de la demanda y pruebe que fue quien efectuó ese pago.
- ii. Se reconoce si se prueba que el abogado que recibió el pago por concepto de honorarios profesionales fungió en el asunto penal como apoderado del afectado directo con la medida de aseguramiento.
- iii. **La factura –o documento equivalente (artículos 615 y 617 del Estatuto Tributario)-acompañada de la prueba de su pago, expedidos ambos por el abogado que asumió la defensa penal del afectado directo con la medida de aseguramiento, será la prueba idónea del pago por concepto de honorarios profesionales.**
- iv. La indemnización del daño emergente correspondiente al pago de honorarios profesionales se hará por el valor registrado en la factura o documento equivalente (artículos 615 y 617 del Estatuto Tributario) y en la prueba del pago. De no coincidir los valores consignados en la factura o documento equivalente y en la prueba del pago, se reconocerá por este concepto el menor de tales valores.

Respecto del lucro cesante

- i. Se reconoce el lucro cesante en favor de la persona privada injustamente de la libertad, siempre que se solicite de manera expresa por la parte demandante, de modo que no procederá ningún reconocimiento oficioso al respecto.

Para hacer tal reconocimiento debe haber **prueba suficiente que acredite que, con ocasión de la detención, la persona afectada con la medida de aseguramiento dejó de percibir sus ingresos o perdió una posibilidad cierta de percibirlos.** Cuando quien se haya visto privado injustamente de su libertad haya sido una ama de casa o la persona encargada del cuidado del hogar, tendrá derecho a que se le indemnice el lucro cesante, conforme a los términos y condiciones consignados en la sentencia de unificación del 27 de junio de 2017, proferida dentro del proceso con radicación 50001-23-31-000-2000-372-01 (33.945).

- ii. **La liquidación del lucro cesante, que –se insiste- deberá solicitarse en la demanda-, comprenderá el valor de los ingresos ciertos que, de no haberse producido la privación de la libertad, hubiera percibido la víctima durante el tiempo que duró la detención y, además, podrá comprender, si –se insiste también- se solicita en la demanda, el valor de los ingresos que se acredite suficientemente que hubiera percibido la víctima después de recuperar su libertad y que se frustraron con ocasión de la pérdida de ésta.**

iii. El ingreso base para la liquidación será el que se pruebe de manera fehaciente que percibía el afectado directo con la medida de aseguramiento.

iv. De no probarse el ingreso, pero sí el desempeño de una actividad productiva lícita, la liquidación se hará con sustento en el salario mínimo legal vigente al momento de la sentencia que ponga fin al proceso de reparación directa. Igual se hará en el caso del ama de casa o de la persona encargada del cuidado del hogar, conforme a los términos y condiciones consignados en la sentencia de unificación del 27 de junio de 2017, proferida dentro del proceso con radicación 50001-23-31-000-2000-372-01 (33.945).

v. El ingreso base para la liquidación del lucro cesante se incrementará en un 25% por concepto de prestaciones sociales, sólo si: a) se pide como pretensión de la demanda y b) se acredita suficientemente la existencia de una relación laboral subordinada al tiempo de la detención." /Subrayas del Tribuna para destacar/.

3.3. Caso concreto

3.3.1. Frente al lucro cesante

La Fiscalía General de la Nación en el recurso de apelación alega frente al lucro cesante reconocido a Edyer de Jesús Giraldo Aguirre que, la certificación aportada y que sirvió como fundamento para demostrar el contrato que tenía con la alcaldía de Supía, no es plena prueba porque, el documento carece de autenticación de la firma, no se allegó prueba de la existencia del supuesto contrato del que se puede establecer que quien lo ejecutaría sería el señor Giraldo y que el periodo de ejecución del contrato se debía dar en el periodo en el cual el demandante estuvo privado de la libertad.

De acuerdo con la jurisprudencia de Unificación señalada en precedencia, encuentra la Sala que le asiste la razón a la parte apelante, toda vez que, al tratarse de un supuesto contrato de obra suscrito por quien lo certifica, lo cierto es que no fue aportada a prueba de que a éste se le había adjudicado el mentado contrato y no se aportó ningún medio de prueba que indicara que el señor Edyer laboraba como contratista de Jair Betancur.

Al desvirtuarse el valor probatorio del documento anterior, también se colige que, no es posible desprender una expectativa de laborar por parte del señor Giraldo Aguirre, de tal suerte que, no se configura la presunción de que éste se encontraba laborando al momento de la captura y además no se pudo acreditar sus ingresos, ello atendiendo que

en dicha certificación no se estableció cuándo era la fecha de ejecución del contrato, aunado a que no fue aportado siquiera el acto administrativo de adjudicación de contrato de obra, o bien sea, acta de inicio o algún otro elemento idóneo que al menos indicara que la supuesta obra se ejecutaría en el lapso durante el cual el demandante se encontró privado de la libertad.

Por lo tanto, se concluye que, no se acreditó correctamente este perjuicio.

3.3.2. Frente al daño emergente

La Fiscalía General de la Nación Censuró en el escrito de apelación, el reconocimiento del daño emergente, específicamente:

i) El daño reconocido a Oscar Darío González Páez, por valor de \$272.000, por concepto de parqueadero de un vehículo.

En el fallo de primera instancia se tuvo como base para su reconocimiento, la certificación suscrita por Jesús Albán Moreno, quien afirma ser el comandante del Cuerpo de Bomberos Voluntarios de Supía - Caldas y aseguró que le fue realizado el cobro por concepto de parqueadero del vehículo de placa SJS – 383 de propiedad de Oscar Darío González, desde el 20 de enero de 2010 al 25 de febrero de 2010.

Al respecto resulta evidente que: i) la certificación expedida, presuntamente por el comandante del Cuerpo de Bomberos Voluntarios, no es el documento idóneo para demostrar la propiedad de un vehículo automotor y ii) si en efecto fue cancelado dicho rubro por concepto de parqueadero, lo cual es una actividad comercial, lo lógico es que se hubiese expedido la respectiva factura o documento equivalente por ese servicio prestado.

ii) El daño reconocido a ambos demandantes, por los honorarios de abogados asumidos en el proceso penal.

El fallo de primera instancia tuvo como soportes para su reconocimiento, las certificaciones suscritas por los defensores. La parte recurrente afirma que, estas no constituyen material probatorio idóneo y suficiente del que se desprenda el perjuicio, con fundamento en providencia del 30 de noviembre de 2017, radicado No. 45081 de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

En efecto, en la sentencia de unificación referida se indica que:

“La factura –o documento equivalente (artículos 615 y 617 del Estatuto Tributario)- acompañada de la prueba de su pago, expedidos ambos por el abogado que asumió la defensa penal del afectado directo con la medida de aseguramiento, será la prueba idónea del pago por concepto de honorarios profesionales”.

De acuerdo con lo analizado en la sentencia de unificación, para demostrar el pago de los honorarios por la defensa técnica, se debían aportar cuando menos la factura o documento equivalente respecto de los dineros pagados por la representación judicial en el marco del proceso penal que se adelantó en contra de ellos.

Se concluye por lo tanto que, no se encuentra acreditado debidamente el perjuicio alegado.

iii) El valor de \$1.800.000, por concepto de transporte de la señora María Nubia Díaz Vanegas.

El fallo de primera instancia tuvo como soporte la certificación expedida por la empresa Cootrans La Vega Ltda. La entidad apelante señala que, ello no constituye en una prueba del supuesto gasto, ya que no se aportaron otras pruebas de las que se pueda establecer los desplazamientos de la señora Díaz estuvieran relacionados con la privación de Edyer de Jesús Giraldo, además porque resulta desproporcionado el valor cancelado por un pasaje entre los municipios de Supía y Salamina (Caldas).

En línea con lo argumentado no bastaba la certificación del pago por el servicio de transporte de pasajeros, pues esta no permite afirmar que, los viajes fueron realizados con ocasión a la privación injusta de Edyer de Jesús Giraldo, en la ruta Supía hacia Salamina y Salamina hacia Supía; además que tampoco se aportó otro medio de prueba para tal fin.

Se concluye por lo tanto que, no se encuentra acreditado debidamente el perjuicio alegado.

3.4. Conclusión

De acuerdo con lo expuesto, concluye la Sala que los perjuicios reconocidos en primera instancia y que fueron objeto de apelación, no fueron acreditados en debida forma, por lo que será modificada en ese sentido la sentencia de primera instancia.

4. TERCER PROBLEMA JURÍDICO: *¿Se encuentra debidamente valorada la imposición de costas y agencias en derechos en el fallo de primera instancia?*

Tesis del Tribunal: La imposición de costas y agencias en derecho en el fallo de primera instancia cumplió con la valoración objetivo-valorativa, por lo que se confirmará la sentencia en ese aspecto, ello según se pasa a exponer.

Las costas se entienden como la erogación económica que corresponde efectuar a las partes involucradas en el proceso, la cual corresponde por una parte a las expensas, es decir, a todos aquellos gastos necesarios para el trámite del juicio distintos del pago de apoderado; y, por otro lado a las agencias en derecho, que corresponde a las erogaciones efectuados por concepto de apoderamiento, las cuales se decretan en favor de la parte y no de su representante judicial, y que no necesariamente deben corresponder al mismo monto de los honorarios pactados.

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, dispuso lo siguiente: *“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”*. Remisión que debe entenderse realizada al actual Código General del Proceso, norma que reguló el asunto en sus artículos 365⁷ y 366⁸.

⁷ **Artículo 365. Condena en costas.** *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

1. *Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, nulidad o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código. // Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.*

2. *La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.*

3. *En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.*

4. *Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.*

5. *En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.*

6. *Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.*

7. *Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.*

8. *Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.*

9. *Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo, podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción.*

⁸ **Artículo 366. Liquidación.** *Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:*

Al respecto, la Sección Segunda – Subsección A, Consejero Ponente: William Hernández Gómez del 7 de abril de 2016, radicación 13001-23-33-000-2013-00022-01(1291-14) consideró:

“El análisis anterior permite las siguientes conclusiones básicas sobre las costas:

a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio “subjetivo” –CCA- a uno “objetivo valorativo” –CPACA-.

b) Se concluye que es “objetivo” porque en toda sentencia se “dispondrá” sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.

c) Sin embargo, se le califica de “valorativo” porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el

1. El secretario hará la liquidación y corresponderá al juez aprobarla o rehacerla.

2. Al momento de liquidar, el secretario tomará en cuenta la totalidad de las condenas que se hayan impuesto en los autos que hayan resuelto los recursos, en los incidentes y trámites que los sustituyan, en las sentencias de ambas instancias y en el recurso extraordinario de casación, según sea el caso.

3. La liquidación incluirá el valor de los honorarios de auxiliares de la justicia, los demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena, siempre que aparezcan comprobados, hayan sido útiles y correspondan a actuaciones autorizadas por la ley, y las agencias en derecho que fije el magistrado sustanciador o el juez, aunque se litigue sin apoderado.

Los honorarios de los peritos contratados directamente por las partes serán incluidos en la liquidación de costas, siempre que aparezcan comprobados y el juez los encuentre razonables. Si su valor excede los parámetros establecidos por el Consejo Superior de la Judicatura y por las entidades especializadas, el juez los regulará.

4. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas.

5. La liquidación de las expensas y el monto de las agencias en derecho solo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas. La apelación se concederá en el efecto diferido, pero si no existiere actuación pendiente, se concederá en el suspensivo.

6. Cuando la condena se imponga en la sentencia que resuelva los recursos de casación y revisión o se haga a favor o en contra de un tercero, la liquidación se hará inmediatamente quede ejecutoriada la respectiva providencia o la notificación del auto de obediencia al superior, según el caso.

trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).

e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.

f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.

g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia”.

Posición que se encuentra ratificada en sentencias del 30 de noviembre de 2017, también con ponencia del Consejero William Hernández Gómez, dentro del proceso radicado 70001-23-33-000-2013-00052-01(3280-14); y del 25 de enero de 2018, también de la Subsección A de la Sección Segunda, Consejero Ponente Rafael Francisco Suárez Vargas - radicación número: 25000-23-42-000-2013-00330-01(4922-15).

En el caso concreto, el fallo primigenio en el acápite de costas se indicó: *“Con fundamento en el artículo 188 del CPACA, se condena en costas a la parte demandada, cuya liquidación y ejecución se harán conforme al artículo 366 del Código General del Proceso, por cuanto se generaron gastos procesales y se evidenció la intervención del apoderado judicial de la accionada en cada una de las etapas del proceso; ello conforme con los recientes pronunciamiento del Órgano de Cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Se Fijan Agencias en Derecho por el equivalente al 3% del valor de las pretensiones reconocidas en esta sentencia.”*

De acuerdo con el desarrollo normativo y jurisprudencia antedicho, observa la Sala que el *a quo* aplicó del criterio objetivo - valorativo para arribar a la condena en costas y agencias en derecho, por cuanto la demandada resulto ser la parte vencida en el proceso, y además se verificó la existencia de las costas y generación de las agencias en derecho. Por lo tanto, será confirmada la sentencia de primera instancia en ese aspecto.

5. COSTAS EN ESTA INSTANCIA

No se impondrá condena en costas al haber prosperado de forma parcial al recurso de apelación propuesto, esto al tenor de lo dispuesto por el artículo 365 del C.G.P.

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

Resuelve:

Primero: Modificar el ordinal segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo de Manizales, el 26 de marzo de 2019, mediante la cual se accedió a las súplicas de la parte demandante que en ejercicio del medio de control de reparación directa formularon Oscar Darío González Páez y Edyer de Jesús Giraldo Aguirre y otros contra la Nación - Fiscalía General de la Nación. El cual quedará así:

SEGUNDO: En consecuencia, se **CONDENA** a la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** a pagar favor de los demandantes las siguientes sumas de dinero:

- **POR PERJUICIOS MORALES**

PRIMER GRUPO FAMILIAR:

<i>Nivel</i>	<i>Demandante</i>	<i>Indemnización</i>
1	<i>Oscar Darío González Páez (víctima de la privación injusta)</i>	<i>35 S.M.L.M.V.</i>
1	<i>Luisa Fernanda González Moreno (hija)</i>	<i>35 S.M.L.M.V.</i>
1	<i>Geraldina González Vinasco (hija)</i>	<i>35 S.M.L.M.V.</i>
1	<i>Ricardo Antonio González Rotavista (Padre)</i>	<i>35 S.M.L.M.V.</i>
1	<i>María Amparo Páez de Gonzáles (madre)</i>	<i>35 S.M.L.M.V.</i>
2	<i>Ensueño González Páez (hermana)</i>	<i>17.5 S.M.L.M.V.</i>
2	<i>Sonia González Páez (hermana)</i>	<i>17.5 S.M.L.M.V.</i>
2	<i>Héctor Fabio González Páez (hermano)</i>	<i>17.5 S.M.L.M.V.</i>
2	<i>Álvaro Antonio González Páez (hermano)</i>	<i>17.5 S.M.L.M.V.</i>
2	<i>Daniel Antonio González Páez (hermano)</i>	<i>17.5 S.M.L.M.V.</i>

SEGUNDO GRUPO FAMILIAR:

<i>Nivel</i>	<i>Demandante</i>	<i>Indemnización</i>
1	<i>Edyer de Jesús Giraldo Aguirre (víctima de la privación injusta)</i>	<i>35 S.M.L.M.V.</i>
1	<i>Nubia María Díaz Vanegas (cónyuge)</i>	<i>35 S.M.L.M.V.</i>
1	<i>Yeimy Alexandra Giraldo Díaz (hija)</i>	<i>35 S.M.L.M.V.</i>
1	<i>Nathaly Giraldo Díaz (hija)</i>	<i>35 S.M.L.M.V.</i>
1	<i>Juan David Giraldo Díaz (hijo)</i>	<i>35 S.M.L.M.V.</i>

Los valores a que se condene se fijarán en salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de esta providencia, y aplicando el criterio jurisprudencial adoptado por el Consejo de Estado en las providencias fechadas 28 de agosto de 2014.

