

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Segunda de Decisión

Magistrado Ponente: Jairo Ángel Gómez Peña

Manizales, cinco (5) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

Radicado.	17-001-33-33-004-2018-00469-02
Clase:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante:	Olga María Hernández Uchima
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Providencia:	Sentencia N°. 24

Asunto

Resuelve la **Sala Segunda de Decisión** el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, el 21 de octubre 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 lo siguiente:

1. Declarar la nulidad de la Resolución n° 10262-6 del 19 de noviembre de 2015 por medio de la cual se negó el reconocimiento y pago del reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme a lo establecido en la Ley 71 de 1988.
2. Que se declare que la parte demandante tiene derecho a que la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, le reconozca y pague el reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme a la Ley 71 de 1988.

3. Que se condene a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a que reconozca y pague la diferencia entre lo pagado y lo que se ha debido pagar desde el año siguiente al inicio de disfrute de la pensión.
4. Que se ordene el cumplimiento de la sentencia en los términos del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.
5. Que se condene en costas a la parte demandada.

2. Hechos

Se relataron los que a continuación se resumen:

La parte demandante es pensionada por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. La entidad demandada viene realizando los ajustes anuales de incremento salarial tomando como punto de referencia lo establecido en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 según porcentaje de incremento del IPC del año inmediatamente anterior. La demandada negó la solicitud efectuada por la parte actora para que le fuera reconocido el reajuste periódico de la pensión de conformidad con los incrementos anuales fijados por el Gobierno Nacional para el SMLMV en aplicación de la Ley 71 de 1988.

3. Normas violadas

Como disposiciones violadas se citaron las siguientes:

Artículos 48 y 53 de la Constitución Política; Artículo 1° de la Ley 71 de 1988; Artículos 14 y 279 de la Ley 100 de 1993; y el Decreto 1160 de 1989.

Se aduce en la demanda, que el reajuste de las mesadas pensionales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio está regulado por la Ley 71 de 1988 y por el Decreto 1160 de 1989; ello, en virtud de la exclusión del régimen de la Ley 100 de 1993, artículo 279. Sin embargo, indica, el FOMAG desde la expedición de la Ley 238 de 1995 reajusta las pensiones de los afiliados aplicando el artículo 14 de la Ley 100, incurriendo desde el año 1996 en violación a dichas normas y a los artículos 53 y 58 de la Constitución, desconociendo además que se trata de un derecho adquirido. Realiza la comparación entre los porcentajes del incremento del salario mínimo legal mensual y del IPC hasta el año 2018, para concluir que es más favorable el incremento conforme a la primera variable.

4. Contestación de la demanda

La Nación - Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del

Magisterio no contestó la demanda.

5. Sentencia de Primera Instancia

El Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 21 de octubre de 2019, resolvió lo siguiente:

“PRIMERO: NEGAR las pretensiones [...].

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS a la parte demandante [...].”

Se remite a los artículos 14 y 279 de la Ley 100 de 1993, en virtud de los cuales se regula la forma en que debe hacerse el reajuste de las pensiones, todo lo cual se aplica incluso a los pensionados bajo los regímenes de excepción, a quienes por tanto dicho reajuste también se realiza con base en la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor (IPC) certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior.

Resalta que con el artículo 289 de la Ley 100 de 1993, fueron derogadas aquellas disposiciones contrarias a la misma, entendiendo así que el artículo 1° de la Ley 71 de 1989 quedó derogado de manera tácita. De igual forma citó providencias del Consejo de Estado en donde se exponen las razones por las cuales no resulta aplicable el artículo 1° de la Ley 71 de 1989 para efectos de determinar el incremento anual de la pensión de los afiliados al FNPSM. Considera errado entender que el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 esté condicionado la favorabilidad que represente su aplicación en el caso de los regímenes exceptuados, en tanto la Ley 238 de 1995 – mediante la cual se adicionó el artículo 279 de la Ley 100, dispuso que las excepciones consagradas en este último artículo *“no implicaban negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores allí contemplados”*. (fls. 55 – 64, C. 1)

6. Recurso de Apelación

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte demandante presentó en término el recurso de apelación contra la misma, reiterando los argumentos de la demanda. Insiste en que la Ley 71 de 1988 conserva plena vigencia y continúa produciendo efectos jurídicos en virtud del Régimen de Transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; teniendo en cuenta, además, que la Ley 238 de 1995 está instituida exclusivamente para otorgar “beneficios y derechos” a los regímenes exceptuados en cuanto al reajuste de las pensiones. Señala que este sentido es justamente el aplicado en el caso de la fuerza pública debido a que se entiende que la ley 238 es más favorable que el Decreto 1212 de 1990. Indica, además, que el régimen exceptuado se debe aplicar en su integridad, salvo disposición legal en

contrario que les extienda un beneficio previsto del régimen general.

El demandante da a entender que el derecho al reajuste de la pensión, hace parte del régimen pensional especial que se aplica a los docentes afiliados al FNPSM con anterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003; y que al igual que los demás aspectos de dicho régimen, el reajuste con base en el incremento del SMLMV debe ser tenido en cuenta en este caso.

Estima que al entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones – ley 100 de 1993 -, las pensiones del régimen docente quedaron amparadas por los regímenes de excepción establecidos en el artículo 279 de la norma en cita, siéndoles aplicable el artículo 14 de aquella, previo cumplimiento del requisito de favorabilidad previsto en el artículo 1° de la Ley 238 de 1995. Luego, de no encontrarse beneficio alguno en la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 en el caso de las pensiones de los docentes afiliados al FNPSM, la fórmula de incremento de las mesadas allí contemplada, no debe ser aplicada frente a éstos por resultar ilegal. (fls. 68 – 70, C. 1)

7. Alegatos de conclusión segunda instancia

7.1. Parte demandante

Reitera lo expuesto en primera instancia en torno al derecho que le asiste para que su pensión sea reajustada anualmente con base en el incremento del SMLMV, conforme los establece el artículo 1° de la Ley 71 de 1988. (fls. 25 a 28, C. 2)

7.2. Defensa Jurídica del Estado

Presentó un escrito en el cual plantea un argumento ajeno al objeto en torno al cual gira la presente controversia. (fls. 8-15, C. 2)

II. Consideraciones

A efectos de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante a través de apoderado judicial, la Sala procederá a abordar los siguientes ítems: i) Planteamiento del problema jurídico, ii) Acervo probatorio allegado al proceso y iii) Marco legal aplicable y análisis del caso concreto.

1. Problema jurídico

¿Tiene derecho la parte demandante al reconocimiento y pago del reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme lo establece la Ley 71 de

1988, teniendo en cuenta la variación del salario mínimo legal mensual vigente?

2. Acervo probatorio

En el expediente se encuentra acreditado que la señora Olga María Hernández Uchima obtuvo la pensión de jubilación mediante la Resolución No. 21305 del 19 de febrero de 1998 por parte del FNPSM (fls.14-15, C. 1) y mediante la Resolución No. 10262-6 del 19 de noviembre de 2015, le fue negada la solicitud de reajuste anual de la pensión con base en el incremento del SMLMV, consagrado en el artículo 1° de la Ley 71 de 1988. (fls. 21-22, C. 1)

3. Marco legal aplicable y análisis del caso concreto

3.1. Régimen General de Seguridad Social

El artículo 48 de la Carta Política concibe la seguridad social como un servicio público obligatorio que debe prestarse bajo la dirección coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; asimismo se garantiza como un derecho irrenunciable al que acceden los trabajadores que acreditan los requisitos previstos en la ley para ese efecto.

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

El Sistema de Seguridad Social Integral, previsto en la Ley 100 de 1993¹, tuvo como objeto garantizar la protección del trabajador, entre otros, frente al riesgo de vejez, en aras de proveerle una buena calidad de vida al final de su historia laboral. Para ello, dispuso la creación de instituciones públicas y privadas encargadas de la administración de los recursos y del reconocimiento de la prestación vitalicia, 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*

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

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”.

Ahora bien, 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 el incremento 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 representara 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 reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que fuere incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.

La citada norma fue reglamentada por el Decreto 1160 de 1989, el cual 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 para los beneficiarios de los regímenes del sector público, oficial y privado, teniendo en cuenta el incremento porcentual del salario mínimo legal mensual vigente más alto.

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

“ARTÍCULO 14. REAJUSTE DE PENSIONES. Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente

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

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.”-sft-

Dicha normativa fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-387 de 1994⁴, donde señaló que el incremento por el IPC o por el salario mínimo, cumple el objetivo del reajuste periódico de las pensiones, y es facultad del legislador determinar el mismo:

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

“... ”

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

“... ”

Ahora bien: que el índice de precios al consumidor aumenta en proporción superior al porcentaje en que se incrementa el salario mínimo, es un argumento que esgrime el demandante, pero que no se ajusta a la realidad, pues como se demostrará en seguida, estos valores no han sido constantes, y no podían serlo, porque 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:

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

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

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>

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

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

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

Sobre este tema, la Sección Segunda del Consejo de Estado⁵, en providencia del 17 de agosto del 2017 proferida 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 lo dispuesto por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, y que esto es aplicable a las pensiones causadas con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993:

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

« [...] A partir del 1º 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

⁵ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION SEGUNDA - SUBSECCIÓN A- Consejero ponente: WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ - Bogotá, D.C., diecisiete (17) de agosto de dos mil diecisiete (2017) -Radicación número: 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14). <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2102915>

favor de los pensionados con anterioridad al 1° de enero de 1994. [...]

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

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

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

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

Referente al argumento esbozado por la parte demandante, según el cual, se debe dar aplicación en estos casos al artículo 1 de la Ley 71 de 1989, que regula el ajuste de la mesada pensional, es pertinente traer a colación el pronunciamiento expuesto por la Máxima Corporación Constitucional en sentencia C-435 de 2017, bajo la acción pública de constitucionalidad, en donde fue demandada la nulidad parcial del artículo 14 de la Ley 100 de 1993, concerniente al reajuste de pensiones según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, así:

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

(...)

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

(...)

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

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

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

(...)

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

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

Sociales del Magisterio:

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

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

Este artículo fue adicionado por la Ley 238 de 1995⁶, que dispuso la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 a los regímenes exceptuados previstos en dicha disposición; o sea, el incremento de las pensiones conforme al IPC:

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

*“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/*

De esta manera, el incremento de las pensiones de los docentes pensionados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 no se rige por el artículo 1° de la Ley 71 de 1988, toda vez que el factor de incremento anual de las pensiones no forma parte del Régimen Pensional por el cual se rigen los docentes, como son la edad, el monto, el ingreso base de liquidación y la tasa, y como lo señaló el Consejo de Estado⁷. Además, el reajuste de la mesada pensional no es un derecho adquirido, por lo que el legislador está habilitado para modificar las normas que consagran la proporción del aumento anual. Es del caso agregar que la norma que pretende la parte demandante que se aplique al incremento de su mesada, el artículo 1° de la Ley 71 de 1988, **fue derogado** por la Ley 100 de 1993.

Lógicamente, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario

En consecuencia, conforme a los pronunciamientos jurisprudenciales citados, se tiene que la Constitución Política le otorgó al Legislador la autonomía de fijar el reajuste

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

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

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

En ese orden de ideas, considera la Sala que no se encuentra demostrada la vulneración de los derechos invocados en la parte actora, dado que conforme a los presupuestos normativos y jurisprudenciales antes citados, se observa que **no** le asiste razón al accionante al indicar que el reajuste de las mesadas pensionales se deben realizar conforme al artículo 1 de la Ley 71 de 1989, esto es, conforme al salario mínimo, norma derogada por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, conforme lo ya dicho sin ambages por el Consejo de Estado; derogatoria que aplica por igual a quienes fueron pensionados antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, encuéntrense o no amparados por un régimen exceptuado.

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

4. Costas en segunda instancia

Con base en el numeral 3 del artículo 365 numeral 1 del CGP, aplicable por virtud del precepto 188 de la Ley 1437 de 2011, no se impondrán costas a cargo de la parte vencida en el proceso, toda vez que no se observan actuaciones adelantadas por la parte accionada en esta instancia.

5. 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, la Sala Segunda del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

III. Falla

Primero: Se confirma la sentencia proferida proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, el 21 de octubre 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 la señora Olga María Hernández Uchima contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de

Prestaciones Sociales del Magisterio.

Segundo: Sin condena en costas.

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

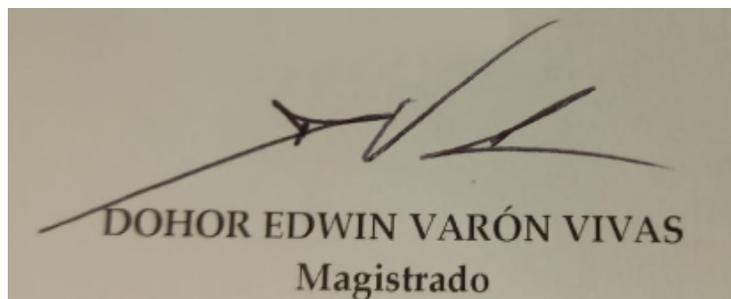
Notifíquese y cúmplase

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

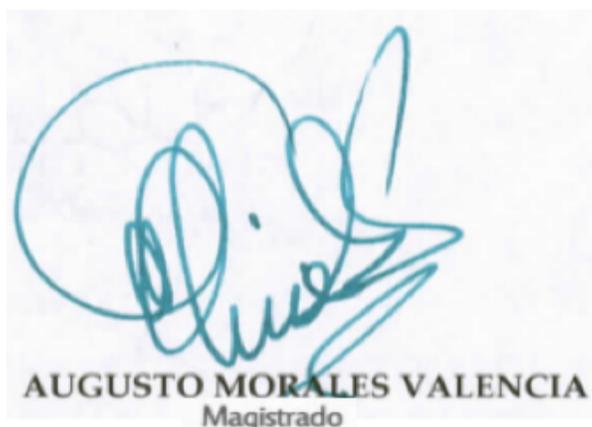
Los integrantes de la **Sala Segunda de Decisión**,



Jairo Ángel Gómez Peña
Magistrado ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Segunda de Decisión

Magistrado Ponente: Jairo Ángel Gómez Peña

Manizales, cinco (5) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

Radicado.	17-001-33-33-001-2018-00368-02
Clase:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante:	María Orfa Montes Castrillón
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Providencia:	Sentencia No. 23

Asunto

Resuelve la **Sala Segunda de Decisión** el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales el 24 de septiembre de 2019, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

I. Antecedentes

1. Pretensiones

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

- Se declare la nulidad de la Resolución N° 8304-6 de 30 de octubre de 2017.
- Se declare que la parte actora pertenece al régimen exceptuado previsto en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, que su situación se halla cobijada por el régimen especial previsto para los docentes vinculados antes del 27 de junio de 2003, y por ende, que su pensión de jubilación debe ser reajustada anualmente con base en lo previsto en las Leyes 91 de 1989 y 71 de 1988.

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

2. Hechos

Se relataron los que a continuación se resumen:

- Se vinculó a la docencia oficial con anterioridad al 27 de junio de 2003, y al cumplir los requisitos de ley le fue reconocida pensión de jubilación, de la cual le han venido descontando el 12% de cada mesada pensional, incluidas las adicionales de junio y diciembre, con destino al sistema de salud.
- Pese a que en el acto de reconocimiento se dijo que el reajuste anual pensional se daría en virtud de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, dichos incrementos se han hecho conforme lo dispone el mandato 14 de la Ley 100 de 1993.
- Desde la promulgación de la Ley 100 de 1993, los incrementos anuales de las pensiones ordenados en el artículo 53 de la Carta Política vienen dándose con la aplicación del Índice de Precios al Consumidor (IPC), según lo consagrado en el canon 14 de dicho dispositivo legal.
- El 4 de octubre de 2017 presentó solicitud ante la entidad demandada con el fin de

que su pensión fuera incrementada conforme lo dispone el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, igualmente que el descuento con destino al sistema de salud se ajustara al 5% de cada mesada, peticiones negadas a través del acto demandado.

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

No contestó la demanda.

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

Magisterio

No contestó la demanda.

5. Sentencia de Primera Instancia

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

“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS todas las excepciones propuestas por la Nación – Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, excepto la de prescripción [...]

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA de oficio la excepción denominada “inexistencia de la obligación del FNPSM para el cese, disminución y devolución de un porcentaje por concepto de aportes al sistema de seguridad social en salud” [...]

CUARTO: DECLARAR la nulidad parcial de la resoluciones [...] 8304-6 de 2017, en los procesos [...] 2018-00368, respectivamente. En cuanto negaron la solicitud de reconocimiento de pago del incremento periódico de las pensiones conforme al aumento fijado por el Gobierno Nacional para el salario mínimo [...]

QUINTO: 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, mes por mes, la pensión mensual vitalicia de cada uno de los demandantes, con base en el porcentaje de incremento del salario mínimo mensual legal vigente desde la fecha de reconocimiento pensional. [...]

SEXTO: La suma que se pague a favor de cada uno de los demandantes se actualizará utilizando la fórmula de matemática financiera empleada por la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo [...]

SÉPTIMO: CONDENAR EN COSTAS a la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio [...]”

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

En cuanto al incremento anual de las pensiones con fundamento en el salario mínimo señaló que, los docentes afiliados al FNPSM tienen derecho a un reajuste pensional equivalente al incremento anual del SMLMV de conformidad con el artículo 1° de la Ley 71 de 1988, en concordancia con el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, por tratarse de un régimen exceptuado. Como sustento de ello, señaló que el incremento consagrado en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 se aplica al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y al Régimen de Ahorro Individual, no a los regímenes exceptuados. Así mismo, aduce que el artículo 279 de la Ley 100 hace referencia a los regímenes exceptuados para indicar que las disposiciones de dicha ley no le son aplicables. Expone que el artículo 1 de la Ley 71 de 1988 no quedó derogado con la

Ley 100 de 1993, pues esta última, en su artículo 289, puntualmente derogó el párrafo del artículo 7 de dicha Ley 71 y si la intención hubiese sido la de derogar el artículo 1°, así lo hubiese consagrado. Finalmente, consideró que la Ley 238 de 1995 no impone un régimen de reajuste derogatorio de los previstos en los regímenes exceptuados, sino que impide que el beneficio del reajuste por el IPC se le niegue a los pensionados cuyas pensiones resulten reajustadas con un valor inferior al IPC, tal como sucedía con el principio de oscilación. La ley 238 consagra un principio de favorabilidad en favor de los regímenes exceptuados, en virtud del cual, sólo cuando el incremento de la pensión de acuerdo al IPC previsto en el artículo 14 de la Ley 100 les sea más favorable, puede serles aplicado; no así cuando ello resulte menos favorable. (fls. 63-80, C. 1)

6. Recurso de Apelación

6.1. Parte demandante

La parte demandante apeló la sentencia de primera instancia al considerar 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. Indica que el fallo incurre en un error de interpretación pues le da un sentido equivocado a la ley 812 de 2003, al Acto Legislativo 01 de 2005 y a la sentencia de constitucionalidad 369 de 2004. Señala igualmente, que en la sentencia se están invocando precedentes que enmarcan situaciones solamente referidas a los pensionados del Régimen General de Pensiones. Afirma que se está incurriendo en un error de conceptualización en cuanto a aportes y cotización, todo ello, para concluir que a la parte demandante se le debe descontar solamente el 5% de su mesada pensional como aportes al sistema de salud, debiéndosele reintegrar el 7% del aporte realizado en exceso según el marco legal y jurisprudencial. (fls. 93-111, C. 1)

6.2. Parte demandada

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

de primer grado. (fls. 113-118, C. 1)

7. Alegatos de conclusión segunda instancia

Las partes guardaron silencio.

II. Consideraciones

Atendiendo a la postura planteada por los apelantes y a lo expuesto en el fallo de primer grado, los problemas jurídicos a resolver en el presente asunto se contraen a dilucidar 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:

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

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

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

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

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

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

Con la promulgación de la Ley 100 de 1993, se introdujo un cambio en el parámetro de aumento periódico de las mesadas pensionales, dependiendo del valor de la misma,

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

pues una es la regla aplicable cuando la pensión es equivalente al valor del salario mínimo mensual legal vigente, y otra cuando es superior a dicho guarismo. Al respecto, el artículo 14 de dicho esquema disposicional prevé:

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

La norma en mención fue objeto de estudio de constitucionalidad, cuyo resultado fue la exequibilidad, declarada mediante la Sentencia C-387 de 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:

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).

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

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

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

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

Por otra parte, frente al argumento según el cual, el principio de favorabilidad en materia pensional legitima la aplicación del incremento pensional con el aumento del salario mínimo legal mensual vigente previsto en la Ley 71 de 1988, la Corte Constitucional en la Sentencia C-425 de 2017⁴ esbozó:

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

(...) Por lo tanto, se concluye que además de que la propia Constitución faculta al legislador a decidir, con autonomía política, de qué manera reajustar periódicamente el valor de las pensiones, de tal forma que no

⁴ M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

hay lugar aquí para la aplicación del principio de favorabilidad en materia laboral del que trata el artículo 53 superior, en todo caso los índices o referencias de actualización a los que acudió el legislador para actualizar las pensiones de forma diferenciada según su valor (IPC y SMLMV) tienen un origen, una explicación y unos propósitos diferentes, al mismo tiempo que se relacionan entre ellos de una forma particular. (...)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Así las cosas, abordados los pormenores del caso, resulta evidente que la pensión reconocida por el FNPSM a favor de la señora María Orfa Montes Castrillón supera el valor del salario mínimo legal mensual vigente /fl. 40 cdno. 1/, por lo que la entidad demandada, al negar el incremento pretendido al tenor del artículo 1 de la Ley 71 de 1988 se ajustó plenamente al ordenamiento jurídico, lo que derivaba en una decisión negativa frente a las pretensiones de la demanda, como en efecto ocurrió.

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”.

⁶ Sentencia T-835 de 2014.

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

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

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

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

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

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

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

“(…) La cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al sistema general de seguridad social en salud según las normas del presente régimen, será máximo del 12% del

salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. Dos terceras partes de la cotización estarán a cargo del empleador y una tercera parte a cargo del trabajador. Un punto de la cotización será trasladado al fondo de solidaridad y garantía para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado” /Resalta la Sala/.

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

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

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

De igual manera, el deber de cotizar al sistema de salud en cabeza de los pensionados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM), así como el monto de los aportes, fue objeto de pronunciamiento por el Consejo de 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 8° de la Ley 91 de 1989, respecto del personal afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que incluye también a los pensionados. (Pensión ordinaria) (...)

6.2. Afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

<i>Ley 91 de 1989 artículo 8-5</i>	<i>5%</i>
------------------------------------	-----------

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) -Radlicación 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/.

Por modo, aun cuando los descuentos sobre las mesadas adicionales no se encuentren previstos de manera explícita en la Ley 812 de 2003, la Sala es del criterio que dicha obligación no ha cesado, pues en atención al principio de solidaridad que informa todo el Sistema de Seguridad Social, los descuentos por este concepto se avienen al ordenamiento jurídico.

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

Por ende, se revocarán los ordinales primero, cuarto, quinto, sexto y séptimo de la sentencia de primer grado, en relación con la señora María Orfa Montes Castrillón, proceso radicado bajo el número 2018-00368. Se confirmará el ordinal segundo de la sentencia y se negarán las pretensiones de la parte demandante.

Adicionalmente, se condenará en costas de primera instancia a la parte demandante en favor de la parte demandada. Se fijan agencias en derecho equivalentes a 1% de las pretensiones de la demanda.

⁹ Sentencia de 14 de septiembre de 2017.

3. Costas en segunda instancia

No se condenará en costas en esta instancia comoquiera que no se encuentra acreditada la causación de las mismas.

4. Consideración final

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

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

III. Falla

Primero: Se revocan los ordinales primero, cuarto, quinto, sexto y séptimo de la sentencia de primer grado, en relación con la señora María Orfa Montes Castrillón, proceso radicado bajo el número 2018-00368.

Segundo: Se confirma el ordinal segundo de la providencia apelada.

Tercero: Se niegan las pretensiones de la demanda.

Cuarto: Se condena en costas de primera instancia a la parte demandante en favor de la parte demandada. Se fijan agencias en derecho equivalentes a 1% de las pretensiones de la demanda.

Quinto: Sin condena en costas en segunda instancia.

