

CONSTANCIA SECRETARIAL: El presente medio de control fue devuelto del H. Consejo de Estado. Consta de 3 cuadernos.

Manizales, veintiocho (28) de mayo de dos mil veintiuno (2021)



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

Radicado: 17001-23-33-000-2016-00510-00
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante: María Regina Sanz Fonseca
Accionado: Nación – Ministerio de Educación y Departamento de Caldas

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, veintiocho (28) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Estése a lo dispuesto por el H. Consejo de Estado en providencia de 03 de diciembre de 2020 (fls. 229 a 240 del presente cuaderno), la cual revocó parcialmente la sentencia proferida en primera instancia por esta Corporación (fls. 145 a 155 C.).

En consecuencia, una vez ejecutoriado el presente auto liquidense los gastos del proceso, devuélvanse los remanentes si los hubiere y archívese el proceso, previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

<p>TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS</p> <p>El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a las partes por Estado Electrónico No. 093 del 31 de mayo de 2021.</p> <p>Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.</p> <p>Manizales, _____</p>  <p>HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA Secretario</p>

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, veintiocho (28) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

A.I. 102

Radicado: 17001-23-33-001-2017-00512-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandantes: Octavio Hurtado Castillo
Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales - UGPP

Mediante sentencia del 16 de octubre de 2020 (fls. 21-27, cdo. 2) se resolvió en segunda instancia el asunto de la referencia adicionando un ordinal a la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito el 18 de diciembre de 2019.

La referida providencia expedida por esta Corporación y que resolvió el recurso de apelación fue notificada a las partes el 19 de octubre de 2020 (fls. 28-29, cdo. 2) mediante correo electrónico dirigido al buzón electrónico de las partes.

Mediante comunicación radicada por la apoderada de la parte accionada el pasado 05 de marzo de 2021 (fls. 304-308, cdo. 1), se depreca la aclaración de la sentencia emitida por esta Colegiatura, en el sentido de que se explique o dilucide la forma en que debe ser entendida la indexación a que se hizo referencia el ordinal objeto de adición por parte de esta Colegiatura, en concordancia con los intereses dispuestos por el *A quo* en los términos del artículo 192 del CPACA, arguyéndose por la demandada que no es dable el pago acumulado de dichos conceptos.

Frente a la anterior solicitud, se torna necesario traer a colación el artículo 285 del C.G.P. el cual regula la figura de aclaración de providencias al señalar:

“ARTÍCULO 285. ACLARACIÓN. La sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la pronunció. Sin embargo, podrá ser aclarada, de oficio o a solicitud de parte, cuando contenga conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidas en la parte resolutoria de la sentencia o influyan en ella.

En las mismas circunstancias procederá la aclaración de auto. La aclaración procederá de oficio o a petición de parte formulada dentro del término de ejecutoria de la providencia.

La providencia que resuelva sobre la aclaración no admite recursos, pero dentro de su ejecutoria podrán interponerse los que procedan contra la providencia objeto de aclaración.” (Subrayado y negrillas son de esta Corporación)

Con sustento en la norma en cita, resulta incuestionable que la solicitud de aclaración formulada por la apoderada de la parte accionada fue presentada de manera extemporánea, pues como se advirtió en precedencia la misma fue radicada cerca de 5 meses después de la notificación del fallo de segunda instancia cuya aclaración se deprecia, lo que impone rechazar la solicitud formulada en tal sentido.

Por lo señalado, se

RESUELVE

PRIMERO: RECHAZAR por extemporánea la solicitud de aclaración formulada por la parte accionada el 05 de marzo de 2021, respecto de la sentencia de segunda instancia proferida por esta Corporación el 16 de octubre de 2020 y notificada el 19 de octubre siguiente.

SEGUNDO: EJECUTORIADA la presente providencia devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 25 de 2021.

NOTIFICAR


DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente


AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado


AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 074

Manizales, veintiocho (28) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Proceso No. 17-001-33-39-008-2018-00367-02
Clase: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante: Amparo García Arias
Accionado: Nación - Ministerio De Educación – Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio y Departamento de Caldas

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia mediante la cual se negaron sus pretensiones.

I. ANTECEDENTES

1. La Demanda

1.1. Pretensiones

Se declare la nulidad de la Resolución 7703-6 de 10 de octubre de 2017 emitida por la Secretaria de Educación del departamento de Caldas en representación del FNPSM. En consecuencia se ordene a las demandadas: aplicar el descuento para aportes al sistema de salud en cuantía del 5%; reintegrar el monto los porcentajes descontados en exceso y reajustar las mesadas anuales con base en el artículo 1º de la ley 71 de 1988, es decir en porcentaje igual al aumento del salario mínimo legal mensual y de manera retroactiva al año en que se consolidó el derecho; se ordene la indexación de los valores a reintegrar, al pago de los intereses y costas del proceso.

Subsidiariamente solicitó se ordene el reintegro de los valores descontados de las mesadas de junio y diciembre correspondientes al 12% de la mesada pensional de manera retroactiva, indexada y con intereses y se ordene cesar los descuentos de las mesadas de junio y diciembre con destino al sistema de salud.

1.2. Sustento fáctico relevante

En síntesis expresa que, en el acto administrativo de reconocimiento de la pensión de jubilación, las demandadas dispusieron efectuar descuentos con destino al sistema de salud, equivalentes al 12%, los cuales vienen siendo descontados no solo de las mesadas ordinarias, sino de las adicionales (de junio y diciembre, esta última que se cancela en noviembre de cada año); que además se consagró que la pensión sería reajustada anualmente conforme al artículo

1º de la ley 71 de 1988, no obstante la mesada se ha venido incrementando de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

Que solicitó al FNPSM la aplicación de descuentos sólo del 5% y la devolución de los aportes pagados en exceso, así como el reajuste conforme a la ley 71 de 1988, petición que fue negada a través de la Resolución demandada.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

Invocó como normas vulneradas entre otras, la Ley 71/88; Ley 91/89; Ley 100/93; Ley 812/03; Ley 797/03; Ley 1151/07. Consideró que, los docentes afiliados al FNPSM no se hallan obligados a pagar los aportes en salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre (también llamadas mesadas 13 y 14); además el FNPSM en ocasiones inaplica las normas en mención mientras que en otros casos las aplica de manera indebida, contrariando su verdadero alcance y la hermenéutica jurisprudencial.

Añade que, se aplica indebidamente el artículo 81 de la Ley 812 de 2013 en lo referente a la tasa de cotización para servicios de salud, pues debe ser del 5% conforme el artículo 8 de la ley 91 de 1989 que es norma especial. En virtud del principio de inescindibilidad de la ley, no se pueden aplicar concomitantemente dos regímenes y por ello se equivoca la demandada a la aplicar a los docentes la ley 100 de 1993.

2. Pronunciamiento de los sujetos procesales

El Departamento de Caldas: Se opuso a las pretensiones de la parte demandante argumentando que, la solicitud realizada carece de todo fundamento legal, habida cuenta que es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por lo tanto se le aplica la Ley 812 de 2003. Que al hacer un estudio de la Ley 100 de 1993 y 197 de 2003 artículos 143 y 204, así mismo el artículo 1 de la Ley 1150 de 2008 se concluye que para el legislador, el pensionado tiene la obligación de cancelar un aporte en salud del 12% sin hacer más consideraciones al respecto.

Con fundamento en lo anterior propuso las excepciones que título: *“Falta de legitimidad en la causa por pasiva”* y *“Buena fe”*.

La Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales Del Magisterio: Se opuso a las pretensiones de la parte demandante argumentando que la Entidad reconoció la pensión de jubilación del demandante y consecuentemente ha realizado los ajustes anuales y descuentos correspondientes de conformidad con las normas vigentes y aplicables, razón por la cual sus derechos laborales se encuentran debidamente satisfechos y en consecuencia el acto administrativo acusado no viola las disposiciones incoadas por la parte actora, no puede alegarse error o inaplicación de la ley. Que además, llegado el caso de existir una remota posibilidad de ser condenada, solicito se declare la prescripción de las mesadas causadas con tres años de anterioridad de la presentación de la demanda, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 102 del Decreto 1848 del 4 de noviembre de 1969, el cual desarrollo el tema de prescripción respecto del régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales.

Con fundamento en lo anterior propuso las excepciones que título: *“INEPTITUD SUSTANCIAL DE LA DEMANDA POR FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DE LA NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL”*: Manifiesta que no

presta el servicio educativo, ni administra plantas de personas docentes, y por ende, no es empleador de los docentes del Magisterio. *"INEXISTENCIA DEL DEMANDADO-FALTA DE RELACIÓN CON EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO, CONEXO O DERIVADO DEL ACTO ADMINISTRATIVO EXPEDIDO POR LA ENTIDAD TERRITORIAL CERTIFICADA. FALTA DE COMPETENCIA DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN PARA EXPEDIR EL ACTO ADMINISTRATIVO Y RECONOCER EL DERECHO RECLAMADO"*: Afirma que el procedimiento de reconocimiento y pago de prestaciones sociales, por ley, se encuentra en cabeza de la entidad territorial certificada y de la sociedad Fiduciaria administradora del Fondo. *"INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DEMANDADA POR INEXISTENCIA DE CAUSA JURÍDICA"*: Sostiene que los actos administrativos atacados se ajustan a la legislación, como también los pagos efectuados al demandante y los descuentos que se realizan sobre cada mesada pensional. *"PRESCRIPCIÓN"*: basado en los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969 que establecen que las acciones que tengan su sustento en derechos de la seguridad social del sector público prescriben en un término de 3 años. *"BUENA FE"*: Asegura que los pagos de las prestaciones sociales dependen no solo del correcto diligenciamiento de los respectivos actos administrativos por parte de la entidad territorial y del visto bueno de la entidad fiduciaria, sino de la disponibilidad presupuestal.

3. Sentencia de primera instancia

El a quo negó las pretensiones de la parte demandante. Respecto a los descuentos en salud señaló que, si bien en el acto administrativo que reconoce y ordena el pago de la pensión vitalicia de jubilación a la parte actora, se ordena el descuento del 12.5%, de la mesada pensional, el mismo no fue aplicado teniendo en cuenta que la demandante adquirió el estatus con posterioridad a la entrada vigencia de la Ley 1127 de 2007, esto es, 18 de octubre de 2011, la cual tuvo su aplicación hasta noviembre de 2008, por lo que el descuento correspondió al 12%.

Que por lo anterior, no le asiste razón a la demandante al pretender que los aportes a salud que le son descontados de su mesada pensional se hagan en el 5%, pues como se vio en consideraciones antes reseñadas, en tratándose del Sistema de Seguridad Social en Salud, con fundamento en los principios consagrados en la Constitución Política, el monto con el cual deben aportar al sistema, se encuentra expresamente definido en la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, esto es, sobre el 12%.

De igual manera, tampoco resulta viable que la demandante sea exonerada de los descuentos que por salud le viene realizando la entidad demandada en las mesadas adicionales de junio y diciembre, pues se itera, que tal y como lo indicó la Sección Cuarta del Consejo de Estado en sentencia de 16 de diciembre de 2015 dentro del expediente radicado N° 2015-02164-00, en lo relacionado con los descuentos efectuados sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, dichos descuentos son legales, puesto que los docentes afiliados al FOMAG gozan de un régimen pensional excepcional, y a su vez el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 previo que deben efectuar los aportes en salud, conforme con lo previsto en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, esto es, bajo el régimen general (12 %), por lo que no existe ninguna norma que exima a los docentes de efectuar los aportes en salud sobre las mesadas adicionales.

Respecto al reajuste de la pensión aplicando la Ley 71 de 1988 señaló que resultaba improcedente, por las siguientes razones: porque no se puede ordenar el reajuste a favor de un docente pensionado con base en el mecanismo que fue establecido en la Ley 71 de 1988,

obviando la modificación que al respecto dispuso la Ley 100 de 1993. Porque la fórmula que el Legislador instituya para reajustar las pensiones no constituye un derecho adquirido a favor de los pensionados, sino tan solo una mera expectativa, que está sujeta a las modificaciones que aquel órgano considere pertinentes para garantizar el poder adquisitivo de las pensiones.

Porque la Ley 238 de 1995, que adicionó el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, dispuso que la aplicación de los artículos 14 y 142 de la mencionada norma también lo era para los sectores exceptuados del régimen general de pensiones; y porque con la expedición de la Ley 100 de 1993, quedó sin efectos las disposiciones contrarias, esto es el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, tal como ha sido reconocido de manera uniforme por las Altas Cortes. Porque no hay lugar a aplicar el principio de favorabilidad laboral, bajo el entendido que no coexisten dos disposiciones jurídicas vigentes que generen duda en su aplicación.

4. Recurso de apelación

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

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

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

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

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

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 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 incluida las adicionales; en el caso de docentes vinculados a partir del 27 de junio de 2003 que se encuentra en 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.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia y procedencia

Conforme al artículo 153 del CPACA¹, es competente el Tribunal para resolver el recurso de apelación. Además, es procedente por cuanto: “*Son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales y de los Jueces*”, en virtud de lo dispuesto por el artículo 243 Ibidem.

2. Problema jurídico

Al analizar la sentencia de instancia y el escrito de impugnación, el asunto jurídico a resolver se centra en dilucidar si:

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

¿Le asiste derecho a la parte actora a que se aplique el descuento para aportes al sistema de salud en cuantía del 5%; cesar el descuento actual del 12% y a que se reintegre el monto los porcentajes descontados en exceso?

3. Primer problema jurídico

Tesis del Tribunal: La parte demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago del reajuste periódico de la mesadas pensionales conforme lo establece la Ley 71 de 1988, esto es, teniendo en cuenta la variación del salario mínimo legal mensual vigente, toda vez que, la Constitución Política facultó al Legislador para que bajo su autonomía fijara las fórmulas específicas el reajuste periódico de las pensiones; con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigencia, se entendió derogada la Ley 71 de 1989 y las pensiones reconocidas antes y después de dicha ley, se vienen reajustando anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el Dane para el año inmediatamente anterior.

Para fundamentar lo anterior se abordarán los siguientes aspectos: i) hechos probados; ii) régimen general de seguridad social; iii) ajuste de pensiones en el régimen de seguridad social para los afiliados al sector público y régimen general de pensiones; y iv) el análisis del caso concreto.

3.1.Lo probado

¹ Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso Administrativo.

- Mediante Resolución 1855 de 12 de abril de 2012 se reconoció la pensión de jubilación, por parte del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a favor de la demandante. (Fl. 39-40 C. 1)
- El demandante mediante escrito radicado el 27 de septiembre de 2017 ante la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestación Social del Magisterio, solicitó se reajuste la pensión de jubilación, tomando como base el porcentaje del incremento del salario mínimo legal mensual vigente del año inmediatamente anterior, cuando sea superior al IPC y que se realicen los descuentos de salud en porcentaje del 5% de la mesada pensional sobre las mesadas ordinarias y adicionales conforme a la Ley 71 de 1989 y la devolución de los cobros en exceso. (Fl. 34-38 C. 1)
- A través de la Resolución 7703-6 de 10 de octubre de 2017, la demandada denegó el ajuste deprecado. (Fl. 44-45 C. 1)

3.2. Régimen general de seguridad social

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

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

El Sistema de Seguridad Social Integral, previsto en la Ley 100 de 1993, tuvo como objeto garantizar los derechos de las personas y comunidad, en aras de mejorar la calidad de vida, y la dignidad humana, a través de las instituciones públicas y privadas prestadora de los servicios, como un servicio esencial bajo los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación.

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

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

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”.

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

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

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

La citada norma fue reglamentada por el Decreto 1160 de 1989, precisó respecto al ajuste de las pensiones en el artículo 1º lo siguiente: *“Reajuste pensional. Las pensiones de jubilación, invalidez, vejez, incapacidad permanente parcial, compartidas y de sobrevivientes, de los sectores público, privado y del Instituto de Seguros Sociales, se reajustarán de oficio y en forma simultánea con el salario mínimo legal, en el mismo porcentaje en que éste sea incrementado por el Gobierno Nacional”*.

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

A su turno la Ley 100 de 1993, en el artículo 289, indicó en relación con las vigencias y derogatorias lo siguiente: *“La presente Ley rige a partir de la fecha de su publicación, salvaguarda los derechos adquiridos y **deroga** todas las disposiciones que le sean contrarias, en especial el artículo 2o. de la Ley 4a. de 1966, el artículo 5o. de la Ley 33 de 1985, **el parágrafo del art. 7o. de la Ley 71 de 1988**, los artículos 268, 269, 270, 271 y 272 del Código de Sustantivo del Trabajo y demás normas que los modifiquen o adicionen”*.

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

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

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

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.”*

³ Ley 71 de 1988 *por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras*

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

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

(...)

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

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

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

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

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

...

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

....

⁴ Corte Constitucional sentencia C- 387 de 1994; MP. Carlos Gaviria Díaz, 1 de septiembre de 1994; Exp. D-529.

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 incrementa el salario mínimo, y en otras, éste sea inferior a aquél, o pueden existir casos en que los dos sean iguales.

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

En este sentido, el Máximo Tribunal Constitucional 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; a su vez, que la determinación del índice de precios al consumidor para los demás pensionados para establecer el incremento pensional, se ajusta a factores circunstancias económicas y políticas.

De otro lado, la Ley 238 de 1995 dispuso la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 a los regímenes exceptuados previstos en dicha disposición; al respecto señaló:

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

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

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

Bajo el tema en cuestión referente al reajuste de las mesadas en aplicación de la Ley 100 de 1993, la Sección Segunda el Honorable Consejo de Estado⁵, en providencia del 17 de agosto del 2017, en pronunciamiento dentro de la acción pública de nulidad en contra del artículo 40 del Decreto 692 de 1994; expuso **que el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993** derogó el dispuesto por la Ley 71 de 1988:

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

« [...] A partir del 1.º de enero de 1989 y hasta la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, todas las pensiones que fueron reconocidas en el país, tanto en el sector público como en el privado, se reajustaron anualmente conforme a la fórmula prevista en la Ley 71 de 1988, esto es, en el mismo porcentaje en que se incrementó por el Gobierno el salario mínimo legal mensual. Con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigencia, las pensiones reconocidas antes y después de dicha ley, se vienen reajustando en la forma prevista por su artículo 14 y teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 142 y 143 Ibidem, 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.***

⁵ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda -Subsección A- Consejero Ponente: William Hernández Gómez - 17 de agosto de 2017 –Rad. 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14).

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, en cuanto al incremento de la mesada pensional deba realizarse conforme lo contempla la Ley 71 de 1988, ajustado al salario mínimo, toda vez que con la entrada en vigencia del régimen general de pensiones, dicha norma quedó derogada por ésta última, que dispuso que los ajustes de las mesadas pensionales fueran incrementadas conforme a la variación del índice de precios al consumidor.

Referente a los motivos que alega el libelista, de aplicar artículo 1 de la Ley 71 de 1988, en armonía con el principio de favorabilidad, al ajuste de la mesada pensional, es pertinente traer a colación los pronunciamientos jurisprudenciales expuestos por la Corte Constitucional en sentencia C-435 de 2017, bajo la acción pública de constitucionalidad se demanda la nulidad parcial del artículo 14 de la Ley 100 de 1993; concerniente al reajuste de pensiones, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, así:

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

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”.

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

(...)

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

3.4. Conclusión

Conforme a los pronunciamientos jurisprudenciales citados se tiene que, la Constitución Política facultó al Legislador para que bajo su autonomía fijara las fórmulas específicas el reajuste periódico de las pensiones. Con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigor, se entendió derogada la Ley 71 de 1989 y 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 Ibidem, 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.

En ese orden de ideas, no le asiste razón a la accionante al indicar que el reajuste de las mesadas pensionales se debe realizar conforme al artículo 1 de la Ley 71 de 1989, esto es, conforme al salario mínimo, y no conforme a lo establecido en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

4. Segundo problema jurídico ¿Le asiste derecho a la parte actora a que se aplique el descuento para aportes al sistema de salud en cuantía del 5%; cesar el descuento actual del 12% y a que se reintegre el monto los porcentajes descontados en exceso?

Tesis del Tribunal: A la parte demandante no le asiste derecho a que se aplique el descuento para aportes al sistema de salud en cuantía del 5%; cesar el descuento actual del 12% y a que se reintegre el monto los porcentajes descontados en exceso, toda vez que, 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.

Además, los descuentos sobre mesadas adicionales 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.

4.1. 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, núm. 1), incluso, el canon 143 de ese esquema disposicional establece que quienes hayan obtenido el reconocimiento pensional antes de la entrada en vigor 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 la sentencia C-1000 de 2007, la Corte reiteró la posición de la obligación de cotizar al Sistema, señalada en la C-548 de 1998 y sobre los aportes que deben efectuar los pensionados señaló:

⁶ Sentencia T-835 de 2014.

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

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

En cuanto al monto sobre el cual se deben realizar los aportes en salud, las normas anteriores a la Ley 100 de 1993 contenían porcentajes que regularmente equivalían al 5%, como ocurría en el caso de la Ley 4ª de 1966 para el caso de los pensionados de la extinta Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal. En el mismo sentido, el Decreto 3135 de 1968 dispuso: “A los pensionados por invalidez, jubilación y retiro por vejez se les prestará por la entidad que les pague la pensión, asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria. Para este efecto el pensionado cotizará mensualmente un cinco por ciento (5%) de su pensión”.

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

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

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

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

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

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

monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones” (Subraya el Tribunal).

En atención a la remisión normativa de que trata el canon citado, la Ley 100 de 1993 consagra el monto de las cotizaciones con destino al sistema de salud a cargo de los afiliados en el artículo 204, por cuyo ministerio: *“(…) La cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al sistema general de seguridad social en salud según las normas del presente régimen, será máximo del 12% del salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. Dos terceras partes de la cotización estarán a cargo del empleador y una tercera parte a cargo del trabajador. Un punto de la cotización será trasladado al fondo de solidaridad y garantía para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado” (Se resalta).*

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

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

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

De igual manera, el deber de cotizar al sistema de salud en cabeza de los pensionados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FNPSM, así como el monto de los aportes, fue objeto de pronunciamiento por el Consejo de Estado⁷, que en reciente oportunidad puntualizó:

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

(…)

6.2. Afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Ley 91 de 1989 artículo 8-5	5%
--------------------------------	----

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

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

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

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 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 pensonal 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 pensonal 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 Estado⁸ 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

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

⁹ Sentencia de 14 de septiembre de 2017.

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.” (Se subraya).

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.

4.2. Análisis del caso concreto

Mediante Resolución 1855 de 12 de abril de 2012 se reconoció la pensión de jubilación, por parte del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a favor de la demandante, efectiva a partir del 19 de octubre de 2011. La demandante solicitó la aplicación de descuentos sólo del 5% y la devolución de los aportes pagados en exceso. A través de la Resolución 7703-6 de 10 de octubre de 2017 emitida por la Secretaria de Educación del departamento de Caldas en representación del FNPSM denegó lo solicitado.

De acuerdo con lo expuesto, el acto administrativo demandado se ajusta a la legalidad, en tanto dispone realizar los descuentos previstos expresamente en la Ley 91 de 1989 sobre las mesadas pensionales, incluidas las 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.

4.3. Conclusión

De conformidad con la normativa y la jurisprudencia citada y con fundamento en los hechos debidamente acreditados, estima esta Sala de Decisión que a la parte demandante no le asiste derecho a que se aplique el descuento para aportes al sistema de salud en cuantía del 5%; cesar el descuento actual del 12% y a que se reintegre el monto los porcentajes descontados en exceso y en tal sentido, se confirmará la sentencia dictada en primera instancia.

Por lo anterior, se confirmará la sentencia de primera instancia.

5. Costas en esta instancia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, en concordancia con los numerales 3 y 8 del artículo 365 del Código General del Proceso – CGP, este Tribunal se abstendrá de condenar en costas por estimar que no se causaron en el curso de esta instancia.

La presente sentencia se profiere fuera del turno ordinario de procesos a despacho para sentencia por permitirlo el artículo 18 de la Ley 446 de 1998.

Por lo discurrido, la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia del 20 de noviembre de 2020 emanada del Juzgado Octavo Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por Amparo García Arias dentro del contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido contra la Nación-Ministerio De Educación-FNPSM y el departamento de Caldas.

SEGUNDO: ABSTIÉNESE de condenar en costas en esta instancia.

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


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

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 25 de 2021.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARON VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

17001-23-33-000-2018-00368-00

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª UNITARIA DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, veintiocho (28) de MAYO de dos mil veintiuno (2021)

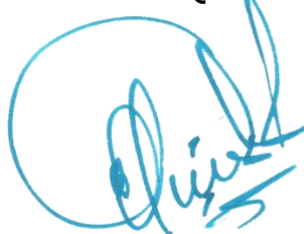
A.I. 144

Atendiendo lo dispuesto en el artículo 182 A numeral 1 de la Ley 1437 de 2011, el Tribunal se pronunció sobre las excepciones previas, la fijación del litigio y el decreto de pruebas, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO (LESIVIDAD)** promovido por la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP-** contra el señor **ÁNGEL MARÍA CLARET VÉLEZ TRUJILLO**.

Por ello, en virtud de lo establecido en el inciso final del artículo 181 del mismo código, y por considerarse innecesaria la celebración de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, se concede a las partes el término de diez (10) días para que presenten sus alegatos de conclusión, término dentro del cual el Ministerio Público, si a bien lo tiene, podrá presentar el respectivo concepto de mérito.

Los alegatos o cualquier otro documento que se pretenda aportar al proceso, deberá enviarse sólo a la dirección "sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co" Cualquier documento enviado a otra dirección de correo, se tendrá por no presentado.

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA

Magistrado Ponente

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 077

Manizales, veintiocho (28) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

Radicado: 17001-33-39-007-2018-00429-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: María Carolina Quintero Álzate
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM)

Se decide el recurso de apelación formulado por la demandante contra la sentencia que negó sus pretensiones.

I. ANTECEDENTES

1. La Demanda.

1.1. Pretensiones

La demandante solicita en síntesis, se declare la nulidad del acto ficto configurado el 17 de mayo de 2018 frente a la petición del 17 de febrero de 2018, por medio del cual se resolvió de forma negativa la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción por mora en el pago de cesantías y en consecuencia se declare que tiene derecho a dicho pago y se ordene a la Nación – Ministerio de Educación Nacional pagar el equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el pago de las cesantías.

1.2. Sustento fáctico relevante

Se relata que, la accionante solicitó el 23 de diciembre de 2016, el reconocimiento y pago de la cesantía a la que tenía derecho, y que esta prestación le fue reconocida por medio de la Resolución 1137-6 del 13 de febrero de 2017 y pagada el 22 de agosto de 2017. Sostiene que la entidad contaba con 70 días desde la solicitud para reconocer y pagar las cesantías de la accionante, término que venció el 14 de agosto de 2015, y que entre esta última fecha y la de pago efectivo transcurrieron 140 días de mora.

Que después de haber solicitado la cancelación a la entidad convocada, esta resolvió negativamente en forma ficta las peticiones presentadas.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

Invocó como normas vulneradas la Ley 91 de 1989, artículos 5 y 15; Ley 244 de 1995, artículos

1 y 2; Ley 1071 de 2006, artículos 4 y 5; Decreto 2831 de 2005.