POR PERJUICIOS MATERIALES

- *Por lucro cesante, se reconocerá la suma de UN MILLÓN VEINTE MIL PESOS (\$1.020.000) a favor de OSCAR DARÍO GONZÁLEZ PÁEZ.*

SE NIEGAN los demás perjuicios materiales deprecados por la parte demandante”.

Segundo: Confirmar en todo lo demás la sentencia de primera instancia.

Tercero: Sin costas en esta instancia.

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

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 02 de 2021.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 002

Manizales, veintidós (22) de enero de dos mil veintiuno (2021).

Radicado: 17-001-33-33-003-2019-00003-02
Naturaleza: Protección de Derechos e Intereses Colectivos
Demandante: Enrique Arbeláez Mutis
Demandado: Municipio de Manizales

Se emite fallo de segunda instancia con ocasión al recurso de apelación propuesto por el demandado contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo de Manizales, en lo referente a la condena en costas.

I. ANTECEDENTES.

1.1. Pretensiones.

Se solicita en la demanda amparar los derechos colectivos que vienen siendo vulnerados por la entidad accionada y en consecuencia se ordene adoptar las medidas necesarias para que cese su vulneración, diseñando y materializando la construcción de una obra para el beneficio y uso de la comunidad de carácter social, cultural, recreativo o el que se estime pertinente en una área cedida al municipio de Manizales, situada entre la carrera 8ª y calles 54 y 53a.

1.2. Sustento fáctico relevante.

Se señala que, en el barrio El Porvenir de Manizales, existe una área cedida al municipio, situada entre la carrera 8ª y calles 54 y 53a que no tiene función social, ni proyectos de ninguna naturaleza, por lo que su abandono total ha generado la disposición en la zona de caminos o espacios para ocupaciones de carros, entradas a garajes por particulares, la constitución de pandillas, depósito de basuras y la disposición de excremento de perros que se traducen en serios problemas de salud y de inseguridad.

Añade que, la comunidad desde hace varios años ha tratado que dicha zona tenga un proyecto real para beneficio del barrio y la comunidad aledaña, en tratándose de un gran espacio propicio para un proyecto de interés general, sin que a la fecha la administración municipal haya procedido en tal sentido.

1.3. Derechos vulnerados.

Se invocaron como vulnerados los derechos colectivos señalados en los literales b), d), l) y m) del artículo 4 de la Ley 472 de 1998.

1.4. Pronunciamiento de los sujetos procesales.

El **Municipio de Manizales** se opuso a las pretensiones de la parte actora señalando que, no puede atribuírsele acción u omisión alguna que genere la vulneración de derechos colectivos, argumentando para el efecto que de acuerdo con la certificación de propiedad de bienes inmuebles del municipio y escritura pública 934 del 23 de septiembre de 1983 de la Notaría Única del Circulo de Villamaría, la zona objeto de discusión constituye zona de cesión obligatoria, cuya destinación es para parqueaderos.

1.5. Sentencia de primera instancia.

Mediante decisión adoptada el 11 de mayo de 20120, el *a quo* declaró vulnerados los derechos colectivos *“al goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público; la defensa del patrimonio público; y la realización de; las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitante de los cuales son titulares los miembros de la comunidad del barrio Porvenir”* y profirió órdenes para su protección.

Tras realizar un recuento de la normativa y jurisprudencia aplicable, aunado al contenido literal del P.O.T. del municipio de Manizales concluyó que, el espacio público objeto de controversia -área cedida al municipio de Manizales situada entre la carrera 8ª y calles 54 y 53a- debe ser utilizada preferentemente para la realización de proyectos que beneficien a la comunidad aledaña.

En este orden de ideas, advierte que corresponde al municipio su protección integral y salvaguarda, así como su mejoramiento en aras de la protección y el bienestar de la comunidad. En consecuencia, frente a las áreas de cesión es procedente realizar las obras que se requieran, eso sí, sin mutar su destinación, la cual está reservada al bien común colectivo.

Por lo que dispuso que, por parte del municipio de Manizales, de acuerdo los estudios correspondientes y en busca del bienestar de la comunidad, realice en las áreas de cesión 1 y 2 del Barrio Porvenir, las obras que sean procedentes de acuerdo con lo contemplado en el Plan de Ordenamiento Territorial 2017- 2031.

Finalmente, tras efectuar un análisis de la sentencia de unificación proferida el 06 de agosto de 2019 por el H. Consejo de Estado¹ dispuso condenar en costas a la entidad demandada, al considerar que el artículo 38 de la Ley 472 de 1998 admite la imposición de estas en favor del actor popular.

1.6. Recurso de apelación.

La **entidad demandada** apeló la decisión, únicamente en lo referente a la condena en costas que le fuere impuesta en el ordinal quinto² de la providencia. Arguye que en el

¹ Radicación No. 15001-33-33-007-2017-00036-01 (AP).

² **“QUINTO: CONDENAR** en costas a la entidad demandada y a favor del actor popular, conforme a lo

presente asunto se discutió un asunto de interés público, debido a lo cual resulta improcedente la imposición de costas en los términos del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011.

1.7. Alegatos de conclusión.

Las partes no emitieron pronunciamiento en esta etapa.

1.8. Concepto del Ministerio Público.

Mediante memorial datado 22 de octubre de 2011, el agente del ministerio público solicitó confirmar la sentencia estudiada, al señalar que la decisión sobre costas adoptada se ajusta a lo dispuesto por el H. Consejo de Estado en sentencia del 15 de mayo de 2014³ y especialmente a lo dispuesto por la Sala Plena del Contencioso Administrativo de dicha corporación en sentencia de unificación con ponencia de la Magistrada Rocío Araújo Oñate, del 6 de agosto de 2019, asunto radicado número 15001-33-33-007-2017-00036-01, el cual se dispuso unificar jurisprudencia en el sentido de advertir la procedencia de la condena en costas en asuntos de protección de derechos e intereses colectivos.

II. CONSIDERACIONES

2.1. Problema jurídico

¿Resulta procedente la imposición de condena en costas efectuadas por el A quo en el presente medio de control de protección de derechos e interés colectivos

Para efectos de resolver el cuestionamiento planteado se analizará: i) La naturaleza, finalidad y procedencia de las acciones populares; ii) el contenido del artículo 38 de la Ley 472 de 1998 y ii) el análisis jurisprudencial que a modo de unificación ha sido desarrollado por el H. Consejo de Estado sobre el particular.

2.2. Naturaleza, finalidad y procedencia de las acciones populares

La acción popular fue instituida en el artículo 88 inciso 1º de la Constitución Política en los siguientes términos: *“La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella...”*.

Dicho precepto constitucional fue desarrollado por la Ley 472 de 1998, disponiendo en su artículo 2º inciso 2º respecto a las acciones populares que: *“...[S]e ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.”*

expuesto en la parte considerativa.”

³ Sección Primera, expediente 2010-00609-01. Consejero ponente Dr. Guillermo Vargas Ayala.

En tal sentido, se tiene que el medio de control aquí desplegado procede contra toda acción u omisión de las autoridades o de los particulares que vulnere o amenace transgredir los derechos e intereses colectivos (art. 9º *ibidem*), pudiéndose instaurar la respectiva demanda en el tiempo que subsista la amenaza o el peligro de tales derechos o intereses (art. 11 *ídem*), bien a iniciativa de las personas naturales o jurídicas, o de las organizaciones, entidades o autoridades a que alude el precepto 12 de la citada Ley 472 de 1998.

Sobre los criterios para su procedencia el H. Consejo de Estado ha señalado tres aspectos necesarios que deben ser acreditados en cada asunto particular: (i) *Una acción u omisión de la parte demandada.* (ii) *Un daño contingente, peligro, amenaza, vulneración o agravio de derechos o intereses colectivos; peligro o amenaza que no es en modo alguno el que proviene de todo riesgo normal de la actividad humana.* (iii) *La relación de causalidad entre la acción u omisión y la señalada afectación de tales derechos e intereses. Dichos supuestos deben ser demostrados de manera idónea en el proceso respectivo.*"¹

2.3. Condena en costas en acciones populares

En cuanto a las costas y agencias en derecho, el artículo 38 de la Ley 472 de 1998 dispone: *"El juez aplicará las normas de Procedimiento Civil relativas a las costas. Solo podrá condenar al demandante a sufragar los honorarios, gastos y costos ocasionados al demandado, cuando la acción presentada sea temeraria o de mala fe. En caso de mala fe de cualquiera de las partes el juez podrá imponer una multa hasta de veinte (20) salarios mínimos mensuales, los cuales serán destinados al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, sin perjuicio de las demás acciones a que haya lugar".*

Por su parte, el artículo 365 del Código General del Proceso, señala las reglas a las que debe someterse la condena en costas:

"Artículo 365. Condena en costas. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1.- Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

2.- La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

3.- En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.

4.- Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.

5.- *En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.*

6.- *Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.*

7.- *Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.*

8.- *Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.*

9.- *Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción.”*

El Consejo de Estado en providencia del 6 de agosto de 2019⁴ dispuso unificar su jurisprudencia sobre el particular al señalar:

“1. Unificar la jurisprudencia del Consejo de Estado en el sentido de precisar el alcance de la interpretación del artículo 38 de la Ley 472 de 1998 y su armonización con las disposiciones que regulan el reconocimiento, la condena y la liquidación de las costas, así:

2.1. El artículo 38 de la Ley 472 de 1998 admite el reconocimiento de las costas procesales a favor del actor popular y a cargo de la parte demandada, siempre que la sentencia le resulte favorable a las pretensiones protectorias de los derechos colectivos, y la condena en costas, a la luz del artículo 361 del Código General del proceso, incorpora tanto el concepto de expensas y gastos procesales como el de las agencias en derecho.

2.2. También hay lugar a condenar en costas a la parte demandada, en los componentes de expensas y gastos procesales y de agencias en derecho, cuando haya obrado con temeridad o mala fe. En este último evento, también habrá lugar a condenarlo al pago de la multa prevista en la disposición 38 ibidem.

2.3. Sólo cabe reconocer costas a favor de la parte demandada y a cargo del actor popular, cuando este último actuó temerariamente o de mala fe, caso en el cual también habrá lugar a imponer la multa prevista en el artículo 38 de la Ley 472 de 1998. No hay lugar a condenarlo cuando la demanda le sea decidida en contra. En este evento la condena en costas sólo admite el reconocimiento de los honorarios y de las expensas, pues al tenor del artículo 364 del Código general del Proceso, es claro que las agencias en derecho no corresponden a los honorarios a los que se refiere la norma, pues ellos se señalan en relación con los auxiliares de la justicia.

⁴ Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, C.P. Rocío Araújo Oñate, Radicación No. 15001-33-33-007-2017-00036-01 (AP).

2.4. Conforme lo dispone el artículo 38 de la Ley 472 de 1998, armonizado con el artículo 361 del Código General del Proceso, en las acciones populares la condena en costas a favor del actor popular incluye las expensas, gastos y agencias en derecho con independencia de que la parte actora haya promovido y/o concurrido al proceso mediante apoderado judicial o lo haya hecho directamente.

2.5. En cualquiera de los eventos en que cabe el reconocimiento de las costas procesales, bien sea en cuanto a las expensas y gastos procesales o a las agencias en derecho, bien sea a favor del actor popular o de la parte demandada, la condena se hará atendiendo las reglas previstas en el artículo 365 del Código General del Proceso, de forma que sólo se condenará al pago de aquellas que se encuentren causadas y se liquidarán en la medida de su comprobación, conforme con lo previsto en el artículo 366 del Código general del Proceso.

2.6. Las agencias en derecho se fijarán por el juez aplicando las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el actor popular, con independencia de si actuó directamente o mediante apoderado, u otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas”.

En el caso concreto se tiene que, la sentencia resultó favorable a las pretensiones protectorias de los derechos colectivos invocados por el actor popular, por lo tanto, de conformidad con las reglas definidas en la citada sentencia de unificación jurisprudencial, era procedente la condena en costas a favor del demandante y a cargo de la entidad demanda.

Además, la condena en costas impuestas en primera instancia comprende el pago de las expensas, gastos y agencias en derecho, atendiendo las reglas previstas en el artículo 365 del Código General del Proceso, esto es, aquellas que se encuentren causadas y que se liquidarán en la medida de su comprobación.

Por lo anterior, no es de recibo el argumento de la parte recurrente, pues aunque en el presente asunto se discutió un asunto de interés público, sí resulta procedente la imposición de costas, al tenor del artículo 38 de la Ley 472 de 1998 y su armonización con las disposiciones del Código General del Proceso que regulan el reconocimiento, la condena y la liquidación de las costas.

De esta manera, se colige que la decisión del *a quo* en lo atinente a la condena en costas, se ajusta a las reglas definidas en la citada sentencia de unificación jurisprudencial, por lo que se confirmará la sentencia objeto de análisis.

2.4. Costas en segunda instancia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, en concordancia con los numerales 3 y 8 del artículo 365 del Código General del Proceso – CGP, este Tribunal se abstendrá de condenar en costas por estimar que no se causaron en el curso de esta instancia, al no haberse acreditado gastos procesales o la actuación de la parte actora, se itera, en esta instancia.

Por lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión del **Tribunal Contencioso Administrativo De Caldas**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia del 11 de mayo de 2020 preferida por el Juzgado Cuarto Administrativo de Manizales, dentro del proceso que en ejercicio de la acción popular promovió el señor **Enrique Arbeláez Mutis** contra el **municipio de Manizales**.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

TERCERO: EJECUTORIADA esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático "Justicia Siglo XXI".

CUARTO: NOTIFÍQUESE esta providencia en los términos del artículo 203 del CPACA.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 02 de 2021.

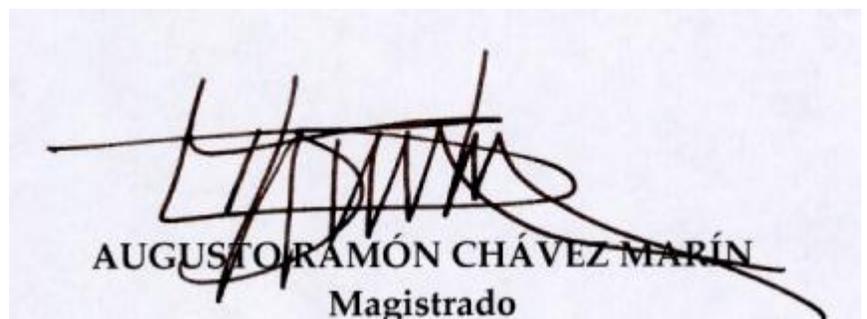
NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 003

Manizales, veintidós (22) de enero de dos mil veintiuno (2021).