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

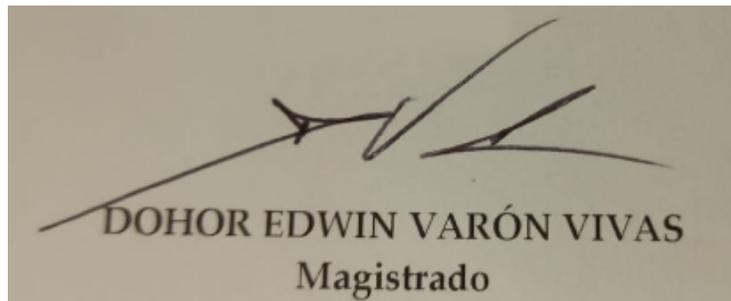
Notifíquese y cúmplase

Discutida y aprobada en **Sala Segunda de Decisión** ordinaria celebrada en la fecha.

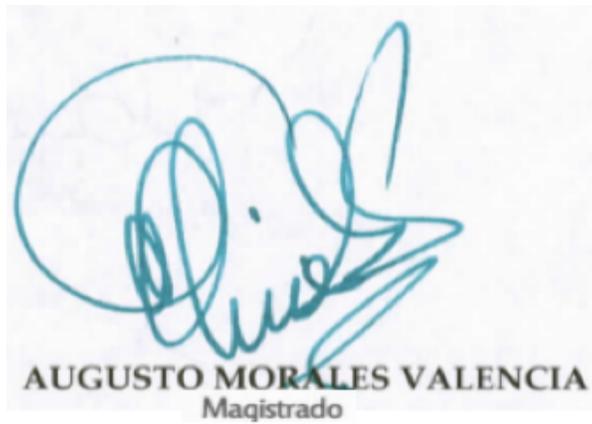
Los integrantes de la **Sala Segunda de Decisión**,

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Jairo Ángel Gómez Peña', written in a cursive style.

Jairo Ángel Gómez Peña
Magistrado ponente

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Dohor Edwin Varón Vivas', written in a cursive style. Below the signature is a printed name and title.

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

A handwritten signature in blue ink, appearing to be 'Augusto Morales Valencia', written in a cursive style. Below the signature is a printed name and title.

AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala de Conjueces

Manizales, diez (10) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Conforme a lo resuelto mediante providencia del 10 de octubre de 2019 por la Sección Segunda del Consejo de Estado (fl. 221), en la cual declaró fundado el impedimento presentado por la Sala Plena de esta Corporación, y de acuerdo con el sorteo de Conjueces celebrado el pasado 25 de septiembre de 2020, se **AVOCA** el conocimiento del presente proceso en el estado en que se encuentra.

Se ordena que por Secretaría, se continúe con el trámite de este medio de control en la etapa en que se encuentre.

Notifíquese y cúmplase

DANIEL FERNANDO LOAIZA CORREA
Conjuez Sustanciador

<p>REPUBLICA DE COLOMBIA</p> <p>TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS</p> <p>El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la(s) parte(s) por anotación en el Estado Electrónico n°. <u>23 de 11 de febrero de 2021</u>.</p> <p>HECTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA Secretario</p>
--

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala de Conjueces

Manizales, diez (10) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Procede el Despacho a resolver la admisibilidad del recurso de apelación presentado por la parte demandada en contra de la sentencia de 1° instancia n° 211, de conformidad con del artículo 203 del CPACA y en concordancia con los artículos 192 inciso 1° y 247 ibídem, sentencia emitida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales el pasado 12 de setiembre de 2018, la cual accedió a las pretensiones de la demanda.

La sentencia recurrida fue notificada por estado n° 092 de 13 de septiembre de 2018 y comunicado a los correos electrónicos de las partes, de la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado y del Ministerio Publico a través de mensaje de datos enviados ese mismo día, conforme se puede verificar por la constancia de envío y los acuses de recibo obrantes a folios 193 a 196 del C.1. Además, la parte demandada allegó escrito con recurso de apelación el 25 de septiembre de 2018, recurso que se encuentra dentro del término de 10 días otorgado por el numeral 1° del artículo 247 de la ley 1437 de 2011. Dicho término feneció el 1° de octubre de 2018.

Por otro lado, se cumplió a cabalidad el requisito contemplado en el inciso 1° del artículo 192 declarando fallida la conciliación y se concedió el recurso en el efecto suspensivo.

En consecuencia, se **ADMITE** el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada **Nación – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial – Rama Judicial** contra la Sentencia n° 211 de 13 de septiembre de 2018, y emitida por el Juez Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del medio de control nulidad y restablecimiento del derecho donde obra como demandante la señora **Ruby del Carmen Riascos Vallejo**.

Ejecutoriado este auto y sin necesidad de otra providencia que lo ordene, se corre traslado común a las partes y al Ministerio Público por el término de diez (10) días, para que presenten sus alegatos de conclusión.

Notifíquese y cúmplase

DANIEL FERNANDO LOAIZA CORREA
Conjuez

17 001 33 39 007 **2016 – 00020** 00

Ruby del Carmen Riascos Vallejo vs. Nación – DEAJ – Rama Judicial

Admite recurso contra sentencia y corre traslado para alegar de conclusión

Auto de sustanciación n° 011



REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala de Conjueces

Manizales, diez (10) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Procede el Despacho a resolver la admisibilidad del recurso de apelación presentado por la parte demandante en contra de la sentencia de 1° instancia n° 13, de conformidad con del artículo 203 del CPACA y en concordancia con los artículos 192 inciso 1° y 247 ibídem, emitida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales el pasado 21 de junio de 2019 en desarrollo de la audiencia contemplada en el artículo 180 del CPACA, la cual negó a las pretensiones de la demanda.

La sentencia recurrida fue notificada en estrados en desarrollo de la audiencia inicial que se celebró el 21 de junio de 2019, igualmente se notificó a los correos electrónicos de las partes, de la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado y del Ministerio Público a través de mensaje de datos que se envió el 25 de junio de 2019, conforme se puede verificar por la constancia de envío y los acuses de recibo obrantes a folios 224 a 225 del C.1. Posteriormente fue corregido el numeral 3° de la sentencia a petición de la parte demandada Colpensiones, corrección que se ejecutó mediante providencia n° 86 de 15 de julio de 2019. La parte demandante allegó escrito con recurso de apelación el 8 de julio de 2019, recurso que se encuentra dentro del término de 10 días otorgado por el numeral 1° del artículo 247 de la ley 1437 de 2011, término que feneció el 8 de julio de 2019.

En consecuencia, se **ADMITE** el recurso de apelación interpuesto por el señor apoderado de la parte demandante contra la sentencia n° 13 de 21 de junio de 2019 y emitida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho donde son demandados la Nación – Fiscalía General de la Nación y la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones.

Ejecutoriado este auto y sin necesidad de otra providencia que lo ordene, se corre traslado común a las partes y al Ministerio Público, por el término de diez (10) días, para que presenten sus alegatos de conclusión.

Notifíquese y cúmplase

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'D. Loaiza', with a large circular flourish at the end.

DANIEL FERNANDO LOAIZA CORREA
Conjuez Sustanciador

Rad. 17 001 33 33 003 2017 – 00443 00

Silvio Betancourt Loaiza vs. Nación – Fiscalía General de la Nación y Colpensiones

Admite recurso contra sentencia y corre traslado para alegar de conclusión

Auto de sustanciación n° 012



REPÚBLICA DE COLOMBIA



Libertad y Orden

Tribunal Administrativo de Caldas

Magistrado Ponente: Jairo Ángel Gómez Peña

A.I. 18

Manizales, cinco (5) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

Radicación	17-001-33-39-006-2018-00431-02
Clase	Ejecutivo
Accionante	Marco Tulio Giraldo Torres
Accionado	Departamento De Caldas

Procede el Despacho a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte ejecutante, contra el auto proferido por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales de fecha 18 de diciembre de 2018, mediante el cual decidió negar el mandamiento de pago.

I. Antecedentes

Por medio de apoderado la parte demandante interpuso demanda ejecutiva contra el Departamento de Caldas, solicitando se condene a pagar a dicha entidad la suma de dinero correspondiente a las prestaciones no canceladas y que fueron ordenadas en sentencia, relacionados con la prima de servicios y la bonificación por servicios prestados. Según afirma, radicó cuenta de cobro ante la entidad accionada el 16 de abril de 2015 y a la fecha de presentación de la demanda ejecutiva no se había cumplido con dicha obligación.

1. Decisión de primera instancia

El Juzgado Sexto Administrativo del Circuito mediante auto del 18 de diciembre de 2018 negó el mandamiento de pago. Consideró que para la fecha no era viable librar mandamiento de pago en contra del Departamento de Caldas, atendiendo a que la entidad ejecutada se encontraba inmersa en un proceso de reestructuración de pasivos en el marco de la Ley 550 de 1999, por lo que no era dable perseguir por la vía ejecutiva obligaciones laborales, pues en estos casos prima la estabilidad administrativa y financiera de la entidad pública para que pueda seguir llevando a cabo sus cometidos constitucionales, postura que soportó en la Sentencia C-493 de 2002 y

en pronunciamientos proferidos por este Tribunal en casos similares (Exp. 2017-00064-02 y 2017-00193-02, M.P. Carlos Manuel Zapata Jaimes).

2. Impugnación

El apoderado de la parte accionante presentó recurso de apelación manifestando que la providencia que sirve de título ejecutivo quedó ejecutoriada el 5 de diciembre de 2015, fecha posterior al acuerdo de reestructuración, así las cosas, refirió que los créditos originados en la sentencia tienen la calidad de ser externos y ajenos al acuerdo según el ordinal 9 del artículo 34 de la Ley 550 de 1999.

De otro lado, manifestó que sí se torna procedente la acción ejecutiva, ya que consideró que se dan las condiciones de la normativa que enunció y además, afirmó que por tratarse de créditos laborales, gozan de prelación legal, por ser de primera clase, en los términos del ordinal 4 del artículo 2495 del Código Civil.

Por lo anterior solicitó se revoque en su integridad el auto impugnado y se libre mandamiento de pago solicitado en la demanda.

II. Consideraciones

El problema jurídico a decidir se circunscribe a determinar:

¿Actualmente se encuentra el Departamento de Caldas en proceso de reestructuración?

En caso negativo

¿Es procedente negar el mandamiento de pago?

1. Caso concreto

Consultada por el Despacho la página oficial del Ministerio de Hacienda, se puede constatar el contenido del certificado del proceso de reestructuración de pasivos adelantado por el Departamento de Caldas, el cual contiene el Acta de Terminación de octubre 17 de 2019, registrada el 23 de octubre de 2019 por parte de la Dirección de Apoyo Fiscal del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.¹

1

https://www.minhacienda.gov.co/webcenter/portal/ReestructuracindePasivos/pages_ReestructuracionPasivos/caldas

	MinHacienda Ministerio de Hacienda y Crédito Público
La Dirección General de Apoyo Fiscal DAF Ministerio de Hacienda y Crédito Público	
Certifica:	
Que en el registro de inscripción relativa a los acuerdos de reestructuración de pasivos que se lleva en esta dependencia de conformidad con el numeral 16 del artículo 58 de la Ley 550 de 1999, encontró formalizada la siguiente inscripción de actos y/o documentos:	
Entidad Territorial	DEPARTAMENTO DE CALDAS
Fecha de solicitud de inscripción	octubre 23, 2019
Identificación del solicitante	51787924
Apellidos del solicitante	VILLAMIL LOPEZ
Nombres del solicitante	ESMERALDA
Fecha de la inscripción efectiva	octubre 23, 2019
Fecha del acto o documento a inscribir	octubre 17, 2019
Número del acto o documento a inscribir	ACTA DE TERMINACION
Título del acto o documento a inscribir	ACTA COMITE DE VIGILANCIA EN DONDE SE FORMALIZÓ LA TERMINACIÓN DEL ACUERDO DE RESTRUCCTURACION DE PASIVOS DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS
Número folios	13
Número anexos	11
Descripción de anexos	1: presentación informe final; 2: matriz de compromisos vs cumplimiento arp; 3: certificación jefe prestaciones sociales; 4: estado de cuenta cesantías expedido por protección s.a.; 5: informe jurídico; 6: instrucciones oficio ut0878; 7: poderes grupos 2, 3 y 4; 8: marco fiscal cd #3; continua registro...
Entidad que produce el acto o documento a inscribir	GOBERNACION DE CALDAS
Organismo que produce el acto o documento a inscribir	GOBERNADOR DE CALDAS
Número de identidad de quien firma el acto o documento	1418637
Nombre de quien firma el acto o documento	GUIDO ECHEVERRI PIEDRAHITA
Otras firmas en el acto o documento	

En este orden de ideas, es claro que la restricción que existía para iniciar procesos ejecutivos contra el Departamento de Caldas ha cesado.

Por lo anterior, y sin necesidad de más elucubraciones, este Despacho revocará el auto del 18 de diciembre de 2018, proferido por el Juzgado Sexto Administrativo, mediante el cual se abstuvo de librar mandamiento de pago teniendo como fundamento el acuerdo de reestructuración de pasivos del Departamento de Caldas y, en su lugar, se ordenará estudiar si se cumplen los requisitos legales para librar mandamiento de pago.

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

III. Resuelve

Primero: Revocar el auto del 18 de diciembre de 2018, proferido por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, por medio del cual se abstuvo de librar mandamiento de pago solicitado con la demanda de la referencia.

En su lugar,

Deberá el Juzgado de conocimiento analizar si se cumplen los requisitos legales para librar mandamiento de pago contra el **Departamento de Caldas**, a favor del señor **Marco Tulio Giraldo Torres**

Segundo: Ejecutoriada esta providencia, **devuélvase** el expediente al Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, para lo pertinente. Háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”

Tercero: **Notifíquese** por estado electrónico conforme al artículo 201 del C.P.A.C.A., modificado por el artículo 50 de la Ley 2080 de 2021.

Notifíquese Y Cúmplase

A handwritten signature in black ink on a light gray background. The signature is stylized and appears to read 'Jairo Ángel Gómez Peña'.

Jairo Ángel Gómez Peña
Magistrado Ponente

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

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

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

Manizales,

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA

Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



Libertad y Orden

Tribunal Administrativo de Caldas

Magistrado Ponente: Jairo Ángel Gómez Peña

A.I. 19

Manizales, cinco (5) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

Radicación	17-001-33-39-006-2018-00433-02
Clase	Ejecutivo
Accionante	Irma Isabel Osorio Osorio
Accionado	Departamento de Caldas

Procede el Despacho a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte ejecutante, contra el auto proferido por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales de fecha 4 de diciembre de 2018, mediante el cual decidió negar el mandamiento de pago.

I. Antecedentes

Por medio de apoderado la parte demandante interpuso demanda ejecutiva contra el Departamento de Caldas, solicitando se condene a pagar a dicha entidad la suma de dinero correspondiente a las prestaciones no canceladas y que fueron ordenadas en sentencia, relacionados con la prima de servicios y la bonificación por servicios prestados. Según afirma, radicó cuenta de cobro ante la entidad accionada el 16 de abril de 2015 y a la fecha de presentación de la demanda ejecutiva no se había cumplido con dicha obligación.

1. Decisión de primera instancia

El Juzgado Sexto Administrativo del Circuito mediante auto del 4 de diciembre de 2018 negó el mandamiento de pago. Consideró que para la fecha no era viable librar mandamiento de pago en contra del Departamento de Caldas, atendiendo a que la entidad ejecutada se encontraba inmersa en un proceso de reestructuración de pasivos en el marco de la Ley 550 de 1999, por lo que no era dable perseguir por la vía ejecutiva obligaciones laborales, pues en estos casos prima la estabilidad administrativa y financiera de la entidad pública para que pueda seguir llevando a cabo

sus cometidos constitucionales, postura que soportó en la Sentencia C-493 de 2002 y en pronunciamientos proferidos por este Tribunal en casos similares (Exp. 2017-00064-02 y 2017-00193-02, M.P. Carlos Manuel Zapata Jaimes).

2. Impugnación

El apoderado de la parte accionante presentó recurso de apelación manifestando que la providencia que sirve de título ejecutivo quedó ejecutoriada el 7 de abril de 2015, fecha posterior al acuerdo de reestructuración, así las cosas, refirió que los créditos originados en la sentencia tienen la calidad de ser externos y ajenos al acuerdo según el ordinal 9 del artículo 34 de la Ley 550 de 1999.

De otro lado, manifestó que sí se torna procedente la acción ejecutiva, ya que consideró que se dan las condiciones de la normativa que enunció y además, afirmó que por tratarse de créditos laborales, gozan de prelación legal, por ser de primera clase, en los términos del ordinal 4 del artículo 2495 del Código Civil.

Por lo anterior solicitó se revoque en su integridad el auto impugnado y se libre mandamiento de pago solicitado en la demanda.

II. Consideraciones

El problema jurídico a decidir se circunscribe a determinar:

¿Actualmente se encuentra el Departamento de Caldas en proceso de reestructuración?

En caso negativo

¿Es procedente negar el mandamiento de pago?

Caso concreto

Consultada por el Despacho la página oficial del Ministerio de Hacienda se encuentra el certificado del proceso de reestructuración de pasivos adelantado por el Departamento de Caldas, el cual contiene Acta de Terminación de octubre 17 de 2019, registrada el 23 de octubre de 2019 por parte de la Dirección de Apoyo Fiscal del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.¹

¹

https://www.minhacienda.gov.co/webcenter/portal/ReestructuracindePasivos/pages_ReestructuracionPasivos/caldas

	MinHacienda Ministerio de Hacienda y Crédito Público
La Dirección General de Apoyo Fiscal DAF Ministerio de Hacienda y Crédito Público	
Certifica:	
Que en el registro de inscripción relativa a los acuerdos de reestructuración de pasivos que se lleva en esta dependencia de conformidad con el numeral 16 del artículo 58 de la Ley 550 de 1999, encontró formalizada la siguiente inscripción de actos y/o documentos:	
Entidad Territorial	DEPARTAMENTO DE CALDAS
Fecha de solicitud de inscripción	octubre 23, 2019
Identificación del solicitante	51787924
Apellidos del solicitante	VILLAMIL LOPEZ
Nombres del solicitante	ESMERALDA
Fecha de la inscripción efectiva	octubre 23, 2019
Fecha del acto o documento a inscribir	octubre 17, 2019
Número del acto o documento a inscribir	ACTA DE TERMINACION
Título del acto o documento a inscribir	ACTA COMITE DE VIGILANCIA EN DONDE SE FORMALIZÓ LA TERMINACIÓN DEL ACUERDO DE RESTRUCCTURACION DE PASIVOS DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS
Número folios	13
Número anexos	11
Descripción de anexos	1: presentación informe final; 2: matriz de compromisos vs cumplimiento arp; 3: certificación jefe prestaciones sociales; 4: estado de cuenta cesantías expedido por protección s.a.; 5: informe jurídico; 6: instrucciones oficio ut0878; 7: poderes grupos 2, 3 y 4; 8: marco fiscal cd #3; continua registro...
Entidad que produce el acto o documento a inscribir	GOBERNACION DE CALDAS
Organismo que produce el acto o documento a inscribir	GOBERNADOR DE CALDAS
Número de identidad de quien firma el acto o documento	1418637
Nombre de quien firma el acto o documento	GUIDO ECHEVERRI PIEDRAHITA
Otras firmas en el acto o documento	

En este orden de ideas es claro que la restricción que existía para iniciar procesos ejecutivos contra el Departamento ha cesado.

Es por lo anterior, y sin necesidad de más elucubraciones, que se revocará el auto del 4 de diciembre de 2018, proferido por el Juzgado Sexto Administrativo mediante el cual se abstuvo de librar mandamiento de pago teniendo como fundamento el acuerdo de reestructuración de pasivos del Departamento de Caldas, y en su lugar se ordena estudiar si se cumplen los requisitos legales para librar mandamiento de pago.

En mérito de lo expuesto, el Despacho,

III. Resuelve

Primero: Revocar el auto del 4 de diciembre de 2018 proferido por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, por medio del cual se abstuvo de librar mandamiento de pago solicitado con la demanda de la referencia.

En su lugar,

Radicación 17-001-33-39-006-2018-00433-02 - Auto Interlocutorio No. 19 - Ejecutivo – Revoca decisión de primera instancia – Febrero 5 de 2021.

Deberá el Juzgado de conocimiento analizar si se cumplen los requisitos legales para librar mandamiento de pago a favor de la señora **Irma Isabel Osorio Osorio** contra el **Departamento de Caldas**.

Segundo: Ejecutoriada esta providencia, Devuélvase el expediente al Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, para lo pertinente. Háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”

Tercero: Notifíquese por estado electrónico conforme al artículo 201 del CPACA, modificado por el artículo 50 de la Ley 2080 de 2021.

Notifíquese y cúmplase

A handwritten signature in black ink on a light gray background. The signature is cursive and appears to read 'Jairo Ángel Gómez Peña'.

Jairo Ángel Gómez Peña
Magistrado Ponente

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

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

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

Manizales,

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA

Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



Libertad y Orden

Tribunal Administrativo de Caldas

Magistrado Ponente: Jairo Ángel Gómez Peña

A.I. 20

Manizales, cinco (5) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

Radicación	17-001-33-39-006-2018-00509-02
Clase	Ejecutivo
Accionante	Javier Zuluaga Muñoz
Accionado	Departamento de Caldas

Procede el Despacho a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte ejecutante, contra el auto proferido por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales de fecha 14 de diciembre de 2018, mediante el cual decidió negar el mandamiento de pago.

I. Antecedentes

Por medio de apoderado la parte demandante interpuso demanda ejecutiva contra el Departamento de Caldas, solicitando se condene a pagar a dicha entidad la suma de dinero correspondiente a las prestaciones no canceladas y que fueron ordenadas en sentencia, relacionados con la prima de servicios y la bonificación por servicios prestados. Según afirma, radicó cuenta de cobro ante la entidad accionada el 9 de junio de 2015 y a la fecha de presentación de la demanda ejecutiva no se había cumplido con dicha obligación.

1. Decisión de primera instancia

El Juzgado Sexto Administrativo del Circuito mediante auto del 14 de diciembre de 2018 negó el mandamiento de pago. Consideró que para la fecha no era viable librar mandamiento de pago en contra del Departamento de Caldas, atendiendo a que la entidad ejecutada se encontraba inmersa en un proceso de reestructuración de pasivos en el marco de la Ley 550 de 1999, por lo que no era dable perseguir por la vía ejecutiva obligaciones laborales, pues en estos casos prima la estabilidad administrativa y financiera de la entidad pública para que pueda seguir llevando a cabo

sus cometidos constitucionales, postura que soportó en la Sentencia C-493 de 2002 y en pronunciamientos proferidos por este Tribunal en casos similares (Exp. 2017-00064-02 y 2017-00193-02, M.P. Carlos Manuel Zapata Jaimes).

2. Impugnación

El apoderado de la parte accionante presentó recurso de apelación manifestando que la providencia que sirve de título ejecutivo quedó ejecutoriada el 19 de diciembre de 2014, fecha posterior al acuerdo de reestructuración, así las cosas, refirió que los créditos originados en la sentencia tienen la calidad de ser externos y ajenos al acuerdo según el ordinal 9 del artículo 34 de la Ley 550 de 1999.

De otro lado, manifestó que sí se torna procedente la acción ejecutiva, ya que consideró que se dan las condiciones de la normativa que enunció y además, afirmó que por tratarse de créditos laborales, gozan de prelación legal, por ser de primera clase, en los términos del ordinal 4 del artículo 2495 del Código Civil.

Por lo anterior solicitó se revoque en su integridad el auto impugnado y se libre mandamiento de pago solicitado en la demanda.

II. Consideraciones

El problema jurídico a decidir se circunscribe a determinar:

¿Actualmente se encuentra el Departamento de Caldas en proceso de reestructuración?

En caso negativo

¿Es procedente negar el mandamiento de pago?