Sostuvo que la jurisprudencia ha establecido que las disposiciones comentadas deben ser interpretadas en el entendido que entre la solicitud de cesantías y su reconocimiento y pago no debe superarse el término de 70 días y que el Ministerio de Educación ha venido cancelando las cesantías por fuera del término referido, circunstancia que genera una sanción a cargo de esta entidad, equivalente a un (1) día de salario del docente por cada día de retardo, que se contabiliza a partir del día siguiente al vencimiento de los 70 días hábiles, contados desde el momento en que se radicó la solicitud de la cesantía ante la demandada, y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

2. Pronunciamiento de los sujetos procesales

La **Nación – Ministerio de Educación** (contestó en forma extemporánea la demanda.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* negó las pretensiones de la demandante, para ello consideró que, no le asiste el derecho a obtener el pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006, por la tardanza en la que incurrió la demandada, en proceder al reconocimiento y pago de las cesantías a las que tenían derecho y en tal virtud, la actuación administrativa discutida en el presente caso conserva su legalidad.

Esto por cuanto encontró que, la demandante solicitó el reconocimiento y pago de cesantías el 23 de diciembre de 2016 y según certificación emitida por la Fiduprevisora el pago de las cesantías fue puesto a disposición de la parte actora el 24 de marzo de 2017, por lo que consideró que, la actora señala como fecha a partir de la cual se pusieron a su disposición los dineros correspondientes a las cesantías el día 22 de agosto de 2017, no obstante, en ninguno caso los términos de notificación correrán en contra del empleador como computables para sanción moratoria, por cuanto una vez radicada la solicitud para el pago de las cesantías, inicia a correr el término de 70 días con que cuenta la entidad para resolver la solicitud, sin que pueda atribuirse a la entidad demandada, responsabilidad alguna por la tardanza en la reclamación de los dineros consignados

4. Recurso de apelación

La **demandante** solicitó revocar la sentencia y acceder a sus pretensiones argumentando que, la entidad demandada, no realizó en ningún momento ni por ningún medio la previa notificación a mi poderdante de que estos recursos quedaban a disposición esta fecha (24/03/2017). Por consiguiente, se debe tomar como fecha de pago la de retiro (22/08/2017), por ser el día en que se enteró que tenía el dinero de sus cesantías a disposición. Agrega que la demandante estuvo pendiente de dicha consignación y obteniendo como resultado de estas visitas a la entidad Bancaria BBVA, respuesta negativa de los asesores.

Por lo tanto, manifestó su desacuerdo con la fecha tomada por el juzgado de, esto es la de puesta a disposición del dinero de las cesantías en el BBVA, por cuanto: para esa fecha el dinero no ha ingresado al patrimonio de la docente y el segundo, como puede afirmarse que a partir de la puesta a disposición de los recursos se entienden pagadas efectivamente las cesantías al docente, máxime si no se le informa y/o notifica tal situación.

I. CONSIDERACIONES

1. Competencia y procedencia

Conforme al artículo 153 del CPACA¹, es competente el Tribunal para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante. Además es procedente, por cuanto: “*Son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales y de los Jueces*”, en virtud a lo dispuesto por el artículo 243 Ibidem.

2. Problema jurídico

Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación, se centra en establecer: *¿Hay lugar al reconocimiento de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías a la accionante como docente de establecimientos educativos del sector oficial, con fundamento en la ley 1071 de 2006?*

2. Tesis del Tribunal

No hay lugar al reconocimiento de la sanción moratoria de que trata la ley 1071 de 2006, toda vez que, no se configuró la mora en el reconocimiento y pago de las cesantías, toda vez que el valor de las cesantías reconocidas fue puestos a disposición de la demandante en forma oportuna a través del banco BBVA.

Para resolver los interrogantes planteados, se hará referencia al marco normativo y jurisprudencial sobre el tema, para descender al análisis del caso concreto, atendiendo los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

3. Reconocimiento de la sanción por mora

La Ley 1071 de 2006 en su artículo 4º consagra los términos dentro de los cuales la administración debe resolver las peticiones que eleven sus empleados para el reconocimiento y pago de las cesantías, así:

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

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

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

La mencionada ley, en su artículo 5, reguló lo concerniente a la sanción moratoria:

¹ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

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

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

Sobre el particular, la Sala Plena del Consejo de Estado², indicó a partir de qué fecha se debe comenzar a contabilizar la sanción moratoria por el pago tardío del auxilio de cesantía, con el siguiente análisis:

“(…) Cuando la Administración resuelve el requerimiento del servidor público sobre la liquidación de sus cesantías en forma tardía buscando impedir la efectividad conminatoria de la sanción de que trata el artículo 2 de la Ley 244 de 1995, el tiempo a partir del cual comienza a correr el término para que se genere la indemnización moratoria debe contarse desde la fecha en la cual el interesado radicó la petición de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, es decir, quince (15) días hábiles que tiene la entidad para expedir la resolución, más cinco (5) días hábiles que corresponden a la ejecutoria, en el evento de que la resolución de reconocimiento hubiere sido expedida, con la salvedad a que alude el mismo precepto, más cuarenta y cinco (45) días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución, para un total de 65 días hábiles, transcurridos los cuales se causará la sanción moratoria (…).

En suma, es el vencimiento de los cuarenta y cinco (45) días hábiles siguientes a la fecha en la cual queda en firme el acto por el cual se reconocen las cesantías definitivas y no la fecha de reclamación de las mismas o, en este caso, la de la solicitud de reliquidación, el hito que debe servir de punto de partida para contar el número de días a efectos de determinar el monto de la indemnización moratoria. (…)”.

4.1. Caso concreto

De las pruebas obrantes en el expediente, se logra establecer que:

- La demandante solicitó el reconocimiento y pago de unas cesantías el 23 de diciembre de 2016, y le fueron reconocidas a través de Resolución 1137-6 del 13 de febrero de 2017. (Fls. 27 Archivo: 01Cuaderno1.pdf)
- De conformidad con la certificación emitida por La Fiduprevisora, el valor de las cesantías quedaron a disposición de la demandante a partir del 24 de marzo de 2017, “*el cual no fue cobrado y se reprogramó nuevamente el 14 de agosto de 2017*”. (Fl. 1-3 Archivo: 02Cuaderno2Pruebas.pdf).
- La accionante solicitó el 23 de diciembre de 2016 solicitó el reconocimiento y pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías.

² Consejo de Estado, Sentencia del 27 de marzo de 2007, Número Interno 2777-2004.

Como la petición se hizo en vigencia del CPACA el término para el reconocimiento y pago del auxilio de cesantías es de 70 días, los cuales se cumplieron en las siguientes fechas:

TÉRMINO	FECHA LÍMITE
Fecha de la reclamación de las cesantías	23/12/2016
Vencimiento del término para el reconocimiento – 15 días (artículo 4 de la Ley 1071 de 2006)	16/01/2017
Término notificación -10 días Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo	30/01/2017
Vencimiento del término para el pago – 45 días (artículo 5 de la Ley 1071 de 2006)	04/04/2017

En ese orden de ideas, teniendo en cuenta que los dineros fueron puestos a disposición de la demandante por primera vez, el 24 de marzo de 2017 es claro que no se configuró la mora en el pago de las cesantías, tal como lo señaló el *a quo*.

Ahora, la parte actora en su recurso de apelación considera que, no debe ser valorada la fecha de disposición de los dineros en el Banco, sino la fecha en que realizó el cobro, pues no se le notificó en qué fecha estaban dispuestos los dineros.

Al respecto se debe afirmar que, era carga de la parte demandante haber demostrado la gestión diligente en el cobro de las cesantías y en la consulta ante la entidad demandada y bancaria, más teniendo en cuenta que al ser una sanción debe quedar claro que el cobro efectivo obedeció a circunstancias imputables a la parte demandada. Carga que en el presente asunto no se cumplió por la demandante.

Por lo anterior, se impone confirmar la sentencia

7. Costas en esta instancia.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, en concordancia con los numerales 1 y 3 del artículo 365 del Código General del Proceso – CGP, no se condenará en costas en esta instancia por cuanto no se encuentra acreditada su causación.

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

III. RESUELVE:

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia del 14 de mayo de 2020 proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo de Manizales en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por María Carolina Quintero Álzate contra la Nación – Ministerio De Educación – Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio y.

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".

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 25 de 2021.


NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARON VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

CONSTANCIA SECRETARIAL: El presente medio de control fue devuelto del H. Consejo de Estado. Consta de 1 cuaderno.

Manizales, veintiocho (28) de mayo de dos mil veintiuno (2021)



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

Radicado: 17001-23-33-000-2018-00445-00
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante: Gloria Graciela Ahumada Ruíz
Accionado: Nación – Ministerio de Educación y Municipio de Manizales

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, veintiocho (28) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Estése a lo dispuesto por el H. Consejo de Estado en providencia de 27 de noviembre de 2020 (fls. 149 a 153 del presente cuaderno), la cual confirmó sentencia proferida en primera instancia por esta Corporación (fls. 84 a 91 C.1).

En consecuencia, una vez ejecutoriado el presente auto liquidense los gastos del proceso, devuélvanse los remanentes si los hubiere y archívese el proceso, previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a las partes por Estado Electrónico No. 093 del 31 de mayo de 2021.

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

Manizales, _____



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Sentencia No. 082

Manizales, veintiocho (28) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

Radicado: 17-001-33-33-004-2018-00550-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: María Nohelia Cardona Posada
Demandado: Nación-Ministerio de Educación-Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio - FNPSM

El Tribunal Administrativo de Caldas decide el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia mediante la cual se negaron sus pretensiones.

I. ANTECEDENTES

1. La Demanda

1.1. Pretensiones

Se solicita en síntesis, se declare la nulidad de i) la Resolución 6860-6 del 11 de septiembre de 2017, por medio de la cual desconocieron y negaron los factores salariales correspondientes a la pensión de invalidez, negando con esta sus derechos adquiridos; y ii) la Resolución 9722-6 del 13 de diciembre de 2017, por medio de la cual resolvieron un recurso de reposición confirmando la resolución anterior.

A título de restablecimiento del derecho, se ordene el reconocimiento y pago de una pensión de invalidez, equivalente al cien por ciento de la última asignación devengada y con la inclusión de todos los factores de salario devengados en el año inmediatamente anterior a la fecha de retiro del servicio, conforme al régimen especial aplicable a los empleados oficiales, según el Decreto 1848 de 1969, artículos 61, 62 y 63.

Se ordene a la entidad demandada liquidar y pagar la totalidad de las diferencias entre lo que se le venido pagando, hasta el momento de inclusión en nómina con la totalidad de factores salariales demandados como la prima de alimentación, prima de vacaciones y prima de navidad, además de aquellos que ya se tuvieron en cuenta y se ordene el

reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de cada una de las diferencias en las mesadas pensionales.

1.2. Sustento fáctico relevante

Se señala en síntesis que, la accionante laboró al servicio de la docencia oficial y cumplió con los requisitos establecidos para que le fuera reconocida su pensión de invalidez. La base de su liquidación omitió tener en cuenta la prima de alimentación, prima de vacaciones y prima de navidad, factores que fueron devengados y certificados por la entidad competente durante el año inmediatamente anterior a la fecha del retiro oficial.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

Señaló como vulneradas, la Constitución Política, artículos 2, 6, 25 y 58. Código Civil, artículo 10. Ley 57/87, Decreto 01/84, artículo 178, Ley 33 de 1985 art. 3 inciso 3, Decreto 1848 de 1969, artículos 61, 62 y 63, Decreto 1045 de 1978 art. 45. Indicó que la liquidación de la pensión se rige por los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, agregando que el acto administrativo que reconoció la prestación no incluyó factores que fueron certificados como devengados en el último año de servicios por parte de la entidad pagadora. Arguyó que, según la jurisprudencia del Consejo de Estado, los factores reclamados deben ser tenidos en cuenta y que además el acto administrativo omite la remisión del artículo 15 de la Ley 91 de 1899 al Decreto 1045 de 1978.

2. Pronunciamiento de la entidad demandada

La Nación – Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales La Nación – Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales no contestó la demanda.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* negó las pretensiones de la demandante. Para ello señaló que, no hay lugar al reconocimiento del derecho deprecado, toda vez que los factores devengados por la demandante el último año al momento del retiro del servicio por invalidez, no están contemplados en la Ley 62 de 1985, en consecuencia no es factible su reconocimiento, excepto la asignación básica que sí la tuvo en cuenta la entidad y sobre la cual le fue reconocida la prestación.

Para ello indicó que, acogería la sentencia de unificación del Consejo de Estado de 28 de agosto de 2018, con base en la cual sólo procede la inclusión de aquellos enlistados en el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, sobre los que se hubiere cotizado al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.

4. Recurso de apelación

La demandante recurrió la sentencia, solicitó acceder a las pretensiones teniendo en cuenta que, si bien es cierto el Decreto 1848 de 1969 prescribe que la pensión será reconocida con base en el último salario devengado, igualmente se deben tener en cuenta la totalidad de factores salariales devengados durante el último año de servicios los cuales forman parte del salario. Por su parte, el artículo 2 de la Ley 65 de 1.946, define el salario, no sólo el salario fijo, sino lo que se perciba a cualquier título y que implique directa o indirectamente retribución ordinaria y permanente de servicios, tales como la prima móvil, las bonificaciones etc.

Conforme a jurisprudencia del Consejo de Estado señaló que, para la liquidación de la pensión de invalidez, reconocida conforme el Decreto 1848 de 1969, se deben tener en cuenta la totalidad de factores salariales devengados en el último año de servicio para efectos del ingreso base de liquidación, dentro de las pensiones las cuales, como en el presente caso, el status es con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Que por lo tanto, a la demandante si le asiste derecho a que se le reliquide su pensión de invalidez con base en el último salario devengado, tal como se pretende en la demanda.

Señaló además que es inviable aplicar retroactivamente la sentencia del 28 de agosto de 2019 teniendo en cuenta que la misma se profirió con posterioridad a la presentación de la demanda.

5. Concepto del Ministerio Publico

Luego del análisis jurídico y probatorio del caso, consideró que los actos administrativos acusados no contravienen el ordenamiento jurídico, por cuanto la decisión administrativa de negar la reliquidación pensional pretendida se sujetó a la normatividad en la que debía fundarse, como también se encuentra acorde con el precedente jurisprudencial del 28 de agosto de 2018 y, por lo tanto, es ajustada a derecho la decisión del Juzgado de desestimar los cargos de nulidad sustancial formulados en la demanda.

Con fundamento en las razones jurídicas expuestas solicitó confirmar la sentencia.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia y procedencia

Conforme al artículo 153 del CPACA¹, es competente el Tribunal para resolver el recurso de apelación. Además, es procedente por cuanto: *“Son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales y de los Jueces”*, en virtud de lo dispuesto por el artículo 243 Ibidem.

2. Problema jurídico

¹ Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso Administrativo.

Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación, el asunto se centra en establecer: *¿Es procedente reliquidar la pensión de invalidez, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del estatus pensional?*

3. Tesis del Tribunal:

No es procedente reliquidar la pensión de invalidez de la demandante, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año anterior al retiro definitivo del servicio, toda vez que no se encuentra acreditado que sobre ellos se hallan realizado aportes al sistema pensional.

Para fundamentar lo anterior se abordarán los siguientes aspectos: i) hechos probados; ii) régimen pensional aplicable; iii) ingreso base de liquidación y factores salariales a incluir en la pensión de jubilación de docentes; y iv) el análisis del caso concreto.

3.1. Lo probado en el proceso

- Por Resolución 00580 del 19 de julio de 2004, la Secretaría de Educación de Caldas en nombre y representación del Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, reconoció la pensión de invalidez a favor de la accionante, a partir del 18 de junio de 2004. (fls. 21-23 C. 1)
- Por Resolución 5515 del 5 de noviembre de 2009, la Secretaría de Educación de Caldas en nombre y representación del Ministerio de Educación Nacional – FOMAG modificó el artículo primero de la parte resolutive de la Resolución 580 de 2004, el cual quedó así: *“Reconocer y pagar a CARDONA DE POSADA MARÍA NOHELIA con C.C. No. 24.321.884 de MANIZALES una PENSIÓN DE INVALIDEZ por valor de \$1.107.934 a partir del 2009/05/22” por incremento de la pérdida de la capacidad laboral al 96%”* lo cual le da derecho al reconocimiento del 100% del salario. (fls. 24-25 C. 1).
- A través de las resoluciones 6860 del 11 de septiembre de 2017 y 9722-6 del 13 de diciembre de 2017 le negaron el reconocimiento y pago de la pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados el último año al retiro del servicio por invalidez. (fls. 26-32 C. 1).
- Según Formato Único para la Expedición de Certificado de Salarios del Fomag 2157 de 28 de 1º de junio de 2017, la demandante en el último año de servicio devengó: *Asignación Básica (Sueldo) prima de alimentación, prima de vacaciones y prima de navidad.* (Fl 34 C. 1)

3.2. Régimen pensional aplicable

El artículo 81 de la Ley 812 de 2003, respecto del régimen prestacional aplicable a los docentes, contempló dos eventos:

i) Para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encontraban vinculados antes de la entrada en vigor de dicha ley al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones que regían con anterioridad.

ii) Para los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigor de la referida ley, deben ser afiliados al FOMAG y tienen los derechos pensionales del régimen de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

En el presente asunto, la demandante se vinculó al servicio público educativo oficial el 8 de mayo de 1978 (fl. 33 C.1), esto es, con anterioridad a la Ley 812 de 2003, por lo tanto, le son aplicables en materia pensional las normas que regían con anterioridad.

Ahora bien, en lo que interesa al caso concreto resulta de suma trascendencia precisar que cuando el inciso primero del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 se refiere al régimen prestacional anterior, es necesario verificar el contenido de los artículos 115 de la Ley 115 de 1994² y 6 de la Ley 60 de 1993, normas vigentes en materia del servicio docente.

El artículo 115 de la Ley 115 de 1994 en lo que corresponde al caso, señaló: *“Régimen Especial de los Educadores Estatales. El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente ley. El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, en la ley 60 de 1993 y en la presente ley.”*

En este mismo sentido, la Ley 60 de 1993 ya había establecido en su artículo 6 lo siguiente:

“(…) El régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones, será el reconocido por la Ley 91 de 1989, y las prestaciones en ellas reconocidas serán compatibles con pensiones o cualesquiera otra clase de remuneraciones. El personal docente de vinculación departamental, distrital, y municipal será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial (…)”

Teniendo en cuenta las normas transcritas, ninguna de ellas establece, en estricto sentido, los elementos constitutivos del régimen pensional aplicable a los docentes. Empero, debe decirse, que ellas sí remiten a las disposiciones de la Ley 91 de 1989³ la cual, a su turno, establecían como régimen pensional aplicable a los docentes nacionales y nacionalizados el previsto para los empleados públicos del orden nacional, a saber, en el Decreto Ley 3135 de 1968² y los Decretos 1848 de 1969³ y 1045 de 1978⁴.

El Decreto Ley 3135 de 1968 en su artículo 23 se establece el reconocimiento y pago de una prestación pensional por invalidez, a favor de los servidores públicos que experimentaran una pérdida de su capacidad laboral igual o superior al 75%, así:

² “Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales.”

³ “Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968.”

⁴ Por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional

“(…) PENSIÓN DE INVALIDEZ. La invalidez que determine una pérdida de la capacidad laboral no inferior a un 75%, da derecho a una pensión, pagadera por la respectiva entidad de previsión con base en el último sueldo mensual devengado, mientras la invalidez subsista.

- a) El 50% cuando la pérdida de la capacidad laboral sea el 75%;*
- b) Del 75%, cuando la pérdida de la capacidad laboral exceda del 75% y no alcance el 95%;*
- c) El 100% cuando la pérdida de la capacidad laboral sea superior al 95%.*

Parágrafo. La pensión de invalidez excluye la indemnización (…).”.

En este mismo sentido, el Decreto 1848 de 1969, reglamentario del Decreto Ley 3135 de 1968, en sus artículos 60, 61 y 63 dispuso en relación con el reconocimiento de una prestación pensional por invalidez, lo siguiente:

“Art. 60. DERECHO A LA PENSIÓN. Todo empleado oficial que se halle en situación de invalidez, transitoria o permanente, tiene derecho a gozar de la pensión de invalidez a que se refiere este capítulo.

Art. 61. DEFINICIÓN.

1.- Para los efectos de la pensión de invalidez, se considera inválido al empleado oficial que por cualquier causa, no provocada intencionalmente, ni por culpa grave, o violación injustificada y grave de los reglamentos de previsión, ha perdido en un porcentaje no inferior al 75% su capacidad para continuar ocupándose en la labor que constituye su actividad habitual o la profesión a que se ha dedicado ordinariamente.

2.- En Consecuencia no se considera inválido al empleado que solamente pierde su capacidad de trabajo en un porcentaje inferior al 75%.”

(…)

“Art. 63. CUANTÍA DE LA PENSIÓN. El valor de la pensión de invalidez se liquidará con base en el último salario devengado por el empleado oficial y será equivalente al grado de incapacidad laboral, conforme a los porcentajes que se establecen a continuación, así:

a. Cuando la incapacidad sea superior al noventa y cinco por ciento (95%), el valor de la pensión mensual será igual al último salario devengado por el empleado oficial, o al último promedio mensual, si fuere variable.

b. Si la incapacidad excediere del setenta y cinco por ciento (75%) sin pasar del noventa y cinco por ciento (95%), la pensión mensual será equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del último salario devengado por el empleado oficial, o del último promedio mensual (…).”.

3.3. Ingreso base de liquidación pensional

El H. Consejo de Estado, en sentencia de unificación del 25 de abril de 2019⁵ precisó:

“Primero: Unificar la jurisprudencia del Consejo de Estado en el sentido de precisar lo siguiente:

De acuerdo con el parágrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, son dos los regímenes prestacionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial. La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la fecha de ingreso o vinculación al servicio

⁵ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia SUJ-014 -CE-S2 -2019. 25 de abril de 2019. Expediente: 680012333000201500569-01, N.º Interno: 0935-2017

educativo oficial de cada docente, así:

*a. En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta **son solo aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.***

b. Los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones". (Se resalta)

Si bien la referida sentencia de unificación hace alusión a la pensión de vejez o jubilación para los docentes, las razones indicadas en ellas sirven de fuente de interpretación del contenido del Decreto Ley 3135 de 1968 y los Decretos 1848 de 1969 y 1045 de 1978 para señalar que en la liquidación de la pensión de los docentes, vinculados con anterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003 solo podrán ser tenidos en cuenta aquellos factores salariales señalados en la Ley 62 de 1985⁶ sobre los cuales se realizaron los aportes a pensión.

El artículo 45 del Decreto 1045 de 1975, señala::

Artículo 45. De los factores de salario por la liquidación de cesantía y pensiones. *Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieran derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario: a) la asignación básica mensual; b) los gastos de representación y la prima técnica; c) Los dominicales y feriados; d) las horas extras; e) los auxilios de alimentación y transporte; f) la prima de navidad; g) la bonificación por servicios prestados; h) la prima de servicios; i) los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio; j) los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al decreto-ley 710 de 1978; k) la prima de vacaciones; l) el valor del trabajo suplementario y del realizado en*

⁶ ARTÍCULO 1º. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.

PARÁGRAFO ÚNICO. La Caja Nacional de Previsión Social continuará tramitando y cancelando las cesantías a los empleados y funcionarios de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público hasta el 31 de diciembre de 1985, hasta concurrencia de las transferencias presupuestales que para el efecto se le hagan.

jornada nocturna o en días de descanso obligatorio; y, II) las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas.

Por lo tanto, el criterio para definir la controversia en materia de factores salariales a incluir en el IBL, de conformidad con la *ratio decidendi* de la sentencia del 25 de abril de 2019, en la que se resaltó la obligación de aplicar el mandato del Acto Legislativo 01 de 2005, artículo 1º, inciso 6, para la liquidación pensional solo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales se hubiere efectuado las cotizaciones.

3.4. Aplicación en el tiempo de la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019

El Consejo de Estado en la referida sentencia de unificación, en cuanto a sus efectos, precisó:

*1. Como se dijo en la sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 28 de agosto de 2018, “La Corte Constitucional, en sentencia C-816 de 2011, estableció que las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura -autoridades de cierre de las correspondientes jurisdicciones- y la Corte Constitucional - como guardiana de la Constitución -, tienen **valor vinculante** por emanar de órganos diseñados para la unificación de la jurisprudencia, y en virtud de los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica previstos en los artículos 13 y 83 de la Constitución Política⁷. Por lo tanto, su contenido y la regla o norma jurídica que exponen, tienen características de permanencia, identidad y **carácter vinculante y obligatorio**”.*

2. En esta oportunidad y retomando lo indicado la Sala Plena de la Corporación, se acudirá al método de aplicación en forma retrospectiva del precedente, disponiendo para ello, que las reglas jurisprudenciales que se han fijado en este pronunciamiento se acojan de manera obligatoria en todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.

3. Como se ha dicho, los efectos que se dan a esta decisión garantizan la seguridad jurídica y dan prevalencia a los principios fundamentales de la Seguridad Social, por ello no puede invocarse el principio de igualdad, so pretexto de solicitar la no aplicación de esta sentencia.

4. No puede entenderse, en principio, que por virtud de esta sentencia de unificación las pensiones que han sido reconocidas o reliquidadas con fundamento en la tesis que sostenía la Sección Segunda del Consejo de Estado a partir de la sentencia de 4 de agosto de 2010, lo fueron

⁷ La Corte Constitucional ha reconocido la gran responsabilidad que tienen los órganos situados en el vértice de las respectivas especialidades de la rama judicial, puesto que la labor de unificación de la jurisprudencia nacional implica una forma de realización del principio de igualdad. Sentencia T-123/95 citada en la Sentencia T-321/98. En la sentencia C-179 de 2016 reafirmó dicha tesis al exponer lo siguiente: «[...] la función de unificación jurisprudencial la cumplen en sus diferentes especialidades y en su condición de órganos de cierre, según el Texto Superior, (i) la Corte Constitucional en materia de derechos fundamentales y de examen de validez constitucional de las reformas a la Carta como de las normas con fuerza de ley (CP arts. 86 y 241); (ii) el Consejo de Estado en relación con su rol de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo (CP arts. 236 y 237); y (iii) la Corte Suprema de Justicia en su calidad de tribunal de casación y máxima autoridad de la jurisdicción ordinaria (CP art. 235). [...]»

con abuso del derecho o fraude a la ley; de manera que si se llegare a interponer un recurso extraordinario de revisión contra una sentencia que haya reconocido una pensión bajo esa tesis, será el juez, en cada caso, el que defina la prosperidad o no de la causal invocada. (Se resalta)

Por lo tanto, las reglas señaladas en la Sentencia de Unificación citada son aplicables al presente asunto, en tanto se encontraba pendiente de decisión, toda vez que no existía sentencia ejecutoriada y por tanto no había operado la cosa juzgada.

3.5. Caso concreto

A la demandante le reconocieron la pensión de invalidez, en cuya liquidación se incluyó únicamente la asignación básica (Sueldo).