Radicado: 17001-23-33-000-2019-00197-00
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: William Ríos Gómez
Demandado: Nación - Ministerio de Educación – Fomag, municipio de La Merced - Caldas

El Tribunal Administrativo de Caldas emite sentencia de primera instancia dentro del proceso de la referencia:

I. ANTECEDENTES

1. Demanda

1.1. Pretensiones

Se solicita se declare la nulidad del Oficio emitido el 08 de noviembre de 2018, por el municipio de La Merced, frente a la solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías anualizadas causadas en 1995 y las que han ocasionado el incumplimiento de la consignación anualizada de las cesantías en el respectivo fondo, y el reconocimiento y pago de la sanción moratoria derivada del **incumplimiento en la consignación anualizada de las cesantías**, en el respectivo fondo.

Que se declare la nulidad del acto ficto, proferido por el Fondo Prestacional del Magisterio configurado el 09 de enero de 2019; frente a la solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías anualizadas causadas en 1995 y las que han ocasionado el incumplimiento de la consignación anualizada de las cesantías, en el respectivo fondo, así como el reconocimiento y pago de la sanción moratoria derivada del incumplimiento en la consignación anualizada de las cesantías.

Que a título de restablecimiento del derecho se ordene a las demandadas le reconozca y pague: las cesantías anualizadas que le adeudan, causadas en 1995 y las que han ocasionado el incumplimiento de la consignación anualizada de las cesantías; así como la sanción moratoria consagrada en la Ley 344 de 1996 reglamentada por el Decreto 1582 del 1998, que surge desde la omisión de la consignación de las cesantías causadas en 1995 con permanencia en el tiempo hasta cuando se efectuó el pago correspondiente, sanción que debe correr en forma particular para cada una de las anualidades de cesantías que se adeudan y que se actualicen los valores debidos, con base en el índice de precios al consumidor y con los intereses respectivos.

1.2.Hechos

Se relata que el demandante labora en el municipio de La Merced desde 1995; que este no consignó dentro del plazo legal, las cesantías correspondientes al año 1995, es decir a más tardar el 14 de febrero del año siguiente de su causación. Que con ocasión a este incumplimiento, el municipio está llamada a reconocer y pagar a su favor el equivalente a un día de salario por cada día de mora.

Que el 9 de octubre de 2018 se presentó reclamación ante la entidad territorial y el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fomag, tendiente al reconocimiento y pago de las cesantías no consignadas causadas en 1995, derivado del incumplimiento de la consignación anualizada de las cesantías, en el respectivo fondo. Que la decisión contenida en el acto administrativo demandado D.A 200-379, proferido por la entidad territorial y el acto administrativo ficto demandado, proferido por Fomag, configurado el 09 de enero de 2019, presentan vicios de ilegalidad en cuanto desconoce el contenido de las normas que regulan el régimen legal de cesantías de los servidores públicos, negando lo impetrado.

Que en el último reporte del Fomag no aparece reconocidas las cesantías.

1.3.Normas violadas y concepto de la violación

Invocó como vulneradas Artículos 13, 25, 83 y 58 de la Constitución Política; Artículo 13 y 15 de la Ley 344 de 1946; Artículo 1 y 2 del Decreto 1582 de 1998; Artículo 1 y 2 del Decreto 1252 del 2000; Ley 91 de 1989 y Decreto 3118 de 1968.

Sostiene que de conformidad con las disposiciones comentadas los docentes tiene derecho a que se les reconozca la sanción moratoria consagrada en la Ley 1071 de 2006 deben ser interpretadas en el entendido que entre la solicitud de cesantías y su reconocimiento y pago no debe superarse el término de 70 días y que el Ministerio de Educación ha venido cancelando las cesantías por fuera del término referido, circunstancia que genera una sanción a cargo de esta entidad, equivalente a un (1) día de salario del docente por cada

día de retardo, que se contabiliza a partir del día siguiente al vencimiento de los 70 días hábiles, contados desde el momento en que se radicó la solicitud de la cesantía ante la demandada, y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

2. Contestación de la demanda

El **municipio de La Merced** se opuso a las pretensiones de la demanda; aceptó como ciertos los hechos 1, 4 y 6 del escrito introductor y señaló que no le constaban o no eran ciertos los demás, como quiera que no está llamado a responder por la sanción moratoria reclamada. Planteó como excepciones:

“Legalidad del Acto Administrativo demandado”, fundamenta en que los actos administrativos demandados se encuentran de conformidad con las normas aplicables, pues de acuerdo con el Decreto 2277 de 1979, y en razón a la nacionalización de la enseñanza primaria y secundaria los docentes gozan de un régimen especial. Que el Decreto 1042 de 1978 citado por el accionante no se aplica al caso que nos ocupa, por expresa disposición de la misma norma y el Decreto 1950 de 1973, solo fue concebido para la rama ejecutiva del poder público en lo nacional.

“Inexistencia de la obligación” basado en que, si las pretensiones del demandante se contraen a lograr al reconocimiento y pago de una sanción moratoria por la no consignación de las cesantías dentro del plazo fijado en las normas que invoca el demandante, así como la sanción moratoria ocasionada por tal retardo con fundamentado en normas aplicables al sector nacional, situación debidamente debatida y aclarada tanto por la Corte Suprema de Justicia, Corte Constitucional y por el Consejo de Estado, quienes en distintos pronunciamientos han expresado que la normatividad aplicable al sector nacional, no se extiende a las entidades territoriales.

“Cobro de lo no debido”, basado en que la Fiduprevisora al descorrer el traslado de la demanda acredita el pago de la sanción configurada por el pago tardío de las sanciones reconocida según Resolución 4714 del 20 de junio de 2017, la cual se encuentra pagada.

“Prescripción”, en tanto que cualquier derecho que se hubiera causado a favor de la demandante y que según las normas vigentes debe ser afectado por el fenómeno de la prescripción el cual hace decaer el derecho por el paso del tiempo sin la reclamación oportuna que la interrumpa entrando a operar la extinción de la obligación demandada.

“Improcedencia de la indexación de las condenas” fundamenta en el hecho que si el Fomag, pagó la obligación demandada oportunamente y de conformidad a las normas legales vigentes al momento del reconocimiento de la prestación principal, ello hace nugatorio cualquier reclamación accesoria. Lo anterior en aplicación al principio judicial de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

La Nación – Ministerio de Educación - Fomag se opuso a todas las pretensiones de la parte actora. No obstante, reconoció como ciertos los hechos primero a sexto y octavo de la demanda y como no cierto el referente a que incurrió en la mora reclamada.

Como excepciones de mérito planteó: *“Inexistencia de la obligación o cobro de lo no debido”* en consideración a que, no incurrió en la mora que asegura la parte actora, y por el contrario reconoció y canceló de manera oportuna el monto correspondiente por concepto de una cesantía parcial de conformidad con las normas vigentes y aplicables al caso

3. Alegatos de conclusión

La parte **demandante** reiteró los argumentos expuestos en la demanda e hizo referencia a la sentencia de unificación 098 de 2018 del Consejo de Estado sobre el derecho del docente al reconocimiento y pago de sanción moratoria establecida en la Ley 50 de 1990, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 344 de 1996 decretos 1582 de 1998, 1252 de 2000 y 3752 de 2003.

El **municipio de La Merced** y la Nación – Ministerio de Educación - Fomag reiteraron los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

II. CONSIDERACIONES

1. Problemas jurídicos

Se circunscriben en establecer: (i) si el demandante, en su condición de docente es beneficiario de la sanción moratoria por la inoportuna consignación de sus cesantías **anuales**, de conformidad con lo previsto en las Leyes 344 de 1996 y 50 de 1990, así como el decreto reglamentario de la primera de ellas; en caso afirmativo, (ii) si tiene derecho a la indemnización por mora en el pago de esa prestación y en qué forma se debe liquidar; asimismo, (iii) establecer si hay lugar a declarar extinguida la obligación respecto de esa indemnización, bien sea en forma total o parcial.

Para dar solución a los problemas jurídicos planteados se hará referencia al (i) marco normativo sobre el sistema de liquidación de cesantías; (ii) los hechos acreditados u (iii) el análisis del caso.

2. Marco normativo

La Ley 6 de 1945 *«por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo»*, en el artículo 12, literal f), estableció, a favor de los trabajadores oficiales, el derecho al auxilio de cesantías a razón de un mes de sueldo por cada año de servicio y, proporcionalmente,

por fracciones de año, y el artículo 17, literal a), *ibidem*, consagró que ese auxilio se reconocería a todos los empleados y obreros nacionales de carácter permanente.

El Decreto 1160 de 1947 «*sobre auxilio de cesantías*», en su artículo 6, señaló que para liquidar las cesantías se toma como base el último sueldo o jornal, salvo que hubiera sufrido modificaciones en los 3 últimos meses, caso en el cual se toma el promedio de lo devengado en los últimos 12 meses o en todo el tiempo servido, si fuere menor a ese lapso.

Ahora bien, el Decreto 3118 de 1968 creó el Fondo Nacional de Ahorro, y dentro de los objetivos que estableció para la administración de sus recursos, fijó los siguientes: «*pagar oportunamente el auxilio de cesantía a empleados públicos y trabajadores oficiales*»¹, y «*proteger dicho auxilio contra depreciación monetaria*»²; con tales finalidades, el artículo 3 *ibidem* determinó que, las cesantías de los empleados públicos y trabajadores oficiales al servicio de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos y Empresas Industriales y Comerciales del Estado debían ser liquidadas y entregadas al Fondo; asimismo, en su artículo 22 ordenó a la Caja Nacional de Previsión Social realizar, con corte a 31 de diciembre de 1968, la liquidación de cesantías de los empleados públicos y trabajadores oficiales afiliados a ella.

Con lo previsto en los artículos 27, 28 y 33 *ibidem* empezó el llamado «*desmonte del régimen de retroactividad de cesantías*», pues se dispuso la liquidación anual de esta prestación para los empleados y trabajadores de las entidades aludidas previamente, y la liquidación definitiva por la porción de tiempo laborada durante el año del retiro, así como el reconocimiento de intereses anuales del 9%, a ser liquidados el 31 de diciembre de cada año, sobre el saldo que figure a favor de cada empleado.

El Decreto 432 de 1998 «*por el cual se reorganiza el Fondo Nacional de Ahorro, se transforma su naturaleza jurídica y se dictan otras disposiciones*», mantuvo el objetivo de administrar, de manera eficiente, las cesantías³, y, dentro de sus funciones, las de recaudo y pago de ese auxilio a los afiliados, al igual que la protección contra la pérdida de su valor adquisitivo⁴. Además, en los artículos 6 y 7 *ibidem*, fijó un monto por concepto de intereses, con el propósito de evitar la pérdida del poder adquisitivo del auxilio de cesantías depositado, y un porcentaje a título de intereses sobre las cesantías.

Ahora bien, la Ley 344 de 1996 «*por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones*», dio un paso adicional encaminado a generalizar el sistema de liquidación anual del auxilio de cesantías para los servidores públicos, al consagrar lo siguiente:

¹ Artículo 2 literal a) del Decreto 3118 de 1968.

² Artículo 2 literal b) del Decreto 3118 de 1968.

³ Artículo 2 del Decreto 432 de 1998.

⁴ Artículo 3, literales a), b) y c) del Decreto 432 de 1998.

“Artículo 13.- Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, a partir de la publicación de la presente Ley, las personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado tendrán el siguiente régimen de cesantías:

a) El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral;

*b) Les serán aplicables las demás normas legales vigentes sobre cesantías, correspondientes al órgano o entidad al cual se vinculen **que no sean contrarias a lo dispuesto en el literal a) del presente artículo...**”.* (negrilla de la Sala).

La norma vigente a la fecha de expedición de la ley previamente citada, que estableció el régimen anual de cesantías, era la Ley 50 de 1990, en cuyo artículo 99 consagró:

“Artículo 99.- El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

1. El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.

2. El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.

*3. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. **El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo.***

4. Si al término de la relación laboral existieren saldos de cesantía a favor del trabajador que no hayan sido entregados al Fondo, el empleador se los pagará directamente con los intereses legales respectivos”. (Negrilla de la Sala).

El Decreto 1582 de 1998 reglamentó los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5 de la Ley 432 de 1998, y precisó que la norma a la que se debía remitir a efecto de la liquidación anual del auxilio de cesantías de quienes se afilien a fondos privados es la Ley 50 de 1990, en sus artículos 99, 102 y 104, y para liquidar las cesantías de los afiliados al Fondo Nacional de Ahorro, es la Ley 432 de 1998, artículo 5 y siguientes.

No obstante, para aquellos empleados que venían con una vinculación anterior al 31 de diciembre de 1996, cuando entró a regir la citada Ley 344 de 1996, se les continuaría respetando el régimen de liquidación del auxilio de cesantías consagrado en normas anteriores⁵.

En todo caso, se abrió la posibilidad de que tales servidores públicos⁶ se acogieran al régimen anualizado de liquidación de cesantías y para este efecto debían proceder en la forma descrita en el artículo 3 del Decreto 1582 de 1998, que es la siguiente:

“Artículo 3º.- En el caso de servidores públicos vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, con régimen de retroactividad, que decidan acogerse al régimen de cesantía de dicha ley, se procederá de la siguiente forma:

a) La entidad pública realizará la liquidación definitiva de las cesantías a la fecha de la solicitud de traslado;

b) La entidad pública entregará el valor de la liquidación a la administradora seleccionada por el trabajador;

c) En lugar de entregar dicha suma de dinero, las entidades territoriales podrán emitir a favor de cada uno de los servidores públicos que se acojan a este régimen, un título de deuda pública por el valor de la liquidación de las cesantías, con las características que se señalan más adelante, previo el cumplimiento de los trámites legales necesarios para su expedición”. (se resalta).

Además, a aquellos servidores cobijados por el régimen de liquidación retroactiva de cesantías se les continúa respetando este, por virtud de lo dispuesto en los artículos 27 del Decreto 1252 de 2000 y 3⁸ del Decreto 1919 de 2002.

Es preciso señalar que la Ley 1071 de 2006, por la cual se adicionó y modificó la Ley 244 de 1995, **en torno al pago de las cesantías definitivas y parciales**⁹ de los servidores públicos, determinó lo siguiente:

⁵ Es decir, el sistema de liquidación retroactiva, consagrado en Ley 6 de 1945, el Decreto 2767 de 1945, la Ley 65 de 1946 y el Decreto 1160 de 1947.

⁶ Aquellos que tuviera vinculación laboral anterior a la entrada en vigor de la Ley 344 de 1996.

⁷ «Artículo 2.- Los servidores públicos que a 25 de mayo de 2000, disfrutaban del régimen de cesantías retroactivas continuarán en dicho régimen hasta la terminación de la vinculación laboral en el organismo o entidad en la que se aplica dicha modalidad prestacional.»

⁸ «Artículo 3.- Los empleados públicos a quienes se les esté aplicando el régimen de retroactividad de cesantías continuarán disfrutando del mismo, en los términos previstos en la Ley 344 de 1996 y el Decreto 1252 de 2000.»