Caso concreto

Consultada por el Despacho la página oficial del Ministerio de Hacienda se encuentra el certificado del proceso de reestructuración de pasivos adelantado por el Departamento de Caldas, el cual contiene el Acta de Terminación de octubre 17 de 2019, registrada el 23 de octubre de 2019 por parte de la Dirección de Apoyo Fiscal del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.¹

1

https://www.minhacienda.gov.co/webcenter/portal/ReestructuracindePasivos/pages_ReestructuracionPasivos/caldas

	MinHacienda Ministerio de Hacienda y Crédito Público
La Dirección General de Apoyo Fiscal DAF Ministerio de Hacienda y Crédito Público	
Certifica:	
Que en el registro de inscripción relativa a los acuerdos de reestructuración de pasivos que se lleva en esta dependencia de conformidad con el numeral 16 del artículo 58 de la Ley 550 de 1999, encontró formalizada la siguiente inscripción de actos y/o documentos:	
Entidad Territorial	DEPARTAMENTO DE CALDAS
Fecha de solicitud de inscripción	octubre 23, 2019
Identificación del solicitante	51787924
Apellidos del solicitante	VILLAMIL LOPEZ
Nombres del solicitante	ESMERALDA
Fecha de la inscripción efectiva	octubre 23, 2019
Fecha del acto o documento a inscribir	octubre 17, 2019
Número del acto o documento a inscribir	ACTA DE TERMINACION
Título del acto o documento a inscribir	ACTA COMITE DE VIGILANCIA EN DONDE SE FORMALIZÓ LA TERMINACIÓN DEL ACUERDO DE RESTRUCCTURACION DE PASIVOS DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS
Número folios	13
Número anexos	11
Descripción de anexos	1: presentación informe final; 2: matriz de compromisos vs cumplimiento arp; 3: certificación jefe prestaciones sociales; 4: estado de cuenta cesantías expedido por protección s.a.; 5: informe jurídico; 6: instrucciones oficio ut0878; 7: poderes grupos 2, 3 y 4; 8: marco fiscal cd #3; continua registro...
Entidad que produce el acto o documento a inscribir	GOBERNACION DE CALDAS
Organismo que produce el acto o documento a inscribir	GOBERNADOR DE CALDAS
Número de identidad de quien firma el acto o documento	1418637
Nombre de quien firma el acto o documento	GUIDO ECHEVERRI PIEDRAHITA
Otras firmas en el acto o documento	

En este orden de ideas es claro que la restricción que existía para iniciar procesos ejecutivos contra el Departamento ha cesado.

Es por lo anterior, y sin necesidad de más elucubraciones, se revocará el auto del 14 de diciembre de 2018, proferido por el Juzgado Sexto Administrativo mediante el cual se abstuvo de librar mandamiento de pago teniendo como fundamento el acuerdo de reestructuración de pasivos del Departamento de Caldas y, en su lugar, se ordena estudiar si se cumplen los requisitos legales para librar mandamiento de pago.

En mérito de lo expuesto, el Despacho,

III. Resuelve

Primero: Revocar el auto del 14 de diciembre de 2018 proferido por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, por medio del cual se abstuvo de librar mandamiento de pago solicitado con la demanda de la referencia.

En su lugar,

Radicación 17-001-33-39-006-2018-00509-02 - Auto Interlocutorio No. 20 – Ejecutivo – Revoca decisión de primera instancia – Febrero 5 de 2021.

Deberá el Juzgado de conocimiento analizar si se cumplen los requisitos legales para librar mandamiento de pago a favor del señor **Javier Zuluaga Muñoz** contra el **Departamento de Caldas**.

Segundo: Ejecutoriada esta providencia, Devuélvase el expediente al Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, para lo pertinente. Háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”

Tercero: Notifíquese por estado electrónico conforme al artículo 201 del C.P.A.C.A., modificado por el artículo 50 de la Ley 2080 de 2021.

Notifíquese Y Cúmplase

A handwritten signature in black ink on a light gray background. The signature is fluid and cursive, starting with a large loop on the left and ending with a smaller loop on the right.

Jairo Ángel Gómez Peña
Magistrado Ponente

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

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

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

Manizales,

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA

Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



Libertad y Orden

Tribunal Administrativo de Caldas

Magistrado Ponente: Jairo Ángel Gómez Peña

A.I. 21

Manizales, cinco (5) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

Radicación	17-001-33-39-006-2018-00622-02
Clase	Ejecutivo
Accionante	Martha Cecilia Alzate Ramírez
Accionado	Departamento de Caldas

Procede el Despacho a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte ejecutante, contra el auto proferido por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales de fecha 28 de enero de 2019, mediante el cual decidió negar el mandamiento de pago.

I. Antecedentes

Por medio de apoderado la parte demandante interpuso demanda ejecutiva contra el Departamento de Caldas, solicitando se condene a pagar a dicha entidad la suma de dinero correspondiente a las prestaciones no canceladas y que fueron ordenadas en sentencia, relacionados con la prima de servicios y la bonificación por servicios prestados. Según afirma, radicó cuenta de cobro ante la entidad accionada el 9 de octubre de 2015 y a la fecha de presentación de la demanda ejecutiva no se había cumplido con dicha obligación.

1. Decisión de primera instancia

El Juzgado Sexto Administrativo del Circuito mediante auto del 28 de enero de 2019 negó el mandamiento de pago. Consideró que para la fecha no era viable librar mandamiento de pago en contra del Departamento de Caldas, atendiendo a que la entidad ejecutada se encontraba inmersa en un proceso de reestructuración de pasivos en el marco de la Ley 550 de 1999, por lo que no era dable perseguir por la vía ejecutiva obligaciones laborales, pues en estos casos prima la estabilidad

administrativa y financiera de la entidad pública para que pueda seguir llevando a cabo sus cometidos constitucionales, postura que soportó en la Sentencia C-493 de 2002 y en pronunciamientos proferidos por este Tribunal en casos similares (Exp. 2017-00064-02 y 2017-00193-02, M.P. Carlos Manuel Zapata Jaimes).

2. Impugnación

El apoderado de la parte accionante presentó recurso de apelación manifestando que la providencia que sirve de título ejecutivo quedó ejecutoriada el 17 de julio de 2014, fecha posterior al acuerdo de reestructuración, así las cosas, refirió que los créditos originados en la sentencia tienen la calidad de ser externos y ajenos al acuerdo según el ordinal 9 del artículo 34 de la Ley 550 de 1999.

De otro lado, manifestó que sí se torna procedente la acción ejecutiva, ya que consideró que se dan las condiciones de la normativa que enunció y además, afirmó que por tratarse de créditos laborales, gozan de prelación legal, por ser de primera clase, en los términos del ordinal 4 del artículo 2495 del Código Civil.

Por lo anterior solicitó se revoque en su integridad el auto impugnado y se libre mandamiento de pago solicitado en la demanda.

II. Consideraciones

El problema jurídico a decidir se circunscribe a determinar:

¿Actualmente se encuentra el Departamento de Caldas en proceso de reestructuración?

En caso negativo

¿Es procedente negar el mandamiento de pago?

Caso concreto

Consultada la página oficial del Ministerio de Hacienda se encuentra el certificado del proceso de reestructuración de pasivos adelantado por el Departamento de Caldas, el cual contiene el Acta de Terminación de octubre 17 de 2019, registrada el 23 de octubre de 2019 por parte de la Dirección de Apoyo Fiscal del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.¹

1

https://www.minhacienda.gov.co/webcenter/portal/ReestructuracindePasivos/pages_ReestructuracionPasiv

	MinHacienda Ministerio de Hacienda y Crédito Público
La Dirección General de Apoyo Fiscal DAF Ministerio de Hacienda y Crédito Público	
Certifica:	
Que en el registro de inscripción relativa a los acuerdos de reestructuración de pasivos que se lleva en esta dependencia de conformidad con el numeral 16 del artículo 58 de la Ley 550 de 1999, encontró formalizada la siguiente inscripción de actos y/o documentos:	
Entidad Territorial	DEPARTAMENTO DE CALDAS
Fecha de solicitud de inscripción	octubre 23, 2019
Identificación del solicitante	51787924
Apellidos del solicitante	VILLAMIL LOPEZ
Nombres del solicitante	ESMERALDA
Fecha de la inscripción efectiva	octubre 23, 2019
Fecha del acto o documento a inscribir	octubre 17, 2019
Número del acto o documento a inscribir	ACTA DE TERMINACION
Título del acto o documento a inscribir	ACTA COMITE DE VIGILANCIA EN DONDE SE FORMALIZÓ LA TERMINACIÓN DEL ACUERDO DE RESTRUCCTURACION DE PASIVOS DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS
Número folios	13
Número anexos	11
Descripción de anexos	1: presentación informe final; 2: matriz de compromisos vs cumplimiento arp; 3: certificación jefe prestaciones sociales; 4: estado de cuenta cesantías expedido por protección s.a.; 5: informe jurídico; 6: instrucciones oficio ut0878; 7: poderes grupos 2, 3 y 4; 8: marco fiscal cd #3; continua registro...
Entidad que produce el acto o documento a inscribir	GOBERNACION DE CALDAS
Organismo que produce el acto o documento a inscribir	GOBERNADOR DE CALDAS
Número de identidad de quien firma el acto o documento	1418637
Nombre de quien firma el acto o documento	GUIDO ECHEVERRI PIEDRAHITA
Otras firmas en el acto o documento	

En este orden de ideas es claro que la restricción que existía para iniciar procesos ejecutivos contra el Departamento ha cesado.

Es por lo anterior, y sin necesidad de más elucubraciones, se revocará el auto del 28 de enero de 2019 proferido por el Juzgado Sexto Administrativo mediante el cual se abstuvo de librar mandamiento de pago teniendo como fundamento el acuerdo de reestructuración de pasivos del Departamento de Caldas, y en su lugar se ordena estudiar si se cumplen los requisitos legales para librar mandamiento de pago.

En mérito de lo expuesto, el Despacho,

III. Resuelve

Primero: Revocar el auto del 28 de enero de 2019 proferido por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, por medio del cual se abstuvo de librar mandamiento de pago solicitado con la demanda de la referencia.

En su lugar,

[os/caldas](#)

Deberá el Juzgado de conocimiento analizar si se cumplen los requisitos legales para librar mandamiento de pago a favor de la señora **Martha Cecilia Alzate Ramírez** contra el **Departamento de Caldas**.

Segundo: Ejecutoriada esta providencia, **Devuélvase** el expediente al Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, para lo pertinente. Háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”

Tercero: **Notifíquese** por estado electrónico conforme al artículo 201 del C.P.A.C.A., modificado por el artículo 50 de la Ley 2080 de 2021.

Notifíquese y cúmplase

A handwritten signature in black ink on a light gray background. The signature is cursive and appears to read 'Jairo Ángel Gómez Peña'.

Jairo Ángel Gómez Peña
Magistrado Ponente

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

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

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

Manizales,

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA

Secretario

17-001-23-00-000-2019-00348-00

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª UNITARIA ORAL DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, nueve (9) de FEBRERO de dos mil veintiuno (2021)

A.I. 037

Con fundamento en los artículos 243 y 247 numerales 1 y 2 de la Ley 1437/11, por su oportunidad y procedencia, **CONCÉDESE** en el efecto suspensivo el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante /fls. 929-950 cdno. 1 B/, contra la sentencia de 11 de diciembre de 2020, dictada dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por la sociedad **EFIGAS S.A. E.S.P.** contra la **DIAN**.

En firme esta providencia, **REMÍTASE** el expediente al H. Consejo de Estado para que allí se provea lo de ley.

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA

Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 023 de fecha 11 de Febrero 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: Jairo Ángel Gómez Peña

A.I. 16

Manizales, cinco (5) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

Radicación	17001 23 33 000 2020 00216 00
Clase:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	María Gilma Cortés Castañeda
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación Nacional – FNPSM

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 171 de la Ley 1437 de 2011, se **admite** la demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, regulado en el artículo 142 del CPACA, instauró a través de apoderado la señora **María Gilma Cortés Castañeda** contra la **Nación – Ministerio de Educación Nacional – FNPSM**. En consecuencia, para su tramitación, se dispone lo siguiente:

I) Notificaciones personales

Mediante mensaje dirigido al buzón electrónico para notificaciones judiciales, en la forma y términos indicados en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2.021, se notificará la demanda a las siguientes personas:

- 1) A la Ministra de Educación Nacional.
- 2) Al Agente del Ministerio Público delegado ante este Tribunal Administrativo.
- 3) A la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

II) Remítase al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica de Estado, copia de la demanda y de sus anexos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley 2080 de 2.021.

III) Correr traslado de la demanda por el término de 30 días, conformidad con lo dispuesto en el artículo 172 del CPACA; dicho término comenzará correr 2 días después de la notificación, conforme a lo dispuesto en el artículo 48 y en el

numeral 2, artículo 52 de la Ley 2080 de 2.021.

IV) Prevéngase a las accionadas dar cumplimiento del párrafo 1° del artículo 175 del CPACA.

V) Notificar este proveído a la parte demandante por estado electrónico y en los términos contenidos en el artículo 50 de la Ley 2080 de 2.021.

Se advierte a las partes y demás intervinientes dentro del proceso de la referencia que, según lo dispuesto en el inciso 3° del Decreto 806 de 2020, deben aportarse todos los memoriales a través de mensaje de datos, enviados al correo electrónico:

tadmin02cld@notificacionesrj.gov.co

Este correo electrónico es el único canal o medio oficial para la recepción de documentos, por lo cual, todo mensaje enviado a otra dirección electrónica se tendrá por no enviado.

Notifíquese y cúmplase

A handwritten signature in black ink on a light gray background. The signature is fluid and cursive, starting with a large loop on the left and ending with a smaller loop on the right.

Jairo Ángel Gómez Peña
Magistrado



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.S.: 015

Asunto: Requiere
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho (Lesividad)
Radicación: 17001-23-33-000-2020-00065-00
Demandante: Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES
Demandado: Humberto Hurtado Arias

Manizales, diez (10) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Encontrándose el proceso de la referencia a Despacho para resolver sobre la admisión de la demanda, advierte el suscrito Magistrado que el abogado DANIEL RICARDO ARANGO GONZÁLEZ presentó memorial de corrección de la demanda sin aportar sustitución o poder especial que lo facultara para actuar en nombre y representación de la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES.

En ese orden de ideas, **REQUIÉRESE** a COLPENSIONES para que dentro del término de tres (3) días siguientes a la notificación de este auto, allegue poder debidamente conferido para su representación judicial en el presente trámite.

Notifíquese y cúmplase



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

No. 23
FECHA: 11 de febrero de 2021

A handwritten signature in green ink, consisting of several vertical strokes and a horizontal base, positioned above the name of the secretary.

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
- Sala Quinta de Decisión -

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.I.: 026

Asunto: Decreta prueba de oficio
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 17001-33-33-001-2018-00331-02
Demandante: María Ferney Sánchez
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta nº 004 del 5 de febrero de 2021

Manizales, cinco (5) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

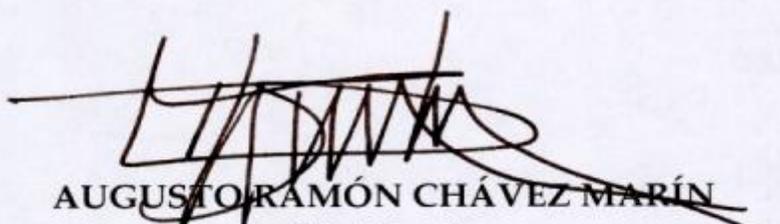
Encontrándose el proceso de la referencia a Despacho para sentencia, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 213 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA, esta Sala de Decisión considera necesario decretar de oficio la práctica de la siguiente prueba de carácter documental.

Por la Secretaría de esta Corporación, **OFÍCIESE** a la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas para que en un término no mayor a diez (10) días siguientes al recibo de la correspondiente comunicación, remita con destino a este proceso, certificación de los factores salariales devengados por la señora María Ferney Sánchez en el período comprendido entre el 20 de marzo de 2015 y el 20 de marzo de 2016, y en el último año de servicios en caso de haberse retirado de la docencia oficial.

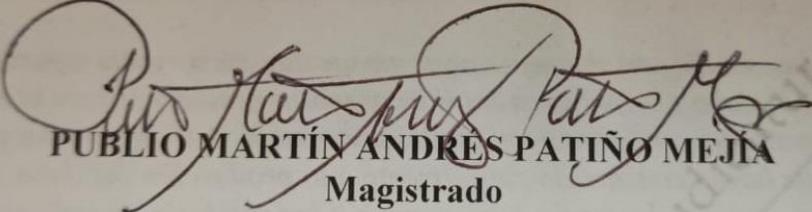
Aportada la prueba en mención, por la Secretaría de la Corporación, **CÓRRASE** traslado de la misma a las partes, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 110 del Código General del Proceso.

Surtido lo anterior, **REGRESE** inmediatamente el expediente al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia para proyectar la decisión que en derecho corresponda.

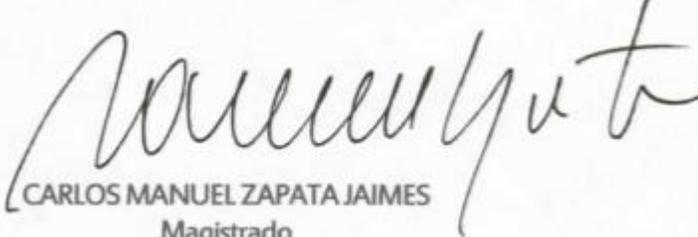
Notifíquese y cúmplase



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

No. 23
FECHA: 11 de febrero de 2021



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Segunda de Decisión

Magistrado Ponente: Jairo Ángel Gómez Peña

Manizales, cinco (5) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

Radicado.	17-001-33-39-007-2018-00128-02
Clase:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante:	Ofelia Osorio Henao
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Providencia:	Sentencia N°. 20

Asunto

Resuelve la Sala Segunda de Decisión el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, el 18 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 lo siguiente:

1. Declarar la nulidad parcial de la Resolución n° 1596-6 del 7 de febrero de 2018 por medio de la cual se negó el reconocimiento y pago del reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme a lo establecido en la Ley 71 de 1988.
2. Que se declare que la parte demandante tiene derecho a que la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, le reconozca y pague el reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme a la Ley 71 de 1988.

3. Que se condene a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a que reconozca y pague la diferencia entre lo pagado y lo que se ha debido pagar desde el año siguiente al inicio de disfrute de la pensión.
4. Que se ordene el cumplimiento de la sentencia en los términos del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.
5. Que se condene en costas a la parte demandada.

2. Hechos

Se relataron los que a continuación se resumen:

La parte demandante es pensionada por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. El reajuste periódico de las mesadas pensionales fue ordenado en armonía con lo dispuesto en la Ley 71 de 1988 y Ley 238 de 1995. Sin embargo, la entidad demandada viene realizando los ajustes anuales de incremento salarial tomando como punto de referencia lo establecido en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 según porcentaje de incremento del IPC del año inmediatamente anterior. La demandada negó la solicitud efectuada por la parte actora para que le fuera reconocido el reajuste periódico de la pensión de conformidad con los incrementos anuales fijados por el Gobierno Nacional para el SMLMV en aplicación de la Ley 71 de 1988.

3. Normas violadas

Como disposiciones violadas se citaron las siguientes:

Artículos 48, 53 y 58 de la Constitución Política; Artículo 1° de la Ley 71 de 1988; Artículos 5, 9 y 15 de la Ley 91 de 1989; Artículos 14 y 279 de la Ley 100 de 1993; la Ley 238 de 1995 y el Decreto 2831 de 2005.

Se aduce en la demanda, que el reajuste de las mesadas pensionales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio está regulado por la Ley 71 de 1988; ello, en virtud de la exclusión del régimen de la Ley 100 de 1993, artículo 279. Sin embargo, indica, el FOMAG desde la expedición de la Ley 238 de 1995 reajusta las pensiones de los afiliados aplicando el artículo 14 de la Ley 100, incurriendo desde el año 1996 en violación a dichas normas y a los artículos 53 y 58 de la Constitución, desconociendo además que se trata de un derecho adquirido. Realiza la comparación entre los porcentajes del incremento del salario mínimo legal mensual y del IPC entre los años 2010 y 2018 para concluir que es más favorable el incremento conforme a la primera variable.

4. Contestación de la demanda

La Nación - Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de apoderado judicial, dio contestación a la demanda de la referencia oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones y condenas de la demanda.

Propone las siguientes excepciones de mérito: *“Ineptitud sustancial de la demanda por falta de legitimación en la causa por pasiva”* por cuanto dicho ente ministerial no presta el servicio educativo, ni administra plantas de personal docente y por ende no funge como empleador de éstos. *“Inexistencia del demandado – falta de relación con el reconocimiento del derecho, conexo o derivado del acto administrativo expedido por la entidad territorial certificada. Falta de competencia del Ministerio de Educación para expedir el acto administrativo y reconocer el derecho reclamado”*. *“inexistencia de la obligación demandada por inexistencia de causa jurídica”* pues considera que el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 fue declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-435 de 2017; además, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, integró los docentes oficiales al régimen pensional de prima media, lo cual se traduce en una derogación tácita de la norma anterior, siendo aplicable el reajuste del IPC. *“Cobro de lo no debido”, “Prescripción”, “Caducidad” y “Buena fe”*. (fls. 37-53, C. 1)

5. Sentencia de Primera Instancia

El Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 18 de julio de 2019, resolvió lo siguiente:

“[...]”

TERCERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, por lo expuesto.

CUARTO: SIN CONDENAS EN COSTAS [...]”

Hizo referencia al régimen jurídico aplicable al reconocimiento de la pensión de jubilación de los docentes oficiales, destacando el contenido y alcance de la Ley 91 de 1989. Se remite a los artículos 14 y 279 parágrafo 4^o de la Ley 100 de 1993, en virtud de los cuales se regula la forma en que debe hacerse el reajuste de las pensiones, todo lo cual se aplica incluso a los pensionados bajo los regímenes de excepción, a quienes por tanto dicho reajuste también se realiza con base en la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor (IPC) certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior.

Resalta que con el artículo 289 de la Ley 100 de 1993, fueron derogadas aquellas

¹ Adicionado por el artículo 1° de la Ley 238 de 1995.

disposiciones contrarias a la misma, entendiendo así que el artículo 1° de la Ley 71 de 1989 quedó derogado de manera tácita. De igual forma citó una providencia del Consejo de Estado emitida dentro de la acción pública de nulidad contra el artículo 40 del Decreto 692 de 1994, reglamentario de la Ley 100, en donde expone las razones por las cuales no resulta aplicable el artículo 1° de la Ley 71 de 1989 para efectos de determinar el incremento anual de la pensión.

6. Recurso de Apelación

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte demandante presentó en término el recurso de apelación contra la misma, al estimar que el a quo desconoció principios y derechos constitucionales al resolver como lo hizo.

El demandante da a entender que el derecho al reajuste de la pensión, hace parte del régimen pensional especial que se aplica a los docentes afiliados al FNPSM con anterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003; y que al igual que los demás aspectos de dicho régimen, el reajuste con base en el incremento del SMLMV debe ser tenido en cuenta en este caso.

Estima que al entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones – ley 100 de 1993 -, las pensiones del régimen docente quedaron amparadas por los regímenes de excepción establecidos en el artículo 279 de la norma en cita, siéndoles aplicable el artículo 14 de aquella, previo cumplimiento del requisito de favorabilidad previsto en el artículo 1° de la Ley 238 de 1995. Luego, de no encontrarse beneficio alguno en la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 en el caso de las pensiones de los docentes afiliados al FNPSM, la fórmula de incremento de las mesadas allí contemplada, no debe ser aplicada frente a éstos por resultar ilegal. (fls. 99 – 107, C. 1)

7. Alegatos de conclusión segunda instancia

7.1. Parte demandante

Reitera lo expuesto en primera instancia y recalca que en el acto administrativo de reconocimiento pensional se estableció expresamente que el reajuste de la pensión se haría en armonía con lo dispuesto en la ley 71 de 1988, del tal modo que la entidad está obligada a acatarlo mientras no sea anulado por esta jurisdicción. (fls. 7 a 9, C. 2)

7.2. Defensa Jurídica del Estado. Presentó un escrito en el cual plantea un argumento ajeno al objeto en torno al cual gira la presente controversia. (fls. 18-25, C. 2)

7.3. Procurador Judicial. Considera que la Ley 71 de 1988 y su decreto reglamentario fueron derogados al entrar en vigencia el Sistema General de Seguridad Social en

Salud; además, con la expedición de la Ley 238 de 1995 se extendió el reajuste anual de las mesadas pensionales establecido para el régimen general, a las pensiones exceptuadas. (art. 279) En síntesis, el Ministerio Público concluye que el acto administrativo no contraviene el ordenamiento jurídico, razón por la cual se debe confirmar la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la parte demandante. (fls. 11-16, C. 2)

II. Consideraciones

A efectos de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante a través de apoderado judicial, la Sala procederá a abordar los siguientes ítems: i) Planteamiento del problema jurídico, ii) Acervo probatorio allegado al proceso y iii) Marco legal aplicable y análisis del caso concreto.