Según Formato Único para la Expedición de Certificado de Salarios del Fomag 2157 de 28 de 1º de junio de 2017, la demandante en el último año de servicio devengó: *Asignación Básica (Sueldo), prima de alimentación, prima de vacaciones y prima de navidad.*

Por lo tanto, el reproche de la parte actora se centra en que se hubiera omitido incluir: la prima de alimentación, prima de vacaciones y prima de navidad, factores que fueron devengados y certificados por la entidad competente durante el año inmediatamente anterior a la fecha del retiro oficial.

Los referidos factores, si bien fueron devengados en el año anterior al retiro definitivo del servicio, no se encuentra acreditado que sobre estos se hallan realizado aportes al sistema pensional.

3.6. Conclusión

Por lo tanto, de conformidad con la normativa y la jurisprudencia citada y con fundamento en los hechos debidamente acreditados, a la demandante no le asiste derecho a que su pensión de invalidez se reliquide incluyendo la prima de alimentación, prima de vacaciones y prima de navidad, como factores salariales devengados en el año anterior al retiro definitivo del servicio.

En ese sentido se confirmará en su integridad la sentencia recurrida.

4. Costas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, no se condenará en costas, pues la demanda fue interpuesta conforme a la jurisprudencia vigente del Consejo de Estado para dicha época.

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

FALLA

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia del 27 de octubre de 2020 proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por María Nohelia Cardona Posada contra la **Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**.

SEGUNDO: NO SE CONDENA en costas en esta instancia.


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

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 25 de 2021.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARON VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 078

Manizales, veintiocho (28) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Proceso No.	17-001-33-33-006-2018-00559-02
Clase	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante	Irma Lucena Escobar Martínez
Accionado	Nación - Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia mediante la cual se negaron sus pretensiones.

I. ANTECEDENTES

1. La Demanda

1.1. Pretensiones

Se solicita en síntesis, se declare la nulidad de la Resolución 10261-6 de 19 de noviembre de 2015 expedido por la Secretaría de Educación De Manizales, por medio del cual se negó el reconocimiento y pago del reajuste periódico de la mesadas pensionales conforme lo establece la Ley 71 de 1988.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho se solicita se reconozca el reajuste y pago del retroactivo de las mesadas pensionales en los términos establecidos en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988. Que se ordene reliquidar la pensión tomando como base el aumento anual en el porcentaje del ingreso el salario mínimo legal mensual del año inmediatamente anterior y que no fueron tomados al momento de realizar el reajuste anual de la pensión, cuando este reajuste sea superior al porcentaje del incremento del índice de precios del consumidor Que las sumas reconocidas deberán ser indexadas; se condene a la demandada al pago de intereses señalados en el artículo 192 del CPACA y las costas y agencias en derecho.

1.2. Sustento fáctico relevante

A la demandante le fue reconocida una pensión de jubilación a través de la Resolución 1640 de 10 de octubre de 2002. Mediante escrito radicado ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la Secretaría de Educación solicitó el reajuste periódico de la pensión conforme a los ajustes fijados por el Gobierno Nacional para el salario mínimo legal, en aplicación a la Ley 71 de 1989. La petición fue negada mediante el acto demandado.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

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

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

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

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

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

Aludió a los presupuestos normativos contenidos en el artículo 58 de la Constitución Política y pronunciamientos jurisprudenciales del Honorable Consejo de Estado y la Corte Constitucional, respecto al alcance de los derechos adquiridos y los supuestos sustanciales que la caracteriza. Indicó que se vulneró el principio de favorabilidad, al omitir el estudio de la normatividad prevista en las Leyes 71 de 1989 y 238 de 1995, al no ajustar las mesadas pensionales al ajuste del salario mínimo legal.

2. Contestación de la demanda

Ministerio de Educación - Fondo de Prestaciones de Sociales del Magisterio: se opuso a las pretensiones de la demandante por carecer del sustento factico y jurídico necesario para su prosperidad. Señaló que, los actos administrativos demandados se encuentran acogidos por la presunción de legalidad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 88 de la ley 1437 de 2011 y la parte actora no acredita siquiera sumariamente que esta haya sido expedida con infracción de las normas que deberían fundarse o sin competencia, en forma irregular o con desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien las profirió.

Afirmó que, el reajuste de las mesadas pensionales con el incremento del salario mínimo legal mensual - SMLM no es procedente como lo ha establecido el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, en múltiples disposiciones.

Con fundamento en lo anterior Propuso las excepciones de: *"legalidad de los actos administrativos atacados de nulidad"*, *"inexistencia de la obligación"*, *"prescripción"*, *"sostenibilidad financiera"* y *"genérica"*.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo negó* las pretensiones de la parte demandante, declaró probada la excepción de “*Legalidad de los actos administrativos atacados de nulidad*” e “*inexistencia de la obligación*” y la condenó en costas.

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

Con apoyo en el pronunciamiento jurisprudencial proferido por el Consejo de Estado, del 17 de agosto de 2017, y de la Corte Constitucional en sentencia C-435 del 1994, expuso que a la parte actora le es aplicable para efectos del incremento de su pensión lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, sustentando dicha aseveración en las siguientes razones: i) la Ley 238 de 1995, que adicionó el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, dispuso que la aplicación de los artículos 14 y 142 de la mencionada norma también lo era para los sectores exceptuados del régimen general de pensiones; ii) con la expedición de la Ley 100 de 1993, quedó sin efectos las disposiciones contrarias, esto es el artículo 1º de la Ley 71 de 1988; y iii) el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 no conlleva a la violación del principio de favorabilidad.

4. Recurso de apelación

La **parte actora** solicitó revocar la sentencia y acceder a sus pretensiones; en síntesis señaló que, los reajustes pensionales se encuentran regulados en la Ley 71 de 1988 en el artículo 1 del Decreto 1160 de 1989 y la Ley 100 de 1993; que sin embargo el artículo 279 de la misma excluyó a los docentes del sistema de Seguridad Social Integral de Se Seguridad Social.

Consideró que la Ley 71 de 1988 no se encuentra derogada por la Ley 238 de 1995 por cuanto derogar tácitamente una ley significa que, en ejercicio de su función legislativa, el Congreso decide al crear una nueva ley que las disposiciones contenidas en la ley anterior dejen de aplicarse, siempre y cuando no puedan conciliarse con la nueva. Que por lo tanto la Ley 71 de 1988 conserva plena vigencia y continúa produciendo efectos jurídicos en virtud del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y lo preceptuado en el Acto Legislativo 01 de 2005.

Con apoyo en los pronunciamientos jurisprudenciales, del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, precisó que, es posible estudiar el principio de favorabilidad ya que la Ley 71 del 88 y la Ley 238 de 1995 se encuentran vigentes y permite la adscripción de diversas interpretaciones razonables dentro de su contenido normativo.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia y procedencia

Conforme al artículo 153 del CPACA¹, es competente el Tribunal para resolver el recurso de apelación. Además, es procedente por cuanto: “*Son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales y de los Jueces*”, en virtud a lo dispuesto por el artículo 243 *Ibíd.*

¹ Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso Administrativo.

2. Problema jurídico

Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación se estima necesario absolver el siguiente cuestionamiento: *¿Tiene derecho la parte demandante al reconocimiento y pago del reajuste periódico de la mesadas pensionales conforme lo establece la Ley 71 de 1988, esto es, teniendo en cuenta la variación del salario mínimo legal mensual vigente?*

3. Tesis del Tribunal

La parte demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago del reajuste periódico de la mesadas pensionales conforme lo establece la Ley 71 de 1988, esto es, teniendo en cuenta la variación del salario mínimo legal mensual vigente, toda vez que, la Constitución Política facultó al Legislador para que bajo su autonomía fijara las fórmulas específicas el reajuste periódico de las pensiones; con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigencia, se entendió derogada la Ley 71 de 1989 y las pensiones reconocidas antes y después de dicha ley, se vienen reajustando anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el Dane para el año inmediatamente anterior.

Para fundamentar lo anterior se abordarán los siguientes aspectos: i) hechos probados; ii) régimen general de seguridad social; iii) ajuste de pensiones en el régimen de seguridad social para los afiliados al sector público y régimen general de pensiones; y iv) el análisis del caso concreto.

3.1. Lo probado

- Mediante Resolución 1640 de 10 de octubre de 2002, se reconoció la pensión de jubilación, por parte del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a favor del demandante. (Fl. 1-3 Archivo: 002PRUEBAS Y ANEXOS.pdf)
- El demandante el 22 de septiembre de 2015 solicitó a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestación Social del Magisterio se reajuste la pensión de jubilación, tomando como base el porcentaje del incremento del salario mínimo legal mensual vigente del año inmediatamente anterior, cuando sea superior al IPC. (Fls. 4-8 Archivo: 002PRUEBAS Y ANEXOS.pdf)
- A través de la Resolución 10261-6 de 19 de noviembre de 2015, la demandada denegó el ajuste deprecado. (Fl. 9-11 Archivo: 002PRUEBAS Y ANEXOS.pdf)

3.2. Régimen general de seguridad social

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

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

El Sistema de Seguridad Social Integral, previsto en la Ley 100 de 1993, tuvo como objeto garantizar los derechos de las personas y comunidad, en aras de mejorar la calidad de vida, y la dignidad humana, a través de las instituciones públicas y privadas prestadora de los

servicios, como un servicio esencial bajo los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación.

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

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

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

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

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

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

La citada norma fue reglamentada por el Decreto 1160 de 1989, precisó respecto al ajuste de las pensiones en el artículo 1º lo siguiente: *“Reajuste pensional. Las pensiones de jubilación, invalidez, vejez, incapacidad permanente parcial, compartidas y de sobrevivientes, de los sectores público, privado y del Instituto de Seguros Sociales, se reajustarán de oficio y en forma simultánea con el salario mínimo legal, en el mismo porcentaje en que éste sea incrementado por el Gobierno Nacional”.*

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

Luego, el artículo 1 de la Ley 71 de 1988 precisó que las pensiones referidas en el artículo 1 de la Ley 4 de 1976, la de incapacidad permanente parcial y las compartidas, serían

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.”*

³ Ley 71 de 1988 *por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras*

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

La citada norma fue reglamentada por el Decreto 1160 de 1989, que precisó respecto al ajuste de las pensiones en el artículo 1 lo siguiente: *“Reajuste pensional. Las pensiones de jubilación, invalidez, vejez, incapacidad permanente parcial, compartidas y de sobrevivientes, de los sectores público, privado y del Instituto de Seguros Sociales, se reajustarán de oficio y en forma simultánea con el salario mínimo legal, en el mismo porcentaje en que éste sea incrementado por el Gobierno Nacional”*.

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

A su turno la Ley 100 de 1993, en el artículo 289, indicó en relación con las vigencias y derogatorias lo siguiente: *“La presente Ley rige a partir de la fecha de su publicación, salvaguarda los derechos adquiridos y **deroga** todas las disposiciones que le sean contrarias, en especial el artículo 2o. de la Ley 4a. de 1966, el artículo 5o. de la Ley 33 de 1985, **el párrafo del art. 7o. de la Ley 71 de 1988**, los artículos 268, 269, 270, 271 y 272 del Código de Sustantivo del Trabajo y demás normas que los modifiquen o adicionen”*.

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

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

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

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

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

(...)

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

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

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

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

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

...

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

....

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

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

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

⁴ Corte Constitucional sentencia C- 387 de 1994; MP. Carlos Gaviria Díaz, 1 de septiembre de 1994; Exp. D-529.

Nulidad y restablecimiento del derecho

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; a su vez, que la determinación del índice de precios al consumidor para los demás pensionados para establecer el incremento pensional, se ajusta a factores circunstancias económicas y políticas.

De otro lado, la Ley 238 de 1995 dispuso la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 a los regímenes exceptuados previstos en dicha disposición; al respecto señaló:

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

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

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

Bajo el tema en cuestión referente al reajuste de las mesadas en aplicación de la Ley 100 de 1993, la Sección Segunda el Honorable Consejo de Estado⁵, en providencia del 17 de agosto

⁵ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda -Subsección A- Consejero Ponente: William Hernández Gómez - 17 de agosto de 2017 –Rad. 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14).

del 2017, en pronunciamiento dentro de la acción pública de nulidad en contra del artículo 40 del Decreto 692 de 1994; expuso **que el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 derogó el dispuesto por la Ley 71 de 1988:**

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

« [...] A partir del 1.º de enero de 1989 y hasta la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, todas las pensiones que fueron reconocidas en el país, tanto en el sector público como en el privado, se reajustaron anualmente conforme a la fórmula prevista en la Ley 71 de 1988, esto es, en el mismo porcentaje en que se incrementó por el Gobierno el salario mínimo legal mensual. Con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigencia, las pensiones reconocidas antes y después de dicha ley, se vienen reajustando en la forma prevista por su artículo 14 y teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 142 y 143 ibidem, 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 en cuento al incremento de la mesada pensional deba realizarse conforme lo contempla la Ley 71 de 1988, ajustado al salario mínimo, toda vez que con la entrada en vigencia del régimen general de pensiones, dicha norma quedó derogada por ésta última, que dispuso que los ajustes de las mesadas pensionales fueran incrementadas conforme a la variación del índice de precios al consumidor.

Referente a los motivos que alega el libelista, de aplicar artículo 1 de la Ley 71 de 1988, en armonía con el principio de favorabilidad, al ajuste de la mesada pensional, es pertinente traer a colación los pronunciamientos jurisprudenciales expuestos por la Corte Constitucional en sentencia C-435 de 2017, bajo la acción pública de constitucionalidad se demanda la nulidad parcial del artículo 14 de la Ley 100 de 1993; concerniente al reajuste de pensiones, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, así:

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

(...)

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

(...)

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

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

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

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

(...)

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

3.4. Conclusión

Conforme a los pronunciamientos jurisprudenciales citados se tiene que, la Constitución Política facultó al Legislador para que bajo su autonomía fijara las fórmulas específicas el reajuste periódico de las pensiones. Con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigencia, se entendió derogada la Ley 71 de 1989 y 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.

En ese orden de ideas, no le asiste razón a la parte accionante al indicar que el reajuste de las mesadas pensionales se debe realizar conforme al artículo 1 de la Ley 71 de 1989, esto es, conforme al salario mínimo, y no conforme a lo establecido en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

Por lo anterior, se confirmará la sentencia de primera instancia.

4. Costas en esta instancia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, en concordancia con los numerales 3 y 8 del artículo 365 del Código General del Proceso – CGP, este Tribunal se abstendrá de condenar en costas por estimar que no se causaron en el curso de esta instancia.

La presente sentencia se profiere fuera del turno ordinario de procesos a despacho para sentencia por permitirlo el artículo 18 de la Ley 446 de 1998.

Por lo discurrido, la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia dictada el 26 de octubre de 2020 por Juzgado Sexto Administrativo de Manizales, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por Irma Lucena Escobar Martínez contra la Nación- Ministerio de Educación- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

SEGUNDO: ABSTIÉNESE de condenar en costas en esta instancia, por lo brevemente expuesto.


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

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 25 de 2021.


NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARON VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE (E): DOHOR EDWIN VARON VIVAS
Sentencia No. 080

Manizales, veintiocho (28) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

Radicación:	17 001 23 00 000 2019 00548 00 y 17 001 23 00 000 2019 0551 00
Clase:	Nulidad electoral
Demandantes:	Daniel Alejandro Agudelo Spaggiari e Igmarr Rafael Torregroza Gutiérrez
Demandado:	Julián Andrés Pineda López

El Tribunal Administrativo de Caldas procede a dictar sentencia de primer grado dentro de los procesos acumulados de **nulidad electoral** promovidos por los señores Daniel Alejandro Agudelo Spaggiari, e Igmarr Rafael Torregroza Gutiérrez, contra el acto de elección del señor **Julián Andrés Pineda López**, como concejal del Municipio de Manizales (Caldas), para el periodo 2020-2023.

I. Antecedentes

1. Demandas

1.1. Las pretensiones

Expediente: 2019 – 00548

“Que se declare la nulidad de la elección del señor Julián Andrés Pineda López, con c.c. número 75.083.281 como Concejal del Municipio de Manizales período 2020 – 2023 por el partido liberal colombiano, contenida en el acto administrativo: Acta parcial de escrutinio general, Concejo de Manizales, formulario E-26 CON, proferido el día 09 de noviembre del año 2019 a las 10.57 a.m. por la comisión de escrutinio general del departamento de Caldas, constante de 13 folios, por medio del cual se realizó el escrutinio general de la Corporación Concejo de Manizales, declarando en su folio 13, electos los 19 concejales del Municipio de Manizales – Caldas para el periodo 2020 – 2023, entre ellos el señor Julián Andrés Pineda López, identificado con la cédula de 75.083.281 (esto es, que se declare la nulidad de dicho acto administrativo, exclusivamente en lo que hace relación a la declaratoria de elección como concejal de Manizales para el periodo 2020 – 2023 del señor Julián Andrés Pineda López); en razón de haber violado éste el régimen de inhabilidades por haber incurrido en la

conducta definida en el numeral 3 del artículo 43 de la ley 136 de 1993, modificado por el artículo 40 de la ley 617 del año 2000.

Que como consecuencia se disponga la cancelación de la credencial de Concejal del señor Julián Andrés Pineda López.”

Expediente: 2019 0551

“1. Que se declare la nulidad del acto de elección por voto popular del señor Julián Andrés Pineda López, de fecha 8 de noviembre de 2019, expuesto en el formulario E-27 fecha 8 de noviembre de 2019, expuesto en el formulario E-27 (que es la respectiva credencial de Concejal de Manizales) y el acta parcial del escrutinio general del Concejo de Manizales formulario E -26 CON, quien fue elegido como Concejal de Manizales para el periodo constitucional 2020 – 2023 inscrito en nombre del Partido Liberal con el No. 2 en la lista preferente, por violación al régimen de inhabilidades consagrado en el artículo 40 ley 617 de 2000 y otras disposiciones legales, como el numeral 5 del artículo 275 del CPACA, en la presente demandad de nulidad electoral.

2. Que como consecuencia de lo anterior, el Cargo de Concejal electo partido Liberal, debe ser ocupado por el Señor Danilo Eduardo Fernández Becerra, quien se identifica con la c.c. 75.088.505, para el periodo constitucional 2020 – 2023, según la lista que indica la votación de 3.016 votos (anexo folio 14 y 15 formulario E -26 CON acta parcial de escrutinio general – Declaratorio de elección).

3. Se solicita al Honorable Tribunal Administrativo de Caldas ordenar traslado a la Procuraduría General de la Nación, si se encuentran méritos para su respectivo trámite.

1.2. Hechos

Los hechos comunes de ambas demandas se resumen en lo siguiente:

El elegido Concejal Julián Andrés Pineda López suscribió el 24 de abril de 2019 con la Industria Licorera de Caldas, los contratos 270 y 271, con vigencia hasta el 31 de diciembre de 2019. El contrato 271 – 2019, correspondía a vinculación publicitaria para el establecimiento de comercio “*Barroco Cocktails*”, sitio de propiedad del demandado, y donde participan otros establecimientos de comercio como “*Bendito Seas y Dollar Club*”, cuyo valor fue por \$15.000.000; el contrato 270-2019, también correspondía al patrocinio publicitario, por un valor de \$25.000.000.

Por ello, afirman los nulidiscuentes, el señor Pineda López se encuentra incurso en inhabilidad de conformidad con el artículo 275 numeral 5 del CPACA.

Se precisa que en el proceso 2019–00551, la inhabilidad que se predica del demandado, se materializa por cuanto el señor Julián Andrés Pineda López intervino en la gestión de negocios desde el momento que presenta la propuesta y concluye con la celebración de los contratos señalados, los cuales tenían como lugar de ejecución la ciudad de Manizales.

2. Contestación de las demandas

2.1. Expediente: 2019 – 00548 (fls. 96 a 119 C. 1)

Julián Andrés Pineda López en síntesis señaló que, los contratos que dicen haberse firmado con la Industria Licorera de Caldas (ILC), realmente no se encuentran suscritos por el demandado, por lo que debe ser probado por la parte demandante.

Que es cierto que la ILC es una Empresa Industrial y Comercial del Estado, con una participación en su capital 100% del departamento de Caldas; así como que el objeto del contrato 270–2019 es la vinculación publicitaria de las marcas de la ILC al restaurante y bar *Solario Backyard*; y que el objeto del contrato 271–2019 es igualmente, la vinculación publicitaria en los sitios de consumo *Bendito Seas y Dollar Club*.

Que no es cierto que hubiera recibido los \$25'000.000 y \$15'000.000 como contraprestación por los contratos suscritos, puesto que éstos no tuvieron ejecución. Negó que los contratos mencionados se encontraran en plena ejecución hasta el 31 de diciembre de 2019, puesto reitera estos no se ejecutaron, y de mutuo acuerdo se terminaron el 7 de mayo de 2019, sin generar pago ni erogación alguna por tal concepto; liberando además el 100% de la reserva presupuestal, volviendo las cosas a su estado anterior al contrato.

Por lo expuesto, afirma que no es cierto que en virtud del numeral 3 del artículo 43 de la ley 136 de 1994, modificada por el artículo 40 de la ley 617 del año 2000, se encontraba inhabilitado para ser elegido concejal en el municipio de Manizales, habida consideración que las exigencias legales y jurisprudenciales para que opere la inhabilidad no se reúnen en el presente caso.

2.2. Expediente: 2019 00551 (fls. 439 a 463 C. 1)

El demandado señaló que, la Registraduría Especial de Manizales no es la autoridad que lo declaró electo como concejal de Manizales, al paso que, afirma, no existió inhabilidad para su inscripción como candidato al Concejo, siendo inscrito por el partido Liberal Colombiano.

Que si bien es cierto, el contrato 271–2019 en su cláusula 4, define como lugar de ejecución la ciudad de Manizales hasta el 31 de diciembre de 2019, en la estipulación 10 de dicho contrato, se estableció que una vez se apruebe la garantía y a partir de la expedición del registro presupuestal, la ejecución, la cual implica, acciones materiales, sin que el tiempo transcurrido entre la suscripción y la ejecución, dé por sentada ésta, pues la legalización del contrato es una condición sin la cual no puede ejecutarse.

Que ni la expedición del registro presupuestal, ni la expedición de garantía prueban la ejecución del contrato, y que en el acta de terminación suscrita el 7 de abril de 2019, se demuestra que el contrato no tuvo ejecución ni se encuentra vigente; así como que no se realizó erogación presupuestal alguna, liberando los \$15'000.000 que se había dispuesto para ese contrato. Predica las mismas situaciones respecto del contrato 270–2019, en el cual se reintegró la suma de \$15'000.000 (*Sic*).

Finalmente propuso las excepciones de mérito denominadas: *“Los contratos 2170-2019 y 271–2019 fueron revocados, extinguidos, invalidados y descelebrados (sic) antes de su ejecución, por medio de disenso mutuo expreso, y por tanto carecen de fundamento la*

inhabilidad que por ellos se endilga al demandado”; “Total y absoluta inejecución de los contratos...”; “Inexistencia de todo y cualquier beneficio económico, y de todo beneficio patrimonial o extrapatrimonial para sí o para un tercero, derivado de los contratos 270–2019 y 271–2019”; “Inexistencia de toda y cualquiera ejecución contractual de los contratos...en la jurisdicción del municipio de Manizales”, “Inexistencia de contrato público como generador de la inhabilidad invocada”, y “La conducta en examen en este proceso concreto no vulnera la teleología y finalidad de la norma art. 43 numeral 3 de la ley 136 de 2994”.

La Registraduría Nacional del Estado Civil (fls 161 a 164 y 356 a 359 C. 1) solicitó su desvinculación en los asuntos, aceptó como ciertos los hechos de la demanda referentes a que de conformidad con el formulario E - 26 que declaró la elección de Concejo Municipal de Manizales por la Comisión Escrutadora Departamental de Caldas; el formulario de inscripción E -6 expedido por la Registraduría Especial de Manizales; frente a los demás dijo que se atiene a lo que resulte probado dentro del proceso.

En los fundamentos de derecho hace una detallada exposición de lo que son las inscripciones por parte de los funcionarios electorales competentes, la aceptación de la inscripción, los requisitos señalados en el formulario E-6, la inadmisión de la inscripción, consistente en la no presentación del aval, el aval expedido o firmado por persona no autorizada y que la lista no cumpla con la cuota de género.

3. De la medida cautelar decretada (fls 288 a 295 C. 1)

Dentro del proceso con radicado 2019-0051, previamente a la acumulación, mediante auto número 616 proferido el 18 de diciembre de 2019, se decretó *“la suspensión provisional de los efectos jurídicos de los Formularios E – 26 CON en lo que se refiere a la elección del señor Julián Andrés Pineda López como concejal del Municipio de Manizales, sin perjuicio de que en la sentencia respectiva se decida en la forma definitiva la legalidad del acto electoral demandado”.*

Dicha decisión fue apelada y el Consejo de Estado, en su Sección Quinta, con ponencia del Magistrado Luis Alberto Álvarez Parra, con auto de 27 de febrero de 2020, decidió confirmar la decisión, al encontrar satisfechos en esa oportunidad, los elementos para la configuración de la causal de inhabilidad contemplada en el artículo 40, numeral 3, de la ley 617 de 2000.

4. Alegatos de conclusión

4.1. Demandante Igmarr Rafael Torregroza Gutiérrez (Documento 46 de la Biblioteca Documental)

En síntesis se refirió a citas jurisprudenciales, afirmó que se encuentra probado que el demandado no recibió contraprestación alguna derivada de la suscripción de los contratos 270 y 271 de 2019, pues éstos no tuvieron ejecución, obrando acta de terminación de los contratos previa su ejecución, sin que exista causal de nulidad aplicable al demandado. Que en atención al principio de lealtad procesal, el respeto a las instituciones jurídicas y a la voluntad popular, así como por la coyuntura que atraviesa Manizales, solicita contrariamente a su pretensión original, no declarar la nulidad de la elección y que se allana a las excepciones de mérito propuestas.

4.2. Demandante Daniel Alejandro Agudelo Spaggiari (Documento 48 la Biblioteca Documental)

Señaló en síntesis que, presentó la demanda en defensa del interés general y por el respeto al orden democrático, con el fin de evitar que, utilizándose recursos públicos, tomara ventaja el demandado ante sus competidores en la contienda política por una curul al Concejo de Manizales.

Que al revisar las pruebas, evidencia que el demandado no recibió dinero, ni beneficios provenientes de la ILC, con los cuales pudiera tomar ventaja de sus competidores en el debate político, así como que no existió erogación pública en favor del demandado ni de terceros; además que, al desistirse del contrato y firmar las actas de terminación sin ejecución, los mismos dejaron de existir, sin producir un o resultado jurídico.

Estimó que, por lealtad profesional, lealtad democrática y lealtad procesal, reconoce que estudiada la jurisprudencia presentada por las partes e intervinientes, la misma resulta aplicable a este asunto, en tanto que el demandado logró probar su tesis y sus excepciones; y como resultado de ello, contrario también a lo que pretendió con la demanda, impetra que se desatienda las pretensiones de las demandas.

4.3. Coadyuvante Dorian David Rojano Hugueth (Documento 50 de la Biblioteca Documental)

Señaló que, está conforme con el escrito de alegaciones presentado por el demandante, prohiendo que la causal de inhabilidad no resulta aplicable al demandado por razón de la suscripción de los contratos 270–2019 y 271–2019, y que tal como lo sostiene el propio accionante, con fundamento en la resciliación de los contratos citados, queda sin fundamento la nulidad invocada en las demandas.