⁹ Es importante precisar que se entiende por cesantías parciales aquellas que se requieren a la administración o al fondo administrador de esa prestación con fines de adquirir vivienda o adelantar estudios. El artículo 3 de la Ley 1071 de 2006 al respecto, señaló: «Artículo 3º. Retiro parcial de cesantías. Todos los funcionarios a los que hace referencia el artículo 2º de la presente norma podrán solicitar el retiro de sus cesantías parciales en los siguientes casos: /- 1. Para la compra y adquisición de vivienda, construcción, reparación y ampliación de la misma y liberación de gravámenes del inmueble, contraídos por el empleado o su cónyuge o compañero(a) permanente. /- 2. Para adelantar estudios ya sea del empleado, su cónyuge o compañero(a) permanente, o sus hijos.».

“Artículo 4°. Términos. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.

Parágrafo. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informársele al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes.

Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.

Artículo 5°. Mora en el pago. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.

Parágrafo. En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este”.

Ahora bien, **en lo que respecta al personal docente**, el artículo 3 de la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como «una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital» que estaría a cargo del pago de las prestaciones sociales¹⁰ que se causaran a favor del personal docente **nacional y nacionalizado**, a partir de la promulgación de esa ley.

La aludida ley, en su artículo 1 numeral 3 precisó que, los docentes territoriales son aquellos «vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1 de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975» y en el artículo 2 *ibidem* estableció lo relativo al reconocimiento de sus prestaciones, en los siguientes términos:

“Artículo 2º.- De acuerdo con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975, la Nación y las entidades territoriales, según el caso, asumirán sus obligaciones prestacionales con el personal docente, de la siguiente manera:

¹⁰ De acuerdo con el artículo 5, numeral 1, de la Ley 91 de 1989.

...

5.- Las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado que se causen a partir del momento de la promulgación de la presente Ley, son de cargo de la Nación y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; pero las entidades territoriales, la Caja Nacional de Previsión Social, el Fondo Nacional de Ahorro o las entidades que hicieren sus veces, pagarán al Fondo las sumas que resulten adeudar hasta la fecha de promulgación de la presente Ley a dicho personal, por concepto de las prestaciones sociales no causadas o no exigibles”.

En lo que tiene que ver con las cesantías, su reconocimiento se estableció en el artículo 15 *ibidem*, en los siguientes términos:

“A. Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.

B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1o. de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional”. (Se resalta).

Ahora bien, la Ley 812 de 2003, por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, en su artículo 81 estableció que, 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».

Con fundamento en lo anterior y con el objeto de lograr la afiliación de los docentes territoriales al aludido fondo, el Decreto 3752 de 2003, estableció:

“Artículo 1º.- Personal que debe afiliarse al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Los docentes del servicio público educativo que estén vinculados a las plantas de personal de los entes territoriales deberán ser afiliados al Fondo

Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, previo el cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en los artículos 4° y 5° del presente decreto, a más tardar el 31 de octubre de 2004.

Parágrafo 1°.- La falta de afiliación del personal docente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio implicará la responsabilidad de la entidad territorial nominadora por la totalidad de las prestaciones sociales que correspondan, sin perjuicio de las sanciones administrativas, fiscales y disciplinarias a que haya lugar. (Negrilla fuera de texto).

Parágrafo 2°.- Los docentes vinculados a las plantas de personal de las entidades territoriales de manera provisional deberán ser afiliados provisionalmente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio mientras conserve su nombramiento provisional.

Artículo 5°. Trámite de la afiliación del personal de las entidades territoriales. Presentada la solicitud de afiliación por parte de la entidad territorial, dentro de los sesenta (60) días siguientes, se adelantará el siguiente procedimiento:

1. Elaboración del cálculo actuarial que determine el total del pasivo prestacional, presentando de manera separada cesantías y pensiones, del personal docente que se pretende afiliar y, por tanto, el valor de la deuda de la entidad territorial con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Tal cálculo será elaborado, con cargo a los recursos del Fondo, por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo de sus recursos y la respectiva entidad territorial de conformidad con los parámetros que señale el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para el efecto.

2. Definido el monto total de la deuda, previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, este será comunicado a la entidad territorial por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo. Tal comunicado deberá indicar, adicionalmente, el plazo y la forma de pago que deberá ajustarse, en todo caso, a lo establecido en el artículo 1° de la Ley 549 de 1999. El monto a pagar por vigencia se cubrirá con los recursos que traslade el FONPET al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Si estos recursos no fueren suficientes, la entidad territorial aportará de sus recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

3. El Ministerio de Educación Nacional, en su calidad de fideicomitente de la fiducia mercantil por medio de la cual se administran los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ejercerá la interventoría del mismo”.

3. Hechos probados

De conformidad con las pruebas que obran en el expediente, se puede establecer lo siguiente:

El 1º de marzo de 1995, el demandante tomó posesión del cargo de docente, para el cual fue nombrado mediante Decreto 017 de 27 de febrero de 1995 expedido por la Alcaldía municipal de La Merced - Caldas. (Fls. 41-43)

Mediante Resolución 2800 del 30 de mayo de 2011 la Secretaria de Educación del Departamento de Caldas en nombre y representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconoció al actor una liquidación parcial de cesantías (Fls. 47-49)¹¹; en ella se señala que al demandante se le han realizado los siguientes reportes de cesantías:

Reportes anuales de cesantías desde 1990	
1.995	-
1.996	172.175
1.997	317.673
1.998	406.843
1.999	468.102
2.000	511.516
2.001	554.879
2.002	969.650
2.003	1.032.530
2.004	1.008.974
2.005	1.204.352
2.006	1.227.345
2.007	1.194.981
2.008	1.578.509
2.009	1.734.466
2.010	-
VALOR TOTAL CESANTÍAS LIQUIDADAS	12.431.995

El 9 de octubre de 2018 el demandante presentó reclamación ante la entidad territorial y el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, tendiente al reconocimiento y pago de las cesantías no consignadas causadas en 1995, y la sanción moratoria derivada del incumplimiento de la consignación anualizada de las cesantías, en el respectivo fondo. (Fls. 40, 50)

El municipio de La Merced mediante el acto administrativo D.A 200-379 del 8 de noviembre de 2018, en cuanto a la solicitud del actor señaló que los archivos del

¹¹ En similares términos obra la Resolución 5276 del 9 de noviembre de 2007 en la que se reconoció al actor una liquidación parcial de cesantías y se registra el reporte anual de cesantías hasta 2005. (Fls. 44-46)

municipio son manuales y no se encuentran digitalizados y que ha sido dispendiosa la búsqueda de las planillas de pago, pues han pasado más de 20 años.

4. Caso concreto

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, se considera imperioso precisar que la sanción por mora que se reclama no surge de la tardanza en que incurrió la administración en el pago de las cesantías al actor, sino **de las anualizadas por los años 1995 y siguientes**¹², de manera que el análisis se circunscribirá a determinar si, en su condición de docente, el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por la presunta mora en que incurrió el empleador en consignar sus cesantías **anuales** al fondo.

El primer aspecto por abordar consiste en determinar si el demandante, en su condición de docente, amparado por un régimen especial, es beneficiario de la Ley 50 de 1990, en particular, del artículo 99, en lo que atañe al reconocimiento y pago de la sanción, cuando el empleador incurre en mora para la consignación de sus **cesantías liquidadas en forma anual**.

De acuerdo con las normas citadas en el acápite «*marco normativo*» de esta providencia, se debe concluir que los docentes **no están cobijados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990**, comoquiera que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 les hizo extensivas las normas vigentes en materia de cesantías, pero hizo la salvedad de que ello es «*sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989*» lo que se traduce en que lo allí dispuesto **no se hizo extensivo al personal docente**.

Esta interpretación de exclusión de los docentes al régimen de cesantías establecido en la Ley 50 de 1990, se acompasa con lo reiteradamente señalado la H. Corte Constitucional, quien ha sostenido que **los docentes no son beneficiarios del régimen de liquidación anual de cesantías** consagrado en la Ley 50 de 1990. Al respecto, en sentencia C-928 de 2006, en la cual se estudió la constitucionalidad del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, señaló:

“En suma, los docentes cuentan con un régimen especial en materia de cesantías, pensiones y salud, sistema que debe ser entendido como un todo, sin que sea dable examinar aisladamente cada de una de ellas, y en tal sentido, prima facie, no resultan comparables la manera como se administran, liquidan y cancelan las cesantías de los docentes con aquéllas de los trabajadores sometidos a la Ley 50 de 1990.

(...)

¹² En efecto, en la demanda se hizo énfasis en que la inconformidad se centra en la omisión en que incurrió la entidad territorial en consignar sus cesantías en los términos de la Ley 344 de 1996, su decreto reglamentario.

En tal sentido, el artículo 15, numeral 3 de la Ley 91 de 1989 dispone que el Fondo pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no se ha modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario, sobre el salario promedio del último mes. De igual manera, el Fondo reconocerá y pagará un interés anual sobre el saldo de estas cesantías existentes a 31 de diciembre de cada año, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. En otras palabras, contrario a lo sostenido por el demandante, el Fondo sí reconoce y paga intereses sobre las cesantías; lo que sucede es que la forma de realizar dicho cálculo y pago no es igual al establecido en la Ley 50 de 1990.

(...)

En este orden de ideas, el cargo por vulneración del derecho a la igualdad no está llamado a prosperar por la sencilla razón de que, no sólo se trata de un régimen especial, que comprende aspectos prestacionales (cesantías y vacaciones) y de seguridad social (pensiones y salud), basado en sus propias reglas, principios e instituciones, sino que además no existe el alegado impago de los intereses a las cesantías; lo que sucede es que, simplemente la manera como se liquidan y pagan aquellos es distinta a la regulada en la Ley 50 de 1990, sin que por ello se configure discriminación alguna”.

Ahora bien, la Corte Constitucional en Sentencia C-486 de 2016¹³ precisó que, a los docentes sí los cobija la sanción moratoria por la inoportuna consignación de cesantías, pero en torno a la tardanza en la consignación de esa prestación **definitiva o parcial**¹⁴, al tenor de lo dispuesto en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006. Pese a ello, en la aludida providencia, nuevamente, **hizo énfasis en que los docentes no son beneficiarios de la Ley 50 de 1990** y todas sus previsiones. Así discurrió en esta ocasión:

“En consecuencia, los docentes oficiales se encuentran exceptuados de la aplicación de la Ley 100 de 1993 y del artículo 98 de la Ley 50 de 1990, que modificó el Código Sustantivo del Trabajo y estableció un nuevo régimen para el pago de cesantías”.

(Se resalta).

En reciente pronunciamiento, el Consejo de Estado¹⁵ señaló que, los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1990 no se les aplica la sanción moratoria por no consignar oportunamente las cesantías anualizadas al fondo, de que trata la Ley 344 de 1995, pues: i) no son considerados servidores territoriales, sino nacionales, y, ii) no están

¹³M.P. María Victoria Calle Correa.

¹⁴ Se precisa que por cesantías parciales se debe entender que son aquellas que se reclaman para eventos especiales, como vivienda o educación al tenor de lo dispuesto en la ley.

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 24 de agosto de 2018, radicación: 08001-23-33-000-2014-00174-01, número interno: 1653-16, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Esta posición fue reiterada entre otras en sentencia del 31 de octubre de 2018. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. Rad: 08001-23-33-000-2014-00348-01(3089-16)

afiliados a un fondo privado administrador de cesantías, sino a uno público, como es el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, de modo que no se cumplen los supuestos del artículo 1 del Decreto 1582 de 1998, para el reconocimiento de la aludida sanción:

*“Así las cosas, le asiste razón al apoderado del FOMAG al manifestar que al demandante no le es aplicable la penalidad pretendida, en razón a que debido a la fecha de su vinculación está regulado en materia prestacional por las normas de los empleados públicos del orden **nacional**, por lo que no es destinatario de la penalidad extendida por disposición expresa del artículo 1º del Decreto 1582 de 1998, a los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, requisitos que no cumple el docente, pues no reúne la condición de territorial y tampoco se encuentra afiliado a un fondo privado administrador de cesantías de aquellos creados por la Ley 50 de 1990; máxime cuando la finalidad del legislador fue precisamente la creación del FOMAG para atender las prestaciones sociales de los docentes del sector oficial, cuyos recursos provienen por disposición legal, de la Nación”.*

Con fundamento en el anterior criterio, fuerza concluir que: las pretensiones del demandante, orientadas al reconocimiento y pago de la sanción por mora en la consignación de las cesantías **anualizadas** producto de la aplicación de la Ley 50 de 1990 no es procedente, en cuanto no es beneficiaria de sus previsiones, pues, se insiste, el régimen que la cobija **para la liquidación anual de cesantías** es el previsto en la Ley 91 de 1989; lo cual no comporta vulneración del derecho a la igualdad, sino la aplicación del régimen especial concebido por el legislador para el reconocimiento de tal prestación a favor de los docentes, lo que impone denegar las súplicas de la demanda.

No obstante lo anterior, como del reporte de cesantías inserto en las Resoluciones 5276 del 9 de noviembre de 2007 y 2800 del 30 de mayo de 2011 de la Secretaria de Educación del Departamento de Caldas en nombre y representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en las que se reconoció al actor una liquidación parcial de cesantías (Fls. 44-49) se establece que se han girado a ese fondo los dineros para cubrir el pago de las cesantías anuales del demandante, corresponden a los años de 1996 en adelante, pero que no se han destinado con tal propósito, las sumas correspondientes a las cesantías causadas en el año 1995, se debe conminar al municipio de La Merced - Caldas¹⁶, para que realice la consignación en el Fondo, respecto de la prestación causada por ese período, teniendo en cuenta que como la relación laboral permanece vigente, las cesantías tienen el carácter imprescriptible pues mientras perdure la relación laboral se mantiene su naturaleza periódica¹⁷ y, por ende, la

¹⁶ Al respecto, es preciso aclarar que de acuerdo con el artículo 1, parágrafo 1 del Decreto Nacional 3752 de 2003 «La falta de afiliación del personal docente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio implicará la responsabilidad de la entidad territorial nominadora por la totalidad de las prestaciones sociales que correspondan».

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 25 de agosto de 2016, CE-SUJ004 de 2016, M.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

administración está en la obligación de reconocerlas.

En similares términos lo ha ordenado el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. En sentencia proferida en el proceso Radicado: 08001-23-33-000-2014-00348-01(3089-16):

“No obstante lo anterior, como del extracto expedido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y de la certificación del coordinador de la Secretaría de Educación departamental de la Gobernación del Atlántico se puede establecer que los dineros que se han girado a ese fondo, para cubrir el pago de las cesantías anuales de la demandante, corresponden a los años de 2003 en adelante, y no se han destinado con tal propósito, las sumas correspondientes a las cesantías causadas en los años 2001 y 2002, se debe conminar al municipio de Sabanalarga, para que proceda a realizar la consignación en el Fondo, respecto de la prestación causada por esos períodos, teniendo en cuenta que como la relación laboral permanece vigente, las cesantías tienen el carácter imprescriptible y, por ende, la administración está en la obligación de reconocerlas”.

3. De la condena en costas

El Consejo de Estado en sentencia del 7 de abril de 2016¹⁸, respecto de la condena en costas en vigencia del CPACA, concluyó que la legislación varió del Código Contencioso Administrativo al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de un criterio subjetivo a uno objetivo valorativo.

Objetivo, en cuanto prescribe que en toda sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, bien sea total o parcial o con abstención, según las reglas del Código General del Proceso; y valorativo, en cuanto se requiere que el juez revise si ellas se causaron y en la medida de su comprobación (como sucede con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad profesional realizada dentro del proceso), sin que en esa valoración se incluya la mala fe o temeridad de las partes.