1. Problema jurídico

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

2. Acervo probatorio

En el expediente se encuentra acreditado que la señora Ofelia Osorio Henao obtuvo la pensión de jubilación mediante la Resolución No. 7206 del 13 de diciembre de 2010 por parte del FNPSM (fls. 16-18, C. 1) y mediante la Resolución No. 1596-6 del 7 de febrero de 2018, le fue negada la solicitud de reajuste anual de la pensión con base en el incremento del SMLMV, consagrado en el artículo 1° de la Ley 71 de 1988. (fls. 15-16, c. 1)

3. Marco legal aplicable y análisis del caso concreto

3.1. Régimen General de Seguridad Social

El artículo 48 de la Carta Política concibe la seguridad social como un servicio público obligatorio que debe prestarse bajo la dirección coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; asimismo se garantiza como un derecho irrenunciable al que acceden los trabajadores que acreditan los requisitos previstos en la ley para ese efecto.

A su vez, el artículo 53 de la Constitución Política, establece que el Estado garantiza el

derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

El Sistema de Seguridad Social Integral, previsto en la Ley 100 de 1993², tuvo como objeto garantizar la protección del trabajador, entre otros, frente al riesgo de vejez, en aras de proveerle una buena calidad de vida al final de su historia laboral. Para ello, dispuso la creación de instituciones públicas y privadas encargadas de la administración de los recursos y del reconocimiento de la prestación vitalicia, 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”.

Ahora bien, el artículo 1° de la Ley 4 de 1976³, determinó que las pensiones de los sectores público, oficial, semioficial y privado, así como los afiliados al Instituto Seguro Social, a excepción de las pensiones por incapacidad permanente parcial, se reajustarían de oficio, cada año, teniendo en cuenta el incremento 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 representara el incremento entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, esto último aplicado a la correspondiente pensión.

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

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

“Reajuste pensional. Las pensiones de jubilación, invalidez, vejez, incapacidad

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

³ Ley 4 de 1989, “Por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones.” <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=1165>

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

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 para los beneficiarios de los regímenes del sector público, oficial y privado, teniendo en cuenta el incremento porcentual del salario mínimo legal mensual vigente más alto.

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

“ARTÍCULO 14. REAJUSTE DE PENSIONES. Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice 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.”-sft-

Dicha normativa fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-387 de 1994⁵, donde señaló que el incremento por el IPC o por el salario mínimo, cumple el objetivo del reajuste periódico de las pensiones, y es facultad del legislador determinar el mismo:

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

“... ”

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

“... ”

Ahora bien: que el índice de precios al consumidor aumenta en proporción superior al porcentaje en que se incrementa el salario mínimo, es un argumento que esgrime el demandante, pero que no se ajusta a la realidad, pues como se

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

demostrará en seguida, estos valores no han sido constantes, y no podían serlo, porque 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:

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

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

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

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

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

Sobre este tema, la Sección Segunda del Consejo de Estado⁶, en providencia del 17 de agosto del 2017 proferida 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 lo dispuesto por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, y que esto es aplicable a las pensiones causadas con anterioridad a la vigencia de la

⁶ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION SEGUNDA - SUBSECCIÓN A- Consejero ponente: WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ - Bogotá, D.C., diecisiete (17) de agosto de dos mil diecisiete (2017) -Radicación número: 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14). <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2102915>

Ley 100 de 1993:

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

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

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

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

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

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

Referente al argumento esbozado por la parte demandante, según el cual, se debe dar aplicación en estos casos al artículo 1 de la Ley 71 de 1989, que regula el ajuste de la mesada pensional, es pertinente traer a colación el pronunciamiento expuesto por la

Máxima Corporación Constitucional en sentencia C-435 de 2017, bajo la acción pública de constitucionalidad, en donde fue demandada la nulidad parcial del artículo 14 de la Ley 100 de 1993, concerniente al reajuste de pensiones según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, así:

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

(...)

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

(...)

Siendo así, se tiene que en la norma demandada el legislador específicamente dispuso que el criterio o parámetro de actualización fuera el IPC en tanto que, como claramente explicó el DANE en su intervención, éste precisamente “es una estadística que mide la variación porcentual de los precios de un conjunto representativo de los bienes y servicios de consumo de los hogares del país”. Pero, simultáneamente, el legislador distinguió entre las pensiones superiores e inferiores al salario mínimo legal mensual vigente (SMLMV), estableciendo que únicamente éstas últimas se 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 de las pensiones, de tal forma que no hay lugar aquí para la aplicación del principio de favorabilidad en materia laboral del que trata el artículo 53 superior, en todo caso los índices o referencias de actualización a los que acudió el legislador para actualizar las pensiones de forma diferenciada según su valor (IPC y SMLMV) tienen un origen, una explicación y unos propósitos diferentes, al mismo tiempo que se relacionan entre ellos de una forma particular.”

(...)

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

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

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

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

Este artículo fue adicionado por la Ley 238 de 1995⁷, que dispuso la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 a los regímenes exceptuados previstos en dicha disposición; o sea, el incremento de las pensiones conforme al IPC:

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

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

De esta manera, el incremento de las pensiones de los docentes pensionados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 no se rige por el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, toda vez que el factor de incremento anual de las pensiones no forma parte del Régimen Pensional por el cual se rigen los docentes, como son la edad, el monto, el ingreso base de liquidación y la tasa, y como lo señaló el Consejo de Estado⁸. Además,

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

⁸ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION SEGUNDA - SUBSECCIÓN A- Consejero ponente: WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ - Bogotá, D.C., diecisiete (17) de agosto de dos mil diecisiete (2017) -Radicación número: 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14).

el reajuste de la mesada pensional no es un derecho adquirido, por lo que el legislador está habilitado para modificar las normas que consagran la proporción del aumento anual. Es del caso agregar que la norma que pretende la parte demandante que se aplique al incremento de su mesada, el artículo 1° de la Ley 71 de 1988, **fue derogado** por la Ley 100 de 1993.

Lógicamente, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario

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

En ese orden de ideas, considera la Sala que no se encuentra demostrada la vulneración de los derechos invocados en la parte actora, dado que conforme a los presupuestos normativos y jurisprudenciales antes citados, se observa que **no** le asiste razón al accionante al indicar que el reajuste de las mesadas pensionales se deben realizar conforme al artículo 1 de la Ley 71 de 1989, esto es, conforme al salario mínimo, norma derogada por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, conforme lo ya dicho sin ambages por el Consejo de Estado; derogatoria que aplica por igual a quienes fueron pensionados antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, encuéntrense o no amparados por un régimen exceptuado.

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

4. Costas en segunda instancia

Con base en el numeral 3 del artículo 365 numeral 1 del CGP, aplicable por virtud del precepto 188 de la Ley 1437 de 2011, no se impondrán costas a cargo de la parte vencida en el proceso, toda vez que no se observan actuaciones adelantadas por la parte accionada en esta instancia.

5. 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

<http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2102915>

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, la Sala Segunda del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

III. Falla

Primero: Se confirma la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, el 18 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 la señora Ofelia Osorio Henao contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

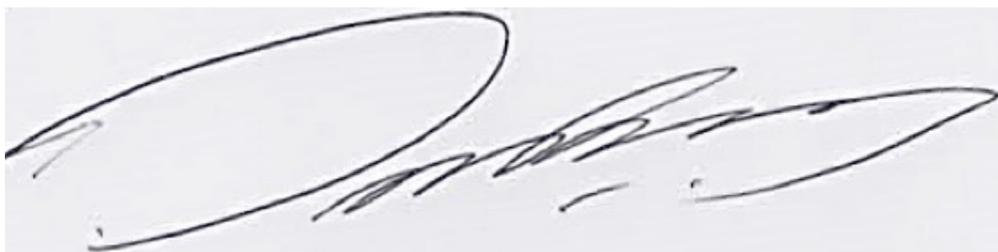
Segundo: Sin condena en costas.

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

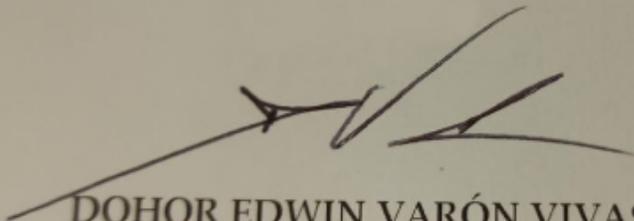
Notifíquese y cúmplase

Discutida y aprobada en **Sala Segunda 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 Segunda de Decisión

Magistrado Ponente: Jairo Ángel Gómez Peña

Manizales, cinco (5) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

Radicación:	17 001 33 33 003 2016 00218 02
Clase:	Ejecutivo
Demandante:	Martha Lucía Quintero de Olarte
Demandado:	UGPP
Providencia	Sentencia N°. 26

Asunto

Resuelve la **Sala Segunda de Decisión** el **recurso de apelación** interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, el día 30 de noviembre de 2017, mediante la cual se ordenó seguir adelante la ejecución.

I. Antecedentes

La señora Martha Lucía Quintero de Olarte, a través de apoderado debidamente constituido, en ejercicio del proceso ejecutivo, formula demanda contra la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales - UGPP a fin de que se ordene lo siguiente:

“Que se libre mandamiento de pago en contra de la Unidad Administrativa de Gestión Pensional - UGPP, por la suma de \$7.104.811,62, por concepto de intereses moratorios derivados de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, causados entre el 15 de enero de 2010 hasta el 24 de febrero de 2012, de conformidad con el inciso 5 del artículo 177 del C.C.A., suma que deberá ser actualizada hasta que se verifique el pago total de la misma.

Como hechos que sustentan las pretensiones, expuso:

Con sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, el 9 de diciembre de 2009, se condenó a la extinta Cajanal EICE a reconocer y pagar a favor de la ejecutante, la reliquidación de su pensión de jubilación incluyendo todos los factores salariales por ella percibidos en el último año de servicios.

Mediante petición radicada el 5 de agosto de 2010, la ejecutante reclamó ante la extinta

Cajanal EICE el pago de la sentencia judicial objeto de recaudo.

A través de la Resolución No. UGM 007895 del 13 de septiembre de 2011, se manifestó por parte de la Unidad Administrativa de Gestión Pensional – UGPP dar cumplimiento a la sentencia judicial previamente referida, reconociendo la suma de \$13.208.240,48 a favor de la ejecutante, rubro que fuere cancelado a la accionante en el mes de febrero de 2012.

El pago realizado en el mes de febrero de 2012, se realizó sobre las diferencias de mesadas liquidadas desde la fecha de causación del derecho hasta el día del pago, con su correspondiente indexación, pero no se incluyó lo correspondiente a intereses moratorios que fueron ordenados en la sentencia.

1. La sentencia de primera instancia

Mediante sentencia del 30 de noviembre de 2017, el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales ordenó seguir adelante la ejecución, así:

“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS LAS EXCEPCIONES de “prescripción de la acción ejecutiva laboral” y “pago”, propuestas por la entidad ejecutada, por las razones expuestas.

SEGUNDO: ORDENAR SEGUIR ADELANTE la ejecución en la forma dispuesta en el auto que libró mandamiento de pago.

TERCERO: LIQUÍDESE EL CRÉDITO de acuerdo con lo establecido en el artículo 446 del Código General del Proceso.

CUARTO: CONDENAR en COSTAS a cargo de la entidad ejecutada y a favor de la ejecutante [...].”

Frente a la excepción de prescripción se consideró que esta figura se encuentra regulada en el artículo 442 del C.G.P., la cual no alude a la extinción del derecho al pago las sumas de dinero causadas – pues es claro que las sumas de dinero reconocidas mediante sentencia judicial no pueden verse afectadas por dicho fenómeno – sino que tiene relación con la figura de la caducidad del medio de control tal y como se concibe en la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Al respecto, indicó que en este caso no existió caducidad comoquiera que la sentencia base de recaudo adquirió ejecutoria el día 14 de enero de 2010 y por lo tanto era exigible pasados 18 meses de la ejecutoria, esto es, a partir del 14 de julio de 2011. (inciso 4°, artículo 177 del C.C.A.) Con base en lo anterior, coligió que la parte ejecutante contaba con 5 años contados desde la referida fecha de exigibilidad de la sentencia, para interponer la demanda ejecutiva, plazo que fue observado toda vez que la demanda fue presentada el 5 de mayo de 2016. (literal k, numeral 2, artículo 164 del CPACA)

De igual manera, consideró infundada la excepción de pago formulada por la parte

ejecutada, entendiendo que la UGPP sí tiene a su cargo el pago de los intereses moratorios derivados de sentencias judiciales condenatorias proferidas contra Cajanal EICE, para lo cual se apoya en una providencia de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, adiada el 2 de octubre de 2014, en la cual se afirma que si la UGPP debe asumir el cumplimiento de las sentencias otrora proferidas contra la hoy extinta Cajanal, también lo debe hacer frente a los intereses moratorios generados por el cumplimiento tardío de las mismas. (fls. 179-182, C. 1)

2. Recurso de apelación

El apoderado de la parte ejecutada adujo que la demandante no cumple con los requisitos para el pago de los intereses moratorios del artículo 177 del C.C.A., toda vez que se presentó el fenómeno de la caducidad en tanto el fallo proferido por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, de fecha 9 de diciembre de 2009, quedó ejecutoriado el 14 de enero de 2010; así las cosas, los 18 meses de que trata el artículo 177 del C.C.A. se cumplieron el 14 de julio de 2011, es decir, que si la caducidad de la acción ejecutiva es de 5 años y que cuenta con la exigibilidad del título sentencia, significa que hasta el 14 de julio de 2016 la demanda era oportuna; sin embargo, se observa que sólo hasta el 22 de julio de 2016 el demandante inició acción ejecutiva, dejando transcurrir más de 6 años y medio que indica la norma para interponerla.

De otro lado, señala que una vez consultada la base de datos general de reclamaciones, se tiene que la señora Martha Lucía Quintero de Olarte presentó reclamación ante el proceso liquidatorio de Cajanal respecto del pago de costas procesales y/o agencias en derecho e intereses moratorios del artículo 177 del C.C.A. y el proceso liquidatorio de Cajanal dio respuesta mediante la Resolución 0418 del 24 de agosto de 2010. Conforme a lo anterior, dado que se dio respuesta de fondo por parte del proceso liquidatorio de Cajanal, el pensionado tuvo oportunidad de interponer el recurso de reposición y la posibilidad de iniciar la demanda ante la jurisdicción contenciosa administrativa. De conformidad con lo establecido en el artículo 7 del Decreto 254 de 2000, reiteró que no deben reconocerse el pago de intereses moratorios solicitados, entre otras razones, porque además de haber operado el fenómeno jurídico de la caducidad, porque la demandante tuvo la oportunidad de recurrir el acto administrativo ya referido.

Finalmente, en cuanto a la condena en costas, trae a colación una sentencia del Consejo de Estado, en donde reitera que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo entrega al juez la facultad de disponer sobre su condena, lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación judicial, tales como la conducta de las partes y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas, descartándose una apreciación subjetiva.

3. Alegatos de conclusión

3.1. Parte demandante

Indica que el artículo 442, numeral 2° del C.G.P. prevé que cuando la obligación se encuentra contenida en una sentencia judicial, sólo podrá alegarse las excepciones de pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción o transacción. Aduce que la entidad ejecutada al apelar la sentencia que ordena seguir adelante con la ejecución, insiste en la falta de legitimación en la causa de la UGPP frente al pago de intereses, sin embargo, al escuchar el argumento de alzada esta Sala no advierte que ese aspecto en particular haya sido materia del referido recurso. (fls. 9 – 11)

3.2. Parte demandada

Aunque ello no fue materia del recurso de apelación, la UGPP al alegar de conclusión vuelve sobre el argumento en torno a su supuesta falta de legitimación en la causa por pasiva para asumir el pago de intereses ordenados en la sentencia base de recaudo. (fls. 12-19, C. 1)

II. Consideraciones

Es competente esta Corporación para conocer del presente asunto, en aplicación del artículo 243 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA:

“Artículo 243. Son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales y de los Jueces. También serán apelables los siguientes autos proferidos en la misma instancia por los jueces administrativos:

[...]

Parágrafo. La apelación solo procederá de conformidad con las normas del presente Código, incluso en aquellos trámites e incidentes que se rijan por el procedimiento civil.” (Subrayas fuera de texto)

1. Problemas jurídicos

De conformidad con lo planteado en el recurso de apelación interpuesto por la UGPP contra la sentencia que ordenó seguir adelante la ejecución, los problemas jurídicos a resolver se contraen a lo siguiente:

- ¿La demanda ejecutiva fue presentada dentro del término de caducidad previsto

- en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo?
- ¿El argumento según el cual la parte ejecutante debió acudir en demanda de nulidad contra la Resolución 0418 del 24 de agosto de 2010 – por medio del cual se resolvió la petición de pago de intereses moratorios previstos en sentencia judicial -, conlleva a declarar la improcedencia de la demanda ejecutiva para deprecar el cumplimiento de la sentencia en cuanto a los intereses moratorios allí ordenados?
 - ¿La condena en costas impuesta en primera instancia atiende a un criterio objetivo tal y como se prevé para este tipo de procesos?

2. Caducidad de la acción ejecutiva

A efectos de resolver lo pertinente sea lo primero retomar el contenido del artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo, a cuyo tenor literal:

Artículo 164. *La demanda deberá ser presentada:*

[...]

k) Cuando se pretenda la ejecución con títulos derivados del contrato, de decisiones judiciales proferidas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en cualquier materia y de laudos arbitrales contractuales estatales, el término para solicitar su ejecución será de cinco (5) años contados a partir de la exigibilidad de la obligación en ellos contenida;

Ahora bien, no existe discusión en cuanto a que i) la sentencia base de recaudo fue proferida el día 9 de diciembre de 2009 y quedó ejecutoriado el 14 de enero de 2010 (fl. 25 Vltto, C. 1); ii) los 18 meses de que trata el artículo 177 del C.C.A. para que la sentencia fuese ejecutable, se cumplieron el 14 de julio de 2011; iii) la caducidad de la acción ejecutiva es de 5 años contados a partir de la exigibilidad del título (sentencia), término que en este caso iba hasta el 14 de julio de 2016; la demanda ejecutiva fue presentada el 5 de mayo de 2016, conforme la constancia de reparto visible en el encabezado del expediente y el sello de radicación en la Oficina Judicial que obra a folio 11 del cuaderno 1.

Ha de concluirse entonces que la demanda fue presentada oportunamente y por lo tanto, ninguna razón o fundamento le asiste a la UGPP para afirmar que aquella fue radicada el 22 de julio de 2016, esto es, de manera extemporánea; tal afirmación es infundada y si se quiere, temeraria, pues con ello la UGPP planteó una excepción que carecía de todo respaldo fáctico.

En fin: la sentencia base de recaudo adquirió ejecutoria el día 14 de enero de 2010 y por lo tanto era exigible pasados 18 meses de la ejecutoria, esto es, a partir del 14 de julio de 2011. (inciso 4°, artículo 177 del C.C.A.) Con base en lo anterior, coligió que la parte ejecutante contaba con 5 años contados desde la referida fecha de exigibilidad de la

sentencia, para interponer la demanda ejecutiva, plazo que fue observado toda vez que la demanda fue presentada el 5 de mayo de 2016.

3. Medio de control procedente para reclamar el pago de los intereses moratorios deprecados por la parte actora

Se tiene acreditado que mediante sentencia del 9 de diciembre de 2009, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, se condenó a la extinta Cajanal a reliquidar la pensión de vejez de la demandante. En la parte resolutive de la sentencia se dispuso que la entidad debía dar cumplimiento a la misma dentro del término previsto en el artículo 177 del CCA.

La parte ejecutante aduce que, aunque la sentencia quedó ejecutoriada el 14 de enero de 2010, sólo hasta el mes de febrero de 2012 se incluyó en nómina la Resolución que dio cumplimiento a la sentencia, motivo por el cual y acorde con lo previsto en el inciso 5° del artículo 177 del CCA, se causaron intereses moratorios dentro del periodo comprendido entre el 15 de enero de 2010 y el 24 de febrero de 2012. Señala la demandante que en dicho pago no se incluyeron los intereses moratorios causados.

Ahora bien, constituye título ejecutivo en materia contencioso administrativa, entre otros, lo siguiente:

Artículo 297. *Para los efectos de este Código, constituyen título ejecutivo:*

1. Las sentencias debidamente ejecutoriadas proferidas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, mediante las cuales se condene a una entidad pública al pago de sumas dinerarias.

Como puede verse, la sentencia que la parte ejecutante presenta como base de recaudo constituye título ejecutivo para los efectos de este proceso, en tanto la misma dispuso en su parte resolutive que las órdenes judiciales allí impartidas debían ser cumplidas por la entidad demandada en los términos del artículo 177 de C.C.A.; la inobservancia de los plazos previstos en la norma para el pago, generan intereses moratorios y es ello precisamente lo que deprecia la parte actora en la demanda ejecutiva, al plantear que el cumplimiento de la sentencia fue tardío y derivó en la causación de dicha sanción pecuniaria.

Adicional a lo anterior, ha de tenerse en cuenta que los actos administrativos por medio de los cuales se da cumplimiento a una sentencia judicial son actos de ejecución y por ende, en principio, no son enjuiciables a través de demanda ordinaria de nulidad y restablecimiento del derecho, salvo que con los mismos se tomen decisiones que desborden lo ordenado en la sentencia de cuyo cumplimiento se trata; solamente en esos

casos se puede plantear una demanda de nulidad contra aquellos.

En relación con los actos administrativos susceptibles de ser demandados ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, se ha considerado por parte de la doctrina y la jurisprudencia, con apoyo en lo previsto por el artículo 75 del CPACA¹, que los actos de ejecución no son impugnables, salvo que la ley lo autorice o que aquellos contengan una decisión que no corresponda con la ejecución que pretenda llevar a cabo².

La jurisprudencia del Consejo de Estado³ ha precisado que aun cuando se trate de un acto con el cual se esté dando cumplimiento a lo ordenado en una sentencia judicial, puede ser susceptible de control judicial excepcionalmente en los siguientes eventos: **i)** cuando se aparte de lo ordenado en la sentencia, dándole un alcance diferente; **ii)** cuando se abstiene de dar cumplimiento a la decisión judicial; **iii)** cuando introduce modificaciones sustanciales al acto administrativo o a la sentencia judicial que se pretenda ejecutar; y **iv)** cuando se presentan circunstancias que afectan la competencia de la entidad demandada o condenada.

Lo anterior, por cuanto tales supuestos contienen en sí mismos una alteración, adición, modificación o supresión de la voluntad real del juez de conocimiento, generando con ello una nueva situación jurídica para el administrado.

En este caso observa la Sala que la intención de la parte actora es el íntegro cumplimiento de una sentencia judicial, que presenta como título ejecutivo para tales efectos; su objeto no es atacar los actos administrativos de ejecución alegando para ello alguna de las causales establecidas por vía jurisprudencial, pues más allá del incumplimiento de la sentencia que se pudiese verificar en aquellos, nada indica que su contenido le dé un alcance diferente a la sentencia o modifique sustancialmente la voluntad del juez, al punto de crear una nueva situación jurídica para la demandante.

4. Costas en primera instancia

En la sentencia de primera instancia se condenó en costas al tenor del artículo 365 del Código General del Proceso:

Artículo 365. 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 “**ARTÍCULO 75. IMPROCEDENCIA.** No habrá recurso contra los actos de carácter general, ni contra los de trámite, preparatorios, o de ejecución excepto en los casos previstos en norma expresa.”

² Palacio Hincapié, Juan Ángel. Derecho Procesal Administrativo. 8ª Edición. Editorial Jurídica Sánchez R. Ltda. Enero de 2013. Pg. 82.

³ Al respecto, pueden consultarse las sentencias del 14 de julio de 2016 (Radicación número: 25000-23-41-000-2012-00644-01), 12 de noviembre de 2015 (Radicación número: 17001-23-33-000-2013-00653-01(21095)) y 6 de agosto de 2015 (Radicación número: 41001-23-33-000-2012-00137-01(4594-13)).

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.

[··]

El Consejo de Estado, se ha manifestado sobre el régimen objetivo de la condena en costas en los procesos ejecutivos:

La institución de la condena en costas es una figura de derecho procesal que busca sancionar a la parte que resulta vencida en un proceso, incidente o recurso, teniendo ésta que efectuar erogaciones económicas a cargo de la parte vencedora, correspondientes a las expensas y las agencias en derecho.

En atención a lo anteriormente mencionado cabe concluir que no deberá aplicarse en este evento el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, ni los parágrafos 2 y 3 del artículo 75 de la Ley 80 de 1993 por existir norma especial y posterior que regula la materia de las costas en los procesos ejecutivos, como lo es la normatividad del estatuto procedimental civil.