4.4. Demandado (Documento 44 de la Biblioteca Documental)

Afirmó que, la causal de nulidad invocada es de naturaleza subjetiva y haciendo una relación de las pruebas que reposan en el cartulario, reitera que los contratos multicitados no se ejecutaron, pues por mutuo acuerdo con la ILC fueron “resciliados” antes de cualquier ejecución, volviendo las cosas al estado anterior de su celebración, sin que haya habido erogación de suma de dinero alguna en favor del contratista.

Que el fundamento de la inhabilidad endilgada carece de sustento, lo que obliga a negar las pretensiones de los demandantes, por la terminación del contrato sin haberse ejecutado y sin obtener con ello ningún beneficio económico, patrimonial o extra patrimonial, para sí o para un tercero, derivado de la suscripción de los contratos 270 y 271 de 2019.

Aludió adicionalmente, a apartes jurisprudenciales relacionados la suscripción y ejecución de contratos, solicitando que se tengan en cuenta tales precedentes para la resolución del caso en particular.

4.5. Sebastián Javier Bonilla - Interviniente (Documento 52 de la Biblioteca Documental)

Señaló que quedó probado que los contratos que se celebraron dejaron de existir, y al no haber tenido ejecución alguna, ni haber tenido erogaciones, no puede decirse que los contratos tuvieron ejecución alguna; que ni el demandado, ni un tercero obtuvieron ventaja alguna para su campaña electoral o su elección, y al existir pronunciamientos del Consejo de Estado en casos que se afirma ser idénticos, insiste en que no se configura la inhabilidad en el demandado, por lo que solicita se niegue la declaratoria de nulidad del acto enjuiciado.

5. Concepto Ministerio Público (Documento 39 de la Biblioteca Documental)

Realizó una exposición de la naturaleza del medio de control de nulidad electoral y la causal de nulidad invocada y con respecto al análisis jurídico y probatorio del *sub-lite*, refirió que, se encuentra acreditada la declaratoria de elección del demandado como Concejal de Manizales, por el Partido Liberal Colombiano, para el período constitucional 2020 – 2023; así como que, entre la ILC y el demandado se suscribió el contrato 270-2019 de 24 de abril de 2019, por valor de \$25'000.000, cuyo objeto consistió en *“vinculación publicitaria de las marcas de la ILC en el restaurante y bar Solario Back Yard”*, con plazo de ejecución desde la legalización del contrato hasta el 31 de diciembre de 2019; y el contrato 271-2019 de 24 de abril de 2019, por valor de \$15'000.000, con el objeto de *“vinculación publicitaria en los sitios de consumo Bendito Seas y Dólar Club”*, con plazos de ejecución desde la legalización del contrato, hasta el 31 de diciembre de 2019.

Que de acuerdo al material probatorio que reposa en el cartulario, y de conformidad con las normas y criterios jurisprudenciales aplicables, se demostró la causal de nulidad electoral invocada por la parte actora, la cual se estructura por reunirse los requisitos de celebrar contrato con una entidad pública de cualquier nivel, haberlo celebrado durante el año anterior a la elección como Concejal, existir interés propio o de terceros, y que el contrato debiera ejecutarse en el mismo municipio, motivos por los cuales se encuentran demostrados los presupuestos fácticos en que se soportan los cargos de nulidad sustancial formulados en relación con el acto electoral enjuiciado, considerando que se debe acceder a las pretensiones (iniciales, anota la Sala) del demandante, declarando la nulidad de la elección del demandado.

II. Consideraciones

1. Problema jurídico

De conformidad con la demanda y su contestación se centran en establecer: *¿Se encuentran demostrados los supuestos necesarios para la configuración de la causal de nulidad contenida en el numeral 3 del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 40 de la ley 617 de 2000?*

Para dar respuesta al problema planteado, se hará referencia a: i) el marco normativo y jurisprudencial sobre la causal de nulidad invocada; ii) los hechos relevantes acreditados;

2. Marco normativo y jurisprudencial

El artículo 40 de la Ley 617 de 2000, respecto de las inhabilidades de los concejales, dispuso en lo pertinente:

“El artículo 43 de la Ley 136 de 1994 quedará así:

No podrá ser inscrito como candidato ni elegido concejal municipal o distrital:

(...)

3. Quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel municipal o distrital o en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio o distrito...” (Resalta el Tribunal).

De acuerdo con la norma en mención, que es la que se cita como vulnerada en las demandas presentadas, los elementos que la identifican para lo que es el caso concreto y que haría incurrir en inhabilidad para ser Concejal, son los siguientes:

- i) Que sea candidato a un Concejo municipal o distrital;*
- ii) Que el candidato haya celebrado, dentro del año anterior a la elección, contrato(s) público(s) en favor o beneficio propio o de terceros;*
- ii) Que los contratos se deban ejecutar o cumplir en el respectivo municipio o distrito.*

La Sección Quinta del Consejo de Estado al desatar el recurso de apelación presentado contra el decreto de la medida de suspensión provisional deprecada en el expediente 2019-00551, acumulado en este trámite, razonó para confirmar la providencia, en lo que es del caso, aludiendo al precedente judicial¹:

“Ahora bien, de la lectura de la norma anteriormente transcrita se pueden extraer los elementos que integran dicha inhabilidad², de forma tal que se puede afirmar que esta está conformada por:

- i) Un elemento temporal limitado al año anterior a la fecha de la elección, es decir, se toma como punto de referencia el día de la elección y se cuenta un año hacia atrás.*
- ii) Un elemento material u objetivo consistente en intervenir en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel, siempre y cuando el contrato se ejecute o cumpla en el municipio o distrito para el cual resultó electo (elemento territorial).*

De acuerdo con la jurisprudencia la conducta que materializa la inhabilidad objeto de estudio, es la de intervenir en la celebración de contratos, razón por la que se ha entendido que aquella se configura con la celebración efectiva (Sentencia de 9 de julio de 2009, rad. 11001103280002000600115-00 –acumulado- N° interno 4056, MP Susana

¹ Sentencia de 30 de mayo de 2019, Magistrado Ponente Dr. Alberto Yepes Barreiro, expo. 13001-23-33-000-2108-00417-01

² Se hace referencia a las sentencias de la misma Sección V de 18 de julio de 2013, rad. 47001-23-31-000-2012-00010-01, M.P. Dra Lucy Jeannette Bermúdez; auto de 13 de abril de 2016 rad, 25000-23-24-000-2015-02753-01, MP Alberto Yepes; auto de 2 de agosto de 2018, rad. 13001-23-33-000-2018-00394-01, MP. Albero Yépez B.

Buitrago Valencia...) del respectivo contrato estatal (“Es decir, en el que al menos una de las partes sea estatal”, dice también el Consejo de Estado) dentro del lapso contemplado por la norma, independiente del momento de su ejecución o liquidación (sic). Cosa distinta es que, según los parámetros actuales, tratándose de la ejecución se requiera, además, un elemento territorial.

En efecto, no basta con corroborar que se celebró un contrato, sino que además es menester que se compruebe que la ejecución o cumplimiento del mismo se realizó en la respectiva circunscripción electoral en la cual el candidato resultó elegido, pues “lo importante para esta inhabilidad es que el lugar de ejecución del contrato sea el mismo del de la elección, no interesa si se celebró en otro sitio” (Osorio Calderón, ob. Cit. Pág. 159) /Negrillas y letra resaltada también de este Tribunal/.

iii) Un elemento subjetivo relacionado con el interés propio o de terceros. Ahora bien, conforme a la jurisprudencia, no es suficiente con que se pruebe el elemento temporal, material y territorial de la inhabilidad, sino que además es necesario que se acredite que la intervención en el contrato estatal aportó beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales así mismo, es decir, al candidato, o a terceros (Sentencia de 3 de agosto de 2015, rad. 110011032800020140005115-00, MP. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez) (Se resalta).

Y concluye el alto Tribunal:

*“7.25. En este orden, se reitera que para que se configure esta causal de inhabilidad, en la hipótesis bajo estudio, es necesaria la concurrencia de todos y cada uno de los elementos definitorios (temporal, territorial, objetivo y subjetivo), al margen de las condiciones de tiempo y modo para la ejecución o liquidación (sic) del contrato que se analice, en cuanto que “de acuerdo con la jurisprudencia la conducta que materializa la inhabilidad objeto de estudio, es la de intervenir en la celebración de contratos, razón por la que se ha entendido que aquella se configura con la **celebración** efectiva (...) del respectivo contrato estatal (...) dentro del lapso contemplado por la norma, independiente del momento de su ejecución y liquidación”³.*

Las normas en cita, y el pronunciamiento jurisprudencial, definen la finalidad del medio de control de nulidad electoral, cimiento conceptual a partir del cual se procede a continuación a estudiar la causal de nulidad invocada por los demandantes.

3. Hechos relevantes acreditados

- Se encuentra probado que, el señor Julián Andrés Pineda López fue elegido como Concejal del Municipio de Manizales – Caldas por el partido Liberal Colombiano, en el curso de las elecciones llevadas a cabo el 27 de octubre de 2019 en dicho municipio, tal como consta en el formulario E -26 CON de declaratoria de elección (Fl. 15, 18 Archivo: 17Cuaderno1Rad20190055100).

-El partido Liberal Colombiano obtuvo cinco curules; el señor Julián Andrés Pineda López, obtuvo el derecho a la tercera curul otorgada a ese partido, por haber obtenido

³ Sentencias de 12 de diciembre de 2019, radicación 05001-23-33-000-2019-02852-01, MP. Rocío Araújo Oñate; 11 de abril de 2019, rad. 11001-03-28-0002018-00080-00 –Acumulado 11001-03-28-000-2018-000127-00 y 11001-03-28-000-2018-000130-00 MP. Alberto Yépez Barreiro

3.429 votos (tercera votación más alta del citado partido) tal como se advierte en el consolidado de votos de cada candidato por partidos plasmado en el Acta Parcial de Escrutinio E- 26 CON. (Fl. 16 Archivo: 17Cuaderno1Rad20190055100).

DECLARATORIA DE ELECCION

En consecuencia se declaran electos como CONCEJALES del departamento de CALDAS, municipio de MANIZALES para el periodo 2020-2023 a los siguientes candidatos:

PARTIDO Y/O MOVIMIENTO POLÍTICO	CANDIDATO	CÉDULA
0001-PARTIDO LIBERAL COLOMBIANO	MARIN GARCIA HERNANDO	9971881
0001-PARTIDO LIBERAL COLOMBIANO	DELGADO LONDOÑO HECTOR FABIO	75977879
0001-PARTIDO LIBERAL COLOMBIANO	PINEDA LOPEZ JULIAN ANDRES	75083281
0001-PARTIDO LIBERAL COLOMBIANO	CORTES CARRILLO VICTOR HUGO	10285916
0001-PARTIDO LIBERAL COLOMBIANO	DIAZ ZAPATA CESAR AUGUSTO	75085671
0002-PARTIDO CONSERVADOR COLOMBIANO	TABARES PRIETO DIEGO ALEJANDRO	105381489
0002-PARTIDO CONSERVADOR COLOMBIANO	VALENCIA GONZALEZ LUIS GONZALO	10253888
0002-PARTIDO CONSERVADOR COLOMBIANO	GALEANO HERNANDEZ JORGE ELIECER	18616089
0003-PARTIDO CAMBIO RADICAL	QUICENO GALLEGO ORLANDO	10283572
0004-PARTIDO ALIANZA VERDE	YEPES CARDONA JOHN HEMAYR	105376982
0004-PARTIDO ALIANZA VERDE	GARCIA CORTES JULIAN ANDRES	1053783513
0004-PARTIDO ALIANZA VERDE	ARANGO MEJIA ADRIANA	30302551
0006-PARTIDO ALIANZA SOCIAL INDEPENDIENTE ASI	PEREZ HOLGUIN CHRISTIAN DAVID	1053768181
0006-PARTIDO SOCIAL DE UNIDAD NACIONAL PARTIDO DE LA U	MARIN LOPEZ JUAN MANUEL	1053785772
0006-PARTIDO SOCIAL DE UNIDAD NACIONAL PARTIDO DE LA U	GUTIERREZ ANGEL HENRY	10236826
0006-PARTIDO SOCIAL DE UNIDAD NACIONAL PARTIDO DE LA U	BERMUDEZ MARTINEZ JHONNYER FERNANDO	1053798779
0015-PARTIDO COLOMBIA RENACIENTE	SIERRA QUIROZ MARTIN	10273289
5104-COALICIÓN PARTIDO CENTRO DEMOCRÁTICO - PARTIDO MIRA	SIERRA SERNA ANDRES	1053772779
5104-COALICIÓN PARTIDO CENTRO DEMOCRÁTICO - PARTIDO MIRA	OSORIO TORO JULIAN ANDRES	76096217

- El señor Danilo Eduardo Fernández Becerra, candidato número 8 del partido Liberal Colombiano obtuvo 3.016 votos, siendo la sexta votación más alta de ese partido. (Fl. 15 Archivo: 17Cuaderno1Rad20190055100).

0001 PARTIDO LIBERAL COLOMBIANO

CÓDIGO	NOMBRE	VOTOS	VOTOS EN LETRAS
000	PARTIDO LIBERAL COLOMBIANO	1.883	MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y TRES
001	VICTOR HUGO CORTES CARRILLO	3.345	TRES MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y CINCO
002	JULIAN ANDRES PINEDA LOPEZ	3.429	TRES MIL CUATROCIENTOS VEINTINUEVE
003	CEGAR AUGUSTO DIAZ ZAPATA	3.327	TRES MIL TRESCIENTOS VEINTISIETE
004	CARLOS ARTURO HENAO GALINDO	832	OCHOCIENTOS TREINTA Y DOS
005	YHON EDUARD OROZCO CIRO	2.807	DOS MIL OCHOCIENTOS SIETE
006	GINA ALEJANDRA GAVIRIA BERMUDEZ	180	CIENTO NOVENTA
007	JOSE MAURICIO BOTERO NARANJO	1.040	MIL CUARENTA
008	DANILO EDUARDO FERNANDEZ BECERRA	3.016	TRES MIL DIECISEIS
009	MYRIAM PARRA GIRALDO	350	TRESCIENTOS CINCUENTA
010	MATIAS BURGOS RIOS	1.048	MIL CUARENTA Y OCHO
011	HERNANDO MARIN GARCIA	4.792	CUATRO MIL SETECIENTOS NOVENTA Y DOS
012	SANDRA MARCELA CARDONA RODRIGUEZ	451	CUATROCIENTOS CINCUENTA Y UNO
013	EDUARDO JESUS SANCHEZ GIRALDO	291	DOSCIENTOS NOVENTA Y UNO
014	PAULA ANDREA PEREZ LOPEZ	383	TRESCIENTOS OCHENTA Y TRES
015	INGMAR RAFAEL TORREGROZA GUTIERREZ	2.533	DOS MIL QUINIENTOS TREINTA Y TRES
016	SANDRA LILIANA POSADA BEDOYA	209	DOSCIENTOS NUEVE
017	CAROLINA MUÑOZ PEREZ	198	CIENTO NOVENTA Y OCHO
018	ALEXANDER ALARCON ALZATE	369	TRESCIENTOS SESENTA Y NUEVE
019	HECTOR FABIO DELGADO LONDOÑO	3.821	TRES MIL OCHOCIENTOS VEINTIUNO
TOTAL VOTOS PARTIDO LIBERAL COLOMBIANO		34.314	TREINTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS CATORCE

- El contrato 270 – 2019 con fecha de suscripción de 24 de abril de 2019, tiene las siguientes características (Fl. 9 a 15 C. 1):

- Fue firmado por el señor Julián Andrés Pineda López, y el contratante es la Industria Licorera de Caldas.
- El objeto del contrato es: “Vinculación de las marcas de la ILC en el restaurante y bar Solario Back Yard”

- Como aspecto técnico dice que es el patrocinio publicitario en el restaurante antes citado.
- Tiene el número del certificado de disponibilidad presupuestal asignado, con fecha de 24 de abril de 2019.
- El valor del contrato es \$25.000.000
- La duración se precisa hasta el 31 de diciembre de 2019.
- El lugar de ejecución es el municipio de Manizales.
- El término para la legalización del contrato es hasta el 30 de abril de 2019.

- El **contrato número 271 – 2019**, con fecha de suscripción de 24 de abril de 2019, tiene las siguientes características (Fl. 16 a 22 C. 1):

- Fue firmado igualmente por el señor Julián Andrés Pineda López, y el contratante es la Industria Licorera de Caldas.
- El objeto del contrato es: *“Vinculación publicitaria en los sitios de consumo Bendito Seas y Dólar Club con el fin de posicionar marca y rotar inventario”*.
- Como aspecto técnico dice que es el patrocinio publicitario mediante actividades BTL, ampliaciones y comunicaciones de marca en Bendito Seas y Doral Club con el fin de posicionar marca y rotar inventario.
- Tiene el número del certificado de disponibilidad presupuestal asignado, con fecha de 24 de abril de 2019.
- El valor del contrato es \$15.000.000
- La duración se precisa hasta el 31 de diciembre de 2019.
- El lugar de ejecución es el municipio de Manizales.
- El término para la legalización del contrato es hasta el 30 de abril de 2019.

- Se suscribió un acta de terminación por mutuo acuerdo, entre el señor Julián Andrés Pineda López y la ILC, mediante la oficina de asuntos Corporativos, en la cual se da por terminado el contrato 270 – 2019, ello a razón de solicitud del citado señor el 6 de mayo de 2019. (folios 122 y 124 C. 1)

En el acta se lee lo siguiente: *“Dado que el contrato a la fecha de suscripción de esta acta, no se ha ejecutado y por ende no ha habido erogación del gasto para la ILC, se considera pertinente darlo por terminado”*; y cita el registro presupuestal correspondiente.

- Igualmente se suscribió el acta de terminación por mutuo acuerdo entre el señor Julián Andrés Pineda López y la ILC, mediante la oficina de asuntos Corporativos, en la cual se da por terminado el contrato 271 – 2019, citando la solicitud de terminación por parte del citado señor, el 6 de mayo de 2019. (folios 123 y 125 C. 1)

En el acta se dice expresamente: *“Dado que el contrato a la fecha de suscripción de esta acta, no se ha ejecutado y por ende no ha habido erogación del gasto para la ILC, se considera pertinente darlo por terminado”*; y cita el registro presupuestal correspondiente.

- Entre folios 86 y 87 del cuaderno principal dentro del proceso 2019 00551, obran copias de dos pólizas de cumplimiento entidad estatal, con fecha de expedición de 30 de abril de 2019, tomadas por el señor Julián Andrés López, y cuyo beneficiario es la ILC, cuyo objeto del seguro es el cumplimiento de las obligaciones derivadas del cumplimiento del contrato 271 – 2019 y 270 – 2019.

- A folio 89 se evidencia la copia del Registro Presupuestal de fecha 3 de mayo de 2019, con un valor de \$15.000.000 para el contrato 271 – 2019.
- A folio 96 reposa el certificado de matrícula mercantil del establecimiento de comercio “Fuente de soda Barroco Cocktails”, donde aparece como propietario el señor Julián Andrés Pineda López.

4. Caso concreto

Conforme con lo anterior, se procederá a verificar si se reúnen o no los elementos que configuran la inhabilidad por suscripción de contratos dentro del año anterior a la elección del señor Julián Andrés Pineda López como concejal del municipio de Manizales:

4.1. Elemento temporal: Un año a anterior a la fecha de la elección.

La elección del señor Julián Andrés Pineda López se llevó a cabo en las elecciones realizadas el 27 de octubre de 2019, y los contratos 270 y 271 de 2019 se suscribieron el 24 de abril de 2019, cumpliéndose de esta manera con el primer elemento necesario para la configuración de la causal.

4.2. Elemento material u objetivo: Suscripción del contrato con entidad pública y que su ejecución sea en el lugar en que resultó electo.

Los contratos que se discuten en este asunto, fueron suscritos con la Industria Licorera de Caldas, correspondiendo ésta a una empresa industrial y comercial del Estado del departamento de Caldas creada mediante la ordenanza 13 de 10 de junio de 1943, lo cual consta en su página web, específicamente <https://ilc.com.co/47/seccion>, y siendo ésta una “*empresa industrial y comercial del listado, del sector descentralizado que desarrolla actividades de naturaleza industrial y comercial, así como de gestión económica conforme al derecho privado, del orden departamental, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y capital independiente, vinculada a la Secretaría de Hacienda del Departamento de Caldas. Para todos los efectos legales, la Empresa podrá utilizar la sigla ILC.*”, tal como se define expresamente en su artículo 1° de la Ordenanza 742 de 2014⁴.

Por otra parte, ambos contratos 270 y 271 de 2019, contemplan expresamente que el lugar de su ejecución es Manizales, ciudad en la cual fue elegido concejal el señor Julián Andrés Pineda López.

Ahora bien, en este punto de la discusión, es necesario tener presente que, existe dentro del proceso dos actas de terminación de dichos contratos, suscritas ambas el 7 de mayo de 2019, en las cuales se dan por terminados los contratos citados por mutuo acuerdo, y se precisa expresamente que, al 7 de mayo de 2019 los contratos 270 y 271 de 2019 no se habían ejecutado, por lo que no había erogación del gasto para la ILC.

A partir de la anterior circunstancia el demandado señaló que, debido a la resciliación de los contratos no surtieron efectos, sin obtener con ello ningún beneficio económico, patrimonial o extra patrimonial, para sí o para un tercero, por lo que no puede

⁴https://caldas.gov.co/media/pdf/Gacetas%20Departamentales/ORDENANZA_742_DE_AGOSTO_21_DE_2014.pdf

considerarse que con ocasión de los mismos se vulneraron los principios que el régimen de inhabilidades pretende garantizar.

Al respecto, como se explicó líneas atrás respecto al contenido del numeral 3 del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 40 de la ley 617 de 2000, es que la causal de inelegibilidad por la celebración de contratos en el periodo inhabilitante, se configura con ocasión del perfeccionamiento de éstos, es decir, como resultado del acuerdo de voluntades (respetando las formalidades que exige la ley) entre la entidad estatal y el ciudadano que con posterioridad resultó elegido, y no por el hecho de que el pacto se ejecutó.

Por lo tanto, no constituye uno de los elementos de la causal de inhabilidad, que los contratos en cuestión hayan surtido los efectos esperados, sino simplemente (en cuanto el elemento objetivo) que se haya suscrito entre quien a la postre resultó designado en un cargo de elección popular y una entidad estatal, de manera tal que no son de recibo las consideraciones que desarrolla el demandado, so pena de desconocer las situaciones que por disposición de la Constitución y la ley, constituyen condiciones para el acceso a los cargos públicos y el ejercicio de derechos políticos.

Además, la rescisión de los contratos no tiene la virtualidad de devolver las cosas al estado anterior a su perfeccionamiento; de manera tal que el hecho que el demandado y la ILC hayan desistido de común acuerdo de las obligaciones adquiridas, en forma alguna significa que los contratos sean inexistentes, ni siquiera porque el mutuo disenso haya tenido lugar al poco tiempo del perfeccionamiento de aquél y/o sin que se hubiere ejecutado. Todo lo contrario, la rescisión parte de reconocer que el contrato nació a la vida jurídica con todo lo que ello conlleva, lo que en un momento dado justifica que las partes acudan a dicha alternativa para terminar su relación contractual.

Al respecto, el Consejo de Estado, en sentencia del 18 de febrero de 2021⁵, precisó:

101. Efectivamente, cuando las partes de común acuerdo estiman que deben terminar el vínculo contractual, están reconociendo que en virtud del contrato se generaron derechos y obligaciones, susceptibles de ejercerse y exigirse en el marco del acuerdo de voluntades, lo que da cuenta que el pacto correspondiente tiene como efecto principal la creación de una relación jurídica, que precisamente es el que se pretende terminar por vía del mutuo disenso.

102. Se hace énfasis en este aspecto, porque el demandado desconociendo que el pacto que suscribió tuvo como efecto la creación de un vínculo jurídico, afirmó que como lo convenido no alcanzó a ejecutarse, el contrato no produjo efectos, como si el éste no fuera por excelencia una de las principales fuentes de las obligaciones, es más, como si su existencia dependiera de su ejecución, aunque una cosa es que nazca a la vida jurídica y otra la forma en que las partes honran o no los compromisos adquiridos.

⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. C.P.: Rocío Araújo Oñate. sentencia del 18 de febrero de 2021. Rad.: 05001-23-33-000-2019-02852-02.

A propósito de las razones por la cuales la rescisión y o el mutuo disenso, no retrotrae las cosas al estado anterior a la celebración del contrato, sino que parte de la necesidad de finalizar el vínculo jurídico que se creó, el Consejo de Estado⁶ señaló:

“Además de las causales que el ordenamiento jurídico contempla para privar de efectos a los contratos, las partes pueden hacerlo, de consuno, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad.

Así lo autoriza el artículo 1602 del Código Civil, en cuanto dispone que “todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

Esta facultad de invalidación –dicho sea de paso– se halla consignada de manera general para todo tipo de obligación en el artículo 1625 ibidem, cuyo inciso primero dice: “Toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula”.

Mientras que la primera disposición se refiere a los actos jurídicos contractuales que le dan origen a las obligaciones, la segunda se refiere a las obligaciones mismas (de origen contractual o extracontractual), de modo que, en esta última, el efecto extintor recae directamente sobre la obligación y no sobre la fuente que le da origen⁷.

No obstante, debe precisarse que la invalidación del acto jurídico a la que hace referencia el artículo 1602 del Código Civil, que es la que interesa para el caso que ocupa la atención de la Sala, contempla dos fenómenos jurídicos diferentes con efectos distintos: el mutuo disenso y la nulidad.

La disolución por mutuo consentimiento surge de la voluntad de las partes, fruto de la autonomía de su voluntad y como reflejo de la máxima según la cual “en derecho las cosas se deshacen como se hacen”. La nulidad, en cambio, exige la concurrencia de una causa legal que conduce a la invalidación del acto.

En cuanto a los efectos, el mutuo disenso no retrotrae las cosas al estado anterior a la celebración del acto jurídico disuelto, pues debe recordarse que para que éste opere debe tratarse de un contrato legalmente celebrado y, por ende, capaz de producir efectos jurídicos, de modo que, si el contrato es válido debió producir efectos entre las partes y, por vía de reflejo, en algunos casos, frente a terceros (res inter alios acta) y es obvio que la voluntad de las partes carece de fuerza suficiente para eliminar lo ejecutado bajo la senda de un contrato válidamente celebrado o para o menoscabar derechos de terceros; en cambio, en el caso de la nulidad, el acto jurídico nace viciado, lo que significa que no era capaz de producir efectos jurídicos válidos y, por lo mismo, su declaración de nulidad trae como efecto directo que las cosas deban volver al estado anterior a su celebración, siempre y cuando ello sea posible.

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “A”, sentencia del 14 de marzo de 2016, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, Rad. 76001-23-31-000-1998-00913-01.

⁷ URIBE HOLGUÍN, Ricardo: “De las obligaciones y del contrato en general”, Ediciones Rosaristas, Bogotá, 1980, págs. 191 y 192.