Asimismo, se definió que la cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de las partes, pues varía según sea la parte vencida el empleador o el trabajador y la complejidad e intensidad de la participación procesal; que las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por estas, que la liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho) la hará el juez de primera o única instancia y que procede condenar en costas tanto en primera como en segunda instancia.

Conforme a las anteriores reglas, y atendiendo lo dispuesto en el numeral 8 del artículo

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Radicado 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014), actor: José Francisco Guerrero Bardi, Consejero Ponente: William Hernández Gómez.

365 del Código General del Proceso¹⁹, no se condenará en costas, teniendo en cuenta que no aparecen causadas a cargo de la parte demandada; además que, si bien se denegaron las pretensiones del docente demandante, se ordena conminar al municipio de La Merced - Caldas, para que realice la consignación en el Fondo, respecto de la prestación causada por el año 1995.

4. Conclusión

Con los anteriores argumentos se concluye que el demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la inoportuna consignación de las cesantías anuales, razón por la cual se declarará probada la excepción de *inexistencia de la obligación* propuesta por las demandadas, y se denegarán las pretensiones. Sin embargo, se conminará al municipio de La Merced, para que disponga ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, los recursos correspondientes a las cesantías causadas a favor del demandante en el año 1995.

Por lo expuesto la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. DECLÁRASE probada la excepción de *inexistencia de la obligación* propuesta por el municipio de La Merced y la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Segundo. NIÉGANSE las pretensiones de la demanda formulada por el señor William Ríos Gómez contra el municipio de La Merced y la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Tercero. Conminar al municipio de La Merced - Caldas, para que disponga ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, los recursos correspondientes a las cesantías causadas a favor del demandante por el año 1995

Cuarto. Sin condena en costas.

Quinto. Ejecutoriada esta providencia, **LIQUÍDENSE** los gastos del proceso, **DEVUÉLVANSE** los remanentes si los hubiere y **ARCHÍVENSE** las diligencias, previas las anotaciones pertinentes en el programa informático "*Justicia Siglo XXI*".

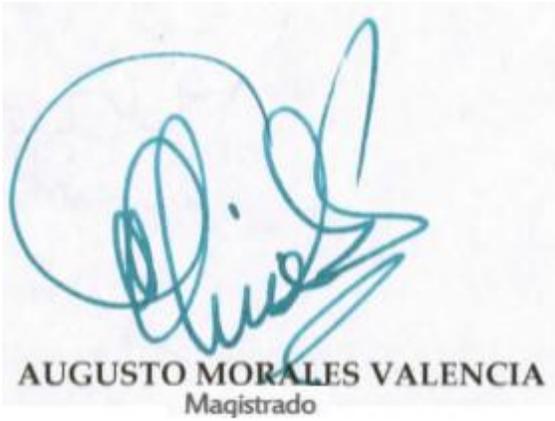
¹⁹ «1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (...) 4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias. (...) 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación».

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 02 de 2021.

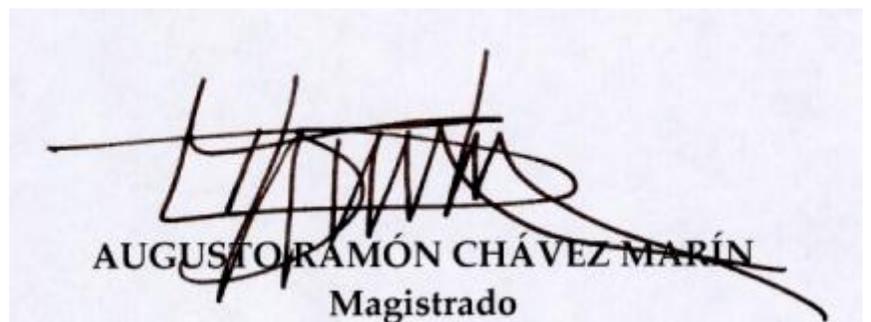
NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, veinticinco (25) de enero de dos mil veintiuno (2021)

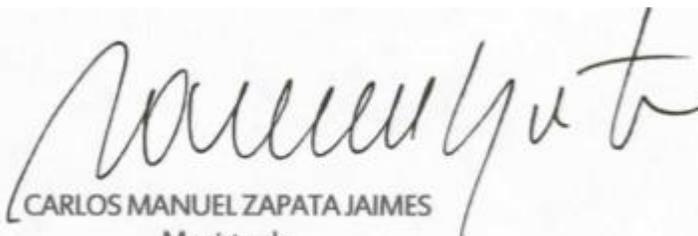
PROCESO No.	17-001-23-33-000-2017-00551-00
CLASE	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	ANA DE JESÚS VILLEGAS RIVERA
ACCIONANTE (DEMANDA RECONVENCIÓN)	DE ANGÉLICA MARÍA MARTÍNEZ AGUDELO
ACCIONADO	NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO , DEPARTAMENTO DE CALDAS, ANA DE JESÚS VILLEGAS RIVERA Y ANGÉLICA MARÍA MARTÍNEZ AGUDELO

Estando el proceso a Despacho para fijar fecha para audiencia de pruebas se observa 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 si cuentan con computador con cámara y micrófono, si tienen acceso a internet , cuentan 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, y un número celular donde puedan ser contactados. De igual forma deberán aportar estos datos respecto de los testigos.

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 las partes informar los correos a donde se les pueda enviar el link para la realización de la audiencia. De igual forma deberán informar un número telefónico donde puedan ser ubicados, y si cuentan con los medios audiovisuales necesarios para llevar a cabo la audiencia inicial 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 le informa a las partes y demás intervinientes que el correo dispuesto para recibir memoriales o solicitudes es sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co. **Cualquier documento enviado a dirección distinta, se entenderá por no presentado.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Maqistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la partes por Estado Electrónico n° 011 del 26 de enero de 2021.
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, veintiuno (21) de enero de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO No.	17-001-33-33-001-2018-00451-02
CLASE	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	AMANDA PINEDA ZULUAGA
ACCIONADO	NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

Procede la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas a dictar sentencia de segunda instancia, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra el fallo proferido por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales el día 26 de noviembre de 2019, dentro del proceso de la referencia.

PRETENSIONES

1. Que se declare la nulidad absoluta de la Resolución nro. 8301-6 del 30/10/2017 expedida por la secretaría de Educación del departamento de Caldas, mediante la cual se negó la aplicación del numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989 respecto del porcentaje que debe aportar la demandante de su mesada pensional para el servicio de salud; y además se negó la aplicación de la Ley 71 de 1988 como norma para reajustar anualmente la mesada pensional docente.
2. Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, solicitó se profiera sentencia en la cual se ratifique que la demandante pertenece al régimen exceptuado consagrado en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, que se encuentra cobijada por el régimen especial determinado por la ley para los docentes que se vincularon con anterioridad al 27 de junio de 2003, y que su pensión ordinaria debe ser pagada y reajustada anualmente de conformidad con la Ley 91 de 1989 y lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 71 de 1988.

Subsecuente con las anteriores declaraciones pidió:

- Se apliquen los descuentos para efectos de aportes al sistema de salud a la mesada pensional de la demandante en la cuantía establecida en el numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989, es decir, el 5% de cada mesada incluyendo las adicionales, ordenándosele cesar la deducción del 12%, como actualmente se le está realizando.

 - Que se le reajuste anualmente la mesada pensional a la demandante con base en lo establecido en el artículo 1° de la Ley 71 de 1988, esto es, en el mismo porcentaje en que cada año es incrementado el salario mínimo legal mensual, ordenando su aplicación en forme retroactiva al año en que la docente consolidó su derecho pensional y de manera constante para las mesadas subsiguientes y futuras.

 - Que se reintegre a la demandante las sumas de dinero superiores al 5% que a título de aportes al sistema de salud le han sido descontadas de las mesadas pensionales y adicionales de junio y diciembre respecto de la pensión de jubilación que la demandada reconoció a la demandante; y a no continuar descontando valores superiores al precitado porcentaje en el pago de las mesadas futuras.

 - A que pague en favor de la demandante los valores resultantes por las diferencias existentes entre la mesada pensional que actualmente recibe la demandante y la que resulte después de tomar el valor pensional que le fue reconocido al momento del estatus, y reajustarlo año tras año con base en los porcentajes en que se ha incrementado el salario mínimo legal mensual.

 - Que se paguen de manera indexada las sumas de dinero que se obtengan como resultado de las declaraciones y condenas solicitadas, ordenando que sobre ese retroactivo se reconozcan los ajustes de valor y los respectivos intereses corrientes y moratorios, tal como lo disponen los artículos 187, 1889, 192 y 195 del CPACA.
3. Que la suma que resulte adeudada por la entidad sea ajustada conforme la fórmula establecida por el Consejo de Estado y en los términos del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011.
 4. Que se condene a la parte demandada al pago de los intereses señalados en el artículo 192 del CPACA.
 5. Que se condene a la entidad demandada al pago de costas y agencias en derecho según la Ley 1437 de 2011 y el Código General del Proceso.

6. Que se condene a la entidad demandada a dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 187, 189, 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 16 de la ley 446 de 1998.

Pretensiones subsidiarias

Que en el evento que se llegue a determinar que de conformidad con la Ley 812 de 2003 el régimen aplicable es el establecido en la Ley 100 de 1993, se tenga en cuenta que esta norma solo contempla única y exclusivamente un descuento para efectos de aportes al sistema de salud por un monto equivalente al 12%, sin aplicarle esa deducción a las mesadas adicionales de junio y diciembre; y que consecuente con ello se ordene:

- a) Que sean reintegrados a la demandante los dineros que bajo el rotulo de EPS se le han descontado en las mesadas adicionales de junio y diciembre, las cuales equivalen al 12% respecto del valor de la mesada pensional devengada; ordenando que el retroactivo que se obtenga se pague de manea indexada, junto con los ajustes de valor y los intereses moratorios de acuerdo con lo preceptuado en el CPACA.
- b) Que se ordene a la Fiduciaria La Previsora no continuar realizando descuentos en las mesadas de junio y diciembre con destino al sistema de salud, indicándosele que dicho aporte debe ser solamente aplicado a la mesada pensional que devenga la demandante.
- c) Que se condene al pago de costas y agencias en derecho a favor del demandante.

HECHOS

- La parte actora se vinculó a la docencia oficial con anterioridad al 27 de junio de 2003, por lo que al cumplir los requisitos de tiempo y edad le fue reconocida la pensión de jubilación mediante Resolución nro. 6694 del 11 de noviembre de 2010.
- El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por intermedio de la fiduciaria encargada de su administración, ha efectuado descuentos sobre la mesada pensional en un porcentaje del 12%, incluso en las mesadas de junio y diciembre, como aportes al sistema de salud.
- Que en el acto administrativo de reconocimiento pensional se consagró, además, expresamente, que esta sería reajustada anualmente conforme al artículo 1° de la Ley 71

de 1988, no obstante, la mesada ha sido ajustada de acuerdo al artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

- Mediante Petición radicada bajo el nro. SAC 2017PQR16432 del 23 de octubre de 2017 se solicitó al Fondo de Prestaciones la aplicación del numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989 respecto a los descuentos a salud, indicando que solo corresponde hacerlos por el 5%, exigiendo en consecuencia la devolución de lo pagado en exceso.

Igualmente se solicitó la aplicación del artículo 1° de la ley 71 de 1988, como fórmula de reajuste de la pensión.

- Mediante Resolución nro. 8301-6 del 30 de octubre de 2017 se negó lo peticionado.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Consideró como violados los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29, 48, 53, 90, 121, 125 y 209 de la Constitución Política de Colombia; artículo 137 de la Ley 1437 de 2011; artículo 1° de la Ley 71 de 1988; Ley 33 de 1985; artículo 15 numeral 2 literal a) de la Ley 91 de 1989; artículo 115 de la Ley 115 de 1994; artículo 279 de la Ley 100 de 1991; Ley 238 de 1995; artículo 4 de la Ley 700 de 2001; Ley 797 de 2003; artículo 81 de la Ley 812 de 2003; artículo 160 de la Ley 1151 de 2007 y el Acto Legislativo 01 de 2005.

Adujo que los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se encuentran dentro de los regímenes exceptuados de la Ley 100 de 1993, al indicar expresamente que las normas no les resultan aplicables, según el artículo 279.

Hizo alusión además al régimen docente de la Ley 812 de 2003 que partió en dos la historia del régimen exceptuado de la Ley 100 de 1993, al indicar que los vinculados con anterioridad a esa norma quedaban cubiertos por las disposiciones de la Ley 91 de 1989, y que quienes se vinculen con posterioridad sus prestaciones sociales se rigen por el sistema general de seguridad social.

Referenció además el Acto Legislativo 01 de 2005, el cual afirmó mantuvo como régimen exceptuado el de los docentes vinculados antes del 26 de junio de 2003.

Aclaró que como la demandante se vinculó antes de la Ley 812 de 2003, quedó amparada por el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, y ello demuestra que el acto administrativo desconoció flagrantemente las normas especiales que determinan cómo debe reajustarse

la pensión de jubilación y cuál es el monto a descontar por aportes a salud, sobre los cuales explicó debe aplicarse la Ley 91 de 1989, que determina que este corresponde al 5%, el cual también se aplica a las mesadas adicionales.

En relación con los ajustes de la mesada pensional, insistió que la Ley 100 no es la norma que rige a la docente, sino que esta se ampara por lo establecido en la Ley 71 de 1988, pues la primera disposición está destinada a las pensiones del régimen de prima media con prestación definida y de ahorro individual con solidaridad, dentro de las cuales no están las otorgadas por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Resaltó además que la aplicación del IPC ha representado una pérdida porcentual en el quantum de la mesada pensional del accionante en relación con la variación del salario mínimo legal mensual vigente, que es el establecido por la Ley 71 de 1988, lo cual además no es acertado en atención a lo dispuesto en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, que excluyó su aplicación a los docentes.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO DE PRESTACIONES DE SOCIALES DEL MAGISTERIO: No contestó la demanda.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 26 de noviembre de 2019, accedió parcialmente a las pretensiones, tras plantearse como problemas jurídicos si los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tenían derecho al reajuste pensional anual con fundamento en lo preceptuado por el artículo 1° de la Ley 71 de 1988, es decir, con base en el incremento del salario mínimo legal mensual vigente o conforme a lo previsto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993. Si los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tenían derecho a que se ordenara el cese de los descuentos en salud que se efectúa sobre las mesadas pensionales, ordinarias y adicionales, y a la devolución de los aportes causados y descontados. Y, finalmente, si se configuraba la prescripción trienal.

En primer momento analizó los artículos 14 y 279 de la Ley 100 de 1993, para inferir que el incremento de la primera norma hacía referencia al régimen de ahorro individual y al régimen de prima media con prestación definida, no al exceptuado dispuesto en el artículo

279 en el cual se incluyen los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y por tal razón los docentes en materia de reajuste pensional no están sometidos a la Ley 100 de 1993.

Resaltó que si bien la sentencia C-435 de 2017 indicó que el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 es la norma aplicable a todos los pensionados era necesario hacer distinciones, y por ello a su juicio a los docentes se les debe aplicar la Ley 71 de 1988 para reajustar sus pensiones pues se trata de un régimen exceptuado del cual la Corte Constitucional no se ha pronunciado; y destacó además que la Ley 71 de 1988 no ha sido derogada por la Ley 100 de 1993.