*Ahora bien, dicho estatuto procesal es claro en señalar que procederá la condena en costas a favor del demandado y en contra del demandante cuando el juez considere que las **excepciones propuestas** prosperaron - según lo establecido por el literal d^o y e^o del artículo 510 del C.P.C.- e, igualmente, cuando se compruebe la causación de las costas dentro del proceso -según lo establecido por el numeral 9^o del artículo 392 del C.P.C.- (Destaca la Sala).*

Significa lo anterior que en materia de costas se aplica un régimen objetivo para determinar su procedencia, por lo que, con la simple comprobación de que se procedió o no a la ejecución y que se demuestre su causación de las costas dentro del juicio, el operador judicial deberá proceder a decretarlas, no como pasa en el proceso declarativo en el cual el juez debe verificar la buena o mala fe desplegada por la parte vencida. Así lo tiene entendido la Sección Tercera de esta Corporación, la cual en un caso semejante al que ahora se decide razonó como sigue: (Subraya la Sala)

'A diferencia de lo dispuesto sobre la materia respecto del proceso declarativo sometido al Código Contencioso Administrativo, en el proceso ejecutivo no es dable realizar consideraciones subjetivas respecto de la posición asumida por la parte vencida en el desarrollo del mismo, para determinar la procedencia de la condena en costas⁸.' (Negrilla y subrayas de la Sala)⁹

En similar sentido se pronunció la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado⁹

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo M.P Ramiro Saavedra Becerra, radicación: No. 26767. Reiterada por sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 29 da abril de 2015, radicación 250002326000200600087, expediente 35545.

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Consejero

Por último, en lo que respecta a la condena en costas impuesta por el a - quo a la parte demandante, estima la Sala pertinente precisar tal y como lo solicitó el Agente del Ministerio Público, que con la adopción del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, el legislador abandonó el criterio subjetivo que venía imperando en este tipo de asuntos para dar paso, según se advierte en el artículo 188 ibídem¹⁰, a la valoración objetiva frente a la imposición, liquidación y ejecución de las costas procesales.

*En efecto, de la redacción del citado artículo se extraen los elementos que determinan la imposición de la condena en costas, a saber: i) **objetivo** en cuanto a que toda sentencia decidirá sobre las costas procesales, bien sea para condenar total o parcialmente o, en su defecto, para abstenerse y ii) **valorativo** en el entendido de que el juez debe verificar que las costas se causaron con el pago de gastos ordinarios y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Lo anterior en consonancia con lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso.*

Aunado a lo anterior, rememora la Sala el siguiente pronunciamiento de la Sección Segunda, Subsección A de la Alta Corporación¹¹:

Esta Subsección en sentencia del 7 de abril de 2016¹², 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.

Así mismo, 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 (Acuerdo 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura) 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 éstas; 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.

Visto lo anterior, y en lo que se refiere al caso concreto, el *a quo* en atención a lo dispuesto en los artículos 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en concordancia con el artículo 365 del Código General del Proceso, condenó en costas a la parte demandante.

Conviene precisar que a voces del artículo 188 del CPACA, “*Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya*

Ponente: Cesar Palomino Cortés. 8 de febrero de 2018. Radicación: 17001-23-33-000-2015-00033-01 (1377-17)

¹⁰ “Artículo 188. Condena en costas. 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.”

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Consejero Ponente: Rafael Francisco Suárez Vargas. 1º de febrero de 2018. Radicación: 25000-23-42-000-2012-00389-01 (3279-14).

¹² Rad. 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014), actor: José Francisco Guerrero Bardi, Consejero ponente: William Hernández Gómez.

liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil"; y comoquiera que en el presente proceso se planteó un interés particular (en tanto no se trata del medio de control de simple nulidad, repetición, defensa de intereses colectivos etc, sino del de nulidad y restablecimiento del derecho), la conclusión apunta a que en la sentencia, tal y como se hizo en su momento, ciertamente resultaba procedente la decisión o pronunciamiento sobre la condena en costas. Así pues, como no se está ante una excepción a la regla general prevista en el artículo 188 del CPACA, se procederá a revisar entonces cuál ha de ser el fundamento fáctico que sustenta la imposición de costas en el caso concreto.

Conforme los documentos que obran en el expediente, es posible comprobar el pago de gastos ordinarios (f. 62, C. 1) así como la actividad efectivamente realizada por el apoderado de la parte demandante, esto es, presentación de la demanda, contestación del traslado de excepciones (fls. 166-168, C. 1) y asistencia a la audiencia inicial del artículo 372 del CGP (fls. 177-182, C. 1), todo lo cual dio lugar a la condena en costas por concepto de gastos procesales y agencias en derecho, estas últimas de conformidad con lo previsto en el Acuerdo No. 1887 de 2003, vigente para la época en que fue presentada la demanda.

Finalmente, conviene precisar que la legitimación por pasiva de la UGPP no fue un aspecto incluido en el recurso de apelación presentado por la UGPP contra la sentencia que ordenó seguir adelante la ejecución, proferida en audiencia y notificada en estrados; de ahí la improcedencia de emitir pronunciamiento al respecto en esta instancia. En gracia de discusión, se observa que tal aspecto fue dilucidado por el a quo con base en jurisprudencia del Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, que se sirvió citar para el efecto, complementada luego por la parte demandante en los alegatos de conclusión de segunda instancia, en donde se sirvió citar precedentes adicionales sobre ese aspecto en particular.

5. Costas en segunda instancia

Sin condena en costas en esta instancia toda vez que no se observa que las mismas se hayan causado.

En conclusión, se confirmará la sentencia de primera instancia, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales el 30 de noviembre de 2017, dentro del proceso ejecutivo promovido por la señora Martha Lucía Quintero de Olarte contra la UGPP.

Por mérito de lo expuesto, la **Sala Segunda de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas**, administrando justicia en nombre de la Republica y por autoridad de la ley,

Primero: Se confirma la sentencia de primera instancia, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales el 30 de noviembre de 2017, dentro del proceso ejecutivo promovido por la señora Martha Lucía Quintero de Olarte contra la UGPP.

Segundo: Sin condena en costas en esta instancia, por lo considerado.

Tercero: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen para lo de su cargo, previas las anotaciones pertinentes en el programa “Justicia Siglo XXI”.

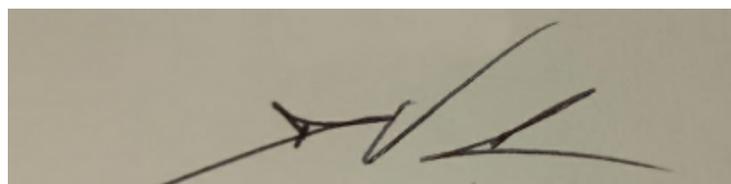
Notifíquese y cúmplase.

Discutida y aprobada en **Sala Segunda 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 Segunda de Decisión

Magistrado Ponente: Jairo Ángel Gómez Peña

Manizales, cinco (5) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

Radicado.	17-001-33-39-005-2018-00126-02
Clase:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante:	Ligia Arroyave de Giraldo
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Providencia:	Sentencia N°. 18

Asunto

Decide la **Sala Segunda de Decisión** el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales, el 2 de diciembre 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 lo siguiente:

1. Declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 1734-6 del 9 de febrero de 2018, en cuanto negó el reconocimiento y pago del reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme a lo establecido en la Ley 71 de 1988.
2. Que se declare que la parte demandante tiene derecho a que la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, le reconozca y pague el reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme a la Ley 71 de 1988.

3. Que se condene a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a que reconozca y pague la diferencia entre lo pagado y lo que se ha debido pagar desde el año siguiente al inicio de disfrute de la pensión.
4. Que se ordene el cumplimiento de la sentencia en los términos del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.
5. Que se condene en costas a la parte demandada.

2. Hechos

Se relataron los que a continuación se resumen:

La parte demandante es pensionada por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. El reajuste periódico de las mesadas pensionales fue ordenado en armonía con lo dispuesto en la Ley 71 de 1988 y Ley 238 de 1995. Sin embargo, la entidad demandada viene realizando los ajustes anuales de incremento salarial tomando como punto de referencia lo establecido en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 según porcentaje de incremento del IPC del año inmediatamente anterior. La demandada negó la solicitud efectuada por la parte actora para que le fuera reconocido el reajuste periódico de la pensión de conformidad con los incrementos anuales fijados por el Gobierno Nacional para el SMLMV en aplicación de la Ley 71 de 1988.

3. Normas violadas

Como disposiciones violadas se citaron las siguientes:

Artículos 48, 53 y 58 de la Constitución Política; Artículo 1° de la Ley 71 de 1988; Artículos 5, 9 y 15 de la Ley 91 de 1989; Artículos 14 y 279 de la Ley 100 de 1993; la Ley 238 de 1995 y el Decreto 2831 de 2005.

Se aduce en la demanda, que el reajuste de las mesadas pensionales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio está regulado por la Ley 71 de 1988; ello, en virtud de la exclusión del régimen de la Ley 100 de 1993, artículo 279. Sin embargo, indica, el FOMAG desde la expedición de la Ley 238 de 1995 reajusta las pensiones de los afiliados aplicando el artículo 14 de la Ley 100, incurriendo desde el año 1996 en violación a dichas normas y a los artículos 53 y 58 de la Constitución, desconociendo además que se trata de un derecho adquirido. Realiza la comparación entre los porcentajes del incremento del salario mínimo legal mensual y del IPC en varios años, para concluir que es más favorable el incremento conforme a la primera variable.

4. Contestación de la demanda

La Nación - Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio no contestó la demanda.

5. Sentencia de Primera Instancia

El Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 2 de diciembre de 2019, resolvió lo siguiente:

[...]

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda ...

TERCERO: SIN COSTAS [...]"

Se remite a los artículos 14 y 279 parágrafo 4^o de la Ley 100 de 1993, en virtud de los cuales se regula la forma en que debe hacerse el reajuste de las pensiones, todo lo cual se aplica incluso a los pensionados bajo los regímenes de excepción, a quienes por tanto dicho reajuste también se realiza con base en la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor (IPC) certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. Cita una providencia de la Corte Constitucional mediante la cual se indica que en estos casos no puede hablarse de la vulneración del principio de favorabilidad comoquiera que la misma norma facultó al legislador para decidir con autonomía política sobre dicho tema, de tal modo que, solamente las pensiones mínimas serían reajustadas con el incremento anual del SMLMV. (fls.51-55, C. 1)

6. Recurso de Apelación

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte demandante presentó en término el recurso de apelación contra la misma, al estimar que el a quo desconoció principios y derechos constitucionales al resolver como lo hizo.

El demandante da a entender que el derecho al reajuste de la pensión, hace parte del régimen pensional especial que se aplica a los docentes afiliados al FNPSM con anterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003; y que al igual que los demás aspectos de dicho régimen, el reajuste con base en el incremento del SMLMV debe ser tenido en cuenta en este caso.

Estima que al entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones – ley 100 de 1993 -, las pensiones del régimen docente quedaron amparadas por los regímenes de excepción establecidos en el artículo 279 de la norma en cita, siéndoles aplicable el artículo 14 de aquella, previo cumplimiento del requisito de favorabilidad previsto en el

¹ Adicionado por el artículo 1° de la Ley 238 de 1995.

artículo 1° de la Ley 238 de 1995. Luego, de no encontrarse beneficio alguno en la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 en el caso de las pensiones de los docentes afiliados al FNPSM, la fórmula de incremento de las mesadas allí contemplada, no debe ser aplicada frente a éstos por resultar ilegal. (fls. 58 – 73, C. 1)

7. Alegatos de conclusión segunda instancia

7.1. Parte demandante

Reitera lo expuesto en primera instancia y recalca que en el acto administrativo de reconocimiento pensional se estableció expresamente que el reajuste de la pensión se haría en armonía con lo dispuesto en la ley 71 de 1988, del tal modo que la entidad está obligada a acatarlo mientras no sea anulado por esta jurisdicción. (fls. 8 a 11, C. 2)

II. Consideraciones

A efectos de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante a través de apoderado judicial, la Sala procederá a abordar los siguientes ítems: i) Planteamiento del problema jurídico, ii) Acervo probatorio allegado al proceso y iii) Marco legal aplicable y análisis del caso concreto.

1. Problema jurídico.

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

2. Acervo probatorio

En el expediente se encuentra acreditado que la señora Ligia Arroyave de Giraldo obtuvo la pensión de jubilación mediante la Resolución No. 07687 del 5 de septiembre de 1996 por parte del FNPSM (fls. 17-18, C. 1) y mediante la Resolución No. 1734 – 6 del 9 de febrero de 2018 le fue negado tal petitum por parte de la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, actuando en representación del FNPSM. (fls. 15-16, C. 1)

3. Marco legal aplicable y análisis del caso concreto

3.1. Régimen General de Seguridad Social

El artículo 48 de la Carta Política concibe la seguridad social como un servicio público obligatorio que debe prestarse bajo la dirección coordinación y control del Estado, con

sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; asimismo se garantiza como un derecho irrenunciable al que acceden los trabajadores que acreditan los requisitos previstos en la ley para ese efecto.

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

El Sistema de Seguridad Social Integral, previsto en la Ley 100 de 1993², tuvo como objeto garantizar la protección del trabajador, entre otros, frente al riesgo de vejez, en aras de proveerle una buena calidad de vida al final de su historia laboral. Para ello, dispuso la creación de instituciones públicas y privadas encargadas de la administración de los recursos y del reconocimiento de la prestación vitalicia, 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”.

Ahora bien, el artículo 1° de la Ley 4 de 1976³, determinó que las pensiones de los sectores público, oficial, semioficial y privado, así como los afiliados al Instituto Seguro Social, a excepción de las pensiones por incapacidad permanente parcial, se reajustarían de oficio, cada año, teniendo en cuenta el incremento 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 representara el incremento entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, esto último aplicado a la correspondiente pensión.

Luego, el artículo 1 de la Ley 71 de 1988⁴ precisó que las pensiones referidas en el artículo 1 de la Ley 4 de 1976, la de incapacidad permanente parcial y las compartidas,

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

³ Ley 4 de 1989, *“Por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones.”*
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=1165>

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

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

La citada norma fue reglamentada por el Decreto 1160 de 1989, el cual 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 para los beneficiarios de los regímenes del sector público, oficial y privado, teniendo en cuenta el incremento porcentual del salario mínimo legal mensual vigente más alto.

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

“ARTÍCULO 14. REAJUSTE DE PENSIONES. Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice 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.”-sft-

Dicha normativa fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-387 de 1994⁵, donde señaló que el incremento por el IPC o por el salario mínimo, cumple el objetivo del reajuste periódico de las pensiones, y es facultad del legislador determinar el mismo:

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

“... ”

“Las instituciones del salario mínimo y de la pensión mínima, se enmarcan dentro de aquellas políticas destinadas a lograr una justicia social, pues son medidas especiales de protección a quienes por su condición económica se encuentran en situación de debilidad manifiesta. Busca así el legislador menguar la desigualdad y de esta manera cumplir con el propósito señalado por

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

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, porque su comportamiento depende de una serie de circunstancias económicas y políticas que resultan variables, y en consecuencia, no es posible determinar con certeza el porcentaje en que cada uno de esos dos factores aumentará.

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

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

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

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

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

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

Sobre este tema, la Sección Segunda del Consejo de Estado⁶, en providencia del 17

⁶ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION SEGUNDA - SUBSECCIÓN A- Consejero ponente: WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ - Bogotá, D.C., diecisiete (17) de

de agosto del 2017 proferida 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 lo dispuesto por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, y que esto es aplicable a las pensiones causadas con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993:

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

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

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

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

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

En consideración al postulado jurisprudencial precitado se extrae que, si bien quienes se pensionaron con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, cuentan con un régimen anterior al del Sistema de Seguridad Social Integral, esto no quiere decir que el incremento de la mesada pensional deba realizarse conforme lo contempla la Ley 71 de 1988, ajustado al salario mínimo, toda vez que con la entrada en vigencia del régimen general de pensiones, **esta norma quedó derogada por aquella,**

que dispuso que los ajustes de las mesadas pensionales fueran incrementadas conforme a la variación del índice de precios al consumidor.

Referente al argumento esbozado por la parte demandante, según el cual, se debe dar aplicación en estos casos al artículo 1 de la Ley 71 de 1989, que regula el ajuste de la mesada pensional, es pertinente traer a colación el pronunciamiento expuesto por la Máxima Corporación Constitucional en sentencia C-435 de 2017, bajo la acción pública de constitucionalidad, en donde fue demandada la nulidad parcial del artículo 14 de la Ley 100 de 1993, concerniente al reajuste de pensiones según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, así:

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

(...)

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

(...)

Siendo así, se tiene que en la norma demandada el legislador específicamente dispuso que el criterio o parámetro de actualización fuera el IPC en tanto que, como claramente explicó el DANE en su intervención, éste precisamente “es una estadística que mide la variación porcentual de los precios de un conjunto representativo de los bienes y servicios de consumo de los hogares del país”. Pero, simultáneamente, el legislador distinguió entre las pensiones superiores e inferiores al salario mínimo legal mensual vigente (SMLMV), estableciendo que únicamente éstas últimas se 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

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

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

(...)

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

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

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

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

Este artículo fue adicionado por la Ley 238 de 1995⁷, que dispuso la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 a los regímenes exceptuados previstos en dicha disposición; o sea, el incremento de las pensiones conforme al IPC:

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

“Párrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican

negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados". /Resaltado de la Sala/

De esta manera, el incremento de las pensiones de los docentes pensionados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 no se rige por el artículo 1° de la Ley 71 de 1988, toda vez que el factor de incremento anual de las pensiones no forma parte del Régimen Pensional por el cual se rigen los docentes, como son la edad, el monto, el ingreso base de liquidación y la tasa, y como lo señaló el Consejo de Estado⁸. Además, el reajuste de la mesada pensional no es un derecho adquirido, por lo que el legislador está habilitado para modificar las normas que consagran la proporción del aumento anual. Es del caso agregar que la norma que pretende la parte demandante que se aplique al incremento de su mesada, el artículo 1° de la Ley 71 de 1988, **fue derogado** por la Ley 100 de 1993.

Lógicamente, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario

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

En ese orden de ideas, considera la Sala que no se encuentra demostrada la vulneración de los derechos invocados en la parte actora, dado que conforme a los presupuestos normativos y jurisprudenciales antes citados, se observa que **no** le asiste razón al accionante al indicar que el reajuste de las mesadas pensionales se deben realizar conforme al artículo 1 de la Ley 71 de 1989, esto es, conforme al salario mínimo, norma derogada por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, conforme lo ya dicho sin ambages por el Consejo de Estado; derogatoria que aplica por igual a quienes fueron pensionados antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, encuéntrense o no amparados por un régimen exceptuado.

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

4. Costas en segunda instancia

Con base en el numeral 3 del artículo 365 numeral 1 del CGP, aplicable por virtud del

precepto 188 de la Ley 1437 de 2011, no se impondrán costas a cargo de la parte vencida en el proceso, toda vez que no se observan actuaciones adelantadas por la parte accionada en esta instancia.

5. 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, la **Sala Segunda de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

III. Falla

Primero: Se confirma la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales, el 2 de diciembre 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 la señora Ligia Arroyave e Giraldo contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

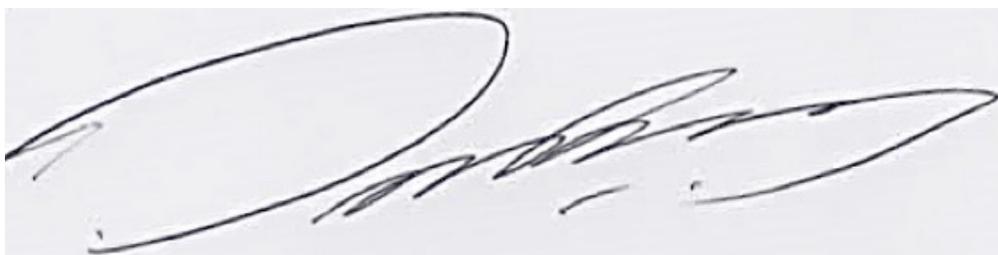
Segundo: Sin condena en costas.

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

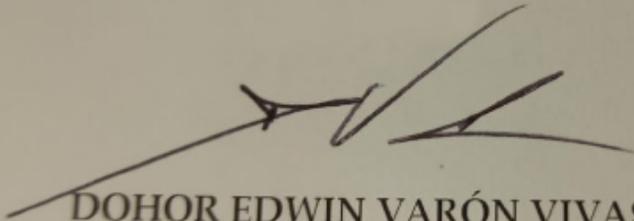
Notifíquese y cúmplase

Discutida y aprobada en **Sala Segunda 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 Segunda de Decisión

Magistrado Ponente: Jairo Ángel Gómez Peña

A.I. 17

Manizales, cinco (5) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

Radicación:	17001 23 33 000 2020 00316 00
Clase:	Recurso de Insistencia
Accionante:	Bradys Daniela Oquendo Alonso
Accionados:	Juzgado 57 de Instrucción Penal Militar

Asunto

Procede la Sala a pronunciarse sobre el recurso de insistencia interpuesto por la señora Bradys Daniela Oquendo Alonso contra el Juzgado 57 de Instrucción Penal Militar.

I. Antecedentes

La señora Bradys Daniela Oquendo Alonso informa que, a raíz del homicidio de su padre, se abrió una investigación en la Fiscalía General de la Nación bajo el radicado No. 3.215, adelantada contra miembros del Ejército Nacional. Posteriormente, la investigación fue remitida a la justicia penal militar, quedando a cargo del Juzgado 57 de Instrucción Penal Militar. Manifiesta que es su deseo conocer la verdad en torno a la muerte de su padre y determinar si tiene derecho a una indemnización por parte del Estado, razón por la cual le solicitó a dicho Juzgado que le informase sobre el estado actual de la investigación y los pasos a seguir para obtener copia del expediente.

En respuesta a dicha petición, el Juzgado 57 Penal Militar le respondió que *“por la muerte de los señores WILLIAM OQUENDO SEPÚLVEDA y JOSÉ MIGUEL PADILLA SAENZ, se adelantó investigación preliminar radicada con el No. 145 por los hechos ocurridos el tres (3) de julio de 2001, en la vereda el Oro de Riosucio (Caldas), en contra de los señores AVERIGUACIÓN DE RESPONSABLES, por el presunto delito de HOMICIDIO”*; además manifestó que *“mediante auto del quince (15) de septiembre del 2003, el señor juez otrora profirió auto inhibitorio, encontrándose en este momento la indagación preliminar en referencia en archivo”*. En relación con la petición de copias, se le respondió que *“Las*

copias de la investigación preliminar de acuerdo al artículo 253 de la Ley 522 de 1999, son reservadas, no obstante para obtener copias de la indagación preliminar es necesario que se revoque la indagación preliminar según lo dispuesto en el artículo 459 ibídem, para luego constituirse en parte civil adquiriendo las facultades de sujeto procesal, lo que le permite solicitar copias de la indagación preliminar en referencia.”

El 6 de octubre de 2020, la accionante reiteró la solicitud de copias ante el Juzgado y en respuesta a ello, el 30 de octubre de 2020, la autoridad penal militar insistió en las razones para denegar la petición, señalando que el expediente solamente es público cuando hay un archivo definitivo del mismo, producto de una decisión que haga tránsito a cosa juzgada.

Ante dicha negativa interpuso acción de tutela en contra de esa célula judicial pero la misma fue declarada improcedente comoquiera que el trámite a surtir era precisamente el recurso de insistencia, dado lo cual el Juzgado hizo remisión del recurso para el trámite pertinente en esta Corporación.

II. Consideraciones

Sea lo primero indicar que, en lo que respecta a la oportunidad para presentar el recurso de insistencia, el parágrafo del artículo 26 de la Ley Estatutaria 1755 del 30 de junio de 2015, señala lo siguiente:

Artículo 26. Insistencia del solicitante en caso de reserva. Si la persona interesada insistiere en su petición de información o de documentos ante la autoridad que invoca la reserva, corresponderá al Tribunal Administrativo con jurisdicción en el lugar donde se encuentren los documentos, si se trata de autoridades nacionales, departamentales o del Distrito Capital de Bogotá, o al juez administrativo si se trata de autoridades distritales y municipales decidir en única instancia si se niega o se acepta, total o parcialmente la petición formulada.

Para ello, el funcionario respectivo enviará la documentación correspondiente al tribunal o al juez administrativo, el cual decidirá dentro de los diez (10) días siguientes. [...]

[...]