Todo lo anterior significa que cuando opera el mutuo disenso no es posible deshacer los efectos jurídicos que se han producido durante la ejecución del contrato que las partes acuerdan terminar; por consiguiente, el distracto mutuo constituye un nuevo acto jurídico en sentido inverso al celebrado inicialmente, pues, mientras este último crea obligaciones, aquél extingue las que quedan pendientes y, por lo mismo, sólo surte efectos hacia el futuro y, desde luego, no puede alterar las obligaciones poscontractuales, pues, precisamente, éstas se concretan o se hacen exigibles luego de la terminación del contrato” (Destacado fuera de texto).

Por lo expuesto, que el demandado y la ILC hayan rescindido los contratos que suscribieron y/o que estos no se hayan ejecutado, en modo alguno impide considerar que los mismos se celebraron, por ende, que existió una relación contractual entre una entidad estatal y quien posteriormente fue candidato a un cargo de elección popular, por lo que también se advierte la configuración del elemento objetivo de la causal de inhabilidad invocada.

Cabe precisar que, si bien la Sección Quinta del Consejo de Estado en fallo del 19 de junio de 2014⁸, sostuvo que el mutuo disenso del negocio implica que las partes *“retrotraen las cosas al momento anterior a la celebración del mismo”, “máxime si el acuerdo no se ha ejecutado”,* por lo que concluyó que deshecho el contrato, *quedó “sin piso”* la circunstancia de hecho sobre la que se edificó la causal de inelegibilidad; en la sentencia del 18 de febrero de 2021⁹, se apartó del mencionado pronunciamiento, como en su momento lo hizo el Consejero de Estado Alberto Yepes Barreiro, teniendo en cuenta que:

(I) De conformidad con el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, los contratos estatales “se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito”, por lo que una vez ello tiene lugar como ocurrió en el caso de autos con el contrato de suministro CSMC-046-2018, el mismo nació a la vida jurídica y gozó de presunción de validez por el poco tiempo que estuvo vigente.

(II) Como líneas atrás se indicó, el mutuo disenso tiene como efecto que se le ponga fin al vínculo contractual, pero no invalida el contrato, parte de su existencia, reconoce la misma, por lo que no es preciso indicar que por la renuncia mancomunada de los derechos y obligaciones, en virtud de aquél las cosas vuelven a su estado anterior.

(III) La causal de inelegibilidad relacionada con la suscripción de contratos en el periodo inhabilitante, reprocha el perfeccionamiento de éstos, independiente de la ejecución o liquidación de los negocios jurídicos, como lo ha reiterado esta Sección antes¹⁰ y después¹¹ del fallo de 19 de junio de 2014.

⁸ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 19 de junio de 2014, M.P. Susana Buitrago Valencia, Rad. 08001-23-33-000-2013-00882-01.

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. C.P.: Rocío Araújo Oñate. sentencia del 18 de febrero de 2021. Rad.: 05001-23-33-000-2019-02852-02.

¹⁰ Por ejemplo, en sentencia del 2 de octubre de 2008, Rad. 080012331000200700943-01.M.P. Mauricio Torres Cuervo, se precisó: *“La jurisprudencia de la Sección ha entendido por intervención en la celebración de contratos la participación personal y activa del demandado en actos conducentes a un contrato que efectivamente se celebre, como parte o como tercero¹⁰, siempre que develen un claro interés sobre el particular. Ha señalado igualmente que lo que constituye causal de inhabilidad es la intervención en la celebración de contratos y no su ejecución, que dicha causal se configura aunque el objeto contractual no se cumpla o ejecute y que su finalidad es evitar una confusión entre los intereses privados de quienes han intervenido en nombre propio o de*

(IV) Pasar por alto las anteriores circunstancias, significaría desconocer los elementos esenciales de las causales de inhabilidad y realizar una interpretación extensiva de las mismas, que está proscrita en la materia.

Por lo expuesto, encuentra esta Sala configurado el elemento objetivo de la causal de inhabilidad invocada.

4.3. Elemento subjetivo: El interés propio o de terceros.

De los certificados de matrícula mercantil aportados con las demandas, no se advierte que el demandado, sea propietario de los establecimientos de comercio denominados “*restaurante y bar Solario Back Yard*” ni “*Bendito Seas*”, ni “*Dólar Club*”, siendo éstos los establecimientos de comercio en los cuales se llevarían a cabo el objeto de los contratos. Si aparece como propietario del establecimiento llamado “*Barroco Cocktails*”, pero este establecimiento no se encuentra en los contratos suscritos.

Por otra parte, no puede desconocerse que, el mero hecho de suscribir un contrato donde se pacte una contraprestación económica implica per se un beneficio; y que, en este caso, hay unos terceros, que son los propietarios de los establecimiento de comercio denominados “*restaurante y bar Solario Back Yard*”, “*Bendito Seas*” y “*Dólar Club*”, los cuales resultarían beneficiados con la suscripción de los contratos 270 y 271 de 2019, al ser éstos los lugares donde se llevarían a cabo las pautas publicitarias objeto de los contratos. Y, pese a que no se logra establecer cuál es el vínculo del señor Julián Andrés Pineda López, con los establecimientos de comercio en mención, por ese mero hecho, no puede decirse que en este caso no exista un interés para sí, o para esos terceros.

Al respecto, el demandado señaló que como los contratos no se ejecutaron, no se derivó algún provecho patrimonial, con lo cual una vez más pretende incluir respecto de la causal de inelegibilidad el elemento de la ejecución, aunque como se ha precisado, no es consustancial a la referida inhabilidad. Además, tampoco puede pasarse por alto que, aunque los contratos no se ejecutaron, en el momento en que se suscribieron¹², el interés patrimonial de los terceros era evidente, pues perseguían como contraprestación las sumas de \$15.000.000 en el contrato 271 – 2019, y \$25.000.000 en el contrato 270-2019.

Adicionalmente, se recuerda que la celebración de contratos antes y durante las campañas electorales como situación de inelegibilidad, busca evitar que los ciudadanos saquen provecho de su aspiración popular para obtener un tratamiento privilegiado ante la administración, pero también “*que la persona se muestre frente a la comunidad como una hábil negociadora de intereses con la administración, en detrimento de la*

terceros en la celebración de un contrato con la administración y el interés de preservar los intereses del municipio que corresponde al elegido.” (Destacado fuera de texto).

¹¹ *Verbigracia en el fallo del 11 de abril de 2019, M.P. Alberto Yepes Barreiro, Rad. Rad. 11001-03-28-000-2018-00080-00 (ACUMULADO 11001-03-28-000-2018-000127-00 y 11001-03-28-000-2018-000130-00), esta Sección afirmó: “Asimismo, se ha señalado que la conducta prohibida es “celebrar”; por ello, actividades relacionadas con la ejecución y/o liquidación del contrato se entienden ajenas a la inhabilidad.”*

¹² Instante que es el determinante frente a la situación de inelegibilidad.

*igualdad entre los candidatos a una elección popular*¹³, como se estima puede afirmarse en el presente asunto respecto del demandado, una vez logró celebrar con la ILC dos contratos de patrocinio publicitario en varios establecimientos comerciales de terceros, lo que le permitía al demandado acreditar su capacidad de negociación ante la entidad pública en el municipio de Manizales donde aspiraría a ser concejal.

5. Conclusión

En ese orden de ideas, la Sala concluye que, se encuentran acreditados a partir de la suscripción de los contratos números 270 y 271 el 24 de abril de 2019 entre la ILC y el señor Julián Andrés Pineda López, todos los elementos de la causal de inhabilidad de que trata el numeral 3 del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 40 de la ley 617 de 2000.

En consecuencia se declarará la nulidad parcial del Formulario E-26 CON del 27 de octubre de 2019, con el cual la Comisión Escrutadora declaró la elección de los Concejales del municipio de Manizales para el período constitucional de 2020 – 2023, específicamente en lo que respecta a la elección del señor Julián Andrés Pineda López como concejal de dicho municipio.

Finalmente, el demandado en la contestación de la demanda dentro del proceso con radicado 2019 00551 propuso las excepciones que denominó: *“Los contratos 2170 – 2019 y 271 – 2019 fueron revocados, extinguidos, invalidados y descelebrados antes de su ejecución, por medio de disenso mutuo expreso, y por tanto carecen de fundamento la inhabilidad que por ellos se endilga al demandado”, “Total y absoluta inejecución de los contratos 270 – 2019 y 271 – 2019”, “Inexistencia de todo y cualquier beneficio económico, y de todo beneficio patrimonial o extrapatrimonial para sí o para un tercero, derivado de los contratos 270 – 2019 y 271 – 2019”, “Inexistencia de toda y cualquiera ejecución contractual de los contratos 270 – 2019 y 271 – 2019 en la jurisdicción del municipio de Manizales”, “Inexistencia de contrato público como generador de la inhabilidad invocada”, y “La conducta en examen en este proceso concreto no vulnera la teleología y finalidad de la norma art. 43 numeral 3 de la ley 136 de 2994”, excepciones que por todo lo considerado se declararán no configuradas.*

6. De las órdenes a emitir como consecuencia de la declaratoria de nulidad parcial de los actos administrativos acusados.

Teniendo en cuenta que la Sala dispondrá Declarar la nulidad parcial del acto de Elección E-26 CON de 27 de octubre de 2019, en lo que respecta a la declaratoria de la elección de señor Julián Andrés Pineda López, habrá de procederse como indica el artículo 288 - 2 del CPACA, que señala:

2. Cuando se anule la elección, la sentencia dispondrá la cancelación de las credenciales correspondientes, declarar la elección de quienes finalmente resulten elegidos y les expedirá su credencial, si a ello hubiere lugar. De ser necesario el juez de conocimiento practicará nuevos escrutinios.

¹³ Consejo De Estado, Sección Quinta, sentencia de 5 de marzo de 2012, M.P. Alberto Yepes Barreiro, Rad. Expediente: 11001-03-28-000-2010-00025-00. En el mismo sentido: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 11 de abril de 2019, M.P. Alberto Yepes Barreiro, Rad. 11001-03-28-000-2018-00080-00 (ACUMULADO 11001-03-28-000-2018-000127-00 y 11001-03-28-000-2018-000130-00).

(...) Parágrafo. En los casos de nulidad por irregularidades en el proceso de votación y de escrutinios, la autoridad judicial que haga el nuevo escrutinio expedirá el acto de elección y las respectivas credenciales a quienes resulten elegidos y, por el mismo hecho, quedarán sin valor ni efecto las expedidas a otras personas.

Lo anterior en armonía con los artículos 56 y 63 de la Ley 136 de 1994, que señalan:

ARTÍCULO 56.- Declaratoria de nulidad de la elección. Una vez que quede en firme la declaratoria de nulidad de la elección de un concejal, por parte de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa quedará sin efecto la credencial que lo acreditaba como tal y el Presidente del Concejo correspondiente dispondrá las medidas necesarias para hacer efectiva dicha decisión.

ARTÍCULO 63.- Forma de llenar vacancias absolutas. Las vacancias absolutas de los concejales serán ocupadas por los candidatos no elegidos en la misma lista, en orden de inscripción, sucesiva y descendente. El Presidente del Concejo, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la declaratoria, llamará a los candidatos que se encuentren en dicha situación para que tomen posesión del cargo vacante que corresponde.

Así las cosas, como consecuencia de la nulidad parcial del acto administrativo acusado, se dispondrá lo siguiente:

- (i) Cancelar la credencial entregada a Julián Andrés Pineda López;
- (ii) Declarar la elección del señor Danilo Eduardo Fernández Becerra, identificado con la Cedula de Ciudadanía 75.088.505, candidato No. 08 del Partido Liberal Colombiano, (Fl. 18 Archivo: 17Cuaderno1Rad20190055100), como Concejal del municipio de Manizales, para el período electoral 2020-2023 y en consecuencia expedir la credencial de Concejal de dicho municipio.

7. Costas

No habrá lugar a condena en costas por tratarse de una acción de interés público de conformidad con lo previsto en el artículo 188 del CPACA.

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

III. Falla

Primero. Se declaran no configuradas las excepciones formuladas por el demandado Julián Andrés Pineda López

Segundo. Se declara la nulidad parcial del Formulario E-26 CON del 27 de octubre de 2019, con el cual la Comisión Escrutadora declaró la elección de los concejales del Municipio de Manizales para el período constitucional de 2020 – 2023, específicamente en lo que respecta a la elección del señor Julián Andrés Pineda López como concejal de dicho municipio.

Tercero. Como consecuencia de la anterior declaración, **se cancela** la credencial expedida al señor Julián Andrés Pineda López, que lo acredita como concejal del municipio de Manizales para el período constitucional de 2020 – 2023.

Cuarto. Se declara electo como concejal del Municipio de Manizales por el Partido Liberal Colombiano para el período constitucional de 2020 – 2023, al señor Danilo Eduardo Fernández Becerra, identificado con la Cedula de Ciudadanía 75.088.505.

Quinto. En consecuencia, **expídase** a nombre de señor Danilo Eduardo Fernández Becerra, identificado con la Cedula de Ciudadanía 75.088.505 la credencial que la acredite como concejal del Municipio de Manizales por el Partido Liberal Colombiano para el período constitucional de 2020 – 2023.

Sexto. Sin costas, por expresa disposición legal.

Séptimo. Comuníquese la presente providencia al Concejo Municipal de Manizales.

Octavo. Ejecutoriada esta providencia, **ARCHÍVESE** el expediente, previas las anotaciones pertinentes en el programa informático “*Justicia Siglo XXI*”.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 25 de 2021.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

(Salva voto)



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 074

Manizales, veintiocho (28) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Proceso No. 17-001-33-39-008-2019-00005-02
Clase: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante: Gloria Inés Carmona Galvis
Accionado: Nación - Ministerio De Educación – Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio y Departamento de Caldas

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia mediante la cual se negaron sus pretensiones.

I. ANTECEDENTES

1. La Demanda

1.1. Pretensiones

Se declare la nulidad de la Resolución 9317-6 de 28 de noviembre de 2017 emitida por la Secretaria de Educación del departamento de Caldas en representación del FNPSM. En consecuencia se ordene a las demandadas: aplicar el descuento para aportes al sistema de salud en cuantía del 5%; reintegrar el monto los porcentajes descontados en exceso y reajustar las mesadas anuales con base en el artículo 1º de la ley 71 de 1988, es decir en porcentaje igual al aumento del salario mínimo legal mensual y de manera retroactiva al año en que se consolidó el derecho; se ordene la indexación de los valores a reintegrar, al pago de los intereses y costas del proceso.

Subsidiariamente solicitó se ordene el reintegro de los valores descontados de las mesadas de junio y diciembre correspondientes al 12% de la mesada pensional de manera retroactiva, indexada y con intereses y se ordene cesar los descuentos de las mesadas de junio y diciembre con destino al sistema de salud.

1.2. Sustento fáctico relevante

En síntesis expresa que, en el acto administrativo de reconocimiento de la pensión de jubilación, las demandadas dispusieron efectuar descuentos con destino al sistema de salud, equivalentes al 12%, los cuales vienen siendo descontados no solo de las mesadas ordinarias, sino de las adicionales (de junio y diciembre, esta última que se cancela en noviembre de cada año); que además se consagró que la pensión sería reajustada anualmente conforme al artículo 1º de la ley 71 de 1988, no obstante la mesada se ha venido incrementando de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

Que solicitó al FNPSM la aplicación de descuentos sólo del 5% y la devolución de los aportes pagados en exceso, así como el reajuste conforme a la ley 71 de 1988, petición que fue negada a través de la Resolución demandada.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

Invocó como normas vulneradas entre otras, la Ley 71/88; Ley 91/89; Ley 100/93; Ley 812/03; Ley 797/03; Ley 1151/07. Consideró que, los docentes afiliados al FNPSM no se hallan obligados a pagar los aportes en salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre (también llamadas mesadas 13 y 14); además el FNPSM en ocasiones inaplica las normas en mención mientras que en otros casos las aplica de manera indebida, contrariando su verdadero alcance y la hermenéutica jurisprudencial.

Añade que, se aplica indebidamente el artículo 81 de la Ley 812 de 2013 en lo referente a la tasa de cotización para servicios de salud, pues debe ser del 5% conforme el artículo 8 de la ley 91 de 1989 que es norma especial. En virtud del principio de inescindibilidad de la ley, no se pueden aplicar concomitantemente dos regímenes y por ello se equivoca la demandada a la aplicar a los docentes la ley 100 de 1993.

2. Pronunciamiento de los sujetos procesales

El Departamento de Caldas: Se opuso a las pretensiones de la parte demandante argumentando que, la solicitud realizada carece de todo fundamento legal, habida cuenta que es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por lo tanto se le aplica la Ley 812 de 2003. Que al hacer un estudio de la Ley 100 de 1993 y 197 de 2003 artículos 143 y 204, así mismo el artículo 1 de la Ley 1150 de 2008 se concluye que para el legislador, el pensionado tiene la obligación de cancelar un aporte en salud del 12% sin hacer más consideraciones al respecto.

Con fundamento en lo anterior propuso las excepciones que título: *“Falta de legitimidad en la causa por pasiva”* y *“Buena fe”*.

La Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales Del Magisterio: Se opuso a las pretensiones de la parte demandante argumentando que la Entidad reconoció la pensión de jubilación del demandante y consecuentemente ha realizado los ajustes anuales y descuentos correspondientes de conformidad con las normas vigentes y aplicables, razón por la cual sus derechos laborales se encuentran debidamente satisfechos y en consecuencia el acto administrativo acusado no viola las disposiciones incoadas por la parte actora, no puede alegarse error o inaplicación de la ley. Que además, llegado el caso de existir una remota posibilidad de ser condenada, solicito se declare la prescripción de las mesadas causadas con tres años de anterioridad de la presentación de la demanda, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 102 del Decreto 1848 del 4 de noviembre de 1969, el cual desarrollo el tema de prescripción respecto del régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales.

Con fundamento en lo anterior propuso las excepciones que título: *“: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN O COBRO DE LO NO DEBIDO”* y *“PRESCRIPCIÓN”*.

3. Sentencia de primera instancia

El a quo negó las pretensiones de la parte demandante. Respecto del reajuste, conforme a la Ley 71 de 1988: Porque no se puede ordenar el reajuste a favor de un docente pensionado con base en el mecanismo que fue establecido en la Ley 71 de 1988, obviando la modificación que al respecto dispuso la Ley 100 de 1993. Porque la fórmula que el Legislador instituya para reajustar las pensiones no constituye un derecho adquirido a favor de los pensionados, sino tan solo una mera expectativa, que está sujeta a las modificaciones que aquel órgano considere pertinentes para garantizar el poder adquisitivo de las pensiones. Porque la Ley 238 de 1995, que adicionó el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, dispuso que la aplicación de los artículos 14 y 142 de la mencionada norma también lo era para los sectores exceptuados del régimen general de pensiones; Porque con la expedición de la ley 100 de 1993, quedó sin efectos las disposiciones contrarias, esto es el artículo 1º de la ley 71 de 1988, tal como ha sido reconocido de manera uniforme por las Altas Cortes. Porque no hay lugar a aplicar el principio de favorabilidad laboral, bajo el entendido que no coexisten dos disposiciones jurídicas vigentes que generen duda en su aplicación.

Respecto de los descuentos de salud: por cuanto, si bien, el numeral 5º del artículo 8º de la Ley 91 de 1989, estableció que a los pensionados para efectos de los servicios de salud les correspondía un aporte del 5% de cada mesada pensional, incluidas las mesadas adicionales, dicho monto varió con la entrada en vigencia del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, así como la autorización del descuento sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre. En el inciso cuarto de ésta última norma, se consagró que 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. En efecto, el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 1º de la Ley 1250 de 2008, en cuanto al monto y distribución de las cotizaciones, indicó que la cotización al Régimen Contributivo de Salud, sería del 12% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo.

Frente a las mesadas adicionales de junio y diciembre, la referida Ley 100 de 1993 no contempló la realización de descuentos, los cuales fueron expresamente prohibidos por las Leyes 42 de 1982 y 43 de 1984 y el Decreto 1073 de 2002. Sin embargo, entiende el Despacho que sólo en lo que respecta al porcentaje de cotización de salud, los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se gobiernan por lo establecido en la Ley 100 de 1993. Pero esto no significó que se alterara su régimen prestacional, dado que, por pertenecer a uno especial, se encuentran exceptuados del general, tal y como lo dispone el artículo 279 de la citada ley, y el parágrafo transitorio 1º del Acto Legislativo 001 de 2005, que estableció que el régimen pensional de los docentes vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003. La Ley 91 de 1989 es una disposición especial que gobierna a todos los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y que hace parte del ordenamiento jurídico que estructura su régimen pensional excepcional, por lo que, es legítimo que se realicen descuentos sobre las mesadas adicionales a dicho grupo de pensionados.

Que si bien las disposiciones del Sistema General sobre las mesadas adicionales, no establecen que se pueda hacer descuento alguno sobre las mismas, la Ley 91 de 1989, especial y posterior, sí lo permitió de manera expresa en el numeral 5º del artículo 8º; por lo tanto, las previsiones de la Ley 812 de 2003 que extendió el régimen de cotización en materia de salud establecido en la Ley 100 de 1993 a los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sólo conllevó a que se incrementara el porcentaje de cotización de los docentes, del 5% al 12% establecido en el Régimen General, más no tiene la virtualidad de derogar ni expresa ni tácitamente el aparte establecido en la precitada

norma especial que permite el descuento por concepto de salud en las mesadas adicionales pagadas a todos los docentes, por cuanto se encuentra vigente, regula expresamente una situación que no fue prevista en la norma general, y obedece a la libre configuración legislativa. Que atendiendo el principio de inescindibilidad normativa, no se les puede aplicar a los docentes las normas de la Ley 100 que eximió de dicho descuento las mesadas adicionales de diciembre y junio de que tratan los artículos 50 y 142 cuyos beneficiarios son las personas pertenecientes al régimen general de pensiones. Porque se debe tener en cuenta el principio de solidaridad, en el entendido que quienes obtienen mayores ingresos deben subsidiar a los que perciben menos, para garantizar la cobertura total de los ciudadanos al sistema de seguridad social.

4. Recurso de apelación

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

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

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

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

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

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 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 incluida las adicionales; en el caso de docentes vinculados a partir del 27 de junio de 2003 que se encuentra en

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.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia y procedencia

Conforme al artículo 153 del CPACA¹, es competente el Tribunal para resolver el recurso de apelación. Además, es procedente por cuanto: “*Son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales y de los Jueces*”, en virtud de lo dispuesto por el artículo 243 Ibidem.

2. Problema jurídico

Al analizar la sentencia de instancia y el escrito de impugnación, el asunto jurídico a resolver se centra en dilucidar si:

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

¿Le asiste derecho a la parte actora a que se aplique el descuento para aportes al sistema de salud en cuantía del 5%; cesar el descuento actual del 12% y a que se reintegre el monto los porcentajes descontados en exceso?

3. Primer problema jurídico

Tesis del Tribunal: La parte demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago del reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme lo establece la Ley 71 de 1988, esto es, teniendo en cuenta la variación del salario mínimo legal mensual vigente, toda vez que, la Constitución Política facultó al Legislador para que bajo su autonomía fijara las fórmulas específicas el reajuste periódico de las pensiones; con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigencia, se entendió derogada la Ley 71 de 1989 y las pensiones reconocidas antes y después de dicha ley, se vienen reajustando anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el Dane para el año inmediatamente anterior.

Para fundamentar lo anterior se abordarán los siguientes aspectos: i) hechos probados; ii) régimen general de seguridad social; iii) ajuste de pensiones en el régimen de seguridad social para los afiliados al sector público y régimen general de pensiones; y iv) el análisis del caso concreto.

3.1. Lo probado

- Mediante Resolución 6884-6 de 7 de noviembre de 2013 se reconoció la pensión de jubilación, por parte del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a favor de la demandante. (Fl. 43-44 C. 1)

- La demandante mediante escrito radicado el 9 de octubre de 2017 ante la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestación Social del Magisterio, solicitó se

¹ Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso Administrativo.

reajuste la pensión de jubilación, tomando como base el porcentaje del incremento del salario mínimo legal mensual vigente del año inmediatamente anterior, cuando sea superior al IPC y que se realicen los descuentos de salud en porcentaje del 5% de la mesada pensional sobre las mesadas ordinarias y adicionales conforme a la Ley 71 de 1989 y la devolución de los cobros en exceso. (Fl. 34-39 C. 1)

- A través de la Resolución 9317-6 de 28 de noviembre de 2017, la demandada denegó el ajuste deprecado. (Fl. 45-46 C. 1)

3.2. Régimen general de seguridad social

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

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

El Sistema de Seguridad Social Integral, previsto en la Ley 100 de 1993, tuvo como objeto garantizar los derechos de las personas y comunidad, en aras de mejorar la calidad de vida, y la dignidad humana, a través de las instituciones públicas y privadas prestadora de los servicios, como un servicio esencial bajo los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación.

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

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

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”.

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

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

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.”

más una suma equivalente a la mitad del porcentaje que represente el incremento entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, esto último aplicado a la correspondiente pensión.

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

La citada norma fue reglamentada por el Decreto 1160 de 1989, precisó respecto al ajuste de las pensiones en el artículo 1º lo siguiente: *“Reajuste pensional. Las pensiones de jubilación, invalidez, vejez, incapacidad permanente parcial, compartidas y de sobrevivientes, de los sectores público, privado y del Instituto de Seguros Sociales, se reajustarán de oficio y en forma simultánea con el salario mínimo legal, en el mismo porcentaje en que éste sea incrementado por el Gobierno Nacional”*.

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

A su turno la Ley 100 de 1993, en el artículo 289, indicó en relación con las vigencias y derogatorias lo siguiente: *“La presente Ley rige a partir de la fecha de su publicación, salvaguarda los derechos adquiridos y **deroga** todas las disposiciones que le sean contrarias, en especial el artículo 2o. de la Ley 4a. de 1966, el artículo 5o. de la Ley 33 de 1985, **el parágrafo del art. 7o. de la Ley 71 de 1988**, los artículos 268, 269, 270, 271 y 272 del Código de Sustantivo del Trabajo y demás normas que los modifiquen o adicionen”*.

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

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

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

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

Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán

³ Ley 71 de 1988 por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras

compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida.

(...)

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

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

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

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

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

...

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

....

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

⁴ Corte Constitucional sentencia C- 387 de 1994; MP. Carlos Gaviria Díaz, 1 de septiembre de 1994; Exp. D-529.

“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; a su vez, que la determinación del índice de precios al consumidor para los demás pensionados para establecer el incremento pensional, se ajusta a factores circunstancias económicas y políticas.

De otro lado, la Ley 238 de 1995 dispuso la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 a los regímenes exceptuados previstos en dicha disposición; al respecto señaló:

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

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

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

Bajo el tema en cuestión referente al reajuste de las mesadas en aplicación de la Ley 100 de 1993, la Sección Segunda el Honorable Consejo de Estado⁵, en providencia del 17 de agosto del 2017, en pronunciamiento dentro de la acción pública de nulidad en contra del artículo 40 del Decreto 692 de 1994; expuso **que el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 derogó el dispuesto por la Ley 71 de 1988:**

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

« [...] A partir del 1.º de enero de 1989 y hasta la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, todas las pensiones que fueron reconocidas en el país, tanto en el sector público como en el privado, se reajustaron anualmente conforme a la fórmula prevista en la Ley 71 de 1988, esto es, en el mismo porcentaje en que se incrementó por el Gobierno el salario mínimo legal mensual. Con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigencia, las pensiones reconocidas antes y después de dicha ley, se vienen reajustando en la forma prevista por su artículo 14 y teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 142 y 143 Ibidem, 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

⁵ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda -Subsección A- Consejero Ponente: William Hernández Gómez - 17 de agosto de 2017 –Rad. 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14).