Tras analizar los incrementos que han percibido los docentes con base en la Ley 100 de 1993 frente al que consagra el régimen exceptuado, concluyó que resultaba más beneficioso este último; sumado a que además se desconocía lo indicado en el acto administrativo que reconoció la pensión frente al reajuste pensional.

En consecuencia, declaró la nulidad de las resoluciones que negaron el reconocimiento y pago del incremento pensional con base en el incremento porcentual del salario mínimo legal mensual vigente, ordenando realizar el mismo.

En relación con el cese del cobro y la devolución del porcentaje por concepto de aportes al sistema de seguridad social en salud, indicó que no se tiene derecho a ello, en tanto la remisión normativa que hace el régimen prestacional docente a las normas de la Ley 100 de 1993 se concreta al valor de la tasa de cotización que los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones deben hacer por concepto de salud, incluyendo esos descuentos en las mesadas adicionales de junio y diciembre.

Se plasmó lo siguiente en la parte resolutive:

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS la excepción de “inexistencia de la obligación o cobro de lo no debido”, propuestas por la Nación – Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los procesos con radicado 2018-00515 y 2018-0517 excepto la de prescripción, la cual se declara probada parcialmente, a solicitud de parte y de oficio en los procesos instaurados por Amanda Pineda Zuluaga (...).

SEGUNDO: Igualmente se DECLARA PROBADA de oficio la excepción de “inexistencia del derecho para el cese, disminución y devolución de un porcentaje por concepto de aportes al sistema de seguridad social en salud” en todos los procesos en cuanto a la

devolución de los aportes en salud superiores al 5%, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: DECLARAR la nulidad parcial de los siguientes actos administrativos que negaron el reconocimiento y pago del incremento pensional con base en el incremento porcentual del salario mínimo mensual vigentes en los siguientes expedientes:

Exp. 1 rad: 2018-00451: Resolución 8301-6 del 30 de octubre de 2017.

(...)

CUARTO: A título de restablecimiento del derecho, ORDENAR a la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para que proceda a reajustar anualmente, la pensión mensual vitalicia de los demandantes con base en el porcentaje de incremento del salario mínimo mensual legal vigente. Posteriormente determinará la diferencia entre la suma efectivamente pagada mes a mes y la que debió pagar, para fijar el monto que deberá reconocer y pagar a cada uno de los demandantes, y por los siguientes periodos:

1. Amanda Pineda Zuluaga: el reajuste se liquidará desde el 11 de julio de 2010, pero con efectos fiscales a partir del 23 de octubre de 2014, en virtud de la prescripción trienal.

2. (...)

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

SEXTO: CONDENAR EN COSTAS DE MANERA PARCIAL a la parte demandada Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en cada uno de los procesos, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma dispuesta en el CGP arts. 365 y 366, en suma equivalente al 6% de las pretensiones referentes al incremento pensional.

*Por agencias en derecho se fijan las siguientes sumas de dinero:
Proceso radicado 2018-00451: \$235.795*

(...)

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

(...)

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte accionada apeló la sentencia mediante memorial que reposa de folio 82 a 86 del expediente.

En relación con la pretensión de reajuste anual de la pensión conforme al porcentaje de aumento fijado para el salario mínimo, indicó que desde la Ley 6 de 1945 se han establecido distintas fórmulas para garantizar la constante actualización de las pensiones las cuales han cambiado a través del tiempo, de lo que se infiere que el reajuste en materia pensional siempre ha estado sometido al principio de libre congruencia legislativa.

Es así como la Ley 71 de 1988 instituyó una manera de hacerlo, y posteriormente la Ley 100 de 1993 dispuso otra, con el ánimo de unificar la normativa en materia de seguridad social.

Hizo énfasis en que el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 consagró las excepciones al régimen de seguridad social, encontrándose dentro de este grupo los docentes; pero en aplicación de la Ley 238 de 1995 para el reajuste de su pensión debe acudir al artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

Resaltó que aunque el reajuste pensional es un derecho adquirido, no ocurre lo mismo con el porcentaje a aplicar de aumento.

Finalmente, citó precedente horizontal sobre el caso, sentencia emitida por el Tribunal Administrativo de Caldas el 12 de noviembre de 2019 dentro del proceso radicado 006-2018-132-02.

Por todo lo anterior, solicitó revocar la sentencia proferida en primera instancia.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante: no presentó alegatos.

Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio: guardó silencio

Ministerio Público: mediante concepto 51-2020, el señor Procurador pidió revocar la sentencia de primera instancia y negar las pretensiones de la demanda.

Resaltó que solo emitía pronunciamiento sobre el reajuste pensional, al tenor del artículo 328 del CGP, en tanto la única parte que apeló la sentencia de primera instancia fue la demandada, y únicamente en torno a este tema.

Explicó, tras realizar un análisis normativo y jurisprudencial, que el incremento anual que se debe aplicar a los pensionados del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio es el establecido en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, ya que el artículo 1 de la Ley 71 de 1988 no se encuentra vigente después de la entrada en vigencia del Sistema General de Seguridad Social, lo que se ratificó con la expedición de la Ley 238 de 1995.

Añadió que el reajuste pensional anual no tiene la condición de un derecho adquirido en cuanto a la determinación del parámetro sobre el cual se deben reajustar anualmente las pensiones de vejez.

CONSIDERACIONES

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

La Sala deberá advertir, como lo hizo el señor Procurador, que la única parte que apeló la sentencia de primera instancia fue la entidad demandada, pese a que en el fallo de primera instancia se negó la pretensión relativa a los descuentos a salud y el reembolso de algún porcentaje que por concepto de aportes de este tipo se hubiera realizado de la pensión de jubilación de manera mensual, y en las mesadas adicionales de junio y diciembre.

En atención a lo anterior, y según los parámetros del artículo 328 del CGP, aplicable por remisión del artículo 306 de la Ley 1437 de 2011, en esta instancia únicamente se planteará el siguiente problema jurídico.

Problema jurídico

1. ¿Tiene derecho la parte demandante al reconocimiento y pago del reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme lo establece la Ley 71 de 1988, esto es, con la variación del salario mínimo legal mensual vigente?

Lo probado

- Mediante la Resolución nro. 6694 del 11 de noviembre de 2020 se reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación a la demandante en cuantía de \$856.671, efectiva a partir del 2010/07/11. En este mismo acto administrativo se indicó que el tiempo laborado por la demandante a la fecha de estatus era del 1974/04/04 al 2008/01/13 (fol. 41 y 42 C.1)
- Por medio de petición radicada bajo el número SAC 2017PQR16432 del 23/10/2017, elevada ante la Nación – Ministerio de Educación Nacional –Fondo de Prestación Social del Magisterio y el Departamento de Caldas, la parte actora solicitó el reajuste de la pensión de jubilación de conformidad con el incremento del salario mínimo legal mensual vigente del año inmediatamente anterior. De igual forma peticionó se diera aplicación al porcentaje del 5% para los descuentos a salud y no del 12% (fol. 33 a 37 *ibídem*).
- Mediante la Resolución nro. 8301-6 del 30 de octubre de 2017 se negó la devolución de aportes en salud y el reajuste periódico de la pensión de jubilación con base en el incremento del salario mínimo mensual legal vigente (fol. 43 y 44 *ibídem*).

Primer problema jurídico

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

La Sala defenderá la tesis que la demandante no tiene derecho a que su mesada pensional se reajuste de conformidad con el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, toda vez que con la entrada en vigencia del régimen general de pensiones dicha norma quedó derogada por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, que dispuso que los ajustes de las mesadas pensionales fueran incrementadas conforme a la variación del índice de precios al consumidor.

Régimen general de seguridad social

El artículo 48 de la Carta Política concibe la seguridad social como un servicio público obligatorio que debe prestarse bajo la dirección coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Así mismo, se garantiza

como un derecho irrenunciable y un servicio prestado por entidades públicas y privadas, que brinda los recursos destinados al poder adquisitivo de las pensiones.

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

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

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

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

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

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

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

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

² Ley 4 de 1976, "Por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones." <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=1165>

incremento entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, esto último aplicado a la correspondiente pensión.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Dicha normativa fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-387 de 1994⁴, donde señaló:

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

[...]

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

[...]

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

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

<i>“Año</i>	<i>Inflación</i>	<i>Salario mínimo</i>
<i>1983</i>	<i>16.64</i>	<i>22%</i>
<i>1984</i>	<i>18.28</i>	<i>22%</i>
<i>1985</i>	<i>22.45</i>	<i>20%</i>
<i>1986</i>	<i>20.95</i>	<i>24%</i>

⁴ Corte Constitucional sentencia C- 387 de 1994; MP. Dr. Carlos Gaviria Díaz, 1 de septiembre de 1994; REF.: expediente No. D-529. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/c-387-94.htm>

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

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

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

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

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

De otro lado, la Ley 238 de 1995⁵, dispuso la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 a los regímenes exceptuados previstos en dicha disposición. Al respecto señaló:

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

"Párrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los

⁵ Ley 238 de 1995; http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0238_1995.html

artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados.

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

Bajo el tema en cuestión referente al reajuste de las mesadas en aplicación de la Ley 100 de 1993, la Sección Segunda el Honorable Consejo de Estado⁶ en providencia del 17 de agosto del 2017, dentro de la acción pública de nulidad en contra del artículo 40 del Decreto 692 de 1994, expuso que el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 derogó el dispuesto por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988:

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

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

⁶ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda -Subsección A- Consejero ponente: William Hernández Gómez - Bogotá, D.C., diecisiete (17) de agosto de dos mil diecisiete (2017) -Radicación número: 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14). <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2102915>

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

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

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

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

Referente a los motivos que alega la parte actora de aplicar artículo 1º de la Ley 71 de 1988, en armonía con el principio de favorabilidad al ajuste de la mesada pensional, es pertinente traer a colación los pronunciamientos jurisprudenciales expuestos por la Máxima Corporación Constitucional en sentencia C-435 de 2017, bajo la acción pública de constitucionalidad mediante la cual se demandó la nulidad parcial del artículo 14 de la Ley 100 de 1993, concerniente al reajuste de pensiones según la variación porcentual del índice de precios al consumidor:

Así, para decirlo de otra forma, pero con sus propias palabras, el actor entiende que el principio de favorabilidad también resulta aplicable a los pensionados “porque son trabajadores en receso [...] y, porque también, uno de los principios fundamentales del trabajo es la garantía de la seguridad social” y es precisamente a partir de esa consideración que concluye que “[e]n caso de duda

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

[...]

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

[...]

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

Lo anterior pues, como también se ha explicado en la jurisprudencia constitucional, sin perjuicio de que toda pensión "tiene como objetivo primordial proteger a las personas de la tercera edad, quienes por sus condiciones físicas, ya sea por razón de la edad o por enfermedad, se encuentran imposibilitados para obtener otra clase de recursos para su propia subsistencia y la de su familia", las personas cuya pensión no supera el valor del salario mínimo legal mensual vigente o que reciben una pensión mínima,

como también se la ha denominado, "se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás". De tal forma que ellas también requieren de un incremento periódico mínimo que, precisamente, garantice también los fines del salario mínimo, como son "satisfacer no sólo sus propias necesidades sino también las de su familia, en el orden material, social, cultural, educativo"[95].

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

[...]

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

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

En ese orden de ideas, considera la Sala que no se encuentra demostrada la vulneración de los derechos invocados en la parte actora, dado que conforme a los presupuestos normativos y jurisprudenciales antes citados, se deduce que no le asiste razón al indicar que el reajuste de las mesadas pensionales se deben realizar conforme al artículo 1° de la Ley 71 de 1988, esto es, de acuerdo al salario mínimo, y no según lo establecido en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

Lo anterior teniendo, en cuenta que la Ley 100 de 1993 reajustó las mesadas de los Regímenes del Sistema General de Pensiones, y en aras de mantener su poder adquisitivo ordenó el ajuste según la variación porcentual del índice de precios al consumidor; además con la expedición de dicha norma, se entendió derogada la Ley 71 de 1988.

Por lo anterior, se revocará parcialmente la sentencia de primera instancia que accedió a realizar el reajuste de la pensión conforme lo establecido en la Ley 71 de 1988, lo cual quedó consignado en sus numerales 1, 3, 4 y 5. En lo demás, se confirmará el fallo del Juzgado Primero Administrativo.

Conclusiones

Se concluye que no le asiste razón a la parte accionante al indicar que el reajuste de las mesadas pensionales se debe realizar según el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, esto es, conforme al salario mínimo, y no de acuerdo a lo establecido en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

Lo anterior, porque la Ley 100 de 1993 reajustó las mesadas de los regímenes del sistema general de pensiones, y en aras de mantener su poder adquisitivo ordenó el ajuste según la variación porcentual del índice de precios al consumidor; además con la expedición de dicha norma se entendió derogada la Ley 71 de 1988.

Por lo anterior, será revocada parcialmente la sentencia de primera instancia.

Costas en esta instancia

En segunda instancia no se condenará en costas, toda vez que la sentencia fue revocada parcialmente y además las partes no ejercieron actuación alguna ante esta Corporación.

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

FALLA

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales el 26 de noviembre de 2019, específicamente los ordinales primero, tercero, cuarto y quinto, en el proceso que en ejercicio del medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** instauró **AMANDA PINEDA**

ZULUAGA contra la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**. En su lugar:

NEGAR la pretensión relativa al reajuste anual de la pensión de la demandante conforme lo establecido en el artículo 1° de la Ley 71 de 1988, según lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CONFIRMAR EN LO DEMÁS el fallo de primera instancia.

TERCERO: SIN CONDENA EN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA, conforme a los argumentos brevemente expuestos.

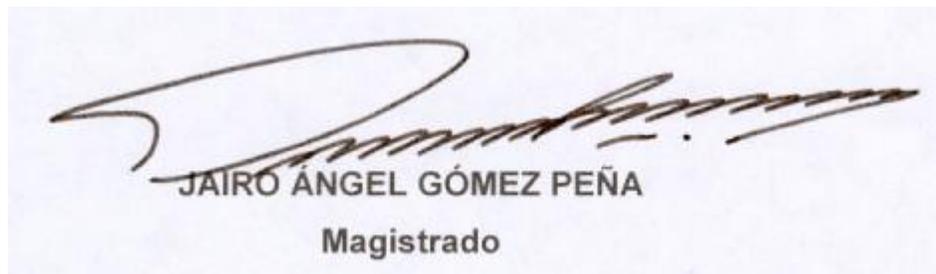
CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

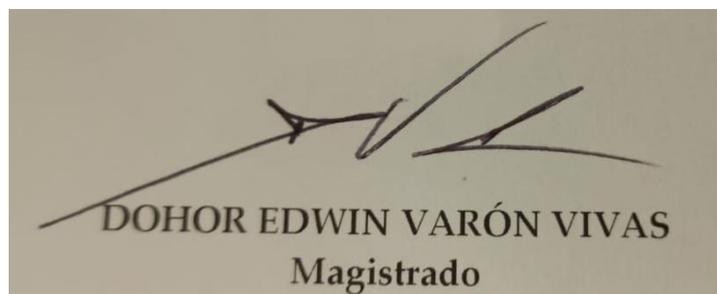
Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Virtual celebrada el 21 de enero de 2021, conforme Acta n° 002 de la misma fecha.