Parágrafo. El recurso de insistencia deberá interponerse por escrito y sustentado en la diligencia de notificación, o dentro de los diez (10) días siguientes a ella.
(Subraya la Sala)

Como puede verse, el recurso de insistencia tiene origen en el ejercicio del derecho de petición de información, con arreglo a lo establecido en la Ley 1755 de 2015 “*Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*”.

1. Sobre la oportunidad para plantear la insistencia

En el caso que se analiza se tiene acreditado que, actuando en nombre propio, la señora Bradys Daniela Oquendo Alonso presentó derecho de petición de información ante el Juzgado 57 de Instrucción Penal Militar y dicha entidad, a su vez, dio respuesta al mismo en los términos ya referidos en precedencia. De igual forma, se puede establecer que el recurso de insistencia fue presentado el 4 de diciembre de 2020 – esto es, dentro de los 10 días siguientes a la notificación del oficio que negó la petición de información (26 de noviembre de 2020) - y remitido en ese mismo mes a este Tribunal.

En ese orden de ideas, es preciso concluir que la interposición del recurso que concita la atención de la Sala, fue oportuna. De ahí que proceda el análisis de fondo planteado por la parte actora.

2. Marco normativo del recurso de insistencia

De conformidad con lo establecido en el artículo 74 de la Constitución Política, *“Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos, salvo los casos que establezca la ley.”*

Así mismo, los numerales 2) y 3) del artículo 5º y el artículo 13 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (sustituido por la Ley Estatutaria 1755 de 2015), disponen que en ejercicio del derecho de petición, el cual se encuentra consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política, se podrá solicitar el acceso a la información sobre la acción de las autoridades y particularmente que, se expida copia de los documentos correspondientes, así como que toda persona tiene derecho a consultar los documentos que se encuentren en las oficinas públicas y a que se les expida copia de los mismos, siempre y cuando dichos documentos no tengan el carácter de reservados conforme a la Constitución o a la Ley o tengan relación con la defensa o seguridad nacional.

Frente a la reserva de información y documentos, el artículo 24 de la Ley 1755 del 30 de junio de 2015, *por medio de la cual se regula el derecho fundamental de petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*, establece:

“Artículo 24. Informaciones y Documentos Reservados. Solo tendrán carácter reservado las informaciones y documentos expresamente sometidos a reserva por la Constitución Política o la ley, y en especial:

- 1. Los relacionados con la defensa o seguridad nacionales.*
- 2. Las instrucciones en materia diplomática o sobre negociaciones reservadas.*
- 3. Los que involucren derechos a la privacidad e intimidad de las personas, incluidas en las hojas de vida, la historia laboral y los expedientes pensionales y demás registros de personal que obren en los archivos de las instituciones públicas o privadas, así como la historia clínica.*

4. Los relativos a las condiciones financieras de las operaciones de crédito público y tesorería que realice la nación, así como a los estudios técnicos de valoración de los activos de la nación. Estos documentos e informaciones estarán sometidos a reserva por un término de seis (6) meses contados a partir de la realización de la respectiva operación.

5. Los datos referentes a la información financiera y comercial, en los términos de la Ley Estatutaria 1266 de 2008.

6. Los protegidos por el secreto comercial o industrial, así como los planes estratégicos de las empresas públicas de servicios públicos.

7. Los amparados por el secreto profesional.

8. Los datos genéticos humanos.

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

De igual forma, los artículos 25 y 26 ibidem (igualmente sustituidos por la Ley 1755 de 2015, artículo 1º.), establecen:

...”ARTÍCULO 25. RECHAZO DE LAS PETICIONES DE INFORMACIÓN POR MOTIVO DE RESERVA. Toda decisión que rechace la petición de informaciones o documentos será motivada, indicará en forma precisa las disposiciones legales que impiden la entrega de información o documentos pertinentes y deberá notificarse al peticionario. Contra la decisión que rechace la petición de informaciones o documentos por motivos de reserva legal, no procede recurso alguno, salvo lo previsto en el artículo siguiente.

La restricción por reserva legal no se extenderá a otras piezas del respectivo expediente o actuación que no estén cubiertas por ella.

ARTÍCULO 26. INSISTENCIA DEL SOLICITANTE EN CASO DE RESERVA. Si la persona interesada insistiere en su petición de información o de documentos ante la autoridad que invoca la reserva, corresponderá al Tribunal Administrativo con jurisdicción en el lugar donde se encuentren los documentos, si se trata de autoridades nacionales, departamentales o del Distrito Capital de Bogotá, o al juez administrativo si se trata de autoridades distritales y municipales decidir en única instancia si se niega o se acepta, total o parcialmente la petición formulada.

Para ello, el funcionario respectivo enviará la documentación correspondiente al tribunal o al juez administrativo, el cual decidirá dentro de los diez (10) días siguientes. Este término se interrumpirá en los siguientes casos:

1. Cuando el tribunal o el juez administrativo solicite copia o fotocopia de los documentos sobre cuya divulgación deba decidir, o cualquier otra información que requieran, y hasta la fecha en la cual las reciba oficialmente.

2. Cuando la autoridad solicite, a la sección del Consejo de Estado que el reglamento disponga, asumir conocimiento del asunto en atención a su importancia jurídica o con el objeto de unificar criterios sobre el tema. Si al cabo de cinco (5) días la sección guarda silencio, o decide no avocar conocimiento, la actuación continuará ante el respectivo tribunal o juzgado administrativo.

(...)

De las disposiciones en referencia se colige, en primer lugar que, por regla general, todas las personas tienen derecho a formular peticiones y a obtener pronta resolución, siendo inherente el acceso a la información que reposa en las instituciones del Estado, solo siendo posible negar el acceso a la misma cuando tienen el carácter de reservado.

Cabe insistir que el derecho al acceso a los documentos públicos tiene límites, dicho óbice

únicamente puede y ha de ser fijado por el legislador, “...cuando considere que razones de orden público, seguridad nacional o protección de otros derechos fundamentales lo hagan indispensable.¹ En efecto, “*el derecho de acceso tiene, como todo derecho, algunos límites que de acuerdo con los principios de la Carta del 91 deben inspirarse claramente en una objetiva prevalencia de un verdadero interés general.*”²...³.

Al tiempo, la Corte Constitucional ha expresado que dicha limitación ha de satisfacer las siguientes reglas, “... (i) *la existencia de reserva legal, (ii) la necesidad que tales restricciones se sujeten a los principios de razonabilidad y proporcionalidad y estén relacionados con la protección de derechos fundamentales, como es el caso de la intimidad, o de valores constitucionalmente protegidos, entre ellos, la seguridad y la defensa nacional; y (iii) el carácter temporal de la restricción, en la medida en que la ley debe fijar un plazo después del cual los documentos pasan al dominio público.*”⁴...⁵. De todo lo cual se colige que, cuando una de tales subreglas brilla por su ausencia, mal puede la entidad respectiva predicar límites para la accesibilidad a la información que reposa y administra en sus dependencias.

3. De la naturaleza judicial o administrativa de la negación de copia de los documentos por parte del Juzgado 57 de Instrucción Penal Militar

Habrà de partir la Sala en su análisis de que el trámite del presente recurso de insistencia, i) tiene comprobado origen en el ejercicio del derecho de petición de copia de documentos, ante el Juzgado 57 de Instrucción Penal Militar, por la víctima indirecta (hija) producto del homicidio del señor William Oquendo Sepúlveda (padre), presuntamente, a manos de miembros del Ejército Nacional. Dicha petición se hace con arreglo a lo establecido en el artículo 14, numeral 1º. (norma sustituida por la Ley 1755 de 2015) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), ii) derecho de petición de documentos que se eleva ante el Juzgado 57 de Instrucción Penal Militar en virtud de su función puramente administrativa y no judicial, como responsable de la conservación y archivo de los registros y medios probatorios practicados durante la actuación previa a la formulación de imputación, con arreglo a lo establecido en el Título Octavo, Capítulo I de la Ley 522 de 1999 (Código Penal Militar), y iii) la anterior aserción tiene fundamento en el hecho (igualmente inconcuso, por así afirmarlo el Juzgado 57 de Instrucción Penal Militar en la respuesta al derecho de petición) de que la indagación preliminar No. 145 se encuentra archivada luego de que se profiriera auto inhibitorio por parte del juez instructor, acorde con lo cual no hay en el actual momento un proceso penal activo ni obran hoy las pruebas y fundamentos requeridos para tal efecto, por lo que se ratifica que el pronunciamiento del Juzgado que contesta la petición no lo es en función

¹ Cfr. Sentencias C-1062 de 2000, C-872 de 2003, T-881 de 2004, T-1029 de 2005, T-303 de 2008, T-574 y T-772 de 2009, entre otras.

² *Ibíd.*

³ Corte Constitucional, sentencia T-466 de 2010. M.P. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁴ Cita de cita: Sentencia T-1029 de 2005.

⁵ Corte Constitucional, sentencia T-466 de 2010. M.P. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

estrictamente judicial sino en sede exclusivamente administrativa, en custodia de unos registros y demás elementos materiales probatorios recaudados durante la indagación preliminar, archivada por *auto inhibitorio* del 15 de septiembre de 2003.

Entre tanto, la posibilidad de que en cualquier momento se recaude prueba suficiente para reactivar el proceso, se erige en el sustento expuesto por la Fiscalía a la víctima indirecta del presunto hecho punible, para abrigar con reserva legal los documentos cuyas copias reclama la peticionaria.

4. De la invocación de la reserva legal

En concordancia con el precepto parcialmente reproducido, el artículo 25 de la Ley 1437/11, relativo al '*Rechazo de las peticiones de información por motivo de reserva*', consagra que, "*toda decisión que rechace la petición de informaciones o documentos será motivada, indicará en forma precisa las disposiciones legales que impiden la entrega de información o documentos pertinentes y deberá notificarse al peticionario...*", significando ello que con la nueva codificación se mantiene incólume la exigencia relativa a la diáfana y precisa indicación de las normas legales que, por motivo de reserva, impida suministrar información o la expedición de documentos.

De las disposiciones en referencia se colige en primera medida que, por regla general, todas las personas tienen derecho a formular peticiones y a obtener pronta resolución, siendo inherente el acceso a la información que reposa en las instituciones del Estado, solo siendo posible negar el acceso a la misma cuando tienen el carácter de reservado.

La reserva legal que se alega en este caso, según lo dicho por el Juzgado 57 de Instrucción Pena Militar, se soporta en los siguientes artículos de la Ley 522 de 1999 (Código Penal Militar):

ARTÍCULO 453. RESERVA DE LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES. Las diligencias de indagación preliminar son reservadas, pero poseionado legalmente el defensor, podrá conocerlas, cuando se le haya recibido versión al imputado.

ARTÍCULO 457. TERMINACIÓN DE LA INDAGACIÓN PRELIMINAR. La indagación preliminar se dará por terminada con el auto cabeza de proceso o con el auto inhibitorio dictado por el funcionario que practicó las respectivas diligencias, siempre y cuando que el hecho punible no sea de competencia exclusiva de otra autoridad, caso en el cual se efectuara el envío correspondiente. /Negrilla de la Sala/

ARTÍCULO 459. REVOCACIÓN DEL AUTO INHIBITORIO. El auto inhibitorio podrá ser revocado de oficio o a petición del denunciante o querellante, aunque se encuentre ejecutoriado.

El denunciante o querellante podrá insistir en la apertura de la investigación solamente ante el despacho que profirió el auto inhibitorio, siempre que desvirtúe probatoriamente los fundamentos que sirvieron de base para proferirlo.

5. Caso concreto

Tal y como se dijo líneas atrás, la señora Bradys Daniela Oquendo Alonso, a través de apoderada, le solicitó al Juzgado 57 de Instrucción Penal Militar la expedición de copias de la indagación preliminar No. 145, cuyo expediente reposa actualmente en dicho Despacho en estado “Archivado”, según lo informado por la misma entidad.

Ahora bien, la señora Bradys Daniela Oquendo Alonso aduce su calidad de víctima indirecta por el homicidio de su señor padre en hechos ocurridos el 3 de julio de 2001, con fundamento en los cuales se inició la indagación preliminar en referencia –afirmación reiterada por el Juzgado en sus respuestas– y en razón a ello solicita la copia auténtica del expediente radicado con el número antes reseñado.

De otro lado, el Juzgado 57 Penal Militar indica que la indagación preliminar fue archivada por auto inhibitorio del 15 de septiembre de 2003, no obstante lo cual, considera que dicho archivo no es definitivo pues, eventualmente, puede reabrirse la investigación de hallarse nuevos elementos de prueba que lo ameriten, de manera que los elementos materiales probatorios e información legalmente obtenida está amparada por reserva legal y el momento para la consulta pública de los mismos es cuando se produce una decisión con efectos de cosa juzgada.

Si bien es cierto el artículo 453 del Código Penal Militar consagra que las diligencias de indagación preliminar son reservadas, también lo es que las mismas, al tenor del artículo 457 Ibídem, se entienden terminadas una vez proferido el auto inhibitorio proferido por el funcionario que practicó las respectivas diligencias, motivo por el cual, no puede hablarse de una investigación activa o en curso.

El artículo 461 ibídem dispone que, el sumario es reservado en su instrucción; el artículo 462 del mismo código señala que *“Durante la investigación ningún funcionario puede expedir copia de las diligencias practicadas, salvo que las solicite autoridad competente para investigar y conocer de procesos judiciales, administrativos o disciplinarios o para dar trámite al recurso de hecho”*; entre tanto, el artículo 463 prevé que *“El que revele en todo o en parte el contenido del sumario a personas no autorizadas, mientras no se hubiere iniciado el juicio, incurrirá en multa de uno (1) a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes impuesta por el juez que conoce el proceso.”*

Comoquiera que la indagación preliminar se cerró con auto inhibitorio, no puede hablarse de proceso penal y, menos aún, de reserva del sumario en su estricto sentido; en todo caso, cuando se termina la etapa de indagación preliminar o instrucción (por auto inhibitorio y archivo o por cualquier otra causa), deja de existir la reserva legal sobre tales actuaciones y, por lo tanto, se levanta la restricción de acceso al expediente, máxime si se trata de la petición de alguna de las víctimas de los hechos que fueron objeto de indagación.

Frente a las actuaciones que se rigen por el Código Penal y de Procedimiento Penal, se ha considerado que las víctimas pueden acceder al expediente en la etapa de investigación preliminar, tal y como se desprende de la sentencia de la Corte Constitucional C-228 de 2002, en virtud de la cual:

“Se ha justificado la reserva durante la etapa de investigación previa por el interés de proteger la información que se recoja durante esta etapa. Sin embargo, dado que la investigación previa tiene como finalidad determinar si el hecho punible ha ocurrido o no, si la conducta es típica o no, si la acción penal no ha prescrito aún, si se requiere querrela para iniciar la acción penal, si el querellante está legitimado o no para iniciar la acción, si existe o no alguna causal excluyente de antijuridicidad o de culpabilidad (artículo 322, Ley 600 de 2000), no permitirle a la parte civil actuar durante esta etapa o exigir que el acceso al expediente sólo pueda hacerlo mediante un derecho de petición, puede llevar a conculcar definitivamente sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación. Tales limitaciones, por lo tanto, constituyen una afectación grave del derecho de acceso a la justicia que tiene la víctima de un hecho punible.

Si bien es cierto que la verdad y la justicia dentro del proceso penal dependen de que la información y las pruebas recogidas durante la etapa de investigación previa estén libres de injerencias extrañas o amenazas, no obstante el interés de protegerlas no puede llegar al punto de conculcar los derechos del procesado o de la parte civil, especialmente, cuando existen mecanismos a través de los cuales se puede proteger la integridad del expediente y de la información recogida de posibles intentos por difundirla o destruirla, tales como el establecimiento de sanciones penales, o de otro tipo, a quienes violen la reserva del sumario, o destruyan pruebas, sin menoscabar los derechos de los intervinientes dentro del proceso penal”. (Subrayas fuera de texto)

La Corte Suprema de Justicia⁶ señaló, sin ambages, y en plena coincidencia con lo anterior, lo siguiente:

“Ahora, debe definirse si los instrumentos recogidos por la Fiscalía en la etapa de la indagación, diferente a la fase investigativa que comprende entre la audiencia de formulación de imputación y la acusación, tienen el carácter de reservados. Ante la ocurrencia de un hecho, con connotaciones delictivas, se legitima la puesta en marcha del aparato judicial para la indagación o investigación de lo ocurrido el juzgamiento de los presuntos autores o partícipes y la eventual ejecución de las consecuencias de una declaratoria de responsabilidad penal. En el sistema penal acusatorio la finalidad de la indagación y de la investigación no es exclusivamente la formulación de una acusación, sino esencialmente, la recopilación de evidencias y elementos materiales probatorios que permitan confirmar o descartar la ocurrencia de un delito y sus posibles responsables, es decir, no impone la obligación de acusar en todos los casos, porque es perfectamente posible que sobre la marcha de la indagación o investigación, aclarar de manera convincente las circunstancias que en su momento legitimaron la actividad de la Fiscalía, pero dado que en principio existieron razones que permitían suponer un reato, puede ocurrir que sobrevenga una decisión de archivo de las diligencias o preclusión de la investigación, la cual debe estar en manos del juez quien ejercerá un control previo sobre la legitimación de esos ejercicios. Esa recopilación de información, evidencias y elementos materiales probatorios recogidos en la indagación, no pueden tener carácter reservado, en la medida que cumplen la función de determinar la existencia o no de una conducta delictuosa que puede conducir al archivo o a la investigación propiamente dicha. En esas labores de verificación pueden participar los posibles involucrados como víctimas contingentes o sujetos eventuales bien para esclarecer los hechos o aportar otros elementos de juicio que conduzcan a una resolución que proteja los derechos de todos. Además, ha de tenerse presente que la Ley 906 de 2004, en esta fase del proceso, no establece ningún tipo de reserva de estas diligencias porque en estricto sentido en esta fase aún no hay proceso como sí sucede en la investigación porque ya está esclarecida

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: Edgardo Villamil Portilla. 24 de marzo de 2011. Ref. Expediente No. T- 11001- 02-03-000-2011-00497-00.

la conducta como también quienes son los sujetos procesales.

4. En el caso de estudio, la negativa de las copias al accionante carece de justificación constitucional, por cuanto ni la Constitución o la ley establecen algún tipo de reserva en la fase de indagación, son, además, información, evidencias y elementos materiales que condujeron al archivo de las diligencias, más no a una investigación formal para formulación de cargos. Es decir, por el carácter de información y al ordenarse su archivo, el actor puede tener acceso a ella, mientras ello no lesione derechos de terceros o la intimidad de las personas.

... el actor constitucional como víctima contingente, tiene derecho a saber la verdad de lo ocurrido como parte de su derecho a la información, máxime cuando las diligencias se archivaron y en cualquier momento ante el apareamiento de nuevos elementos de juicio podrá reabrirse la indagación inclusive con su colaboración.

...

5. La Sala de Casación Penal en un caso similar expresó que “como se aprecia, la ley 906 de 2004, en vez de prohibir la expedición de copias de las actuaciones, autoriza ese proceder, así el proceso se encuentre en etapa de indagación o investigación preliminar... Así mismo indicó que “la anterior facultad de intervención está consagrada como norma rectora en el artículo 11 de la Ley 906 de 2004 y es ampliada en el parágrafo único del artículo 146 de la misma ley, cuando le asigna a la Fiscalía la obligación de conservación y archivo de los registros durante la actuación previa a la formulación de la imputación, y al secretario de las audiencias el deber que “en todo caso, los intervinientes tendrán derecho a la expedición de copias de los registros”. Esa autorización de permitir a las víctimas obtener copias, de registros, actuaciones adelantadas, o evidencias incorporadas durante la fase de indagación o investigación preliminar “no se afecta la estructura del sistema penal acusatorio, por el contrario hace bien porque posibilita el goce pleno de los derechos de dicho interviniente a conocer de primera mano los elementos probatorios recaudados por la Fiscalía...

6. De ese modo, resulta claro que la autoridad accionada vulneró el debido proceso del sujeto interesado, por cuanto la información suplicada no aparece como objeto de reserva dispuesta por la Constitución o la ley para las víctimas de la eventual conducta punible...” (Subrayas fuera de texto)

Conviene precisar que en materia penal militar sí existe reserva legal en la etapa de indagación preliminar; sin embargo, cuando se ha producido un auto inhibitorio que ha conllevado al archivo de las diligencias, carece de sentido exigirle a las víctimas que se constituyan en parte civil para poder acceder a los documentos que conforman el expediente respectivo, o negarles tal derecho so pretexto de una futura e incierta reapertura de la indagación. No se considera válido, a los ojos de este juez colegiado, que una autoridad en ejercicio de función administrativa –no judicial, pues el trámite se encuentra archivado– deniegue la expedición de copias sin fundamento legal que determine la reserva respecto de las mismas.

En este caso se precisa, entonces, arribar a una conclusión afirmativa frente al derecho que le asiste a la peticionaria de acceder a copias auténticas del expediente radicado bajo el número 145, el cual se encuentra actualmente archivado y en poder del Juzgado 57 de Instrucción Penal Militar.

Cabe insistir que el derecho al acceso a los documentos públicos tiene límites, dicho óbice únicamente puede y ha de ser fijado por el legislador, “...cuando considere que razones de orden público, seguridad nacional o protección de otros derechos fundamentales lo hagan indispensable”⁷ En efecto, “el derecho de acceso tiene, como todo derecho, algunos

⁷ Cfr. Sentencias C-1062 de 2000, C-872 de 2003, T-881 de 2004, T-1029 de 2005, T-303 de 2008, T-574 y T-772 de 2009, entre otras.

*límites que de acuerdo con los principios de la Carta del 91 deben inspirarse claramente en una objetiva prevalencia de un verdadero interés general.*⁸...⁹.

De ahí que a la entidad peticionada no le asista fundamento alguno para oponerse o negarse a entregar copia auténtica del expediente referido, en favor de la señora Bradys Daniela Oquendo Alonso.

En tales circunstancias, se accederá a la solicitud de información deprecada en el sub júdice, en los términos referidos en precedencia.

Por lo expuesto, la **Sala Segunda de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas,**

III. Resuelve

Primero: Se ordena al Juzgado 57 de Instrucción Penal Militar, suministrar a la señora Bradys Daniela Oquendo Alonso, en un plazo no superior a diez (10) días contados a partir de la notificación de este proveído, la información requerida por la recurrente, consistente en la entrega de copia del expediente de indagación preliminar, radicado bajo el número 145, por los hechos ocurridos el tres (3) de julio de 2001, en la vereda el Oro de Riosucio, Caldas, en averiguación de responsables, por el presunto delito de homicidio.

Segundo: Comuníquese esta decisión al Juzgado 57 de Instrucción Penal Militar.

Tercero: Ejecutoriada esta providencia y realizadas las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”, archívense el expediente.

Notifíquese y cúmplase

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

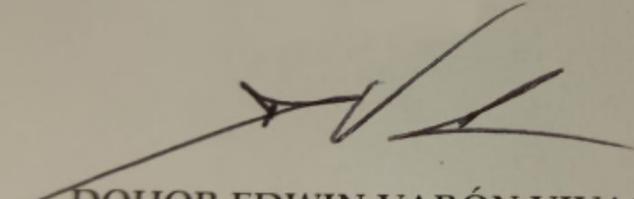
Los integrantes de la Sala Segunda de Decisión,



Jairo Ángel Gómez Peña
Magistrado ponente

⁸ *Ibíd.*

⁹ Corte Constitucional, sentencia T-466 de 2010. M.P. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Segunda de Decisión

Magistrado Ponente: Jairo Ángel Gómez Peña

Manizales, cinco (5) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

Radicado.	17-001-33-39-006-2017-00522-02
Clase:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante:	William Jairo Pinzón Correa
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Providencia:	Sentencia N°. 19

Asunto

Resuelve la **Sala Segunda de Decisión** el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, el 28 de junio 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 lo siguiente:

1. Declarar la nulidad parcial de la Resolución n°1558-6 del 23 de febrero de 2016 por medio de la cual se negó el reconocimiento y pago del reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme a lo establecido en la Ley 71 de 1988.
2. Que se declare que la parte demandante tiene derecho a que la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, le reconozca y pague el reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme a la Ley 71 de 1988.

3. Que se condene a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a que reconozca y pague la diferencia entre lo pagado y lo que se ha debido pagar desde el año siguiente al inicio de disfrute de la pensión.
4. Que se ordene el cumplimiento de la sentencia en los términos del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.
5. Que se condene en costas a la parte demandada.