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, en cuanto al incremento de la mesada pensional deba realizarse conforme lo contempla la Ley 71 de 1988, ajustado al salario mínimo, toda vez que con la entrada en vigencia del régimen general de pensiones, dicha norma quedó derogada por ésta última, que dispuso que los ajustes de las mesadas pensionales fueran incrementadas conforme a la variación del índice de precios al consumidor.

Referente a los motivos que alega el libelista, de aplicar artículo 1 de la Ley 71 de 1988, en armonía con el principio de favorabilidad, al ajuste de la mesada pensional, es pertinente traer a colación los pronunciamientos jurisprudenciales expuestos por la Corte Constitucional en sentencia C-435 de 2017, bajo la acción pública de constitucionalidad se demanda la nulidad parcial del artículo 14 de la Ley 100 de 1993; concerniente al reajuste de pensiones, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, así:

“Así, para decirlo de otra forma, pero con sus propias palabras, el actor entiende que el principio de favorabilidad también resulta aplicable a los pensionados “porque son trabajadores en receso [...] y, porque también, uno de los principios fundamentales del trabajo es la garantía de la seguridad social” y es precisamente a partir de esa consideración que concluye que “[e]n caso de duda en la medición del poder adquisitivo constante de las pensiones, porque no hay ley que establezca como se mide [...] debe aplicarse el método más favorable al pensionado”. Lo anterior, hasta el punto de que en su demanda no sólo solicita declarar inexequible 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”, 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”.

*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”.*

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

(...)

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

3.4. Conclusión

Conforme a los pronunciamientos jurisprudenciales citados se tiene que, la Constitución Política facultó al Legislador para que bajo su autonomía fijara las fórmulas específicas el reajuste periódico de las pensiones. Con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigor, se entendió derogada la Ley 71 de 1989 y 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 Ibidem, 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.

En ese orden de ideas, no le asiste razón a la accionante al indicar que el reajuste de las mesadas pensionales se debe realizar conforme al artículo 1 de la Ley 71 de 1989, esto es, conforme al salario mínimo, y no conforme a lo establecido en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

4. Segundo problema jurídico *¿Le asiste derecho a la parte actora a que se aplique el descuento para aportes al sistema de salud en cuantía del 5%; cesar el descuento actual del 12% y a que se reintegre el monto los porcentajes descontados en exceso?*

Tesis del Tribunal: A la parte demandante no le asiste derecho a que se aplique el descuento para aportes al sistema de salud en cuantía del 5%; cesar el descuento actual del 12% y a que se reintegre el monto los porcentajes descontados en exceso, toda vez que, 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.

Además, los descuentos sobre mesadas adicionales 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.

4.1. 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, núm. 1), incluso, el canon 143 de ese esquema disposicional establece que quienes hayan obtenido el reconocimiento pensional antes de la entrada en vigor 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 la sentencia C-1000 de 2007, la Corte reiteró la posición de la obligación de cotizar al Sistema, señalada en la C-548 de 1998 y sobre los aportes que deben efectuar los pensionados señaló:

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

⁶ Sentencia T-835 de 2014.

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

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

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

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

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

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

En atención a la remisión normativa de que trata el canon citado, la Ley 100 de 1993 consagra el monto de las cotizaciones con destino al sistema de salud a cargo de los afiliados en el artículo 204, por cuyo ministerio: "(...) La cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al sistema general de seguridad social en salud según las normas del presente régimen, será máximo del 12% del salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. Dos terceras partes de la cotización estarán a cargo del empleador y una tercera parte a cargo del trabajador. Un punto

de la cotización será trasladado al fondo de solidaridad y garantía para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado” (Se resalta).

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

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

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

De igual manera, el deber de cotizar al sistema de salud en cabeza de los pensionados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FNPSM, así como el monto de los aportes, fue objeto de pronunciamiento por el Consejo de Estado⁷, que en reciente oportunidad puntualizó:

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

(...)

6.2. Afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

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

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

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

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 (...). (Se subraya)

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 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." (Se subraya).

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

⁹ Sentencia de 14 de septiembre de 2017.

Sistema de Seguridad Social, los descuentos por este concepto se avienen al ordenamiento jurídico.

4.2. Análisis del caso concreto

Mediante Resolución 6884-6 de 7 de noviembre de 2013 se reconoció la pensión de jubilación, por parte del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a favor del demandante, efectiva a partir del 28 de junio de 2013. La demandante solicitó la aplicación de descuentos sólo del 5% y la devolución de los aportes pagados en exceso. A través de la Resolución 9317-6 de 28 de noviembre de 2017 emitida por la Secretaria de Educación del departamento de Caldas en representación del FNPSM denegó lo solicitado.

De acuerdo con lo expuesto, el acto administrativo demandado se ajusta a la legalidad, en tanto dispone realizar los descuentos previstos expresamente en la Ley 91 de 1989 sobre las mesadas pensionales, incluidas las 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.

4.3. Conclusión

De conformidad con la normativa y la jurisprudencia citada y con fundamento en los hechos debidamente acreditados, estima esta Sala de Decisión que a la parte demandante no le asiste derecho a que se aplique el descuento para aportes al sistema de salud en cuantía del 5%; cesar el descuento actual del 12% y a que se reintegre el monto los porcentajes descontados en exceso y en tal sentido, se confirmará la sentencia dictada en primera instancia.

Por lo anterior, se confirmará la sentencia de primera instancia.

5. Costas en esta instancia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, en concordancia con los numerales 3 y 8 del artículo 365 del Código General del Proceso – CGP, este Tribunal se abstendrá de condenar en costas por estimar que no se causaron en el curso de esta instancia.

La presente sentencia se profiere fuera del turno ordinario de procesos a despacho para sentencia por permitirlo el artículo 18 de la Ley 446 de 1998.

Por lo discurrido, la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia del 25 de agosto de 2020 emanada del Juzgado Octavo Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por Gloria Inés Carmona Galvis dentro del contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido contra la Nación-Ministerio De Educación-FNPSM y el departamento de Caldas.

SEGUNDO: ABSTIÉNESE de condenar en costas en esta instancia.

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


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

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 25 de 2021.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 079

Manizales, veintiocho (28) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

RADICADO: 17-001-33-33-004-2019-00203-02
NATURALEZA: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
DEMANDANTE: Carlos Julio Contento López
DEMANDADO: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional – en adelante Casur

Se decide el recurso apelación impetrado por el demandante contra la sentencia que denegó sus pretensiones.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. Pretensiones.

Se solicita declarar la nulidad total del oficio No. E-01524- 201726976-CASUR Id: 285260 del 29 de noviembre de 2017, que negó el derecho al reajuste establecido en la Ley 6ª de 1992; se restablezca el derecho con el reconocimiento del reajuste establecido por la Ley 6ª de 1992 artículo 116 y por el Decreto 2108 de 1992, artículo 1º.

Se condene a la demandada al pago de las diferencias que resulten de cada una de las mesadas pensionales correspondientes a los reajustes, desde su causación, teniendo en cuenta previamente la prescripción trienal y se condene al pago de la indexación o la corrección monetaria sobre cada una de los emolumentos ordenados en la sentencia de esta demanda y a las costas procesales.

1.2. Sustento fáctico relevante.

Al demandante le fue reconocida una asignación de retiro por parte de Casur, mediante Resolución 3483 de 1988, efectiva a partir del 21 de abril de 1988; que no se le han realizado el reajuste ordenado por la Ley 6ª de 1992, en la pensión por incapacidad absoluta y permanente, la indemnización y auxilio de cesantía reconocida mediante Resolución 0409 del 03 de febrero de 1988.

Que el 22 de noviembre de 2018 solicitó a Casur el reconocimiento y pago del reajuste a las mesadas pensionales con fundamento en la Ley 6ª de 1992 artículo 116 y Decreto 2108 de 1992, lo cual fue negado mediante acto administrativo demandado.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión.

Se invocó como normas vulneradas el Preámbulo y artículos 1, 2, 4, 6, 11, 13, 25, 48 y 53 de la Constitución Política. Artículo 116 de la ley 6º de 1992. Artículo 1 del Decreto 2108 de 1992. Artículos 190 y s.s. de la Ley 1437 de 2011.

Señala que el artículo 116 de la Ley 6 de 1992 resulta aplicable a todas aquellas personas que hubiesen adquirido su derecho pensional con anterioridad al 1o de enero de 1989, siendo dicha temporalidad en la adquisición del derecho pensional el único requisito para acceder a los incrementos pensionales dispuestos por la referida norma.

Así las cosas, considera que su asignación de retiro debió ser incrementada como lo dispuso el Decreto Reglamentario 2108 de 1992, lo cual, al no haberse realizado por la entidad accionada, genera una diferencia de allí en adelante, entre la mesada que le ha sido cancelada y la que debió pagársele con inclusión de dichos incrementos.

2. Contestación de la demanda

Casur se opuso a las pretensiones del demandante al advertir que, la prestación pensional reconocida se encuentra regida por la normativa especial en materia de asignaciones de retiro aplicable al personal de la fuerza pública; mientras que la normativa invocada por el actor como sustento de sus pretensiones se encuentra dirigida a aquellos pensionados del sistema ordinario de pensiones, por lo que, las pretensiones del actor no están dirigida a otra cosa que, a obtener beneficios mediante la aplicación de las normas de su régimen especial, empero con apartados normativos del régimen general.

Agrega que, en todo caso deberán tenerse en cuenta los créditos que hayan sufrido el fenómeno prescriptivo.

Así las cosas, formuló las excepciones de *“Incorrecta interpretación de las normas que contemplan regímenes pensionales generales del sector público y la asignación de retiro”, “Imposibilidad de aplicación del artículo 116 de la Ley 6 de 1992 y su decreto (violación del principio de inescindibilidad)”, “Legalidad y firmeza del acto administrativo que resolvió la petición”, “Inexistencia del derecho”, “Cobro de lo no debido” y “Prescripción”*.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* tras realizar un análisis sobre la disposiciones contenidas en el artículo 116 de la

Ley 6° de 1992 y su vigencia, concluyó que dicho canon normativo no resulta aplicable al régimen especial conforme al cual se reconoció la asignación de retiro que devenga el actor, dado que, para su caso existen precisos decretos que establecen en forma expresa el método para la realización de los reajustes anuales de las asignaciones de retiro, esto, bajo la figura del principio de oscilación.

Así las cosas, al efectuar un recuento jurisprudencial sobre el principio de inescindibilidad de la norma, concluyó que el actor no cuenta con derecho a deprecar la aplicación de los postulados del artículo 116 de la Ley 6° de 1992.

4. Recurso de apelación

El demandante recurrió la sentencia señalando que, el reajuste ordenado por la Ley 6ª de 1992 y el Decreto 2108 del mismo año, se ordenó para todos aquellos del sector público, sin discriminación alguna, sean de régimen especial o exceptuados o de régimen general. Que de acuerdo con lo expuesto, para otorgar el reajuste adicional a las mesadas pensionales del sector público de la Ley 6 de 1992, como se dijo anteriormente, se debe observar es el cumplimiento de tres condiciones; a) ser pensionado del sector público, sea general especial, b) tener el derecho pensional antes de 1989 y c) que los reajustes anuales tengan diferencias con respecto al salario mínimo.

Que en el caso concreto, el reconocimiento del derecho a la Pensión o de Asignación de Retiro al demandante se realizó mediante la Resolución No. 3483 de 1988 efectiva a partir del 21 de abril de 1988 de la Caja de Sueldos y Retiros de la Policía Nacional – Casur, con lo cual se cumple el requisito de haber sido pensionado antes de 1989.

5. Concepto del Ministerio Publico

Solicitó confirmar la sentencia que resolvió declarar probadas las excepciones propuestas por la entidad demandada y negar las pretensiones de la demanda; para ello luego de hacer referencia al desarrollo normativo y jurisprudencial, concluyó que, al demandante no le asiste el derecho al reajuste de la asignación de retiro de conformidad con lo dispuesto en la Ley 6 de 1992 y el Decreto 2108 de 1992, por tener la calidad de miembro retirado de la Policía Nacional y gozar de un régimen pensional especial.

II. CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico

Al analizar la sentencia de instancia y el escrito de impugnación, se centra en dilucidar: *¿Cuenta el actor con derecho a que se apliquen a su asignación de retiro, los reajustes pensionales establecidos por el artículo 116 de la Ley 6° de 1992 indistintamente de que dicha prestación haya sido otorgada con base al régimen especial de la Policía Nacional?*

Para su resolución, se hará referencia a: i) el régimen especial aplicable a la asignación de retiro del actor; ii) el reajuste pensional dispuesto por el artículo 116 la Ley 6 de 1992; para descender al iii) análisis del caso.

2. Régimen especial aplicable a la asignación de retiro del actor

Visto el reconocimiento de asignación de retiro efectuado al actor (fl. 15, cdo. 1) se observa que el mismo atiende a los postulados del Decreto 609 de 1977 “Por el cual se reorganiza la Carrera de Agentes de la Policía Nacional” que estableció dicha prestación en los siguientes términos:

“Artículo 55. A partir de la vigencia del presente Decreto, al personal de Agentes de la Policía Nacional que se le retire o sea retirado bajo la vigencia del mismo se le liquidarán las prestaciones sociales sobre las siguientes partidas así:

...

b) Asignaciones de retiro y pensiones sobre sueldo básico, prima de antigüedad, subsidio familiar para el personal de Agentes casados o viudos con hijos legítimos, del treinta por ciento (30%) de su sueldo básico por su estado de casados o viudos con hijos legítimos, un cinco por ciento (5%) por el primer hijo y un cuatro por ciento (4%) por cada uno de los demás sin que el total sobre pase del cuarenta y siete por ciento (47%) del sueldo básico, una prima de actividad del quince por ciento (15%) del sueldo básico correspondiente a la doceava parte de la prima de navidad.

...

Artículo 58. Asignación de retiro. Los Agentes que sean retirados del servicio activo después de quince (15) años por disposición de la Dirección General de la Policía Nacional, por incapacidad sico-física, por mala conducta comprobada, por haber cumplido la edad de sesenta (60) años, por conducta deficiente o por solicitud propia después de veinte (20) años, tendrá derecho a partir de la fecha en que termine los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Retiro de sueldos se les pague una asignación mensual de retiro equivalente a un cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 55 de este estatuto por los quince (15) primeros años de servicio y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda de los (15), sin que el total sobre pase el ochenta y cinco por ciento (85%).

...

*Artículo 62. Oscilación de asignaciones de retiro y pensiones. Las asignaciones de retiro y las pensiones de que trata el presente Decreto, se liquidarán tomando en cuenta las variaciones que en tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para un Agente y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 55 de este Decreto. **Los Agentes o sus beneficiarios, no podrán acogerse a las normas que regulen ajustes prestaciones en otros sectores de la Administración Pública a menos que así lo disponga expresamente la ley.**” (Subrayado y negrillas de la Sala)*

3. Reajuste pensional dispuesto por el artículo 116 la Ley 6 de 1992

La Ley 6 de 1992 “Por la cual se expiden normas en materia tributaria, se otorgan facultades para emitir títulos de deuda pública interna, se dispone un ajuste de pensiones del sector público nacional y se dictan otras disposiciones” estableció en su artículo 116 un reajuste en las pensiones del sector público nacional al señalar:

*“ARTÍCULO 116. Para compensar las diferencias de los aumentos de salarios y de las pensiones de jubilación **del sector público nacional**, efectuados con anterioridad al año 1989, el Gobierno Nacional dispondrá gradualmente el reajuste de dichas pensiones, siempre que se hayan reconocido con anterioridad al 1o de enero de 1989.*

Los reajustes ordenados en este artículo comenzarán a regir a partir de la fecha dispuesta en el decreto reglamentario correspondiente y no producirán efecto retroactivo. (Subrayado y negrillas fuera de texto original)

Cabe señalar que el referido artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-531 de 1995, en la que además se precisó, en cuanto a sus efectos que:

“13- La Corte ha señalado que es a ella a quien corresponde fijar los efectos de sus sentencias, a fin de garantizar la integridad y supremacía de la Constitución. En este caso, esta Corporación considera que, en virtud de los principios de buena fe (CP art. 83) y protección de los derechos adquiridos (CP art. 58), la declaración de inexecutable de la parte resolutoria de esta sentencia sólo tendrá efectos hacia el futuro y se hará efectiva a partir de la notificación del presente fallo. Esto significa, en particular, que la presente declaratoria de inexecutable no implica que las entidades de previsión social o los organismos encargados del pago de las pensiones puedan dejar de aplicar aquellos incrementos pensionales que fueron ordenados por la norma declarada inexecutable y por el Decreto 2108 de 1992, pero que no habían sido efectivamente realizados al momento de notificarse esta sentencia, por la ineficiencia de esas mismas entidades, o de las instancias judiciales en caso de controversia. En efecto, de un lado, el derecho de estos pensionados al reajuste es ya una situación jurídica consolidada, que goza entonces de protección constitucional (CP art. 58). Mal podría entonces invocarse una decisión de esta Corte, que busca garantizar la integridad de la Constitución, para desconocer un derecho que goza de protección constitucional. De otro lado, en virtud del principio de efectividad de los derechos (CP art. 2º) y eficacia y celeridad de la función pública (CP art. 209), la ineficiencia de las autoridades no puede ser una razón válida para desconocer los derechos de los particulares. Nótese en efecto que tanto el artículo 116 de la Ley 6º de 1992 como el Decreto 2108 de 1992 ordenaban una nivelación oficiosa de aquellas pensiones reconocidas antes de 1989 que presentaran diferencias con los aumentos de salarios, por lo cual sería discriminatorio impedir, con base en esta sentencia de inexecutable, que se haga efectivo el incremento a aquellos pensionados que tengan derecho a ello.

2.4. Análisis del caso.

Como puede verse de la lectura de las normas en cita, es claro que, el Decreto 609 de 1977 régimen aplicable a la asignación de retiro del actor señala en forma expresa que, los beneficiarios de dicho régimen exceptuado tendrán derecho al ajuste de sus asignaciones de retiro de conformidad con el *principio de oscilación* establecido en el artículo 62 de dicha normativa sin que puedan “*acogerse a las normas que regulen ajustes prestaciones en otros sectores de la Administración Pública a menos que así lo disponga expresamente la ley*”.

Por su parte, el reajuste pensional ordenado en el artículo 116 la Ley 6 de 1992 estaba destinado a los pensionados del sector público nacional, sin que se determinara su aplicación a los regímenes especiales existentes para la época.

Por lo tanto, no son de recibo los argumentos esgrimidos por el accionante al señalar que, la no discriminación o excepción expresa de dichos regímenes especiales hace que la misma sea aplicable al caso de las asignaciones de retiro.

Ahora bien, por otra parte, el actor alega que los ajustes señalados en el artículo 116 de la Ley 6° de 1945 son superiores a los que fueron realizados por la entidad accionada a la asignación de retiro del actor, por lo cual, al ser aquellos más favorables le deben ser aplicados.

Sobre este particular cabe advertir en primera medida que, el principio de favorabilidad en materia laboral ha sido pacíficamente desarrollado para aquellos eventos en los cuales varias normas o interpretaciones normativas resultan igualmente aplicables para la resolución de un asunto concreto, debiéndose optar por aquella que otorgue mayores beneficios al empleado o pensionado; situación que no se observa en el presente caso, pues como pudo verse, de la mera lectura de las normas contrapuestas -la aplicada al actor y la que pretende que se le aplique- es claro que, la que fundamenta sus pretensiones, esto es, el artículo 116 de la Ley 6° de 1992 no resulta aplicable a su caso particular.

Ahora bien, atendiendo que en todo caso el centro de su recurso de apelación orbita sobre esta figura, es pertinente traer a colación uno de los pronunciamientos efectuados por el H. Consejo de Estado sobre el principio de inescindibilidad de la norma en materia laboral, pues el mismo ha sido determinado como una clara restricción en la aplicación de favorabilidades en esta materia. En efecto, dicha corporación ha señalado¹:

“El principio de favorabilidad es una de las expresiones del principio protector. [...]”

¹ Sección Segunda, Subsección “A”, Consejero ponente: William Hernández Gómez, 30 de mayo de 2019, Radicación número: 25000-23-42-000-2013-02235-01(2602-16) CE-SUJ-01619.

[S]e utiliza en las situaciones en las que se presenta duda sobre cuál es la disposición jurídica aplicable al momento de resolver un asunto concreto. La existencia de este conflicto se da cuando dos o más textos legislativos que se encuentran vigentes al momento de causarse el derecho que se reclama, son aplicables para su solución. En virtud del principio de favorabilidad se debe escoger, en su integridad, el texto normativo que le represente mayor provecho al trabajador, afiliado o beneficiario del Sistema de Seguridad Social, estando proscrita la posibilidad de aplicar parcialmente uno y otro texto para elegir de cada uno lo que resulta más beneficioso, condición que se conoce como el principio de inescindibilidad o conglobamento. Igualmente, puede aplicarse este principio cuando una norma admite más de una interpretación, caso en el cual siempre habrá de escogerse aquella que es más favorable al trabajador. [...] (Se subraya)

En tal sentido resulta evidente que, la parte actora pretende que a su reconocimiento de asignación de retiro otorgado bajo un régimen exceptuado como el de la Policía Nacional, con el cumplimiento y reconocimiento de requisitos y derechos diferenciados más favorables, como el tiempo de servicios, el monto de la prestación entre otros, le sea superpuesto un postulado de reajuste de pensiones diferente al que fue regulado para dicho régimen especial, todo bajo la consideración de que frente a este aspecto la norma general le resulta más beneficiosa, siendo precisamente este tipo de aplicaciones parciales entre las normas de los regímenes exceptuados y el régimen general la que ha sido ampliamente proscrita por la Jurisprudencia del citado órgano de cierre, pues se itera, no es dable deprecar la aplicación de los aspectos favorables de uno y otro régimen en forma simultánea, logrando la creación de un tercer régimen aplicable.

Corolario, la Sala no encuentra razones de disenso con la sentencia recurrida, en tanto, concluyó que para el caso del demandante no le resulta aplicable el reajuste pensional señalado para los pensionados del sector público nacional por el artículo 116 de la Ley 6 de 1992, pues para su caso, el régimen especial de la carrera de agentes de la Policía Nacional -Decreto 906 de 1977- determinó el reajuste de las asignaciones de retiro bajo otros criterios normativos, los cuales son propios de dicho régimen exceptuado.

Así las cosas, al hallar respuesta negativa al problema jurídico planteado se impone confirmar la sentencia proferida por el a quo.

2.5. Costas en segunda instancia.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, y a la remisión normativa señalada por el canon 306 *ibidem* en concordancia con los numerales 1 y 3 del artículo 365 del CGP, y atendiendo a un criterio objetivo valorativo en su imposición, se condenará en costas -únicamente agencias en derecho- a la parte recurrente dado que, se ha resuelto desfavorablemente el recurso interpuesto, y si bien no se encuentra acreditado que la parte accionada haya incurrido en gastos procesales en esta

instancia, sí se tiene que la misma estuvo representada por intermedio de su apoderado judicial. Por ende, de conformidad con los parámetros establecidos por el artículo 5° del Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016, se fijarán agencias en derecho en cuantía de 1 salario mínimo legal mensual vigente.

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

FALLA

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia proferida el 29 de octubre de 2020 por el Juzgado Cuarto Administrativo de Manizales, que negó las pretensiones de la parte actora, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho propuesto por Carlos Julio Contento López contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional – Casur.


SEGUNDO: COSTAS a cargo de la parte actora. FÍJENSE agencias en cuantía de 1 salario mínimo legal mensual vigente.

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

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 25 de 2021.

NOTIFICAR


DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente


AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado


AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 076

Manizales, veintiocho (28) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

Radicado: 17001-23-33-004-2019-00257-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Gustavo Marín Murillo
Demandado: Nación - Ministerio de Educación - FNPSM

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el fallo que negó sus pretensiones.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda

1.1. Pretensiones

El demandante solicita se declare la nulidad del acto ficto surgido con ocasión de la petición de 1º de noviembre 2018, en cuanto negó el reconocimiento y pago de la sanción por mora establecida en la ley 1071 de 2006, equivalente a 1 día de salario por cada día de retardo, contados a partir del día siguiente al vencimiento de los 60 días desde el momento en que se radicó la solicitud de la cesantía y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

En consecuencia, condenar al Ministerio de Educación - FNPSM a que reconozca y pague la sanción por mora establecida en la ley 1071 de 2006, equivalente a 1 día de salario por cada día de retardo, contados a partir del día siguiente al vencimiento de los 60 días en que se radicó la solicitud de la cesantía; y a que dé cumplimiento al fallo en los términos del artículo 192 de la ley 1437 de 2011.

1.2. Hechos

En síntesis se señala que, el 15 de marzo de 2018 solicitó el reconocimiento y pago de la cesantía a que tenía derecho. Por medio de la Resolución 353 del 3 de mayo de 2018, le fue reconocido las cesantías, las cual le fueron pagadas el 23 de agosto de 2018.

Que solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, la cual fue resuelta de manera negativa a través de acto demandado.

1.3. Normas violadas y concepto de la violación

Indicó como normas transgredidas los artículos 5, 9 y 15 de la Ley 91 de 1989; los artículos 1 y 2 de la Ley 244 de 1995; los artículos 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006; y la Ley 2831 de 2005.

Explicó con base en las normas referenciadas en el concepto de la violación, que existen unos términos legales perentorios para el reconocimiento de las cesantías parciales o definitivas, fijándose una sanción en caso de incumplimiento de los mismos, añadiendo que frente a pagos incompletos también son procedentes los intereses moratorios, por cuanto la prestación se reconoció en un monto inferior; y en tal sentido en este caso debe reconocerse la sanción moratoria, la cual sería equivalente a un día de salario por cada día de retardo con posterioridad a los 70 días hábiles siguientes a la radicación de la petición inicial, hasta el momento en el cual fue pagada la diferencia insoluta.

Por último, hizo referencia a múltiples providencias proferidas por el Consejo de Estado, las cuales le permiten concluir que no cabe duda sobre el derecho que le asiste a la parte demandante para que se atiendan de manera favorable las pretensiones de la demanda.

2. Contestación de la demanda

La Nación – Ministerio De Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FNPSM: No contestó la demanda.

3. Fallo de primera instancia

El *a quo* negó las pretensiones de la demandante tras plantearse como problema jurídico, si el pago inoportuno de la diferencia o ajuste de las cesantías a los docentes genera la sanción moratoria contenida en la Ley 1071 de 2006.

Tras un recuento jurisprudencial y normativo concluye que a la parte actora no le asiste derecho al reconocimiento de la sanción moratoria reclamada toda vez que esta solo se contempla respecto al reconocimiento y pago tardío de la cesantía, más no así en el pago del reajuste de la misma.

4. Recurso de apelación

El accionante solicitó que la sentencia sea revocada y en su lugar se acceda a sus pretensiones, esto es, reconocer la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías.