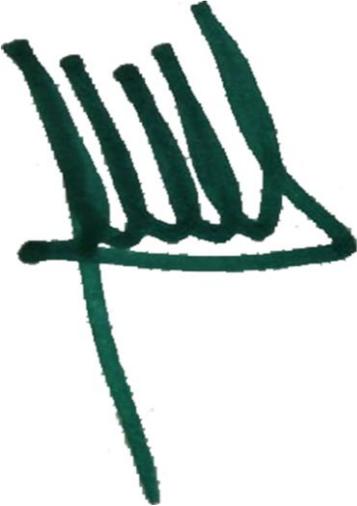
CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



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. 011 del 26 de enero de 2021. 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 Segunda de Decisión

Magistrado Ponente: Jairo Ángel Gómez Peña

A.I. 09

Manizales, veintidós (22) de enero de dos mil veintiuno (2021)

Radicación: 17 001 33 33 001 2013 00101 02
Clase: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Julián Román Oviedo
Demandado: Departamento Administrativo de Seguridad - DAS -
Asunto: Resuelve impedimento

I. Asunto

De conformidad con lo previsto en el artículo 131 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), procede la Sala Segunda Dual de Decisión, a resolver sobre la declaración de impedimento formulada por el Magistrado Augusto Morales Valencia, para conocer del proceso de la referencia.

II. Antecedentes

El Magistrado Augusto Morales Valencia, manifiesta su impedimento para conocer del proceso de la referencia, afirmando que la apoderada judicial de la parte demandante dentro del proceso en mención, abogada María Elena Quintero Valencia, es su apoderada judicial dentro de un trámite administrativo de cobro que adelanta a su nombre ante la Dirección Ejecutiva Nacional de Administración Judicial, así como que también llevó a cabo su representación judicial en proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovida contra la Nación-Rama Judicial. Por lo que considera que se encuentra incurso en la causal 5a del artículo 141 del Código General del Proceso (CGP).

III. Consideraciones

Se hace necesario aclarar por parte de esta Sala, que la abogada María Elena Quintero Valencia, en efecto, obró dentro del proceso de la referencia como apoderada de una de

las partes, pero no de la parte demandante como se afirma en el impedimento presentado, sino como apoderada judicial del demandado Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, en liquidación.

Por su parte el artículo 130 del CPACA, contempla como causales de impedimento entre otras, las previstas en el artículo 141 del CGP, que, en su artículo 1°, dispone que son causales de recusación las siguientes:

5. Ser alguna de las partes, su representante o apoderado, dependiente o mandatario del juez o administrador de sus negocios”

Ahora bien, en el caso en concreto, se observa, por una parte, que entre folios 852 y 856 del cuaderno 1A obra memorial de contestación de la demanda, presentado por la abogada María Elena Quintero Valencia, quien actúa en calidad de representante judicial del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, en liquidación, pero a la vez, a folio 1067 del cuaderno 1B, se constata que dicha abogada, María Elena Quintero Valencia, renunció al poder a ella conferido, toda vez que se había iniciado en ese entonces el proceso de liquidación del extinto DAS, y el *a quo*, mediante providencia del 22 de junio de 2016 (Fl. 1099 C. 1B), aceptó la renuncia del poder por ella presentado.

De lo expuesto se colige que, la apoderada judicial del Magistrado Augusto Morales Valencia, desde esa fecha (22 de junio de 2016), no tiene ningún tipo de interés en la actuación de la cual busca apartarse el funcionario, ello en virtud de su renuncia como apoderada de la demandada.

Motivo por el cual, han cesado las circunstancias que en algún momento pudieron haber configurado la causal alegada, por lo que la Sala declarará no configurado el impedimento.

Así mismo, es importante consignar que, en este mismo sentido, fue resuelto impedimento presentado por el Magistrado Jairo Ángel Gómez Peña, por los mismos hechos y causal, el cual fue resuelto por los Magistrados Dohor Edwin Varón Vivas y Augusto Morales Valencia (Fls. 15 y 16 C. 6)

IV. Resuelve

Primero: Declarar infundado el impedimento manifestado por el Magistrado **Augusto Morales Valencia**, para conocer de la demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó el señor Julián Román Oviedo contra la Nación - Departamento Administrativo de Seguridad, DAS.

Segundo: Por la Secretaría de este Tribunal, **comunicar a la mayor brevedad**, la presente decisión al Despacho del Magistrado **Augusto Morales Valencia**.

Cuarto: **Hacer** las anotaciones correspondientes en el programa informativo "*Justicia Siglo XXI*".

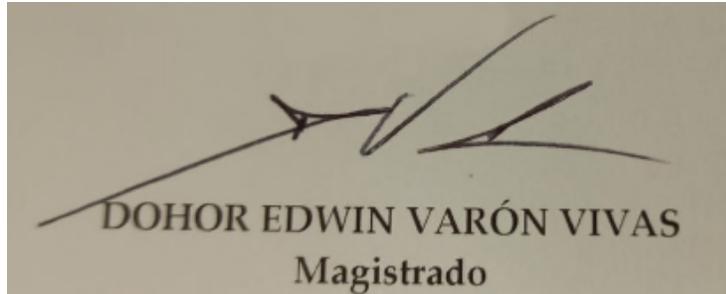
Cúmplase,

Discutido y aprobado en Sala Segunda Dual de Decisión ordinaria celebrada en la fecha.

Los integrantes de la Sala Segunda Dual de Decisión,

A handwritten signature in black ink on a light background. The signature is stylized and appears to be 'Jairo Ángel Gómez Peña'.

Jairo Ángel Gómez Peña
Magistrado ponente

A handwritten signature in black ink on a light background. Below the signature, the name 'DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS' and the title 'Magistrado' are printed in black capital letters.

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Segunda de Decisión

Magistrado Ponente: Jairo Ángel Gómez Peña

Manizales, veintidós (22) de enero de dos mil veintiuno (2021)

Radicado.	17-001-33-33-003-2018-00523-02
Clase:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante:	Nelson Medina Duque
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Providencia:	Sentencia No. 03

Asunto

Decide la Sala Segunda de Decisión, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, el 31 de julio de 2019, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. Antecedentes

1. Pretensiones

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

- Se declare la nulidad de la Resolución N° 9044-6 de 23 de noviembre de 2017.
- Se declare que la parte actora pertenece al régimen exceptuado previsto en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, que su situación se halla cobijada por el régimen especial previsto para los docentes vinculados antes del 27 de junio de 2003, y por ende, que su pensión de jubilación debe ser reajustada anualmente con base en lo previsto en las Leyes 91 de 1989 y 71 de 1988.

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

2. Hechos

Se relataron los que a continuación se resumen:

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

- El 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.

3. Normas violadas

Como disposiciones violadas se citaron las siguientes:

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

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

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

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

4. Contestación de la demanda

4.1. Departamento de Caldas

Contestó la demanda con el escrito de folios 58 a 61 del mismo cuaderno. 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 régimen docente e inexistencia del derecho reclamado*', anotando que los artículos 5 y 8 de la Ley 91 de 1989 contemplan los descuentos sobre las mesadas adicionales; '*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.

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

Guardó silencio.

5. Sentencia de Primera Instancia

El a quo negó las pretensiones de la parte demandante y la condenó en costas.

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

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

En cuanto al incremento anual de las pensiones con fundamento en el salario mínimo señaló que éste está dado únicamente para las pensiones que se otorgan con ese rango constitucional. Con apoyo en el pronunciamiento de la Corte Constitucional en sentencia C-435 del 1994 expuso que, con el reajuste de la pensión con fundamento en el Índice de Precios al Consumidor (IPC) no se vulneran los postulados del Estado Social de Derecho ni el principio de favorabilidad previsto en el artículo 53 de la Constitución Política. Expuso que para el caso bajo examine, se debe incrementar la pensión conforme a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993. (fls. -77-87,

C. 1)

6. Recurso de Apelación

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

Respecto de los aportes en salud, citó apartes de las sentencias T-348 de 1997; C-956 de 2001 y C-980 de 2002, según las cuales, en el caso de los docentes vinculados al servicio estatal antes del 27 de junio de 2003 que se encuentran pensionados por el FNPSM, el descuento de la cotización del 5% para la salud se hace sobre cada mesada pensional incluidas las adicionales; en el caso de docentes vinculados a partir del 27 de junio de 2003 que se encuentran pensionados por el referido fondo, la cotización del 12% para salud se descuenta de la respectiva mesada pensional mensual y no de las mesadas adicionales. Considera que aplicar el 12% de descuento para el sistema de salud sobre las mesadas adicionales, desconoce el principio de indivisibilidad en la aplicación de los regímenes pensionales; es decir, que el tomar elementos de uno y otro régimen – de la Ley 812 de 2003 y de la Ley 91 de 1989 – para resolver un mismo aspecto – descuentos en salud respecto de la pensión de afiliados al FNPSM – implica la creación de un tercer régimen. (fls. 91-103, C. 1)

7. Alegatos de conclusión segunda instancia

7.1. La parte demandante reiteró los argumentos expuestos en primera instancia.

7.2. Nación - Ministerio de Educación - FNPSM. Indicó que lo establecido en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 es aplicable a todos los regímenes de pensionados sin importar que se encuentren excluidos del SGSSS por el artículo 279 ibidem. Así mismo, señaló que la Ley 812 de 2003 únicamente alteró respecto del personal docente, lo correspondiente al porcentaje destinado a aportes de salud, más no modificó su régimen pensional - Ley 91 de 1989 - que en relación a los aportes dispone que se

descontarán de las mesadas adicionales.

II. Consideraciones

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

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

1. Ajuste periódico de las pensiones

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

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

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

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

Este cometido constitucional encuentra desarrollo en diversos instrumentos de índole legal, incluso, se encuentra previsto en diferentes disposiciones anteriores a la Carta

Política de 1991. Verbigracia, el canon 1 de la Ley 4ª de 1976¹ disponía:

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

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

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

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

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

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

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

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

“Artículo 14. Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio,

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

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

Por su parte, el Consejo de 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

² MP. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

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).

C-110 de 1996, al señalar:

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

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

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

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

⁴ M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

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.

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,

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/.*

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.

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

2. Descuentos con destino al sistema de salud

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

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

Al pronunciarse sobre la obligación de los pensionados de cotizar con destino al sistema de salud, la Corte 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 sentencias C-1000 de 2007, la Corte reiteró la posición de la obligación de cotizar al Sistema, señalada en la C-548 de 1998 y sobre los aportes que deben efectuar los pensionados señaló:

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

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

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

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

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

⁶ Sentencia T-835 de 2014.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. 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*'.

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

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

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

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)

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

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

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

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.

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

Finalmente, el Tribunal trae a colación los planteamientos esbozados por el 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/.

En conclusión: aun cuando los descuentos sobre las mesadas adicionales no se encuentren previstos de manera explícita en la Ley 812 de 2003, la Sala es del criterio de 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.

Así, 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 derogada por el hecho de que la Ley 812 de 2003 no haya reproducido de manera expresa dicho contenido.

Por ende, se confirmará la sentencia de primer grado.

3. Costas

Se condenará en costas a la apelante, en virtud del supuesto previsto en el numeral 3 del artículo 365 del Código General del Proceso. Se fijan agencias en derecho a favor de la parte demandada y a cargo de la parte demandante, por valor de \$150.000.

⁹ Sentencia de 14 de septiembre de 2017.

4. Consideración final

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

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

III. Falla

Primero: Se confirma la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, el 31 de julio de 2019, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda, en el proceso promovido en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, por el señor Nelson Medina Duque contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Segundo: Se condena en costas a la parte demandante, las cuales se liquidarán conforme a los artículos 365 y subsiguientes del Código General del Proceso. Se fijan agencias en derecho a favor de la parte demandada y a cargo de la parte demandante, por valor de \$150.000.

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

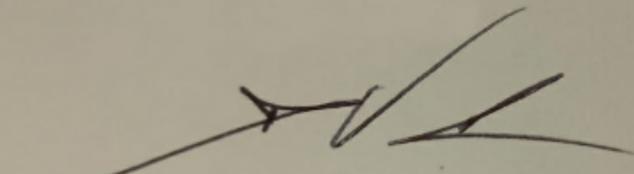
Notifíquese y cúmplase

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

Los integrantes de la Sala Segunda de Decisión,



Jairo Ángel Gómez Peña
Magistrado ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA

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

Manizales, veinticinco (25) de enero de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO No.	17-001-23-33-000-2019-00193-00
PROCESO	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	OSCAR EDUARDO BAÑOL CANO
ACCIONADO	UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP

Procede la Sala a resolver la procedencia de la oferta de revocatoria presentada por la UGPP.

ANTECEDENTES

El señor Bañol Cano a través de demanda presentada el 10 de mayo de 2019 pretende se declare la existencia del silencio administrativo negativo respecto del recurso de reconsideración interpuesto el 28 de septiembre de 2017 en contra de la Liquidación Oficial n° RDO -2017-02334 del 21 de julio de 2017. En consecuencia y a título de restablecimiento del derecho solicita se ordene dejar sin efectos jurídicos la liquidación oficial.

La UGPP presentó oferta de revocatoria proponiendo como fórmula, la declaratoria parcial de la Resolución n° RDC-2018-00741 del 01/08/2018 por medio del cual se resuelve el recurso de reconsideración interpuesto contra la liquidación Oficial n° RDO -2017-02334 del 21 de julio de 2017, y en su lugar se modifica el monto de los aportes adeudados al Sistema General de Seguridad Social por parte del señor Oscar Eduardo Bañol Cano, determinando como nuevo aporte a pagar la suma de VEINTIINUEVE MILLONES CUATROCIENTOS ONCE MIL NOVECIENTOS PESOS M/CTE (\$29.411.900.00), de igual forma la sanción por no declarar se establece en la suma de CINCUENTA Y OCHO MILLONES OCHOCIENTOS VEINTITRES MIL OCHOCIENTOS PESOS M/CTE (\$58.823.800.00).

De la oferta presentada por la entidad accionada mediante auto del 17 de noviembre de 2020 se ordenó dar traslado de la misma a la parte actora para que manifestara si la aceptaba o no, traslado que se surtió por la Secretaría tal y como se informa en la constancia secretarial visible a folio 124 del cuaderno 1.

La parte demandante no se pronunció respecto de la oferta de revocatoria presentada por el UGPP tal y como se informa en la constancia Secretarial visible a folio 124 del cuaderno 1.

CONSIDERACIONES

En tratándose de la figura jurídica de la oferta de revocatoria la Ley 1437 de 2011, en su artículo 95 consagró lo siguiente:

“Artículo 95. Oportunidad. La revocación directa de los actos administrativos podrá cumplirse aun cuando se haya acudido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, siempre que no se haya notificado auto admisorio de la demanda.

Las solicitudes de revocación directa deberán ser resueltas por la autoridad competente dentro de los dos (2) meses siguientes a la presentación de la solicitud.

Contra la decisión que resuelve la solicitud de revocación directa no procede recurso.

Parágrafo. No obstante, en el curso de un proceso judicial, hasta antes de que se profiera sentencia de segunda instancia, de oficio o a petición del interesado o del Ministerio Público, las autoridades demandadas podrán formular oferta de revocatoria de los actos administrativos impugnados previa aprobación del Comité de Conciliación de la entidad.