2. Hechos

Se relataron los que a continuación se resumen:

La parte demandante es pensionada por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. El reajuste periódico de las mesadas pensionales fue ordenado en armonía con lo dispuesto en la Ley 71 de 1988 y Ley 238 de 1995. Sin embargo, la entidad demandada viene realizando los ajustes anuales de incremento salarial tomando como punto de referencia lo establecido en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 según porcentaje de incremento del IPC del año inmediatamente anterior. La demandada negó la solicitud efectuada por la parte actora para que le fuera reconocido el reajuste periódico de la pensión de conformidad con los incrementos anuales fijados por el Gobierno Nacional para el SMLMV en aplicación de la Ley 71 de 1988.

3. Normas violadas

Como disposiciones violadas se citaron las siguientes:

Artículos 48, 53 y 58 de la Constitución Política; Artículo 1° de la Ley 71 de 1988; Artículos 5, 9 y 15 de la Ley 91 de 1989; Artículos 14 y 279 de la Ley 100 de 1993; la Ley 238 de 1995 y el Decreto 2831 de 2005.

Se aduce en la demanda, que el reajuste de las mesadas pensionales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio está regulado por la Ley 71 de 1988; ello, en virtud de la exclusión del régimen de la Ley 100 de 1993, artículo 279. Sin embargo, indica, el FOMAG desde la expedición de la Ley 238 de 1995 reajusta las pensiones de los afiliados aplicando el artículo 14 de la Ley 100, incurriendo desde el año 1996 en violación a dichas normas y a los artículos 53 y 58 de la Constitución, desconociendo además que se trata de un derecho adquirido. Realiza la comparación entre los porcentajes del incremento del salario mínimo legal mensual y del IPC entre los años 2010 y 2018 para concluir que es más favorable el incremento conforme a la primera variable.

4. Contestación de la demanda

La Nación - Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de apoderado judicial, dio contestación a la demanda de la referencia oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones y condenas de la demanda.

Propone las siguientes excepciones de mérito: *“Ineptitud sustancial de la demanda por falta de legitimación en la causa por pasiva”* por cuanto dicho ente ministerial no presta el servicio educativo, ni administra plantas de personal docente y por ende no funge como empleador de éstos. *“Inexistencia del demandado – falta de relación con el reconocimiento del derecho, conexo o derivado del acto administrativo expedido por la entidad territorial certificada. Falta de competencia del Ministerio de Educación para expedir el acto administrativo y reconocer el derecho reclamado”*. *“inexistencia de la obligación demandada por inexistencia de causa jurídica”* pues considera que el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 fue declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-435 de 2017; además, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, integró los docentes oficiales al régimen pensional de prima media, lo cual se traduce en una derogación tácita de la norma anterior, siendo aplicable el reajuste del IPC. *“Cobro de lo no debido”, “Prescripción”, “Caducidad” y “Buena fe”*. (fls. 47-63, C. 1)

5. Sentencia de Primera Instancia

El Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 28 de junio de 2019, resolvió lo siguiente:

“[...]”

TERCERO: NIÉGANSE las pretensiones [...].

CUARTO: CONDÉNASE EN COSTAS a la parte demandante [...].”

Se remite a los artículos 14 y 279 de la Ley 100 de 1993, en virtud de los cuales se regula la forma en que debe hacerse el reajuste de las pensiones, todo lo cual se aplica incluso a los pensionados bajo los regímenes de excepción, a quienes por tanto dicho reajuste también se realiza con base en la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor (IPC) certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior.

Resalta que con el artículo 289 de la Ley 100 de 1993, fueron derogadas aquellas disposiciones contrarias a la misma, entendiendo así que el artículo 1° de la Ley 71 de 1989 quedó derogado de manera tácita. De igual forma citó una providencia del Consejo de Estado emitida dentro de la acción pública de nulidad contra el artículo 40 del Decreto 692 de 1994, reglamentario de la Ley 100, en donde expone las razones

por las cuales no resulta aplicable el artículo 1° de la Ley 71 de 1989 para efectos de determinar el incremento anual de la pensión. (fls. 108 – 115, C. 1)

6. Recurso de Apelación

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte demandante presentó en término el recurso de apelación contra la misma, al estimar que el a quo desconoció principios y derechos constitucionales al resolver como lo hizo.

El demandante da a entender que el derecho al reajuste de la pensión, hace parte del régimen pensional especial que se aplica a los docentes afiliados al FNPSM con anterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003; y que al igual que los demás aspectos de dicho régimen, el reajuste con base en el incremento del SMLMV debe ser tenido en cuenta en este caso.

Estima que al entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones – ley 100 de 1993 -, las pensiones del régimen docente quedaron amparadas por los regímenes de excepción establecidos en el artículo 279 de la norma en cita, siéndoles aplicable el artículo 14 de aquella, previo cumplimiento del requisito de favorabilidad previsto en el artículo 1° de la Ley 238 de 1995. Luego, de no encontrarse beneficio alguno en la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 en el caso de las pensiones de los docentes afiliados al FNPSM, la fórmula de incremento de las mesadas allí contemplada, no debe ser aplicada frente a éstos por resultar ilegal. (fls. 120 129, C. 1)

7. Alegatos de conclusión segunda instancia

7.1. Parte demandante

Guardó silencio.

7.2. Nación - Ministerio de Educación - FNPSM

Reiteró que el reajuste pensional no es un derecho adquirido, que la Ley 100 de 1993 subrogó el sistema pensional de la Ley 71 de 1988, y por último, que el principio de favorabilidad no resulta aplicable en estos casos comoquiera que no hay coexistencia de normas vigentes. (fls. 8-11, C. 3)

II. Consideraciones

A efectos de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante a través de apoderado judicial, la Sala procederá a abordar los siguientes ítems: i) Planteamiento del problema jurídico, ii) Acervo probatorio allegado al proceso y iii)

Marco legal aplicable y análisis del caso concreto.

1. Problema jurídico

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

2. Acervo probatorio

En el expediente se encuentra acreditado que el señor William Jairo Pinzón Correa obtuvo la pensión de jubilación mediante la Resolución No. 5171 del 1° de septiembre de 2010 por parte del FNPSM (fls.25-26, C. 1) y mediante la Resolución No. 1558-6 del 23 de febrero de 2016, le fue negada la solicitud de reajuste anual de la pensión con base en el incremento del SMLMV, consagrado en el artículo 1° de la Ley 71 de 1988. (fls. 29-30, C. 1)

3. Marco legal aplicable y análisis del caso concreto

3.1. Régimen General de Seguridad Social

El artículo 48 de la Carta Política concibe la seguridad social como un servicio público obligatorio que debe prestarse bajo la dirección coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; asimismo se garantiza como un derecho irrenunciable al que acceden los trabajadores que acreditan los requisitos previstos en la ley para ese efecto.

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

El Sistema de Seguridad Social Integral, previsto en la Ley 100 de 1993¹, tuvo como objeto garantizar la protección del trabajador, entre otros, frente al riesgo de vejez, en aras de proveerle una buena calidad de vida al final de su historia laboral. Para ello, dispuso la creación de instituciones públicas y privadas encargadas de la administración de los recursos y del reconocimiento de la prestación vitalicia, 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,

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

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”.

Ahora bien, 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 el incremento 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 representara 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 reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que fuere incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.

La citada norma fue reglamentada por el Decreto 1160 de 1989, el cual 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 para los beneficiarios de los regímenes del sector público, oficial y privado, teniendo en cuenta el incremento porcentual del salario mínimo legal mensual vigente más alto.

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

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

“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.”-sft-

Dicha normativa fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-387 de 1994⁴, donde señaló que el incremento por el IPC o por el salario mínimo, cumple el objetivo del reajuste periódico de las pensiones, y es facultad del legislador determinar el mismo:

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

“... ”

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

“... ”

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

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

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

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>

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

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

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

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

Sobre este tema, la Sección Segunda del Consejo de Estado⁵, en providencia del 17 de agosto del 2017 proferida 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 lo dispuesto por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, y que esto es aplicable a las pensiones causadas con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993:

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

« [...] A partir del 1º 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

⁵ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION SEGUNDA - SUBSECCIÓN A- Consejero ponente: WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ - Bogotá, D.C., diecisiete (17) de agosto de dos mil diecisiete (2017) -Radicación número: 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14). <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2102915>

anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior, más la mesada adicional y el reajuste equivalente a la elevación en la cotización para salud, a favor de los pensionados con anterioridad al 1° de enero de 1994. [...]

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

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

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

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

Referente al argumento esbozado por la parte demandante, según el cual, se debe dar aplicación en estos casos al artículo 1 de la Ley 71 de 1989, que regula el ajuste de la mesada pensional, es pertinente traer a colación el pronunciamiento expuesto por la Máxima Corporación Constitucional en sentencia C-435 de 2017, bajo la acción pública de constitucionalidad, en donde fue demandada la nulidad parcial del artículo 14 de la Ley 100 de 1993, concerniente al reajuste de pensiones según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, así:

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

(...)

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

(...)

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

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

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

(...)

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

De otra parte, la Ley 100 de 1993 en su artículo 279 contempló los regímenes

exceptuados, entre otros el personal docente vinculado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio:

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

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

Este artículo fue adicionado por la Ley 238 de 1995⁶, que dispuso la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 a los regímenes exceptuados previstos en dicha disposición; o sea, el incremento de las pensiones conforme al IPC:

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

*“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/*

De esta manera, el incremento de las pensiones de los docentes pensionados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 no se rige por el artículo 1° de la Ley 71 de 1988, toda vez que el factor de incremento anual de las pensiones no forma parte del Régimen Pensional por el cual se rigen los docentes, como son la edad, el monto, el ingreso base de liquidación y la tasa, y como lo señaló el Consejo de Estado⁷. Además, el reajuste de la mesada pensional no es un derecho adquirido, por lo que el legislador está habilitado para modificar las normas que consagran la proporción del aumento anual. Es del caso agregar que la norma que pretende la parte demandante que se aplique al incremento de su mesada, el artículo 1° de la Ley 71 de 1988, **fue derogado** por la Ley 100 de 1993.

Lógicamente, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario

En consecuencia, conforme a los pronunciamientos jurisprudenciales citados, se tiene que la Constitución Política le otorgó al Legislador la autonomía de fijar el reajuste periódico de las pensiones, teniendo en cuenta el índice de precios al consumidor,

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

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

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

En ese orden de ideas, considera la Sala que no se encuentra demostrada la vulneración de los derechos invocados en la parte actora, dado que conforme a los presupuestos normativos y jurisprudenciales antes citados, se observa que no le asiste razón al accionante al indicar que el reajuste de las mesadas pensionales se deben realizar conforme al artículo 1 de la Ley 71 de 1989, esto es, conforme al salario mínimo, norma derogada por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, conforme lo ya dicho por el Consejo de Estado; derogatoria que aplica por igual a quienes fueron pensionados antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, encuéntrense o no amparados por un régimen exceptuado.

Por lo anterior, se denegarán las pretensiones de la demanda y se confirmará la sentencia de primera instancia, incluyendo la decisión de condena en costas allí adoptada, comoquiera que la simple representación mediante apoderado judicial de la entidad demandada, supone la causación de unos honorarios o costos por los servicios profesionales a ella prestados, los cuales obedecen a las agencias en derecho que a su vez hacen parte del concepto de costas judiciales.

4. Costas en segunda instancia

Se condenará 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.

5. 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, la Sala Segunda del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

III. Falla

Primero: Se confirma la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, el 28 de junio 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 William Jairo Pinzón Correa 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”.

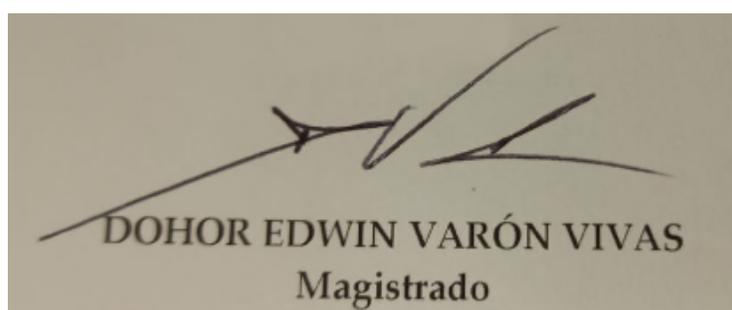
Notifíquese y cúmplase

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

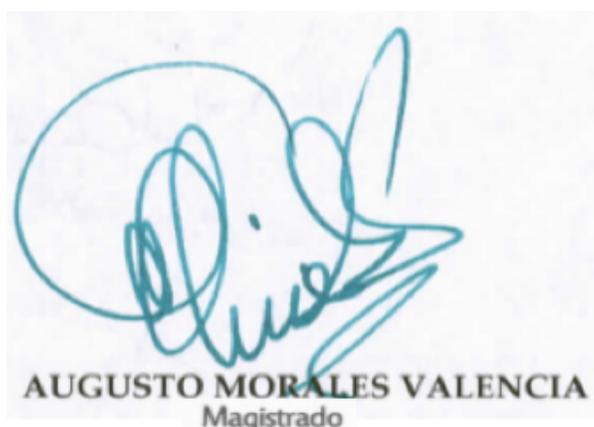
Los integrantes de la **Sala Segunda de Decisión**,



Jairo Ángel Gómez Peña
Magistrado ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Segunda de Decisión

Magistrado Ponente: Jairo Ángel Gómez Peña

Manizales, cinco (5) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

Radicado.	17-001-33-39-006-2018-00204-02
Clase:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante:	Flor María Gómez Londoño
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Providencia:	Sentencia N°. 21

Asunto

Resuelve la Sala Segunda de Decisión el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, el 28 de junio 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 lo siguiente:

1. Declarar la nulidad de la Resolución n°0943-6 del 10 de febrero de 2016 por medio de la cual se negó el reconocimiento y pago del reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme a lo establecido en la Ley 71 de 1988.
2. Que se declare que la parte demandante tiene derecho a que la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, le reconozca y pague el reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme a la Ley 71 de 1988.

3. Que se condene a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a que reconozca y pague la diferencia entre lo pagado y lo que se ha debido pagar desde el año siguiente al inicio de disfrute de la pensión.
4. Que se ordene el cumplimiento de la sentencia en los términos del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.
5. Que se condene en costas a la parte demandada.

2. Hechos

Se relataron los que a continuación se resumen:

La parte demandante es pensionada por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. El reajuste periódico de las mesadas pensionales fue ordenado en armonía con lo dispuesto en la Ley 71 de 1988 y Ley 238 de 1995. Sin embargo, la entidad demandada viene realizando los ajustes anuales de incremento salarial tomando como punto de referencia lo establecido en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 según porcentaje de incremento del IPC del año inmediatamente anterior. La demandada negó la solicitud efectuada por la parte actora para que le fuera reconocido el reajuste periódico de la pensión de conformidad con los incrementos anuales fijados por el Gobierno Nacional para el SMLMV en aplicación de la Ley 71 de 1988.

3. Normas violadas

Como disposiciones violadas se citaron las siguientes:

Artículos 48, 53 y 58 de la Constitución Política; Artículo 1° de la Ley 71 de 1988; Artículos 5, 9 y 15 de la Ley 91 de 1989; Artículos 14 y 279 de la Ley 100 de 1993; la Ley 238 de 1995 y el Decreto 2831 de 2005.

Se aduce en la demanda, que el reajuste de las mesadas pensionales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio está regulado por la Ley 71 de 1988; ello, en virtud de la exclusión del régimen de la Ley 100 de 1993, artículo 279. Sin embargo, indica, el FOMAG desde la expedición de la Ley 238 de 1995 reajusta las pensiones de los afiliados aplicando el artículo 14 de la Ley 100, incurriendo desde el año 1996 en violación a dichas normas y a los artículos 53 y 58 de la Constitución, desconociendo además que se trata de un derecho adquirido. Realiza la comparación entre los porcentajes del incremento del salario mínimo legal mensual y del IPC entre los años 2010 y 2018 para concluir que es más favorable el incremento conforme a la primera variable.

4. Contestación de la demanda

4.1. La Nación - Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio no contestó la demanda.

4.2. Departamento de Caldas

Se opone a las pretensiones de la demanda señalando que la gestión a cargo de las Secretarías de Educación se centra básicamente en recibir y radicar en orden cronológico las solicitudes relacionadas con el reconocimiento de prestaciones sociales a cargo del FNPSM, así como realizar los proyectos de los actos administrativos y enviarlos con destino a la entidad fiduciaria. Propone como medios exceptivos, la “falta de legitimación en la causa por pasiva”, “buena fe” y “prescripción”. (fls. 52-55, C. 1)

5. Sentencia de Primera Instancia

El Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 28 de junio de 2019, resolvió lo siguiente:

[...]

TERCERO: NIÉGANSE las pretensiones [...].

CUARTO: CONDÉNASE EN COSTAS a la parte demandante [...].”

Se remite a los artículos 14 y 279 de la Ley 100 de 1993, en virtud de los cuales se regula la forma en que debe hacerse el reajuste de las pensiones, todo lo cual se aplica incluso a los pensionados bajo los regímenes de excepción, a quienes por tanto dicho reajuste también se realiza con base en la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor (IPC) certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior.

Resalta que con el artículo 289 de la Ley 100 de 1993, fueron derogadas aquellas disposiciones contrarias a la misma, entendiendo así que el artículo 1° de la Ley 71 de 1989 quedó derogado de manera tácita. De igual forma citó una providencia del Consejo de Estado emitida dentro de la acción pública de nulidad contra el artículo 40 del Decreto 692 de 1994, reglamentario de la Ley 100, en donde expone las razones por las cuales no resulta aplicable el artículo 1° de la Ley 71 de 1989 para efectos de determinar el incremento anual de la pensión. (fls. 88 – 94, C. 1)

6. Recurso de Apelación

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte demandante presentó en término el recurso de apelación contra la misma, al estimar que el a quo desconoció principios y derechos constitucionales al resolver como lo hizo.

El demandante da a entender que el derecho al reajuste de la pensión, hace parte del régimen pensional especial que se aplica a los docentes afiliados al FNPSM con anterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003; y que al igual que los demás aspectos de dicho régimen, el reajuste con base en el incremento del SMLMV debe ser tenido en cuenta en este caso.

Estima que al entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones – ley 100 de 1993 -, las pensiones del régimen docente quedaron amparadas por los regímenes de excepción establecidos en el artículo 279 de la norma en cita, siéndoles aplicable el artículo 14 de aquella, previo cumplimiento del requisito de favorabilidad previsto en el artículo 1° de la Ley 238 de 1995. Luego, de no encontrarse beneficio alguno en la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 en el caso de las pensiones de los docentes afiliados al FNPSM, la fórmula de incremento de las mesadas allí contemplada, no debe ser aplicada frente a éstos por resultar ilegal. (fls. 99 – 108, C. 1)

7. Alegatos de conclusión segunda instancia

Las partes guardaron silencio en esta etapa del proceso.

II. Consideraciones

A efectos de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante a través de apoderado judicial, la Sala procederá a abordar los siguientes ítems: i) Planteamiento del problema jurídico, ii) Acervo probatorio allegado al proceso y iii) Marco legal aplicable y análisis del caso concreto.

1. Problema jurídico

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

2. Acervo probatorio

En el expediente se encuentra acreditado que la señora Flor María Gómez Londoño obtuvo la pensión de jubilación mediante la Resolución No. 476 del 6 de junio de 2006

por parte del FNPSM (fls.25-26, C. 1) y mediante la Resolución No. 0943-6 del 10 de febrero de 2016, le fue negada la solicitud de reajuste anual de la pensión con base en el incremento del SMLMV, consagrado en el artículo 1° de la Ley 71 de 1988. (fls. 29-30, C. 1)

3. Marco legal aplicable y análisis del caso concreto

3.1. Régimen General de Seguridad Social

El artículo 48 de la Carta Política concibe la seguridad social como un servicio público obligatorio que debe prestarse bajo la dirección coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; asimismo se garantiza como un derecho irrenunciable al que acceden los trabajadores que acreditan los requisitos previstos en la ley para ese efecto.

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

El Sistema de Seguridad Social Integral, previsto en la Ley 100 de 1993¹, tuvo como objeto garantizar la protección del trabajador, entre otros, frente al riesgo de vejez, en aras de proveerle una buena calidad de vida al final de su historia laboral. Para ello, dispuso la creación de instituciones públicas y privadas encargadas de la administración de los recursos y del reconocimiento de la prestación vitalicia, 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”.

Ahora bien, 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

¹ http://www.secretariasenado.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>

Social, a excepción de las pensiones por incapacidad permanente parcial, se reajustarían de oficio, cada año, teniendo en cuenta el incremento 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 representara 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 reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que fuere incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.

La citada norma fue reglamentada por el Decreto 1160 de 1989, el cual 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 para los beneficiarios de los regímenes del sector público, oficial y privado, teniendo en cuenta el incremento porcentual del salario mínimo legal mensual vigente más alto.

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

“ARTÍCULO 14. REAJUSTE DE PENSIONES. Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice 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.”-sft-

Dicha normativa fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-387 de 1994⁴, donde señaló que el incremento por el IPC o por el salario mínimo, cumple el objetivo del reajuste periódico de las pensiones, y es facultad del legislador determinar el mismo:

“Para la Corte es evidente que ese tratamiento distinto ante situaciones iguales,

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

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>

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, porque 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:

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

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

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

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

En este sentido, el Máximo Tribunal Constitucional, alude a la determinación de

incrementar las pensiones en el salario mínimo solo para los pensionados que devengan la pensión mínima, en aras de salvaguardar los derechos constitucionales de los pensionados que se encuentran en debilidad manifiesta frente a los demás ciudadanos; y que el aumento en el índice de precios al consumidor para los demás pensionados, se ajusta a factores económicas y políticas.

Sobre este tema, la Sección Segunda del Consejo de Estado⁵, en providencia del 17 de agosto del 2017 proferida 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 lo dispuesto por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, y que esto es aplicable a las pensiones causadas con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993:

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

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

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

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

De acuerdo con lo anterior, el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de

⁵ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION SEGUNDA - SUBSECCIÓN A- Consejero ponente: WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ - Bogotá, D.C., diecisiete (17) de agosto de dos mil diecisiete (2017) -Radicación número: 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14). <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2102915>

1993 sí es aplicable a quienes les fue reconocida la pensión antes del 1.º de abril de 1994 y no el definido por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, toda vez que esta última quedó derogada por aquella.”

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

Referente al argumento esbozado por la parte demandante, según el cual, se debe dar aplicación en estos casos al artículo 1 de la Ley 71 de 1989, que regula el ajuste de la mesada pensional, es pertinente traer a colación el pronunciamiento expuesto por la Máxima Corporación Constitucional en sentencia C-435 de 2017, bajo la acción pública de constitucionalidad, en donde fue demandada la nulidad parcial del artículo 14 de la Ley 100 de 1993, concerniente al reajuste de pensiones según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, así:

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

(...)

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

(...)

Siendo así, se tiene que en la norma demandada el legislador específicamente dispuso que el criterio o parámetro de actualización fuera el IPC en tanto que, como claramente explicó el DANE en su intervención, éste precisamente “es

una estadística que mide la variación porcentual de los precios de un conjunto representativo de los bienes y servicios de consumo de los hogares del país”. Pero, simultáneamente, el legislador distinguió entre las pensiones superiores e inferiores al salario mínimo legal mensual vigente (SMLMV), estableciendo que únicamente éstas últimas se incrementarían en el mismo porcentaje que ese salario, “con el fin de que dicho ingreso conserve su poder adquisitivo y así pueda el beneficiario satisfacer sus necesidades básicas y llevar una vida digna” [94].

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

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

(...)

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

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

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

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

Este artículo fue adicionado por la Ley 238 de 1995⁶, que dispuso la aplicación del

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

artículo 14 de la Ley 100 de 1993 a los regímenes exceptuados previstos en dicha disposición; o sea, el incremento de las pensiones conforme al IPC:

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

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

De esta manera, el incremento de las pensiones de los docentes pensionados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 no se rige por el artículo 1° de la Ley 71 de 1988, toda vez que el factor de incremento anual de las pensiones no forma parte del Régimen Pensional por el cual se rigen los docentes, como son la edad, el monto, el ingreso base de liquidación y la tasa, y como lo señaló el Consejo de Estado⁷. Además, el reajuste de la mesada pensional no es un derecho adquirido, por lo que el legislador está habilitado para modificar las normas que consagran la proporción del aumento anual. Es del caso agregar que la norma que pretende la parte demandante que se aplique al incremento de su mesada, el artículo 1° de la Ley 71 de 1988, **fue derogado** por la Ley 100 de 1993.