Afirmó que, al haber sido objeto las cesantías reconocidas de un reajuste, su pago solo se efectuó de manera total una vez se realizó el pago del reajuste, por ello es procedente el reconocimiento de la sanción establecida en la Ley 1071 de 2006

II. CONSIDERACIONES

1. Problemas jurídicos

De acuerdo con la sentencia de primera instancia y el recurso de apelación interpuesto se concreta en establecer: *¿Tiene Derecho la parte actora a que se le reconozca sanción por mora establecida en la Ley 1071 de 2006, al tener la entidad demandada que reconocer reliquidación de las cesantías?*

2. Tesis del Tribunal

La parte actora no tiene derecho a que se le reconozca sanción por mora establecida en la Ley 1071 de 2006, al tener la entidad demandada que reconocer reliquidación de las cesantías, al no señalarse en la ley, que el pago de reajustes de cesantías de lugar al pago de dicha sanción.

Para fundamentar lo anterior, se hará referencia a: i) los hechos probados; ii) el marco normativo, para descender al ii) análisis del caso.

3. Lo probado

- El 13 de marzo de 2018 el demandante solicitó el ajuste de las cesantías definitivas reconocidas mediante Resolución 0271 del 7 de abril de 2017. (Fls 22-23 Archivo 01C1Fls1A61).
- Mediante Resolución 353 del 3 de mayo de 2018 se ajusta una cesantía definitiva reconocidas a favor del demandante. (Fl. 22-23 Archivo 01C1Fls1A61).
- Conforme a la constancia emitida por la Fiduprevisora los fondos quedaron a disposición de la parte actora el 23 de agosto de 2018. (Fls 28 Archivo 01C1Fls1A61).
- Mediante petición del 1º de noviembre de 2018, la parte actora solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006. (Fls 28-32 Archivo 01C1Fls1A61).

4. Marco Normativo

La Ley 244 de 1995¹ sobre la sanción moratoria, contempló:

“Artículo 1º.- Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de la liquidación de las Cesantías Definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal deberá expedir la Resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la Ley.

Artículo 2º.- La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la fecha de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las Cesantías Definitivas del servidor público, para cancelar esta prestación social.

Parágrafo. En caso de mora en el pago de las cesantías de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo”.

La anterior disposición fue modificada por la Ley 1071 de 2006², básicamente para señalar

¹ «Por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones.»

² «Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación.».

nuevos destinatarios de la norma.

Respecto al reconocimiento de sanción moratoria en caso de reliquidación de las cesantías, el Consejo de Estado en providencia del 4 de octubre de 2018 de la Sección Segunda - Subsección B, proceso con radicado interno 3490-15 expuso:

“Al respecto, esta Corporación, en reiteradas ocasiones, ha sostenido que la sanción moratoria por la inoportuna consignación de las cesantías no procede respecto de las diferencias de valor de dicha prestación, en los siguientes términos:

“En el caso analizado, la entidad demandada sí reconoció oportunamente las prestaciones y cesantías definitivas del demandante al momento de su desvinculación³; sin embargo, con ocasión de la expedición de la sentencia C- 1433 de 2000 y del Decreto 2720 de diciembre 27 de 2000, se causó una diferencia en la liquidación de las mismas, pero el pago inoportuno de esa diferencia no puede considerarse mora en la consignación de tal prestación, que tenga la magnitud de generar la sanción a que alude la norma trascrita.”⁴ (Resaltado fuera de texto).

Esta Subsección, en sentencia del 17 de octubre de 2017, dentro del expediente con radicación No. 080012333000201200017101 (2839-14), con ponencia de la doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez, señaló:

“(…) En tal sentido, si bien se causó una diferencia en la liquidación de las cesantías definitivas, la cancelación pago inoportuna de esa diferencia no puede considerarse mora en la pago de tal prestación, que tenga la magnitud de generar la sanción a que alude la norma señalada.

[...]

La Sección Segunda del Consejo de Estado, ha sostenido que la finalidad del legislador con la norma aludida, fue determinar el término perentorio para el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas de los servidores públicos, sin que una diferencia en la liquidación de la prestación social, conlleve a la autoridad judicial a imponer la sanción frente a una circunstancia fáctica que no se encuentra prevista en la ley⁵”. (Subrayado fuera de texto).

De acuerdo a lo anterior, se puede concluir que el Consejo de Estado ha sido reiterativo en considerar que, el legislador no previó dentro de los supuestos de hecho que generan la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990 o de la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, el pago tardío de reajustes de las cesantías reconocidas, o que por razón de reajuste alguno haya lugar al pago de intereses moratorios, reduciendo en consecuencia su causación al reconocimiento y pago tardío de la liquidación inicial o reconocimiento inicial.

5. Caso concreto

Descendiendo al caso concreto quedó probado que, el 13 de marzo de 2018 el demandante solicitó el ajuste de las cesantías definitivas reconocidas mediante Resolución 0271 del 7 de abril de 2017. Posteriormente, mediante Resolución 353 del 3 de mayo de 2018 se ajusta las

³ Cita propia del texto transcrito: Folios 14 a 16.

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 9 de abril de 2014, radicación 13001-23-31-000-2007-00225-01, número interno 1483-13. M.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

⁵ Cita propia del texto transcrito: Al respecto: Subsección A. Sentencia de 9 de abril de 2014. Rad. 13001-23-31-000-2007-00225-01(1483-13). C.P. Luis Rafael Vergara Quintero.; Subsección B. Sentencia de 8 de septiembre de 2017. Rad. 08001233300020140035501. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. En el mismo sentido, sentencias de 17 de agosto de 2017. Rad. 08001233300020140035501; Sentencia de 18 de mayo de 2017. Rad. 66001233300020130021301.

cesantía reconocidas a favor del demandante y los fondos quedaron a su disposición el 23 de agosto de 2018. Con fundamento en ello, el 1º de noviembre de 2018 solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006, sin que se diera respuesta a esta solicitud.

7

Conforme a lo anterior, es claro para este Tribunal que, no refiriéndose la demanda al pago extemporáneo del acto inicial que otorgó las cesantías, lo que existe es una solicitud de reajuste de esta prestación, que la administración resolvió a su favor.

De acuerdo a lo expuesto, la Sala concluye que el pago de la diferencia originada en la reliquidación de que fueron objeto las cesantías reconocidas, no configura el derecho a la sanción moratoria pretendida en la demanda, pues como se señaló, ella solo procede frente a la liquidación inicial, ya que frente a reliquidación no está prevista esta causal como generadora de sanción moratoria alguna, tal y como lo consideró la juez de instancia.

En este orden de ideas, al tratarse de una sanción, no puede aplicarse por analogía la estipulada para el pago tardío de las cesantías, para el evento de pago de reajustes que se realicen respecto de la prestación reconocida y pagada a tiempo, puesto que dicha circunstancia no se encuentra expresamente contemplada en la ley.

Es de resaltar que este Tribunal, ya ha emitido pronunciamientos en el mismo sentido en casos análogos, desde las sentencias del 22 de agosto de 2019 proceso radicado 2018-00445, y del 26 de septiembre de 2019 proceso con radicado 2018-00559.

6. Conclusiones

Al no señalarse en la ley, que el pago de reajustes de cesantías de lugar a pago de la sanción moratoria, se confirmará el fallo mediante el cual se niegan las pretensiones del actor.

7. Costas

De conformidad con el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, al evidenciarse que la demanda se presentó con manifiesta carencia de fundamento legal, se condenará en costas de segunda instancia a la parte demandante, las cuales se liquidarán conforme a los artículos 365 y 366 del C.G.P. Señálense como agencias en derecho, a favor de la parte demandada la suma de un salario mínimo legal vigente.

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

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo proferido por el Juzgado Cuarto Administrativo de Manizales el 27 de octubre de 2020 mediante el cual se niegan las pretensiones incoadas dentro del proceso de **nulidad y restablecimiento del derecho** interpuesto por Gustavo Marín Murillo contra **La Nación - Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**.

SEGUNDO: COSTAS de segunda instancia, a cargo de la parte demandante, las cuales se liquidarán por el Juzgado de primera instancia, conforme al artículo 365 y 366 del C.G.P. Se

17001-23-33-004-2019-00257-02 nulidad y restablecimiento del derecho

señalan agencias en derecho igual a un salario mínimo legal vigente a favor de la demandada

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

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 25 de 2021.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARON VIVAS

Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

17001-23-33-000-2019-00296-00

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª UNITARIA DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, veintiocho (28) de MAYO de dos mil veintiuno (2021)

A.I. 145

Atendiendo lo dispuesto en el artículo 182 A numeral 1 de la Ley 1437 de 2011, el Tribunal se pronunció sobre las excepciones previas, la fijación del litigio y el decreto de pruebas, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por la señora **ADRIANA CASAS ARCINIÉGAS** contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICÍA NACIONAL** y la **CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL - CASUR-**.

Por ello, en virtud de lo establecido en el inciso final del artículo 181 del mismo código, y por considerarse innecesaria la celebración de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, se concede a las partes el término de diez (10) días para que presenten sus alegatos de conclusión, término dentro del cual el Ministerio Público, si a bien lo tiene, podrá presentar el respectivo concepto de mérito.

Los alegatos o cualquier otro documento que se pretenda aportar al proceso, deberá enviarse sólo a la dirección "sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co" Cualquier documento enviado a otra dirección de correo, se tendrá por no presentado.

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA

Magistrado Ponente

17001-33-33-004-2020-00028-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª UNITARIA ORAL DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, veintiocho (28) de MAYO de dos mil veintiuno (2021)

A.I. 146

Procede el Despacho a decidir sobre la admisión del recurso de apelación interpuesto y sustentado de manera oportuna por el **MUNICIPIO DE MANIZALES**, contra la sentencia emanada del Juzgado 4º Administrativo de Manizales, dentro del proceso de **PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS** promovido por la señora **MÓNICA ROCÍO RAMÍREZ Y OTROS**, contra la entidad apelante, trámite al cual fue vinculada **AGUAS DE MANIZALES S.A. E.S.P.**

Realizado el examen preliminar conforme al artículo 325 del Código General del Proceso, se halla que la providencia motivo de la impugnación está suscrita por la señora Jueza, y no se detecta causal de nulidad que amerite medida de saneamiento alguna.

Por razón de lo anterior, y ser procedente, con fundamento en el artículo 247 numeral 3 del C/CA¹, habrá de admitirse el recurso de segundo grado.

Por lo expuesto,

RESUELVE

ADMÍTESE el recurso de apelación interpuesto y sustentado oportunamente por la parte demandada, contra la sentencia emanada del Juzgado 4º Administrativo de Manizales, dentro del proceso de **PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS** promovido por la señora **MÓNICA**

¹ Ley 1437 de 2011.

ROCÍO RAMÍREZ Y OTROS, contra el **MUNICIPIO DE MANIZALES**, trámite al cual fue vinculada **AGUAS DE MANIZALES S.A. E.S.P.**

NOTIFÍQUESE personalmente al señor Agente del Ministerio Público, y por estado electrónico a las partes.

De conformidad con lo previsto en el numeral 6 del artículo 247 del C/CA, modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021, el Ministerio Público podrá presentar su concepto de mérito hasta antes de que el proceso ingrese a Despacho para dictar sentencia.

Se advierte que el único buzón electrónico habilitado para la recepción de documentación es "sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co" Cualquier documento enviado a otra dirección de correo, se tendrá por no presentado.

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado Ponente

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, veintiocho (28) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

A.I. 101

Radicado: 17001-23-33-000-2020-00240-00
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandantes: Avical S.A. -en reorganización empresarial-
Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN

Mediante sentencia del 23 de abril de 2021 se resolvió el asunto de la referencia denegando las pretensiones de la parte actora, sin embargo, atendiendo a solicitud de corrección efectuada por el apoderado de la entidad demandada, observa el Despacho que por un error de índole meramente mecanográfico se hizo referencia en la parte resolutive a las partes en forma equívoca, a pesar de que resulta claro en la totalidad del encabezado, antecedentes y parte motiva de la sentencia que el medio de control objeto de decisión corresponde al interpuesto por “Avical S.A. -en reorganización empresarial- contra la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN”, por lo que en los términos del artículo 286 del C.G.P. se dispondrá la corrección de la providencia referida.

Por lo señalado, se

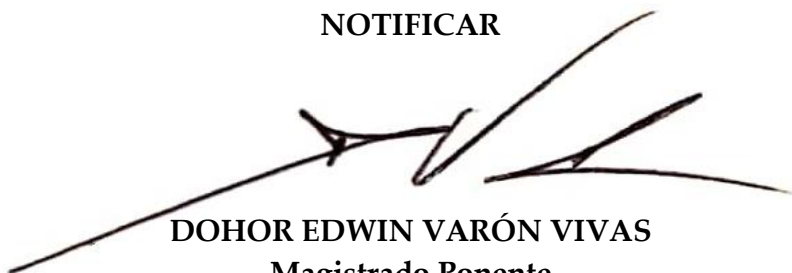
RESUELVE

PRIMERO: **Corregir** el ordinal primero de la sentencia No. 051 de abril 23 de 2021, el cual quedará así:

“**PRIMERO:** NIÉGANSE las pretensiones formuladas por la parte actora dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Avical S.A. -en reorganización empresarial- contra la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN.”

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 25 de 2021.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.S.: 127

Asunto: Corre traslado para alegatos
Medio de control: Nulidad Electoral
Radicados: 17001-23-33-000-2020-00271-00
17001-23-33-000-2020-00064-00
Demandantes: Sindicato de Procuradores Judiciales -
PROCURAR
Sindicato Nacional de Trabajadores de la
Procuraduría General de la Nación -
SINTRAPROAN
Demandados: Procuraduría General de la Nación
Julio César Antonio Rodas Monsalve
(Procurador 29 Judicial II Administrativo de
Manizales)

Manizales, veintiocho (28) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

Allegada por parte de PORVENIR la prueba documental decretada en este asunto, y surtido el traslado de la misma sin que sea necesario realizar requerimiento adicional alguno, **SE DECLARA CLAUSURADA** la etapa probatoria y, en consecuencia, se continuará con el trámite subsiguiente.

En ese sentido, atendiendo lo previsto por el inciso final del artículo 181 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), aplicable por remisión del artículo 286 del mismo código, se prescinde de la audiencia de alegaciones y juzgamiento de que trata el artículo 182 del mismo estatuto, y **SE CONCEDE** a las partes un término común de diez (10) días para que presenten los alegatos de conclusión, lapso en el cual el Ministerio Público podrá emitir su concepto si a bien lo tiene.

Se advierte a las partes y demás intervinientes que tanto los alegatos de conclusión como el concepto del Ministerio Público, deberán remitirlos únicamente al correo dispuesto para tal fin, esto es, a sgtadminclld@notificacionesrj.gov.co. Cualquier documento enviado a otra dirección de correo, se tendrá por no presentado.

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

NOTIFÍQUESE el presente auto por estado electrónico, según lo dispone el inciso 3º del artículo 201 del CPACA, modificado por el artículo 50 de la Ley 2080 de 2021.

Notifíquese y cúmplase



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

No. 93
FECHA: 31 de mayo de 2021



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

CONSTANCIA SECRETARIAL: El presente medio de control fue devuelto del H. Consejo de Estado. Consta de 4 cuadernos.

Manizales, veintiocho (28) de mayo de dos mil veintiuno (2021)



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

Radicado: 17001-23-33-000-2013-00064-00
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante: Edgar Aníbal Herrera Arias
Accionado: Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, veintiocho (28) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Estése a lo dispuesto por el H. Consejo de Estado en providencia de 26 de junio de 2020 (fls. 226 a 239 del presente cuaderno), la cual confirmó sentencia proferida en primera instancia por esta Corporación (fls. 147 a 157 C.1).

En consecuencia, una vez ejecutoriado el presente auto liquidense los gastos del proceso, devuélvanse los remanentes si los hubiere y archívese el proceso, previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

<p>TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS</p> <p>El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a las partes por Estado Electrónico No. 093 del 31 de mayo de 2021.</p> <p>Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.</p> <p>Manizales, _____</p>  <p>HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA Secretario</p>

CONSTANCIA SECRETARIAL: El presente medio de control fue devuelto del H. Consejo de Estado. Consta de 3 cuadernos.

Manizales, veintiocho (28) de mayo de dos mil veintiuno (2021)



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

Radicado: 17001-23-33-000-2014-00249-00
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante: Gloria Patricia Gaviria Ospina
Accionado: Inficaldas

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, veintiocho (28) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Estése a lo dispuesto por el H. Consejo de Estado en providencia de 14 de agosto de 2020 (fls. 350 a 357 del presente cuaderno), la cual confirmó parcialmente la sentencia proferida en primera instancia por esta Corporación (fls. 278 a 287 C.1).

En consecuencia, una vez ejecutoriado el presente auto liquidense los gastos del proceso, devuélvanse los remanentes si los hubiere y archívese el proceso, previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

<p>TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS</p> <p>El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a las partes por Estado Electrónico No. 093 del 31 de mayo de 2021.</p> <p>Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.</p> <p>Manizales, _____</p>  <p>HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA Secretario</p>

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 081

Manizales, veintiocho (28) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

Radicado: 17-001-33-33-002-2016-00401-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Héctor de Jesús Martínez
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

I. ASUNTO

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandada, contra la sentencia que accedió a las pretensiones del demandante.

II. ANTECEDENTES.

1. La Demanda

1.1. Pretensiones

Solicitó se declare la nulidad de la Resolución 5144 del 31 de diciembre de 2013 proferida por la Directora Administrativa del Ministerio de Defensa Nacional y a título de restablecimiento del derecho se ordene a la demandada reconocer y pagar al demandante, en su condición de padre del causante señor Carlos Andrés Martínez Henao, la pensión de sobreviviente, en los términos de la Ley 100 de 1993, a partir del 28 de agosto de 1996.

Que se ordene a la demandada pagar los intereses de conformidad con el artículo 141 de la Ley 1100 de 1993 desde el 28 de agosto de 1996 hasta que se haga efectivo el pago, y que las sumas reconocidas sean indexadas.

1.2. Fundamento factico

Indicó que, el Suboficial del Ejército Nacional Carlos Andrés Martínez Henao, estuvo vinculado a las Fuerzas Militares desde el 1 de septiembre de 1993 hasta el momento de su fallecimiento ocurrido el 28 de agosto de 1996, calificándose tal hecho como muerte en simple actividad. Que el señor Martínez Henao no tenía esposa, ni compañera permanente y tampoco descendencia.

Que desde el momento en que el señor Martínez Henao culminó su ciclo de formación como Suboficial del Ejército Nacional hasta el momento de su fallecimiento, se encargó de velar por el sostenimiento de su madre Amparo Alvarán Henao y su padre Héctor De Jesús Martínez, al ser estos humildes campesinos y sin formación académica.

Que ante el fallecimiento del señor Martínez Henao y por la dependencia económica de sus padres, a éstos se les reconoció las cesantías definitivas y la compensación prevista en el artículo 191 del Decreto 1211 de 1990, pero no les fue otorgada la pensión de sobrevivientes.

Que el 16 de diciembre de 2008, falleció la señora Amparo Alvarán Henao, madre del causante. Que el 14 de marzo de 2016, el padre del causante solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la entidad demandada con fundamento en lo normado en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, por considerar que dicho régimen es más favorable al contenido en el Decreto 1211 de 1990 que consagra el régimen especial del personal de Oficiales y Suboficiales del Ejército Nacional, sin embargo la entidad demandada negó el reconocimiento mediante el acto acusado de nulidad.

1.3. Normas vulneradas y concepto de violación

La parte demandante invocó como vulnerados los artículos 13, 29, 48 y 53 de la Constitución Política; 46, 47 y 48 de la Ley 100 de 1993. Expresó que, el acto administrativo demandado desconoció los postulados Constitucionales referentes al principio de favorabilidad y derecho a la igualdad, situación que se concretó al aplicar el régimen especial contenido en el Decreto 1211 de 1990.

2. Contestación de la demanda

La demandada se opuso a las pretensiones del demandante al exponer que, los miembros de las Fuerzas Armadas se rigen por un régimen especial, aplicándose al caso concreto el artículo 191 del Decreto 1211 de 1990, que establece el reconocimiento y pago de una pensión mensual si para el momento del fallecimiento del militar contaba con 15 años de servicio, requisito que no cumplía el causante y por ello en su lugar mediante la Resolución 5632 de 1997, el Ejército Nacional ordenó el pago de cesantías dobles y compensación por la muerte del Cabo Segundo Carlos Andrés Martínez Henao a favor de sus padres.

Que además, el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 exceptuó a los miembros de las Fuerzas Militares de la aplicación del Sistema Integral de Seguridad Social y los artículos 150, numeral 19, literal e) y 217 de la Constitución establecieron que la ley debía fijar el régimen salarial y prestacional especial para los miembros de las Fuerzas Militares, el cual se encuentra justificado en el riesgo latente que envuelve la función pública que desarrollan.

Propuso las excepciones tituladas: "*Caducidad de la acción*": basada en que el acto administrativo demandado fue producido en diciembre de 2013 y por ello existe caducidad de la acción y "*Carencia del derecho del demandante e inexistencia de la obligación demandada*": por cuanto al aplicarse el régimen especial que no contiene el beneficio de la pensión de sobreviviente para el caso del fallecimiento del señor Martínez Henao, al demandante no le asiste el derecho reclamado.

3. La sentencia apelada

El *a quo* accedió a las pretensiones del demandante, por lo que, declaró la nulidad de la Resolución 5144 del 31 de diciembre de 2013, expedida por la Directora Administrativa del Ministerio de Defensa Nacional, en el entendido que al señor Héctor De Jesús Martínez le asiste derecho a la pensión de sobreviviente en su condición de padre del causante y atendiendo lo dispuesto en el Sistema General de Pensiones contenido en la Ley 100 de 1993.

A título de restablecimiento del derecho ordenó a la demandada reconocer y pagar la pensión de sobreviviente en favor del demandante y precisó que, la mesada de la pensión

de sobreviviente deberá ser equivalente al 45% del ingreso base de liquidación, sin que en ningún caso pueda ser inferior a un salario mínimo legal mensual vigente.

Adicionalmente dispuso que, la Nación - Ministerio de Defensa deberá descontar, debidamente indexado, lo pagado como compensación por muerte simplemente en actividad, toda vez que la contingencia que cubre tal prestación es cubierta con el reconocimiento pensional.

Señaló además que, el reconocimiento y pago procede desde el 11 de julio de 2010, por prescripción trienal. Además condenó en costas a la entidad demandada.

Como fundamento de la decisión señaló que, en virtud de la regla de favorabilidad, fijada por el artículo 288 de la Ley 100 de 1993, se debe atender el artículo 46 ibidem, en su texto vigente para el momento del deceso, es decir, antes de la modificación introducida por la Ley 797 de 2003, que sí reconoce la citada prestación pensional a favor de los beneficiarios de que trata el artículo 47 de la misma norma.

Que por lo anterior, se aplicará el principio de favorabilidad para proceder al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor del padre del causante, señor Héctor De Jesús Martínez atendiendo lo dispuesto en el Sistema General de Pensiones contenido en la Ley 100 de 1993, y en ese sentido la mesada deberá calcularse con base en el porcentaje liquidado de conformidad con el artículo 48 ibidem.

Que en consecuencia, dado que el señor Carlos Andrés Martínez Henao (q.e.p.d.) prestó sus servicios al Ejército Nacional durante 3 años y 11 días, el monto de la citada prestación pensional, de acuerdo con el citado artículo 48 de la Ley 100 de 1993, debe ser equivalente al 45% del ingreso base de liquidación, sin que en ningún caso pueda ser inferior a un salario mínimo legal mensual vigente.

En lo que se refiere al término de prescripción señaló que, dado que el régimen aplicado debe atenderse en su integridad en virtud del principio de inescindibilidad de las leyes, el reconocimiento debería tener efectos, por prescripción trienal, a partir del 11 de julio de 2010, teniendo en cuenta que la petición fue presentada el 11 de julio de 2013.

En relación con el descuento de los valores pagados por la entidad demandada en virtud de la Resolución 05632 del 13 de mayo de 1997 que reconoció unas prestaciones por la muerte del Cabo Segundo Carlos Andrés Martínez Henao en los términos del Decreto 1211 de 1990, precisó que, ante la incompatibilidad de las prestaciones, es procedente el descuento de dichas sumas; sin embargo, solamente habrá lugar a efectuar el descuento de lo efectivamente pagado al demandante señor Héctor De Jesús Martínez y para esta deducción deberán indexarse tanto el monto de la compensación por muerte como el retroactivo pensional. Que en el caso que el valor actualizado de la compensación por muerte que debe descontarse supere el monto del retroactivo pensional que debe pagar la entidad, deberá realizarse un acuerdo de pago con el fin de que el beneficiario de la pensión cubra la diferencia sin que se afecte su mínimo vital.

En cuanto a las costas precisó que, con fundamento en el artículo 188 de la ley 1437 de 2011 se impone condenar en costas a la parte demandada y a favor de la parte demandante cuya liquidación y ejecución se hará en la forma dispuesta en el Código General del Proceso y se fijó agencias en derecho en el 4% de las pretensiones solicitadas.

4. La apelación

La parte demandada solicitó revocar la sentencia, en síntesis centró su inconformidad en que, no obra en el expediente prueba alguna que demuestre que el demandante dependían económicamente de su hijo fallecido o que era él quien proveía lo necesario para satisfacer las necesidades básicas de sus padres y que a raíz de su ausencia éstos han quedado desprovistos de los medios económicos para tal efecto, tampoco existe prueba idónea que compruebe que el accionante no está en capacidad de proveer su sostenimiento o sustento debido a la carencia de otras rentas o ingresos, máxime si se tiene en cuenta que entre la fecha en que falleció Carlos Andrés Martínez y la fecha en que la accionante solicitó ante la entidad demandada el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, transcurrieron alrededor de 20 años.

Que al no haberse demostrado fehacientemente la dependencia económica del demandante, no queda otro camino que negar la deprecada pensión.

Por último solicitó revocar la condena en costas teniendo en cuenta, que su conducta no ha sido temeraria ni teñida de mala fe, y no se ha demostrado que se hubieran causado, ello en virtud en el artículo 188 del CPACA y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

III. Consideraciones

1. Problemas jurídicos

De conformidad con los argumentos expuestos por el apelante, se contraen en establecer: *¿Demostró el demandante **que dependencia** económicamente de su hijo fallecido al Cabo Segundo del Ejército Nacional Carlos Andrés Martínez, para acceder al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes?*

¿Debe revocarse la condena en costas impuesta en primera instancia?

2. Primer Problema Jurídico

Tesis del Tribunal: El demandante sí demostró que *dependencia económicamente* de su hijo fallecido al Cabo Segundo del Ejército Nacional Carlos Andrés Martínez, para acceder al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, de conformidad con las pruebas aportadas y recaudadas en el proceso.

Para soportar lo anterior, a continuación se hará referencia a: i) la prueba de la dependencia económica y su prueba ii) los hechos relevantes acreditados iii) el análisis en el caso en concreto.

2.1. La dependencia económica de los padres

En cuanto a la dependencia económica de los padres del causante, como requisito para ser beneficiarios de la pensión sobrevivientes, el artículo 47 de la ley 100 de 1993, precisa:

ARTÍCULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. <Artículo modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguientes Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

(...)

d) <Aparte tachado INEXEQUIBLE> A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de forma total y absoluta de este; (...)