La oferta de revocatoria señalará los actos y las decisiones objeto de la misma y la forma en que se propone restablecer el derecho conculcado reparar los perjuicios causados con los actos demandados.

Si el Juez encuentra que la oferta se ajusta al ordenamiento jurídico, ordenará ponerla en conocimiento del demandante quien deberá manifestar si la acepta en el término que se le señale para tal efecto, evento en el cual el proceso se dará por terminado mediante auto que prestará mérito ejecutivo, en el que se especificarán las obligaciones que la autoridad demandada deberá cumplir a partir de su ejecutoria”(Líneas de la Sala).

Del contenido de la norma transcrita, se infiere; en primer lugar, respecto de los requisitos de la oferta de revocatoria de actos administrativos lo siguiente: **(I)** Que la oferta de revocatoria de los actos puede presentarse en el curso de un proceso judicial, siempre y cuando no se haya proferido sentencia de segunda instancia. **(II)** Que la oferta de revocatoria puede ser presentada de oficio, a petición del interesado o del Ministerio Público o por las autoridades demandadas. **(III)** Que dicha oferta debe señalar los actos a revocar y la decisión que implique el restablecimiento del derecho por los perjuicios causados con estos; en segundo lugar, respecto del trámite que debe adelantar el Operador Judicial se observa: **(i)** Que si el Juez de conocimiento observa que la oferta no contraría el ordenamiento jurídico, debe ponerla en conocimiento del demandante para que manifieste su aceptación, **(ii)** Que en caso de ser aceptada por el demandante, deberá el Funcionario Judicial dar por terminado el proceso mediante auto que prestara mérito ejecutivo, y **(iii)** Que el Juez deberá especificar en dicho auto las obligaciones a cumplir por parte de la entidad demandada.

Esclarecidos los requisitos que debe contener la oferta de revocatoria y el trámite a surtir, estudiara la Sala si la oferta de revocatoria en estudio cumple con lo dictaminado por la ley.

I. Facultad de quien presenta la oferta de revocatoria

La oferta de revocatoria cumple con este requisito, toda vez que fue presentada por la UGPP, con la aprobación de su Comité de Defensa y Conciliación Judicial.

II. Oportunidad para Presentar la Oferta de Revocatoria

Cumple con el requisito de la oportunidad puesto que su presentación se realizó antes de la realización de la audiencia inicial.

III. La Oferta de Revocatoria fue aceptada por la parte demandante.

En este punto encuentra el Despacho que pese a que se le dio traslado de la oferta a la parte actora esta guardó silencio, por lo que al no existir aceptación del demandante no es posible dar por terminado el proceso.

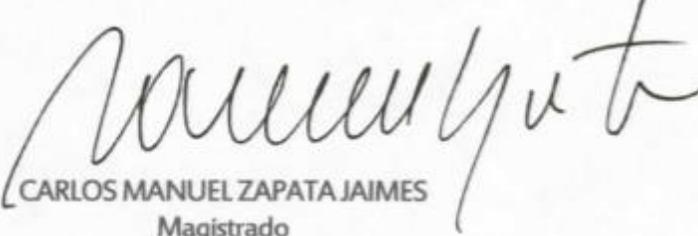
En mérito de lo expuesto, se

RESUELVE

PRIMERO: NO APROBAR la oferta de revocatoria presentada por la **UGPP** dentro del proceso que por el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho inició **ÓSCAR EDUARDO BAÑOL CANO** contra la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP**.

SEGUNDO: ejecutoriada esta providencia regrese el expediente de manera inmediata a fin de continuar el trámite del proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

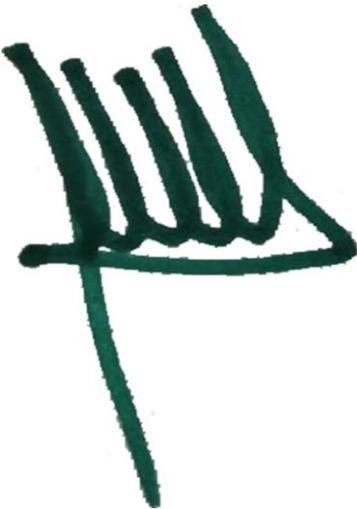


CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Maqistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 011 del 26 de enero de 2021.
Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.

Manizales, _____



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, veinticinco (25) de enero de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO No.	17-001-23-33-000-2019-00382-00
CLASE	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	DIANA FERNANDA CANDAMIL ARREDONDO
ACCIONADO	NACIÓN-RAMA JUDICIAL-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL

Ingresó a despacho el proceso de la referencia para fijar fecha y hora para la audiencia inicial, o en su defecto realizar la actuación que corresponda según el Decreto 806 de 2020.

ANTECEDENTES

La señora Candamil Arredondo presentó una demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra la **NACIÓN-RAMA JUDICIAL-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL** solicitando se declare la nulidad de las Resoluciones nº DESAJMAR18-1257 del 14 de agosto de 2018, DESAJMAR18-1665 del 1 de octubre de 2018 y del silencio administrativo, por medio de los cuales no reconoce el salario conforme al cargo de Abogado Asesor Grado 23 conforme a los decretos de asignación salarial y prestacional para los funcionarios de la Rama Judicial.

Al momento de contestar la demanda propuso como excepción previa la que denomino falta de integración de litis consorcio necesario”, señalando que en el presente trámite debía vincularse a la Nación – Presidencia de la República y a la Nación – Ministerio de Hacienda, por ser estos los competentes para fijar los salarios y prestaciones de los servidores públicos, además de que es el Ministerio de Hacienda el encargado de establecer el presupuesto de la Rama Judicial.

Las excepciones previas propuestas fueron resueltas mediante auto del 16 de diciembre de 2020.

CONSIDERACIONES

El artículo 13 del Decreto Legislativo 806 de 2020 estableció la posibilidad de proferir sentencia anticipada en los asuntos de conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en los siguientes términos:

Artículo 13. Sentencia anticipada en lo contencioso administrativo. El juzgador deberá dictar sentencia anticipada:

1. Antes de la audiencia inicial, cuando se trate de asuntos de puro derecho o no fuere necesario practicar pruebas, caso en el cual correrá traslado para alegar por escrito, en la forma prevista en el inciso final del artículo 181 de la Ley 1437 de 2011 y la sentencia se proferirá por escrito.

2. En cualquier estado del proceso, cuando las partes o sus apoderados de común acuerdo lo soliciten, sea por iniciativa propia o por sugerencia del juez. Si la solicitud se presenta en el transcurso de una audiencia, se dará traslado para alegar dentro de ella. Si se hace por escrito, las partes podrán allegar con la petición sus alegatos de conclusión, de lo cual se dará traslado por diez (10) días comunes al Ministerio Público y demás intervinientes. El juzgador rechazará la solicitud cuando advierta fraude o colusión. Si en el proceso intervienen litisconsortes necesarios, la petición, deberá realizarse conjuntamente con estos. Con la aceptación de esta petición por parte del juez, se entenderán desistidos los recursos que hubieren formulado los peticionarios contra decisiones interlocutorias que estén pendientes de tramitar o resolver.

3. En la segunda etapa del proceso prevista en el artículo 179 de la Ley 1437 de 2011, cuando encuentre probada la cosa juzgada, la transacción, la conciliación, la caducidad, la prescripción extintiva y la falta de legitimación en la causa. La sentencia se dictará oralmente en audiencia o se proferirá por escrito. En este caso no se correrá traslado para alegar.

4. En caso de allanamiento de conformidad con el artículo 176 de la Ley 1437 de 2011.

Con fundamento en la anterior norma, procederá el despacho a emitir pronunciamiento sobre las pruebas del proceso.

De la parte demandante se tendrán como pruebas las documentales acompañadas con la demanda, visibles de folio 19 a 54 del C.1, mismas que serán valoradas de conformidad con la ley al momento de dictar sentencia; de igual forma téngase como prueba los antecedentes administrativos aportados con la contestación de la demanda visibles de folio 99 a 106 del cuaderno 1.

Las partes no hacen solicitud especial de pruebas.

Al no haber pruebas por decretar y practicar, según lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto 806 de 2020, es posible en este caso dictar sentencia anticipada, previo a dar la oportunidad para presentar alegatos de conclusión a las partes y concepto al Ministerio Público, por lo cual se correrá traslado.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas,

RESUELVE

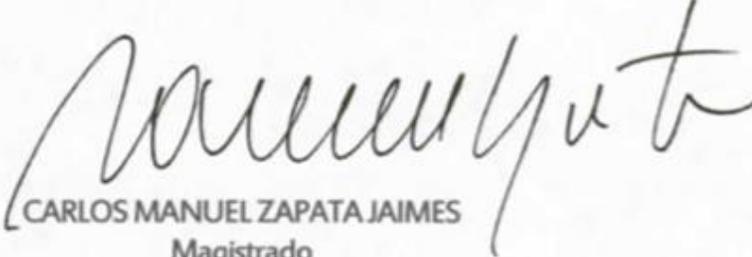
PRIMERO: TÉNGASE COMO PRUEBAS los documentos aportados por la parte demandante y demandada, mismos que serán valorados de conformidad con la ley al momento de dictar sentencia, según lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CÓRRASE TRASLADO a las partes y al Ministerio Público para que, dentro del término de diez (10) días siguientes a la notificación de esta providencia, presenten sus alegatos de conclusión y el respectivo concepto.

TERCERO: Surtido lo anterior, regrese el expediente a despacho para proferir la sentencia anticipada.

CUARTA: SE ADVIERTE a las partes que todo memorial debe ser allegado únicamente al correo dispuesto para tal fin, este es, sgtadminclcd@notificacionesrj.gov.co. Cualquier documento enviado a otra dirección de correo electrónico se tendrá por no presentado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Maestrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, veinticinco (25) de enero de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO No.	17-001-23-33-000-2019-00383-00
CLASE	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	JENNIFER ZULUAGA ZAPATA
ACCIONADO	NACIÓN-RAMA JUDICIAL-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL

Ingresó a despacho el proceso de la referencia para fijar fecha y hora para la audiencia inicial, o en su defecto realizar la actuación que corresponda según el Decreto 806 de 2020.

ANTECEDENTES

La señora Zuluaga Zapata presentó una demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra la **NACIÓN-RAMA JUDICIAL-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL** solicitando se declare la nulidad de las Resoluciones n° DESAJMAR18-1254 del 14 de agosto de 2018, DESAJMAR18-1668 del 1 de octubre de 2018 y del silencio administrativo, por medio de los cuales negó el pago de los salario que a su juicio tiene derecho conforme al cargo de Abogado Asesor Grado 23.

La Nación-Rama Judicial-Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial al momento de contestar la demanda, propuso como excepción previa la que denominó falta de integración de litis consorcio necesario”, señalando que en el presente trámite debía vincularse a la Nación – Presidencia de la República y a la Nación – Ministerio de Hacienda, por ser estos los competentes para fijar los salarios y prestaciones de los servidores públicos, además de que es el Ministerio de Hacienda el encargado de establecer el presupuesto de la Rama Judicial.

Las excepciones previas propuestas fueron resueltas mediante auto del 16 de diciembre de 2020, el cual se encuentra en firme.

CONSIDERACIONES

El artículo 13 del Decreto Legislativo 806 de 2020 estableció la posibilidad de proferir sentencia anticipada en los asuntos de conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en los siguientes términos:

Artículo 13. Sentencia anticipada en lo contencioso administrativo. El juzgador deberá dictar sentencia anticipada:

1. Antes de la audiencia inicial, cuando se trate de asuntos de puro derecho o no fuere necesario practicar pruebas, caso en el cual correrá traslado para alegar por escrito, en la forma prevista en el inciso final del artículo 181 de la Ley 1437 de 2011 y la sentencia se proferirá por escrito.

2. En cualquier estado del proceso, cuando las partes o sus apoderados de común acuerdo lo soliciten, sea por iniciativa propia o por sugerencia del juez. Si la solicitud se presenta en el transcurso de una audiencia, se dará traslado para alegar dentro de ella. Si se hace por escrito, las partes podrán allegar con la petición sus alegatos de conclusión, de lo cual se dará traslado por diez (10) días comunes al Ministerio Público y demás intervinientes. El juzgador rechazará la solicitud cuando advierta fraude o colusión. Si en el proceso intervienen litisconsortes necesarios, la petición, deberá realizarse conjuntamente con estos. Con la aceptación de esta petición por parte del juez, se entenderán desistidos los recursos que hubieren formulado los peticionarios contra decisiones interlocutorias que estén pendientes de tramitar o resolver.

3. En la segunda etapa del proceso prevista en el artículo 179 de la Ley 1437 de 2011, cuando encuentre probada la cosa juzgada, la transacción, la conciliación, la caducidad, la prescripción extintiva y la falta de legitimación en la causa. La sentencia se dictará oralmente en audiencia o se proferirá por escrito. En este caso no se correrá traslado para alegar.

4. En caso de allanamiento de conformidad con el artículo 176 de la Ley 1437 de 2011.

Con fundamento en la anterior norma, procederá el despacho a emitir pronunciamiento sobre las pruebas del proceso.

De la parte demandante se tendrán como pruebas las documentales acompañadas con la demanda, visibles de folio 19 a 45 del C.1, mismas que serán valoradas de conformidad con la ley al momento de dictar sentencia; de igual forma téngase como prueba los antecedentes administrativos aportados con la contestación de la demanda visibles de folio 87 a 94 del cuaderno 1.

Las partes no hacen solicitud especial de pruebas.

Al no haber pruebas por decretar y practicar, según lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto 806 de 2020, es posible en este caso dictar sentencia anticipada, previo a dar la oportunidad para presentar alegatos de conclusión a las partes y concepto al Ministerio Público, por lo cual se correrá traslado.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas,

RESUELVE

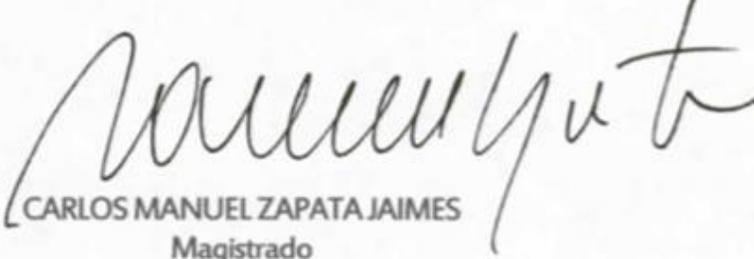
PRIMERO: TÉNGASE COMO PRUEBAS los documentos aportados por la parte demandante y demandada, mismos que serán valorados de conformidad con la ley al momento de dictar sentencia, según lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CÓRRASE TRASLADO a las partes para que dentro del término de diez (10) días siguientes a la notificación de esta providencia, presenten sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que si lo considera rinda su concepto de fondo.

TERCERO: Surtido lo anterior, regrese el expediente a despacho para proferir la sentencia anticipada.

CUARTA: SE ADVIERTE a las partes que todo memorial debe ser allegado únicamente al correo dispuesto para tal fin, este es, sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co. Cualquier documento enviado a otra dirección de correo electrónico se tendrá por no presentado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Maestrado

<p>TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS</p> <p>El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica por Estado Electrónico No. 011 de fecha 26 de enero de 2021.</p> <p>Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.</p> <p>Manizales,</p> <hr/>  <hr/> <p>HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA Secretario</p>
--