Lógicamente, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario.

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

En ese orden de ideas, considera la Sala que no se encuentra demostrada la vulneración de los derechos invocados en la parte actora, dado que conforme a los presupuestos normativos y jurisprudenciales antes citados, se observa que **no** le asiste razón al accionante al indicar que el reajuste de las mesadas pensionales se deben realizar conforme al artículo 1 de la Ley 71 de 1989, esto es, conforme al salario mínimo, norma derogada por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, conforme lo ya dicho sin ambages por el Consejo de Estado; derogatoria que aplica por igual a quienes fueron pensionados antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, encuéntrense

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

o no amparados por un régimen exceptuado.

Por lo anterior, se denegarán las pretensiones de la demanda y se confirmará la sentencia de primera instancia, incluyendo la decisión de condena en costas allí adoptada, comoquiera que la simple representación mediante apoderado judicial de la entidad demandada, supone la causación de unos honorarios o costos por los servicios profesionales a ella prestados, los cuales obedecen a las agencias en derecho que a su vez hacen parte del concepto de costas judiciales.

4. Costas en segunda instancia

Con base en el numeral 3 del artículo 365 numeral 1 del CGP, aplicable por virtud del precepto 188 de la Ley 1437 de 2011, no se impondrán costas a cargo de la parte vencida en el proceso, toda vez que no se observan actuaciones adelantadas por la parte accionada en esta instancia.

5. 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, la Sala Segunda del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

III. Falla

Primero: Se confirma la sentencia proferida proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, el 28 de junio 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 la señora Flor María Gómez Londoño contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Segundo: Sin condena en costas.

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

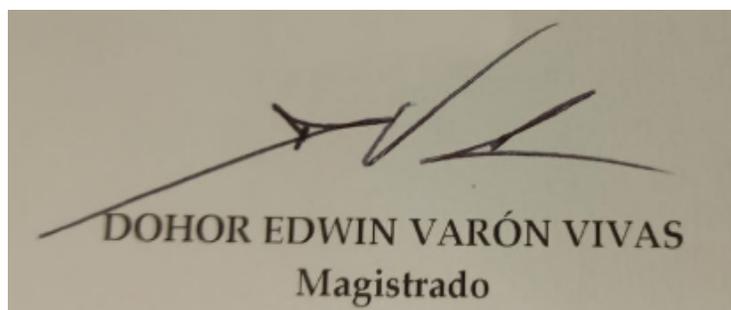
Notifíquese y cúmplase

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

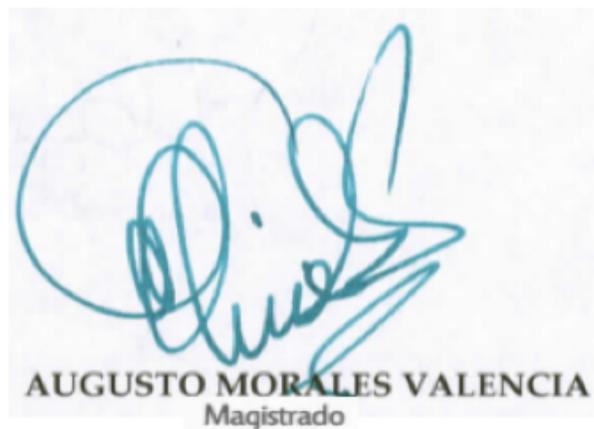
Los integrantes de la **Sala Segunda de Decisión**,

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, sweeping initial 'J' followed by several loops and a long horizontal stroke.

Jairo Ángel Gómez Peña
Magistrado ponente

A handwritten signature in black ink, featuring a large, stylized initial 'D' and 'V' followed by several loops and a long horizontal stroke.

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

A handwritten signature in blue ink, featuring a large, stylized initial 'A' and 'M' followed by several loops and a long horizontal stroke.

AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Segunda de Decisión

Magistrado Ponente: Jairo Ángel Gómez Peña

Manizales, cinco (5) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

Radicado.	17-001-33-33-004-2019-00224-02
Clase:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante:	Inés Dualive Castaño Benjumea
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Providencia:	Sentencia N°. 22

Asunto

Resuelve la Sala Segunda de Decisión el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, el 15 de noviembre 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 lo siguiente:

1. Declarar la nulidad del acto ficto o presunto derivado del silencio administrativo negativo frente a la petición del 20 de mayo de 2016, por medio de lo cual se negó el reconocimiento y pago del reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme a lo establecido en la Ley 71 de 1988.
2. Que se declare que la parte demandante tiene derecho a que la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, le reconozca y pague el reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme a la Ley 71 de 1988.

3. Que se condene a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a que reconozca y pague la diferencia entre lo pagado y lo que se ha debido pagar desde el año siguiente al inicio de disfrute de la pensión.
4. Que se ordene el cumplimiento de la sentencia en los términos del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.
5. Que se condene en costas a la parte demandada.

2. Hechos

Se relataron los que a continuación se resumen:

La parte demandante es pensionada por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. La entidad demandada viene realizando los ajustes anuales de incremento salarial tomando como punto de referencia lo establecido en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 según porcentaje de incremento del IPC del año inmediatamente anterior. La demandada negó la solicitud efectuada por la parte actora para que le fuera reconocido el reajuste periódico de la pensión de conformidad con los incrementos anuales fijados por el Gobierno Nacional para el SMLMV en aplicación de la Ley 71 de 1988.

3. Normas violadas

Como disposiciones violadas se citaron las siguientes:

Artículos 48 y 53 de la Constitución Política; Artículo 1° de la Ley 71 de 1988; Artículos 14 y 279 de la Ley 100 de 1993; y el Decreto 1160 de 1989.

Se aduce en la demanda, que el reajuste de las mesadas pensionales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio está regulado por la Ley 71 de 1988 y por el Decreto 1160 de 1989; ello, en virtud de la exclusión del régimen de la Ley 100 de 1993, artículo 279. Sin embargo, indica, el FOMAG desde la expedición de la Ley 238 de 1995 reajusta las pensiones de los afiliados aplicando el artículo 14 de la Ley 100, incurriendo desde el año 1996 en violación a dichas normas y a los artículos 53 y 58 de la Constitución, desconociendo además que se trata de un derecho adquirido. Realiza la comparación entre los porcentajes del incremento del salario mínimo legal mensual y del IPC hasta el año 2018, para concluir que es más favorable el incremento conforme a la primera variable.

4. Contestación de la demanda

4.1. Nación - Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio

Se opuso a las pretensiones de la parte demandante en consideración a que, según afirma, el reajuste anual de las pensiones de los afiliados al FNPSM debe realizarse de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 y no con base en el artículo 1° de la Ley 71 de 1988, norma esta última que quedó sin efectos legales con la expedición del nuevo mandato en materia de reajuste pensional. Propuso las excepciones que denominó “*Inexistencia de la obligación o cobro de lo no debido*”, “*prescripción de mesadas*” y “*reconocimiento oficioso o genérica*”. (fls. 29-35, C. 1)

5. Sentencia de Primera Instancia

El Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 15 de noviembre de 2019, resolvió lo siguiente:

“SEGUNDO: NEGAR las pretensiones [...].

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS a la parte demandante [...].”

Se remite a los artículos 14 y 279 de la Ley 100 de 1993, en virtud de los cuales se regula la forma en que debe hacerse el reajuste de las pensiones, todo lo cual se aplica incluso a los pensionados bajo los regímenes de excepción, a quienes por tanto dicho reajuste también se realiza con base en la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor (IPC) certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior.

Resalta que con el artículo 289 de la Ley 100 de 1993, fueron derogadas aquellas disposiciones contrarias a la misma, entendiendo así que el artículo 1° de la Ley 71 de 1989 quedó derogado de manera tácita. De igual forma citó providencias del Consejo de Estado en donde se exponen las razones por las cuales no resulta aplicable el artículo 1° de la Ley 71 de 1989 para efectos de determinar el incremento anual de la pensión de los afiliados al FNPSM. Considera errado entender que el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 esté condicionado la favorabilidad que represente su aplicación en el caso de los regímenes exceptuados, en tanto la Ley 238 de 1995 – mediante la cual se adicionó el artículo 279 de la Ley 100, dispuso que las excepciones consagradas en este último artículo “*no implicaban negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores allí contemplados*”. (fls. 50 – 56, C. 1)

6. Recurso de Apelación

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte demandante presentó en

término el recurso de apelación contra la misma, reiterando los argumentos de la demanda. Insiste en que la Ley 71 de 1988 conserva plena vigencia y continúa produciendo efectos jurídicos en virtud del Régimen de Transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; teniendo en cuenta, además, que la Ley 238 de 1995 está instituida exclusivamente para otorgar “beneficios y derechos” a los regímenes exceptuados en cuanto al reajuste de las pensiones. Señala que este sentido es justamente el aplicado en el caso de la fuerza pública debido a que se entiende que la ley 238 es más favorable que el Decreto 1212 de 1990. Indica, además, que el régimen exceptuado se debe aplicar en su integridad, salvo disposición legal en contrario que les extienda un beneficio previsto del régimen general.

El demandante da a entender que el derecho al reajuste de la pensión, hace parte del régimen pensional especial que se aplica a los docentes afiliados al FNPSM con anterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003; y que al igual que los demás aspectos de dicho régimen, el reajuste con base en el incremento del SMLMV debe ser tenido en cuenta en este caso.

Estima que al entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones – ley 100 de 1993 -, las pensiones del régimen docente quedaron amparadas por los regímenes de excepción establecidos en el artículo 279 de la norma en cita, siéndoles aplicable el artículo 14 de aquella, previo cumplimiento del requisito de favorabilidad previsto en el artículo 1° de la Ley 238 de 1995. Luego, de no encontrarse beneficio alguno en la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 en el caso de las pensiones de los docentes afiliados al FNPSM, la fórmula de incremento de las mesadas allí contemplada, no debe ser aplicada frente a éstos por resultar ilegal. (fls. 68 – 73, C. 1)

7. Alegatos de conclusión segunda instancia

7.1. Parte demandante

Reitera lo expuesto en primera instancia en torno al derecho que le asiste para que su pensión sea reajustada anualmente con base en el incremento del SMLMV, conforme los establece el artículo 1° de la Ley 71 de 1988. (fls. 8 a 11, C. 2)

II. Consideraciones

A efectos de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante a través de apoderado judicial, la Sala procederá a abordar los siguientes ítems: i) Planteamiento del problema jurídico, ii) Acervo probatorio allegado al proceso y iii) Marco legal aplicable y análisis del caso concreto.

1. Problema jurídico

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

2. Acervo probatorio

En el expediente se encuentra acreditado que la señora Inés Dualive Castaño Benjumea obtuvo la pensión de jubilación mediante la Resolución No. 00263 del 11 de mayo de 2010 por parte del FNPSM (fls.8-10, C. 1) y mediante petición del 20 de mayo de 2016 (fls. 10-14, C. 1) solicitó el reajuste anual de la pensión con base en el incremento del SMLMV, consagrado en el artículo 1° de la Ley 71 de 1988, respecto de lo cual la entidad guardó silencio configurándose con ello un acto ficto o presunto negativo.

3. Marco legal aplicable y análisis del caso concreto

3.1. Régimen General de Seguridad Social

El artículo 48 de la Carta Política concibe la seguridad social como un servicio público obligatorio que debe prestarse bajo la dirección coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; asimismo se garantiza como un derecho irrenunciable al que acceden los trabajadores que acreditan los requisitos previstos en la ley para ese efecto.

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

El Sistema de Seguridad Social Integral, previsto en la Ley 100 de 1993¹, tuvo como objeto garantizar la protección del trabajador, entre otros, frente al riesgo de vejez, en aras de proveerle una buena calidad de vida al final de su historia laboral. Para ello, dispuso la creación de instituciones públicas y privadas encargadas de la administración de los recursos y del reconocimiento de la prestación vitalicia, 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

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

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”.

Ahora bien, 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 el incremento 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 representara 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 reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que fuere incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.

La citada norma fue reglamentada por el Decreto 1160 de 1989, el cual 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 para los beneficiarios de los regímenes del sector público, oficial y privado, teniendo en cuenta el incremento porcentual del salario mínimo legal mensual vigente más alto.

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

“ARTÍCULO 14. REAJUSTE DE PENSIONES. Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio,

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

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.”-sft-

Dicha normativa fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-387 de 1994⁴, donde señaló que el incremento por el IPC o por el salario mínimo, cumple el objetivo del reajuste periódico de las pensiones, y es facultad del legislador determinar el mismo:

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

“...

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

“....

Ahora bien: que el índice de precios al consumidor aumenta en proporción superior al porcentaje en que se incrementa el salario mínimo, es un argumento que esgrime el demandante, pero que no se ajusta a la realidad, pues como se demostrará en seguida, estos valores no han sido constantes, y no podían serlo, porque 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:

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

“Obsérvese que en los años 1983, 1984, 1986, 1989 y 1992 el salario mínimo se incrementó en cuantía superior al índice de inflación, y en los demás años,

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>

sucedió lo contrario, esto es, que la inflación fue mayor que el porcentaje en que subió el salario mínimo.

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

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

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

Sobre este tema, la Sección Segunda del Consejo de Estado⁵, en providencia del 17 de agosto del 2017 proferida 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 lo dispuesto por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, y que esto es aplicable a las pensiones causadas con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993:

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

« [...] A partir del 1º 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,

⁵ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION SEGUNDA - SUBSECCIÓN A- Consejero ponente: WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ - Bogotá, D.C., diecisiete (17) de agosto de dos mil diecisiete (2017) -Radicación número: 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14). <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2102915>

certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior, más la mesada adicional y el reajuste equivalente a la elevación en la cotización para salud, a favor de los pensionados con anterioridad al 1° de enero de 1994. [...]

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

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

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

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

Referente al argumento esbozado por la parte demandante, según el cual, se debe dar aplicación en estos casos al artículo 1 de la Ley 71 de 1989, que regula el ajuste de la mesada pensional, es pertinente traer a colación el pronunciamiento expuesto por la Máxima Corporación Constitucional en sentencia C-435 de 2017, bajo la acción pública de constitucionalidad, en donde fue demandada la nulidad parcial del artículo 14 de la Ley 100 de 1993, concerniente al reajuste de pensiones según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, así:

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

constitucional.

(...)

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

(...)

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

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

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

(...)

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

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

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

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

Este artículo fue adicionado por la Ley 238 de 1995⁶, que dispuso la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 a los regímenes exceptuados previstos en dicha disposición; o sea, el incremento de las pensiones conforme al IPC:

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

*“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/

De esta manera, el incremento de las pensiones de los docentes pensionados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 no se rige por el artículo 1° de la Ley 71 de 1988, toda vez que el factor de incremento anual de las pensiones no forma parte del Régimen Pensional por el cual se rigen los docentes, como son la edad, el monto, el ingreso base de liquidación y la tasa, y como lo señaló el Consejo de Estado⁷. Además, el reajuste de la mesada pensional no es un derecho adquirido, por lo que el legislador está habilitado para modificar las normas que consagran la proporción del aumento anual. Es del caso agregar que la norma que pretende la parte demandante que se aplique al incremento de su mesada, el artículo 1° de la Ley 71 de 1988, **fue derogado** por la Ley 100 de 1993.

Lógicamente, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario

En consecuencia, conforme a los pronunciamientos jurisprudenciales citados, se tiene

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

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

que la Constitución Política le otorgó al Legislador la autonomía de fijar el reajuste periódico de las pensiones, teniendo en cuenta el índice de precios al consumidor, parámetro que se adoptó obedeciendo a las satisfacciones de las necesidades del orden familiar, material, social, cultural y educativo, y con el fin de garantizar los fines del salario mínimo, en aras de actualizar el monto de las pensiones y de contrarrestar el fenómeno de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

En ese orden de ideas, considera la Sala que no se encuentra demostrada la vulneración de los derechos invocados en la parte actora, dado que conforme a los presupuestos normativos y jurisprudenciales antes citados, se observa que **no** le asiste razón al accionante al indicar que el reajuste de las mesadas pensionales se deben realizar conforme al artículo 1 de la Ley 71 de 1989, esto es, conforme al salario mínimo, norma derogada por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, conforme lo ya dicho sin ambages por el Consejo de Estado; derogatoria que aplica por igual a quienes fueron pensionados antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, encuéntrense o no amparados por un régimen exceptuado.

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

4. Costas en segunda instancia

Con base en el numeral 3 del artículo 365 numeral 1 del CGP, aplicable por virtud del precepto 188 de la Ley 1437 de 2011, no se impondrán costas a cargo de la parte vencida en el proceso, toda vez que no se observan actuaciones adelantadas por la parte accionada en esta instancia.

5. 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, la Sala Segunda del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

III. Falla

Primero: Se confirma la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, el 15 de noviembre 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 la señora Inés Dualive Castaño

Benjumea contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Segundo: Sin condena en costas.

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

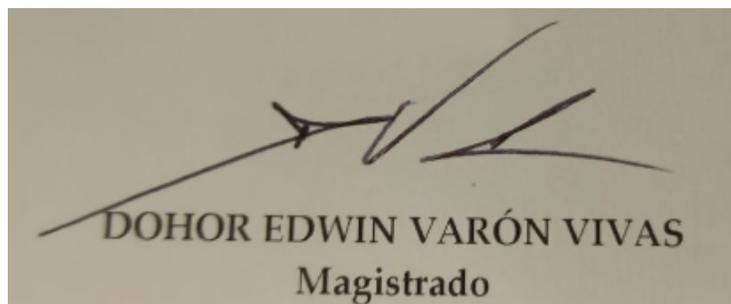
Notifíquese y cúmplase

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

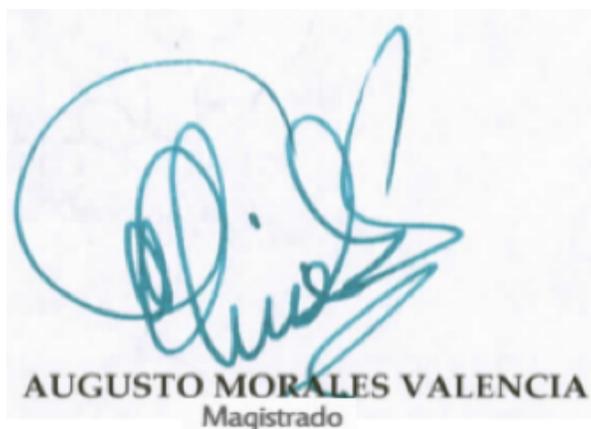
Los integrantes de la **Sala Segunda de Decisión**,



Jairo Ángel Gómez Peña
Magistrado ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Segunda de Decisión

Magistrado Ponente: Jairo Ángel Gómez Peña

Manizales, cinco (5) de enero de dos mil veintiuno (2021)

Radicado.	17-001-33-39-006-2018-00526-02
Clase:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante:	María Cenelia Arias
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Providencia:	Sentencia N°. 25

Asunto

Resuelve la **Sala Segunda de Decisión**, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, el 18 de octubre 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° 8300-6 de 30 de octubre de 2017.
- Se declare que la parte actora pertenece al régimen exceptuado previsto en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, que su situación se halla cobijada por el régimen especial previsto para los docentes vinculados antes del 27 de junio de 2003, y por ende, que su pensión de jubilación debe ser reajustada anualmente con base en lo previsto en las Leyes 91 de 1989 y 71 de 1988.

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

2. Hechos

Se relataron los que a continuación se resumen:

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

- El 23 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 59 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; ‘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.

En cuanto al incremento anual de las pensiones se remitió al artículo 14 y 279 de la Ley 100 de 1993 en concordancia con el artículo 1° de la Ley 238 de 1995, para concluir que lo dispuesto en la Ley 100 le era igualmente aplicable a los regímenes exceptuados. Señaló que con lo dispuesto en el artículo 286 de la Ley 100 de 1993 quedó derogado de manera tácita el artículo 1° de la Ley 71 de 1988 . (fls. 90-101, 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. 105-116, C. 1)

7. Alegatos de conclusión segunda instancia

7.1. La parte demandante guardó silencio

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. (fls. 8-11, C. 2)

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:

Cuando se eleve el salario mínimo mensual legal más alto,

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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).

1993 y su entrada en vigencia, las pensiones reconocidas antes y después de dicha ley, se vienen reajustando en la forma prevista por su artículo 14 y teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 142 y 143 ibídem, lo que significa que el referido reajuste se produce anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior, más la mesada adicional y el reajuste equivalente a la elevación en la cotización para salud, a favor de los pensionados con anterioridad al 1° de enero de 1994 (...)

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 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

⁴ M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

los posibles” /Resaltados del Tribunal/.

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

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

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

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

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

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

Justamente, al referirse a dicho texto legal, tanto la Corte Constitucional como el

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/.*

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 de la señora María Cenelia Arias supera el valor del salario mínimo legal mensual vigente /fl. 42 cdno. 1/, por lo que la entidad demandada, al negar el incremento pretendido al tenor del artículo 1 de la Ley 71 de 1988 se ajustó plenamente al ordenamiento jurídico, lo que derivaba en una decisión negativa frente a las pretensiones de la demanda, como en efecto ocurrió.

2. Descuentos con destino al sistema de salud

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

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

cotización en salud, además, instituye que la obligación de cotizar en salud se halla en cabeza de los pensionados en su totalidad.

Al pronunciarse sobre la obligación de los pensionados de cotizar con destino al sistema de salud, la Corte 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 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

⁶ Sentencia T-835 de 2014.

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:

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-

(i) Mediante la Ley 1122 de 2007, artículo 10, la cotización al régimen contributivo en salud a partir del 1° de enero de 2007 pasó a ser ‘del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado’, (ii) luego, la Ley 1250 de 2008 adicionó el canon 204 de la Ley 100/93 al prescribir que ‘La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional’.

De igual manera, el deber de cotizar al sistema de salud en cabeza de los pensionados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM), así como el monto de los aportes, fue objeto de pronunciamiento por el Consejo de 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 8° de la Ley 91 de 1989, respecto del personal afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que incluye también a los pensionados. (Pensión ordinaria) (...)

6.2. Afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

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

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

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

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

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

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

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

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

cual, contempló dichos descuentos sobre las mesadas adicionales, inclusive.

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

Por modo, aun cuando los descuentos sobre las mesadas adicionales no se encuentren previstos de manera explícita en la Ley 812 de 2003, la Sala es del criterio que dicha obligación no ha cesado, pues en atención al principio de solidaridad que informa todo el Sistema de Seguridad Social, los descuentos por este concepto se avienen al ordenamiento jurídico.

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

Por ende, se confirmará la sentencia de primer grado.

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.

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 Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, el 18 de octubre 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 la señora María Cenia Arias 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”.

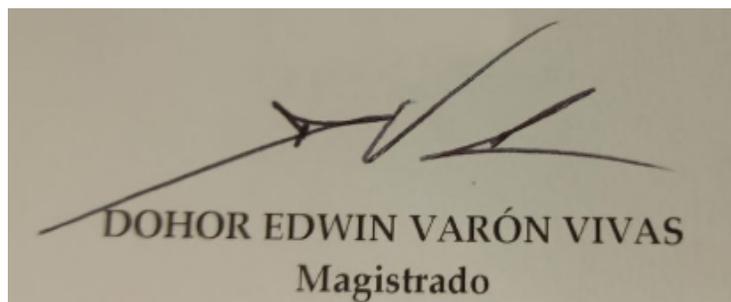
Notifíquese y cúmplase

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

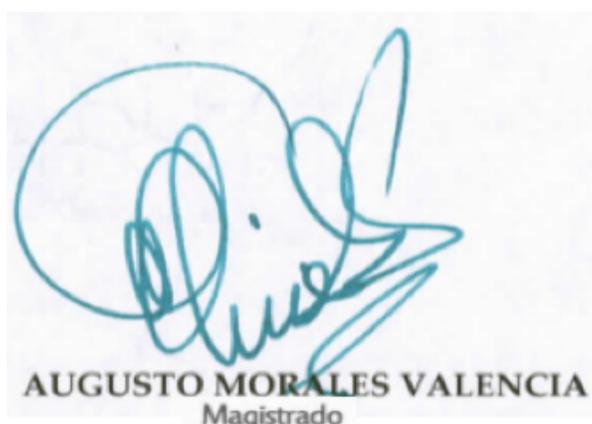
Los integrantes de la **Sala Segunda de Decisión**,



Jairo Ángel Gómez Peña
Magistrado ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