El aparte tachado de la anterior norma, fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-111 de 2006¹, en la que señaló:

“En el asunto sub-judice, es claro que la norma demandada vulnera el citado principio y deber de solidaridad, al exigir como requisito indispensable para proceder al reconocimiento y pago de la pensión de la sobrevivientes, la dependencia económica total y absoluta de los padres frente a los hijos, pues a través de dicho requerimiento se aparta de los criterios de necesidad y de salvaguarda al mínimo existencial como condiciones reales que sirven de fundamento para legitimar el cobro de la mencionada prestación. En efecto, la disposición acusada se limita a prohibir de manera indiscriminada su reclamación, cuando se obtienen por los padres cualquier tipo de ingresos distintos a los que surgen de dicha relación prestacional, sin tener en cuenta la suficiencia o no de los mismos para asegurar una vida en condiciones dignas, como lo ordena el citado mandato constitucional de la solidaridad. Si bien como lo ha sostenido la jurisprudencia de esta Corporación², el Estado no tiene el carácter de benefactor, ello no lo habilita para adoptar medidas legislativas que impliquen un desconocimiento de su obligación positiva de proteger a las personas que se encuentran en condiciones de inferioridad (C.P. art. 13), como sucede con los padres que debido a su avanzada edad se encuentran subordinados económica y materialmente a sus hijos.

25. Partiendo de estas consideraciones, se concluye que la decisión adoptada por el legislador frente a los padres del causante a pesar de ser conducente y adecuada para el logro de un fin constitucional válido, como lo es el correspondiente a la preservación económica y financiera del fondo mutual que asegura el reconocimiento y pago de las prestaciones que surgen de la seguridad social, desconoce el principio constitucional de proporcionalidad, pues como se demostró dicha medida legislativa sacrifica los derechos al mínimo vital y a la dignidad humana, y los deberes que le incumben al Estado de solidaridad y protección integral de la familia, que en términos constitucionales se consideran más importantes en defensa y protección del Estado Social de Estado.

Por lo anterior, la Corte declarará inexecutable la expresión: “de forma total y absoluta” prevista en la disposición acusada, para que, en su lugar, sean los jueces de la República quienes en cada caso concreto determinen si los padres son o no autosuficientes económicamente, para lo cual se deberá demostrar la subordinación material que da fundamento a la pensión de sobrevivientes prevista en la norma legal demandada.

26. Para el efecto, es indispensable comprobar la imposibilidad de mantener el mínimo existencial que les permita a los padres subsistir de manera digna, el cual debe predicarse de la situación que éstos tenían al momento de fallecer su hijo. En este contexto, es innegable que la dependencia económica siempre supondrá la verificación por parte de los progenitores de un criterio de necesidad, de sometimiento o sujeción al auxilio sustancial recibido del hijo, que no les permita, después de su muerte, llevar una vida digna con autosuficiencia económica.

De ahí que, si se acredita que los padres del causante no tenían una relación de subordinación material, en términos cualitativos, frente al ingreso que en vida les otorgaba su hijo, en aras de preservar su derecho al mínimo vital, es claro que no tienen derecho a la pensión de sobrevivientes, pues se entiende que gozan de independencia económica para salvaguardar dicho mínimo existencial.

¹ Corte Constitucional. Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil. Sentencia C- 111 de 22 de febrero de 2006. Referencia: expediente D-5899. Asunto: Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 47 de la Ley 100 de 1993. modificado por el artículo 13. literal d). parcial, de la Ley 797 de 2003.

² Sentencia C-237 de 1997. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

En este contexto, se han identificado por la jurisprudencia un conjunto de reglas que permiten determinar si una persona es o no dependiente³, a partir de la valoración del denominado mínimo vital cualitativo, o lo que es lo mismo, del conjunto de condiciones materiales necesarias para asegurar la congrua subsistencia de cada persona en particular. Estos criterios se pueden resumir en los siguientes términos:

- 1. Para tener independencia económica los recursos deben ser suficientes para acceder a los medios materiales que garanticen la subsistencia y la vida digna⁴.*
- 2. El salario mínimo no es determinante de la independencia económica⁵.*
- 3. No constituye independencia económica recibir otra prestación⁶. Por ello, entre otras cosas, la incompatibilidad de pensiones no opera en tratándose de la pensión de sobrevivientes como lo reconoce expresamente el artículo 13, literal j, de la Ley 100 de 1993⁷.*
- 4. La independencia económica no se configura por el simple hecho de que el beneficiario esté percibiendo una asignación mensual o un ingreso adicional⁸.*
- 5. Los ingresos ocasionales no generan independencia económica. Es necesario percibir ingresos permanentes y suficientes⁹.*
- 6. Poseer un predio no es prueba suficiente para acreditar independencia económica¹⁰.*

En relación con este requisito, la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de unificación del 12 de abril de 2018¹¹, hizo referencia a la sentencia C-111 de 1996 y precisó:

“En ese orden, la medida está orientada a constatar la suficiencia o no de recursos del núcleo familiar de manera que se les asegure una vida en condiciones dignas. No obstante, esto no conlleva la necesidad de demostrar que se carece por completo de recursos, pues tal interpretación desconoce el principio de proporcionalidad, al sacrificar derechos de mayor entidad, como los del mínimo vital y el respeto a la dignidad humana y los postulados constitucionales de solidaridad y protección integral a la familia.

...

En estos términos, es claro que la dependencia económica no puede asumirse desde la óptica de la carencia total de recursos económicos, sino en la falta de condiciones materiales mínimas para la subsistencia. Es de anotar que dicho concepto debe ser analizado en armonía con los postulados constitucionales y legales que enmarcan la seguridad social, tales como la protección especial a las personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta”. (Se resalta)

³ Sobre la materia se acoge el concepto proferido por el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, del pasado 19 de agosto de 2004, Consejero Ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce. Radicación No. 1579.

⁴ Sentencia T-574 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁵ Sentencia SU-995 de 1999. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

⁶ Sentencia T-281 de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁷ Dispone la norma en cita: “Ningún afiliado podrá recibir simultáneamente pensiones de invalidez y de vejez”

⁸ Sentencias T-574 de 2002 (M.P. Rodrigo Escobar Gil) y T- 996 de 2005. (M.P. Jaime Córdoba Triviño). Del mismo modo, la Corte Suprema de Justicia ha dicho: “Fungiendo la Corte como juez de segunda instancia, además de las consideraciones expuestas en sede de casación, es pertinente acotar que respecto del argumento del Tribunal para colegir que el demandante disponía de medios económicos suficientes para su subsistencia por recibir de manera ocasional \$20.000 o \$ 25.000 semanales y por estar percibiendo su cónyuge un salario mínimo legal mensual, no es más que una suposición del juzgador, pues ello no conduce necesariamente a concluir que esta persona sea autosuficiente económicamente, como erradamente lo concluyó. (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Radicación No. 22.132. Sentencia del 11 de mayo de 2004. Magistrado Ponente: Carlos Isaac Nader).

⁹ Sentencia T-076 de 2003 (M.P. Rodrigo Escobar Gil) y Auto 127A de 2003 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, fallo del 9 de abril de 2003. Radicación No. 21.360.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia de Unificación CE-SUJ-SII 010-2018, SUJ-010-S2. Radicación número: 81001-23-33-000-2014-00012-01(132115).

En el mismo sentido, la Sección Segunda de esa Corporación¹² entiende la dependencia económica “como aquella situación de subordinación a que se halla sujeta una persona respecto de otra en relación con su “modus vivendi”. Relación de dependencia dentro de la cual deberá observarse, por parte del beneficiado o amparado, una conducta sensata, eso sí, acorde con la dignidad humana pero desprendida de ostentación o suntuosidad alguna”.

Respecto de las reglas para demostrar la dependencia económica la Corte Constitucional¹³ consideró:

“De lo expuesto y reiterando las reglas jurisprudenciales planteadas en la sentencia T-140 de 2013, con relación al requisito de la dependencia económica que debe tener el solicitante frente al causante, la Sala Novena concluye que:

i) Esta condición se presenta cuando una persona demuestra: a) haber dependido de forma completa o parcial del causante; b) que a falta de la ayuda financiera del cotizante fallecido, habría experimentado una dificultad relevante para garantizar sus necesidades básicas, es decir, la dependencia económica se predica del que habría echado de menos los aportes del causante para satisfacer las necesidades básicas, en caso de la ausencia de éstos; o c) si a partir de la muerte del pensionado o cotizante que daba el aporte o el auxilio, los padres o hijos inválidos no son autosuficientes y se les afectó la condición económica y nivel de vida que mantenían antes de ese evento, lo que hace necesario suplir mediante la pensión solicitada ese ingreso que recibían.

ii) El principio de dignidad humana resulta vulnerado cuando se somete a una persona a vivir de la caridad ajena, existiendo la posibilidad de que tenga acceso a unos recursos económicos propios que le permitan subvenir algunas de sus necesidades básicas.

iii) Los funcionarios administrativos que estudian las peticiones sobre las sustituciones pensionales tienen vedado interpretar las pruebas recolectadas de una forma incompleta o sesgada, con el objetivo de buscar algún pretexto para negar el derecho pensional, pues esa actitud constituiría una vía de hecho administrativa.

iv) La dependencia económica se observa a pesar de que existan asignaciones mensuales o ingresos ocasionales, o cualquier otra prestación a favor del peticionario supérstite, siempre que éstas resulten insuficientes para lograr su auto sostenimiento. De ahí que si el sujeto beneficiario logra demostrar que los ingresos ocasionales o mensuales con los que cuenta no son suficientes para mantener un mínimo de existencia que le permita subsistir de forma digna, y que estaba sometido al auxilio recibido de parte del causante, procede el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor de los descendientes discapacitados o ascendientes.

[...]

vi) El único criterio que se puede utilizar para denegar el reconocimiento de la pensión de sobrevivencia de un descendiente minusválido o del ascendente responde a identificar la satisfacción plena de las necesidades básicas del interesado. [...]»

En estos términos, la dependencia económica no puede asumirse desde la óptica de la carencia total de recursos económicos, sino en la falta de condiciones materiales mínimas para la subsistencia. Es de anotar que dicho concepto conforme se estudió en precedencia, debe ser analizado en armonía con los postulados constitucionales y legales que enmarcan la seguridad social, tales como la protección especial a las personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.

¹² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia del 22 de noviembre de 2012. Radicación: 05001-23-31-000-2006-03456-01 (0448-2012).

¹³ Corte Constitucional, Sentencia T-326 del 5 de junio de 2013. Referencia: expediente: T-3762301.

Bajo las anteriores precisiones, procede esta Sala a verificar si en efecto, el demandante demostró los requisitos señalados en la norma y la jurisprudencia, para ser acreedor de pensión de sobrevivientes.

2.2. Lo probado en el proceso

- El señor Carlos Andrés Martínez Henao era hijo de Héctor De Jesús Martínez y María Amparo Henao, de conformidad con el registro civil de nacimiento. (fl. 30 c. 1)
- El señor Carlos Andrés Martínez Henao falleció el 28 de agosto de 1996, de acuerdo con el registro de defunción. (fl. 48 c. 2)
- El fallecimiento del señor Carlos Andrés Martínez Henao ocurrió en el servicio pero no por causa y razón del mismo, según el informe administrativo por muerte suscrito por el Comandante del Batallón Rooke del 31 de agosto de 1996. (fl. 19 a 20 c. 2)
- De conformidad con el Acta 1127 del 28 de agosto de 1996, el señor Carlos Andrés Martínez cuando falleció ostentaba el grado de Cabo Segundo del Ejército Nacional. (fls. 9 a 11 c. 2), y al momento del fallecimiento tenía 3 años y 11 días de servicio (fl. 4 c. 2)
- Por medio de la Resolución 05632 del 13 de mayo de 1997, se reconoció a favor de Héctor De Jesús Martínez y María Amparo Henao, en calidad de padres, la cesantía definitiva y una compensación por muerte, en porcentajes de 50% para cada uno de ellos.
- La señora María Amparo Henao falleció el 16 de diciembre de 2008 según registro civil de defunción (fl. 31 c. 1)
- El 11 de julio de 2013 el señor Héctor de Jesús Martínez solicitó ante el Ministerio de Defensa, le reconocieran la pensión de sobrevivientes en calidad de beneficiario de su difunto hijo. (fls. 49-53 c. 1). El señor Héctor de Jesús Martínez nació el 3 de marzo de 1953, De conformidad con la cedula de ciudadanía. (fl. 29 c. 1)
- Mediante la Resolución 5144 del 31 de diciembre de 2013 la Directora Administrativa del Ministerio de Defensa Nacional, declaró que no hay lugar al reconocimiento y pago de la pensión por muerte a favor del demandante, con fundamento en que *"no cumple con el presupuesto legal de tiempo de servicio prestado al Ministerio de Defensa Nacional."* (fl. 19 c. 1)
- Se aportó copia del carnet de afiliación del demandante Héctor De Jesús Martínez al Sisbén, Nivel: 1; a partir del 8 de octubre de 2011. (fl. 34 c. 1)
- La Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, por medio de oficio BZ: 2019_3078446 del 22 de marzo de 2019, certificó que: *"...revisada la base de datos de la nómina de pensionados de la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, se logró constatar que el (la) Sr(a).: HECTOR DE JESÚS MARTÍNEZ, identificado con la C.C. 15.898.204, NO FIGURA percibiendo pensión por parte de COLPENSIONES"*. Además remitió el reporte de semanas cotizadas, en el que se registran aportes por 377,57 semanas. (fls. 130-137 c. 1)
- El Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir, a través de oficio 205 de 21 de mayo de 2019 certificó que, el señor Héctor De Jesús Martínez *"no se encuentra afiliado con ninguno de nuestros fondos"*. (fls. 139-141)

- Se aportó Declaración extraproceso rendida en la Notaría Primera de Chinchiná por el señor Héctor de Jesús Martínez, en la que manifestó que al momento del fallecimiento de su hijo Carlos Andrés Martínez Henao, dependía económicamente de aquel. (fl. 33 c. 1)
- Se aportaron las declaraciones extraproceso rendidas en la Notaría Primera de Chinchiná por los señores Gonzaga de Jesús Hernández Guapacha y Camilo Antonio Morales Franco, en las que manifestaron que:

“...por medio de la presente declaración bajo la gravedad de juramento que conocemos desde hace 30 y 40 años, al señor HÉCTOR DE JESÚS RAMIREZ, quien se identifica con cédula 15.898.204 y por nuestra relación de amistad y vecindad sabemos y nos consta que era el padre del señor CARLOS ANDRÉS MARTÍNEZ HENAO, quien se identificaba con el número de cédula 14.252.084, quien falleció encontrándose en servicio activo del Ejército nacional siendo Suboficial, el día 28 de agosto de 1996, igualmente nos consta que el señor CARLOS ANDRÉS nunca contrajo nupcias ni por lo civil ni por lo católico ni por otro rito, en ningún lugar del país ni fuera de él. No tenía unión marital de hecho con persona alguna, tampoco tenía hijos reconocidos, por reconocer o adoptivos, es decir, su estado civil era de SOLTERO, igualmente manifestamos que al momento de su fallecimiento tanto la madre (ya fallecida) como su padre el señor HÉCTOR dependían económicamente del señor CARLOS ANDRÉS debido, a que ellos son personas campesinas de escasos recursos económicos”. (fl. 33 c. 1)

- Dentro del proceso se recibieron las declaraciones de los señores Camilo Antonio Morales Franco y Alexander Morales Vallejo, quienes dieron cuenta de lo siguiente frente al señor Héctor de Jesús Martínez: de las labores ocasionales que en el campo o fincas desarrolla; de la falta de recursos económicos para su subsistencia, la ausencia de bienes de propiedad y la avanzada edad en que se encuentra.

2.3. Análisis del caso

En virtud de la relación probatoria que antecede, se extrae que, Carlos Andrés Martínez Henao era hijo de Héctor de Jesús Martínez y María Amparo Henao. Aquel era miembro del Ejército Nacional y falleció el 28 de agosto de 1996, en el servicio pero no por causa y razón del mismo y ostentaba el grado de Cabo Segundo.

La señora María Amparo Henao falleció el 16 de diciembre de 2008 y el 11 de julio de 2013 el señor Héctor De Jesús Martínez solicitó al Ministerio de Defensa, le reconocieran la pensión de sobrevivientes en calidad de beneficiario de su difunto hijo y la entidad dio respuesta desfavorable, mediante el oficio demandado.

Obran dos documentos en los cuales el demandante afirmó que dependía económicamente del causante; por una parte, el formulario de solicitud de prestaciones sociales por muerte, y por otra, la declaración extrajuicio rendida ante notario, pruebas que no fueron controvertida por la demandada.

Además se allegaron las declaraciones extrajuicio rendidas por los señores Gonzaga De Jesús Hernández Guapacha y Camilo Antonio Morales Franco, quienes depusieron en aquella oportunidad que *“ al momento de su fallecimiento tanto la madre (ya fallecida) como su padre el señor HÉCTOR dependían económicamente del señor CARLOS ANDRÉS debido, a que ellos son personas campesinas de escasos recursos económicos”.*

Sobre la utilidad de las declaraciones extrajuicio para acreditar la dependencia económica,

el Consejo de Estado¹⁴ ha resaltado que:

“Ahora bien, es necesario aclarar, que para efectos de demostrar la dependencia económica para lograr el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes, no existe tarifa legal y en ese sentido, resultan válidas las declaraciones extrajuicio, el interrogatorio de parte y cualquier otro medio que sea útil para la formación del convencimiento del juez”.

Cabe resaltar que, en la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del CPACA, la entidad demandada se mostró conforme con el desarrollo de la etapa del decreto de pruebas, cuando en aquella oportunidad el *a quo* resolvió tener como medios de convicción los referidos documentos allegados por la parte demandante con la presentación de la demanda.

Conducta procesal la cual revela que no presentó ninguna inconformidad en contra de dichos medios de prueba y, en consecuencia, le brinda la oportunidad al fallador de valorar la procedencia de las referidas declaraciones al momento de proferir sentencia, como en efecto se realiza por parte de esta Sala, pues no se consolidó situación que descalifique o reste credibilidad al alcance de aquella al punto de desechar su intención demostrativa del derecho reclamado.

Además, la situación de dependencia económica del señor Héctor de Jesús Martínez para el momento del fallecimiento de su hijo Carlos Andrés Martínez Henao, también queda demostrada si se tiene en cuenta las declaraciones recibidas dentro del proceso a los señores Camilo Antonio Morales Franco y Alexander Morales Vallejo, quienes dieron cuenta de las labores ocasionales que en el campo o fincas desarrollaba el señor Héctor De Jesús Martínez; la falta de recursos económicos para su subsistencia y la ausencia de bienes de propiedad. Dichos testigos relataron conocer al señor Héctor de Jesús Martínez y el fallecimiento de su hijo Carlos Andrés Martínez por ser amigos y vecinos, por lo tanto resultan creíbles.

La valoración conjunta de las pruebas, permiten a la Sala concluir que, efectivamente el causante proveía ayuda económica a sus padres, sin la cual su nivel básico de vida se vio afectado, en atención a que no contaban con los medios financieros para cubrir sus necesidades básicas.

En consecuencia, no le asiste razón a la entidad demandada en cuanto afirma que, no obra en el expediente prueba que demuestre que el demandante dependía económicamente de su hijo fallecido y que a raíz de su ausencia éstos han quedado desprovistos de los medios económicos para tal efecto.

Tampoco es atendible el argumento de la apelante consistente en que, no existe prueba que demuestre que el accionante no estaba en capacidad de proveerse su sostenimiento, máxime si se tiene en cuenta que entre la fecha en que falleció Carlos Andrés Martínez y la fecha en que el accionante solicitó la pensión de sobrevivientes, transcurrieron alrededor de 20 años; pues este no es un requisito exigido por el legislador para acceder al beneficio que aquí se deprecia, pues se reitera que, en este caso, se debía acreditar la dependencia económica con el causante, y circunscrita a la fecha de su fallecimiento, como en efecto se hizo.

2.4. Conclusión

Los medios de prueba referenciados llevan al convencimiento a esta Sala para concluir que: i) el señor Héctor De Jesús Martínez era el padre del extinto Cabo Segundo del Ejército nacional Carlos Andrés Martínez; y ii) que el señor Héctor De Jesús Martínez dependía

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, M.P.: Gabriel Valbuena Hernández Sentencia del 23 de enero de 2020. Radicación: 11001-03-15-000-2019-04224-01(AC)

económicamente del causante al momento de su fallecimiento. Por tanto, el nulidiscendente cumple con los requisitos para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes deprecada.

Corolario, se acreditaron los requisitos previstos en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, para reconocer al señor Héctor De Jesús Martínez en su calidad de padre, la pensión de sobrevivientes, en la medida en que se demostró que dependía económicamente del causante Carlos Andrés Martínez; y solo a partir del 11 de julio de 2010 por la prescripción trienal declarada por el *a quo*.

3. Segundo problema jurídico

Costas en primera instancia

Señala la apelante que la condena en costas impuesta en primera instancia debe ser revocada por cuanto la actuación de la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional no ha sido temeraria ni teñida de mala fe, y porque no se ha demostrado que se hubieran causado, ello en virtud en el artículo 188 del CPACA y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

Al respecto, en la sentencia apelada se indicó que, con fundamento en el artículo 188 de la ley 1437 de 2011 se impone condenar en costas a la parte demandada y a favor de la parte demandante cuya liquidación y ejecución se hará en la forma dispuesta en el Código General del Proceso. Se fijan agencias en derecho en el 4% de las pretensiones solicitadas lo cual asciende a \$1.158.284, que se encuentran causados al evidenciarse la gestión de apoderado judicial de la demandada en su defensa. Los gastos del proceso serán liquidados por la Secretaría del Despacho en los términos del artículo 366 del Código General del Proceso.

La Sala precisa que, si bien el artículo 366 del C.G.P en su numeral 5° establece la procedencia del recurso de apelación contra el auto que aprueba la liquidación de las costas procesales; dicha disposición no resulta aplicable para el caso bajo estudio, toda vez, que en esta ocasión aún no existe auto que apruebe la liquidación de costas; es más, lo que se discute no es su liquidación, sino la condena en sí, la cual, al ser objeto de decisión en la sentencia de primera instancia, resulta apelable de conformidad con el inciso primero del artículo 243 del CPACA. En tal sentido, la Sala estima procedente abordar la discusión planteada por la entidad accionada por vía de alzada.

Así las cosas, la Corte Constitucional¹⁵ ha explicado que las costas, esto es, *"aquella erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial"*. están conformadas por dos rubros distintos: las expensas y las agencias en derecho.

Las primeras corresponden a los gastos surgidos con ocasión del proceso y necesarios para su desarrollo, pero distintos al pago de apoderados, así, de conformidad con el Capítulo II del Título I -Costas- del C.G.P., las expensas están conformadas por aranceles judiciales, honorarios de auxiliares de la justicia, entre otros, es decir, en términos generales a todos los gastos surgidos para dar el curso procesal ordinario requerido por el proceso judicial.

Por su parte, prosigue el citado pronunciamiento jurisprudencial constitucional advirtiendo que *"las agencias en derecho no son otra cosa que la compensación por los gastos de apoderamiento en que incurrió la parte vencedora, aun cuando pueden fijarse sin que necesariamente hubiere mediado la intervención directa de un profesional del derecho"*.

¹⁵ C-539 de 1999. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1°, numeral 198 (parcial) del Decreto 2282 de 1989, "Por el cual se introducen algunas modificaciones al Código de Procedimiento Civil" Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz Expediente D-2313

El artículo 188 del CPACA dispone que: *“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”.*

En atención a la remisión expresa del artículo referido, se tiene entonces que el Código General del Proceso en su artículo 365 establece:

“ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En este punto se considera necesario destacar que, el H. Consejo de Estado mediante providencia de 7 de abril de 2016, advirtió sobre la variación de la postura que se venía aplicando respecto de las condenas en costas y agencias en derecho, basada en la modificación introducida por el CPACA y que encuentra sustento en las posturas del extinto C.P.C. y el C.G.P., puesto que la normatividad anterior, Decreto 01 de 1984 consagraba originalmente en su artículo 171, un criterio subjetivo de valoración, en el cual se atendía exclusivamente a caracteres como la temeridad o mala fe, para proferir condenas en costas y agencias en derecho, en síntesis, advirtió el establecimiento de un nuevo criterio objetivo en lo que respecta a la imposición de costas procesales.

Ahora bien, con respecto al referido cambio de criterio para la imposición de costas procesales el H. Consejo de Estado ha desarrollado una línea jurisprudencial pacífica, en el sentido de advertir que si bien el fundamento la imposición de costas ha variado a razones de índole meramente objetivo, es necesario que en los términos del precitado numeral 8º del artículo 365 del C.G.P. se comprueba para su imposición que “en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”. En efecto, la aludida corporación¹⁶ ha señalado:

“[E]sta Subsección..., varió aquella posición y acogió el criterio objetivo para la imposición de costas (incluidas las agencias en derecho) al concluir que no se debe evaluar la conducta de las partes (temeridad o mala fe), sino los aspectos objetivos respecto de la causación de las costas, tal como lo prevé el Código General del Proceso, con el fin de darle plena aplicación a su artículo 365. En dicha oportunidad concluyó lo siguiente:

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

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

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

d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).

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

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

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

Por lo anterior, se colige que la condena en costas implica una valoración objetiva valorativa que excluye como criterio de decisión la mala fe o la temeridad de las partes. En efecto, el artículo 188 del CPACA, regula que tratándose de costas en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en la sentencia el juez tiene la obligación de pronunciarse sobre dicho aspecto, con excepción de los asuntos en los que se ventile un interés público.”

De lo expuesto se concluye que, la imposición de la condena en costas, tiene lugar en contra de la parte vencida en juicio mientras se compruebe la causación de estas en el expediente, por lo que en consideración de Colegiatura la condena en costas impuesta por la Juez de

¹⁶ Consejo de Estado. Sección Segunda, Sentencia 12 de abril de 2018. C. P. William Hernández Gómez Radicado: 05001233300020120043902 (01782017).

primera instancia resulta totalmente ajustada a derecho, pues como fundamento de la misma se advirtió que los gastos procesales se liquidarían por la Secretaria conforme a lo acreditado en el proceso, aunado a que como se advirtió en precedencia la imposición de agencias en derecho se ajusta a la realidad procesal de que la parte demandante debió concurrir a al proceso a través de apoderado judicial, el cual actuó en cada una de las etapas procesales pertinentes.

Por lo anterior, se confirmará la sentencia de primera instancia, toda vez que no prosperan los argumentos esbozados en el recurso de apelación.

4. Costas en esta instancia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, en concordancia con los numerales 3 y 8 del artículo 365 del Código General del Proceso – CGP, este Tribunal se abstendrá de condenar en costas por estimar que no se causaron en el curso de esta instancia.

Por lo discurrido, la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia del 11 de mayo de 2020 proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Manizales dentro del contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Héctor De Jesús Martínez contra la Nación- Ministerio de Defensa - Ejército Nacional.


SEGUNDO: ABSTIÉNESE de condenar en costas en esta instancia.

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

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 25 de 2021.

NOTIFICAR


DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente


AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado


AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado